

L'actualité de la pensée de Michel Villey

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

1. Qu'est-ce qu'avoir une pensée « actuelle » ? Ce n'est pas seulement avoir une pensée qui mérite l'attention ou dont l'étude instruit et éclaire. Cela vise une pensée qui reflète l'état présent du monde et qui présente pertinence pour cet état-là : une pensée actualisée dans le monde.

2. Il est difficile de cerner l'actualité d'une pensée car il faut confronter celle-ci à l'état du monde et se garder d'en tirer trop rapidement des conséquences. Par exemple s'il s'avère que l'état actuel du monde est en rupture par rapport aux états précédents et si l'on observe que la pensée de l'auteur s'appuie fortement sur l'histoire et sur les philosophies anciennes, comme l'a fait avec constance Michel Villey, on peut être tenté d'y voir un signe selon lequel elle n'est plus actuelle. Ce serait trop vite dire.

3. Cette définition retenue de l'actualité d'une pensée, c'est-à-dire son aptitude à correspondre au monde concret et présent, s'appuie sur la conception même que Michel Villey avait de la perspective adéquate. En effet, celui-ci, preuve de sa modestie personnelle et méthodologique, n'étudiait pas les auteurs pour le seul plaisir de l'érudition ou pour s'enfermer dans leur pensée, mais cherchait à travers eux à se mesurer au monde. C'est respecter cela que d'apprécier l'actualité de ses travaux par rapport à cet état extérieur du monde, des choses et des êtres humains concrets, plutôt que de rechercher son actualité chez les autres auteurs, c'est-à-dire de relever ses occurrences dans des travaux ultérieurs. Les citations ne sont pas nécessairement probantes d'une actualité. Il sera donc évoqué ici une perspective concrète et réaliste.

4. Pour revenir tout d'abord sur ce que peut être la pensée d'un auteur, une pensée se repère par l'existence d'un paradigme, qui donne cohérence, force et intelligibilité. Michel Villey raisonne lui-même ainsi lorsqu'il évoque dans le titre même de l'un de ces ouvrages la « pensée juridique moderne »¹. Pour son propre compte, Michel Villey reprend la méthode à travers les « principes du droit », qui forment l'ossature de son Précis Dalloz de *Philosophie du droit*², principes qui, selon lui, donnent (ou pourraient donner s'ils étaient mieux reconnus) au droit intelligibilité, cohérence et légitimité puisqu'ils expriment le souci dans le droit de ce qui est juste.

5. Toute expression pertinente ne constitue pas une pensée. Le terme même de « pensée » utilisée au singulier, plus encore lorsque, comme ici, on transforme le patronyme de l'auteur en adjectif qui l'accompagne, renvoie à l'idée d'un système de pensée qui se construit autour d'idées fortes, articulées entre elles. Parce que la pensée de Michel Villey ne repose pas sur un seul principe, elle échappe à l'aspect péjoratif de l'esprit de système, par ailleurs si critiqué par lui. Michel Villey aurait davantage adhéré au pluriel des pensées, ces pensées éparées que nous retrouvons dans *Le livre des pages*³, mais les deux ne sont pas contradictoires, Pascal le démontra, tout à la fois auteur de *pensées* et d'une pensée.

6. De la même façon, l'état actuel du monde, si l'on veut admettre que le monde recèle un moteur explicatif de son fonctionnement, repose dans sa diversité sur un paradigme ou quelques principes cohérents pouvant en expliquer le mouvement. Dès lors, une pensée est concrètement et réellement actuelle s'il y a correspondance entre le paradigme de la pensée considérée et le paradigme de l'état présent du monde. Une pensée est actuelle si le monde se reflète en elle. Par exemple, si l'on considère que Michel Villey est « post-moderne », comme on a pu le dire notamment en raison de la conception qu'il avait des sources du droit⁴, alors si l'état du monde est lui-même post-moderne, ce que l'on dit aussi...⁵, on pourra en conclure que sa pensée est actuelle.

Quand bien même la pensée de Michel Villey serait inactuelle.

7. Pour déterminer si une pensée est « actuelle » ou non, il est donc nécessaire de partir de l'état actuel du monde, ce qui suppose d'établir le

1. *La formation de la pensée juridique moderne*. Cours d'histoire de la philosophie du droit, 1961-1966, Montchrestien, 1968, réédition coll. « Léviathan », PUF, 2003.

2. *Définitions et fins du droit*, 4^e éd., 1986; *Les moyens du droit*, 2^e éd., 1984. Les deux volumes ont été réimprimés dans un seul, sous le titre *Philosophie du droit*, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2001. Dans la présente étude, il sera fait référence à cette dernière présentation.

3. Édition par M.-A. Frison-Roche et Ch. Jamin sous le titre suivant : M. Villey, *Réflexions de philosophie et de droit. Les carnets*, PUF, 1995.

4. G. Azzoni, *Le droit dans les choses*.

5. V. par ex. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 2^e éd., coll. "Droit et société. Série politique n° 35", LGDJ, 2004.

rapport de celui-ci avec ses états précédents. S'il y a eu récemment une révolution dans les états successifs du monde, ce qui entraîne un changement de paradigme dans le reflet que le monde doit avoir dans la pensée, on s'accorde à dire que cette révolution a pris la forme de la globalisation¹. La mondialisation est une rupture historique du monde avec ses états précédents et l'on dit souvent que le paradigme de la mondialisation réside dans la fluidité et l'inhumanité du libéralisme économique, porté par le marché dans son fait et dans son idée².

