

LU POUR VOUS

Editions juridiques associées | « [Droit et société](#) »

2011/2 n° 78 | pages 501 à 533

ISSN 0769-3362

ISBN 9782275028521

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2011-2-page-501.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Editions juridiques associées.

© Editions juridiques associées. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Lu pour vous

-
- **ALLINNE Jean-Pierre et SOULA Mathieu (dir.), *Les récidivistes. Représentations et traitements de la récidive XIX^e-XXI^e siècle***, préface de Pierre Truche, Rennes : Presses universitaires de Rennes, coll. « Histoire », 2011, 286 p.

Compte rendu par André CABANIS (Université de Toulouse I Capitole).

L'introduction de Mathieu Soula et le chapitre préliminaire de Jean-Pierre Allinne posent bien le problème, de même que les introductions de deux à trois pages qu'ils ont anonymement mais utilement déposées en tête de chacune des trois parties de ce livre opportun : « Regards croisés sur la récidive et les récidivistes XIX^e-XX^e siècles », « Traiter la récidive et les récidivistes XIX^e-XX^e siècles », « Une nouvelle obsession ? Perspectives contemporaines ». Ce sont seize contributions qui sont regroupées ici, correspondant aux communications présentées lors du colloque tenu à Pau sur ce thème les 9 et 10 décembre 2009.

Si le titre de la première partie, « Regards croisés », est bien venu dans la mesure où il reflète la diversité des approches, il pourrait en somme s'appliquer à l'ensemble de l'ouvrage. Ce sont en effet des auteurs venus d'horizons très variés qui se sont rassemblés pour étudier une question au carrefour de plusieurs disciplines : histoire, sociohistoire, droit, histoire du droit et sociologie. Chacun de ces points de vue trouve ici ses spécialistes : jeunes chercheurs titulaires d'une thèse récente, magistrats, professeurs d'université, membres du CNRS, spécialistes venus d'établissements français ou étrangers. La pluralité de leurs origines se retrouve dans la richesse des développements.

De même, l'élément central de la deuxième partie portant sur le *traitement* de la récidive correspond bien au contenu des sept articles qu'elle regroupe. Elle décrit des pratiques comme la marque des condamnés, usitée sous l'Ancien Régime et reprise en 1802, ou telle que la relégation érigée en principe par la loi du 27 mai 1885, s'appuyant sur le casier judiciaire créé en 1850, à la fois moyen de repérer ceux qui ont déjà été condamnés mais également procédure de stigmatisation établie en remplacement de la *fama* qui avait en charge la mémoire des crimes. En même temps, cette deuxième partie exprime une préoccupation dont tous les auteurs se font l'écho : il s'agit de *traiter* le délinquant ou le criminel endurci, dans une perspective où la confiance dans les pratiques thérapeutiques ne peut aisément faire obstacle à la volonté de mettre hors d'état de nuire.

Enfin, le titre de la troisième partie renvoie à l'article séminal de Bernard Schnapper : « La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle », publié en 1983

dans le cadre des actes du XXI^e congrès de l'Association française de criminologie. Il n'y est pas fait référence au début de cette partie mais son texte est trop souvent cité et fait figure de réflexion fondatrice trop clairement affichée par presque tous les auteurs pour que l'on puisse douter de la volonté de chaque intervenant de se situer dans cette continuité, ne fût-ce que pour prendre ses distances avec certains aspects de la démonstration. La démarche ne trébuche pas : c'est une nouvelle utilisation de la récidive que l'idéologie sécuritaire appelle à son aide, dans une ambiance de « fébrilité législative » qui n'est pas toujours un gage de bonne rédaction des textes. La volonté de séduire les citoyens se traduit par toutes sortes de normes destinées à convaincre le corps électoral que l'État est déterminé à mettre hors d'état de nuire tous ceux qui le menacent et qu'il est capable d'y parvenir.

Au-delà de la dénonciation des sociétés bourgeoise et néo-bourgeoise, ce livre constitue une analyse réaliste des politiques pénales en matière de récidive depuis 250 ans et exprime quelques préconisations. Il pourra constituer un élément de la grande œuvre sur les origines doctrinales du code pénal que l'on souhaite. Reformater l'image que les contemporains se font du récidiviste constitue un préalable naturel et les formules que propose Frédéric Chauvaud, se fondant sur le dépouillement de la presse, des chansons, de la littérature et des mémoires du temps, reflètent un état d'esprit qui oscille entre le rejet (les « êtres déchus », la « lèpre sociale ») et une forme de compassion (des « ramas d'hommes usés », les « déshérités de la vie »). Les analyses des spécialistes viennent compléter et parfois nuancer les jugements de l'opinion publique, comme le montrent Jean-Louis Halpérin avec son texte très éclairant sur l'évolution en ce domaine de la doctrine pénaliste ainsi que Nicolas Derasse avec l'évocation des congrès pénitentiaires internationaux : le diagnostic est évidemment plus fouillé sur la bouche ou sous la plume des criminologues, les causes mieux cernées et les conséquences plus finement évaluées mais les préconisations n'en demeurent pas moins rigoureuses, la « foi en l'homme » le cédant souvent au « recours à la manière forte ».

Au fil des contributions apparaissent les grandes dates qui rythment l'évolution de la législation applicable aux récidivistes. Comme le montre Emmanuel Berger à propos des innovations révolutionnaires, c'est la Convention qui fait exception à son principe de suppression des peines perpétuelles en organisant la déportation à vie contre les criminels récidivistes. Avec François Signalet-Mauhourat, c'est le Consulat et l'Empire qui sont scrutés, avec le rétablissement de la marque judiciaire conçue non seulement comme un châtiment mais comme un obstacle à la récidive et qui n'est abolie qu'en 1832. La République, de retour à la fin du XIX^e siècle, hérite d'une réflexion conduite dès 1840, comme le montre Martine Kaluszynski : au terme d'interrogations auxquelles participe la jeune Société générale des prisons, c'est en faveur de la relégation que la loi du 27 mai 1885 oriente la politique d'élimination des récidivistes. Entre 1887 et 1938, plus de 22 000 condamnés en seront victimes, dont un cinquième en Nouvelle Calédonie et le reste en Guyane, selon les chiffres fournis par Jean-Lucien Sanchez qui complète notre image du récidiviste à travers le discours du personnel politique et des juges. De toute façon le système est rigoureux même si, comme le montre intelligemment Hida Hédhili,

les modalités de la relégation, qu'elles soient individuelles ou collectives (ces dernières les plus fréquentes), s'efforcent d'encourager, voire d'encadrer le travail de ceux qui y sont soumis. Si le casier judiciaire doit permettre de repérer les criminels, comme l'explique l'étude de Mathieu Soula sur la cour d'assises de la Haute-Garonne, le nombre de relégations prononcées diminue : en moyenne trois par an jusqu'à la Première Guerre mondiale, moins d'une par la suite jusqu'à ce que la fermeture du bagne de Cayenne rende le système inopérant, selon la description de Jean-Claude Vimont.

Le lecteur attend naturellement une réflexion sur les nouvelles politiques pénales en matière de récidive. Il n'est pas déçu. Sept membres de l'équipe mobilisée dans le cadre de ce colloque s'y emploient. Ils mettent en scène un débat où l'on sait que l'utopie sécuritaire exerce ses méfaits de façon de plus en plus prégnante. Ils résistent. Philippe Robert et Renée Zauberman montrent que le fossé risque de s'élargir entre étude savante et urgence législative. Divers personnages traversent ces pages éclairantes sur un débat très actuel : le récidiviste, « ce justiciable à part », comme le montre Nicolas Delpierre ; le mineur récidiviste, dont Jocelyne Castaignède prouve qu'il est de plus en plus souvent victime d'un durcissement du droit pénal ; le juge, qui apparaît sous la plume talentueuse de Jean-Pierre Royer, orfèvre en ce domaine ; enfin le ministère public, objet des pressions concordantes du ministère de la Justice, des associations de victimes et des lobbies sécuritaires, comme le décrit Jean-Paul Jean. La conclusion de Denis Salas couronne l'ensemble et fournit une brève et utile contribution à un débat nourri, mais où finalement un certain consensus semble s'être fait jour. La récurrence de l'oscillation entre les espoirs de réhabilitation et les tentations de l'élimination penchent actuellement, au sein de la classe politique, du second côté. On connaît les formules utilisées par certains médias et nombre d'élus : « incurables », « gangrènes du corps », « hôtes assidus des prisons »... Avec le principe de précaution, l'individu n'est plus classé en fonction de son identité criminelle mais selon les risques qu'il est censé incarner. C'est à l'utopie sécuritaire qu'il faudrait renoncer, avec une formule qui clôt l'ouvrage sur la « rétribution mesurée, [...] gage d'une possible réhabilitation ».

- **BRIEGEL Françoise et FARRÉ Sébastien (dir.), *Rites, hiérarchies***, Genève : Georg, coll. « L'Équinoxe », 2010, 284 p.

Compte rendu par Damiano MATASCI (doctorant, Université de Genève/EHESS, Paris).

Publié sous la direction de Françoise Briegel et Sébastien Farré, cet ouvrage à l'esthétique soignée réunit les contributions de jeunes historiens et historiennes suisses présentées en 2007 dans le cadre des Journées d'études consacrées aux rites, hiérarchies et pouvoirs aux époques modernes et contemporaines. La quinzaine de contributions cherche à analyser un sujet fort passionnant, à savoir les diverses significations et fonctions des rites, explorées à des époques et dans des aires géographiques diverses (Europe, Japon, Chine, Afrique). Selon la définition de Martine Ségalen, les rituels constituent un ensemble d'actes formalisés, expressifs et porteurs d'une légitimité symbolique dont les auteurs de cet ouvrage collectif tentent

de décortiquer le sens et l'évolution au sein des sociétés. Si les idées de rite, rituel et hiérarchie sont longtemps restées l'apanage du registre religieux, les sociétés contemporaines se caractérisent encore par une tension permanente entre ritualisation et déritualisation. L'usage de codes et de formes symboliques demeure donc en phase avec la sécularisation et la modernisation des sociétés. Les contributions montrent comment les pratiques rituelles façonnent les rapports sociaux et structurent les rapports politiques tout au long des périodes historiques. Finalement, l'idée principale qui se dégage de cet ouvrage est la permanence des pratiques et des formes rituelles à des époques et dans des milieux culturels très différents. Le rite comme pratique universelle (et fondamentalement comme invariant historique ?) constitue, en effet, le cœur de la problématique de l'ouvrage. Si les pratiques rituelles sont constitutives des communautés et des sociétés humaines, les auteurs relativisent le caractère exceptionnel du rite pour en problématiser davantage la fonction sociale. L'accent est mis sur leur potentiel de création, d'innovation et de renforcement du lien social, car rares sont les phénomènes qui échappent à la force magique et au potentiel d'adhésion que suscitent les actions rituelles. Le glissement de la ritualisation de la vie religieuse à la vie sociale est étudié dans les interstices qui se créent entre le sacré et le profane et qui sont analysés avec plus ou moins de réussite tout au long des chapitres composant cet ouvrage.

Le livre se structure en trois parties d'importance inégale. Il s'agit alors de mettre l'accent sur quelques contributions tout en cherchant à restituer les points forts de chacune des sections. Dans la première partie, les contributeurs problématisent essentiellement les fonctions légitimatrices du rite. L'axe du questionnement peut être ramené aux réflexions d'Émile Durkheim qui voit dans les pratiques rituelles une manière de créer et de renforcer le lien social. Ainsi, les ordonnances de police dans le canton de Genève sous l'Ancien Régime et leur publication « ritualisée » témoignent, selon Marco Cicchini, de la nature des rapports politiques entre le peuple et l'État et de la nécessité pour celui-ci de faire connaître et reconnaître son autorité. Arnaud Doglia explique que la multitude de lieux et de rites commémoratifs liés à la Seconde Guerre mondiale au Japon atteste l'importance d'un travail mémoriel ayant une emprise plus locale que nationale. D'autres exemples, tels que la réintroduction du serment dans la gendarmerie neuchâteloise en 1840 (Philippe Hebeisen) ou la tentative infructueuse de doter la Société des Nations d'un drapeau lors d'une querelle territoriale entre la Colombie et le Pérou au début des années 1930 (Yannick Wehrli), témoignent également des fonctions légitimatrices des rites et des rituels en tant que réaffirmation de la fidélité à l'autorité souveraine, d'une part, et en tant que représentation symbolique de la participation et du rôle de la Société des Nations dans la vie internationale, d'autre part. Dans cette première section, sont également abordés les rituels d'élections imposés aux nouveaux membres de l'Institut de France (Manuela Canabal), les rituels de réparation pénale (Françoise Briegel), et la tentative au Japon d'imposer le shintô comme religion d'État lors de la restauration Meiji (Carina Roth).

