

## Compte rendu

---

### Ouvrages recensés :

Jean-Marie TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bibliothèque de Philosophie comparée, Collection Philosophie de droit, vol. 1, Bordeaux, Éditions Bière, 1985, 169 pages, ISBN 2-85276-028-2.

Angel Sanchez DE LA TORRE, *Le droit dans l'aventure européenne de la liberté*, Bibliothèque de Philosophie comparée, Collection Philosophie du droit, vol. 2, Bordeaux, Éditions Bière, 1987, 219 pages, ISBN 2-85276-033-9, ISSN 0298-2803.

par Maurice Tancelin

*Les Cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, p. 1035-1038.

Pour citer ce compte rendu, utiliser l'adresse suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042994ar>

DOI: 10.7202/042994ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

---

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

---

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : [info@erudit.org](mailto:info@erudit.org)

Une contribution importante à ce sujet est la thèse de doctorat de M. Charles Jarrosson, maintenant professeur à Strasbourg, qui vient d'être publiée dans la bibliothèque de droit privé avec une préface du professeur Bruno Oppetit; ouvrage couronné par l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Paris, Prix Albert Wahl. L'auteur n'a pas choisi la facilité en faisant de la *notion* d'arbitrage l'objet de ses réflexions, mais cela lui a permis d'être au cœur de la question. Après une brève introduction sémantique, monsieur Jarrosson propose de délimiter les contours de la notion avant d'en explorer le contenu. Cela l'amène à traiter d'abord de sujets assez classiques comme les distinctions entre arbitrage et expertise (c'est le thème de l'arrêt *Sport Maska*) ainsi qu'arbitrage et médiation, conciliation, transaction ou mandat commun, le tout à partir d'une étude approfondie de l'acte juridictionnel. La seconde partie est plus originale car l'auteur y livre une analyse minutieuse de l'instrumentation conceptuelle qu'il utilise à l'aide de « questions de méthode » sur la « notion de notion » par exemple.

Ces développements « métajuridiques » témoignent bien des nouveaux horizons de la doctrine moderne, et l'exercice n'est pas gratuit car il permet de sonder les fondements de choix inéluctables. Ceux de monsieur Jarrosson aboutissent à une notion *moniste* et *résiduelle* de l'arbitrage. Il en défend l'unicité conceptuelle contre l'école dualiste (fortement défendue récemment par M<sup>e</sup> Antoine Kassis — voir notre chronique dans (1989) 29 *C. de D.* 560) par un faisceau de raisons bien articulées qui s'appuient en bonne partie sur son caractère « résiduel », c'est-à-dire attractif. La démonstration exige une étude particulièrement éclairante du droit italien dont les caractéristiques inspirent les thèses dualistes. L'ensemble est très cohérent et fournit une nouvelle structure d'argumentation à l'école extensive dont le professeur René David est le protagoniste le plus en flèche.

Un aspect remarquable de l'ouvrage vient de l'habileté de monsieur Jarrosson à

conduire une double analyse critique, celle du droit positif et celle des concepts en jeu, qui enrichit les deux volets de la démarche. On peut ne pas partager tous les jugements de l'auteur mais sa méthode ouvre un plan de réflexion qui ne pourra être désormais ignoré.

Enfin la perspective théorique proposée est particulièrement attirante pour les juristes canadiens et québécois car elle est parfaitement compatible avec les nouveaux textes législatifs et l'orientation actuelle de la Cour suprême.

En résumé, une lecture qui s'impose à tous ceux que l'arbitrage intéresse.

Alain PRUJINER  
Université Laval

Jean-Marie TRIGEAUD, **Humanisme de la liberté et philosophie de la justice**, Bibliothèque de Philosophie comparée, Collection Philosophie de droit, vol. 1, Bordeaux, Éditions Bière, 1985, 169 pages, ISBN 2-85276-028-2.

Angel Sanchez DE LA TORRE, **Le droit dans l'aventure européenne de la liberté**, Bibliothèque de Philosophie comparée, Collection Philosophie de droit, vol. 2, Bordeaux, Éditions Bière, 1987, 219 pages, ISBN 2-85276-033-9, ISSN 0298-2803.