8. Le monde dans lequel nous vivons paraît gouverné par l'idée d'une circulation générale de toutes les valeurs échangeables, dans un libre-échange sans limite et grâce à une fluidité sans précédent. La référence première est devenue celle du marché, porteur d'un flux qui tourne sur lui-même sans fin et sans but extérieur. Voilà la révolution du monde présent.

9. Dans une telle perspective et à première vue, la pensée de Michel Villey est tout à fait « inactuelle », et ce de tous les côtés. Il ne suffit pas pour cela d'observer que Michel Villey a arrêté d'écrire avant que la globalisation des échanges économiques et que la libre circulation des personnes et des informations fassent tourner le monde autrement, pour en conclure que sa pensée ne peut la refléter. En effet, et c'est l'histoire de la philosophie même, une pensée peut être en adéquation avec un monde qui lui est ultérieur parce qu'elle en a par avance et par la théorie dégagé le paradigme.

10. Si l'on peut dire qu'à première vue la pensée de Michel Villey est inactuelle de toutes les façons, c'est qu'elle paraît sans rapport, et avec le nouvel état du monde, et avec la contestation de celui-ci. Sur le premier point, la mondialisation reflète l'idée du marché. Or, Michel Villey, par préterition ou expressément, jugeait que l'activité économique n'avait pas un intérêt essentiel pour l'homme, reprenant ici l'affirmation aristotélicienne comme quoi l'homme d'affaires, défini comme celui qui ne vise qu'à prélever de la richesse pour l'accumuler ou pour gagner plus encore dans l'indifférence des choses concrètes effectivement échangées, est dans l'excès.

11. Le commerce aristotélicien qui corrèle la division du travail et permet à chacun d'accéder à des choses utiles qu'il n'a pas produit, dans une conception domestique du marché, ce à quoi se référait parfois lui-même

1. *La mondialisation entre illusion et utopie*, Archives philo. droit n° 47, Dalloz, 2003. V. aussi A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*. 2. *Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003; C. von Barloewen, *Anthropologie de la mondialisation*, Éd. des Syrtes, 2003; J. Fr. Bayard, *Le gouvernement du monde. Une critique politique de la globalisation*, Fayard, 2004; U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Aubier, 2003; P. de Senarclens, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Armand Colin, 2002.

2. N. Jabko, *Stratégie politique et idées de marché*, in *La Mondialisation Idées et espaces*, L'Année de la régulation, n° 8, 2004-2005, Presses de Sciences-po, 2004, p. 15-39.

Michel Villey, est approuvé parce qu'il est mode concret d'accès aux choses, mais il est presque sans rapport avec l'idée et la civilisation du marché, gouverné par le désir sans but concret, donc sans fin, donc sans sens, de l'enrichissement, la circulation et la spéculation créant la richesse. C'est le mouvement qui devient premier et non pas les choses à l'utilité desquelles on accède¹. La condamnation de la chrématistique par Aristote, c'est-à-dire ce désir de la richesse pour elle-même et l'activité excessive de l'homme pour se la procurer, se retrouve chez Michel Villey², ce qui mettrait la pensée de celui-ci à l'écart du monde actuel.

12. Plus encore, l'idée qui conteste la mondialisation, analysée comme un système généralisé de marché, s'appuie le plus souvent sur les droits de l'homme. C'est l'homme contre le marché, les droits des hommes contre la puissance du marché, les États protecteurs des droits de l'homme contre le fait brutal et écrasant du libre-échange³. Il est inutile de développer plus avant cette opposition de paradigmes parce que Michel Villey n'accordait pas plus de pertinence et de bienfaits aux droits de l'homme qu'il n'en accordait au libéralisme économique.

13. Si l'on s'arrêtait à cette idée que la pensée de Michel Villey serait inactuelle, faudrait-il s'en détourner pour autant ? Pour répondre à cela, il faut se demander quelle est la supériorité d'une pensée actuelle sur une pensée qui ne l'est pas. Or, à première vue, une pensée inactuelle, c'est-à-dire celle dont le paradigme est différent de celui qui fait fonctionner le monde, est au contraire supérieure à une pensée actuelle parce qu'elle est par nature une pensée critique du monde. Cette distance critique de l'homme par rapport au monde dans lequel il vit, c'est-à-dire les vertus de lucidité et d'autonomie, vertus qui ont un lien avec la liberté, est un usage premier de la philosophie. Une pensée actuelle risque d'être une pensée vassale du monde.

14. Plus précisément, si une pensée est inactuelle par rapport au monde présent mais était en phase avec les états précédents du monde, alors il s'agit d'une pensée « réactionnaire », terme qu'il faut utiliser dans son sens méthodologique et non courant, c'est-à-dire une pensée qui confronte le monde à ce qu'il fût, son paradigme présent à ceux qui le régissaient avant sa révolution, une pensée qui rappelle au monde un passé plus digne.

15. Dans ces conditions, la pensée de Michel Villey paraît réactionnaire, heureusement réactionnaire, en ce qu'elle renvoie à des paradigmes

1. Sur la théorie moderne du marché, v. *infra* n° 41 s.

2. Par ex. : « Contrat est comme talion soumis à la justice commutative présente dès le stade de sa formation, quand on négocie pour trouver les stipulations acceptables – et non pas seulement la loi du marché, la loi de la jungle » (*Réflexions sur la philosophie et le droit*, préc., XXIII-124, p. 470).