La deuxième partie questionne la plasticité des rites et plus précisément les configurations changeantes des mises en scène rituelles. Les contributeurs s'effor-

cent ici de saisir et de problématiser l'existence de marges de manœuvre qui laissent place à une capacité d'invention et une souplesse permettant l'adaptation et l'harmonisation avec les sociétés existantes. Matthieu Gillabert se penche sur les rituels de l'Association Suisse-URSS durant la Guerre froide en cherchant à décortiquer les codes et les pratiques rituelles mis en place afin de fédérer et susciter l'émotion des membres autour des valeurs internationalistes. Dans le sillage des travaux d'Eric Hobsbawm, Marianne Halle revient sur l'instauration à la fin du XIX^e siècle de la journée du Premier août comme fête nationale suisse, en proposant de surcroît un parallélisme intéressant avec le Premier mai. Elle souligne comment ces deux commémorations participent à l'« invention » d'un lien social constitutif de deux communautés identitaires supposées antagonistes, la Nation et le mouvement ouvrier. De même, l'usage politique du passé dans l'Espagne franquiste, mis en lumière par Mari Carmen Rodriguez, agit à travers une instrumentalisation des figures historiques, le culte de la personnalité centré sur Franco et l'exploitation du mythe de l'*hispanidad* qui s'inscrit dans ce même processus. Les aspects rituels, symboliques et hiérarchiques peuvent aussi se situer en rupture par rapport à des pratiques dont il faut se démarquer, comme le montre Nuno Pereira avec l'exemple des organisations révolutionnaires des années 1970 en Suisse romande qui développent des nouvelles formes d'action et des pratiques identitaires en rupture avec les usages de la gauche traditionnelle. Enfin, Fabrice Brandli et Geneviève Gross étudient respectivement le rituel du cérémonial diplomatique à Genève au XVIII^e siècle et la construction d'un ministère pastoral au début du XVI^e siècle.

Si les rites construisent et renforcent la cohésion sociale, ils permettent aussi de saisir les hiérarchies qui président aux fonctionnements sociaux. La troisième partie de l'ouvrage inclut des contributions qui cherchent à problématiser cette question. Valérie Gorin examine le traitement médiatique de la famine somalienne de 1992 et du génocide rwandais de 1994 pour savoir comment les médias choisissent, façonnent et hiérarchisent les informations en élaborant des schèmes de perception des événements. Régis Huguenin étudie l'usage des représentations photographiques dans l'entreprise Suchard à partir de la fin du XIX^e siècle. Prenant la photographie comme une pratique ritualisée au sein des classes bourgeoises, il montre l'usage de celle-ci dans l'auto-construction de l'image de marque de l'entreprise et ses implications en termes de pouvoir. Christian Rossé propose enfin une relecture de l'historiographie de la Résistance française au prisme des mécanismes sous-jacents à la mise en place d'une hiérarchie dans les organisations clandestines. Pour terminer, Frédéric Inderwildi se penche sur les implications hiérarchiques des circuits commerciaux de l'imprimé à la fin du XVIII^e siècle.

Finalement, le lecteur se trouve face à un ouvrage fort intéressant, dont on peut saluer la richesse des thèmes et des approches. Ce dernier propose une réflexion d'ensemble originale à partir du renouvellement des questionnements opéré par les contributeurs sur leurs propres terrains de recherche. Or, l'atout de cet exercice collectif en détermine aussi certaines limites. La réflexion globale souffre, en effet, de l'éclatement thématique dû à l'hétérogénéité des contributions et, pour certaines

d'entre elles, d'une problématisation théorique qui apparaît parfois simplement plaquée sur les sujets d'étude.

■ **BRUHNS Hinnerk et DURAN Patrice (dir.), *Max Weber et le politique***, Paris : LGDJ Lextenso éditions, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2009, 247 p.

Compte rendu par Caroline GENDREAU (Faculté de droit, Université de Montréal).

L'apport de l'œuvre de Max Weber pour l'analyse du politique est au cœur de cet ouvrage de recherche, un collectif présenté sous la direction de Hinnerk Bruhns et Patrice Duran, qui réunit des spécialistes de Weber depuis la France, l'Allemagne et l'Italie.

Chez Weber, la sociologie du politique n'est pas une simple sociologie spécialisée, « elle s'inscrit profondément dans une sociologie générale qui lui donne toute sa force conceptuelle et lui permet d'éviter l'enfermement thématique » (p. 8). Cet enfermement, Weber l'a effectivement combattu dans tous les domaines d'activité sociale auxquels il s'est intéressé : la politique, les religions, l'économie, le droit, la presse, la musique, etc. Chaque fois, Weber se tient « loin de tout normativisme et de tout fonctionnalisme » (p. 8). Cette affirmation pose déjà un dilemme épistémologique entre le travail de connaissance sociologique et les rapports aux valeurs : « Si le choix des questions scientifiques est fonction de leur signification culturelle, la prise de position pratique par rapport aux différents scénarios possibles se fait en fonction de valeurs qui relèvent de l'éthique de responsabilité » (Bruhns, p. 124). Le présent ouvrage apporte une contribution qui, loin de se limiter à l'étude de cette question fondamentale, s'intéresse – de manière non monolithique – à plusieurs thèmes de recherche que l'œuvre de Weber invite à explorer.

Gangolf Hübinger indique le trajet de la pensée de Weber à propos des notions d'État et de domination. Il insiste sur la pertinence de « l'interprétation historique que fait Mommsen de la théorie wébérienne de la domination » qui devrait servir de guide, aujourd'hui comme hier, pour qui se réclame de Weber (p. 28). Hinnerk Bruhns rappelle à son tour la contribution majeure de Mommsen. Il remet en perspective les débats passionnés qui ont suivi la publication, en 1959, de *Max Weber et la politique allemande 1890-1920*. Bruhns déplore qu'on ait souvent réduit la contribution de Mommsen à ces passages où des liens sont tirés entre Weber et Hitler : « Comment se fait-il que [Weber] ce défenseur infatigable du système parlementaire conçoive une théorie de la démocratie qui allait, moins de quinze ans plus tard, se réaliser sous une forme totalement pervertie ? » (p. 40). Pourtant traduit en français, l'ouvrage de Mommsen contient des éléments d'analyse encore « largement ignorés du public français » sans compter que ses travaux subséquents, qui permettraient de mieux appréhender cette problématique, manquent encore dans les traductions. Ce qui est clair, du côté de Mommsen et que soutient Bruhns, c'est qu'on ne peut pas séparer science et politique chez Weber : « Pour lui, la science peut trouver son inspiration dans l'engagement passionné dans la politique et inversement » (p. 42). Insistant aussi sur l'orientation démocratique des idéaux politiques de Weber, Gregor Fitz propose une analyse qui montre la rupture avec Carl Schmitt.

Dans la même perspective que François Chazel, Patrice Duran affirme, entre autres, que chez Weber « c'est le même [raisonnement] qui se déploie dans la sphère proprement scientifique de connaissance et dans la sphère pratique » et, par conséquent, que « la sociologie de l'action est aussi une sociologie pour l'action » (p. 76). Duran développe cette idée centrale tout en reconnaissant l'existence de deux postures différentes, celle du savant et celle du politique. Comment articuler concrètement le dialogue entre eux : « Si Weber a toujours rejeté la prétention à vouloir tirer de la science des impératifs politiques, il n'a jamais refusé l'appui de la science à la décision politique » (p. 99). De ce point de vue, Duran réaffirme la fécondité des analyses wébériennes soulignant « la volonté d'articuler toujours ambition théorique et étude empirique, mais aussi de combiner science et action sans jamais sacrifier rigueur et honnêteté qui constituent pour lui [Weber] les qualités du savant et du politique » (p. 105).

La curiosité de Weber a aussi porté sur les « formes de la médiatisation du monde » et sur « leurs effets sur la liberté individuelle du jugement et ce qu'il appelle la "conduite de vie" » (p. 131). Déjà élaboré en 1910, mais n'ayant pas pu être réalisé, son projet d'enquête sociologique sur la presse – dont on parle assez peu il vrai – avait pour objet l'« organisation de l'information à partir du XVIII^e siècle » et ses conséquences sur la culture moderne (p. 137). Gilles Bastin montre l'intérêt des avancées de Weber pour l'analyse, aujourd'hui, de ces phénomènes et notamment à propos de « l'anonymisation de la parole publique qui accompagne la fonctionnarisation de la vie politique », laquelle est déjà politiquement considérée comme « un danger » par Weber (p. 135). Ainsi, selon Bastin, Weber n'aurait pas abdiqué sur « son ambition critique » dans ce projet (p. 142).

Élisabeth Kauffmann resitue les textes politiques de Weber dans leur contexte social et politique. Aussi, souligne-t-elle, ses écrits politiques sont à distance, mais non sans rapport avec ses travaux sociologiques. Weber est présenté comme un ardent défenseur de la liberté, plaidant pour la démocratisation contre une bureaucratisation qui asservirait les individus, les réduirait à l'impuissance. De plus, l'étude de Kauffmann montre comment Weber a exercé sa liberté résolument politique avec l'énergie d'un combattant et non pas celle d'un prophète (p. 161).

Laurent Fleury souligne certains liens thématiques *apparents* entre Nietzsche et Weber. Toutefois, la comparaison conceptuelle ne permet pas de montrer une réelle connexité. Notamment, « la théorie nietzschéenne de la volonté de puissance ne saurait être confondue avec la volonté de domination » (p. 167). Quant au rapport respectif des deux auteurs à l'égard de la chose politique et de l'État, l'analyse de Fleury est sans équivoque : « Si Weber et Nietzsche se séparent dans la modalité même de définir l'État, ils s'opposent encore sur le statut à accorder au politique » (p. 171). Le discours prophétique de Nietzsche n'a rien de wébérien. Il se trouve, selon Fleury, « aux antipodes des descriptions que poursuit une science du *réel* comme la sociologie politique que Weber a fondée en s'intéressant, entre autres, au fonctionnement *concret* des institutions bureaucratiques » (p. 172). Or, chez Nietzsche, une telle sorte d'analyse n'existe pas (p. 176). Contre la tradition interprétative

en formation, Fleury fait voir des divergences profondes entre ces deux auteurs : « Weber ne se révèle pas nietzschéen » (p. 180).

Catherine Colliot-Thélène montre des éléments de convergence quant aux prémisses méthodologiques fondamentales de Foucault et Weber. Elle signale leur intérêt décisif pour l'analyse des conduites, leur refus de l'essentialisme et leur « allégeance à une certaine forme de nominalisme » (p. 187). « Que l'État n'ait pas "d'essence" et que l'histoire ne soit pas "une science déductive", comme le dit Foucault, ce sont là des propositions que Weber aurait pu signer » (p. 189). Colliot-Thélène s'attache à expliquer comment, « en centrant le travail d'explication historique sur les conduites, Foucault tire de la critique des universaux des conclusions méthodologiques identiques à celles de Weber, il fait valoir, à l'instar de celui-ci, une demande d'intelligibilité purement positiviste et empiriste » (p. 190) et cela, en dépit des différences incontestables de leurs problématiques respectives, et même de certaines de leurs thèses « présentées dans des termes exactement opposés » (p. 192). Elle compare des éléments de leurs analyses qui révèlent que, « malgré la différence de leurs interrogations directrices, [Foucault et Weber] ont perçu néanmoins l'un et l'autre que la rationalité politique moderne [...] a quelque chose d'entièrement spécifique, qui tient à son rapport avec l'économie » (p. 197).

En conclusion de l'ouvrage, Klaus Lichtblau propose une lecture historiquement contextualisée de la formation et du « rôle des concepts fondamentaux dans la sociologie de Max Weber »; des questions qui font toujours l'objet de débats et appellent de nouvelles études. Rita Aldenhoff-Hübinger présente, en annexe, un état des lieux intéressant du chantier de l'édition des cours magistraux de Weber entre 1894 et 1900. Elle retrace brièvement le parcours académique de Weber et, aussi, elle mentionne les questions posées ainsi que les obstacles rencontrés dans le travail d'interprétation et d'édition des manuscrits.

« La passion de Weber pour la politique ne l'a ainsi pas empêché de développer, voire de fonder une sociologie politique » (Fleury, p. 179). Weber propose-t-il une sociologie *de* la politique ou une sociologie *pour* la politique ? Certains auteurs abordent explicitement cette question, mais la tension qui la sous-tend traverse, plus ou moins intensément et sous différents aspects, toutes les études. Il appartient donc au lecteur de cet ouvrage, ainsi que de nombreux textes de Weber, de prendre position pour son propre travail de recherche et de continuer à s'interroger. Dans cette optique, les analyses proposées dans ce livre concourent utilement à dynamiser la connaissance critique de cette œuvre au profit de nouvelles recherches.

■ **CHOUQUER Gérard, *La terre dans le monde romain : anthropologie, droit, géographie*, Paris : Errance, « Collection d'archéologie de l'Université de Coimbra », 2010, 355 p.**

Compte rendu par Étienne LE ROY (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

La question foncière a pris, ces dernières années et à l'échelle internationale, une acuité nouvelle dont témoignent, par exemple, les ravages causés aux marchés financiers par l'éclatement de la bulle immobilière aux USA ou la crise alimentaire qui a affecté de nombreux pays du Sud en 2008. Plus récemment, la presse s'est fait

l'écho de grandes manœuvres sur le foncier, à Madagascar, au Mozambique ou en Amazonie, ce qu'on dénomme « *land grab* » en anglais, suggérant à la fois un mouvement compulsif et une empoignade autour de la terre et de son appropriation.

