

# REVUE D'HISTOIRE

DES FACULTÉS DE DROIT  
ET DE LA CULTURE JURIDIQUE

LECTURES DE... N° 6 :

*PENSER LA LOI,  
ESSAI SUR LE LEGISLATEUR  
DES TEMPS MODERNES*  
(Gallimard, l'Esprit de la cité, 2018),

de DENIS BARANGER

Journée d'étude organisée le 22 juin 2018 à l'université Panthéon-Assas (Paris II), textes mis en ligne le 8 mars 2022.

Pour citer cet volume : *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2022, Hors série *Lectures de... n° 6 : Penser la loi, essai sur le législateur des temps modernes* (Gallimard, l'Esprit de la cité, 2018), de Denis Baranger.

En ligne sur :

<https://univ-droit.fr/docs/contributions/4713261/rhfd-lectures-de-n-6-penser-la-loi-de-d-baranger.pdf>



**TRAJECTOIRES CROISEES.**  
**À PROPOS DU LIVRE DE DENIS BARANGER,**  
***PENSER LA LOI. ESSAI SUR LE LEGISLATEUR***  
***DES TEMPS MODERNES*, PARIS, GALLIMARD, 2018**

Anne ROUSSELET-PIMONT  
Professeur d'histoire du droit,  
École de droit de la Sorbonne

Denis Baranger nous propose un beau livre à la fois savant et didactique sur l'histoire de la loi ou plutôt sur « une » histoire de la loi, tant en la matière la part de subjectivité paraît déterminante, chacun l'écrivant « à sa poste », comme le disait, à propos de la religion, un législateur qui nous est cher, ce bon Michel de L'Hospital. Les lecteurs retrouveront donc facilement, dans cette histoire de la loi, et les aires géographiques et les acteurs que l'auteur affectionne tout particulièrement.

Dans ces quelques lignes, nous nous contenterons, tropisme oblige et pour répondre aux attentes supposées des organisateurs de cette rencontre, de commenter les premiers chapitres de l'ouvrage ou, pour reprendre l'expression utilisée par Denis Baranger, les chapitres consacrés aux « temps anciens ». Il y sera question plus spécialement de « trajectoires » : celles empruntées par l'auteur puisqu'il affirme dans son introduction que l'objet du livre est d'« esquisser certaines trajectoires essentielles dans l'histoire de la législation »<sup>1</sup> ; celles complémentaires voire quelque peu divergentes que nous a inspirées notre lecture.

### **I. Une histoire de la loi « à reculons »**

La première trajectoire que nous voudrions ici envisager est celle de la démonstration même du livre. Dans son essai, Denis Baranger

---

<sup>1</sup> D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018, p. 19. Cf. aussi p. 105.

propose une histoire rétroactive de la loi ; une histoire de la loi qui commence par la fin puisque l'objet premier de son attention est la loi moderne et que c'est, à partir d'elle, qu'il entreprend de démêler l'écheveau historique. Certes, il est précisé, dès les premières lignes, que « l'ambition de ce livre est de présenter la loi contemporaine comme le *résultat* de projets intellectuels passés »<sup>2</sup>. Mais, en opposant d'emblée la loi des Modernes et la loi des Anciens, la construction projetée s'avère plus descendante qu'ascendante. La loi des Anciens se définit d'ailleurs principalement comme ce que n'est pas la loi des Modernes : la loi des Modernes est omniprésente, la loi des Anciens n'intervient « qu'aux interstices » du droit<sup>3</sup> ; la loi des Modernes présente « un format standardisé et rationalisé de règle, issu de la volonté d'un souverain législateur », la loi des Anciens signifie indistinctement « coutume, contrat, maxime, principe juridique »<sup>4</sup> ; la loi des Modernes « n'est le résultat, du moins en apparence, d'aucune négociation », la loi des Anciens procède au contraire d'une transaction tant avec « les pouvoirs intermédiaires » qu'avec les sujets<sup>5</sup> ; la loi des Modernes, enfin, est porteuse d'un véritable projet de transformation de la société, la loi des Anciens se cantonne à la réformation, à la correction et à la police du royaume<sup>6</sup>. Dès lors tout l'enjeu de la démonstration est de trouver le moment où l'on bascule d'un modèle à l'autre. Et pour cela, Denis Baranger entraîne son lecteur dans un jeu de va-et-vient entre ces deux modèles, en scrutant, çà et là, tel ou tel discours sur la loi qui permettrait d'indiquer si l'on est passé du côté de la modernité ou pas. Cette perspective est tout à fait intéressante et elle autorise une lecture originale de l'histoire de la loi moderne.

C'est elle qui permet d'exclure, par exemple, Montesquieu et Rousseau du champ de la modernité. Postulant une modernité législative qui allie théorie et action, Denis Baranger ne peut que constater « l'impasse créative »<sup>7</sup> dans laquelle nous entraînent ces deux ténors du XVIII<sup>e</sup> siècle dont la pensée est certes

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 29 ou encore p. 47 où dans « le monde ancien », la loi est présentée comme « rare ».

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 30 et 52.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 22 et 105.

« monumentale », mais « non instrumentale »<sup>8</sup>. À défaut d'une pensée de la législation concrète, érigée en critère de la modernité, Montesquieu comme Rousseau ne peuvent figurer parmi « les pères fondateurs de l'État législatif contemporain »<sup>9</sup>.

La définition a priori de la loi moderne et la recherche à rebours de sa réalité permettent aussi, et plus généralement, de détacher la démonstration de la stricte chronologie pour privilégier une approche plus substantielle du sujet. L'auteur se montre d'ailleurs très prudent à l'égard de la chronologie qui n'est jamais fixée dans des termes trop arrêtés. Dès le sous-titre de l'ouvrage, on peut noter que les « temps modernes » évoqués n'ont pas la traditionnelle majuscule qui caractérise le découpage académique. Non sans raison car, sous la plume de Denis Baranger, ils ne leur correspondent pas vraiment. Le choix des expressions de « loi des temps anciens » ou de « loi des anciens régimes »<sup>10</sup> est également révélateur de cette volonté de dépasser les clivages traditionnels et d'englober assez largement les siècles. Au fil des pages, l'auteur prend aussi soin de multiplier les précautions oratoires face aux datations certaines<sup>11</sup> et de se démarquer d'une histoire linéaire<sup>12</sup>. D'où, et c'est un peu le revers de la médaille, un léger tournis qui saisit parfois le lecteur dans l'oscillation entre le temps long de la maturation législative et la révélation tardive du modèle abouti de la loi moderne ; dans le vacillement également du curseur de la modernité de la loi, un curseur qui semble indiquer, dans les premières pages, la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle voire le XIX<sup>e</sup>, puis qui recule progressivement au XVII<sup>e</sup> voire au XVI<sup>e</sup> siècle, sans que rien ne soit jamais joué, une même époque pouvant alternativement être un terme *a quo* ou un terme *ad quem*.

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>11</sup> *Ibid.*, par exemple, p. 93, 96, 162-163.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 105.

## II. La loi, la coutume et la jurisprudence, trois trajectoires pour une même histoire

Si l'histoire à rebours que propose la démonstration de Denis Baranger offre un prisme original, elle n'en suppose pas moins une tendance à transposer un réflexe de moderne : ne voir que la loi en tant que source dominante du droit. En cherchant à reculer la naissance de la loi moderne, une loi, qui, aujourd'hui, occupe une place centrale dans notre culture juridique contemporaine, on en oublie un peu l'histoire des autres sources du droit, qui pourtant cohabitent, dans les « temps anciens », de manière parfois très envahissante avec la loi royale. Denis Baranger n'ignore pas cette réalité mais passe assez vite sur cette concurrence. D'où cette deuxième trajectoire, moins empruntée par l'auteur, sur laquelle nous voudrions insister : celle suivie par les autres sources du droit puisque la trajectoire de la coutume comme celle de la jurisprudence participent, nous semble-t-il, aussi de l'histoire de la loi et l'éclairent utilement en donnant à voir et à penser la loi en miroir des autres modes de formulation du droit.

Arrêtons-nous donc un instant sur ces trajectoires entremêlées même si cette histoire est déjà bien balisée. C'est bien connu, la loi au Moyen Âge se développe dans l'ombre de la coutume, une coutume qui a elle-même prospéré sur la carence de la loi<sup>13</sup>. Cette proximité donne à la loi médiévale certains traits qui la rapprochent de la coutume. On peut même dire que la loi médiévale se conjugue sur un mode coutumier. En amont, la coutume dicte le contenu de la loi. Comme le disait Isidore de Séville, au début du VII<sup>e</sup> siècle, la loi doit être « conforme à la coutume de la patrie »<sup>14</sup>. La loi est alors moins un donné qu'un trouvé. Elle est moins une création que l'affirmation d'un préexistant. Et tout le Moyen Âge conservera cette idée selon laquelle la « loi humaine se fonde sur les coutumes »<sup>15</sup>. En

---

<sup>13</sup> Le déclin de la loi à partir du IX<sup>e</sup> siècle ne doit pas cacher ce qu'a été la réalité législative à l'époque franque. Cf. sur ces questions les travaux d'Yves Sassier et notamment *Royauté et idéologie au Moyen Âge. Bas-Empire, monde franc, France (IV<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle)*, Paris, A. Colin, 2012 ou « Le roi et la loi chez les penseurs du royaume occidental du deuxième quart du IX<sup>e</sup> siècle à la fin du XI<sup>e</sup> siècle », *Cahiers de civilisation médiévale*, 43, 2000, p. 257-273.

<sup>14</sup> *Etymologies*, V, 21 : « Erit autem lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta ».

<sup>15</sup> M. Bastit, *La naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 1990, p. 41.

aval, également la loi médiévale a un caractère coutumier puisqu'elle ne gagne son efficacité que par la nécessaire accoutumance de ceux à qui elle est destinée. « Les lois sont établies par la promulgation et validées lorsqu'elles sont approuvées par le comportement de ceux qui les utilisent », lit-on dans le *Décret* de Gratien, au milieu du XII<sup>e</sup> siècle<sup>16</sup>. « Ce qui donne à la loi une grande efficacité », écrit, dans le même sens, Gilles de Rome, quelques décennies plus tard, c'est « l'ancienneté et [la force de] la coutume »<sup>17</sup>. Reprenant les arguments des théologiens et des canonistes, un auteur coutumier comme Pierre de Fontaines affirme à son tour que « Les lois ne nos lient par nule autre cause, fors par ce que eles sont receues par le jugement du peuple »<sup>18</sup>. La loi, écho de la coutume, doit donc devenir elle-même coutume pour être pleinement coercitive.

On sait aussi que ce discours évolue à partir du XVI<sup>e</sup> siècle et que la loi se distingue désormais plus nettement de la coutume<sup>19</sup>. Dès lors qu'elle est associée à la souveraineté et définie, avant tout, comme un acte de commandement, la loi s'émancipe du poids coutumier, la « théorie de la souveraineté rend[ant] non-nécessaire le recours au passé »<sup>20</sup>. L'immédiateté du commandement se substitue à la nécessité de la réception coutumière de la loi, ce qui permet à Bodin d'écrire certes que la loi se distingue du droit, comme le souligne Denis Baranger<sup>21</sup>, mais aussi qu'elle se distingue de la coutume : alors que la

---

<sup>16</sup> *Leges instituuntur, cum promulgantur, firmantur, cum moribus utentium approbantur*, D. 4, c. 4. Déjà, Aristote disait que « les lois tirent leur plus grande force de l'habitude », *Politiques*, II, V, 14, 1269 a 20.

<sup>17</sup> *De Regimine principum*, III, 2, c. XXXI, cité par J.M. Carbasse, « Non cuiuslibet est ferre leges. "Légiférer" chez Gilles de Rome », *Le prince et la norme. Ce que légiférer veut dire* (J. Hoareau-Dodinau, G. Métairie et P. Texier dir.), *Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique*, PULIM, 2007, n° 17, p. 74.

<sup>18</sup> Cité par S. Petit-Renaud, « *Faire loi* » au royaume de France de Philippe VI à Charles V (1328-1380), Paris, De Boccard, 2001, p. 435.

<sup>19</sup> Pour une présentation plus détaillée et nuancée de cette évolution, cf. notre article, « Le *dissensus* et le droit. La crainte de la nouveauté législative », *Dissensus. Pratiques et représentations de la diversité des opinions, 1500-1650* (F. Alazard, S. Georget, L. Gerbier, P.A. Mellet dir.), Paris, Honoré Champion, 2016, p. 43-61.

<sup>20</sup> J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge, University Press, 1957, cité par R. Descimon et A. Guéry, « Un État des Temps modernes ? », *Histoire de France. La Longue durée de l'État* (A. Burguière et J. Revel dir.), Paris, Le Seuil, 2000, p. 280.

<sup>21</sup> D. Baranger, *Penser la loi...*, *op. cit.*, p. 60.

coutume prend sa force peu à peu, et par longues années d'un commun consentement de tous, ou de la plus part [...] la loy sort en un moment et prend sa vigueur de celui qui a puissance de commander à tous : la coutume se coule doucement et sans force : la loy est commandée et publiée par puissance, et bien souvent contre le gré des sujets<sup>22</sup>.

Le temps de la loi n'est plus le temps de la coutume. L'autorité de la loi n'est pas celle de la coutume. L'immédiateté que suppose désormais la loi marque alors la « seconde naissance de l'État législateur »<sup>23</sup>.

Mais le mouvement ne s'arrête pas là. Ce qui est peut-être plus intéressant, c'est que l'autonomie acquise par la loi lui permet de devenir ensuite le modèle dominant d'appréhension du droit. Dès le XVI<sup>e</sup> siècle, on assiste à un renversement des modèles : c'est le modèle législatif qui désormais s'impose dans le panorama juridique. Les coutumes rédigées sont de plus en plus assimilées à des lois. Elles sont, comme les lois, rédigées à l'initiative du souverain, sous le contrôle de ses agents et promulguées par lui. L'écriture puis la réécriture des coutumes sont même perçues par certains praticiens comme incompatibles avec le temps et l'esprit coutumier<sup>24</sup>, mais elles n'en traduisent pas moins le nouveau visage législatif de la coutume<sup>25</sup>. La contagion du modèle législatif gagne aussi la jurisprudence. Cette jurisprudence des arrêts, qui acquiert valeur normative dès la fin du Moyen Âge, voit, elle aussi, les fondements de son autorité évoluer. Au Moyen Âge, c'est encore la répétition des précédents qui permet à la doctrine de dépasser le fameux « *non exemplis sed legibus* »<sup>26</sup>. C'est à partir du « *rerum perpetuo similiter*

---

<sup>22</sup> J. Bodin, *Les Six livres de la République*, I, 10.

<sup>23</sup> A. Gouron, « La double naissance de l'État législateur », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, Collection de l'école française de Rome, 1991, p. 114.

<sup>24</sup> Cf. notamment le procès intenté contre les commissaires réformateurs au lendemain de la réformation de la coutume de Calais, R. Filhol, *Le Premier président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Thèse droit, Poitiers, 1937, p. 94-121.

<sup>25</sup> Sur les débats à propos de la nature de la coutume rédigée, cf. notre thèse, *Le chancelier et la loi au XVI<sup>e</sup> siècle d'après l'œuvre d'Antoine Duprat, de Guillaume Poyet et de Michel de L'Hospital*, Paris, De Boccard, 2005, p. 501-506.

<sup>26</sup> C. 7, 45, 3.

*judicatarum* »<sup>27</sup> ou du *consensus populi*<sup>28</sup> que les docteurs médiévaux autorisent les juges à fonder une coutume jurisprudentielle<sup>29</sup>.

Puis, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, s'opère un glissement vers un nouvel argumentaire moins axé sur le temps que sur l'autorité des juges. Sans que soit complètement oublié le discours justificatif médiéval, on constate que c'est le rapprochement avec la figure du roi, souverain législateur, qui fonde désormais davantage la capacité normative des parlements et autres cours souveraines. C'est parce que les juges représentent le roi et qu'à ce titre, ils participent de sa souveraineté, qu'ils peuvent affirmer que leurs arrêts ont valeur de « loy certaine »<sup>30</sup>. C'est parce que le mécanisme de la représentation suppose une véritable substitution de la personne du représenté par celle du représentant, que les juges prétendent qu'il leur est communiqué, par une sorte de fiction, les mêmes prérogatives qu'au roi souverain. C'est parce que les parlements représentent le roi qu'« on n'a douté jamais *jus facere posse* »<sup>31</sup> et que leurs arrêts tiennent lieu de loi voire « doivent participer de la nature des Loix »<sup>32</sup>. Il ne s'agit évidemment pas de confondre, à nouveau, législation, coutume et jurisprudence, mais de faire rejaillir sur les autres sources du droit toutes les potentialités de la loi. Avant même que la loi moderne devienne hégémonique, la mécanique législative innerve les autres sources du droit. Si la loi reste sous l'Ancien Régime une source du

---

<sup>27</sup> D. 1, 3, 38.

<sup>28</sup> Sur le « *Quod facit judex, populus videtur facere* » de Bartole, cf. A. Gouron, « Théorie des présomptions et pouvoir législatif chez les glossateurs », *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)* (J. Krynen et A. Rigaudière dir), Bordeaux, Presses Universitaires, 1992, p. 117-127.

<sup>29</sup> N. Warembourg, « *Non exemplis sed legibus*. L'autorité des arrêts à la lumière des droits savants », *Des « arrêts parlans ». Les arrêts notables à la Renaissance entre droit et littérature* (G. Cazals et S. Geonget dir.), Genève, Droz, p. 225-240.

<sup>30</sup> J. Papon, *Nouvelle et cinquième édition du recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France par Jean Papon, Conseiller du Roy et son lieutenant general au Bailliage de Forests*, Lyon, J. de Tournes, 1568, prologue, p. 11.

<sup>31</sup> G. de Maynard, *Notables et singulieres questions du droict escrit decidees ou prejugees par arrêts memorables de la Cour souveraine du parlement de Tholose*, Paris, Robert Foüet, 1608, liv. I<sup>er</sup>, chap. XCVI, t. I, fol. 57. Sur ce discours des juges, cf. J. Krynen, *L'État de justice. France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle. t. I : L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, NRF, 2009, notamment p. 62-79 et p. 139-190.

<sup>32</sup> J. Bouguier, *Arrêts de la cour décisifs tant de droict que de constume, prononcez en robes rouges ou donnez sur procès partis et autres. Revenus, corrigez et augmentez en cette nouvelle Edition de plusieurs Arrêts, avec un discours sur la verification du Contract concernant le Commerce et Trafic general sur la Mer que l'on veut establir en France*, Paris, E. Pepingué, 1647, Préface au lecteur.

droit parmi d'autres, elle offre un paradigme normatif de plus en plus efficace qui accentue son emprise tant dans le discours que dans la pratique.

### III. Réconcilier la trajectoire du discours et de la pratique « aux temps anciens »

Venons-en donc enfin à une troisième et dernière trajectoire : celle de la théorie et de la pratique. À plusieurs reprises, Denis Baranger relève que ce qui fait la particularité des temps anciens, c'est « l'absence de congruence entre la réalité de la fonction législative, variée dans ses formes et son contenu, et l'idéologie politico-juridique qui la surplombe »<sup>33</sup>. Il parle d'un « hiatus », d'un « gouffre » entre ce qui est dit de la loi dans les écrits des théologiens et des légistes et ce qu'on en fait concrètement<sup>34</sup>.

Ce discours sur la distorsion entre la théorie et la pratique est encore assez fréquent chez les historiens du droit. Il répond à un légitime souci de prudence face à la réception précoce des mots et des concepts hérités du droit romain mais il se limite alors à la période médiévale sans empiéter sur les premières heures des Temps modernes<sup>35</sup>. Lorsqu'elle s'étend au-delà, une telle approche témoigne de la persistance des conclusions portées par ceux des historiens du droit du milieu du siècle dernier qui défendaient, François Olivier-Martin en tête<sup>36</sup>, l'idée d'une monarchie « délibérément économe de sa propre puissance »<sup>37</sup>.

Cette volontaire retenue législative des monarques, médiévaux comme modernes, laisse cependant aujourd'hui de plus en plus sceptique une partie de l'historiographie. On peut citer, pour le Moyen Âge, Gérard Giordanengo qui rejette toute timidité voire prudence législative de la part de rois tourmentés tout au plus par la

---

<sup>33</sup> D. Baranger, *Penser la loi...*, p. 31.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 34-35.

<sup>35</sup> Cf. notamment les travaux tout en nuances d'A. Rigaudière réunis dans *Penser et construire l'Etat dans la France du Moyen Âge (XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle)*, Paris, CHEFF, 2003. À compléter par du même auteur, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 11-13.

<sup>36</sup> F. Olivier-Martin, *Les Lois du roi*, cours de doctorat photocopié 1945-1946, réédité Paris, Loysel, 1988 et LGDJ, Collection Reprint, 1997.

<sup>37</sup> J.M. Carbasse, « Le roi législateur : théorie et pratique », *Droits*, 2003, n° 38, p. 4.

seule crainte de Dieu<sup>38</sup> ou encore Jacques Krynen<sup>39</sup> qui, tout en reconnaissant qu'« on a souvent jugé que juristes et théoriciens politiques médiévaux taillaient à la royauté des vêtements trop larges pour elle, particulièrement ceux des XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles », n'en estime pas moins qu'« un clerc médiéval ne prêche jamais dans le désert »<sup>40</sup>.

Et c'est, à notre avis, encore plus vrai dans les siècles suivants. Lorsque l'on s'immerge un peu dans la pratique législative, on se rend compte que le roi ne s'interdit rien et que la réalité de l'action législative n'est pas si éloignée du discours de la « métaphysique du prince »<sup>41</sup>. Le roi veut et agit en conséquence. Le discours théorique rencontre alors les projets concrets de législation et n'apparaît pas comme désincarné. Au contraire, il a vocation à accompagner l'action des monarques, une action qui s'appuie de plus en plus sur la loi pour ordonner le panorama juridique du royaume. Et cette action monarchique donne à voir une législation qui prend, assez tôt, les traits de la loi moderne. Dès le XVI<sup>e</sup> siècle, le volume des lois augmente (les historiens cessent d'ailleurs de les compter et ont désormais bien du mal à toutes les retrouver dans des archives disparates et trop souvent délaissées par les autorités centrales<sup>42</sup>). Dès le XVI<sup>e</sup> siècle, se dessine alors une monarchie « législative »<sup>43</sup> dans laquelle la loi sort de sa gangue médiévale et s'émancipe de bien des carcans qui l'enserraient jusque-là : poids de la requête, poids du conseil, poids de la coutume ou encore poids de la législation antérieure. Certes, les sollicitations sont toujours là, mais la requête n'est plus un « acte nécessaire »<sup>44</sup> voire un « véritable système de

<sup>38</sup> G. Gordianengo, « Le roi de France et la loi : 1137-1285 », *Colendo justitiam et jura condendo... Federico II legislatore del regno di Sicilia nell'Europa del Duecento. Per una storia comparata delle codificazione europee* (A. Romano dir.), Rome, De Luca, 1998, p. 346.