3. V. par ex. M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, coll. « La couleur des idées », Seuil, 2004.

d'avant le libéralisme, non seulement économique mais encore celui construit sur le droit naturel moderne. Il faut savoir faire l'éloge de la pensée réactionnaire, elle est souvent le socle de la liberté de l'action, par l'absence de soumission non réfléchie au fonctionnement du monde. Michel Villey était très sensible à ce sens critique ainsi fourni par l'histoire, qui nous permet de ne pas prendre les règles comme des « données »¹.

16. Pourtant, si nous définissons une pensée actuelle comme celle dont le paradigme correspond au fonctionnement présent du monde, l'intérêt de cette actualité est double : la pensée permet à celui qui y pénètre de mieux comprendre de ce seul fait le monde dans lequel il vit², elle lui permet aussi d'anticiper l'évolution du monde par la compréhension qu'il a de sa loi, de mesurer ses états futurs tant qu'une nouvelle révolution ne s'opère pas. Cela renvoie à la conception que Michel Villey avait du devoir de penser, être un « penseur de son temps », c'est-à-dire un « penseur pour son temps ».

17. Je voudrais essayer de montrer que la pensée de Michel Villey n'est pas réactionnaire mais actuelle, exceptionnellement actuelle, précieuse donc aussi à ce titre, parce que le monde tel qu'il est ne fonctionne pas sur les droits de l'homme et d'une façon plus générale sur le subjectivisme, ni celui des agents ni celui des auteurs des normes. Le monde tend à être de plus en plus régulé, dans une perspective qui va au-delà du simple fonctionnement de marché, par une considération directe des choses et des accès concrets que les hommes doivent avoir aux choses.

1 Le paradigme du droit subjectif moderne et de son corollaire, l'État

La pensée de Michel Villey est actuelle parce que l'état actuel du monde n'est pas construit sur le paradigme du droit subjectif moderne et sur son corollaire, l'État.

1. *Philosophie du droit*, préc., n° 7, p. 13 : « Toute science... est constituée à partir de certains axiomes, principes, notions fondamentales. Elle-même ne les « thématise » pas, ce qui signifie n'en fait pas un objet d'étude : elle est conditionnée par eux, leur doit sa propre consistance, sa cohérence et sa rigueur : elle les accepte comme des *données* dont l'examen critique relève d'une autre discipline ».

2. Michel Villey débute ainsi le second tome de son Précis Dalloz consacré aux moyens du droit, lorsqu'il évoque les lois mal faites et les juges routiniers : « ce n'est pas à moi de leur apprendre leur métier, non plus que la façon de rendre la justice plus expéditive, comme il serait souhaitable. Mon affaire est seulement de comprendre. Je ne suis pas sûr que nous disposions pour ce propos d'excellents guides. » (*Philosophie du droit*, préc. n° 131, p. 161).

18. On rattache souvent la considération de la personne par les systèmes aux droits de l'homme, c'est-à-dire des prérogatives naturelles de chacun. Mais c'est encore en terme de personne qu'a été conçu cet être juridique et philosophique tout à fait à part, l'État. Michel Villey a récuse l'un comme l'autre. L'état actuel du monde constitue son triomphe.

a Les États ne sont plus au cœur du fonctionnement du monde actuel

19. Michel Villey a constamment contesté la souveraineté de la loi, affirmant qu'elle n'allait en rien de soi. Il souligne que d'autres sources du droit doivent être repérées et respectées par la traduction qui doit en être faite en droit positif, notamment la nature elle-même¹, mais il prend acte de l'hégémonie dans les faits et dans les esprits du positivisme légal, appuyé sur la souveraineté des États, ces personnes morales régnautes.

20. Or, la mondialisation a pour caractéristique d'avoir ôté aux États la maîtrise de l'espace dans lequel ils exercent leur puissance légitime, c'est-à-dire leur souveraineté normative. La loi n'est plus toute puissante. Dès lors, la critique que Michel Villey faisait à son propos a atteint son objet, non seulement parce que d'autres sources du droit viennent en concurrence dans l'espace national mais encore parce que l'espace concret à réguler n'est plus national, révélant ainsi l'impotence d'États tenus dans leurs frontières.

21. Cette dépossession du monde au détriment des États s'est opérée de deux façons : d'une part l'espace mondial est devenu normatif, alors que cet espace est hors d'atteinte de l'État, et d'autre part les espaces nationaux se sont ouverts, les États ne sont même plus maîtres chez eux. Sur ce dernier point, la concurrence des systèmes normatifs, la mobilité des personnes, l'instrumentalisation du droit conçu comme un service efficace, a contesté le pouvoir des États.

22. Il faut prendre ce terme de « contestation » dans son sens rhétorique en ce que les États sont désormais obligés de justifier l'usage qu'ils font de leur pouvoir et d'entrer ainsi en discussion, en *disputatio*², et dans son sens économique selon lequel un marché est « contestable » c'est-à-dire que de nouveaux acteurs prennent pied dans l'espace des sources du droit et que l'État, perdant son monopole, doit partager ce pouvoir.

1. V. par ex. son chapitre sur « Existe-t-il un « droit naturel » ? », in *Questions de Saint-Thomas sur le droit et la politique*, coll. « Questions », PUF, 1987, p. 133-153.

2. M. Villey, Préface in *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives philo. droit t. 29, Sirey, 1997, p. 3-6 : « Le Dialogue, parole échangée entre des locuteurs multiples, où chacun prend successivement son tour de parole – est la forme première et normale du discours humain » (p. 3).