Or, les conditions politiques de cette appropriation et, surtout à plus ou moins long terme, ses conséquences économiques, sociales et environnementales sur l'avenir des sociétés de pays émergents ou toujours confrontés au sous-développement introduisent des débats dont les enjeux ne sont que rarement posés de manière pertinente. Non seulement on manque de données fiables et vérifiées, donc on sacrifie au sensationnalisme et à l'effet d'annonce, mais on reste prisonnier d'une conception étriquée en entendant par politique d'appropriation la généralisation de la propriété privée et du titre foncier. En témoigne l'intérêt excessif accordé à l'ouvrage d'Hernando de Soto ¹, présenté comme une sorte de gourou de la Banque mondiale mais qui ne se donne pas les moyens de répondre à la question que pose l'intitulé de son ouvrage. Le mystère du capital ne relève pas d'une sorte de magie « blanche » et occidentale mais de processus historiques perdus de vue depuis les travaux fondateurs de Marx, même si ce dernier y privilégiait la place du travail et, plus accessoirement, celle de la rente. Toutes les questions relatives aux conditions de l'accumulation primitive du capital et aux conditions sociales et politiques de sa sécurisation retrouvent donc une « acuité » que j'évoquais ci-dessus, avec cette donne originale (*a new deal*) que représente l'exigence de développement durable qui peut conduire à une remise en cause plus ou moins radicale de ce qui fait la substance de la propriété privée, la disposition des choses de la manière la plus absolue, dit l'article 544 du Code civil. Le Grenelle de l'environnement a été totalement muet, ce n'est pas étonnant, sur la question de la redéfinition économique, juridique et politique de la propriété foncière alors que les défis s'accumulent et vont peser tant sur les politiques publiques que sur les marchés : comment conjuguer une conception exclusive et absolue de la propriété avec l'exigence d'un développement reproductible et garant d'une gestion responsable du patrimoine foncier pour les générations futures, ce que les Anglais dénomment le *stewardship* qu'on doit entendre comme un gardiennage des ressources patrimoniales ?

Revisiter les idées-forces relatives à la propriété est donc une exigence majeure, en particulier ce qui relève de l'héritage du droit romain, trop souvent présenté comme un bagage limpide avec les trois grands attributs (*usus, fructus, abusus*) qui constituent la propriété, alors que cet héritage doit être abordé sous réserve d'inventaire. Ce qu'on nous présente généralement comme « le droit romain » n'est en effet qu'une reconstruction tardive faite en particulier par deux auteurs, Domat et Pothiers, entre 1695 et 1771, d'une herméneutique réalisées dans les universités italiennes et françaises depuis la redécouverte aux XII^e et XIII^e siècles des compilations de Justinien, elles-mêmes assurées par Tribonien dans la première moitié du VI^e siècle à Byzance (et non à Rome), sous l'égide de l'empereur et pour des fins autant politiques que juridiques. Si on ajoute que le nom de Tribonien est entré

1. Hernando DE SOTO, *Le mystère du capital. Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue ailleurs ?*, Paris : Flammarion, 2005 (traduction de : *The Mystery of Capital : Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, New York : Basic Books, 2000).

dans l'histoire comme un des plus grands manipulateurs de textes, dans le cas ceux de quatre « grands » juristes-consultes écrivant majoritairement aux II^e et III^e siècles mais en s'adossant parfois à des principes posés six siècles auparavant dans la loi des XII Tables, on commence à avoir une petite idée de la somme des erreurs plus ou moins volontaires qui se sont accumulées à propos du « droit romain » depuis 2 500 ans. Le mérite de Gérard Chouquer n'en est donc que plus grand puisque, ne se contentant pas, comme trop souvent, de commenter les commentateurs, au risque d'en reproduire les erreurs, il exploite la relativement riche littérature de l'arpentage (gromatique, de *groma*, alidade ou l'instrument de base des arpenteurs), démarche qui se situe selon nos conventions actuelles entre science et technologie, et dont les « bases épistémologiques et méthodologiques » obéissent à « l'analogisme » (p. 55), donc à des ensembles complexes de correspondances.

L'objet de l'ouvrage, rédigé par le rédacteur en chef d'*Études rurales*, est exposé simplement en introduction, car il est moins destiné au spécialiste qu'à l'homme curieux de comprendre cette part de notre patrimoine intellectuel qui échappe trop souvent à sa sagacité, faute de vulgarisation appropriée : « Ce livre, qui forme un tome de la série des manuels d'archéogéographie, propose des bases pour travailler la question de la terre dans le monde romain : des fondements anthropologiques d'abord, dans la recherche d'une compréhension de la nature même de l'époque antique ; des fondements juridiques, ensuite, pour poser dans les termes les plus adaptés possibles les statuts du foncier et leur dynamique ; des fondements géographiques, enfin, pour comprendre comment le monde romain a organisé ses espaces et quelles structures il a développées » (p. 17).

Pratiquement, l'ouvrage ne se présente pas sous cette triple démarcation, même si l'anthropologue, le juriste ou le géographe pourra bénéficier d'avancées dans chacun de ces trois domaines. Visant la pédagogie plutôt que l'érudition, l'auteur divise son propos en deux grands registres. La première partie est une mise en contexte comprenant trois chapitres, le premier étant d'objet comparatif (pour comprendre les différences avec nos expériences modernes), le deuxième présentant les catégories techniques de la mesure des terres (géométrie au sens grec littéral) et le troisième les idées relatives à la terre et à son appropriation, ce chapitre représentant sans doute l'apport le plus original de l'ouvrage. Quant à la seconde partie, elle entre dans un exposé détaillé de l'expérience romaine, « entre droit et arpentage » (p. 125 et suiv.) et aborde, entre autres, les problèmes de la fiscalité, l'application des techniques et les controverses internes à la profession, nous faisant entrer dans une certaine intimité du travail de l'arpenteur.

Un compte rendu devant être d'abord une invitation à la lecture de l'ouvrage et non le résumé de ce qu'il contient, je vais rendre compte de trois débats qui traversent la recherche et m'apparaissent particulièrement précieux par leur capacité d'enrichissement des études foncières actuelles.

Le premier débat porte sur le contenu même de la question foncière, contenu qui a déjà été enrichi ces dernières années en associant, dans la théorie des maîtrises foncières et fruitières (Le Roy) puis par le paradigme des espaces-ressources (Barrière), le statut du fonds à celui des fruits ou des ressources ou en proposant la

catégorie de propriété fonciaire (Testart) pour rendre compte des dynamiques d'appropriation. Gérard Chouquer considère prioritairement le foncier comme un rapport socio-spatial puis distingue trois échelles de problèmes :

— le rapport géo-social de base, de type fonciaire, où « la question de la maîtrise juridique et foncière est un élément majeur » (p. 91) et en reprenant la division entre maîtrises foncières et fruitières, celles-ci étant dites par G. Chouquer « usu-fruitières » puisque le terme est spécifiquement employé par le juriste Gaius. Il note en outre qu'il « emploie le terme de fonciaire parce que le *fundus* est un concept qui revêt, dans l'Antiquité, une gamme particulièrement riche de significations, généralement laminées par les lectures spécialisées » plus récentes ;

— le rapport géo-social territorial ou de discontinuité spatiale (p. 92), marqué par la politique de domination où « les emplois du terme [territoire] dans l'Antiquité renvoient, le plus souvent, à la production d'espaces intersécants, fragmentés, qui ne répondent pas à l'objectif d'homogénéisation parce que la logique est celle de l'*ager publicus*, c'est-à-dire une logique coloniale [...] ». Il ajoute, quelques lignes plus bas, que « territorial signifie, préférentiellement, discontinu et [que] la politique de conquête et de gestion des espaces locaux par Rome accentue le phénomène ou le radicalise » ;

— enfin, le rapport géo-social civique, qui apparaît comme une « recherche de cohérence » passant par « une espèce de géographie de la citoyenneté et par la promotion d'un échelon très vite devenu fondamental » et comme une mise en ordre des « divers mondes concernés de la cité » (p. 92). À la différence du rapport territorial qui s'impose comme un héritage du passé et suppose une certaine passivité en générant un ordre spatial hérité, le rapport à la citoyenneté est infiniment plus actif mais, comme le remarque également G. Chouquer, déborde largement la question foncière, à Rome comme dans nos sociétés contemporaines. Il est clair, dans l'expérience romaine comme dans les expériences africaines² puis les nôtres, qu'il existe un continuum entre le droit et le politique, entre la question foncière et la question territoriale, entre la propriété et la souveraineté.

Cette triple distinction conforte et peut éclaircir nombre de développements que j'associe dans mon ouvrage le plus récent (*La terre de l'autre*, à paraître) aux relations entre les territoires, les espaces mesurés et les ressources réservées et que je vais aussi évoquer ci-après.

Le deuxième débat porte sur la place, le rôle et le sens de la délimitation dans l'expérience romaine. Sans doute faut-il avoir une expérience africaine pour accepter « naturellement » l'idée d'espaces non délimités, conçus à partir d'effets polarisants. Les figures extraites des manuscrits des auteurs géométriciens et reproduites dans l'ouvrage m'ont posé un problème qui se superpose à celui que G. Chouquer a mis en évidence pages 172 et suivante à propos de ce qu'il dénomme « la reconstitution d'un récit des origines de la limitation ». Résumons son propos. Il montre que, « pour échapper à un poncif fort en vogue à son époque [fin XIX^e siècle], celui de la terre commune aux origines de Rome et des sociétés anciennes en général, [...] »

2. « Politiques foncières et territoriales », *Politique africaine*, 21, mars 1986, spécialement p. 3-9.

Beaudouin n'hésite pas à en développer un autre, en modernisant outrancièrement le droit romain et en faisant de la propriété quiritaire romaine et de la centuriation des procédés d'origine » (p. 173). Cet auteur produit ainsi un paradigme fondé sur les assimilations « limitations = propriété privée = origines » (p. 172), auquel on peut ajouter = *dominium* (propriété quiritaire), paradigme que G. Chouquer critique de manière convaincante pour aboutir au constat suivant : « Les Modernes, se fondant sur des réalités et des notions qu'ils ont trouvées dans les textes anciens, proposent un récit des origines qui répond plus à des attitudes réactives par rapport à leur époque qu'à des attitudes constructives par rapport aux documents » sans possibilité d'échapper à des « débats vifs et profondément idéologiques » (p. 178).

Ces avancées étant réalisées, ne serait-il pas maintenant utile, nécessaire ou indispensable de soumettre les figures des gromaticiens à une relecture introduisant les hypothèses nouvelles issues des recherches anthropologiques récentes sur les représentations d'espaces (*La terre de l'autre*, à paraître) ? Ces recherches, déjà partiellement publiées depuis une dizaine d'années, supposent que toute société peut combiner une pluralité de représentations d'espaces, la plus commune pour nous, depuis l'expérience grecque et romaine puis l'invention de la géographie moderne, mais pas nécessairement la plus universelle, étant la représentation géométrique qui, au sens littéral, comme indiqué ci-dessus, a pour fonction de mesurer l'étendue au moyen d'une délimitation. Mais d'autres représentations peuvent avoir une incidence notable sur l'interprétation des corpus. Je pense en particulier à la représentation topocentrique où c'est un « point », lieu à fonction particulière, qui exerce un effet de polarisation quasi « magnétique », s'épuisant progressivement aux périphéries, ou à la représentation odologique, fondée sur une science des cheminements et qui a été mise en évidence dans le pastoralisme africain avant d'être associée à l'archéologie de nos itinéraires européens (les routes de Rome, Jérusalem, Canterbury ou Saint Jacques de Compostelle). Avec des collègues géographes de l'UMR PRODIG, nous avons ainsi feuilleté l'ouvrage de G. Chouquer en ayant la conviction que les cinq représentations d'espaces actuellement valorisées dans l'ouvrage à paraître pourraient éclairer d'un jour nouveau le travail des gromaticiens romains et de leurs commentateurs modernes.

Un dernier débat porte sur le droit de propriété foncière dans le monde romain, sur son originalité comme sur la grande diversité d'expériences et d'explications. Ce dernier registre que je ne puis qu'effleurer faute de place prolonge le précédent en invitant les chercheurs, en particulier les juristes, à une grande prudence dans l'exploitation de la terminologie juridique romaine. Je me limiterai à deux remarques. Tout d'abord, la *proprietas* romaine n'est pas la propriété civiliste, laquelle est davantage approchée par deux autres notions, le *mancipium* et le *dominium* qui connotent l'omnipotence du propriétaire. Mais, seconde remarque, ces deux termes se situent dans les marges du droit pour ce qui concerne l'aliénabilité considérée par moi comme le trait diacritique de la propriété privée. J'use d'une formule ambiguë, « aux marges du droit », car si le texte du droit reconnaît l'aliénation la plus discrétionnaire, la pression sociale la condamne résolument et ainsi ce qui est concevable n'est le plus souvent pas praticable, sauf à accepter de déchoir sociale-

ment. C'est donc à la complexité de la vie juridique, politique et économique romaine que Gérard Chouquer nous introduit et c'est ce qui fait l'intérêt de cet ouvrage tant pour le spécialiste du foncier que de cette période de l'histoire de l'humanité.

■ **DI DONATO Flora, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel « processo »***, Milan : Franco Angeli, coll. « Sociologia del diritto », 2008, 224 p.

Compte rendu par Massimo TOGNA (Università degli Studi dell'Aquila).