<sup>39</sup> J. Krynen, « Voluntas domini regis in suo regno facit jus. Le roi de France et la coutume », *El dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi Internacional*, Barcelona, 23-24 de maig de 1997, Barcelone, 1998, p. 59-89.

<sup>40</sup> *Id.*, « Princeps pugnat pro legibus... Un aspect du *Policraticus* », *Droit romain, jus civile et droit français* (J. Krynen dir.), *Etudes du droit et des idées politiques*, n° 3/1999, p. 97.

<sup>41</sup> D. Baranger, *op. cit.*, p. 39-46.

<sup>42</sup> Cf. les actes à paraître aux Classiques Garnier de deux journées d'études, *Diffuser, recevoir et conserver la loi du XIV<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle* (30 avril 2014, P. Arabeyre, O. Mattéoni, P. Bonin dir.) et *Diffuser, recevoir et conserver la loi aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles* (Y.A. Durelle-Marc, P. Bonin dir.), 16 décembre 2013.

<sup>43</sup> J.B. Collins, *The State in Early Modern France*. Cambridge, University Press, 1995, p. 3.

<sup>44</sup> C. Gauvard, « Ordonnance de réforme et pouvoir législatif en France au XIV<sup>e</sup> siècle (1303-1413) », *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat* (A. Gouron et A. Rigaudière

gouvernement »<sup>45</sup>. Certes, les rois consultent toujours avant de légiférer, mais ils choisissent désormais plus librement les organes de conseil refusant toute concertation imposée tout comme ils choisissent désormais plus librement d'écouter ou de ne pas écouter les conseils donnés. Les sections du Conseil du roi s'organisent et accueillent avec davantage de contrôle les conseillers de droit. Les États généraux se voient débouter de leurs prétentions à des réunions périodiques. Et si la loi royale porte encore fréquemment la mention d'un conseil, cela ne signifie pas nécessairement que ce conseil soit ensuite suivi dans les dispositions retenues. Au contraire, à y regarder de plus près, la consultation apparaît bien souvent comme une façade voire un simple leurre<sup>46</sup>.

Une petite anecdote pourrait illustrer ce propos : en 1521, François I<sup>er</sup> réunit une assemblée des bonnes villes pour préparer une réforme monétaire. Les députés des bonnes villes remettent des cahiers qui rassemblent leurs avis et suggestions, cahiers qui, à en croire Jean Barrillon, secrétaire du chancelier de l'époque, Antoine Duprat, furent mis « sans les desclorre ... en ung grand sac de cuir, et depuis n'en fut parlé ». La réforme législative monétaire a pourtant eu lieu et les sujets ne furent pas dupes<sup>47</sup>. Dès lors, il n'est pas si facile de dire que la loi d'avant la fin du siècle des Lumières n'est qu'une « négociation avec les sujets ».

En outre, s'il est vrai que les lois du début de l'époque moderne ne sont pas aussi bien ordonnées que les lois dites modernes, elles ne sont pas pour autant dénuées de tout esprit de réforme. D'une part, parce qu'au discours médiéval sur le nécessaire temps long de la loi, hostile à la *mutatio legis*, s'oppose désormais une dénonciation plus soutenue de l'immobilisme législatif. Si certains affirment encore que « la mutation des loix estoit ridicule », d'autres leur répondent qu'après l'invention du blé, il faut cesser de vivre de glands et que le bon législateur doit faire comme le gouverneur du navire « lequel calle la voile et la tourne çà et là, selon que le vent est »<sup>48</sup>. Il ne faut

---

dir.), Montpellier, Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1988, p. 90.

<sup>45</sup> S. Petit-Renaud, « *Faire loi* » au royaume de France, *op. cit.*, p. 307.

<sup>46</sup> A. Rousselet-Pimont, *Le chancelier et la loi...*, *op. cit.*, p. 84-176.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>48</sup> *Id.*, « Le *dissensus* et le droit », p. 46-50. La première citation est d'un conseiller du parlement de Paris, Michel Quelain et date d'août 1566 (A.N., X<sup>1A</sup> 1619, 17 août, fol. 140).

pas non plus, d'autre part, se laisser abuser par l'idée de réformation. Prenons l'exemple de l'ordonnance de Villers-Cotterêts cité dans l'ouvrage de Denis Baranger<sup>49</sup>. Ce texte très célèbre est souvent recensé parmi les ordonnances dites de réformation. Mais il faut relire ce texte et son préambule, il faut relire aussi les commentaires qui ont été rédigés par les contemporains pour comprendre qu'il n'est pas question de limiter la loi à une simple « réformation ». Le terme n'y est d'ailleurs pas présent ni même l'esprit (à savoir la restauration des premières règles et institutions perverties par la malice du temps et des hommes). À bien lire le texte et les réactions qu'il suscite, on constate au contraire que le législateur ne craint pas d'innover. Et c'est bien pour accompagner ou contrer ces réformes et celles qui suivront – et dont certaines intéressent le droit privé<sup>50</sup> – que le discours sur le *quod principi placuit* ou le *princeps legibus solutus est* est mobilisé par les acteurs dès le début des Temps modernes (au sens chronologique du terme) et qu'il est mobilisé en vue d'une véritable action législative donc au-delà du cadre judiciaire et dans des perspectives aussi descriptives que prescriptives pour reprendre là encore les expressions de l'auteur<sup>51</sup>.

La distinction théorie/pratique, lieu commun d'une partie de l'historiographie mériterait donc d'être encore et toujours nuancée, en interrogeant, dans cette recherche des origines de la loi moderne, autant le discours de la pratique que la pratique dans le discours. On ne peut cependant pas tenir grief à Denis Baranger d'avoir écarté cet aspect pratique dans la mesure où il a opté pour une « histoire intellectuelle » de la loi. Mais on peut regretter que cette trajectoire essentielle de l'histoire de la loi soit encore trop souvent mise de côté.

---

Quant aux réponses au fixisme juridique, ce sont celles d'Antoine Duprat et de Michel de L'Hospital.

<sup>49</sup> D. Baranger, *Penser la loi...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>50</sup> Édit contre les mariages clandestins ou édit des mères notamment, respectivement de février 1557 et de mai 1567.

<sup>51</sup> D. Baranger, *Penser la loi...*, *op. cit.*, p. 42.



**ORDRE NATUREL ET LOI POSITIVE.  
DEUX PHYSIOCRATES LEGISTES :  
LE MERCIER DE LA RIVIERE ET LE TROSNE**

Manuela ALBERTONE  
Professeur ordinaire d'histoire moderne,  
Université de Turin (Italie)

L'impératif scientifique et civil qui pousse à réfléchir sur la dévalorisation de la législation à l'heure actuelle se place à l'origine de l'ouvrage de Denis Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, un travail qui, au-delà des compétences juridiques de l'auteur, offre aux historiens plusieurs occasions de réflexion par son approche attentive à une analyse sur la longue durée.

À partir de quelques questions posées autour du rapport entre science de la législation et loi positive au XVIII<sup>e</sup> siècle, ma contribution entend analyser le lien entre économie politique et droit<sup>1</sup>. Elle se focalise sur l'intérêt porté à l'activité concrète de législation à la fin de l'Ancien Régime par la physiocratie, la première théorie scientifique sur la formation et la distribution de la richesse, élaborée par François Quesnay et son groupe. Elle ambitionne aussi d'apporter quelques éléments supplémentaires et en partie divergents à l'interprétation historique donnée par l'auteur sur l'approche rationnelle à l'activité législative des écrivains du XVIII<sup>e</sup> siècle, considérée comme caractérisée par une attitude abstraite envers la loi, et sur les entraves apportées par l'économie politique au développement et à l'autonomie de la science de la législation<sup>2</sup>.

J'ai choisi de me concentrer sur deux auteurs économistes et de formation juridique à la fois, Le Mercier de la Rivière et Le Trosne,

---

<sup>1</sup> Je remercie Michel Troper pour la lecture scrupuleuse de mon texte et les moments de discussion. Ses remarques m'ont été précieuses.

<sup>2</sup> Je me réfère notamment aux chapitres, « Lumières et législation » (p. 184-209) et « La cécité des libéraux » (p. 291-302).

tous les deux engagés dès la moitié des années 1760 dans la diffusion de la physiocratie et dans la systématisation de ses principes. L'analyse croisée de leurs idées et de leurs actions permet de saisir la conception et le rôle de la loi positive dans la physiocratie et leur contribution pour penser de nouvelles formes de codification dans le contexte des dynamiques politiques des dernières années de l'Ancien Régime en France. Il s'agit d'une réflexion qui s'avère être une légitimation originale du rapport entre droit naturel et loi positive.

### I. Loi naturelle et loi positive

L'adhésion à la physiocratie de ces deux auteurs se traduit par l'apport de la culture juridique et de l'expérience de deux personnalités qui exercèrent des fonctions au sein de la monarchie française. Le Mercier fut conseiller à la première chambre des enquêtes du Parlement de Paris, intendant aux Antilles entre 1759 et 1764 et membre du Comité de législation des colonies, créé en 1779. Le Trosne, dont le père fut conseiller du Roi au baillage d'Orléans, fut avocat du Roi au présidial d'Orléans, et auteur en 1763 d'un *Discours sur l'état actuel de la magistrature* avec des notes où il énonçait les principes physiocratiques<sup>3</sup>. Élève de Pothier, il dépassa la vocation à la systématisation du rationalisme juridique français par le biais de la théorie économique, qui l'amena à concevoir un droit entièrement renouvelé.

Leur réputation et leurs compétences économiques et juridiques à la fois dépassèrent la dimension nationale, contribuant au rayonnement international de la physiocratie, et en firent les membres d'un véritable « parti européen des réformes »<sup>4</sup>. Le Mercier fut recommandé à Catherine II de Russie par Diderot à l'occasion

---

<sup>3</sup> G.F. Le Trosne, *Discours sur l'état actuel de la magistrature et sur les causes de sa décadence. Prononcé à l'Ouverture des Audiences du baillage d'Orléans*, le 15 novembre 1763, Paris, Panckouke, s.d. Dans la Notice abrégée de 1769 des *Ephémérides du citoyen*, Du Pont de Nemours souligna l'intérêt des notes économiques ajoutées au Discours, bien que le sujet de l'ouvrage n'ait pas été considéré parmi les thèmes traités dans le périodique (« Suite de l'Avertissement et la Notice Abrégée qui commencent les Volumes précédents », Août 1764, *Ephémérides du citoyen*, 1769, n. 3, p. XX-XXI).

<sup>4</sup> Nous devons cette expression à Mario Mirri, « Per una ricerca sui rapporti fra "economisti" e riformatori toscani. L'abate Niccoli a Parigi », *Annali dell'Istituto Giangiacomo Feltrinelli*, n° II, 1959, 55-115.

des travaux pour le nouveau code de législation russe. En dépit de l'incompréhension entre l'économiste et la tsarine, qui fit échouer l'ambition législatrice du physiocrate lors de son voyage à Saint Pétersbourg en 1767-1768<sup>5</sup>, Le Mercier contribua en 1771-1772 à l'élaboration de la constitution pour la Pologne<sup>6</sup>. Il fut ensuite consulté par Gustave III de Suède en vue de la création d'un système d'instruction publique, qu'il conçut en 1775 comme étroitement lié aux systèmes des lois<sup>7</sup>. Le Trosne publia en 1777 *De l'ordre social*, exposition des principes physiocratiques, sous les encouragements reçus du margrave de Bade<sup>8</sup>.

« La physiocratie appartient à part entière à l'histoire de la culture juridique », écrit Giovanni Tarello, en soulignant l'apport créatif de Quesnay et de son groupe à la fois à la terminologie juridique (législation selon la nature, droit de nature, ordre naturel...), et aux thèmes (législation fiscale, commerciale, corporative, monopoles...)<sup>9</sup>. Le juriste positiviste italien fut intéressé par la dimension politique et non seulement technique du droit, ce qui l'amena à marquer le rôle novateur et efficace de la pensée juridique à l'époque des Lumières et durant la Révolution<sup>10</sup>. Dans ce cadre, la physiocratie représenta un potentiel destructif des structures de la société d'Ancien Régime, à travers le rôle assigné à la législation

---

<sup>5</sup> Cf. B. Herencia, « Le séjour du physiocrate Lemerrier de La Rivière en Russie. 1767-1768 », *Dix-huitième siècle*, 2012/1, n. 44, p. 621-658.

<sup>6</sup> P.P. Le Mercier de la Rivière, « L'intérêt commun des Polonois ou Mémoire sur les moyens de pacifier pour toujours les troubles actuels de la Pologne, en perfectionnant son gouvernement, et conciliant ses véritables intérêts avec les véritables intérêts des autres peuple », *Pour la Pologne, la Suède et autres textes. Œuvres d'expertise (1772-1790)* (B. Herencia et B. Perez éd.), Genève, Slatkine Érudition, 2016.

<sup>7</sup> Id., *De l'instruction publique ; ou Considérations morales et politiques sur la nécessité, la nature et la source de cette instruction*, Stockholm, Paris, Didot, 1775.

<sup>8</sup> J. Mille, *Un physiocrate oublié: G.-F. Le Trosne (1728-1780)*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1905, p. 17-18

<sup>9</sup> G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2016 (1<sup>e</sup> éd. 1976), p. 356-357. Tarello avait déjà abordé la question des origines de la codification au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle dans ses cours universitaires recueillis dans *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, E.C.I.G., [1975].

<sup>10</sup> Par cette lecture, Tarello a formulé des critiques à l'égard des interprétations d'auteurs tels que Michel Villey et André- Jean Arnaud, qui reposent notamment sur l'idée d'une continuité historique qui minore les caractères novateurs de la pensée juridique au XVIII<sup>e</sup> siècle (*Id.*, *Storia della cultura giuridica moderna, op. cit.*, p. 181). Cf. A.J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.

comme instrument pour éliminer les obstacles qui entravaient la croissance économique. S'étant surtout concentré sur la contribution de la physiocratie à la notion abstraite de droit de propriété, Tarello n'a pas toutefois exploré à fond le lien entre la dimension économique et politique et le rôle joué par la loi dans la réflexion physiocratique, qu'on mesure mieux par le biais de l'analyse combinée de la théorie et de l'action menée.

Le Mercier de la Rivière et Le Trosne, les seuls physiocrates de formation juridique, s'engagèrent à favoriser les réformes dans la législation et à systématiser et à appliquer leur science juridique dans une perspective physiocratique. Cette action combinée découlait de la vision d'un rapport mutuel entre économie et droit : Le Mercier concourut à la codification de la législation des colonies, Le Trosne s'occupa de justice criminelle et de législation en matière d'administration par un plan détaillé pour la création d'un réseau d'assemblées provinciales. Elles furent une des expressions les plus novatrices du projet politique de la physiocratie liant droit de propriété et représentation<sup>11</sup>.

Dans un siècle où la science de l'économie politique s'avère être le langage moderne de la politique, le lien établi par la physiocratie entre économie et législation alimenta une réflexion qui concourut à la définition de la loi positive. Elle fut élaborée dans le cadre d'une conception universelle de la loi, qui enfanta des projets détaillés en réponse au contexte français. Si la définition d'Adam Smith faisant de l'économie politique « une branche des connaissances du législateur et de l'homme d'État » s'imposa finalement d'une façon universelle<sup>12</sup>, les réflexions sur la science de l'économie élaborées dans la France de la monarchie absolue alimentèrent un discours original sur la loi et sur les garanties légales, lié aux particularités du contexte français. Dans ce cadre, les physiocrates conçurent les lois en rapport avec l'architecture de l'État dans son ensemble, ce qui touchait la correspondance entre centre et périphérie, représentation et participation, souveraineté et puissance législative.

---

<sup>11</sup> Cf. A. Mergey, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010.

<sup>12</sup> A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations (1776)*, liv. IV, Introduction.

Axé sur l'origine naturelle des sociétés et de la propriété, le discours physiocratique sur le rapport entre la loi et les limites de la souveraineté est caractérisé par le fait qu'il est fondé sur la théorie économique.

Cette légitimation du pouvoir est élaborée dans le contexte de la France de la deuxième moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle et de la forte croissance de son économie. Selon les physiocrates les lois de l'ordre naturel correspondent aux lois de l'économie, dont les fondements sont la propriété, la liberté et la sûreté. Elles inspirent un projet de développement économique bâti sur l'agriculture, centré sur la réforme fiscale et sur l'impôt foncier. Ce projet est conçu pour se mesurer avec la Grande Bretagne et lui disputer la primauté internationale.

La loi positive doit être évaluée à l'aune de la théorie économique. Les catégories juridiques pour définir l'État ne sont pas élaborées à la suite de circonstances politiques, mais de principes économiques visant à devancer le privilège et le corporatisme. Les arguments juridiques doivent être élaborés pour répondre aux conditions économiques, ce qui implique une conception de la loi, destinée à avoir un impact politique sur la structure de la société d'ordres, bâtie sur le privilège, et qui pour Le Mercier et Le Trosne touchait principalement à l'administration et au droit pénal.

Le rôle central joué par les notions de propriété et de liberté et la primauté économique, sociale et politique des propriétaires fonciers ne concernaient pas seulement les individus, mais la société dans son ensemble. Il en découlait l'impératif de fixer des règles, et les implications économiques, sociales et politiques du droit. Cette approche découlait de la conception physiocratique de la propriété. Elle impliquait la responsabilité sociale des propriétaires, et une idée de l'économie comme utilisation des ressources naturelles pour assurer la prospérité collective. La défense d'un équilibre naturel qui correspond à l'ordre physique et dans lequel les hommes sont insérés implique la construction d'un État identifié avec les lois et garantissant les droits des individus.

Le Mercier et Le Trosne partagent cette approche déductive à la loi positive :

On doit remarquer ici que le terme de *faire* des lois est une façon de parler fort impropre, et qu'on ne doit point entendre par cette expression, le *droit*, le

pouvoir d'imaginer, d'inventer et d'instituer des lois positives qui ne soient pas déjà *faites*, c'est-à-dire, qui ne soient pas des conséquences nécessaires de celles qui constituent l'ordre naturel et essentiel de la société<sup>13</sup>.

Le Trosne envisageait un ordre social donné aux hommes par Dieu, qui correspondait à l'ordre naturel et à ses lois, dont on devait assurer la mise en exécution<sup>14</sup>. Il en ressortait que la référence à la nature conférait une légitimité universelle en premier au modèle économique théorisé<sup>15</sup> et par conséquent au pouvoir politique, renfermé dans la notion d'autorité tutélaire. Elle était définie comme « l'administration d'une force sociale et physique instituée dans la société et par la société, pour assurer parmi les hommes la propriété et la liberté »<sup>16</sup>.

Dans le cadre d'une pensée étroitement liée à l'idée de nature<sup>17</sup>, c'était l'ordre physique qui était au fondement des lois positives. Les coordonnées données par Quesnay dans l'article *Droit naturel* orientaient l'approche de Le Trosne, pour lequel « les lois de l'ordre social » procédaient de l'ordre physique<sup>18</sup>, aussi que de celle de Le Mercier, en accord avec les postulats de la physiocratie : l'ordre

---

<sup>13</sup> P.P. Le Mercier de la Rivière, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (1767), Paris, P. Geuthner, 1910, p. 81. Du Pont de Nemours donna en 1789 la formulation la plus claire du rationalisme politique qui relevait directement de la physiocratie dans une des notes ajoutées à l'édition française de l'*Examen du gouvernement d'Angleterre, comparé aux constitutions des Etats-Unis*, fruit de la collaboration parmi Du Pont, Filippo Mazzei et Condorcet, et qui représente un témoignage précieux de la réflexion constitutionnelle française à la veille de la Révolution : « Ils n'ont point dit LEGISFATEUR, ce qui auroit indiqué le pouvoir de faire arbitrairement des lois ; ils ont dit LEGISLATEUR, porteur de loi, ce qui détermine que celui qui est chargé de cette fonction respectable, n'a d'autre droit que de prendre la loi dans le dépôt immense de la nature, de la justice et de la raison, où elle étoit toute faite, et de la porter, de l'élever, de la présenter au peuple. Ex natura jus, ordo et leges. Ex homine, arbitrium, regimen et coërtio, disoit le profond penseur Quesnay ». (J. Stevens, *Examen du gouvernement d'Angleterre, comparé aux constitutions des Etats-Unis. Où l'on refute quelques assertions contenues dans l'ouvrage de M. Adams intitulé : « Apologie des constitutions des Etats-Unis d'Amérique » et dans celui de M. Delolme intitulé : « De la constitution d'Angleterre »*, par un cultivateur de New-Jersey, ouvrage traduit de l'anglais et accompagné de notes, Londres (et se trouve à Paris chez Froullé), s. é., 1789, p. 177-179, n. XIX).

<sup>14</sup> G.F. Le Trosne, *De l'ordre social*, Paris, Les frères De Bure, p. 12.

<sup>15</sup> P.P. Le Mercier de La Rivière, *L'ordre naturel*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>17</sup> Cf. à ce propos les suggestions données par M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard, Seuil, 2004, p. 63.

<sup>18</sup> G.F. Le Trosne, *De l'ordre social*, p. VII. Cf. F. Quesnay, « Droit naturel », *Oeuvres économiques complètes et autres textes* (Chr. Théré, L. Charles, J.Cl. Perrot éd.), 2 vol., Paris, INED, 2005, t. I, p. 111-112.

physique réglait le monde, les nécessités physiques déterminaient l'existence de l'homme, l'établissement des sociétés, formées d'êtres physiques, était le résultat d'un concours de causes physiques et leur conservation dépendait d'éléments physiques : la terre et l'activité qui en découlait, l'agriculture<sup>19</sup>. Il s'ensuit que l'ordre social n'était point déterminé par les hommes et que les lois immuables de cet ordre physique devaient être à l'origine de toute législation positive. Le Mercier donna la formulation physiocratique la plus claire du caractère nécessaire des lois : « Aucune puissance humaine ne s'avisera jamais de faire des loix positives pour ordonner de semer dans la saison propre à la récolte, et de récolter dans la saison propre à semer »<sup>20</sup>.