23. Sans même évoquer le pluralisme acquis des sources, l'élaboration de la loi n'emprunte plus à l'unilatéralisme traditionnel, ni même à l'unicité¹. De force si ce n'est par raison, l'élaboration par dialogue chère à Michel Villey s'est imposée. C'est ainsi que les nouveaux modes de régulation des marchés sont élaborés, par des procédés de consultation, de dialogue, dans lesquels les États nationaux ont une part et non plus la maîtrise.

24. Ainsi, la critique que Michel Villey faisait du modèle kelsénien triomphe aujourd'hui. Kelsen prétendait restituer l'organisation du système juridique à travers une pyramide hiérarchisée de règles générales et abstraites, la hiérarchie des sources du droit étant le mode procédural de cohérence du droit. Le droit actuel est composé de règles particulières, qui viennent de toutes parts et qui s'ajustent finalement par l'intervention du juge. Le procès est de nouveau le « berceau du droit », en tant qu'il est controverse d'opinions², les États n'étant plus situés en haut d'une hiérarchie mais participant désormais pour leur part à un dialogue généralisé sans qu'on puisse vraiment désormais y distinguer un maître.

25. Les nouvelles règles d'organisation des marchés financiers correspondent à cette conception plane et dialogale³. Prenons un exemple plus concret encore : la nouvelle méthode européenne d'adoption des règles du droit des marchés financiers et des sociétés cotées, désignée usuellement comme le *processus Lamfalussy*, brise toute référence au modèle kelsénien et illustre un droit qui s'élabore par un dialogue général entre toutes les parties concernées, les États étant mais n'étant qu'une sorte de ces parties concernées, contraints de s'ajuster avec les autres⁴.

26. Une organisation complexe de comités (méthode de la *comitologie*) confie tout d'abord à des personnes choisies pour les connaissances du fonctionnement concret de l'économie la tâche de décrire cette réalité et les règles qui lui seraient adéquates. Ce sont ceux qui connaissent l'intimité technique des choses qui sont les premiers recevables à parler. Ainsi, cette façon d'élaborer les règles est étroitement liée avec une nouvelle concep-

1. Michel Villey, se référant la pertinence des travaux de Chaim Perelman, c'est-à-dire la « nouvelle rhétorique » que celui-ci élaborait dans le centre de logique de Bruxelles, relève : « Le Droit ne descend pas d'un principe. Il naît d'en bas et s'épanouit en une frondaison de textes hétéroclites. Il ne forme pas un « système unitaire de normes ». Rome n'avait pas de Code – ni le Moyen-Âge – sinon au sens de rassemblement, en un seul volume, d'opinions de provenance diverses, à l'occasion contradictoire. On y relèverait mainte « antinomie ». Mais n'est-ce pas là aujourd'hui encore, dans l'expérience contemporaine, à cette même constatation qu'aboutit l'École de Bruxelles ? » (*Philosophie du droit*, préc., n° 238, p. 309).

2. *Philosophie du droit*, préc., n° 176, p. 209.

3. M.-A. Frison-Roche, Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique, in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, coll. « Droit et Économie de la régulation », vol. 2, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 154-170.

4. V., par ex., F. Demarigny, Régulateurs et régulés dans la construction des normes financières européennes, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, coll. « Droit et Économie de la régulation », préc., vol. 1, 2004, p. 22-24.

tion du droit économique comme étant « le droit dans les choses »¹. La façon dont s'élaborent les nouvelles normes comptables relève de ce procédé.

27. À partir de là, un dialogue s'organise avec les États qui adoptent des mesures communes et les réintègrent dans leur ordre juridique national. Le droit européen communautaire, qu'on a parfois présenté comme un droit abstrait et impérialiste, conçu par des technocrates ignorants et insouciants de la réalité élaborant dans le secret de leur bureau des normes qui s'imposaient ensuite grâce à la hiérarchie des normes, description qui fût sans doute exacte il y a encore dix ans, est en train de bouleverser sa façon de faire, laquelle s'apparente davantage à la description de la méthode du droit voulu par Michel Villey.

28. Cette dépossession des États est encore plus nette dans l'espace mondial, qui est hors de portée de la normativité directe des États. Non seulement, ils doivent adhérer à des normes communes, par le multilatéralisme, mais encore dans cet espace, c'est le juge qui domine, qu'il s'agisse de l'arbitre international ou de l'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce². Les nouvelles règles des échanges mondiaux sont dessinées par les panels de l'Organisation mondiale du commerce³. Michel Villey a toujours mis au cœur de sa pensée le juge, et le voilà.

29. Ce juge mondial a pour fonction cruciale de concrétiser la part qui revient à chacun et l'accès de tous au partage. Le partage des richesses entre les pays du Nord et les pays du Sud, entre pays développés et pays en voie de développement, suffisamment différents et suffisamment égaux pour pouvoir être mis en balance. On retrouve encore ce lien entre les sources du droit, le juge qui met en balance, et le souci du droit, le partage des choses essentielles⁴.

30. L'on pourrait certes contester cette présentation en affirmant que l'évolution de l'état normatif du monde n'a pourtant pas cessé d'être subjectiviste, passant simplement le flambeau du pouvoir de créer du droit de la tête des États à la tête des juges, allant d'une personne à une autre.