Aux yeux du juriste italien, l'ouvrage de Flora Di Donato présente deux qualités au moins. En premier lieu, il s'inscrit clairement dans le mouvement *Law and Literature* demeuré peu connu en Italie, surtout des juristes³. Son second mérite tient directement au but que se propose l'auteur et qu'elle explique ainsi dès le premier chapitre : critiquer cette conception encore trop courante du jugement comme simple procédé syllogistique où le fait jouerait le rôle d'une donnée susceptible d'être connue mais non interprétée.

On a pu écrire du courant *Law and Literature* qu'il visait en général à « replacer au centre de l'expérience juridique l'idée de raconter des histoires »⁴. La métaphore littéraire permet ainsi d'approcher le thème du rôle de la narration dans le procès, suggérant immédiatement certains rapprochements. On pense, par exemple, à l'Averroès du conte de Borges travaillant au commentaire de la *Poétique* sans parvenir à saisir le sens des mots *tragoedia* et *comoedia*, le théâtre étant inconnu de la tradition arabe⁵. Après de vains efforts dépensés dans la torpeur d'une après-midi espagnole, le voici à ce dîner où le marchand Abulkasim lui rapporte le spectacle auquel il a assisté en Chine. Rentré chez lui, Averroès croit avoir résolu son problème, mais il s'agit d'une fausse solution : « Aristú [Aristóteles] denomina tragedia a los panegiricos y comedias a las sátiras y anatemas » (Aristote appelle tragédie les panégyriques et comédies les satires et anathèmes). La quête infructueuse d'Averroès pourrait illustrer la condition du juriste qui, comme le coraniste Farach, croirait que « no se requerían veinte personas. Un solo hablista puede referir cualquier cosa, por compleja que sea » (nul besoin de vingt personnes puisqu'il n'est aucun sujet, si complexe qu'il soit, que ne puisse exposer un seul orateur) – sans comprendre qu'au fond un procès est une sorte de représentation, différents récits étant confrontés devant un public qui en jugera la vraisemblance. On pourrait penser aussi à *L'étranger* de Camus qui perd son procès faute de vouloir y prendre part, y demeurant étranger en effet jusqu'à laisser juge et témoins raconter sans lui sa propre histoire.

Mais l'ouvrage de Flora di Donato a d'autres mérites encore. Il se distingue en effet des travaux *Law as Literature* par son approche sociologique et par sa mé-

3. On trouvera une présentation ponctuelle de ce courant dans Maria Paola MITTICA, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Milan : Giuffrè, 2006 (compte rendu par Francesca Carocchia dans *Droit et Société*, 65, 2007, p. 227-229).

4. Eligio Resta dans l'« Introduction » à l'ouvrage de Maria Paola MITTICA, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, op. cit.

5. « La busca de Averroès », paru dans *El Aleph*, première édition originale 1949.

thode constructiviste⁶, visant à trouver « un paradigme de lecture » capable de « dévoiler la nature socialement construite de la réalité judiciaire ».

L'approche est délibérément partielle puisqu'elle se limite à l'examen du moment factuel du procès. Pour autant, et l'auteur y insiste, elle n'oublie pas les liens étroits entre *fait* et *droit*. Revenant sur la doctrine italienne qui s'est intéressée au moment factuel de l'interprétation et de l'application du droit, Flora Di Donato s'appuie ainsi sur les réflexions de Michele Taruffo, partageant son rejet de la conception de la décision judiciaire comme basée sur un simple raisonnement syllogistique, et surtout sa « critique de l'emploi indiscriminé et vague de la notion de narration, typique de certains courants de *legal storytelling*, qui en évoquant un discours judiciaire indiscriminé et en insistant sur les critères de "cohérence narrative" et de "vraisemblance", plutôt que sur le critère de "vérité", tend à oblitérer l'importance de la distinction *fait-droit* ». Elle souligne aussi « la manière dont Michele Taruffo prend en considération la centralité du fait dans le jugement, jusqu'à estimer absurde l'idée qu'on ne puisse pas parler des faits de manière distincte du droit, la distinction entre fait et droit devenant nécessaire selon lui au moment d'établir "ce qu'il est possible et ce qui est nécessaire de prouver en justice" » (p. 99).

Comme le disait déjà Vico d'ailleurs, l'interprétation du droit, en tant que véritable *giuris-prudenza*, se compose de trois parties : une philosophie, une histoire et un art *iuris ad facta accommodandi*, de sorte que, pour citer Massimo Luciani, « la disposition législative, en définitive, vise le fait, mais c'est le fait qui, en la confrontant à la réalité des rapports sociaux que le droit vise à réguler, lui donne sa signification »⁷.

Dans sa préface à l'ouvrage recensé ici, Vincenzo Ferrari rappelle ainsi que, quoique les bibliothèques de droit abondent d'études théoriques et manquent au contraire de recherches sur les faits et leur représentation, le « fait » constitue bel et bien le point de départ du procédé de décision judiciaire, concluant ainsi que « *prima della norma è il fatto che deve essere interpretato giuridicamente* » (avant la norme, c'est le fait qui doit être interprété juridiquement ; p. 13) : « Ce fait que le juge, dit-on, "subsume" sous la norme générale (et ce procédé de "subsomption" ne relève pas nécessairement d'une logique déductive et syllogistique) est pourtant hautement complexe et bien loin de posséder ces caractères d'objectivité qui sont le présupposé et l'horizon de la décision judiciaire, tendant par définition à la découverte de la "vérité" » (p. 11).

Flora Di Donato souligne ainsi que, face à l'adage *da mihi factum, dabo tibi ius*, il faut se demander si *le fait* même est à *donner* ou à *trouver* avant de se demander si l'activité de l'interprète n'est pas moins de *Rechtsgebung* que de *Rechtsfindung*⁸. Comme le déclare son titre, son livre est consacré à examiner les mécanismes de la

6. À ce propos, Vincenzo Ferrari souligne, dans sa « Préface » au livre recensé, qu'il y a la racine *construire* dans le concept de *reconstruction*, qui joue un rôle central dans l'analyse de l'auteur.

7. Massimo LUCIANI, « L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore », *Diritto e Società*, 1, 2009, p. 9. Le passage de Vico commenté par M. Luciani est tiré du *Proloquium* du *De uno universi iuris principio et fine uno*.

8. Ce qui a été fait il y a longtemps, et qui « relève sans doute, dans la perspective d'une analyse sociologique, des figures professionnelles qui opèrent dans les divers systèmes juridiques », comme le rappelle Massimo LUCIANI dans « L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore », *op. cit.*, p. 13.

construction judiciaire du fait, de la construction de cette vérité judiciaire qui, même si elle peut bien différer de la réalité factuelle perçue par les parties, ne se réduit pas à la simple confrontation de deux narrations.

Au contraire, en exposant les fondements théoriques de sa recherche, l'auteur se réfère aux théories de la *construction socioculturelle de l'esprit* (Kant, Bruner, Berger et Luckmann, Goodman, Gertz) pour affirmer « qu'il n'existe pas de réalité externe à l'individu, "trouvée quelque part", mais que c'est l'individu même qui la "construit" dans une constante interaction sociale et culturelle avec d'autres individus. On estimera ainsi peu vraisemblable un accès direct à la réalité, bien qu'on ne mette pas en question la dimension empirique » (p. 101).

Flora Di Donato analyse donc les différentes variables de cette interaction : les perspectives culturelles des parties, les rôles qu'elles jouent dans les différentes situations, les catégories juridiques et culturelles dans lesquelles s'inscrivent les faits établis en fonction des pratiques en vigueur dans chaque communauté, la technique de sélection et de présentation des données factuelles en jeu, etc. La méthode suivie vise ainsi l'intégration d'approches sociologiques, psychologiques et anthropologiques dans l'observation directe de la pratique judiciaire.

La première partie du livre, composée de quatre chapitres, est consacrée à exposer un vaste et complexe cadre théorique. L'auteur y analyse ainsi la contribution de la théorie brunerienne de la « construction narrative de la réalité » au passage d'une conception kantienne à une conception intersubjectivement construite de la connaissance. Elle y traite ensuite de la place du constructivisme social dans les courants postmodernistes, en particulier dans le récent courant de la *Lawyering theory*, puis reconstruit les principaux acquis de la doctrine qui s'est intéressée au rôle du fait juridique dans le procès. Le quatrième chapitre détermine enfin les fondements méthodologiques de l'analyse empirique proposée et revient sur la littérature sociologique consacrée au *disputing*, qui s'est intéressée aux rôles joués par les acteurs du procès.

Vient ensuite l'analyse de quatre cas concrets, reconstruits à travers l'examen des diverses pièces écrites mais aussi de la correspondance entre avocats et clients et par des entretiens avec ceux-ci et les juges. Ces quatre cas tournent autour de questions de droit du travail, jugées exemplaires des dynamiques en jeu entre le requérant et les autres acteurs du procès, juge et avocats. On y observe en effet comment la charge émotionnelle caractéristique de l'énonciation de leur cause par les salariés s'allège à travers l'intervention d'un avocat, lequel tend à élaborer une stratégie efficace plutôt qu'à suivre le récit de son client.

C'est ainsi ce qui se produit dans le cas de Laura, ouvrière qui se présente chez son avocat bien décidée à intenter une action de *mobbing* mais qui, à la faveur d'une jurisprudence consolidée, obtiendra finalement raison en transposant sa cause sur le terrain plus ferme des réparations pour déqualification.

Une grille d'analyse adaptée aux objectifs de la recherche permet de révéler ces dynamiques. Ainsi, l'auteur divise la catégorie unificatrice de *partie*, traditionnellement utilisée dans l'analyse des rapports internes au procès, en y distinguant le *client* de l'*avocat* pour analyser leur interaction, examinant de quelle marge de

manœuvre dispose le client pour raconter son histoire sans que l'avocat la reformule suivant certaines routines professionnelles spécifiques. Flora Di Donato peut ainsi attribuer à l'avocat une part de ce détachement qu'on prête généralement au juge face à l'engagement des parties, comme on l'a vu dans le cas de Laura⁹.

L'ouvrage a donc le mérite de suggérer de nouvelles perspectives d'observation de la réalité sociale sous-tendant le procès. L'optique est féconde et ouvre au lecteur des pistes d'approfondissement particulièrement intéressantes. On pourrait penser, par exemple, au thème de la transaction judiciaire que l'auteur effleure mais n'a pas l'occasion de développer. Son livre, en effet, expose la construction de la réalité judiciaire à travers l'évolution du procès jusqu'à l'arrêt (considéré moins comme document judiciaire que comme mesure de ce que le juge accueille de la présentation des avocats) ; mais l'auteur ne se désintéresse pas de l'interaction des parties lorsqu'elles négocient leurs positions. Elle limite pourtant délibérément son propos (par exemple, p. 117) à l'analyse de la transformation des disputes à travers la négociation de leur objet et de leur cadrage normatif, en fonction du milieu (par exemple, un tribunal hautement spécialisé où les cas sont présentés d'une façon très routinière) et de la participation de divers acteurs. Toujours donc dans une optique pré-processuelle et processuelle.

Flora Di Donato ayant ainsi examiné les mécanismes par lesquels les parties au procès construisent la réalité judiciaire, il serait intéressant d'analyser dans une même perspective ce qu'il advient lorsque, les mêmes parties n'étant pas satisfaites de cette réalité judiciaire, le droit privé leur donne les moyens d'en produire une autre. Les parties sont toujours libres, en effet, d'aller au delà de la construction judiciaire faite dans le procès et de renoncer à se prévaloir de l'arrêt rendu ; il s'agit, semble-t-il, d'un thème qu'un juriste pourrait utilement examiner du point de vue notamment du principe de passivité du juge régissant le procès civil en Europe, en partant par exemple de l'arrangement contractuel trouvé à la suite du procès pour identifier ce qui n'a pas fonctionné dans la construction du *fait*, construit dans le procès justement.

L'ouvrage de Flora Di Donato atteint donc l'objectif annoncé dans les premières pages lorsqu'elle écrit que « le but de la recherche n'est pas tant de fournir des "résultats scientifiques" irréfutables que d'expérimenter quelques moyens possibles pour l'analyse du processus de *construction de la réalité judiciaire* » (p. 18).

- ***Entreprises et Histoire*, 57, 2009/4 : « Quelles normes pour l'entreprise ? », Paris : Eska, 2009, 258 p.**

Compte rendu par Gabriel COLLETIS (Université de Toulouse I Capitole).

Le numéro 57 (décembre 2009) de la revue *Entreprises et Histoire*, consacré au thème « Quelles normes pour l'entreprise ? », constitue un prolongement fécond

9. On trouvera une description des différences d'attitudes entre juge et parties en termes d'*involvement* et de *detachment* dans Michele TARUFFO, « Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence », in Roberta KEVELSON (ed.), *The Eyes of Justice*, New York : Peter Lang, 1994.

d'un débat auquel la revue *Droit et Société* a apporté sa propre contribution deux ans plus tôt ¹⁰.

Ce débat, loin d'être clos, continue de prospérer, si l'on en juge par les travaux actuels (avril 2011) du groupe des « Économistes atterrés » qui s'interroge sur le « gouvernement d'entreprise » ou encore par ceux soutenus par le Collège des Bernardins sur le thème « L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales ».