La correspondance entre loi naturelle et loi positive fixait une hiérarchie et déterminait le rôle essentiel de la loi positive. Dans *L'ordre social* Le Trosne envisage trois types de lois : les lois fondamentales, qui touchaient la « justice absolue » en accord avec l'ordre social, les lois constitutives, propres à chaque forme de gouvernement, et les lois civiles et criminelles<sup>21</sup>. Dans *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Le Mercier établit une seule distinction entre lois naturelles, communes à tous les hommes, et lois positives particulières à chaque nation<sup>22</sup>.

État et droit coïncidaient, conformément à la conception physiocratique de l'origine naturelle des sociétés, qui s'opposait à la théorie du contrat. Le droit positif au sens large devait correspondre à l'ordre naturel. En effet, étant une société d'origine naturelle, l'État lui-même est inséré dans ce cadre et le pouvoir est défini comme « despotisme légal » : un pouvoir fort et efficace dans le respect de l'ordre naturel. La loi naturelle n'est pas invoquée pour légitimer l'État, mais l'économie. Il en résulte que la loi positive n'est pas légitimée par l'État mais par l'économie. Si la loi naturelle est donnée en nature, elle ne se dévoile toutefois qu'à travers sa traduction juridique par le législateur. Le discours sur la loi positive se révèle donc essentiel pour comprendre comment dans la pensée physiocratique la société est distincte mais inséparable de l'État. Le

---

<sup>19</sup> P.P. Le Mercier de La Rivière, *L'ordre naturel, op. cit.*, p. 29.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>21</sup> G.F. Le Trosne, *De l'ordre social op. cit.*, p. 278-279.

<sup>22</sup> P.P. Le Mercier de La Rivière, *L'ordre naturel, op. cit.*, p. 50.

rôle clé de l'économie n'entraînait pas la dévalorisation du politique car on reconnaît à l'économie une valeur sociale, assurée par la loi :

vous pouvez regarder ce droit de propriété comme un arbre dont toutes les institutions sociales sont les branches qu'il pousse de lui-même, qu'il nourrit, et qui périroient dès qu'elles en seroient détachées. La première de ces institutions est la législation positive<sup>23</sup>.

On parvenait à la connaissance de la loi naturelle par déduction. Le principe cartésien de l'évidence, qui est au fondement du processus physiocratique de la connaissance, concernait aussi les lois positives dans une double perspective : on devait connaître l'ordre naturel pour faire de bonnes lois, mais en même temps des lois positives bien conçues étaient la manifestation de l'ordre naturel, étant donné que les lois naturelles « sont muettes physiquement »<sup>24</sup> et qu'il fallait donc les expliciter et les formuler par écrit. L'attention à la loi positive en tant que loi écrite s'accordait à l'intérêt porté aux mots et à la définition du langage de l'économie politique, qui caractérise l'approche scientifique des physiocrates. Cette nature et cette fonction des lois naturelles impliquaient le rôle de l'instruction et des magistrats, deux axes au cœur de la physiocratie.

L'éducation à tous les niveaux de la société, du roi au paysan, est nécessaire pour parvenir à la connaissance de l'ordre naturel. Elle est l'une des expressions les plus novatrices de la physiocratie, qui en vint à réclamer dès avant la Révolution l'instruction primaire gratuite dans les campagnes, au nom de l'exigence d'assurer la stabilité

---

<sup>23</sup> G.F. Le Trosne, *Vues sur la justice criminelle . Discours prononcé au baillage d'Orléans*, Paris, Debure, 1777, p. 337. Michel Foucault place au XVIIIe siècle l'origine d'une incompatibilité entre les dimensions politico-juridique et économique entraînant une « disqualification de la raison politique » dont les physiocrates seraient l'expression. Son interprétation ne tient pas compte, d'un côté, du rôle essentiel de la loi positive et de l'action du législateur dans la physiocratie et, de l'autre, de l'harmonie des intérêts économiques qui n'entament pas l'unité de la souveraineté. (Cf. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique* cit., p. 286-288). En opposition explicite avec le paradigme foucauldien de la domination, de nouvelles suggestions sur la présence de l'État, autorité tutélaire de la terre et de la nature, découlent de la récente lecture écologique de la physiocratie, proposée par Pierre Charbonnier (*Abondance et liberté. Une histoire environnementale des idées politiques*, Paris, La Découverte, 2020, p. 93-103). La perspective de l'auteur offre des arguments historiques aux discussions à l'heure actuelle sur l'éco-centrisme qu'il vaudrait la peine d'approfondir. L'harmonie entre l'homme et la nature, qui est à la base de la physiocratie, implique une nouvelle conception de l'autorité de l'État, qui loin d'en limiter les prérogatives, en valorise le rôle par rapport à l'utilisation des ressources naturelles et des garanties du corps social.

<sup>24</sup> P. Le Mercier de La Rivière, *L'ordre naturel*, op. cit., p. 70.

sociale, de garantir les compétences dans l'exercice des fonctions et d'obtenir une amélioration généralisée des conditions de vie<sup>25</sup>.

L'organisation des lois était réputée essentielle pour la mise en place d'un système d'instruction. Dans *De l'instruction publique* la réflexion sur la loi positive était partie intégrante du projet élaboré par Le Mercier. Selon cette conception, la loi positive était soumise à la loi naturelle et non à l'arbitraire des hommes. Elle devait viser à rendre chaque citoyen législateur et libre, car en obéissant aux lois, qui exprimaient ses intérêts, chacun empêchait la volonté particulière de s'imposer. La loi jouait dès lors un rôle stabilisateur, qui favorisait l'égalité. De l'idée que les lois n'étaient pas faites à proprement parler, mais seulement dictées, découlait cette autre idée que la puissance législative appartenait au corps social qui pouvait en confier l'exercice<sup>26</sup>.

Si la connaissance de l'ordre naturel était nécessaire pour aboutir à de bonnes lois, les magistrats en étaient les gardiens, « les organes physiques des lois », ils faisaient parler les lois en s'identifiant à elles<sup>27</sup>. Le rapport entre lois naturelles et lois positives caractérise la conception physiocratique de la séparation des pouvoirs, faisant de la réflexion sur la loi positive un élément-clé de leur théorie politique : les physiocrates furent critiques de Montesquieu et du modèle constitutionnel anglais. Que la législation fût subordonnée aux lois premières de la société et en constituât l'épiphanie entraînaient deux conséquences essentielles. Ils rejettent la séparation entre pouvoir législatif et exécutif, l'autorité devant demeurer unique dans ses décisions et dans ses opérations. En revanche ils ne rejettent pas entièrement la séparation entre pouvoir législatif et pouvoir judiciaire, car les Magistrats doivent pouvoir vérifier la conformité

---

<sup>25</sup> Cf. M. Albertone, « Du Pont de Nemours et l'instruction publique pendant la Révolution. De la science économique à la formation du citoyen », *Revue française d'histoire des Idées politiques*, n° 20 : *Les Physiocrates et la Révolution française*, 2<sup>e</sup> se., 2004, p. 353-371.

<sup>26</sup> P.P. Le Mercier de La Rivière, « De l'instruction publique », *Pour la Pologne, la Suède, l'Espagne et autres textes (1772-1790)*, éd. Bernard Herencia, Genève, Slatkine, 2016, p. 201-202. La pensée de Le Mercier à ce propos subit plusieurs métamorphoses. Dans *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* la puissance législative était indivisible et appartenait entièrement au roi, ne pouvant pas être exercée ni par la nation en corps, ni par plusieurs choisis par elles. Il modifia ensuite ses positions dans le *Canevas d'un code constitutionnel* et dans *l'Heureuse Nation* (cf. supra). *De l'instruction publique* se situe au passage des positions qui aboutiront en 1789 à l'idée du pouvoir législatif appartenant à la nation.

<sup>27</sup> *Id.*, *L'ordre naturel*, *op. cit.*, p. 68.

des lois à la loi naturelle<sup>28</sup>. Les arguments physiocratiques ne s'alignaient pas toutefois sur les positions des parlements. Tandis que les magistrats étaient gardiens de la tradition et défenseurs des libertés corporatives, dans le système des physiocrates (où la raison s'opposait à l'histoire) le contrôle exercé par la magistrature visait seulement à vérifier la correspondance entre les lois et l'ordre naturel<sup>29</sup>. Dans *De l'Instruction publique*, anticipant ses positions des années 1788-1789, Le Mercier utilise la notion d'organe pour définir la fonction représentative des magistrats, auxquels la nation confiait la tâche de surveiller l'équité des lois et en fixait les bornes :

comme organe des lois, ils se trouvent être aussi les organes de la Nation, dans tous les cas où les lois ont à parler ; mais en cette qualité, ils ne peuvent étendre plus loin leur autorité<sup>30</sup>.

Le Trosne (comme l'on verra) exprima des positions plus nettes que Le Mercier sur la soumission des juges au pouvoir politique. Dans les *Vues sur la justice criminelle* il reconnaît l'autorité de vigilance du souverain sur les juges, « il veille sur la régularité des jugemens qu'ils prononcent ; il se réserve d'examiner si les formes ont été observées, si la Loi a été suivie dans la route qu'elle prescrit pour parvenir à asseoir une décision »<sup>31</sup>. En accord avec les opinions de leur siècle, les physiocrates ne concevaient pas un véritable pouvoir

---

<sup>28</sup> P.P. Le Mercier de La Rivière, *L'ordre naturel op. cit.*, p. 62-63 ; G.F. Le Trosne, *Vues sur la justice criminelle op. cit.*, p. 25. J'ai approfondi la question de la séparation des pouvoirs dans la pensée des physiocrates dans ma contribution, « “Que l'autorité souveraine soit unique” La séparation des pouvoirs dans la pensée des physiocrates et son legs : du despotisme légal à la démocratie représentative de Condorcet », *Les usages de la séparation des pouvoirs, The uses of the separation of powers* (S. Baume et B. Fontana dir.), Paris, Michel Houdiard, 2008, p. 38-68.

<sup>29</sup> Cf. M. Einaudi, *The Physiocratic Doctrine of Judicial Control*, Cambridge (Ma.), Harvard University Press, 1938 ; M. Lahmer, « La doctrine physiocratique du contrôle juridictionnel de la loi positive », *Giornale di storia costituzionale*, n° 4, 1992, p. 125-144 ; B. Herencia, « Recherches pour une constitution physiocratique », *Annales historiques de la Révolution française*, 378, octobre-décembre 2014, p. 3-28.

<sup>30</sup> P.P. Le Mercier de La Rivière, *De l'Instruction publique, op. cit.*, p. 203. Grimm dans sa « Correspondance littéraire », attaqua le « Newtonianism rural » de Le Mercier, considéré partisan des parlements « et cela, parce que l'auteur a été autrefois au Parlement, et qu'aucun écrivain de droit public en France ne peut s'écarter des préventions parlementaires sans risquer d'être cité à la barre », *Correspondance littéraire, philosophique et critique*, éd. M. Tourneux, Paris, Garnier, 1879, t. VII, 15 octobre 1767, p. 447-448.

<sup>31</sup> G.F. Le Trosne, *Vues sur la justice criminelle, op. cit.*, p. 23.

judiciaire et bien que partisans de l'indépendance de l'autorité judiciaire, ils lui attribuaient un rôle subordonné.

Le Mercier et Le Trosne se placent dans le cadre d'une ancienne tradition juridique qui posait la distinction entre les lois fondamentales, immuables, et les lois arbitraires, changeantes, ce qui impliquait une critique serrée formulée à l'adresse de la législation en vigueur<sup>32</sup>. Fidèles au rationalisme et à l'approche abstraite de la théorie économique, ils ne visent pas à mettre de l'ordre dans le droit existant, mais en le renouveler entièrement. En procédant selon leur perspective économique, ils partagent l'opposition au particularisme juridique, au nom de la simplification et de la nécessité de surmonter la dimension subjective de la loi par une exigence nouvelle de classification. En ce sens les notions de classe, propriétaire, fermier, élaborées au niveau macro-économique, apportaient une contribution à l'abstraction du sujet juridique, à la définition de la science juridique et à son autonomie par rapport à la tradition<sup>33</sup>.

Les lois positives étaient par conséquent essentielles. Il y a une loi naturelle qui interdit de tuer, écrit Le Mercier, mais il faut aussi des lois positives qui statuent sur les peines, liées aux circonstances et propres à chaque nation. Pour établir la correspondance entre loi naturelle et loi positive Le Mercier aussi bien que Le Trosne précisent la distinction entre la lettre de la loi, sa disposition textuelle, et la raison, les motifs qui la déterminent. L'évidence n'était pas dans la lettre, mais dans la raison de la loi, d'où résultait que les lois positives

---

<sup>32</sup> G.F. Le Trosne, *De l'ordre social, op. cit.*, p. 278-279. Le Mercier utilise aussi à propos des lois positives la notion de lois factices « à raison seulement de la manière de les établir ; car leur justice n'a rien de factice, mais quoiqu'elles doivent toutes être conséquentes au juste absolu, elles ont cependant besoin, pour se faire connoître, d'être écrites, ou du moins d'être établies d'une manière qui agisse sur les sens, et qui puisse rendre leurs dispositions manifestes pour toute intelligence » (P.P. Le Mercier de La Rivière, *L'ordre nature, op. cit.*, p. 56-57). Tout en se concentrant sur le droit pénal, Le Trosne, lecteur de Domat et de Pothier, reconnut le rôle central du droit civil : « Dans l'ordre judiciaire, la partie criminelle l'emporte beaucoup sur la partie civile par sa simplicité, et par la facilité d'y appliquer les premiers principes de Justice, dont les conséquences sont bien plus éloignées, et plus difficiles à saisir dans la partie civile, par la complication des rapports, et l'opposition des intérêts qui se présentent. ». (G.F. Le Trosne, *Vues sur la justice criminelle op. cit.*, p. 16).

<sup>33</sup> Cf. M.F. Piguet, *Classe : histoire du mot et genèse du concept des Physiocrates aux historiens de la Restauration*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996.

ne pouvaient être destructrices des lois fondamentales, car elles le seraient alors de la société<sup>34</sup>.

La loi positive représente par conséquent dans la théorie physiocratique le lien essentiel entre théorie et pratique en raison de sa double nature. Elle était inséparable de la loi naturelle et nécessaire pour sa force coercitive. La dimension répressive de la loi et l'importance assignée aux éléments physiques amenèrent Le Mercier à considérer la nation détentrice légitime de la force. En constituant aussi une force physique, la nation était dépositaire des lois comme les juges, même si sa puissance agissait à travers le chef à qui appartenait le pouvoir et qui était donc aussi dépositaire des lois<sup>35</sup>. Ils préfigurent ainsi la définition de Max Weber de l'État comme entité qui a le monopole de la violence légitime. Ils la formulent ici en utilisant la notion de nation, qui correspond à la société, conformément à la clarification qu'ils font des concepts d'État et de société.

En même temps les lois répondaient au contexte où elles étaient formulées. Faites par les hommes, elles étaient susceptibles d'amélioration et sujettes à l'erreur : *De l'administration provinciales* vient de la volonté de Le Trosne de mettre en cause les premières expérimentations d'assemblées provinciales réalisées par Necker en 1778-1779; Le Mercier conçut sa réflexion sur l'administration des colonies face à la réalité des Antilles. Les deux économistes juristes partageaient la conviction de la nécessité de dépasser la réforme des lois existantes pour aboutir à une nouvelle législation. Ils concevaient une idée de législation qui s'opposait foncièrement à la société d'ordres et qu'ils estimaient en mesure d'en accélérer les transformations<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> *Id.*, *De l'ordre social*, *op. cit.*, p. 58. Bien que la physiocratie soit entièrement éloignée de l'approche utilitariste, dans l'entrée « Economists » pour l'*Encyclopedia Britannica*, James Mill, qui prêta une grande attention à la conception des physiocrates de la loi et de la loi positive en particulier, donna en 1824 une lecture utilitariste de la distinction physiocratique entre lettre et raison de la loi, en considérant que sous la correspondance établie entre lois positives et lois naturelles, on devinait l'idée de leur utilité (J. Mill, « Economists », *Supplement to the 4<sup>th</sup>, 5<sup>th</sup> and 6<sup>th</sup> editions of the Encyclopedia Britannica*).

<sup>35</sup> P.P. Le Mercier de La Rivière, *L'ordre naturel*, *op. cit.*, p. 70-71.

<sup>36</sup> *Id.*, *Vues sur la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 138.

## II. Législation économique et codification des lois

Placées à la suite de l'énonciation de la théorie, les deuxième et troisième parties de *l'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* concernaient « L'exposition de l'Ordre mis en pratique ». Loin d'être l'exposé de principes abstraits, elles procèdent directement de l'expérience de fonctionnaire de Le Mercier, soucieux de conjuguer science économique et contexte colonial. Intendant aux Iles-du-Vent entre 1759 et 1762 et à la Martinique entre 1763-64, il fut nommé par Sartine en 1780 au Comité de Législation des Colonies, où il resta jusqu'à 1784<sup>37</sup>. Il mena son action au milieu d'une réalité qui représentait un laboratoire à la fois économique, politique et social, marqué par une forte spécificité et dans un contexte troublé au niveau international, à l'époque de la guerre de Sept Ans et ensuite de la Révolution américaine.

Le Mercier venait d'embrasser la physiocratie, quand il eut soudain l'occasion d'en expérimenter les principes. Face aux difficultés traversées par l'économie de l'île, détériorée par l'occupation anglaise en 1762, l'examen critique du rapport entre colonie et métropole s'imposait. Le lien entre centre et périphérie et les avantages de la décentralisation étaient au cœur de l'analyse et des projets des physiocrates. Plongé dans la réalité coloniale, Le Mercier se heurta, à plus petite échelle, aux problèmes et aux contradictions de l'Ancien Régime dans la métropole. Pour la régénération de l'agriculture et du commerce des colonies il visait à la fois à l'application des principes économiques et à la réforme des lois. Une nouvelle législation économique et civile était ainsi essentielle pour assurer le processus de formation de la richesse et du produit net :

Nos colonies ont-elles [sic] toujours été surchargées par le poids de leurs dettes. Ces difficultés et cette cherté sont les suites indispensables du discrédit général dans lequel les habitants sont tombés, et ce discrédit a pour première cause les vices de leur législation. En effet, des lois incohérentes entre elles, et encore plus avec les espèces de biens auxquels on a voulu les appliquer, des

---

<sup>37</sup> L.P. May, *Le Mercier de la Rivière. Aux origines de la science économique*, Paris, Éditions du CNRS, 1975.

loix destinées ainsi par elles-mêmes et par la nature des choses à rester sans application ou sans effet, telles sont celles qui ont été données aux Colonies<sup>38</sup>.

En 1761 Choiseul créa le Bureau de Législation coloniale et en 1763 une Chambre d'agriculture, marque des impulsions qui provenaient des physiocrates. En septembre 1762, à la demande de Choiseul, Le Mercier écrivit un *Mémoire sur la Martinique*. Rédigé pendant les préliminaires de Fontainebleau précédant la paix de Paris du 10 février 1763, le mémoire, qui énonçait un plan de régénération économique pour la colonie d'après les principes physiocratiques, visait à pousser le gouvernement français à céder le Canada aux Anglais en échange de la restitution de la Martinique et de la Guadeloupe. « Je ne sais si dans ce moment je suis plus philosophe qu'homme d'État », écrivait Le Mercier, qui mettait l'ouverture des ports des colonies au commerce étranger et l'amélioration des conditions de vie des esclaves parmi les priorités pour le redressement économique. Il s'agissait de positions propres à déclencher l'hostilité des colons, mais qui finirent par faire de Le Mercier le point de repère des projets de réformes pour les colonies, conçus dans un cadre d'ensemble respectueux des spécificités des Antilles<sup>39</sup>.

Lorsqu'il entra au Comité de Législation des Colonies, Le Mercier s'imposa à la fois par son expérience et sa science. D'ailleurs Sartine, au lieu de s'adresser aux juristes parisiens, avait préféré les compétences des experts de la réalité coloniale. Les réformes que Le Mercier prétendait mettre en place à travers une nouvelle législation visaient à bouleverser le système colonial par le biais d'une sorte de « chirurgie législative »<sup>40</sup> touchant à la fois la réforme des lois et de la justice, et à l'établissement d'un nouveau régime commercial, administratif et politique. Il s'agissait d'un plan qui, selon la reconstruction de l'impact des physiocrates donnée par Malouet, finit par « préparer doucement la Révolution »<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> P.P. Le Mercier de La Rivière, *Mémoires inédits et textes inédits sur le gouvernement économique des Antilles*. Avec un commentaire et des notes de L.Ph. May, Paris, Éditions du CNRS, 1978, p. 240-241.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>40</sup> L.P. May, *Le Mercier de la Rivière, op. cit.*, p. 109.

<sup>41</sup> « Ils se croyaient en état de préparer doucement cette révolution, qui ne pouvoit être que ce qu'elle a été ». (P.V. Malouet, *Collection de mémoires et correspondances officielles sur l'administration des colonies*, Paris, Baudouin, an X, t. V, p. 3).

Le Mercier poursuivit son action même lors que la situation lui fut moins favorable : Sartine parti en octobre 1780 en raison des attaques de Necker, qui fit nommer à sa place le marquis de Castries. Le Mercier garda pourtant sa place et prit en charge l'étude de la comptabilité des colonies et de la situation des ports et arsenaux. Les documents qu'il soumit en 1782 procédaient de son mémoire de septembre 1762 et puisaient aux principes de l'*Ordre naturel et essentiel*. Il déterminait trois buts prioritaires : la sûreté de la propriété, la liberté de commerce et la codification des lois.

A partir de ces objectifs, dans l'*Exposé sommaire des nouvelles lois proposées* il réaffirma le lien entre loi positive et loi naturelle<sup>42</sup>, mais l'éloignement de la colonie de la métropole fut de plus l'occasion d'enrichir sa conception de la loi positive. La sauvegarde de la propriété demandait des lois et des officiers chargés de leur exécution. En raison de retards dans la transmission des décisions et pour éviter tout abus de pouvoir, on bornait les compétences des officiers coloniaux et on les subordonnait aux autorités centrales. Le Mercier précisait la distinction entre administration et législation, qui revenait au roi, en ébauchant une sorte de hiérarchie des normes. Il réaffirmait en parallèle la nécessité de séparer les fonctions d'application des lois, qui relevaient du général et de l'intendant, de la fonction de contrôle, qui allait aux magistrats. Tous les fonctionnaires et les magistrats devaient être en tout cas choisis parmi les habitants des colonies :

Il faut donc qu'un mur de séparation soit élevé entre ce qui est de Législation et ce qui est d'Administration, que même dans les choses qui appartiennent à celle-ci l'autorité soit assujettie aux formes les plus propres à l'empêcher de s'égarer. Il faut, par conséquent, que l'observation de ces lois et de ces formes soit surveillée par des corps ou des officiers préposés pour éclairer ouvertement la religion du Roy<sup>43</sup>.