31. Mais par cette évolution, c'est bien à une dépersonnalisation du pouvoir de créer du droit que nous assistons. En effet, dans la théorie traditionnelle de l'État, critiquée par Michel Villey, les États ont le pouvoir exclusif de créer à leur guise le droit qui leur convient parce qu'ils sont des personnes extraordinaires incarnant un intérêt général dont ils ne partagent avec personne la représentation, et choisissant souverainement l'ave-

1. V. *infra*, la seconde partie de cette étude, n° 38 s.

2. V. par ex., Conseil d'analyse économique, *La gouvernance mondiale*, Doc. fr. 2002.

3. V. par ex. E. Canal-Forges, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2^e éd., Bruylant, 2004.

4. V. *infra*, la seconde partie de cette étude, n° 38 s.

nir du groupe dont ils ont la charge, ce qui justifie la position hiérarchique absolue et leur titularité absolue de pouvoir de dire le droit.

32. À l'opposé, le juge dont il s'agit, non seulement le juge national mais plus encore l'arbitre privé international ou les panélistes de l'OMC qui n'ont plus un rapport directement avec l'État, qui ne sont pas des agents d'exécution des normes étatiques, sont des personnes ordinaires n'incarnant ni la souveraineté ni l'intérêt général, qui ne les personnifient pas. Ces juges sont sollicités par les personnes et ont en charge particulière, au cas par cas, de concrétiser l'accès de chacun aux choses¹.

33. La pensée de Michel Villey qui refusait de mettre au cœur de la société un État conçu comme un être exceptionnel et supérieur incarnant l'intérêt général et fixant unilatéralement la règle contenue tout entière dans la loi unilatérale, est donc en correspondance avec le fonctionnement actuel du monde.

b Les prérogatives des personnes ne sont pas au cœur du fonctionnement du monde actuel

34. Rappelons ce que condamnait Michel Villey. Il affirmait la nécessité de considérer d'une façon directe et première chaque être humain vivant en société, dans une sorte d'individualisme objectif, où l'individu ne peut être abstrait de ses relations aux choses et aux autres². En revanche, notamment dans son ouvrage *Le droit et les droits de l'homme*³, il critiquait la théorie moderne des droits de l'homme, c'est-à-dire une pensée qui conçoit l'homme comme une sorte de dieu nouveau du monde, dans une conception abstraite des prérogatives naturelles dont chacun serait doté, sans qu'on doive distinguer ni les êtres humains concrets les uns par rapport aux autres ni les objets concrets sur lesquels portent ces prérogatives.

35. Pour Michel Villey, l'homme est premier mais il s'agit de l'être humain concret qui prend sa part dans l'essentiel de la cité. L'évolution du droit économique, droit économique qui est devenu central dans le droit en raison de la puissance de la référence économique dans l'état actuel du monde, n'accueille pas particulièrement les droits de l'homme (on le lui reproche assez !) mais va pourtant vers toujours plus de prérogatives concrètes des êtres humains concrets, que l'on distingue toujours plus finement les uns des autres, pour qu'ils obtiennent des avantages concrets : le droit,

1. V. *infra*, la seconde partie de cette étude, n° 38 s.

2. Tel que notamment Michel Villey le met en valeur à travers Gaius, à propos des origines de la notion de droit subjectif, dans ses *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 221 s.

3. Collection « Questions », PUF, 1998.

spécialement à travers les nouveaux textes internationaux, cherche à repérer et à la concrétiser la part de l'essentiel qui revient à chacun.

36. Prenons un exemple. Lorsque très concrètement, le droit économique organise un accès effectif de chacun aux services bancaires, il se soucie d'aller au-delà de la commode attribution formelle de droits de l'homme. Le droit économique établit ces dispositifs pour que les personnes ne soient pas exclues de la communauté sociale – ce que l'exclusion bancaire traduit ou produit –, pour que donc chacun reçoive sa part dans la communauté. Cette conception nouvelle imposée par le droit économique est à la fois à l'écart de la philosophie des droits de l'homme et construite au cas par cas par le double souci de la chose concrète (ici la carte bancaire, le chéquier) et l'accès que tout individu doit en avoir (pouvoir vivre en société).

37. Cela concrétise l'affirmation de Michel Villey qui se réfère expressément lui-même à « l'actualité » de la pensée d'Aristote en ces termes : « ... il n'est pas d'existence humaine hors des communautés. On nous accuse de *passéisme*. Mais que d'ouvrages à la mode je pourrais citer pour démontrer l'actualité de l'anthropologie d'Aristote ! L'objection de Kelsen retarde »¹. Plus le temps passe et plus l'objection retarde.

2 Un partage des choses pour que chacun y ait sa part

La pensée de Michel Villey est actuelle parce que l'état actuel du monde tend à se construire sur un partage des choses pour que chacun y ait sa part.

38. Il faut revenir sur ce qui a été présenté jusqu'ici d'une façon un peu abrupte comme l'état actuel du monde. En effet, la mondialisation est souvent présentée dans les faits et dans les systèmes de pensée comme l'avancée du marché, dont les lois ne peuvent être contrées, que les États ne peuvent (ni ne doivent ?) contenir. Présenté ainsi, l'on pourrait croire que l'état actuel du monde concrétise la conception d'Hayek d'un ordre économique spontané, sans valeur autre que l'échange efficace, système dans lequel le droit a pour fonction de préserver contre la puissance d'autrui².