La vivacité du débat sur l'entreprise et ses normes n'a, en fait, rien de surprenant à un moment de forte remise en cause de la place des entreprises non seulement dans la société mais encore dans l'économie capitaliste elle-même. Ce débat est du reste récurrent à chaque grande crise du capitalisme. Ainsi Adolf Berle et Gardiner Means, en 1932 ¹¹, distinguaient-ils utilement propriété et contrôle : propriété des actifs transmise à la société et contrôle sur leur usage transmis à la structure de gouvernance de la société, ou encore propriété des actions entre les mains des actionnaires et contrôle de la société par les mandataires sociaux.

Le n° 57 de la revue *Entreprises et Histoire* se compose d'un éditorial signé par Blanche Segrestin, du dossier lui-même comportant trois parties, d'une section « débat » réunissant des chercheurs et des praticiens, enfin d'un « document » à caractère historique portant sur les bénéficiaires fictifs et l'encadrement des dividendes (analyse d'un projet de loi et de lois situés entre 1838 et 1867).

L'ensemble approche les 250 pages. Il va sans dire qu'il n'entre pas dans le cadre de cette recension d'examiner cette « somme ». Nous en extrairons, sans doute de façon arbitraire ou du moins critiquable, quelques éléments afin d'alimenter un débat qui n'est pas prêt de s'achever.

Pour cela, nous nous appuyerons largement sur l'éditorial, « Quel droit pour l'entreprise ? », qui a l'heur d'être structuré à l'identique du dossier, en trois parties donc. Nous ne reprendrons ni les termes du débat (en signalant tout de même des échanges intéressants sur le fonctionnement des Sociétés coopératives ouvrières de production, les SCOP), ni ceux contenus dans le document historique.

La question centrale, qui sous-tend celle des normes pour l'entreprise, est celle des principes de gouvernance. La manière dont l'entreprise est gouvernée tend, selon B. Segrestin, à renforcer le poids des actionnaires face aux dirigeants, au détriment des salariés ou des autres parties prenantes. Or les principes de gouvernance sont étroitement liés aux schémas juridiques qui encadrent l'entreprise : les modalités de désignation des dirigeants, les droits respectifs des actionnaires et des salariés sont, par exemple, définis non par le droit de l'entreprise – qui n'existe pas – mais par le droit des sociétés et le droit du travail.

Ainsi, c'est sur le droit de l'entreprise, ou plus exactement sur *l'absence de l'entreprise en droit*, que ce numéro se propose d'engager la réflexion.

L'éditorial se demande si le schéma juridique actuel ne véhicule pas des *représentations* inadaptées et pose une série de questions que d'aucuns jugeront à carac-

10. Dossier « Représentations, modèles et normes pour l'entreprise », coordonné par Maryse Salles, *Droit et Société*, 65, 2007.

11. Adolf BERLE et Gardiner MEANS, *The Modern Corporation and Private Property* [1932], New Brunswick (N.J.) : Transaction Publishers, 2007.

tère subversif : le concept de société, qui est le seul dont nous disposons pour appréhender l'entreprise en droit, n'est-il pas contre-productif, voire dangereux ? Quels seraient les *schémas* concurrents ? Et B. Segrestin de rappeler que si les statuts proposés par le droit, malgré la liberté contractuelle, sont devenus des *normes* dont on aurait oublié les justifications, c'est sans doute aussi faute de *schémas* alternatifs convaincants et faute de *modèles* supplétifs ¹².

La première partie de l'éditorial comme du dossier traite de l'entreprise et de ses objets de droit selon une approche généalogique. Nous retenons les quelques propositions suivantes : la question des dividendes excessifs ou « fictifs » est désignée comme « lancinante » ; malgré les efforts du législateur, l'ambiguïté persiste sur la propriété des résultats communs ; la nécessité de qualifier la relation avec ceux qui apportaient leurs savoirs et leur force de travail dans une relation autre que celle de client-fournisseur a débouché sur l'invention du contrat de travail ; la « souplesse » du droit permet d'expliquer comment les actionnaires ont pu être considérés comme propriétaires des fruits de l'entreprise alors qu'ils ne sont propriétaires que de leurs titres...

La deuxième partie de l'éditorial porte sur l'évolution et les crises des rapports entre le droit et l'entreprise. Nous semble particulièrement intéressante l'analyse suivante : les intérêts des dirigeants et ceux des actionnaires auraient été « alignés » par l'introduction de certaines pratiques telle que celle des stock-options ¹³. L'indexation *de facto* des revenus des dirigeants sur le cours des actions par le jeu des stock-options produit des effets dévastateurs considérables et explique en partie le « court-termisme » dégradant le potentiel à long terme des entreprises. Pire, on peut se demander si dirigeants comme actionnaires n'ont pas adopté une représentation de l'entreprise financiarisée comme simple « actif liquide » susceptible à tout moment d'être acquis ou cédé sur le marché des titres.

Face à cette dérive du capitalisme financiarisé, certains contributeurs de cette partie suggèrent de développer l'entreprise « démocratique » dans laquelle la direction peut émaner des salariés eux-mêmes et être partagée.

La troisième partie évoque les perspectives envisageables pour surmonter la crise : crise du capitalisme, crise de l'entreprise. Restant résolument dans le domaine du droit, certains contributeurs estiment que si l'entreprise n'existe pas en droit, elle n'est toutefois possible que grâce au droit. La proposition la plus stimulante dans cette perspective est sans doute celle de Jean-Philippe Robé consistant à « constitutionnaliser » l'entreprise. Selon cet auteur, la reconnaissance de l'entreprise dans le droit est un préalable indispensable pour que celle-ci ne soit plus une machine à produire des externalités ¹⁴ et que la notion de « responsabilité sociale de l'entreprise trouve un sens ».

12. Il est frappant de voir que Blanche Segrestin reprend une terminologie (dans un sens un peu différent) qui est aussi celle employée par Maryse Salles (*op. cit.*) et qui distingue les représentations, les modèles et les normes.

13. Options d'achat d'actions à l'instant "t" au cours boursier de cet instant, valables pendant une période donnée.

14. Les externalités sont des effets non désirés comme tels, négatifs ou positifs, engendrés par l'action d'un agent économique sur la situation d'autres agents.

- **GIRAUD Olivier et WARIN Philippe (dir.), *Politiques publiques et démocratie***, Paris : La Découverte/PACTE, coll. « Recherches/Territoires du politique », 2008, 428 p.

Compte rendu par Guy GROUX (Centre de recherches politiques de Sciences Po, Centre d'étude de la vie politique française [CEVIPOF], Paris).

Même s'il ne s'agit pas d'un livre d'hommages au sens classique du terme, ce livre salue les travaux de Bruno Jobert, à qui il est intellectuellement dédié. Dès l'introduction, l'essentiel de son apport est évoqué. Les divers chapitres qui composent l'ouvrage se réfèrent largement à ses réflexions, pour développer leurs propres propos. Suite à une postface signée par lui, une liste sélective de ses publications clôt quasiment l'ouvrage. Celui-ci se compose de deux parties essentielles : la première, qui réunit une dizaine de contributions, aborde de façon souvent méthodique, la notion de référentiel, une notion centrale dans le legs de l'analyse des politiques publiques ; la seconde, qui comporte sept chapitres, concerne plutôt « la nature fondamentale du politique comme adaptabilité permanente » et les lectures que l'on peut en faire (p. 14).

D'emblée, l'ouvrage s'ouvre sur une contribution qui brosse un large portrait de l'approche des politiques publiques. Rédigée par Jean Leca et Pierre Muller, deux auteurs qui ont souvent collaboré avec Bruno Jobert et dont l'apport dans le domaine des politiques publiques est également éminent, cette contribution a pour but d'établir « une histoire mémorielle réflexive » de l'analyse des politiques publiques. L'enjeu est de saisir non seulement ses liens à la science politique et à la sociologie françaises mais aussi et surtout sa place dans le contexte international. L'intérêt accordé aux idées et aux grandes évolutions conceptuelles se double ici d'une attention portée à certains événements fondateurs de l'analyse des politiques publiques comme, par exemple, la table ronde organisée sur ce thème lors du 1^{er} Congrès de l'Association française de science politique (AFSP, Paris, octobre 1981). Par-delà des rappels historiques et théoriques importants, les auteurs soulignent, en conclusion de leur chapitre, les trois paradoxes qui concernent, à leurs yeux, l'analyse des politiques publiques dans la France actuelle, à savoir : le faible nombre de travaux comparatifs développés par les chercheurs français ; les difficultés rencontrées par ces derniers dans leurs rapports avec les administrations ou les autorités gouvernementales ; et enfin, l'illégitimité qu'accordent toujours aujourd'hui de nombreux politistes à l'analyse des politiques publiques. Suite à ce panorama d'ensemble, suivent des contributions qui s'appliquent à l'étude de nombreux domaines ou terrains : le logement, la formation, les politiques sociales, les sciences et les technologies, le local et les territoires, les risques et l'environnement, l'Europe, le secteur minier, la justice, etc. D'où une variété de domaines qui sont fréquemment abordés dans les chapitres, à partir d'une double mise en perspective : une mise en perspective historique définie sur une durée plus ou moins longue, et une mise en perspective théorique s'appuyant sur des traditions ou disciplines distinctes (la sociologie voire la philosophie politique, par exemple). À l'évidence, il serait fastidieux de reprendre tous les chapitres, qui font d'ailleurs l'objet d'une présentation synthétique dans l'introduction. Aussi, nous

nous contenterons de souligner ici quelques traits saillants de l'ouvrage quitte à faire preuve d'un certain arbitraire qu'impose l'exercice d'une recension dans un espace qui, par définition, demeure limité.

En fait, si l'ouvrage ne répond pas aux normes habituelles du livre d'hommages se limitant à recenser les apports scientifiques de celui ou de celle à qui l'hommage est rendu, il n'en reste pas moins qu'il constitue un authentique hommage si, par ce terme, l'on entend que tout travail de recherche mérite, surtout s'il est important, d'être discuté, d'être mis en cause et de susciter divers prolongements ou propositions. Au sein de l'ouvrage, les débats sur la notion de « référentiel » prennent des allures multiples. Celle-ci fait l'objet de questionnements voire de critiques qui interviennent soit à partir de la démarche empirique ou de la spécificité de tel ou tel terrain, soit à partir d'éléments plus théoriques. C'est dans ces contextes que se situent, par exemple, les contributions de Bruno Palier qui souligne « la pluralité et la diversité des soutiens pour une même politique publique », interdisant de ce fait toute « quête de pères fondateurs » (p. 105) ; de Jacques Commaille qui montre, à propos du champ juridique, les tensions existant entre des référentiels différents ; de François-Xavier Merrien et de ce qu'il écrit sur l'imbrication de référentiels liés aux principes du libéralisme ou au rôle de la puissance publique. D'autres chapitres complètent l'analyse des politiques publiques à propos de certains traits essentiels comme l'influence et le jeu des experts dans l'imposition de certains référentiels ou modes de penser dominants. C'est le cas des contributions de Jean-Pierre Gaudin quant à la démocratie participative ou de Jean-Claude Barbier à propos des experts liés à certaines institutions telle l'INSEE qui incarne, entre autres, « un système français d'expertise, marqué par sa monopolisation systématique par l'État » (p. 225). Par-delà les approches critiques produites dans l'ouvrage et qui ne se cantonnent naturellement pas à ces quelques exemples purement illustratifs, certains auteurs s'attachent à enrichir l'analyse des politiques publiques et à répondre aux carences qu'ils décèlent dans l'effectivité cognitive, théorique ou empirique de la notion de référentiel, en établissant certaines suggestions ou propositions conceptuelles ou pragmatiques. Philippe Zitoun suggère ainsi de nommer « énoncé de politique publique » ce qui concerne « un référentiel prédictif produit par les acteurs » (p. 84). Et Jean-Claude Barbier établit, en s'inspirant de Jean-Claude Passeron, cinq principes pour garantir « l'autonomie de la science » notamment dans le domaine du social et plus particulièrement face à « la réduction économique du social » (p. 235-236).

À l'évidence, dans les propositions visant à approfondir ou à enrichir l'analyse des politiques publiques, certaines pistes mériteraient d'être traitées de manière plus systématique : par exemple, la question des rapports entre les médias et l'action publique et l'influence des premiers dans le contexte de l'opinion. Dans l'ouvrage, cette question est abordée ici où là, mais de façon elliptique. Or, aujourd'hui, l'intervention des moyens de communication les plus modernes – presse, audio-visuel ou « net » – sur la mise en œuvre ou l'évaluation des politiques publiques est souvent importante voire parfois décisive. Dans les sociétés capitalistes modernes, elle joue sur divers registres comme la formation de l'opinion,

l'impulsion des initiatives publiques, la légitimation ou la délégitimation de certains référentiels. Aussi, ne mériterait-elle pas d'être définie comme un segment important dans les contextes de production des politiques publiques ou des registres et des modalités de gouvernance que ces dernières impliquent ? De la même façon, c'est à juste titre que Yannis Papadopoulos souhaite « plus de dialogue entre des traditions de recherche très isolées » (p. 297) qui constituent pourtant, chacune à leur manière, autant d'apports à l'analyse des politiques publiques. Bruno Jobert, dans sa postface, évoque la question des mobilisations liées à la société civile. Au paravant et entre autres auteurs, Bruno Revesz à propos du Pérou ou Patrick Gilbert au sujet des risques avaient aussi plus ou moins insisté sur cet aspect du problème. Dans ce cadre et dans un contexte où la démocratie représentative laisse plus de place aux diverses formes de démocratie « directe » ou de participation des citoyens, l'analyse des politiques publiques ne doit-elle pas désormais mieux prendre en compte ce qui relève du domaine et de l'analyse des mobilisations collectives, que celles-ci s'inscrivent ou non dans des registres de défiance et de protestation face aux pouvoirs ?