Le contrôle de l'activité des administrateurs était assuré de surcroît par le Conseil supérieur et par la Chambre coloniale, conçue sur le modèle des assemblées provinciales. Pourvue d'un pouvoir

---

<sup>42</sup> P.P. Mercier de la Rivière, « Exposé », *Mémoires inédits, op. cit.*, p. 241.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 242. Sur la réflexion de Le Mercier par rapport à la hiérarchie des normes et sur son évolution jusqu'à la période révolutionnaire, cf. É. Gojosso, « Le Mercier de la Rivière et l'établissement d'une hiérarchie normative. Entre droit naturel et droit positif », *Revue française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 20, 2004, p. 61-81.

uniquement consultatif et au-delà de sa fonction de contrôle, la Chambre coloniale répondait au souci de Le Mercier de créer une forme de représentation, qui permettait d'affermir un lien entre centre et périphérie, de connaître l'avis des colonies et d'en faire, loin de tout particularisme, un corps intégré à l'unité de la nation<sup>44</sup>. Instituée pour « veiller et représenter », la Chambre coloniale était conçue comme un interlocuteur du pouvoir, qui devait légitimer l'action des administrateurs et, comme une véritable assemblée provinciale, imposer les impôts et s'occuper du cadastre des biens. Aux yeux du physocrate la particularité territoriale faisait de la colonie un cas exemplaire pour opérer la décentralisation et établir des règlements d'administration. Ils devaient assurer le contact entre toutes les parties du territoire, et à travers la représentation territoriale la stabilité et l'expression d'intérêts non séparés<sup>45</sup>.

La situation des colonies différait de celle de la France, les capitalistes français n'y faisaient pas leurs investissements, on négligeait l'état des esclaves. Dynamiser l'économie des colonies, harmoniser l'intérêt des colons avec l'intérêt national, favoriser le commerce, libérer les propriétaires du poids des dettes, rétablir la confiance nécessaire au crédit : tous les problèmes des colonies se résumaient dans le manque de contrôle et le désordre des lois. C'était l'éloignement de la métropole qui faisait ressentir l'absence et la nécessité des lois.

Pour donner au mieux sa contribution au sein du Comité de Législation Le Mercier se rendit à Saint-Domingue aux débuts des années 1780. En octobre 1783 trois volumes sur la codification des lois étaient prêts pour la publication, mais il y renonça, face à l'édition que Moreau de Saint-Méry allait sortir<sup>46</sup>.

Devant les troubles de la guerre avec l'Angleterre, le mécontentement des colons et l'opposition entre planteurs et

---

<sup>44</sup> P.P. Mercier de la Rivière, *Exposé, op. cit.*, p. 246.

<sup>45</sup> Dans son *Exposé* Le Mercier utilise deux acceptions différentes du mot « représentant » : à côté du sens donné à la Chambre comme représentant des habitants de la colonie, il considérait le général et l'intendant aussi comme représentants, mais en tant que mandataires du roi (*Ibid.*, p. 244).

<sup>46</sup> Moreau de Saint-Méry rendit hommage à la générosité du « Magistrat, ancien Administrateur des Iles du Vent » (L.É. Moreau de Saint-Méry, *Loix et Constitutions des Colonies françaises de l'Amérique du Vent*, 6 vols., Paris, chez l'Auteur, Quillau, Mequignon jeune, 1784-1785, t. I, p. XX.

commerçants, le Comité de Législation procéda avec prudence à la mise en place d'une réforme gouvernementale, qui aboutit lentement à la révolution des années 1790<sup>47</sup>. En 1780 Le Mercier rédigea 24 lois, partagées en quatre classes : Gouvernement Civil, Justice, Finances, Grande Police. Ce qu'il en resta est le témoignage de sa réputation. Deux ordonnances en 1784 lui furent directement redevables : l'Exclusif mitigé, qui ouvrait aux navires étrangers les ports des Iles-du-Vent et Saint-Domingue<sup>48</sup>, et l'acte législatif relatif aux conditions de vie des esclaves. Ce dernier touchait même au droit de propriété au nom de l'intérêt collectif en imposant aux propriétaires des obligations sanctionnées pénalement. Le 17 juin 1787, cinq jours avant la création en France des Assemblées provinciales par l'édit du contrôleur général Loménie de Brienne, une nouvelle ordonnance inspirée par Le Mercier établissait les Assemblées coloniales, qui participaient à l'administration des colonies<sup>49</sup>, et qui furent à l'origine de longues querelles entre blancs et mulâtres autour des modalités d'élections.

### III. Droit de punir, droit d'administrer

Engagé autant que Le Mercier à synthétiser et à diffuser les principes physiocratiques, Le Trosne commença sa carrière d'écrivain par la publication au milieu des années 1760 d'une série d'articles sur la liberté du commerce des grains dans la *Gazette du commerce* et le *Journal de l'agriculture*<sup>50</sup>. Il donna par la suite ses contributions les plus importantes sur la législation criminelle et en matière d'administration à la fin des années 1770. Économie et législation étaient étroitement liées dans sa réflexion, ce dont témoigne son propos initial de faire paraître en un seul volume

---

<sup>47</sup> Cf. L. Elizabeth, « La République dans les Iles du Vent (déc. 1792-avril 1794) », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 293-294, 1993, p. 373-408.

<sup>48</sup> J.P. Sainton (éd.), *Histoire et Civilisation de la Caraïbe (Guadeloupe, Martinique, Petites Antilles)*, t. 2, *Le temps des matrices : économie et cadres sociaux du long XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Éditions Karthala, 2012, p. 71-73. Sur l'Exclusif, P. Cheney, *Revolutionary Commerce : globalization and French Revolution*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2010.

<sup>49</sup> J. Delarbre, *Les colonies françaises. Leur organisation, leur administration et leurs principaux actes organiques*, Paris, Imprimerie nationale, 1877 (éd. 2012).

<sup>50</sup> Cf. J. Mille, *Un physiocrate oublié, op. cit.*

l'ensemble de ses articles économiques, bien qu'il en fallût finalement deux, *De l'ordre social*, et *Vues sur la justice criminelle*, publiés la même année<sup>51</sup>.

Parmi les thèmes liés à la justice, Le Trosne donnait avant tout son attention à la réforme du droit pénal. Dès avant les *Vues*, il avait tenu en 1763, à l'ouverture des audiences du baillage d'Orléans, un *Discours sur l'état actuel de la magistrature et sur les causes de sa décadence*, accompagné de notes, dont Brissot critiqua l'approche économique<sup>52</sup>.

Les *Vues sur la justice criminelle* est un ouvrage de procédure pénale, où la dimension coercitive de la loi est considérée comme inséparable du cadre d'ensemble de l'ordre social. Puisque la loi positive était l'émanation de la loi naturelle, il fallait aussi disposer d'instruments pour son application, d'où découlait le rôle du magistrat comme organe de la justice. Par rapport à *De l'ordre social* Le Trosne développe ici plus à fond ses idées sur la place assignée aux magistrats et par des arguments juridiques plus organisés que ceux de Le Mercier.

Si le souverain était législateur en faisant les lois, il en confiait l'application et le contrôle aux magistrats. Le Trosne soulignait autrement que Le Mercier le rôle subordonné du magistrat, « l'organe de la Justice et le Ministre des Loix »<sup>53</sup>, puisque c'était au législateur de dicter la loi : « C'est lui [le souverain] qui place la Loi

---

<sup>51</sup> Dans les *Vues sur la justice criminelles* il est indiqué que le Privilège du roi à la publication se trouvait à la fin de *De l'ordre social* (G.F. Le Trosne, *Vues sur la justice criminelles*, p. 139). Les deux ouvrages se trouvent rassemblés dans l'édition récente, G.F. Le Trosne, *Les lois naturelles de l'ordre social*. Présentation et transcription par Thérèse Carvalho, Genève, Slatkine, 2019. De T. Carvalho, voir aussi, *La physiocratie dans l'Europe des lumières. Circulation et réception d'un modèle de réforme de l'ordre juridique et social*. Préface de Anthony Mergey, Paris, Mare et Martin, 2021.

<sup>52</sup> Dans sa *Bibliothèque philosophique du législateur* Brissot place Le Trosne à côté de Beccaria et de Servan parmi les plus remarquables légistes qui avaient contribué à la réforme du droit pénal, même s'il le réputait un « froid exhortateur », dépourvu de l'esprit philosophique de Beccaria et de la sensibilité de Servan. Il reproduit en entier les *Vues sur la justice criminelle*, imputant le procédé trop systématique de Le Trosne à « l'alchimie économique » physiocratique, dont il critiquait le principe de l'évidence « pour gouverner les peuples », l'idée de l'unité du pouvoir opposée aux contre-forces et la notion de despotisme légal, que Hobbes « avoit imaginé avant eux » (P. Brissot, *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte*, Berlin, Paris, Desauges, 1782-1785, t. I, p. 14, t. II, pp. 227-236).

<sup>53</sup> G.F. Le Trosne, *Vues*, *op. cit.*, p. 15.

sur le Tribunal, à côté du Juge, pour être la règle constante de ses décisions ». En même temps, le rôle du magistrat n'était pas borné à la fonction d'expert, mais était envisagé comme limitation et contrôle de l'autorité politique : « si, oubliant que la Loi et lui [le souverain] ne sont qu'un, il vouloit s'y asseoir avec elle, il auroit à craindre que cette unité si précieuse ne se trouvât rompue ; que son avis particulier, comme homme, ne fût pas toujours conforme à sa volonté légale »<sup>54</sup>. Le Trosne, qui faisait de l'activité législative un critère pour définir la souveraineté, plaçait dans la limitation du pouvoir politique sa légitimité, en donnant un rôle central à l'action de contrôle des magistrats. De ces différents éléments ressortaient les garanties politiques : « c'est ainsi que se concilient le pouvoir absolu avec les droits des Citoyens, la liberté légitime des sujets avec l'intérêt de la société, qui demande la punition des coupables »<sup>55</sup>. Pour préserver de tout abus et garantir la dépendance de la loi, les décisions des magistrats devaient se fonder sur des lois précises. Le Trosne n'utilise pas le syllogisme juridique de Beccaria, son discours est moins rigoureux, tout étant soucieux de limiter l'interprétation du juge :

s'il étoit le maître de statuer à son gré, souvent il dicteroit une Loi, et il ne doit prononcer qu'un jugement. Ce n'est pas proprement le Souverain, ni les Juges qui décident du sort de l'accusé : le Souverain n'y influe que comme Législateur ; le Juge ne fait que constater le crime, juger de la preuve, et consulter la Loi : c'est elle qui condamne ou qui absout<sup>56</sup>.

En tant que garantie pour le maintien de l'ordre civil et contre tout arbitraire lié à la multitude des coutumes locales, les lois devaient être simples et issues des principes de liberté et de propriété. Les critiques formulées à l'égard des lois existantes impliquaient une réflexion sur la nature de la loi positive. Par rapport à la justice « essentielle et absolue », les lois positives qui en étaient la déduction variaient d'une époque à l'autre et avançaient grâce aux progrès des lumières, même si Le Trosne dénonçait l'écart entre législation et connaissances. En tant que telles les lois étaient susceptibles d'être soumises à examen. En ce sens Le Trosne souhaitait la réforme des Ordonnances civile et criminelle de 1667 et 1670<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 24, 32.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 89-91.

En procédant de la loi naturelle, c'était à la loi positive de prononcer la peine pour chaque crime, à travers les procédures qui faisaient l'objet de l'instruction du procès : « La forme de ces actes a sans doute besoins d'être déterminée par des Loix positives ; mais ces Actes en eux-mêmes sont pris dans les notions de la plus exacte Justice »<sup>58</sup>. Le Trosne partage la culture de son siècle, en séparant la peine de la vengeance.

Les *Vues sur la justice criminelle* se ressentent du tournant représenté par *Des délits et des peines* qui avaient sorti le thème de la justice du cercle étroit des légistes pour le placer au cœur des discussions publiques. On retrouve à maintes reprises les thématiques de Beccaria, tirées souvent presque textuellement de *Des délits et des peines*, sur la prévention du crime, sur l'inefficacité du serment, réduit à néant par l'instinct d'autoconservation et occasion de parjure, sur l'inutilité de la torture, qui lie la preuve à la résistance physique de l'accusé, sur la contrebande<sup>59</sup>. On ne trouve néanmoins aucune référence à Beccaria, alors que Le Trosne célèbre Servan et son *Discours sur l'administration de la justice criminelle*<sup>60</sup>.

Si Le Trosne manquait du style et de l'approche humanitaire qui firent aussi le succès de l'œuvre de Beccaria<sup>61</sup>, la distance entre les deux auteurs touche surtout aux principes. Le Trosne faisait partie du milieu des magistrats d'Orléans, où Daniel Jousse, qui avait été comme lui élève de Pothier, avait attaqué en 1771 dans son *Traité de justice criminelle* Beccaria et ses principes, accusés de menacer l'ordre établi. Mais au-delà de l'accueil critique qu'une partie des pénalistes français réserva à *Des délits et des peines*, l'éloignement entre Le Trosne et Beccaria procède de deux approches profondément différentes de la justice et des conceptions divergentes sur la propriété et l'origine de la société. Les lois naturelles, d'où dériveraient les lois positives, étaient, comme on l'a vu, la liberté et la propriété. La société même

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 72-73. Sur la contrebande imputable à une mauvaise fiscalité Le Trosne partage les positions que Du Pont de Nemours avait exprimées dans les critiques adressées à Beccaria, en questionnant l'idée que la contrebande était un vol fait au fisc (*ibid.*, p. 178-180)

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>61</sup> Sur la valeur épistémologique du style et de la rhétorique dans la réflexion de Beccaria, cf. P. Audegean, *La philosophie de Beccaria : savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, J. Vrin, 2010.

avait une origine naturelle et les hommes étaient poussés à se réunir pour profiter pleinement de leurs droits naturels. Le Trosne ne partage pas l'idée de Beccaria d'une origine contractualiste de la société. La laïcisation du crime ne repose pas pour lui sur le principe d'utilité comme pour Beccaria, mais sur l'essence naturelle de la propriété. L'originalité de Le Trosne réside dans une approche qui encadre le thème de la justice pénale dans un système économique<sup>62</sup>. Beccaria et Servan représentent le lien entre droit et Lumières, tandis que Le Trosne associait droit et économie<sup>63</sup>.

Beccaria fondait sa réflexion sur le droit sur son rôle dans la correction des vices et des inégalités liés au principe de la propriété privée, tandis que Le Trosne visait en assurer la légitimité naturelle. Beccaria aussi était économiste, mais il abordait séparément le droit et l'économie politique<sup>64</sup>. Au contraire, le physiocrate, accoutumé à l'abstraction et à la classification, se confond avec le légiste qui demande des définitions constantes des crimes et de leurs auteurs, accompagnées de lois équitables, contre l'arbitraire des juges, dont le jugement « n'est qu'une simple déclaration, et application de la Loi à un individu »<sup>65</sup>. Le Trosne, qui exprima des réserves sur l'utilité de la peine de mort, assignait un rôle central au juge instructeur et aux considérations sur les liens entre le crime et la personnalité de l'accusé<sup>66</sup>.

Pour le juriste, qui ne séparait pas la loi de la société, les peines ne représentaient pas en tout cas la seule solution au problème des

---

<sup>62</sup> Dans son interprétation de la nouvelle « économie » du pouvoir de punir au XVIII<sup>e</sup> siècle Foucault a porté attention à Le Trosne comme exemple d'une justice bourgeoise et de classe (M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 79 et s.).

<sup>63</sup> Cf. M. Porret, *Beccaria, le droit de punir*, Paris, Michalon, 2003. Ce n'est pas par hasard si Brissot, admirateur de Beccaria et de Servan et lecteur tiède de Le Trosne, avait débuté par une réflexion critique sur le droit de propriété, même s'il aboutit finalement à en reconnaître la légitimité sociale (J.P. Brissot, *Recherches sur le droit de propriété et sur le vol, considérées dans la nature et dans la société*, Chartres, 1780, rééd. dans la *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte*, Berlin, Paris, Desauges, 1782-1785, t. VI, p. 167-339).

<sup>64</sup> Pour une nouvelle approche de la pensée de Beccaria et de ses liens avec la culture juridique de son temps, cf. *Le bonheur du plus grand nombre : Beccaria et les Lumières* (P. Audegean, C. Del Vento, P. Musitelli dir.), Lyon, ENS Éditions, 2017 ; *Le Moment Beccaria. Naissance du droit pénal moderne (1764-1810)* (P. Audegean, L. Delia dir.), Oxford University Studies in the Enlightenment, Liverpool, Liverpool University Press, 2018.

<sup>65</sup> G.F. Le Trosne, *Vues, op. cit.*, p. 32.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 41, 97, 105-107.

crimes, ce qui imposait aussi la régénération des mœurs de la nation, accompagnée de la diffusion de l'instruction et de la réforme de l'administration.

Le rapport que Le Trosne établit entre les lois positives et le contexte auquel elles répondaient soutient aussi sa contribution à la législation en matière d'administration. *De l'Administration provinciale, et de la réforme de l'impôt* fut publié en 1779, sollicité par la première expérimentation d'assemblées provinciales mise en œuvre par Necker dans le Berry en 1778<sup>67</sup>. Une fois de plus, la raison d'être de cet écrit se trouve dans l'économie, qui est une sorte de traité sur l'impôt. Il était conçu comme l'exposition des principes physiocratiques pour la mise en place de la réforme fiscale, qui visait à l'acquittement de la dette publique, contre la politique des emprunts de Necker<sup>68</sup>. Même si Necker partageait l'attention des physiocrates pour les assemblées provinciales, ses idées économiques protectionnistes et ses expérimentations, bâties sur une représentation par ordres, s'opposaient à l'approche physiocratique.

À la suite du *Mémoire sur les municipalités*, rédigé en 1775 par Du Pont de Nemours pour Turgot et que le contrôleur général n'arriva même pas à soumettre au roi avant son renvoi, Le Trosne donna la formulation la plus détaillée des projets physiocratiques pour la création d'un réseau d'assemblées provinciales. Elles visaient à la mise en place d'une représentation nationale aux fondements économiques : « Oter à une Nation le droit d'avoir des Représentans, c'est la dissoudre, c'est la réduire à n'être plus une société civile »<sup>69</sup>.

Étroitement lié à la réforme fiscale, qui demandait un cadastre, l'impôt de quotité et un plan général de réformes, le thème de la représentation impliquait aussi une réflexion sur la loi. Pour Le Trosne toutes les parties de l'administration se tenaient et l'impôt en était un élément essentiel, puisqu'il avait rapport étroit avec la distribution de la richesse<sup>70</sup>. La réforme de la législation civile et de

<sup>67</sup> J.P. Brissot, *Bibliothèque philosophique, op. cit.*, t. II, p. 231-232.

<sup>68</sup> G.F. Le Trosne, *De l'Administration provinciale*, 1788, t. II, p. 544-545.

<sup>69</sup> *Ibid.*, t. I, p. 540. Cf. M. Albertone, *La physiocratie et les fondements économiques de la représentation*, in *La représentation politique. Anthologie*. Sous la direction de Manuela Albertone et Michel Troper, Paris, Classiques Garnier, 2021 (sous presse).

<sup>70</sup> K. Baker, « Representation », *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. Vol. I, The Political Culture of the Old Regime*, (K. Baker éd.), Oxford, New York, Pergamon Press, 1987, p. 469-492.

L'ordre judiciaire jouait ainsi un rôle essentiel à côté de l'administration provinciale. Elle permettait d'annuler tout intermédiaire entre le Souverain et la Nation et reposait sur une idée unitaire de l'architecture politico-juridico-administrative<sup>71</sup>. Le Trosne souhaitait une justice gratuite et décentralisée, l'abolition de la vénalité des offices et la sélection au mérite<sup>72</sup>.

La mise en place de la réforme fiscale demandait la participation de la nation, dont les propriétaires fonciers étaient l'expression comme représentants de l'intérêt général, en tant que possesseurs de la terre, seule source de la richesse. Elle était assurée par la création d'une administration à plusieurs niveaux, des assemblées provinciales à un Conseil national, réservée aux propriétaires. Le plan impliquait la réorganisation des subdivisions territoriales selon des critères de rationalité qui dépassaient les répartitions traditionnelles :

Les Membres du Conseil National seront choisis par l'Assemblée Provinciale : par ce moyen, il sera l'ouvrage de tous, comme il sera le centre de toutes les opérations. Il sera vraiment le Représentant de la Nation. Ses Membres seront non seulement pris dans toutes les Provinces, mais choisies par elles, et le dernier propriétaire de chaque arrondissement pourra dire avoir concouru par un Député à cette nomination<sup>73</sup>.

Sur ces bases, Le Trosne esquissa une législation détaillée sur la formation et le fonctionnement des assemblées. Elles étaient bâties sur le principe de l'élection, qui impliquait aussi la participation des petits propriétaires - d'après l'idée du citoyen fractionnaire du projet Du Pont-Turgot - et sur des règles fixes pour réparer le désordre existant<sup>74</sup>.

Les compétences des assemblées provinciales étaient d'ordre administratif et regardaient l'assiette et la perception de l'impôt, la création d'un cadastre et les services et nécessités locaux. En dépit de cette dimension pratique, Le Trosne avait quand même conscience de la valeur politique d'une représentation nationale, destinée à « opérer une grande révolution », qui ressortait de la participation territoriale , à même « de faire renaître l'esprit patriotique, de créer de vrais citoyens, de présenter un intérêt social ;

---

<sup>71</sup> G.F. Le Trosne, *De l'Administration provinciale, op. cit.*, t. II, p. 257-258.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 342.

<sup>73</sup> *Ibid.*, t. I, p. 568.

<sup>74</sup> *Ibid.*, t. I, p. 544.

en un mot, de faire de la Nation, qui est nulle aujourd'hui, un véritable corps politique vivant et organisé<sup>75</sup>.

#### IV. Lancer la révolution

La réflexion sur la loi qui découle de la physiocratie, et dont Le Mercier et Le Trosne furent des témoins exemplaires en raison de leur formation et de leurs expériences, ne s'inscrivait donc pas seulement dans les lignes d'un cadre juridique nécessaire au déroulement de l'activité économique. Elle touchait aussi les fondements de l'ordre social, et comportait une dimension constitutionnelle.