39. Mais le droit économique est de plus en plus puissant, effectif et contraignant et ne se contente de conserver le bon fonctionnement du

1. *Philosophie du droit*, préc., n° 197, p. 249.

2. *La constitution de la liberté*, Montchrestien, 1994.

marché. Il met en place des procédés juridiques qui forcent le marché. Alors même qu'il n'existe pas encore de droit mondial de la concurrence, se sont développés des dispositifs juridiques sur telles ou telles choses concrètes, par exemple les médicaments vitaux, pour en organiser de force l'accès à tous. Pour ce faire, le droit économique nouveau s'appuie directement sur les contours concrets des choses, sur leur intime nature analysée à travers ce que les choses apportent aux êtres humains (par exemple l'aptitude à guérir qui est l'intime objectif du médicament). On retrouve ici une définition objective proposée par Michel Villey de l'équité, « règle de plomb qui épouse les contours de la chose mesurée »¹.

40. Plus encore, les dispositifs juridiques mis en place affirment la nécessité de partager ces biens en raison de leur caractéristique naturelle, c'est-à-dire tenant à leur caractéristique propre, technique, réelle. C'est par cette voie que la mondialisation tend à être régulée par le droit pour que son fonctionnement soit plus juste. On compte sur le droit et non plus tant sur les États pour cela. Lorsqu'on se réfère à la nature des choses, l'évolution de l'état du monde nous éloigne de plus en plus de l'hypothèse de l'ordre spontané puisque les textes récents, mais surtout les pouvoirs conférés à des juridictions nouvelles, visent à concrétiser la valeur qui est au sein des choses mêmes et qui exige que chacun y ait accès.

a La mondialisation est régulée au-delà du marché

41. Le marché est une théorie et une organisation dont la performance tient dans sa capacité à neutraliser la caractéristique réelle de la chose échangée. En effet, grâce à la monnaie, les choses deviennent interchangeables par le fait que le marché, par l'évaluation monétaire fondée sur la valeur d'échange, rend les choses toutes semblables aux autres, puisque toutes échangeables les unes contre les autres. En cela, alors que l'économie de marché a succédé à l'économie marchande, la théorie du marché en masquant toute chose a été la voie de ce qu'on désigne comme la « marchandisation » du monde réel². Rien de plus abstrait, de plus abstrayant que le marché.

42. C'est donc parce que le marché masque la réalité des choses qu'il les rend échangeables. C'est en cela que le marché est véritablement « le produit de l'homme », ce à quoi Michel Villey, qui voit dans le respect des

1. *Philosophie du droit*, préc., n° 241, p. 318 : « Pour mettre en œuvre la vraie justice – c'est-à-dire l'équité – écrit Aristote, il faudrait une règle malléable, « règle lesbienne » (dont on faisait usage à Lesbos), règle de plomb qui épouse les contours de la chose mesurée ».

2. V. par ex. L'ordre concurrentiel, *Mélanges A. Pirovano*, Éd. Frison-Roche, 2003; M. Vivant (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2004.

choses et dans leur diverse nature un devoir philosophique et humain, ne pouvait que s'opposer. Mais justement cette abstraction sur laquelle repose l'économie de marché est en train de devenir insupportable aux hommes et les nouvelles règles qui se mettent en place ont pour objet de « reconcrétiser » le monde, c'est-à-dire de redonner pertinence à la réalité concrète des choses qui circulent.

43. Ce qui est souvent désigné comme la « régulation de la mondialisation », c'est-à-dire la soumission de l'espace mondial à des règles visant à une organisation plus juste, consiste à donner effet à la nature concrète des choses. Reprenons l'exemple : les médicaments sont des biens marchands qui circulent sur des marchés mondialisés, mais de nouveaux accords s'appuient sur leur nature pour organiser différemment leur circulation de sorte qu'ils soient des biens marchands qui doivent être accessibles à tous. La notion de biens qui sont marchands et néanmoins pas comme les autres¹ s'ancre de plus en plus fortement en droit.

44. Il ne s'agit pas de les prétendre hors commerce, il ne s'agit pas de les rattacher à une propriété publique tenue par les États, il s'agit d'appuyer sur leur nature concrète, ici l'aptitude à guérir, pour faire en sorte que le marché soit régulé de sorte que chacun y ait accès lorsque et parce que la chose est vitale pour l'individu concret (le malade).

45. Cet exemple permet de dissiper une possible confusion. En effet, la critique des droits de l'homme en tant qu'ils sont simplement formels se trouve aussi dans la pensée marxiste² et celle-ci aussi en appelle à un certain réalisme, c'est-à-dire tout à la fois à une analyse factuelle des rapports de force et à une effectivité organisée et constatée des prérogatives des êtres humains. Mais tout d'abord, la concrétisation dont il s'agit ici est une considération de la réalité des choses et non des rapports de force, une scrutation de l'intimité des choses particulières et non pas des rapports des groupes humains entre eux. La concrétisation dont il s'agit ici consiste à extirper la valeur contenue dans la chose pour la rattacher à un individu. Certes, celui-ci est appréhendé dans ses relations avec les autres mais en rien en masse. La pensée de Michel Villey demeure individualiste, méfiante de tout collectivisme³, et la propriété individuelle est placée en son centre, comme elle l'était en droit romain.

46. La concrétisation qu'ambitionne le nouveau droit économique vise certes à donner une seconde nature au marché et contrarie la neutralisation que celui-ci avait opérée des caractéristiques réelles des choses qui

1. La tentation première étant plutôt de les considérer comme « non-marchand » au risque du marché noir. V. ex., Y a-t-il encore des biens non marchands ? *Esprit*, 2002.