■ **GUIBENTIF Pierre, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit***, Paris : LGDJ Lextenso éditions, coll. « Droit et Société. Série Sociologie », 2010, 504 p.

Compte rendu par Mauricio GARCÍA VILLEGAS (Universidad Nacional de Colombia, Bogota).

Le livre récemment publié par Pierre Guibentif sous l'intitulé *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit* est un ouvrage ambitieux à double titre. En premier lieu, pour sa vocation explicative d'auteurs aussi divers, complexes et profonds que le sont ceux mentionnés dans le titre de ce livre ; en second lieu, parce que l'auteur ne se limite pas à expliquer leurs théories, et notamment leur conception du droit, mais s'attache à trouver leurs points de communication possible et leur relation à partir d'un modèle théorique propre.

Le livre de P. Guibentif se divise en deux parties : dans la première, intitulée « Regards croisés », l'auteur fait une analyse détaillée des théories des quatre auteurs mentionnés. Dans la deuxième, nommée « Agir et instances », l'auteur cherche à dépasser les théories particulières de ces auteurs en développant une comparaison des aspects qui les rapprochent et de ceux qui les différencient, puis il réalise une analyse de la place du droit dans ce cadre comparatif.

Une double finalité inspire cet ouvrage : rapprocher la théorie de la recherche empirique et mieux fonder la recherche en Sciences de l'homme et de la société. L'ambition de l'ouvrage, selon P. Guibentif, « est de contribuer au développement d'un dispositif théorique répondant à ces deux finalités ».

Ce livre s'adresse à quatre types de publics : à ceux qui s'intéressent aux auteurs abordés ; aux chercheurs du domaine « Droit et Société » ; à ceux qui souhaitent approfondir leurs connaissances en matière de théories sociologiques ; enfin, à ceux qui souhaitent réaliser un travail de comparaison théorique à visée pratique.

Les quatre auteurs ici évoqués ont fortement influencé les débats dans les domaines de la philosophie, de la sociologie et du droit, bien au-delà des frontières de leur pays et de leur milieu académique. Tous ont développé des théories cherchant à apporter des réponses aux grands problèmes de l'Europe de la seconde moitié du *xx^e* siècle : l'État, la démocratie, le pouvoir politique et la domination, entre autres. De fait, leurs théories ont un référent factuel commun à partir duquel il est possible d'établir des relations. Ainsi, malgré de grandes différences, le dialogue entre leurs théories n'est pas seulement possible mais aussi nécessaire. En ce sens, P. Guibentif se propose d'avancer sur le terrain des théories comparées en analysant globalement les œuvres étudiées « pour conserver autant que possible la force qu'elles tirent de leur cohérence d'ensemble ; de chercher à saisir, au-delà des œuvres individuelles, le monde théorique dans lequel elles se sont inscrites ; et de reconstituer la conception de la recherche qui se révèle dans les parcours individuels, ainsi que, s'il y a lieu, celle qui pourrait être associée au monde théorique reconstruit au-delà des auteurs » (p. 19-20).

De la comparaison, P. Guibentif tire un cadre théorique (un « canevas » théorique, selon sa propre expression) à partir duquel il articule deux perspectives : d'un côté, celle qui vise à la reconstitution de ce qu'il dénomme les « instances », c'est-à-dire les contextes d'activités suivies et intelligibles ; de l'autre, ce qu'il appelle l'« agir », c'est-à-dire l'émergence de foyers de forces sociales. Cette dyade, comme il l'explique, n'est guère éloignée de l'opposition entre agence et structure, propre à la théorie sociale, mais s'en trouve plus précise à partir de l'explication détaillée des auteurs. Ainsi, ce canevas rend possible un mode particulier de rapport réflexif de la réalité sociale à elle-même, et ce, en raison de la séparation des deux perspectives.

D'autre part, les auteurs étudiés ont eu un intérêt particulier pour le droit, mais avec des différences d'approche assez claires. Foucault et Bourdieu, les deux auteurs français, se sont toujours tenus à distance du monde des juristes, ayant une certaine méfiance à l'égard de la profession juridique. Les juristes étaient alors perçus comme de puissants acteurs dans le schéma de la domination politique. Les auteurs allemands, en revanche, et tout particulièrement Luhmann, un juriste de profession, ont entretenu des rapports étroits avec le monde des juristes, ayant une vision plus optimiste du droit, de l'État et du rôle des juristes dans la société.

Dans la dernière partie de son livre, P. Guibentif cherche à dépasser la dyade « agir-instances » en reprenant la conception du droit développée par les quatre auteurs. L'analyse de leurs œuvres, dit-il, « conduit à l'hypothèse d'un canevas de pensée qui leur serait commun [...], canevas lié à une forme de raison inhérente au droit et à la science dans la modernité ». Néanmoins, l'apparition, au cours des dernières décennies, de nouveaux dispositifs de construction de la réalité sociale – comme, par exemple, le lien de plus en plus étroit entre le droit et l'économie –, aussi bien du côté des instances que du côté de l'agir, serait responsable du changement du droit et du canevas théorique envisagé par les quatre auteurs.

Comme le montre cette brève exposition sur le contenu de cet ouvrage, il s'agit d'une œuvre ambitieuse, tant d'un point de vue interprétatif lié à l'œuvre de chacun de ces quatre auteurs monumentaux, que du point de vue de leur potentiel

comparatif. Ce livre représente, à mon sens, l'effort le plus important entrepris jusqu'à présent pour comprendre et comparer les conceptions sur le droit de ces quatre auteurs classiques de la théorie sociale. Pour cette raison, le livre du professeur Pierre Guibentif deviendra très probablement une référence incontournable pour tous ceux qui entreprennent des études de théorie du droit renvoyant à l'un ou plusieurs de ces quatre auteurs cités.

Une dernière précision avant de clore. Les œuvres des quatre auteurs analysés dans le livre sont représentatives de ce que l'on connaît comme grandes théories sociales. Le livre de P. Guibentif cherche à comprendre ces théories et à trouver les aspects qui les unissent et ceux qui les différencient. Cependant, à la lecture du livre, on s'aperçoit que ces développements théoriques sont moins généraux qu'ils n'y paraissent de prime abord, et qu'ils sont liés au type spécifique de sociétés caractéristiques de l'Europe du xx^e siècle. La conception du droit qui correspond à ces auteurs et le modèle théorique développé par P. Guibentif s'inscrivent dans la tradition du droit civil de l'Europe continentale de la fin du millénaire. Ces théories du droit n'ont que peu de résonance dans d'autres traditions ou dans d'autres parties du monde et à d'autres époques ; ce qui n'ôte rien à leur valeur, ni à l'effort inter-prétatif entrepris par le professeur Guibentif, mais montre simplement leurs limitations théoriques et épistémologiques.

■ **JOUANJAN Olivier (coord.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris : Puf, coll. « Débats philosophiques », 2010, 222 p.**

Compte rendu par Riccardo GUASTINI (Université de Gênes).

2010 était une année excellemment choisie pour publier des livres kelséniens. C'était celle en effet du cinquantième anniversaire de la deuxième édition de la *Théorie pure du droit* (1960, traduite par Charles Eisenmann en 1962), l'ouvrage majeur de Kelsen, forme définitive du travail théorique de toute une vie. Plusieurs initiatives ont été organisées pour célébrer ce cinquantenaire : un grand colloque international en Angleterre notamment (*Legal Science and Legal Theory: An International Conference on Philosophy of Law*, Oxford, septembre 2010), auquel ont participé des spécialistes venus du monde entier ; ainsi qu'une table ronde au sein des *Journées latines de théorie du droit* qui, depuis plusieurs années, réunissent régulièrement juristes et philosophes du droit espagnols, italiens et français (Université Pompeu Fabra, Barcelone, octobre 2010).

L'ouvrage recensé se compose de six essais. Il s'ouvre sur une présentation du coordinateur, Olivier Jouanjan, sorte de bref résumé de la théorie pure (la dynamique du droit, la norme fondamentale, la démocratie) qui vise en même temps à poser la problématique développée par les autres auteurs. Suivent les contributions de Christoph Schönberger, essentiellement consacrée aux débuts de la théorie pure (les *Problèmes fondamentaux de la doctrine du droit public*, de 1911) ; d'Alexander Somek, qui expose la conception dynamique du système juridique (le droit moderne comme système de production de normes) ; de Carlos Miguel Herrera sur les relations entre science et politique dans la pensée de Kelsen ; d'Oliver Lepsius, qui s'intéresse au Kelsen théoricien de la démocratie ; de Matthias Jestaedt enfin, sur la

conception kelsénienne de la science comme fondement de sa théorie de la démocratie. On ne trouvera pas dans ce livre d'examen complet de la théorie pure (ce qui aurait été bien difficile en 200 pages...). Il s'en dégage en revanche une image précise des liens entre épistémologie, théorie du droit, théorie politique (descriptive) et idéologie politique (prescriptive) chez Kelsen.

On mesure ainsi à la lecture de ces travaux combien dans sa pensée tout se tient. Comme le dit Robert Walter (cité par Jouanjan), « l'impératif catégorique de Kelsen fut de toujours mettre sa vie au service de la science ». En effet, c'est bien ce projet de fonder une véritable science du droit et de l'État qui exige de distinguer *Sein* et *Sollen* (« être » et « devoir-être ») et d'assumer un relativisme épistémologique et axiologique, c'est-à-dire un non-cognitivism éthique. Ce double relativisme en outre est à la fois le fondement théorique de son positivisme juridique et le fondement axiologique de sa préférence pour la forme démocratique de l'État, la démocratie constituant pour Kelsen, comme le souligne Jestaedt, le milieu le plus propice au développement de la science. Naturellement, le relativisme n'interdit pas d'adhérer à des valeurs, il interdit seulement de croire que ces valeurs soient vraies ; pour Kelsen ainsi la connaissance est une valeur, et même une valeur absolue.

L'importance de la distinction entre *Sein* et *Sollen*, en particulier, se dégage assez clairement de ces essais. Elle est essentielle avant tout pour distinguer le droit, c'est-à-dire les normes, des faits (Jouanjan). Elle est essentielle ensuite pour distinguer le discours descriptif de la science du discours normatif du droit, de la morale, des théories de la justice ou de l'idéologie politique (Herrera, Lepsius). Elle est encore essentielle pour distinguer la science du droit, dont les normes juridiques constituent l'objet propre, de toute autre science sociale empirique, la sociologie notamment, qui porte sur des faits (Schönberger, Herrera, Jestaedt) : pour Kelsen, une norme ne peut être décrite que par un énoncé déontique (en termes de « devoir »).

Plusieurs contributeurs entreprennent d'analyser le lien étroit entre théorie du droit et théorie politique chez Kelsen. La théorie politique (à ne pas confondre avec la philosophie politique normative) s'identifie évidemment à la théorie de l'État. Mais dans la théorie pure aucune distinction n'existe entre le droit et l'État, un État n'étant rien d'autre qu'un type particulier de système juridique : un système juridique dynamique indépendant (doté de sa propre constitution et subordonné au seul droit international), pourvu d'un domaine territorial de validité, généralement effectif et centralisé (dans lequel les fonctions juridiques de production et d'application des normes sont accomplies par des organes spécialisés). Cette première propriété, l'indépendance « constitutionnelle », distingue un État d'une région autonome, par exemple ; la deuxième le distingue d'un parti politique ou d'une société commerciale, dont les statuts sont sans domaine territorial de validité ; la troisième le distingue d'une utopie politique, dépourvue de toute effectivité ; la dernière le distingue de la communauté internationale, qui n'est dotée d'aucun organe spécialisé de production et d'application du droit. Par conséquent, le problème central de la théorie politique est celui de la classification des formes de gouvernement ou d'État, le concept de « forme d'État » étant bien entendu strictement juridique, renvoyant à une méthode de production du droit (Herrera).

On comprend donc qu'étudiant la démocratie, Kelsen en donne une définition formelle – il en va de même lorsqu'il étudie d'autres formes de gouvernement. La démocratie est tout simplement une méthode de production du droit telle que les normes juridiques soient produites par leurs destinataires eux-mêmes, soit directement, soit indirectement, par des représentants élus. Or toute norme juridique crée une obligation, c'est-à-dire produit une limitation de la liberté préjuridique, « naturelle » pour ainsi dire, de cette liberté de fait dont chacun jouirait en l'absence de tout ordre normatif régissant sa conduite. C'est pourquoi, dans un système juridique démocratique, une telle limitation de la liberté apparaît comme auto-limitation.