La réédition en 1787 de la *Lettre sur les économistes* de Le Mercier et en 1788 de *De l'Administration provinciale* de Le Trosne, après la mort de son auteur, se placent dans le contexte des deux Assemblées des Notables (1787-1788) et de l'effervescence politique qui précéda la convocation des États-Généraux. La physiocratie donnait un soutien théorique aux politiques ministérielles de Calonne et de Loménie de Brienne. Face au risque de faillite financière de la France, les réformes administratives, économiques et judiciaires s'imposaient. Elles empruntaient à la physiocratie aussi bien des solutions économiques, comme la création d'un impôt territorial et de quotité et la liberté du commerce des grains, qu'administratives, tel que l'établissement des assemblées provinciales. Le gouvernement même concourut à la radicalisation des discussions par sa volonté de poursuivre un programme de réformes économiques et judiciaires aux fortes implications sociales et politiques, et en faisant glisser les questions fiscales vers une problématique constitutionnelle. Face aux appels renouvelés par le roi à « la Nation assemblée » et à ses droits contre les résistances des Parlements<sup>76</sup>, Le Mercier fut encouragé à relancer ses idées à la veille de la Révolution dans des écrits, qui révèlent l'évolution de sa pensée.

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, t. I, p. 205. Le Trosne rendait hommage à Malesherbes et à la Cour des Aides, qui en 1775 avait eu le mérite « d'avoir présenté la première le vrai moyen de réforme, en demandant pour la Nation le droit d'avoir des Représentans » (*Ibid.*, t. II, p. 42).

<sup>76</sup> 21 décembre 1788. *Représentations au sujet de la convocation des États-Généraux* (J. Flammermont éd., *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Imprimerie nationale, 1898, vol. III, p. 782).

Dans le climat de la première Assemblée des Notables, la nouvelle édition de la *Lettre sur les économistes*, sollicitée par Baudeau, fut pour Le Mercier l'occasion de lui apporter des changements pour l'ajuster aux nouvelles conditions. À la même époque Du Pont de Nemours avait été nommé par Calonne conseiller d'État et directeur du commerce. C'était donc un moment favorable à la physiocratie. La *Lettre* avait été d'abord publiée en 1775 sous le ministère de Turgot, en réponse aux attaques des adversaires de la physiocratie, Linguet notamment. La nouvelle édition reformulait les arguments en défense des *économistes* contre les critiques relancées dans le *Mercur de France* en septembre 1786 et février 1787 par Mallet du Pan, qui dénonçait l'influence croissante des idées physiocratiques<sup>77</sup>.

Les variantes par rapport à la première édition attestent de la volonté de Le Mercier de dépasser le but originare d'offrir une synthèse de la physiocratie afin d'exercer, en accord avec Baudeau, une influence directe sur l'Assemblée des Notables<sup>78</sup>. Au-delà des principes économiques, les arguments avancés étaient aussi en résonance avec la conception que les physiocrates se faisaient de la loi. Contre le reproche de manque de profondeur, on faisait appel à la simplicité, qui découlait du rôle central assigné au droit de propriété, contre l'esprit de système on célébrait la cohérence déductive, contre le risque de bouleverser l'ordre social on invoquait la nécessité d'abandonner la tradition.

Face à l'urgence de rétablir le crédit affaibli par la crise financière, Le Mercier publia à l'automne 1788 *Les Vœux d'un français*, qui visait au passage de la monarchie absolue à la monarchie constitutionnelle. Le contrôle législatif, exercé par un corps de magistrats et par la convocation périodique d'assemblées nationales, était posé comme une nécessité pour rétablir la confiance. Libre de tout dogmatisme, Le Mercier concevait ce passage comme graduel. Il posait la distinction entre constitution et administration, entre lois de

---

<sup>77</sup> Sur la nouvelle édition de la *Lettre sur les économistes*, cf. la présentation de B. Herencia, P.P. Le Mercier de La Rivière, *Canevas d'un code constitutionnel. Œuvres politiques (1787-1789)*. Présentation et transcription par B. Herencia, Genève, Slatkine, 2011, p. 16-23.

<sup>78</sup> La présence de Le Mercier à la tribune de l'Assemblée des Notables en février 1787 et ses appels à la convocation des États-Généraux sont attestés par le témoignage du futur Louis XVIII (E.L. de Lamoignon-Langon de Duras, *Mémoires de Louis XVIII par M. le Duc de D\*\*\**, Bruxelles, Hauman, 1832, t. III, p. 169-170, cité dans P.P. Le Mercier de La Rivière, *Canevas, op. cit.*, p. 20).

constitution, qui définissaient la forme de gouvernement, « loix fondamentales, loix nécessairement immutables » et recueillies dans un code national, et « loix de l'administration qui sont nécessairement variables ». Cette distinction légitimait l'existence d'une puissance législative, qui résidait dans le monarque, dont on fixait les limites à travers l'autorité de l'assemblée nationale, source première et suprême de légitimation des lois et qui seule pouvait « faire connoître le vœu général de la nation »<sup>79</sup>.

Entre 1788 et 1789 Le Mercier aboutit enfin à esquisser le *Canevas de code constitutionnel*, où le pouvoir législatif était du ressort d'une Assemblée nationale formée des trois ordres et le roi détenait le pouvoir exécutif. On concevait trois types de lois : les lois de constitution, qui comprenaient les lois naturelles et celles relatives à la forme de gouvernement, et que seule la nation en accord avec le roi pouvait modifier, les lois nationales, du ressort des États-Généraux, et les lois d'administration, émanées du roi, qui correspondaient aux dispositions réglementaires et ne pouvaient pas contredire les lois nationales<sup>80</sup>. Le Mercier marquait ainsi le primat de l'Assemblée nationale et de son activité législative. Les lois positives, « vérités pratiques » émanant des « vérités spéculatives » étaient célébrées comme expression de la volonté de la nation. Elle se manifestait directement, lorsqu'elle était réunie en assemblée, ou indirectement, par le biais « d'un pouvoir législatif, par elle institué pour la représenter à cet égard, tandis qu'elle n'est point assemblée », incarné par le roi, qui promulguait les lois, exerçait le pouvoir exécutif, et légiférait uniquement sur les lois d'administration<sup>81</sup>.

Le lien entre réformes économiques et constitution s'imposa à tous les contrôleurs généraux dès Turgot jusqu'au dernier ministère de Necker. La question constitutionnelle et la réorganisation territoriale se superposaient à l'urgence de rétablir la confiance et d'assurer la stabilité et l'adhésion aux réformes, contre les résistances corporatives traditionnelles. Les assemblées provinciales,

---

<sup>79</sup> P.P. Le Mercier de La Rivière, *Vœux d'un François, ou Considérations sur les principaux objets dont le roi et la nation vont s'occuper*, Paris, Mme Vallat-La-Chapelle, 1788, p. 101.

<sup>80</sup> *Id.*, *Essais sur les maximes et lois fondamentales de la monarchie française, ou Canevas d'un code constitutionnel, pour servir de suite à l'ouvrage intitulé : « Les vœux d'un François », par le même auteur*, Paris, Mme Vallat-La-Chapelle, 1789, p. 19-20.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 16-18, 25-27.

considérées comme de nouvelles formes de représentation, devinrent l'enjeu du conflit entre la monarchie, qui voulait en faire des organes administratifs uniquement consultatifs pour encourager la participation et le soutien local aux réformes, les Parlements, qui défendaient leurs prérogatives, et les partisans de la souveraineté et de l'unité de la nation, favorables à une représentation politique enracinée au niveau territorial.

L'enregistrement des réformes économiques fut dicté en août 1787, lors de l'exil à Troyes du Parlement de Paris. Le coup de force de mai 1788 imposa ensuite la création d'une Cour plénière pour l'enregistrement des lois générales et des impôts, en bornant les Parlements à leurs fonctions judiciaires. Dans ce contexte et à un moment favorable à la reprise des thèmes physiocratiques, on réédita en 1788 *De l'administration provinciale* de Le Trosne.

Entre janvier et mai de la même année, à l'époque de l'affrontement entre le ministère et les Parlements, qui remirent au jour la théorie des classes de Le Paige sur la solidarité des cours, Baudeau relança les *Nouvelles éphémérides économiques*, sous les auspices de Loménie de Brienne<sup>82</sup>. En mai, Lamoignon, garde des sceaux depuis avril 1787, présenta la réforme de la justice, élaborée par le Comité de Législation, formé par un groupe de juristes, tels que Target, proche des milieux physiocratiques, et Thouret, doté d'une expertise sur la législation en matière d'administration, acquise au sein de l'assemblée provinciale de Rouen, tous deux engagés dans la modernisation du système judiciaire français<sup>83</sup>. La réforme, qui visait à réduire les compétences des Parlements et qui touchait au cœur des résistances, s'inspirait des principes de simplification, d'unité de la loi, de décentralisation et de réduction des coûts de la justice. Elle envisageait la création d'un réseau de présidiaux et de grands baillages, enracinés dans le territoire, dont les officiers étaient recrutés parmi l'élite des hommes de loi du Tiers-état, les mêmes qui animaient les assemblées provinciales, créées par Loménie de Brienne en juin 1787. On retrouve dans la réforme des tribunaux les idées qui

---

<sup>82</sup> B. Herencia, *Les Éphémérides du citoyen et les Nouvelles éphémérides économiques, 1765-1788. Documents et table complète* (P. Steiner Préf.), Ferney-Voltaire, Centre international d'étude du XVIII<sup>e</sup> siècle, 2014, p. 263.

<sup>83</sup> Cf. M. Marion, *Le Garde des Sceaux Lamoignon et la Réforme judiciaire de 1788*, Paris, Hachette, 1905.

inspiraient les assemblées provinciales : la régénération de l'administration et de la justice s'alimentait des mêmes principes qui étaient redevables aux projets physiocratiques. En ce sens la réforme de la justice s'imposait pour créer une unité légale assurant la réalisation des réformes économiques<sup>84</sup>.

Pourtant en août 1788 une nouvelle crise du crédit entraîna l'échec final des réformes économiques et de la justice. Le 8 août on annonça la convocation des États-Généraux, Loménie de Brienne fut remplacé le 25 par Necker, impuissant désormais à avancer aucune nouvelle proposition. Trois groupes se confrontaient désormais, les Royalistes, les Parlementaires et les Nationaux. Dans ces circonstances les assemblées provinciales, largement formées de juristes, constituaient des écoles de politique pour la classe révolutionnaire et la culture économique alimentait ces discussions.

Denis Baranger a donné une place étendue à Beccaria et à Bentham dans sa réflexion sur l'essor de la science de la législation et il a souligné que les États italiens et les pays de langue allemande ont plus contribué que la France à l'idée de codification. On espère que l'analyse historique menée dans ces pages pourra aider à reconsidérer la contribution des auteurs français et à dissiper une représentation de l'attitude des physiocrates comme abstraite et dogmatique aussi bien que l'image stéréotypée d'une physiocratie à l'origine d'un libéralisme économique hostile à la présence de l'État. Au niveau de la théorie, le lien entre économie et politique, qui caractérise l'approche physiocratique, apporta des éléments nouveaux à la conception de la loi positive élaborée au XVIII<sup>e</sup> siècle par rapport à l'État et à sa légitimation. Au niveau de la pratique, Le Mercier et Le Trosne ne furent pas des « philosophes en chambre »<sup>85</sup>, leurs expériences les conduisirent à formuler des propositions de réforme de la législation, qui touchaient les lois en vigueur. La position de Beccaria dans les institutions de la monarchie des Habsbourg fut sans doute plus forte que le rôle joué par l'avocat au

---

<sup>84</sup> Dans cette même perspective, on aboutit en 1788 à reconnaître les droits civils des protestants, sollicités par le conseil royal des finances et du commerce, qui encourageait le retour des familles protestantes émigrées et dont Du Pont de Nemours célébra tous les bénéfices économiques dans sa *Lettre à la Chambre de Commerce de Normandie* (1788).

<sup>85</sup> D Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018, p. 188.

baillage d'Orléans dans la monarchie française. Beccaria et Le Trosne partagèrent cependant un même projet de changement radical du droit pénal. Les parcours personnels de Le Mercier et de Le Trosne et la rigueur de la théorie économique poussèrent les deux auteurs à formuler des projets de codification. Ils voulaient couper avec la tradition, en étant bien conscients qu'il s'agissait d'opérer une révolution.



## SUR UNE POLYSEMIE DE LA LOI ASSURANT LE TRIOMPHE DES JURISCONSULTES

Sylvain BLOQUET  
Maître de conférences d'histoire du droit,  
Université Paris Cité

« Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois, et jamais les lois ne pourront atteindre tous les cas qui se présentent aux juges », déclare Portalis rejetant ainsi le mythe de l'omniscience de la loi, que l'action du législateur contemporain paraît pourtant mettre toujours plus en défaut<sup>1</sup>. C'est par ce constat d'une incessante inflation législative que l'ouvrage de Denis Baranger nous invite à parcourir une passionnante histoire de la loi depuis les temps modernes.

Il nous rappelle que la manière de concevoir la loi s'est construite, depuis cette période, en partie sur une controverse d'origine théologique entre les notions de volonté et de raison<sup>2</sup>. Dès lors, cette distinction a conduit à structurer les débats politiques sur l'origine et le sens des lois. Ces deux polarités ont constamment alimenté deux conceptions de la loi, qui ne peuvent toutefois pas être strictement opposées, à savoir l'idée d'une loi-commandement et d'une loi-raison.

Des tentatives de synthèse ont parfois partiellement réussi, comme l'illustre Portalis avant même la codification civile. D'après une de ses célèbres déclarations au Conseil des Anciens, « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de justice, de sagesse et de raison »<sup>3</sup>. En l'occurrence, cette formule transactionnelle traduit l'influence de l'esprit du XVIII<sup>e</sup> siècle et, plus particulièrement celui de Montesquieu, qui avait déjà affirmé que la

---

<sup>1</sup> P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Marchand, 1827, t. VI, p. 270.

<sup>2</sup> D. Baranger, *Penser la loi, op. cit.*, Paris, Gallimard, 2018, p. 37.

<sup>3</sup> J.E.M. Portalis, *Rapport sur la résolution du 29 prairial an V relative au divorce*, Corps législatif, Conseil des Anciens, séance du 27 thermidor an V, Paris, Imprimerie nationale, p. 15.

loi ne représente pas seulement « un acte de puissance »<sup>4</sup>, dans la mesure où le législateur doit être guidé par un « esprit de modération »<sup>5</sup>. Cet esprit historique de modération vise aussi à juger de la « civilité » de la loi, c'est-à-dire de sa conformité à un système de valeurs transcendantes, morales ou religieuses. Il consiste à « juger la loi au nom du droit civil », avec « des instruments du droit civil »<sup>6</sup>. Apparaissant comme une forme d'atténuation de la loi-commandement, cette pratique revient à éprouver la justice ou l'équité de la loi, en appréciant sa valeur au regard des principes du droit naturel. De la même manière, une partie des juristes du début du XIX<sup>e</sup> siècle, dans le prolongement de leurs prédécesseurs de l'Ancien Régime, n'est pas totalement prête à renoncer au contrôle de la « civilité de la Loi », selon les mots d'Étienne Pasquier<sup>7</sup>. À travers cette expression, il s'est agi de faire respecter « l'ordre établi par les lois pour la conservation de la société civile »<sup>8</sup>.

Pour percevoir ce que la doctrine de l'Ancien Régime entend par le terme de *loi*, il est essentiel de reprendre aussi le droit romain, qui l'avait déjà inscrit dans une autre forme de dualité. Si, dans un sens générique, la loi représentait « un précepte commun, une décision des hommes prudents » (D. 1, 3, 1)<sup>9</sup>, dans un sens restreint, elle était ce « qu'établissait le peuple romain sur la proposition d'un magistrat sénateur, comme un consul » (I.J. 1, 2, 4)<sup>10</sup>. Par conséquent, alors que dans son sens large, la loi pouvait ainsi apparaître comme une simple règle de droit, un guide pour le citoyen, dans sa signification

<sup>4</sup> « La loi n'est pas un acte de puissance, les choses indifférentes par leur nature ne sont pas de son ressort » ; Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Genève, Barrillot et fils, 1748, liv. XIX, chap. XIV.

<sup>5</sup> Montesquieu, *op. cit.*, liv. XXIX, chap. I. *De l'esprit du législateur*.

<sup>6</sup> M.Fr. Renoux-Zagamé, « Juger la loi au nom du droit naturel : fondement et portée du contrôle des parlements de la monarchie », *Cahier du conseil constitutionnel*, Paris, 2010, n° 28, p. 11.

<sup>7</sup> É. Pasquier, *Les Recherches de la France*, L. II, C. IV, col. 64, *Œuvres*, Amsterdam, 1763, cité par M.Fr. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, P.U.F., 2003, p. 236.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Lex est commune praeceptum, vivorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publica sponsio*. D. 1, 3, 1. A. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, 1853, t. XXX, s. v.° « Lois », chap. VI, p. 202.

<sup>10</sup> *Lex est quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat*. I.J. 1, 2, 4. Cf. M. Ortolan, *Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien*, Paris, Videcoq, 1847, 4<sup>e</sup> éd., t. I, p. 143.

restreinte, elle passait pour une norme établie par l'autorité publique selon des formes précises.

Une même forme de dualité semble avoir perduré jusqu'aux temps modernes, sinon jusqu'à l'époque contemporaine. Denis Baranger souligne ainsi précisément le caractère polysémique de la notion, qui peut représenter, avant le XVIII<sup>e</sup> siècle, une coutume, un contrat, une maxime, un principe juridique, « et pas seulement l'acte normatif issu de la volonté du souverain »<sup>11</sup>. Le tournant hobbesien a déjà pourtant largement fait prévaloir une nouvelle conception de la loi, privilégiant le « commandement » de l'autorité au détriment du simple « conseil » du législateur<sup>12</sup>. Ce développement d'une loi-commandement va heurter l'idée de regrouper sous le seul terme de « loi » la pluralité des sources de l'Ancien Régime. Désormais, la loi se lie intimement à la notion de souveraineté et aussi à celle de gouvernement<sup>13</sup>. Elle désigne à terme, comme le développe Denis Baranger, « un format standardisé et rationalisé de règle, issu de la volonté du législateur unique, qu'il s'agisse d'un monarque ou d'une assemblée »<sup>14</sup>. À l'avenir, la loi serait encore « une mesure à caractère le plus souvent général voulue par un organe compétent pour représenter le souverain dans l'État »<sup>15</sup>. De plus, loin d'être désormais une simple règle de droit d'application dans les *casus*, la nouvelle conception politisée de la loi porte le projet politique de réformer le droit, la société, voire de régénérer l'homme<sup>16</sup>. Dans ce schéma renouvelé de la norme légale, l'idée d'une *science de la législation* ne peut alors se concevoir au XVIII<sup>e</sup> siècle qu'à travers le prisme d'une volonté réformatrice des règles de droit par l'action du souverain.

L'essor de ce concept politisé de la loi ne semble avoir eu néanmoins que peu d'emprise sur un monde des juristes attachés à une tradition associant cette norme à une règle visant par essence à trancher les litiges. Le « triomphe des juristes » exprime alors autant une forme de résistance aux idées éclairées en matière de rationalisation du droit, qu'une force d'inertie d'une

---

<sup>11</sup> D. Baranger, *op. cit.*, p. 47.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 47, p. 55, et p. 121.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 55-56.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 45.

pratique se conformant aux traditions et usages pluriséculaires. Cette « pensée juriconsulte », perpétuelle et imprévisible, constitue alors la clef du conflit entre une éphémère *science de la législation* et une éternelle *science du droit*, dont les juriconsultes demeurent les gardiens inconditionnels<sup>17</sup>.

Cette opposition entre le *droit des philosophes* et le *droit des juristes* trouve encore une illustration dans la coexistence parallèle de deux univers attachés chacun à une conception particulière de la loi. La conception hobbesienne, puis rousseauiste de la loi, que l'on pourrait qualifier de moniste, s'oppose aux représentations anciennes, historiquement défendues par les juriconsultes, qui apparaissent essentiellement dualiste ou pluraliste. Cette dernière représentation dualiste de la loi a perduré d'ailleurs bien après le début du XIX<sup>e</sup> siècle et l'essor des codifications. Cette conception large et duale de la loi permet aussi de comprendre le rôle des juges et des praticiens, ainsi que l'articulation de la doctrine et de la jurisprudence dans l'ordre juridique.

Les difficultés d'une définition unitaire et volontariste de la loi, inhérente à l'action de la *jurisprudentia*, marque en définitive un triomphe des juriconsultes à travers trois actes de résistance successifs. Après avoir favorisé une polysémie tardive de la loi au XVIII<sup>e</sup> siècle (I), les juriconsultes demeurent ensuite insensibles aux définitions hobbesienne et rousseauiste au caractère unitaire (II), avant d'admettre une conception moniste de la norme légale finalement précaire (III).

### **I. Une polysémie persistante de la loi au XVIII<sup>e</sup> siècle : la loi, une règle de droit.**

Le premier élément de la polysémie du concept de loi repose dans sa représentation formée autour de l'idée même de législateur. Sous l'Ancien Régime, il est acquis que le pouvoir de légiférer se lie ainsi indissociablement à la souveraineté<sup>18</sup>. Avec Bodin, la souveraineté, définie comme « la puissance absolue et perpétuelle d'une

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 266 et s. et p. 285.

<sup>18</sup> C'est « une doctrine généralement admise que le pouvoir souverain [avait] l'autorité de faire les lois » (J. Quillet, « Note sur le concept médiéval de loi », *La loi civile, acte du colloque de mai 1987, Cahiers de philosophie politique et juridique*, Caen, 1995, p. 46).

République », s'incarne dans le pouvoir législatif, permettant d'établir, de modifier, d'interpréter ou encore d'abroger la loi<sup>19</sup>. De même, avec les jusnaturalistes, toute réflexion sur la loi s'associe inévitablement à la souveraineté. À la suite de Bodin, Pufendorf fait du pouvoir d'abroger ses propres lois la marque de l'autorité souveraine<sup>20</sup>. Selon lui, le « motif principal qui fait obéir aux lois, n'est pas la nature même de la chose ordonnée ou défendue, mais la volonté du législateur », c'est-à-dire le « commandement de l'autorité du supérieur »<sup>21</sup>. Comme le souligne Denis Baranger, ce développement d'une conception politisée de la loi conduit à l'émergence des idées politiques modernes de constitution, de séparation des pouvoirs et de garantie des droits<sup>22</sup>. Elle dispose à terme désormais de la capacité de réformer la réalité sociale<sup>23</sup>.