L'ouvrage de J.M. Trigeaud ouvre la collection de Philosophie de droit de la Bibliothèque de Philosophie comparée de Bordeaux. C'est le premier tome d'un ouvrage dont le second, annoncé, sera une étude du positivisme juridique.

Le premier tome est une étude de la philosophie occidentale antérieure au positivisme. Les « jusnaturalismes » que l'auteur nomme « Approches de la justice naturelle » sont présentés sous trois rubriques :

1. perspective réaliste de la liberté incarnée,
2. perspective idéaliste de la liberté transcendente,
3. retour au concret et expérience de liberté.

C'est toute la philosophie du droit qui est passée en revue dans cette étude de la justice saisie par référence à l'humanisme. L'auteur se situe dès le départ dans le réalisme : « ... le droit sur lequel s'appuie la réflexion du philosophe se présente à la fois comme réalité et comme conscience ».

Nous limiterons nos observations à la partie introductive de l'ouvrage, qui est intitulée « Humanisme et ontologie du droit », où l'auteur expose les fondements de sa méthodologie. Cette introduction est en deux volets : 1. Humanisme, 2. Culture.

### 1. Saisie de la justice et référence à l'humanisme

L'humanisme et la liberté formant le titre de l'ouvrage, l'auteur devait s'expliquer sur sa conception de l'humanisme : « La façon originale dont le philosophe appréhende la réalité du droit et tente de saisir la justice qui l'inspire, conduit à discerner dans la justice elle-même une référence à la qualité d'être homme que le regard du philosophe sait élever au maximum de la signification. Elle comporte en cela un appel à l'humanisme en tant que prise de conscience par l'homme d'une nature non modifiable. » Cette conception repose sur la « ... possibilité d'une vérité absolue à laquelle serait suspendue la nature de l'homme [...] [et] celle, surtout, d'une liberté également absolue comme inhérente à cette nature » (p. 23).

Cette conception de l'humanisme est définie par opposition à son contraire : « ... un humanisme de l'intelligence technicienne et dianoétique » ; « ... vérité et liberté sont ici relatives et inscrites dans l'ordre factice des lois civiles sans appartenance à une quelconque nature originaire et externe qui serait saisissable en sa pureté ».

Évidemment, il ne suffit pas de disposer du *Petit Larousse illustré* ou autre instrument rudimentaire pour connaître le « dianoétique » par exemple. Même le *Dictionnaire de la langue philosophique* de Foulquié et Sant-Jean<sup>1</sup> oblige à reconstituer le sens du

terme à partir de noétique, synonyme de gnoséologie c'est-à-dire la connaissance en général (à la différence d'épistémologie qui en langue française concerne la science mais qui dans l'usage tend à être employé comme synonyme de gnoséologie à l'imitation de la langue anglaise). Ce même dictionnaire de la langue philosophique (très pauvre à l'article linguistique) omet d'expliquer le sens du préfixe dia, que l'on retrouve au gré des définitions comme voulant dire à travers, au moyen de, l'un avec l'autre. Une intelligence « dianoétique » c'est donc une intelligence qui prétend atteindre la connaissance des choses à travers la connaissance ou au moyen de la connaissance d'autres choses, plutôt que de fonder la connaissance sur la révélation c'est-à-dire sur la foi.

Le lecteur de cette revue qui a tenu le coup jusqu'ici et qui s'apprête à passer aux choses sérieuses qu'elle contient, en se disant que toutes ces fadaïses ne concernent pas « l'homme qui s'occupe de droit » (p. 23, note 27), va être d'autant plus tenté de passer outre s'il se rend compte qu'en plus d'être philosophique l'ouvrage en question pêche pour une certaine paroi. Ce serait pourtant une erreur pour un étudiant en droit de passer trop rapidement sur ce genre d'ouvrage qui, moyennant l'effort de percer les mystères apparents du vocabulaire philosophique, le met en face des enjeux de sa future profession. Les problèmes dont il est question dans l'ouvrage de J.-M. Trigeaud sont ceux-là même qui sont périodiquement débattus<sup>2</sup>, sur le caractère théorique ou pratique des études de droit. La philosophie ne s'occupe pourtant pas d'autre chose que du rapport entre la théorie et la pratique et les difficultés rencontrées dans l'apprentissage du droit viennent surtout du fait que les juristes ne comprennent souvent rien à ce qu'ils font. Comment peut-on prétendre

2. Nous avons relevé dans les vingt premiers numéros de la *Revue du Barreau du Québec* pas moins de sept (7) articles sur l'étude du droit : 1950 : 97, 1951 : 425, 1953 : 399, 1954 : 171 et 381, 1957 : 265 et 499. Voir aussi notamment (1956) 34 *R. du B. Can.* 999.