La démocratie, y compris dans les limites qui découlent du principe majoritaire, préserve ainsi la valeur (libérale) de l'auto-détermination des individus, justifiée par le non-cognitivismisme, ou relativisme, éthique – une valeur qui entraîne, ou pré-suppose, non pas l'égalité sociale ou substantielle des citoyens, mais seulement leur égale liberté politique. Or ce concept de démocratie est bien un concept formel : une méthode de production du droit, en effet, ne détermine pas le contenu du droit produit. En principe ainsi, la « forme » démocratique est compatible avec un droit civil libéral (propriété privée, liberté d'initiative économique) aussi bien qu'avec un droit civil socialiste (propriété collective des moyens de production, contrôle étatique sur la production et la distribution des biens) : libéralisme et socialisme ne sont que deux principes « substantiels » d'organisation sociale (Herre-ra), l'un et l'autre compatibles avec la « forme » démocratique.

La théorie pure est probablement la meilleure théorie générale du droit et de l'État du xx^e siècle. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit parfaite. Elle pose au contraire plusieurs problèmes, assez bien connus d'ailleurs : un problème très sérieux, par exemple, avec le concept de validité et notamment l'identification entre validité, existence et force contraignante ; un autre problème, tout aussi sérieux, avec la norme fondamentale que Kelsen lui-même, dans les dernières années de sa vie, a reconnue comme une « fiction » ; d'autres problèmes encore, avec la thèse de la complétude et de la cohérence nécessaires à tout système juridique, la thèse de la « clause alternative tacite », la thèse de l'unité du droit étatique et du droit international, la thèse, du dernier Kelsen, de la non-applicabilité de la logique aux normes juridiques, etc. Toutes ces questions sont toujours discutées dans la littérature internationale. Or, quoique certaines soient mentionnées par les auteurs (surtout par Jouanjan), aucune n'est vraiment discutée dans l'ouvrage. Ce qui lui donne un certain tour apologétique.

- **KORNHAUSER Lewis, *L'analyse économique du droit. Fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, Paris : Michel Houdiard, coll. « Les sens du droit », 2011, 199 p.**

Compte rendu par Lionel ZEVOUNOU (Centre de théorie et d'analyse du droit [CTAD], Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense).

Pour le familier d'économie du droit, Lewis Kornhauser est loin d'être un inconnu. On lui doit plusieurs contributions significatives aux débats qui ont entouré

le mouvement *Law and Economics* durant les années 1970 aux États-Unis¹⁵. Le présent ouvrage, traduit en français par Kahina Selmouni, avec un avant-propos de Bertrand Du Marais et des commentaires de Régis Lanneau, expose les principaux thèmes qui structurent aujourd'hui l'économie du droit. Plus qu'un ouvrage, il s'agit là d'un essai inspiré d'articles antérieurs¹⁶. Disons-le d'emblée, le lecteur averti sera rapidement déçu s'il recherche quelque chose de neuf : le livre de Lewis Kornhauser ne présente pas une grande originalité au regard des thèmes traditionnels d'économie du droit¹⁷. Le principal attrait de l'ouvrage réside plutôt dans l'exposé de la matière. En effet, l'auteur aborde l'économie du droit de façon systématique sans pour autant évacuer les nombreuses difficultés qui s'y rencontrent. Sur la forme (qui comporte quelques coquilles), l'utilisation de formules mathématiques, ou de modèles, laisse place à un langage presque exclusivement littéraire. C'est un effort louable si l'on considère l'objectif de présenter les principales problématiques de l'économie du droit. Le juriste ne pourra pas se dédouaner cette fois-ci en se cachant derrière l'ésotérisme du langage mathématique. L'ouvrage de Kornhauser présente cependant une fausse simplicité. Les différentes parties constitutives de l'essai nécessitent une maîtrise préalable à la fois des multiples courants qui composent l'économie du droit ainsi que des concepts qui s'y réfèrent. Autrement dit, le style littéraire ne fait pas l'économie d'une maîtrise de l'équilibre de Nash, du dilemme du prisonnier, de la théorie de la justice de Rawls, de l'économie du bien-être, et il s'agit souvent de naviguer entre différents modèles de rationalité.

L'approche transversale retenue sur le fond permet à nouveau de prendre la mesure de la complexité et de la richesse d'analyse de l'économie du droit. Les principaux thèmes sont regroupés sous trois rubriques : « L'instrumentalisme », « Le comportement face au droit » et « L'évaluation ». Comme il n'est pas possible d'exposer le détail des développements de chacun d'eux, on se contentera d'en esquisser les grandes lignes et d'en discuter quelques points. Sans surprise, l'introduction revient sur la genèse de l'économie du droit. Comme Posner, Kornhauser estime que les travaux de Coase et Calabresi en auraient posé les bases. Certes, ils ont été précédés de travaux antérieurs, néanmoins ces derniers « n'ont pas réussi à impulser un mouvement [...] au sein du corps professoral ou dans le programme des facultés de droit [...] car, à leur époque, il manquait une théorie solide du comportement individuel » (p. 19). Aussi l'auteur identifie-t-il deux courants au sein de l'économie du droit : d'un côté, l'analyse des politiques (*policy analysis*) ; de l'autre, l'économie politique (*political economy*). On retrouve ces deux courants évoqués tout au long de l'essai.

15. Voir, par exemple, Lewis KORNHAUSER, « A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law », *Hofstra Law Review*, 8, 1980, p. 591.

16. Selon les propres mots de l'auteur (voir la partie « Note de l'auteur »).

17. Pour des ouvrages en langue française du même type, voir : Bertrand LEMENNICIER, *Économie du droit*, Paris : Cujas, 1991 ; Thierry KIRAT, *Économie du droit*, Paris : La Découverte, 1999 ; Ejan MACKAAY, *Analyse économique du droit, I: Fondements*, Montréal : Thémis, Bruxelles : Bruylant », 2000 ; Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris : Dalloz/Sirey, 2008.

L'instrumentalisme est longuement discuté dans une première partie. L'auteur en propose trois acceptions. La première pose que « les agents utilisent le droit comme un moyen orienté vers une fin » (p. 32) ; la seconde affirme que « le droit a des conséquences sociales » (p. 32) ; enfin un troisième sens, que l'auteur qualifie de « fort », est résumé en ces termes : « le droit n'est instrumental que s'il a des conséquences délibérées ». Cette dernière acception est critiquée par l'auteur en ce qu'elle évacue le compromis, caractéristique des décisions politiques. À partir de là, l'auteur introduit une distinction entre l'instrumentalisme « institutionnel » et l'instrumentalisme « normatif » (p. 33-34). Un autre chapitre examine les objections communément adressées à « l'instrumentalisme juridique ». Celles-ci seraient au nombre de trois : l'attachement de l'économie du droit au « centralisme juridique » ; le défaut d'une théorie adéquate du comportement ; le fait que le droit disposerait d'une valeur intrinsèque. Le « processus juridictionnel » fait en ce sens l'objet d'une discussion approfondie : peut-on assimiler l'acte d'interprétation au modèle de rationalité substantielle ? Après avoir rappelé les points de vue respectifs de Dworkin et Posner sur cette question, l'auteur estime cette assimilation réductrice, sans pour autant écarter l'utilité d'un tel modèle.

La seconde partie, qui traite du comportement face au droit, comprend elle aussi trois chapitres. Le premier revient, pour employer la terminologie de Simon, sur le concept de rationalité substantielle. L'auteur en discute le postulat s'agissant plus précisément de la maximisation des préférences de l'individu. Ce dernier n'est-il qu'un calculateur froid, égoïste, étranger à tout sentiment altruiste ou de jalousie ? Kornhauser oppose à cette représentation différents postulats alternatifs, notamment celui de la rationalité comportementale. Partant, l'auteur fait le choix – sans nécessairement le justifier – d'un modèle de rationalité qui considère la préférence comme une synthèse des jugements « tout bien considéré » de l'agent, relatif à ce qu'il devrait faire (p. 94). Le deuxième chapitre discute le lien entre rationalité économique et normativité. Tout paraît, en effet, opposer ces deux concepts que Kornhauser tente de réconcilier en admettant que l'ordre des préférences d'un agent puisse intégrer l'obligation juridique. Le troisième chapitre revient sur certaines thèses de l'école du *Public Choice*, notamment la question de l'attrait des individus vers différents types d'institutions. Convient-il d'adopter une théorie uniforme de la rationalité capable d'expliquer l'interaction entre les individus et les institutions et dont l'utilité permettrait de comparer les institutions entre elles ? Contrairement aux théories de Brennan et Buchanan, Kornhauser opte pour une approche plus nuancée sans pour autant rejeter le modèle de la rationalité substantielle.

Dans la troisième partie, Kornhauser examine d'un point de vue critique l'efficacité, concept ayant donné lieu, on le sait, à d'abondantes controverses. Le chapitre premier revient à cet égard sur le caractère polysémique de l'efficacité. Au sens étroit, « efficacité » rime avec la « Pareto efficacité » ; au sens plus large, efficacité signifie « maximisation des richesses » ; plus largement encore, l'efficacité « renvoie à n'importe quel critère d'évaluation fondé sur le bien-être » (p. 143). La Pareto efficacité est bien connue : pour le dire de façon schématique, elle stipule un état dans lequel « l'allocation X est Pareto-supérieure à l'allocation Y si au moins

une personne dans la société préfère X à Y et aucune ne préfère Y à X» (p. 146). La « maximisation des richesses » renvoie, quant à elle, au critère de Kaldor-Hicks, lequel est satisfait dès l'instant qu'une compensation potentielle des richesses est possible. Or, comme l'indique Kornhauser, il est des situations où il n'est pas possible de comparer et donc d'évaluer les préférences. Ce constat conduit dès lors à discuter la question du consentement déduit à partir de préférences. En d'autres termes, à supposer qu'un état X soit plus efficient qu'un état antérieur Y, de quelle façon s'assurer que les individus aient réellement consenti à passer d'Y à X? L'économie du droit répond à cette question en estimant que l'on peut déduire le consentement des individus à partir de leurs préférences. L'auteur critique cette thèse ; il estime qu'elle ne tient pas compte de situations réelles, voire conflictuelles (p. 154). Dans le même ordre d'idées, un autre chapitre aborde la question du bien-être en lien avec l'analyse des préférences individuelles d'évaluation. À cet égard, l'auteur introduit une distinction entre préférences *personnelles* et préférences *impartiales* (p. 156). Les premières « peuvent servir à représenter le bien-être de l'agent alors que celles qui sont impartiales retranscrivent ses jugements "tout bien considéré" concernant la désirabilité relative des états du monde » (p. 156). Kornhauser entreprend alors de montrer que le concept de « bien-être » ne peut se résumer en une agrégation des préférences personnelles. Le dernier chapitre examine l'impératif d'évaluation propre à l'économie du droit. Cet impératif devrait être « non-idéal » et « indirect ». Selon Kornhauser, « l'analyse économique du droit peut nous en dire peu sur les critères d'évaluation que nous devrions adopter en pratique, mais elle pose les bonnes questions » (p. 179). La conclusion dresse un panorama des apports présents et futurs de l'analyse économique du droit à la compréhension du concept de droit.

L'essai de Kornhauser ne laisse pas le lecteur indifférent et les objections qui peuvent lui être adressées semblent multiples. Ainsi, comme nous l'avons déjà indiqué, l'essai n'a-t-il pour lui que l'apparence de la simplicité. L'auteur aurait gagné à exposer plus clairement les enjeux des débats dans lesquels s'inscrivent nombre de développements complexes. Force est de reconnaître que cet effort de clarification fait défaut au point parfois de décourager un lecteur non averti. La richesse de l'analyse n'est toutefois plus à démontrer. De la théorie de la décision à la philosophie politique en passant par la philosophie du droit, Kornhauser introduit le lecteur dans une approche résolument interdisciplinaire. D'où l'originalité de l'objet étudié qui déborde largement celui du droit.

En référence à l'économie du droit, Kornhauser distingue deux principaux courants : celui de « l'analyse des politiques » et celui de « l'économie politique ». On avouera ne pas avoir été convaincu par cette césure et ce d'autant que l'auteur ne lui donne aucune justification explicite. L'économie du droit se compose en effet de nombreux courants éclatés, souvent loin d'être homogènes. Cette observation amène à une critique d'un second ordre : celle de l'éclectisme dont l'auteur fait preuve tout au long de l'essai. En effet, il n'est pas toujours aisé d'identifier sa position méthodologique. Mieux encore, Kornhauser évacue la question – à notre sens essentielle – de la justification du syncrétisme méthodologique qu'il opère, mobili-

sant et critiquant à la fois la théorie de la rationalité comportementale, la théorie de Chicago ou la théorie du *Public Choice*.