Le siècle des Lumières ne fait que confirmer cette nouvelle acception de la loi liée étroitement à l'idée de souveraineté, comme chez Mercier de la Rivière<sup>24</sup> ou Vattel<sup>25</sup>. Les dictionnaires de droit confirment la réception, par les praticiens, du lien unissant la loi publique et la souveraineté. Ainsi, pour expliquer l'obligation de respecter les lois, Claude-Joseph de Ferrière se réfère non seulement à Pufendorf, qui fait de la norme légale le commandement « d'un supérieur », mais également au théoricien de la souveraineté Cardin le Bret (1632). Ce dernier avait déjà déclaré qu'il n'appartenait qu'au « roi de faire les lois dans le royaume, de les changer et de les

---

<sup>19</sup> J. Bodin, *Abrégé de la République*, Londres, J. Nourse, 1755, t. I, liv. II, chap. V, p. 235. Pour Bodin, la souveraineté est « l'essence de la République ». J. Bodin, *Les six livres de la République*, I, I, 1, cité par S. Goyard-Fabre, « Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques », *Des théories du droit naturel*, Université de Caen, 1987, p. 33.

<sup>20</sup> « La puissance souveraine ne peut point se lier les mains à elle-même, et ce qui de sa nature est sujet au changement ne saurait jamais devenir irrévocable ». S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens* (J. Barbeyrac trad.), Amsterdam, Kuyper, 1706, t. I, liv. I, chap. VI, § VI, p. 82.

<sup>21</sup> S. Pufendorf, *op. cit.*, t. I, liv. I, chap. VI, p. 78.

<sup>22</sup> D. Baranger, *op. cit.*, p. 71.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>24</sup> Ces lois constitutives de l'ordre de la société devaient être nécessairement marquées « du sceau de l'autorité publique » (Le Mercier de La Rivière, *L'ordre essentiel des sociétés politiques*, Paris, Desaint, 1767, t. I, liv. I, chap. XI, p. 127).

<sup>25</sup> Les lois sont les « règles établies par l'Autorité Publique pour être observées dans la Société » (E. Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite des nations et des souverains*, Londres, 1758, liv. I. *De la Nation considérée en elle-même*, chap. III, p. 32).

interpréter »<sup>26</sup>. Ferrière en déduit que l'observation des lois par les magistrats demeure le plus solide appui du gouvernement des princes<sup>27</sup>. Pour Denisart également, les ordonnances sont des lois publiques et générales, qui se définissent comme « des règles établies par le souverain pour le gouvernement et la police des peuples soumis à son autorité »<sup>28</sup>.

De cette assimilation à la souveraineté, les jusnaturalistes ont d'abord déduit que la loi demeure elle-même revêtue d'un caractère de perpétuité. Pour Burlamaqui, toute loi, par elle-même et sa nature, était censée être perpétuelle, car lorsque le souverain établissait une loi, ce n'était pas dans l'intention de la révoquer<sup>29</sup>. Ils ont ensuite tiré la conséquence que son application est indépendamment de la question du consentement des sujets. Pufendorf explique :

Ceux qui disent que, sans le consentement du peuple, les lois ne sauraient obliger les sujets en conscience, avancent une maxime qui n'est véritable ni à l'égard des lois naturelles, ni à l'égard des lois civiles faites par un monarque ou par les chefs d'un gouvernement aristocratique<sup>30</sup>.

Domat reprend alors également cette conception des lois, lorsqu'il affirme qu'elles ont

leur effet indépendamment de la volonté des particuliers, et personne ne peut empêcher, ni par des conventions, ni par des dispositions à cause de mort, ni autrement, que les lois ne règlent ce qui le regarde<sup>31</sup>.

Il ajoute :

L'autorité des lois arbitraires consiste seulement dans la force que leur donne la puissance de ceux qui ont droit de faire des lois et de l'ordre de Dieu qui commande de leur obéir<sup>32</sup>.

Mais il revient surtout à Domat d'avoir donné les développements les plus importants à l'idée selon laquelle la *loi* s'identifie à une *règle*,

---

<sup>26</sup> Cardin le Bret, *Traité de la souveraineté*, liv. I, chap. IX, cité par C.J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Brunet, 1769, t. II, s. v. « Loi », p. 157.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> J.B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Desaint, 1777, 7<sup>e</sup> éd., t. III, s. v. « Loix », p. 189.

<sup>29</sup> J.J. Burlamaqui, *Principes du droit naturel*, Paris, Janet, 1821, chap. X. § XIV.

<sup>30</sup> S. Pufendorf, *op. cit.*, t. I, liv. I, chap. VI, p. 93.

<sup>31</sup> J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, éd. Rémy, Didot, 1828, liv. Prélim., tit. I, sect. II, n° 28.

<sup>32</sup> J. Domat, *Le droit public*, IX, 3, 32.

et d'avoir ainsi mis en lumière les traits du caractère dualiste de la norme légale<sup>33</sup>. Certes, depuis le *Digeste*, il est entendu que « la règle expose brièvement le cas ; le droit n'est pas tiré de la règle, mais la règle est créée à partir du droit. Grâce à la règle, un bref exposé du cas est rapporté » (D. 50, 17, 1)<sup>34</sup>. Comme le constate Jacques Krynen, pour les légistes médiévaux

les lois du Code, promulguées par un empereur chrétien, "lois très sacrées" (*sacratissimae leges*), les citations du Digeste aussi, qu'ils nomment également "lois", contiennent la solution à tous les problèmes auxquels le juriste, à toutes les époques et en tous lieux, peut être confronté<sup>35</sup>.

Pour l'époque moderne, l'auteur des *Lois civiles* a ainsi consacré les développements les plus conséquents sur l'assimilation de la loi à une règle. Il annonce d'ailleurs qu'il usera

toujours indistinctement du mot de *lois* et du mot de *règles*, en l'un et l'autre de ces deux sens, et dans ce livre préliminaire, et dans toute la suite, selon l'occasion. Car il y a plusieurs lois écrites, telles que sont les lois arbitraires ; et il y a plusieurs règles naturelles de l'équité, qui ne sont pas écrites<sup>36</sup>.

Les termes de *lois* et de *règles* signifient encore « ce qui est juste, ce qui est ordonné, ce qui est réglé »<sup>37</sup>. La polysémie du terme de loi permet ainsi de renvoyer à une pluralité de normes, comme les règles romaines, les lois coutumières, ou encore les solutions jurisprudentielles. « On appelle coutumes, des lois que l'usage a établies, et qui se sont conservées sans écrit par une longue tradition », explique ainsi Pothier<sup>38</sup>.

Cette même conception élargie de la loi, partagée par les juriconsultes, leur permet d'écarter sa représentation politisée, pour faire prévaloir sa vocation de *règle de droit* à trancher les litiges entre particuliers. Lors de la codification civile, Portalis expose ainsi que

---

<sup>33</sup> S. Bloquet, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Paris, LGDJ, 2017, p. 45.

<sup>34</sup> J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, LGDJ, 2001, p. 268.

<sup>35</sup> J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, p. 141-142.

<sup>36</sup> J. Domat, *Les lois civiles, op. cit.*, t. I, liv. pr., tit. I, S. I.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> R.J. Pothier, *Coutumes des duchés, bailliage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux*, Orléans, Debure, 1780, n°I ; J.L. Thireau, « R.J. Pothier », *Dictionnaire historique des juristes français*, 2014, Paris, PUF, p. 636-638.

à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi<sup>39</sup>.

Ces *lois* parallèles à l'action normative de l'autorité publique ne reçoivent aucune dénomination particulière et constante jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Ainsi, si dans un premier temps, le concept historique de règle peut être employé pour la désigner, dans un second temps, les jurisconsultes recourent au concept d'*autorité du droit* pour désigner la pluralité des normes servant à résoudre les *casus*. Selon Guyot dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*

On entend par ce mot la citation que l'on fait dans une plaidoirie, dans des mémoires ou dans des écritures de palais, de la disposition des ordonnances, des édits, des déclarations, des coutumes, des arrêts, des usages et de l'opinion des auteurs, pour appuyer les propositions ou les demandes que l'on établit<sup>40</sup>.

Le triomphe des jurisconsultes réside alors dans leur résistance aux définitions politisées de la loi, pour faire prévaloir la tradition historique d'une notion polysémique. À l'époque contemporaine, cette résistance se manifeste dans l'expression *sources du droit* visant à désigner un ensemble de règles normatives pouvant être exploité par les praticiens et la doctrine. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la notion tardive de *sources du droit* se voit investie d'une même mission. Dans le prolongement de Domat, les jurisconsultes contemporains qualifient d'abord avec celle-ci les origines et les fondements du droit. Puis, dans un second temps, ils associent cette expression aux règles de droit applicables aux litiges. Dans sa traduction du *Cours d'introduction générale à l'étude du droit* (1841) de Falck, Pellat écrit qu'il y a trois manifestations juridiques. « Il y a donc trois *sources du droit* (*Rechtsquellen*), énonce-t-il, savoir : la nature originaire des rapports humains, la vie du peuple et la puissance législative »<sup>41</sup>. Par conséquent, il définit la coutume

<sup>39</sup> P.A. Fenet, *op. cit.*, t. I, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* (par Portalis), p. 471.

<sup>40</sup> J.N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Visse, 1784, t. I, s. v. « Autorité », p. 862 ; Rapp. P.A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 1812-1825, s. v. « Autorité ». cf. S. Dauchy et V. Demars-Sion, *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Paris, La mémoire du droit, 2005, p. 31.

<sup>41</sup> N. Falck, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit, ou encyclopédie juridique*, trad. Pellat, Paris, Thorel, 1841, § 7, p. 14. Les normes juridiques découlent ainsi de trois sources : « des circonstances et des rapports dans lesquels les particuliers se trouvent naturellement placés, et qui doivent être assurés contre les voies de fait ; ou du libre développement de la vie d'un

comme une *loi* au sens large : « la coutume devient une loi par elle-même, en vertu de la volonté commune, manifestée par la matière d'agir »<sup>42</sup>. Et surtout, d'après lui, la jurisprudence, l'équité et la doctrine constituent aussi des *sources du droit*<sup>43</sup>. Il développe ici une assimilation que l'on trouve chez Aubry et Rau, Belime, puis Gény, afin de désigner les *lois* en vigueur.

En conséquence, dans ce contexte de polysémie du terme, la science des lois peut difficilement renvoyer à l'idée de loi-commandement, mais bien plutôt à la jurisprudence dans son sens ancien. Cette jurisprudence n'incarne pas une simple servante de la loi, mais une science des lois, un art du juste et de l'injuste. De la même manière, l'identification du Droit aux lois ne consacre en rien une démarche legaliste ou positivisme, dans la mesure où la loi ne renvoie pas nécessairement au commandement normatif de l'autorité publique. Cette ambiguïté profite directement aux juriconsultes, qui conservent ainsi une sphère de liberté pour exercer leur art. Leur second acte de résistance demeure alors leur insensibilité à la définition rousseauiste de la loi.

## II. L'insensibilité des juriconsultes à la définition rousseauiste de la loi.

La notion de *volonté générale* qui s'affirme à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle semble annoncer une domination sans partage de la loi volontarisme et un effacement corrélatif de l'office du juge. Reprenant la représentation moniste hobbesienne, la conception rousseauiste renforce la contrainte de la loi afin de contenir tout risque d'arbitraire. Or, si les juriconsultes du XIX<sup>e</sup> siècle adhèrent dans leur grande majorité au projet politique d'égalité d'une telle conception, ils rejettent majoritairement l'hypothèse d'une complétude de la législation qui annihilerait la science du droit. On peut alors légitimement s'interroger, pour l'époque immédiatement contemporaine, sur la portée pratique d'un légicentrisme largement soutenu en politique. Comme l'écrit Denis Baranger, la pensée des

---

peuple et sans qu'il en ait la conscience ; ou bien, enfin, de l'application volontaire qu'il fait de son activité au perfectionnement du droit ». *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>43</sup> N. Falck, *op. cit.*, § 10, Pratique judiciaire – Équité – Doctrine, p. 20-21.

jurisconsultes exprime une démarche bien différente des partisans du principe rousseauiste en développant une véritable « théorie de l'agir commun des hommes »<sup>44</sup>.

Cette différence devient même une opposition chez certains jurisconsultes qui rejettent expressément les conclusions du *Contrat social* de Rousseau. L'étude de la définition de la loi chez les jurisconsultes pose une première difficulté dans la mesure où une partie de la première génération, comme Maleville<sup>45</sup>, Cotelle<sup>46</sup> ou Hua<sup>47</sup>, pénétrée de la *jurisprudencia* de l'Ancien Régime, s'abstient de développer une notion qu'elle a connue en qualité de praticien. Cependant, lorsque les jurisconsultes s'engagent dans la voie de la définition de la loi, ils renouent avec la définition dualiste et pluraliste de l'Ancien Régime. De nouveau, la loi apparaît comme une règle de droit, sinon une règle de conduite visant à organiser la vie sociale, sans nécessairement faire référence à son origine institutionnelle. Dans son *Cours de législation et de jurisprudence française* (1798) et son *Traité sur l'état des personnes* (1842), Proudhon présente ainsi le « Droit » comme dérivant du mot *dirigere*, qui doit être

pris sous deux rapports principaux : tantôt pour la règle sur laquelle nous devons diriger nos actions, tantôt pour la chose elle-même qui fait l'objet de la règle qu'on doit suivre, et le but auquel elle doit conduire. [...] Le Droit [...] n'est que la dénomination générique des lois elles-mêmes. C'est ainsi qu'en parlant du droit romain, on entend les lois romaines, ou qu'en affirmant que le vol est défendu par le droit naturel, on énonce la même idée que si l'on disait que la loi naturelle défend de prendre le bien d'autrui<sup>48</sup>.

Si les juristes sont généralement imperméables à la définition rousseauiste de la loi, certains expriment directement leur réserve à l'égard d'une définition contraire à la tradition historique, sinon

---

<sup>44</sup> D. Baranger, *op. cit.*, p. 285.

<sup>45</sup> J. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, Paris, Lenormant, 1805, t. I.

<sup>46</sup> L.B. Cotelle, *Cours de droit français ou du Code Napoléon approfondi, divisé en deux parties*, Paris, Nève, 1813, t. I.

<sup>47</sup> N. Hua, *Conférences sur le Code Napoléon, suivies d'une analyse raisonnée par ordre alphabétique*, Paris, Paris, 1812, t. I.

<sup>48</sup> J.B. Proudhon, *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, Besançon, Tissot, 1798, t. I, ch. II, p. 46. Après la promulgation du Code, il ne présente toujours pas seulement le Droit comme l'ensemble des commandements normatifs du souverain, voir *Traité sur l'état des personnes et sur le Titre préliminaire du Code civil*, éd. Valette, Paris, Joubert, 1842, 3<sup>e</sup> éd, t. I, p. 3.

dangereuse dans ses postulats. Cette césure entre le monde des juristes et celui de la doctrine politique trouve encore son point d'achèvement dans l'opposition entre science du droit et science de la législation. Dans ses *Études sur l'histoire de l'humanité* (1867), Laurent dénonce ainsi la doctrine fictive de l'auteur du *Contrat social*, dont le danger réside dans le dogme selon lequel le souverain « peut tout faire », et n'est « jamais arrêté par des droits naturels, car c'est lui qui juge de ces droits »<sup>49</sup>. Ce « tableau de [la] politique imaginaire » de Rousseau est complété, selon lui, par la nouvelle fiction de « l'infaillibilité du peuple » induisant que la volonté générale ne puisse jamais errer<sup>50</sup>.

Dans une autre forme de résistance, certains jurisconsultes s'emploient à exploiter le concept de *volonté générale* afin de l'associer à la coutume et, par conséquent, d'affaiblir sa portée purement politique. Reprenant une distinction romaniste, Du Caurroy explique ainsi que cette volonté générale peut se manifester

soit tacitement par la coutume, c'est-à-dire, par des usages qui sont généralement observés, soit expressément par une déclaration explicite. De là une distinction nouvelle entre le droit coutumier ou non écrit, qui s'établit par l'usage, et le droit écrit qui résulte des lois proprement dites<sup>51</sup>.

Si la conception rousseauiste de la loi se trouve contestée par une partie des jurisconsultes, la doctrine benthamienne connaît une critique tout aussi ferme, en ce qu'elle semble annoncer un légicentrisme incontesté et un projet de rationalisation complet des comportements. Lorsque Taulier dénonce un absolutiste réduisant le Droit au pur arbitraire du législateur<sup>52</sup>, Toullier s'investit en défenseur

---

<sup>49</sup> Fr. Laurent, *Études sur l'histoire de l'humanité, La Révolution française*, Bruxelles, A. Lacroix, 1867, P. I, p. 568-569.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 571.

<sup>51</sup> A.M. du Caurroy, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, Thorel, 1851, t. I, p. 2. Du Caurroy définit la loi comme « une règle commune qui tire sa force coercitive de la volonté générale », *ibid.* Cf. P.A. Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, Paris, Garnery, 1810, t. XI, s. v. « Opposition aux jugements par défaut », § VIII, p. 38.

<sup>52</sup> « Voilà les peuples soumis au bon plaisir des législateurs qui n'ont plus de frein et dont les élucubrations n'auront plus de guide et plus de limites ! Voilà la volonté humaine qui improvise le crime et imagine la vertu ! Quel abus du raisonnement commis au nom de la raison ! Quelle atteinte portée à la sécurité, à la stabilité de l'ordre social, au nom même des principes conservateurs ! C'est surtout en présence de telles aberrations que l'on aime à redire ces paroles si profondes et d'une vérité si saisissante : "Avant qu'il y eût des lois faites,

de la sphère privée contre les empiétements d'un législateur intrusif<sup>53</sup>. Tous deux ne semblent pas pouvoir se résoudre à réduire la loi, et par conséquent le droit, à la seule volonté normative du législateur. Dans ces conditions, la définition unitaire de la norme légale, considérée comme la seule expression de la volonté de l'autorité publique, connaît un développement tardif, démontrant l'opposition des juristes à isoler les sources pluralistes du droit.

### III. L'affermissement tardif d'une définition formaliste de la loi à l'époque contemporaine.

Il apparaît qu'une définition formaliste de la norme légale tend seulement à se généraliser chez les juristes à l'époque contemporaine. Désormais, la loi va incarner, comme l'écrit Denis Baranger, « une mesure à caractère le plus souvent général voulue par un organe compétent pour représenter le souverain dans l'État »<sup>54</sup>. Mais cette nouvelle représentation se développe moins par l'importation d'une pensée politique immédiate que par sédimentation d'éléments successifs sur une période relativement courte.

Les premiers éléments de la définition de la loi développés par les juristes reposent d'abord sur son association à un commandement d'un supérieur. Dans le prolongement de Pufendorf<sup>55</sup>, Toullier écrit ainsi que la loi est une « règle de conduite prescrite par un supérieur légitime », en précisant immédiatement que « le premier supérieur de l'homme est Dieu »<sup>56</sup>. Cette

---

il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé des cercles, tous les rayons n'étaient pas égaux". (Montesquieu, *Esprits des lois*, *op. cit.*, t. I, ch. I). Et que Bossuet est noble lorsqu'il s'écrit : "Il n'y a pas de droit contre le droit" proclamant ainsi la préexistence de vérités indestructibles devant lesquelles le législateur humain doit incliner sa puissance ». Fr. Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, Paris, Delhomme, 1840, t. I, p. 25.

<sup>53</sup> C.B. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Paris, Renouard, 1830, t. VI, p. 3, n. 2.

<sup>54</sup> D. Baranger, *op. cit.*, p. 55-56.

<sup>55</sup> La loi constitue un « décret imposé par un supérieur » à ses sujets leur imposant l'obligation de régler leurs actions conformément à une manière prescrite. S. Pufendorf, *op. cit.*, t. I, l. I, ch. VI, § IV.

<sup>56</sup> C.B. Toullier, *op. cit.*, t. I, p. 7, n. 8. Reprenant le droit romain, il définit la loi comme « une règle de conduite prescrite à tous les citoyens par leur souverain légitime sur un objet d'intérêt commun ». *Ibid.*, p. 15-16, n. 13.

représentation mystique de la loi, souscrivant à l'immanence d'un droit naturel ou de règles religieuses, permet encore d'exclure toute idée d'omniscience de l'autorité publique. Sans rejeter cette transcendance de la moralité sur le législateur, Taulier explique aussi que la loi n'est qu'une « règle prescrite par une volonté à laquelle on est tenu de se soumettre ; c'est un ordre ou une défense »<sup>57</sup>.

Généralement partagée par les jurisconsultes du début du XIX<sup>e</sup> siècle, cette définition connaît rapidement une précision apportée par les publicistes, qui la circonscrivent à la norme exclusivement produite par l'autorité publique. Dans ses *Éléments de droit politique* (1834), Macarel explique ainsi formellement que « la loi est une règle d'action, prescrite par une autorité que nous regardons comme ayant le droit de l'établir »<sup>58</sup>. Dans un sens comparable, Félix Berriat-Saint-Prix précise simplement que la loi représente une règle établie « par un homme ou une collection d'hommes autorisés à cet effet (législateur) »<sup>59</sup>. Dans leur article *La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances* (1897), Émile Bouvier et Gaston Jèze ont ainsi montré que la mutation de la notion de loi se lie étroitement à des considérations de droit public. Une tendance générale conduit à incorporer « sous le nom de *loi* toute décision obligatoire délibérée et votée régulièrement par le pouvoir législatif, quel qu'en soit l'objet »<sup>60</sup>. Une difficulté ressort cependant d'une forme d'incapacité à distinguer la loi *stricto sensu* du règlement. Batbie concède d'ailleurs qu'« en vertu de son pouvoir réglementaire, le chef de l'État exerce

<sup>57</sup> Fr. Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, Grenoble, Prudhomme, 1840-1848, t. I, p. 19.

<sup>58</sup> La loi « est une règle, et par-là nous avons voulu faire comprendre qu'en vertu de l'obéissance que nous avons promise en entrant dans la société, nous devons conformer nos actions à la volonté qu'elle exprime. [...] Elle doit être prescrite par un supérieur légitime, et cette condition est, en effet, nécessaire ; lorsqu'elle manque, la règle établie n'est plus qu'un ordre arbitraire, un acte de violence et d'oppression : ce n'est pas la volonté raisonnable à laquelle nous avons promis de nous soumettre. Ce supérieur légitime, qui fait les lois, s'appelle législateur ». M.A. Macarel, *Éléments de droit politique*, Bruxelles, Tardier, 1834, tit. I, ch. III, s. I, § I, p. 7.

<sup>59</sup> F. Berriat-Saint-Prix, *Notes théoriques sur le Code civil, explications de tous les termes juridiques, discussions des questions de principe, application d'une méthode nouvelle qui rattache tous les articles du Code, soit comme conséquences, soit comme exceptions, aux principes du droit*, Paris, Videcoq, 1856, t. I, p. 1, n° 1.