1. 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1978.

faire quoi que ce soit sans comprendre ? Pourtant la pratique sans théorie n'est pas autre chose.

Mais la théorie est-elle la philosophie ? M. J.-M. Trigeaud nous répond non : « C'est un lieu commun de remarquer le phénomène de contamination de la philosophie du droit par la théorie générale sous l'impulsion du néo-positivisme » (p. 14). Plus loin il admet que « ... subsiste toutefois une équivoque sur le statut de la philosophie du droit » : a-t-elle une indépendance véritable par rapport à la philosophie ? (p. 22). Il en doute : « La philosophie du droit est *la* philosophie appliquée plutôt qu'*une* philosophie appliquée ». Selon lui la position contraire, qui revendique l'indépendance de la philosophie du droit, est un héritage du positivisme, dont il rejette les conséquences : « l'humanisme de l'intelligence technicienne et dialectique » (p. 23).

Qu'est-ce que le lecteur constate : il est devant une thèse tendant à démontrer la fausseté du positivisme, le « véritable adversaire » (p. 38) de l'ontologie. C'est une déclaration de guerre au « nominalisme réducteur » (p. 26). L'étudiant en droit qui a poursuivi la lecture découvre ainsi que la fameuse querelle des universaux entre les réalistes (St-Thomas d'Aquin) et les nominalistes (Guillaume d'Occam) qu'il croyait une vieille affaire poussiéreuse du Moyen-Âge bat son plein.

## 2. Culture et interprétation humaniste de la justice. La médiation de l'être

Faut-il devenir philosophe pour être juriste ? C'est à cette grave question que se rattache le problème de la *culture* des juristes : une science, un savoir ou bien une pratique, une technique. Décidément cet ouvrage est centré directement sur ce qui intéresse le juriste : la pratique et son rapport à la théorie.

L'auteur opte pour la position du juriste comme l'homme du *non-savoir* : « L'homme de la culture du droit n'est pas l'homme du savoir technique du droit. C'est l'homme

qui soumet ce savoir à l'exigence d'une saisie de la justice à travers le discours commun de la *doxa*, et il répugne aussi à l'effort philosophique d'abstraction qui tend à approcher cette justice comme constituant *le* savoir. » (p. 28). Le modèle aristotélicien de la culture nous est toujours proposé comme le « modèle originaire », à l'encontre de la « critique globale de la culture issue du monde des juristes dans le mouvement platonicien ».

« Notre idée courante de la culture » serait donc « aujourd'hui faussée » notamment par « ce type de savoir éclectique qui fleurit à la Renaissance sous le nom d'« Humanisme » continue l'auteur en mettant cet humanisme là entre guillemets (p. 29). Et plus bas il invite le lecteur à « ... fixer l'attention sur ce second moment de l'histoire de la culture juridique qu'est la période dite humaniste ».

L'analyse qui suit est en grave défaut à au moins deux points de vue. Au regard de l'historien du droit, faire de cette période maudite le « *second* moment de l'histoire de la culture juridique », c'est un comput fondamental qui n'est pas innocent. Et s'il y avait eu quelque chose d'autre entre Aristote et la Renaissance que le droit romain (classique ou byzantin) en matière de culture juridique ? Le rôle de relais joué par le droit canonique, rappelé par l'œuvre de Pierre Legendre, est passé sous silence. Au regard de l'histoire des sciences et de la technologie, viser « l'excès de spécialisation et de technicité » (p. 29) sans mentionner Gutenberg, c'est oublier l'impact de son invention sur l'histoire de la pensée occidentale. A. Leroi-Gourhan ? doit être consulté sur cette question capitale pour rétablir les faits.