La signification de concepts importants pour la compréhension de l'essai mériterait d'être approfondie. On pense à l'usage des concepts « d'architecte constitutionnel » (p. 36, 43, 65, 169) ou d'instrumentalisme « normatif » ou « institutionnel » (p. 35). On se demande aussi parfois si les développements sur le concept « d'instrumentalisme » n'entretiennent pas un certain nombre de « faux » débats, comme l'antagonisme supposé entre une vision « instrumentale » du droit et une vision essentialiste. La première thèse serait défendue par Posner, la seconde par Dworkin. À bien y regarder pourtant, l'une n'est pas nécessairement exclusive de l'autre. Et l'on peut même dire qu'aucun juriste n'échappe à « l'instrumentalisme », si par là il s'agit d'apposer une grille de lecture prédéfinie au discours juridique. Partant, on peut qualifier « d'instrumentale » une lecture du droit fondée sur un idéal plus général de « justice ». La question véritable est ailleurs. Elle est dans le contenu sous-jacent à la grille de lecture préalablement définie ; autrement dit, dans la manière d'aborder de façon générale le concept de « droit ». Là réside à n'en point douter la pomme de discorde entre ceux – y compris Kornhauser – qui tentent d'assigner une finalité au système juridique. Si tel est le fond du problème, alors il existe effectivement une césure entre deux idéologies : l'une estimant que le droit doit poursuivre la maximisation des richesses par l'efficience ; l'autre pour qui le droit doit être fondé sur un ensemble de principes humanistes. Kornhauser critique la seconde au profit de la première. Mais on pourrait lui opposer l'argument du relativisme éthique : au nom de quoi l'efficience serait-elle meilleure que d'autres valeurs alternatives ? La critique que Kornhauser adresse à ceux qui adhèrent à une vision « essentialiste » – autrement dit humaniste – du droit peut dès lors lui être retournée.

- **LAFARGUE Régis, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, Paris : LGDJ Lextenso éditions, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2010, 417 p.**

Compte rendu par Thomas BURELLI (doctorant à l'Université d'Ottawa).

La Nouvelle-Calédonie est un cas très particulier dans le paysage institutionnel et juridique français. Collectivité *sui generis* bénéficiant d'un titre spécifique au sein de la constitution française (titre XIII), elle est dotée d'une large autonomie institutionnelle qui lui est reconnue par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

Elle est aussi une collectivité d'outre-mer où coexistent différentes communautés dont certaines peuvent être qualifiées d'autochtones¹⁸. Il s'agit en outre d'un des seuls territoires ultramarins où les communautés sont reconnues par le droit français. En effet, constituant une exception aux principes d'une République une et

18. François GARDE, « Les autochtones et la République », *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 1, 1999, p. 2.

indivisible, la loi organique de 1999 reconnaît le peuple kanak et consacre l'existence d'un peuple autochtone sur le territoire français, outre le « statut civil coutumier » et un statut dérogoratoire des terres « coutumières ». De ce fait, le « droit autochtone » ou la « coutume autochtone » de ces communautés est mis en œuvre et débouche sur une « coutume judiciaire ». Celle-ci est l'œuvre du juge étatique assisté, en principe, d'assesseurs coutumiers. Ce faisant, dans un contexte de ren-contre de civilisations, le législateur français tente d'organiser la reconnaissance et le respect du droit autochtone et la coexistence de différents ordres juridiques en Nouvelle-Calédonie.

S'il existe de nombreux ouvrages qui traitent du statut institutionnel de la Nou-velle-Calédonie, il existe à ce jour très peu d'auteurs qui s'intéressent aux spécifici-tés juridiques internes de cette collectivité et en particulier à la reconnaissance par le droit étatique du peuple kanak et du statut coutumier. Régis Lafargue est de ceux-là – sans oublier son devancier Éric Rau¹⁹. Après avoir publié un premier ouvrage en 2003 intitulé *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*²⁰, il publie en 2010 ce nouvel ouvrage *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*.

Dans cet ouvrage, la coutume autochtone et son adéquation avec la coutume judiciaire sont étudiées. L'objectif est ici moins « d'exposer le contenu même de la "coutume judiciaire" que de vérifier sa validité au regard de ce qui semble bien être la réalité ethnologique ». Le second objectif est « de situer l'expérience néo-calédonienne dans un contexte plus large : pour montrer que la problématique ren-contrée dans ce "pays", est un phénomène général que l'on retrouve dans tous les pays neufs, comme dans tous les États qui ont été confrontés au choc des cultures ».

Dans une première partie, l'auteur dresse le bilan et analyse les potentialités du dispositif de reconnaissance du statut coutumier en Nouvelle-Calédonie. Il expose et étudie les différentes étapes de la reconnaissance du droit coutumier. Il montre de quelle manière cette reconnaissance est restée longtemps à l'état de latence, faute de volonté et de juridictions capables de dire le droit coutumier. Ce système n'offre longtemps qu'une alternative : renoncer à l'application du droit coutumier pour avoir un accès effectif au juge étatique ou, à défaut, se voir renvoyé à saisir les autorités coutumières (ce que certains observateurs analysaient comme un déni de justice)²¹. Mais cette reconnaissance reste à parfaire : confinée au domaine civil la coutume n'a aucune place officiellement reconnue dans le domaine pénal. Selon l'auteur, il s'agit encore d'une forme de déni qui contredit l'apparente avancée dans la reconnaissance du droit autochtone²².

19. Éric RAU, *Institutions et coutumes canaques* [1944], Paris : L'Harmattan, 2006 ; Id., *La vie juridique des indigènes des îles Wallis* [1935], Paris : L'Harmattan, 2007.

20. Régis LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutu-mier*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

21. *Ibid.*, p. 65.

22. Il existe tout de même la notion de « médiation pénale coutumière », mais encore non organisée.

Dans une seconde partie, l'auteur s'interroge sur la capacité de ce dispositif à permettre l'expression de la coutume autochtone sans en trahir ou en nier le sens. Pour ce faire, l'auteur fait appel à de nombreux cas de jurisprudence ainsi qu'à une connaissance approfondie de certains aspects de la culture kanak. En analysant les catégories essentielles de la coutume : la terre et les hommes, l'auteur évalue l'écart entre la coutume judiciaire et la coutume autochtone en fonction des enjeux auxquels sont confrontées les juridictions dans ces deux domaines. Dans cette partie, il montre de quelle manière la mise en œuvre du droit autochtone par les juges étatiques se heurte encore à des obstacles d'ordre technique (par exemple, l'absence de cadastre coutumier) mais aussi parfois d'ordre idéologique (le statut des terres coutumières constituerait un frein au développement économique²³). L'auteur montre en outre à quel point le succès de cette expérience dépend avant tout de la volonté politique des différents acteurs impliqués (au premier rang desquels les assesseurs et les juges) : « La justice, dit-il, est plus l'affaire des hommes que des institutions²⁴. »

Enfin, de manière transversale, l'expérience néo-calédonienne est comparée à celles d'autres États confrontés à cette problématique de rencontre et de coexistence de civilisations et nous montre en quoi le processus initié et développé en Nouvelle-Calédonie n'est pas une « anomalie » ou une exception mais concerne de nombreux pays : tous les pays qui ont été confrontés à la coexistence de cultures, telles l'Australie, la Nouvelle-Zélande ou l'Afrique du Sud, mais aussi les anciens pays colonisés d'Afrique. L'expérience néo-calédonienne analysée au regard de ces expériences étrangères apparaît originale dans la manière tant d'appréhender que de gérer l'altérité. Cette originalité réside principalement dans « une dualité de systèmes juridiques » qui cherche « à affirmer la spécificité du statut coutumier kanak ». Ainsi, si l'expérience néo-calédonienne s'inscrit dans un ensemble plus large d'expériences similaires, elle se développe de manière singulière en référence à un contexte social et historique particulier. Enfin, cette confrontation des expériences calédonienne et étrangères montre que les limites ou obstacles observés en Nouvelle-Calédonie ne sont pas indépassables. Ainsi la non-reconnaissance d'un droit coutumier pénal n'est pas une caractéristique partagée par l'ensemble des cas étrangers considérés.

Cet ouvrage nous invite à un détour qui pourrait paraître exotique et éloigné des préoccupations autres que celles de la Nouvelle-Calédonie. Mais bien au contraire, l'analyse proposée est source de nombreux enseignements tant pour la France que pour l'étranger. De manière plus générale, il nous invite à poursuivre la réflexion pour une meilleure adéquation de notre justice aux enjeux du XXI^e siècle.

Questionnant la capacité de notre État post-moderne à prendre en compte et respecter la diversité culturelle, il démontre qu'il est possible, même au sein d'un État unitaire comme la France, de reconnaître la différence et de mettre en place des interfaces de prise en compte de celle-ci. Néanmoins, l'auteur souligne aussi la fragilité d'un tel système qui repose pour beaucoup sur l'engagement des différents acteurs impliqués.

23. *Ibid.*, p. 245.

24. *Ibid.*, p. 313.

Les travaux de Régis Lafargue sont ainsi en mesure d'intéresser à la fois les spécialistes de l'outre-mer, les ethnologues du droit, mais aussi plus largement les juristes ou « ethno-juristes »²⁵ confrontés à un contexte multi-ethnique qui y trouveront un exemple parfaitement illustré d'organisation du pluralisme juridique au moyen du statut personnel.

■ **MINCKE Christophe, La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs. De l'utopie à l'aveuement**, Waterloo : Kluwer, 2010, 300 p.

Compte rendu par Francis BAILLEAU (Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales [CESDIP], Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines).

Fruit d'un travail de thèse, cet ouvrage, comme son titre l'indique, cherche, à partir d'une enquête de terrain menée en Belgique, à comprendre l'introduction de la médiation dans la procédure pénale afin d'en mesurer les effets tant par rapport au sens qui lui a été attribué par ses fondateurs : « nouveaux modèles du règlement des conflits » et « nouvelles finalités aux réactions étatiques », que du point de vue des gestionnaires qui cherchent de « nouveaux instruments d'évaluation de la qualité des appareils de traitement des conflits » (p. 223) afin d'en réduire les coûts.

À la base de cette réflexion, une hypothèse, rappelée dès l'introduction : « le système pénal est en crise comme les modes réhabilitatifs de réaction à la déviance », et la médiation serait, pour les nombreux acteurs qui l'ont soutenue, le chevalier blanc qui, « en conciliant responsabilité et dynamique sociale positive » (p. 1), serait *la* réponse à cette crise du pénal. La démonstration pour valider ou infirmer cette hypothèse s'articule en trois parties : présentation et historique de la médiation pénale belge ; résultats d'une enquête de terrain au parquet de Bruxelles ; rôle et sens de la médiation dans le processus pénal.

Une description très fine des pratiques concrètes de médiation occupe la partie centrale de l'ouvrage où les seize procédures de médiation pénale qui ont été observées au tribunal de Bruxelles sont présentées en détail. L'analyse proposée pour ces tentatives de médiation et surtout leurs échecs – « dans la plupart des dossiers étudiés ici, la médiation pénale a laissé le conflit inchangé, causant parfois même des dommages supplémentaires aux parties et n'ouvrant aucune perspective de résolution future » (p. 236) – s'appuie sur les notions de pouvoir et d'autorité qui permettent de mettre à jour les stratégies que développent les trois acteurs centraux : l'accusé, la victime et l'assistant de justice chargé de veiller au bon déroulement du processus.

En présentant les résultats de son enquête de terrain, Christophe Mincke expose avec précision les raisons pour lesquelles la médiation connaît aussi peu de succès parmi les personnes auxquelles elle est proposée par le parquet : 12 cas sur 16 sont des échecs. La lutte pour la reconnaissance du statut de victime entre les deux parties en conflit explique ce taux important d'échec : 75 %.

25. Expression de l'auteur.

Les personnes concernées par un conflit de cet ordre porté devant le tribunal et orienté par le parquet, à cause du type de conflit, vers une procédure de médiation pénale font en réalité appel au tribunal non pas principalement ou uniquement pour réparer le préjudice objectivement causé par celui qu'elle désigne comme l'auteur et responsable de ce dernier, mais également – et souvent surtout – pour obtenir de cette instance officielle une reconnaissance de leur statut de victime. Au cours de cette lutte pour la reconnaissance, la réparation des dommages subis devient secondaire alors même que, pour les initiateurs de cette pratique, l'objectif visé était l'apaisement des tensions sociales induites par un dommage qu'il s'agissait de réparer pour que la paix et la concorde règnent à nouveau entre les deux protagonistes : « Le développement de stratégies visant à redéfinir les relations entre les parties est en effet un point nodal du fonctionnement de la médiation pénale » (p. 201).

Cette lutte pour la reconnaissance officielle de ce statut de victime, si elle est la raison principale de ces échecs au pénal est aussi la raison principale de son succès dans d'autres types de contentieux.

Lorsqu'il s'agit de régler des conflits purement matériels, commerciaux ou civils, ces objectifs ne semblent pas susceptibles « de constituer pour leurs protagonistes de tels enjeux, de telles situations au travers desquelles c'est toute l'image de soi qui se joue » et, dans ce cadre, une procédure de médiation peut réussir à apaiser les tensions, à les régler alors qu'elle a du mal à s'installer dans des pratiques judiciaires où « la puissance des enjeux symboliques que nous pointions ci-dessus et à laquelle nous attribuons une bonne part des échecs de la médiation pénale nous semble spécifique au domaine pénal [et] des indices existent qui permettent de penser qu'elle serait plus efficace dans des domaines où il est moins question de relations humaines que d'intérêts objectivables » (p. 260).

En conclusion, l'auteur considère que, contrairement aux idéaux de ses fondateurs et aux objectifs affichés par les gestionnaires, « la médiation pénale joue le rôle d'une légitimation du recours aux modes classiques de gestion des conflits et, notamment, du droit pénal » (p. 259).