<sup>60</sup> É. Bouvier et G. Jèze, « La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances, rôle du pouvoir législatif en matière de budget, étude de Droit constitutionnel et administratif », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, 1897, t. XXVII, p. 388-389.

une sorte de puissance législative »<sup>61</sup>. Entretenant une forme d'ambiguïté sur la notion, Macarel soutient dans ce sens que les ordonnances portant règlement d'administration sont des « lois secondaires » ou encore des « espèces de lois »<sup>62</sup>. Par conséquent, afin de distinguer la *loi* du *règlement*, il prend soin de recourir ensuite au critère matériel de la généralité. Pour lui, la loi est toujours *la source d'une obligation*, elle doit obligatoirement statuer d'une manière *générale* et revêtir un caractère de *stabilité*<sup>63</sup>.

Enfin, la construction de la définition de la loi est finalisée par le recours à des précisions de nature institutionnelle. L'essor, à partir du XIX<sup>e</sup> siècle, d'une définition formelle de la loi associée aux règles de droit public peut être attribué à Aubry et Ray, qui développent l'idée selon laquelle les lois s'identifient aux « règles obligatoires, émanées des autorités compétentes d'après la constitution en vigueur à l'époque où elles ont été posées »<sup>64</sup>. Demolombe peut alors reprendre le principe en le corrigeant pour le faire correspondre aux maximes romaines du *Digeste* (D. 1, 4, 1, 1 et D. 1, 3, 7)<sup>65</sup>, en proposant la définition suivante : « La loi est une règle établie par l'autorité qui, d'après la constitution politique, a le pouvoir de *commander*, de *défendre*, et de *permettre* dans toute l'étendue de l'État »<sup>66</sup>. On retrouve ensuite une définition reprenant des éléments similaires chez Léon Duguit<sup>67</sup>, ou encore Ernest Faye qui affirme que « la dénomination de loi appartient plus spécialement aux prescriptions

---

<sup>61</sup> A. Batbie, *Traité de droit public et administratif*, 1862, t. III, p. 443, cité par M. Leroy, *La loi, Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, Giard, 1908, p. 110, n. 3. Cf. É. Bouvier et G. Jèze, *op. cit.*, p. 386 et p. 390.

<sup>62</sup> M.A. Macarel, *Cours de droit administratif, op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., t. IV, p. 395, cité par M. Leroy, *op. cit.*, p. 110.

<sup>63</sup> M.A. Macarel, *op. cit.*, tit. I, ch. III, s. I, § I, p. 7.

<sup>64</sup> Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, Strasbourg, Lagier, 1839, t. I, § 4.

<sup>65</sup> « On doit regarder comme loi, tout ce que le prince établit par ses lettres signées de lui, ce qu'il décide en connaissance de cause, les arrêts qu'il porte en jugeant sommairement, et les édits qu'il fait publier. C'est ce qu'on appelle ordonnances du prince » (D. 1, 4, 1, 1). *Les Cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien, trad. par H. Hulot pour les quarante-quatre premiers Livres et pour les six derniers par J.F. Berthelot*, Paris, Rondonneau, 1805, t. I, p. 62 ; « L'autorité de la loi consiste à commander, défendre, permettre, punir » (D. 1, 3, 7). *Ibid.*, p. 58.

<sup>66</sup> Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, Durand, 1845-1882, t. I, n° 2.

<sup>67</sup> L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, p. 508.

d'intérêt général émanant directement du pouvoir législatif, tel qu'il est organisé par la constitution »<sup>68</sup>.

Les juristes semblent alors prêts à adopter une définition moniste de la loi, considérée ainsi comme la norme suprême établie par l'autorité publique selon les formes constitutionnelles en vigueur. Mais au moment même où la doctrine paraît pouvoir satisfaire les tenants d'une « science de la législation » par des procédés interprétatifs analogiques, exclusivement recentrés sur la lettre de la loi, renaît la conception dualiste par le biais d'une jurisprudence renouvelée. Lorsque la Cour de cassation devient souveraine en dernier ressort en matière d'interprétation des lois en 1837, elle peut aspirer à incarner une future rivale de la loi-commandement. Aubry et Rau ne méconnaissent en rien ce rehaussement décisif de la Cour, qui se voit attribuer la qualité d'une interprétation « publique ou officielle », en semblant ainsi lui reconnaître, *a priori*, la valeur d'une *loi pratique* secondaire<sup>69</sup>. Mais c'est surtout Jean-Baptiste Sirey qui l'affirme précisément en annonçant l'essor d'une nouvelle *summa divisio* entre la « loi publique » et la « loi pratique ». Selon lui, cette loi dite pratique représente « l'ensemble des dispositions législatives, entendues dans le sens et selon le vœu du législateur »<sup>70</sup>. Il s'agit désormais pour le juge de donner un sens concret à la loi selon la volonté du législateur.

À la veille du développement d'un droit prétorien, le triomphe des juristes paraît double. Ceux-ci font ainsi prévaloir assez longtemps une conception large de la loi favorisant leur *jurisprudentia* en admettant bien tardivement une conception moniste reconnue depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle dans les discours politiques et les projets de science de la législation. Et au moment même où ils semblent abdiquer leur propre *scientia*, une source parallèle aux lois renaît par

<sup>68</sup> É. Faye, *La Cour de cassation*, Paris, Maresq, 1903, p. 123, n° 105.

<sup>69</sup> Ch. Aubry et Ch. Rau, *op. cit.*, 1839, t. I, p. 71, § 38.

<sup>70</sup> « On a souvent dit, écrit Sirey, que la Cour de cassation ne pouvait casser que *pour contravention au texte de la loi* : c'est comme si l'on disait que la Cour régulatrice doit consulter la *lettre*, et non l'*esprit* de la loi. Sans doute la Cour ne peut casser que pour contravention à la loi ; mais la loi pratique, c'est l'ensemble des dispositions législatives, entendues dans le *sens*, et selon le *vœu* du législateur ; c'est pourquoi, à la Cour régulatrice, appartient éminemment la faculté de donner à chaque disposition de la loi, un sens pratique, *étendu ou restreint*, selon l'*esprit*, indiqué ou présumé du législateur ». J.B. Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, rédigé depuis 1831 par Devilleneuve et Carette*, Paris, Cosse, 1800-1890, p. 123.

le biais d'une jurisprudence en devenir, comme l'atteste le passage progressif au cours du XIX<sup>e</sup> siècle d'une *jurisprudentia* au sens romain, à la *jurisprudence* au sens moderne.

**DISCUSSION DE D. BARANGER,  
*PENSER LA LOI. ESSAI SUR LE LEGISLATEUR  
DES TEMPS MODERNES*, PARIS, GALLIMARD,  
COLL. « L'ESPRIT DE LA CITE », 2018.**

Guillaume TUSSEAU  
Professeur de droit public,  
École de droit de Science po.

Si l'espace dévolu aux réflexions qui suivent est nécessairement limité, il demeure largement suffisant pour faire part à Denis Baranger tous mes remerciements et de toute mon admiration pour avoir écrit ce livre dont les qualités, elles, ne pourraient s'énumérer aussi brièvement.

En nous invitant à penser la loi et à penser la manière dont elle a été pensée, Denis Baranger nous fait circuler dans les imaginaires, c'est-à-dire les couches profondes, de la modernité juridique. Il le fait le plus souvent à travers des grands noms, dont il détaille l'étude. Mais ces auteurs sont principalement compris comme des symptômes des lames de fond conceptuelles qui traversent la construction de nos sociétés et notre pensée à leur sujet. Celles-ci s'entrechoquent, se concurrencent, se complètent, se relaient, permettant à l'auteur d'explorer les racines, les dimensions et les configurations de notre schizophrénie vis-à-vis de la loi : notre besoin de la loi comme abstraction chargée de nos espoirs de *self-government*, d'une part, et notre haine de la loi comme série d'éléments concrets régulant notre existence de manière tatillonne et maladroite, d'autre part. A la source de cette ambivalence se trouve un phénomène parfaitement explicité par Denis Baranger : la capture de l'idée de loi, telle qu'elle résultait des projets philosophiques d'une science de la législation réformatrice en vue du bien collectif, par le savoir traditionnel et la praxis des juristes, significativement dénommé les « hommes de *loi* ». L'ouvrage permet de voir la raison/volonté législatrice moderne émerger, s'échapper de la

gangue de la conception précédente, lutter avec ses concurrents et finalement se faire supplanter par la science économique. Un peu à la manière des histoires policières dont parle Olivier Jouanjan en matière d'histoire de la pensée juridique, Denis Baranger offre, à travers l'exploration de cette idée de loi qui demeure tellement importante au sein de la culture juridique hexagonale, une véritable polémologie des concepts, des cultures et des visions du monde.

C'est dire si, outre les thèses substantielles qu'il exprime et défend, cet ouvrage se révèle riche sur le plan méthodologique. À ce titre, s'il permet de saisir la complexité de la circulation des idées, l'ouvrage s'intéresse moins à ses médias et à des questions relevant avant tout de l'histoire intellectuelle « matérielle », telles que : Qui fait circuler telle ou telle thèse ? Comment ? Quels cercles intellectuels, administratifs, politiques, académiques en sont les vecteurs ? Quels éditeurs contribuent à la diffusion de telle ou telle idée ? Dans le même sens, l'ouvrage ne se situe-t-il pas d'emblée dans une perspective interne à la pensée juridique et politique, qui pourrait le priver de l'exploration d'autres facteurs qui seraient susceptibles d'avoir eu une influence sur la trajectoire de l'idée de loi ? Denis Baranger expose de manière particulièrement convaincante l'échec des philosophes de la législation, leur volonté de réformer la société de fond en comble, l'achoppement sur la *praxis* de la législation, sur le droit et sur les juristes, qui sont unanimement décriés dans le cadre de la science de la législation. Il retrace également l'émergence d'une forme de constructivisme juridique, et la conception selon laquelle la nature est axiologiquement neutre et donc disponible instrumentalement pour satisfaire les fins humaines (p. 200-209). De ce point de vue, un parallèle aurait pu être opéré avec ce qui se passe dans d'autres champs, à la manière de l'ouvrage de Steven Shapin et Simon Schaffer, *Le Léviathan et la pompe à air*, qui établit des connexités entre sciences, méthode expérimentale et droit ou philosophie politique. Sans qu'il soit question de lui faire reproche de ne pas avoir adopté une telle perspective, Denis Baranger offre, tout autant que des démonstrations et des conclusions, de multiples points d'appui pour des recherches futures qui viendraient compléter ses propres analyses.

Je n'ignore pas, en formulant ces remarques, certainement très imprudentes, à quel point mes propres compétences sont, en

contrepoint, minimes pour discuter ce texte. J'imagine donc que c'est surtout sur la figure de Jeremy Bentham, que Denis Baranger place au cœur de nombre de ses analyses, que mes commentaires sont attendus des organisateurs de cette rencontre. Au sujet de ce Bentham qui est, selon le mot de l'auteur, « un phénomène d'une déconcertante singularité » (p. 185), ce « legislator of the world », qui s'était découvert dans sa jeunesse un génie pour la législation et n'était peut-être, selon Karl Marx, qu'un vulgaire épicier anglais, je souhaiterais formuler quelques remarques plus ou moins ordonnées en forme d'invitation à reconnaître la richesse de l'œuvre de Bentham et à la discuter.

Ma première remarque a trait à un préalable de l'étude de Bentham et au statut de l'objet même de l'étude. Elle pourrait prendre la forme de la question suivante : « de quoi "Bentham" est-il le nom ? ». A lire l'ouvrage, le spécialiste de cet auteur, qui pourrait spontanément avoir tendance à tout ramener à Bentham, comprend, malgré sa singularité, que Bentham n'est pas seul dans ce projet de rationaliser la construction d'une société au moyen (selon ses propres termes) « de la raison et du droit ». Il est lui-même le produit d'une culture, d'un mouvement d'ensemble, qu'il prolonge et radicalise. Denis Baranger offre une reconstruction particulièrement élégante (et nuancée) de Bentham en « codificateur maniaque ». Il serait possible de considérer que cette figure est quelque peu attendue et convenue. Mais nul ne peut nier que c'est bien cette représentation qui a fait la renommée de Bentham et a été agissante dans le contexte du débat politique et juridique du XIX<sup>e</sup> siècle, aussi bien en Europe que dans d'autres zones du monde, notamment en Amérique latine. C'est ainsi que Dumont prépare des *Traité de législation civile et pénale* ou que Ogden a tiré une *Theory of Legislation* de certains écrits de Bentham.

Mais identifier le Bentham dont on parle est plus complexe qu'il n'y paraît. Il est possible (sans prétention à l'exhaustivité et sans même entrer dans la discussion d'une chronologie de la pensée benthamienne) de distinguer le Bentham de ses propres écrits, publiés de son vivant par ses soins, le Bentham publié par ses amis en anglais, et notamment le Bentham des très défectueux *Works* édités par John Bowring au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, le Bentham édité et publié en français par Etienne Dumont, le Bentham traduit en

anglais et en espagnol à partir des textes édités par Dumont, le Bentham des *Collected Works* qui paraissent depuis les années 1960, le Bentham des manuscrits inédits, le Bentham des manuscrits français, le Bentham plutôt autoritaire reconstruit par Elie Halévy, le Bentham théoricien du droit mis en valeur par H.L.A. Hart, le Bentham des travaux que Gerald J. Postema a qualifiés de « révisionnistes » avant de s'engager lui-même dans des lectures « post-révisionnistes », etc. Si le Bentham législateur est donc une figure majeure, à la confection de laquelle Bentham lui-même n'a pas pu contribuer, il est nécessaire de comprendre à quel point cette reconnaissance et cette construction d'un tel personnage (oserait-on dire une fiction ?) est, simultanément, une occultation d'une large partie de sa pensée. Les ressorts contextuels de ces stratégies de lecture de Bentham mériteraient, ainsi qu'Emmanuelle de Champs a pu le souligner, de faire l'objet d'études approfondies.

L'ouvrage retrace l'ambition de Bentham de partir d'une anthropologie pour donner au législateur le moyen rationnel, en Newton des sciences sociales, de poursuivre à coup sûr et au jour le jour la réalisation du plus grand bonheur du plus grand nombre, à travers l'outil du calcul d'utilité. Aussi insiste-t-il de manière très éclairante sur la dimension technologique et managériale, celle de l'ingénierie sociale, paternaliste à certains égards, de ce qui est bien plus qu'une théorie de la seule norme législative formelle. Denis Baranger démontre également à quel point un tel projet politique engage la construction d'une vision du monde, soit d'une épistémologie et d'une ontologie particulières. Aussi, chez Bentham, l'ensemble est-il solidaire d'une puissante théorie des fictions, des nomenclatures, qui a tout d'une manière de se doter d'une ontologie qui rend le monde disponible et « ouvert à la volonté » (p. 232). Jean-Pierre Cléro avait déjà eu l'occasion de souligner que l'ontologique se trouve subordonné au déontologique. Il n'est donc pas étonnant que Bentham soit conduit à mettre en cause non seulement la substance de la législation de son temps et la clique des juristes, ces accapareurs en bande organisée, mais également (et certainement de manière plus décisive) leur univers mental, leurs fictions, leur culture, leur manière de démanteler les aptitudes, notamment intellectuelles, de leurs contemporains. *Penser la loi* nous plonge directement au cœur de cet effort et de cette ambition.

Afin de préciser et compléter cette figure de Bentham législateur, il aurait pu être utile d'attirer l'attention sur une originalité majeure de Bentham, qui anticipe sur les travaux et les pratiques contemporaines relatives à la légistique. Constamment préoccupé de la publicité et de la rédaction de la loi, il leur a consacré de nombreux travaux, et s'est notamment adressé à James Madison, alors président des Etats-Unis d'Amérique, à ce sujet. C'est dans des manuscrits intitulés « Nomography », sur lesquels le Centre Bentham est en train de travailler en partenariat avec le Bentham Project en vue d'une publication remédiant aux défauts de celle de Bowring, que Bentham détaille cette science de la rédaction des lois, destinée à enrégimenter le langage afin de lui permettre de faire donner son plein effet à la volonté du législateur. Elle suscite en elle-même l'intérêt, tant elle est systématique et tant Bentham lui-même, dans ses multiples projets de codes, a tenté de s'y tenir.

Elle permet au surplus de comprendre comment elle fait du management juridique de la population et de son bonheur que représente la législation l'objet d'une forme de méta-management lui-même normé de manière particulièrement tatillonne. La clôture de l'ordre et de l'univers juridique se manifeste ainsi, dans le fait que la production même du droit est l'objet d'une réglementation. L'œuvre de Bentham n'exprime donc pas uniquement une obsession du volontarisme législatif, mais comporte une réflexion de premier ordre sur les outils intellectuels et théoriques du droit, au premier rang desquels la langue du droit elle-même. Peut-être faut-il y voir une dimension de ce que j'ai pu présenter comme le « panléganisme épistémologique » de Bentham, c'est-à-dire sa manière d'envisager tout type de question de manière juridique ?

Ce panléganisme se manifeste également à travers la thématique de la législation indirecte, qui est peut-être injustement négligée au profit de la seule théorie de la législation directe de Bentham. Or celle-ci peut être comprise comme une forme d'apogée de la réflexion managériale, en ce qu'elle annonce largement la thématique des « nudges », consistant, plutôt qu'à imposer des conduites de manière coercitive, à aménager des architectures de choix telles que les acteurs sont, insensiblement, dirigés vers les comportements vertueux. À ce titre, Denis Baranger relève avec acuité que Bentham est tout autant sinon davantage un manager qu'un juriste (p. 248,

250). Peut-être plus qu'un législateur, il est un administrateur (et au premier chef un administrateur de panoptique). Aussi le parallèle peut-il être opéré entre sa conception de l'État et de l'administration et l'analyse, un siècle plus tard, de la bureaucratie par Max Weber. Bentham n'est donc peut-être pas tant un théoricien de la loi qu'un théoricien de la norme (sans qu'il faille repousser à ce titre une compréhension foucauldienne de ce terme, ainsi que les travaux de Christian Laval et Anne Brunon-Ernst ont pu le suggérer).

Il ne faut pas négliger que la théorie juridique benthamienne, qui prend corps dans *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, n'est pas qu'une théorie de la législation mais bien une théorie de la normativité juridique en générale. Dans *Limits*, il donne ainsi une extension très vaste à son concept de « law », qui n'est pas seulement la loi mais tout type de norme émis par le législateur, l'administrateur, le juge, les cocontractants, etc., au point qu'une analogie avec les travaux de l'École de la Théorie pure du droit ne m'a pas semblé déplacée. De ce point de vue, il est possible de considérer que Bentham se révèle tout à fait différent de tous les autres penseurs d'une science de la législation volontariste. Son concept de droit est beaucoup plus vaste, plus puissant, plus intrusif, plus précis et plus minutieux.

Je saisis de ce fait l'occasion pour dire que Bentham n'est pas seulement un théoricien de la législation, qu'elle soit directe ou indirecte. Chez lui, il ne faut pas négliger ce qu'aujourd'hui, en juristes peu ou prou normativistes, on considérerait comme l'« amont » et l'« aval ». En amont de la législation, c'est naturellement au droit constitutionnel qu'il faut penser.

Ainsi que j'ai pu tenter de le démontrer, l'une des caractéristiques remarquables de la théorie juridique de Bentham tient à l'affirmation (à mon sens inédite) selon laquelle le « droit » constitutionnel est bien du droit proprement dit, à l'encontre de ce qu'affirmera par exemple John Austin. En cela, Bentham participe incontestablement de la mise en place d'un nouveau concept, contemporain, de constitution. Cette thèse ne doit pas être comprise comme une thèse réaliste, au sens où il serait possible de prouver que Bentham prétendrait, après analyse, démontrer que la constitution relève réellement, en raison de sa nature propre, du droit compris comme une réalité éternelle et absolue. Il s'agit simplement de constater que, selon la définition du

droit dont il se dote, la constitution, au sens de normes applicables au souverain dans une société politique donnée, se subsume parfaitement sous son concept générique de droit, lui-même bâti à partir d'une réélaboration et d'un réaménagement stipulatifs des usages linguistiques de son époque.

Selon ses écrits et notamment ses projets de codification, Bentham semble parfois hésiter sur la nature civile, pénale ou *sui generis* du droit constitutionnel. Mais il reste que, quelle que soit la manière dont le droit constitutionnel s'insère dans le paysage plus général du *pannomion*, il demeure, de manière parfaitement constante et appuyée, considéré comme du droit. Ces divergences éclairent en outre une thèse profonde de Bentham, à laquelle il a déjà été fait allusion et que Denis Baranger met en évidence. Elles s'expliquent à la lumière de sa théorie du langage et de la logique. Il n'existe vraisemblablement pas, selon lui, de nature ontologique ultime du droit civil, du droit pénal, du droit constitutionnel ou encore du droit processuel. Toute règle de droit, individualisée à partir du matériau juridique brut qu'offre le langage des producteurs de droit, se prête à de multiples catégorisations. Toutes sont commandées par le principe d'utilité, notamment dans le contexte de codification qui est, majoritairement, celui dans lequel Bentham rédige ses propositions. Aussi peut-il être parfaitement compréhensible, *hic et nunc*, que tel ou tel matériau juridique relève, selon le cas et selon la perspective adoptée par le locuteur, de telle ou telle branche de la *jurisprudence*. Ce qui peut être compris comme des incohérences ou des hésitations peut tout aussi vraisemblablement être lu comme un effort continu pour se doter des découpages ontologiques propres à satisfaire l'objectif visé. À travers une approche qu'il serait possible de qualifier de « perspectiviste », Bentham remodèle sans cesse ses dichotomies ou, parfois, ses trichotomies. Ceci n'apparaît pas comme une difficulté car celles-ci sont construites à volonté et de manière utilitariste en fonction des propos de celui qui se les donne.

En aval de la législation, c'est l'activité normative des juges qui mérite de retenir l'attention. Sa haine de la *common law*, sa détestation de « Judges & Co. » et sa promotion inlassable de la codification auraient pu conduire Bentham à négliger l'organisation et l'activité des juridictions. Tel n'est à l'évidence pas le cas, de sorte que la figure d'un Bentham purement législateur mérite à nouveau d'être

complétée. Les travaux que Gerald J. Postema et Francesco Ferraro ont consacré aux écrits (particulièrement volumineux, si l'on pense au seul *Rationale of Judicial Evidence* en cinq volumes édité par John Stuart Mill ou à la proportion considérable du *Constitutional Code* qui est consacrée au « pouvoir judiciaire ») sur ce thème démontrent l'importance que Bentham leur accordait. La branche « adjective » du droit, c'est-à-dire le droit processuel destiné à mettre en œuvre le droit « substantif » ou « substantiel », a conduit Bentham à concevoir un modèle de juge qui s'éloigne considérablement du juge automate dont la figure domine encore très largement son époque, y compris dans les travaux des auteurs qui, à l'instar de Beccaria, l'ont inspiré de manière décisive. À l'encontre du système « technique » en vigueur en Angleterre, Bentham promeut un modèle « naturel » ou familial de justice, fondé sur un rôle actif du juge. Loin d'être déconnecté du législateur, il lui revient, à travers des dispositifs de référé législatif dont Bentham détaille avec sa minutie coutumière les formalités, de suggérer des améliorations aux normes générales s'il lui paraît, au moment de les appliquer à des cas concrets, qu'elles manquent à leur objectif de promotion du plus grand bonheur du plus grand nombre.