2. Sur les points de contacts entre la pensée marxiste et l'idée de marché, v. J. Schumpeter, *Capitalism, socialism and democracy*, Harper, 1942.

3. Sur « la montée des collectivismes », v. *Philosophie du droit*, préc., n° 94 s., p. 122 s.

circulent mais il prend comme acquis la légitimité de la propriété privée et la nature marchande des biens et prend appui sur la force du marché pour organiser un partage qui n'a rien à voir avec un communisme. Le droit économique demeure donc libéral.

47. Cette reconcrétisation libérale de l'espace mondial marchand s'opère également à travers le souci nouveau de « gouverner les risques ». Là aussi, le système traditionnel reportant le souci du risque sur la tête de l'État n'a plus cours, la nouvelle gouvernance des risques prenant la forme, y compris juridique, de dispositifs logés à l'intérieur des choses mêmes¹. Cela prend notamment la forme d'obligations d'informations qui sont attachées aux objets eux-mêmes et qui circulent avec eux. Par exemple, des règles juridiques nouvelles et internationalement adoptées ne permettent de faire circuler les biens dangereux que munis de l'information requise pour que l'individu en fasse bon usage. Cela vaut aussi bien pour les explosifs que pour les produits financiers. Ainsi, le droit cherche, notamment par l'information et la transparence à mettre à l'intérieur même des choses l'antidote à leur nocivité intime.

48. On retrouve ici une idée très forte de Michel Villey, selon laquelle la conception des choses ne doit pas se faire *a priori* mais *a posteriori* c'est-à-dire en prolongement de la nature observée de la nature particulière des diverses choses qui composent le monde. Dans cette perspective, ce qui se présente parfois comme un vice du droit positif actuel, à savoir l'éclatement des règles unifiées en des dispositions techniques éparses établies objet par objet, apparaît comme une qualité si l'on revient à la pensée de Michel Villey² et doit être défendue. On doit renoncer à la simplicité inhérente au droit formel et hiérarchisé, le retour au concret et à la *disputatio* est à ce prix.

49. Plus encore, Michel Villey estime que les valeurs sont dans les choses et que le droit positif doit le refléter. Citons par exemple : « ... la philosophie ancienne se veut authentiquement connaissance... regard sur le monde *extérieur*. Mais dans ce monde qu'ils contemplaient, objet externe à la conscience, vers lequel elle *tend*, les Grecs fondateurs de la philosophie ne doutaient pas que soit inclus ce que nous appelons les valeurs »³.

1. Pour une démonstration plus développée en ce sens, v. M.-A. Frison-Roche, L'idée de gouvernance appliquée aux risques, in Dossier spécial *La gouvernance des risques, Droit & patrimoine*, mars 2004, p. 85-89.

2. V. par ex. *Réflexions sur la philosophie et le droit*, préc., XVI-25, p. 337 : « L'homme demande à vivre, il déteste qu'on projette sa passion sa vie sur le tableau mort des concepts. Et il est vrai que la pensée de type conceptuel jamais ne captera la vie mais n'en produira qu'une image pauvre et – qui plus grave est – faussée. La théorie est impossible – si elle ne laisse béantes des portes et ne se sait très incomplète ».

3. *Philosophie du droit*, préc., p. 20.

50. Pour continuer sur l'exemple du médicament, le raisonnement qui fonde les nouveaux accords mondiaux, notamment l'accord adopté en août 2003 sur l'accès aux médicaments vitaux, est le suivant : le médicament est une chose particulière non seulement techniquement mais encore en ce qu'il contient une valeur puisque la vie des êtres humains varie suivant qu'ils y accèdent ou non. Revenons ici à l'affirmation récurrente de Michel Villey selon laquelle il faut se méfier de la pensée si elle est abstraite et systématique au point de méconnaître la vie. Sa définition de la nature comme l'ensemble des êtres humains nés, c'est-à-dire des êtres humains vivants, met au cœur de la nature la vie.

51. Ainsi, des dispositions éparses tirées de la nature particulière de cette chose-là, par exemple le médicament, tirées directement des expériences – au besoin sinistres – de la vie et dans le souci direct de la vie, correspondent à la conception de Michel Villey. Le droit serait établi d'une façon plus éclatée mais aussi plus fine, car une pensée réaliste, appuyée sur les contours concrets des choses, est nécessairement une pensée casuistique. Ainsi le médicament concrétise une valeur plus importante encore lorsqu'il est « vital », c'est-à-dire lorsque le prendre revient à survivre et que ne pas y accéder revient à mourir. C'est pourquoi les nouveaux textes procèdent maladie par maladie.

52. De nouveaux textes tirent conséquence de cette valeur contenue dans la chose pour organiser au-delà du marché, c'est-à-dire au-delà de l'abstraction dont le marché enrobe toute chose. On soulignera que ces nouveaux textes ne raisonnent pas en termes de droit de l'homme mais en référence à une donnée commune et objective : la vie des êtres humains que le droit doit considérer. Ainsi, cette nouvelle régulation de la mondialisation, dont ni les États ni les droits de l'homme ne sont au centre, a l'ambition toute villeyenne d'arriver effectivement au partage des choses essentielles.

b La nouvelle régulation économique : le partage des choses essentielles

La nouvelle régulation économique est construite sur le même paradigme que celui de la pensée de Michel Villey : le partage des choses essentielles.