Détails que tout cela ? Point ! Seulement une mise en garde contre l'utilisation faite dans cette thèse des excellentes analyses qu'elle contient par ailleurs. La lecture de ce premier tome de l'ouvrage de M. J.-M. Trigeaud est vivement conseillée aux juristes soucieux de comprendre enfin à quoi tout

3. *Le geste et la parole*, Paris, Albin Michel, 1964-65, 2 tomes.

cela rime en fin de compte. Et c'est avec intérêt que nous examinerons son second tome, encore qu'on sache déjà à quoi s'en tenir quant à l'opinion de l'auteur sur « la religion positiviste d'Auguste Comte » (p. 40).

Le second volume de la même collection, paru en 1987, préfacé par François Terré et présenté par J.-M. Trigeaud appartient à la même famille. Il est l'œuvre d'un professeur de l'Université Complutense de Madrid, Angel Sanchez De La Torre.

Mettre le droit au service de la liberté, tel a été le résultat de l'aventure européenne, selon l'auteur de cet essai sur les thèmes centraux de la philosophie du droit : 1. Composantes de l'ordre juridique, 2. Définition du droit, 3. Institutions de base de l'ordre juridique.

Les *composantes de l'ordre juridique dans la technique européenne* ont leur origine culturelle dans les trois préceptes d'Ulpien ou Digeste : « ... vivre honnêtement, ne pas faire de tort à l'autre, attribuer à chacun le sien ». Sur la base de ces trois préceptes examinés dans leur ensemble, puis analysés tour à tour, l'auteur arrive à l'essentiel de l'ouvrage consacré à une *définition du droit* selon Parsons : « Le Droit est un sous-système social de l'ordre culturel, et il est un agent culturel systématisé opérativement (sic) ; ou bien le Droit est "culture" et il est alors un "moyen de contrôle social" » (p. 113). La thèse du Droit comme « forme de la liberté de la vie sociale » (p. 136) aboutit à l'étude des *institutions de base de l'ordre juridique* : le droit subjectif, le contrat, la propriété, l'État et les droits de l'Homme.

On apprend que la *potentia legis absoluta* (la puissance absolue de la loi) a été introduite « ... de façon simpliste par la science juridique moderne ». (p. 179) Cette nouvelle était déjà annoncée au chapitre sur la définition du droit, où l'auteur émet quelques idées-choix sur les distorsions valoratives (sic) dues aux parlementaires représentant des partis idéologiques... (p. 107), l'absence de primauté inconditionnelle de la « loi » (p. 125), la tendance de la loi à être tyrannique (p. 154), le

caractère dangereux de l'instrument légal (p. 157). En complément l'auteur proclame évidemment le contrat « la catégorie fondamentale de la liberté juridique » (p. 180), comme le savent tous les clients des compagnies de finances.

Retranché dans le « bastion » (p. 47) de l'ordre juridique occidental, l'auteur, convaincu du « formidable échec de l'esprit progressiste » (p. 14) regarde avec pitié les « pays dont la classe politique n'est pas aussi sensée, responsable, cultivée et décente que dans la plupart des pays libres d'Europe » (p. 158). Il considère que la transplantation en très peu d'années dans la quasi-totalité des pays du monde du modèle de « Droit élaboré dans la ligne culturelle occidentale » est une preuve de « l'universalité » de ce « modèle unique d'organisation sociopolitique » (p. 60, 63 et 64), comme le prouvent à l'évidence l'affaire Rushdie et la décolonisation de l'Afrique.

Ces quelques perles imputées à la pensée occidentale sur la liberté et la justice donnent la mesure d'un ouvrage dont on ne sait pas si ce qui agace le plus est la forme empruntée à la langue des sciences sociales ou le fond empreint d'un fondamentalisme qui explique à certains égards celui des ayatollahs.

Ces deux ouvrages sont placés sous le signe de la philosophie comparée. À part la furtive mention du *tao* chinois et du *nirvana* hindou dans l'ouvrage de M. Trigeaud (p. 26) et celle de « leurs voisins les plus développés de Mésopotamie et d'Égypte » dans l'ouvrage de M. de la Torre (p. 21), « la gamme des civilisations qui coexistent sur terre » (*Id.*, p. 27) n'est guère visible dans les deux ouvrages. Terminons en formulant le souhait que cette Bibliothèque tienne à l'avenir la promesse de son titre d'être ouverte à la philosophie comparée.

Maurice TANCELIN  
Université Laval