53. Il convient d'aller jusqu'au cœur du nouveau droit économique, lequel n'est plus désormais ni le droit des États souverains qui organisaient leur économie fermée grâce au Meccano législatif ni le droit accompagnant purement et simplement le libre-échange de choses dont les caractéristiques concrètes étaient neutralisées par un marché fonctionnant seul.

54. Dans cette nouvelle conception, éminemment politique, éminemment juridique, de l'intervention du droit en matière économique¹, il s'agit de laisser le marché faire circuler efficacement les choses ordinaires, ordinaires en ce qu'elles sont sans spécificité technique forte et ordinaires en ce qu'il est très gravement dommageable de n'y avoir pas accès. Le marché offre ces choses ordinaires à ceux qui peuvent concrètement se les offrir, et exclut les autres, sans grand dommage. Nous pouvons tout à fait vivre hors du marché.

55. Mais pour certaines choses, pour les choses essentielles, pour celles auxquelles chaque être humain doit avoir accès, non pas au nom d'une prérogative générale et abstraite qui nécessiterait le détour par la notion occidentale et abstraite de personne pour que s'y agrippent des droits de l'homme, mais parce que sa vie en dépend, alors le droit va intervenir pour opérer le partage.

56. Cela peut paraître une facétie de vocabulaire mais l'on peut y voir davantage lorsqu'on observe ces nouveaux corpus juridiques qui organisent concrètement le partage de ce que l'on appelle des *facilités essentielles* (par traduction littérale de la théorie nord-américaine des *essential facilities*)², c'est-à-dire les infrastructures dont l'accès doit être assuré à tous et qui en ce sens doivent être partagés. Cela vise les réseaux, tels que les transports ou les installations techniques grâce auxquelles l'énergie ou l'information deviennent accessibles à chacun. Cela rejoint l'idée politique selon laquelle dans la cité les choses essentielles doivent être partagées. À cela renvoie une notion proposée de « bien d'humanité »³.

57. Le caractère essentiel d'une chose ne se donne pas nécessairement à voir au premier regard. L'analyse technique, concrète et politique, doit conduire à révéler la valeur que recèlent certains biens. Prenons encore l'exemple des biens culturels. À travers des dispositifs juridiques particuliers⁴, ceux-ci sont pris en compte non pas en eux-mêmes mais à travers l'usage concret qu'en font les êtres humains, c'est-à-dire leur participation à la civilisation. Dès lors, si le marché ne peut l'offrir qu'à ceux qui en ont les moyens (moyens financiers mais aussi éducation adéquate⁵), le droit va forcer le marché pour que chacun y ait accès.

1. V. notamment l'ouvrage fondamental de Gérard Farjat, *Pour un droit économique*, coll. « Les voies du droit », PUF, 2004.

2. V. par ex. M. Bazex, *Entre concurrence et régulation : la théorie des facilités essentielles*, *Revue Concurrence*, janv. 2001; M. Glais, *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence*, in *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public du Conseil d'État, Doc. fr., 2002, p. 403-423.

3. M.-A. Frison-Roche, *Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine*, in *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, préc., p. 165-176.

4. Association Henri Capitant, *La protection des biens culturels*, t. XL, *Economica*, 1991.

5. Sur l'interférence nouvelle de l'éducation et du droit économique, v. G. Farjat, préc.

58. À la fois, c'est la nature des choses qui fonde les régimes juridiques spéciaux et concrets mais c'est la volonté du droit qui extirpe cette intimité pour organiser un accès de chacun aux biens essentiels, droit sans lequel cet accès n'existerait pas parce que le marché ne l'organise pas pour tous. Ainsi, les nouvelles régulations sont à la fois factuelles et non soumises aux faits. Reprenons les propos de Michel Villey dans sa critique du positivisme sociologique : « Confondre le droit avec le fait est priver le droit de sa fonction, rectifier les faits. La philosophie juridique du positivisme scientifique a le défaut d'être insensée ¹. »

59. Les nouvelles régulations sont factuelles et politiques, puisqu'elles ambitionnent une seconde nature du marché, par la reconcrétisation de certains biens, parce que ceux-ci sont choses essentielles, biens communs, choses à partager, sans pour autant s'écarter de la propriété privée ². C'est ainsi que l'accès de tous à l'eau est conçu comme un enjeu de la régulation de la mondialisation. De la même façon, les conventions internationales sur les biens culturels, c'est-à-dire les choses auxquelles il faut que chaque être humain puisse avoir accès pour être un être de civilisation, ont l'ambition d'organiser un accès complet pour chacun, confiant cette tâche à des régulateurs qui ressemblent à des juges. On peut multiplier les exemples, l'ambition d'une mondialisation économique régulée rejoint cette idée toute villeyenne d'un droit qui assure le partage des choses essentielles pour que chacun, protégé par le juge, reçoive la part qui lui revient, parce qu'il est un être humain en relation entre les autres.

60. Michel Villey n'a jamais été collectiviste, ni étatiste, ni subjectiviste. Sa conception d'un être humain individuellement et objectivement en relation avec les autres et accédant avec eux et pour lui aux choses essentielles partagées selon la nature des choses se reflète dans les nouvelles conceptions et les ambitions du droit économique mondial.

1. *Philosophie du droit*, préc., n° 192, p. 240.

2. Sur cette évolution, v. l'ouvrage de référence de Mikail Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, coll. « Fondements de la politique », PUF, 2004.