Ce jeu subtil entre l'utilitarisme de l'acte et l'utilitarisme de la règle dément la représentation d'un Bentham désireux de produire des codes régulant dans le moindre détail l'existence des individus. Il autorise à rapprocher Bentham du Montesquieu que Denis Baranger décrit (p. 113) comme se limitant à donner des conseils au législateur, à lui prodiguer un savoir pratique relativement limité, afin qu'en définitive, une forme de ce qu'il est traditionnel d'appeler « prudence » s'exerce. L'auteur note à ce titre que « La science de la législation benthamienne, à y regarder de plus près, comporte sa part de modestie » (p. 255). Tout ne doit pas faire l'objet de la législation directe. Bentham dégage, dès l'*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, des « cases unmeet for punishment ». Dans ces hypothèses, l'intervention directe du législateur méconnaîtrait les principes utilitaristes, serait contre-productive ou présenterait une efficacité douteuse. C'est alors à la législation indirecte, à l'éthique, à l'éducation, à la réforme des mœurs, qu'il faut travailler. La réflexion de Bentham n'y est en rien étrangère. Mais dire si cela constitue une limitation de son panléganisme épistémologique ou au contraire la marque

de l'emprise de celui-ci sur toute la pensée benthamienne n'a rien d'évident. Cette interrogation conduit peut-être au cœur de la contradiction qui se loge dans l'intimité du projet de Bentham.

Denis Baranger relève avec justesse que l'utilitarisme de Bentham est « né dans le berceau du droit » (p. 232). C'est ce qui le conduit, en vue de la réalisation du plus grand bonheur du plus grand nombre, à proposer la théorie juridique la plus puissante de son (de tous les ?) temps et la théorie la plus raffinée, engagée et systématique, de la science de la législation. L'ensemble, qu'incarne le binôme entre *expository* et *consorial jurisprudence*, vise à remédier aux problèmes issus du monde de fiction qui assure l'« hégémonie » (p. 266) des juristes. Par « fiction », il ne suffit pas d'entendre ici les exemplaires classiques, techniques et ponctuels de fictions auxquelles recourent notamment les juges afin d'étendre ou de limiter le champ d'application d'une norme. Plus profondément, il s'agit de l'univers conceptuel, de la *forma mentis*, de la culture qu'ils ont en commun, et que Denis Baranger désigne comme la « pensée jurisconsulte » (*ibid.*).

Or la défaite de la science de la législation de Bentham tient peut-être à ce qu'il n'est pas suffisamment conscient de cette double dimension. Son projet de « jurisprudence critique » n'était-il pas, en définitive, voué à l'échec dès le départ ? Bentham n'était-il pas la plus dupe des victimes de l'hégémonie des juristes dont il a si finement démonté le mécanisme linguistique et qu'il a si violemment critiquée ? N'est-ce pas là la contradiction fondamentale de son panléganisme ? Jamais il n'a semblé envisager de s'évader du cadre mental juridique qu'il avait pourtant compris comme recelant une force de domination politique essentielle à son époque. En réalité, il s'emploie à longueur de pages à fournir au lecteur et au réformateur des concepts et des outils *juridiques*. Bien que ceux-ci puissent apparaître plus précis et plus cohérents que ceux qu'offre la pensée juridique anglaise du XVIII<sup>e</sup> siècle, ils demeurent partie prenante de la langue juridique. Précisément parce que tout son projet réformateur repose sur la rationalisation, la lecture, la modélisation, la reconfiguration, la reconstruction du magma des relations sociales en termes juridiques, Bentham demeure nécessairement fidèle à un point de vue qui ne lui permet pas de s'évader de l'univers juridique qu'il dénonce. Le fait que la législation directe soit conceptualisée dans ce cadre est relativement naturel. Mais Bentham envisage tout

autre moyen d'atteindre, c'est-à-dire de confectionner, le plus grand bonheur du plus grand nombre au prisme du droit. La législation indirecte est de ceux-là, de même que l'éthique privée et l'éducation, qui ne sont que des formes de l'art du gouvernement. Ne parle-t-il pas de l'établissement de « codes de moralité » dans la sphère privée ? De ce fait, ainsi que le décrit *Penser la loi*, il finit inmanquablement par buter sur le pouvoir de la classe des juristes.

Cette aporie s'exprime clairement au moyen des deux concepts d'idéologie identifiés par Karl Mannheim dans *Idéologie et utopie*. Selon lui, la conception « particulière » de l'idéologie est en jeu lorsque l'on se montre sceptique vis-à-vis des idées d'un contradicteur. Celles-ci sont comprises comme déguisant plus ou moins consciemment la véritable nature d'un problème dont la révélation nuirait à ses intérêts. Son étude débouche sur une forme de psychologie des intérêts qui tend à élucider les raisons pour lesquelles le contradicteur dissimule la vérité. Au contraire, la conception « totale » de l'idéologie désigne de manière plus fondamentale et plus profonde l'état d'esprit d'une époque ou d'un groupe dans leur ensemble. Elle a trait au cadre conceptuel global dans lequel s'inscrit la pensée de l'interlocuteur. De ce dernier point de vue, l'insistance sur les intérêts des uns et des autres, que l'utilitarisme permet de comprendre, n'est plus pertinente. Selon Mannheim, bien que la *Weltanschauung* générale dépende des actions et des pensées des individus qui prennent part à ce système mental global, elle ne peut être réduite à une simple agrégation de leurs expériences respectives.

La *jurisprudence* de Bentham opère de toute évidence avec le premier concept d'idéologie. Mais en dépit de la richesse de sa compréhension de la manière dont le langage juridique contribue à l'établissement d'une culture cohérente hostile à l'intérêt du plus grand nombre, il n'est pas en mesure, ainsi qu'y engage le second concept d'idéologie, de percevoir de manière critique et réflexive sa propre inscription dans la structure juridique qu'il dénonce. Aussi commet-il l'erreur consistant pour les réformateurs à se heurter aux savoirs et intérêts des juristes, en croyant (naïvement ?) que le droit n'est qu'un instrument neutre, plastique et disponible (par exemple p. 265). En un mot, la science de la législation bute sur ce que Coke avait appelé la « raison artificielle des juristes ». À ce titre, Bentham

est bien, comme l'explique Denis Baranger, exemplaire de cet échec retentissant.



## PENSER LA LOI FACE A LA MONTEE DE L'INSIGNIFIANCE LEGISLATIVE<sup>1</sup>

Bruno DAUGERON  
Professeur de droit public,  
Université Paris Cité

Le livre de Denis Baranger peut être lu de différentes manières : non seulement du point de vue de l'histoire des idées politiques mais aussi de celui du droit des institutions. Mais en quoi peut consister une « lecture institutionnelle » de ce livre ? Peut-être à y chercher ce que les journalistes et chroniqueurs se sont acharnés à vouloir y trouver : non pas un essai sur le législateur *des temps modernes* mais un essai sur le *législateur contemporain* afin de pouvoir disposer de réponses à leurs questions pressantes liées à ce qu'ils perçoivent être l'actualité. Elles tiennent en quelques formules : « Où en est la loi aujourd'hui ? », « Qu'est-ce qui est possible et souhaitable pour l'avenir de la production législative et des institutions ? ». Le livre de Denis Baranger a en effet été accueilli par la presse ou les médias qui s'y sont intéressés comme un livre sur l'art de faire la loi et ce que l'on pourrait appeler sa « crise » : le nombre croissant de lois toujours plus tatillonnes et mal rédigées qui provoquent des réflexions sur sa « qualité » que l'on tente « d'améliorer » la plupart du temps à coups de lois tel un cercle vicieux qui alterne entre espoirs et déceptions. Sans parler de succédanés qui l'accompagnent : la trop fameuse « crise de la représentation », expression commode pour rendre compte sans effort de toute tension dans la société. D'où de multiples questions et une seule réponse de l'auteur qui ne pouvait que décevoir ses interrogateurs impatients : « Je ne sais pas comment sortir de la crise, je peux simplement expliquer comment nous y sommes entrés ».

---

<sup>1</sup> Je dois ce titre même à Denis Baranger dans une fulgurance dont il a le secret et qu'il a livrée dans la libre discussion engagée à la suite de cette intervention sur la perte du sens des lois.

Pour autant, l'ouvrage de Denis Baranger n'est pas seulement un livre d'histoire. Il offre justement de précieux éléments conceptuels pour *penser le changement* et les transformations de la notion de loi, en particulier savoir ce qui nous sépare des temps anciens (qu'on appelle aussi « modernes ») sous l'apparence trompeuse de la continuité du recours au même mot : loi. Son livre est donc utile car il donne des fondements historiques et presque anthropologiques à une analyse constitutionnelle pour permettre de rendre compte du double mouvement – actuel justement – qui peut paraître paradoxal au premier abord et qui l'est d'ailleurs, mais qui caractérise très bien notre époque : le surcroît de lois cache une perte du sens de la loi. Le livre de Denis Baranger éclaire les origines de ce double mouvement par l'histoire qu'il fait de la « modernisation » de la loi, c'est-à-dire sa conceptualisation par les modernes. Il nous permet aussi de mieux percevoir ce que l'on pourrait appeler une « montée de l'insignifiance législative » actuelle qui se traduit par une fascination pour la loi en même temps qu'une perte de ce que « Se soumettre aux lois » veut dire. Double perte donc : celle du sens du Législateur ou, ce qui revient en partie au même, de ce que légiférer veut dire (I) et une perte de l'objet : ce que légiférer est faire (II).

### I. La perte de sens : ce que légiférer veut dire

Denis Baranger évoque la « dévaluation de l'outil législatif » et même, plus profondément, « sa perte de sens ». Son livre peut donc conduire à la tentation de dresser la liste de tout ce qui a été perdu depuis l'origine du concept de loi. Erreur de perspective tentante mais qui n'en a pas moins sa part de signifiant. Ainsi il permet de saisir que le moment fort lié à Hobbes et au passage de la loi qui *reflète* à la loi qui *opère* (« intervention du monde plus que restitution du monde et de son ordre cosmique », écrit D. Baranger<sup>2</sup>) censé caractériser la modernité, me semble perdu. Pas perdu dans l'identification par l'État du juste et de l'injuste ou du besoin de loi, toujours aussi fort, mais dans l'identification de ce qu'était cette volonté, de qui elle émanait et surtout de ce qu'elle veut dire : une manière d'exprimer une volonté souveraine. Nos temps, nos institutions me semblent marqués par une perte de sens de ce qu'est

---

<sup>2</sup> *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, 2018, p. 89.

ce type de choix collectif et surtout de ce que sont sa légitimation et ses fondements à la faveur d'un double mouvement : la perte de sens du sujet, de *qui* veut par les lois et la perte du sens de l'objet de la représentation politique, question qui ne peut être détachée de la question de la loi.

S'agissant de la perte de sens du sujet de *qui* veut par les lois, on sait que, pour trouver le sens des textes qui s'appliquent aux cas qui leur sont soumis, les avocats, pour identifier le sens d'une norme, recherchent frénétiquement la « volonté du législateur », tout en ayant la plupart du temps, perdu de vue de *qui* la loi *est* la volonté – celle du souverain – pour la réduire à celle d'un organe technique et procédurier. Cela n'a l'air de rien mais pose le problème du sujet de la loi autant que de ses destinataires et de la perte du sens de la fonction de création de volonté théorisée par Hobbes et de l'incompréhension suscitée par la fiction à laquelle sa théorie de la représentation est censée renvoyer. Perte aussi et surtout de la dimension hobbesienne du lien entre législation et souveraineté. Perte enfin de l'idée, imputée par Denis Baranger à Hobbes, de la nature profonde « profonde et décisive » de l'État qui s'exprime par la production de la législation et surtout de la souveraineté qui s'exerce au moyen des lois.

Certes, l'on conserve depuis Hobbes l'idée que le droit est assis sur un socle de puissance politique difficile à ébranler. On veut toujours « transformer la société par les lois » (p. 53). Mais le fondement de la loi, lui, est perdu de vue au regard de son objet. Les citoyens en tant que souverain collectif paraissent avoir oublié que la loi était *leur volonté* et non seulement celle de leurs gouvernants à travers un texte « régulateur ». Ils ne savent plus à qui sont imputés ces choix collectifs. On peut constater la perte de ce que Denis Baranger appelle « la conception volontariste du souverain législateur » (p. 303), non, encore une fois comme croyance dans le recours au droit, mais dans l'idée que la loi n'est plus l'expression de la souveraineté mais au mieux une sorte de police de la liberté.

Les juristes connaissent une partie des raisons de ce double mouvement, pour ne pas dire de ce double étau, qui enserme actuellement la loi : d'une part la primauté du droit de l'Union sur le fondement même de la Constitution de 1958 (article 88-1) qui fait largement de la loi un de ses instruments ou qu'elle soumet à ses

autres textes ; d'autre part, le contrôle de la loi par la justice constitutionnelle comme si la loi était par nature suspecte : D. Baranger écrit

les juristes se donnent avant tout pour tâche d'interpréter la constitution comme on s'emploie à déchiffrer un hiéroglyphe sacré que chaque loi est suspectée d'enfreindre [...] chaque décision du juge constitutionnel peut se lire comme un acte d'accusation contre l'idée de loi (p. 9).

Or, s'agissant de la seconde, comme il l'écrit, nous n'avons pas construit de science de la justice constitutionnelle ce qui nous interdit d'inscrire le contrôle de constitutionnalité dans l'acte législatif ; quant à la première, l'exemple est encore plus typique : l'invasion normative européenne s'est construite en dehors de toute référence à la souveraineté. Les traités européens reconnaissent bien un « législateur européen » réunissant le Parlement européen et le conseil mais ce législateur n'est chargé d'aucune représentation de volonté souveraine : pas de peuple européen mais simplement des citoyens de l'Union qui n'ont pas de volonté représentable au sens que le droit constitutionnel donne à ce terme.

Tout ceci est aggravé par le fait que c'est dans l'élection présidentielle qu'est réputée se concentrer l'expression populaire désormais regardée et « vendue », si l'on ose dire, comme le seul moment où le « peuple » en corps est censé s'exprimer. On voulait être gouverné par les lois, on veut désormais être dirigé par les hommes à l'opposé donc de ce à quoi était censé servir, c'est-à-dire rendre tolérable la contrainte collective. Georges Burdeau écrivait :

Obéir à la loi, c'est cesser d'obéir à un homme ; ce n'est pas s'incliner, c'est au contraire s'élever jusqu'à la compréhension d'une norme supérieure intransgressible à raison de son contenu et non de la bouche qui l'énonce<sup>3</sup>.

Les lois ne sont plus censées être que la mise en forme de volontés présidentielles qui interrogent d'ailleurs sur le sens de la confection des lois et celle de la délibération parlementaire voire sur le sens des institutions politiques. Triomphe la croyance, naïve mais puissante, que la loi n'est jamais que la mise en forme « technique » de promesse électorale et de programmes politiques qui n'est que la conséquence d'un consentement, non sa réalisation. Le programme présidentiel devient en quelque sorte des lois en devenir, en tout cas pour les

---

<sup>3</sup> « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 37.

engagements que le président a décidé de tenir. Double discours évidemment : censé légitimer l'intervention du législateur quand le président veut intervenir il n'exclut pas son abstention quand il estime que les circonstances ne le permettent pas. Autrement dit il permet l'arbitraire pure et simple sous couvert de consentement populaire devenu extérieur aux lois.

La loi est bien volontariste mais plus au même sens que ceux qui lui ont été donnés dans son histoire étudiée par Denis Baranger. Elle ne dit plus la volonté de l'être collectif mais l'injonction à se conformer à des attentes sociales. D'ailleurs, une notion, sans abolir l'outil juridique matériellement, l'a remplacé symboliquement comme acte de souveraineté : les « politiques publiques ». Mentionnées depuis 2008 dans la Constitution de 1958 (trois fois dans le texte des articles 24, 47-2 et 48 ainsi qu'à l'article 6 de la Charte de l'environnement), elles sont le nouveau concept pour penser la volonté collective qui n'est plus populaire mais technique. Les politiques publiques remplacent en quelque sorte la politique.

S'ajoute à cela une perte du sens de la représentation. Comme le souligne Denis Baranger à propos de la pensée du XVIII<sup>e</sup> siècle, *légiférer c'est gouverner* ; mais on semble avoir perdu de vue que *légiférer* était aussi *représenter*. La disjonction qui généralement passe aussi inaperçue qu'elle est fondamentale entre la représentation et la législation désormais distinguées n'est rien d'autre que le prolongement de la disjonction du moment politique et du moment juridique de la volonté. La représentation, qui consistait essentiellement en l'acte de création de la volonté du peuple, se voit implicitement reconnaître une autre fonction, distincte de celle de légiférer, l'action de vouloir étant censée se confondre avec l'élection des représentants. La représentation ne sert plus à caractériser la fonction législative, mais à en désigner une autre qui n'est plus liée à la compétence de la production normative. Fonction représentative et fonction législative sont distinguées au prix d'une mutation-mutilation proprement inouïe de la théorie représentative. La représentation change d'objet : représenter n'est plus légiférer. La représentation de la volonté du souverain n'est plus censée se faire en forme de loi. Représenter n'est plus vouloir. La représentation ne se confond plus avec la législation et se voit en quelque sorte affecter une *fonction* « non représentative » qui ne correspond plus à aucune

*compétence* ni même à aucune justification d'une compétence. Dans les représentations communes, représenter n'est plus légiférer mais faire autre chose : se faire le porte-voix électoral des expressions de l'opinion : traduire, refléter, ressembler selon le sens que l'on donne au mot et parfois les trois à la fois.

Frappante est à cet égard la présentation du rôle de l'Assemblée nationale par son président alors en exercice, J.L. Debré et futur président du Conseil constitutionnel français lors de la 12<sup>e</sup> législature (2002-2007) dans le rapport annuel d'activité de l'Assemblée nationale pour l'année 2002. Attelé à la description des missions de l'assemblée qu'il présidait, ce dernier distinguait les trois fonctions réputées constitutives de l'activité du Parlement qui forment la trame du document : 1) « Représenter », 2) « Légiférer », 3) « Informer et contrôler »<sup>4</sup>. Invisible au profane, un fait devrait frapper le juriste : les fonctions de représentation et de législation sont dissociées. Représenter ne consiste plus à légiférer, mais *en* une action indépendante, justifiant un traitement autonome. Retournement inouï du sens des concepts, la fonction *législative* du Parlement est dissociée de sa fonction *représentative*, pourtant à l'origine de l'équilibre de pouvoirs posé par la théorie constitutionnaliste, stricts synonymes. La fonction représentative du Parlement n'est plus une fonction normative. La chose est dite. Considérable du point de vue de la théorie constitutionnelle, le fait, qui passe inaperçu, n'est censé illustrer aucune rupture et semble même découler de la force tranquille d'une sorte d'évidence rétrospectivement vraie. Si l'organe Parlement peut exercer d'autres fonctions que la fonction législative (la fonction juridictionnelle par exemple), sa fonction de représentation, elle, ne pouvait procéder d'une autre fonction que de celle de législation, consubstantielles l'une de l'autre. Alors que le sens historique et théorique de la représentation est censé résider, comme on le sait depuis Hobbes dont D. Baranger rappelle le rôle, à former la volonté de l'État par la loi, expression de la volonté générale, l'action de représenter est conceptuellement dissociée de celle de légiférer et autonomisée dans une mission qui s'en distingue et dont le contenu est indéterminé et lié à l'expression de l'opinion.

---

<sup>4</sup> Une année à l'Assemblée nationale. Rapport d'activité 2002, *passim*, et J.L. Debré, *Qu'est-ce que l'Assemblée nationale ?*, Paris, L'Archipel, coll. « L'information citoyenne », 2007, p. 121 et s.

Le parlementaire n'est plus représentant *parce que* législateur, mais représentant *et* législateur. Un organe est dit représentatif *en plus d'être* législatif. Ce n'est plus parce qu'il vote les lois qu'il est représentant, mais parce qu'il est représentant qu'il est, en quelque sorte, autorisé à voter les lois : la première notion n'est plus ni conceptuellement ni pratiquement solidaire de la première. La qualité de représentant précède celle de législateur, elle ne s'identifie plus avec elle. Les deux fonctions ne se confondent plus, elles se cumulent, donc se distinguent. On représente pour une autre raison qu'on légifère.

Tout se passe comme si la qualité de représentant du souverain était antérieure à l'acte d'expression de sa volonté ; comme si les représentants tenaient leur qualité d'autre chose que de leur participation au vote des lois. On représente avant de légiférer sans présomption que l'un implique l'autre. La représentation ne se confond plus avec la législation et se voit en quelque sorte affecter une *fonction* « non représentative » qui ne correspond plus à aucune *compétence* ni même à aucune *justification* d'une compétence au point que l'on ne sait plus guère quelle signification les députés donnent à la notion de « représentation nationale » quand, par cette expression, ils désignent avec emphase l'Assemblée nationale ou s'adressent à elle. Mais la « montée de l'insignifiance législative » prend aussi un autre visage, complémentaire au premier : la perte de l'objet de la représentation.

## II La perte d'objet : ce que légiférer est faire

Le livre de Denis Baranger éclaire également les raisons de notre fascination pour les lois. Mais à cet égard aussi il est davantage un livre de diagnostic qu'un livre de solutions. Curieusement, la disparition consciente de l'approche hobbesienne du droit et de la loi cohabite de nos jours avec un fétichisme de la loi comme instrument de réglementation pour tous les problèmes de toutes les sphères de la société. Par les « gouvernants » d'abord qui imputent aux « gouvernés » le désir d'intervention législative pour « combler » les « vides juridiques » jusqu'à l'absurde. Elle est devenue, comme le dit Denis Baranger, une « manière parmi d'autres de dire le droit » (p. 27). Face au nombre croissant de lois suscitant des espoirs toujours déçus, face aussi à leur incohérence et leur piètre rédaction,

les pouvoirs publics cherchent à mieux légiférer et produisent donc un discours aussi envahissant que lénifiant sur la « qualité de la loi » laissant entendre qu'elle pourrait être l'objet de recettes et de « bonnes pratiques ». Les institutions sont donc réinterprétées à la lumière de cette nouvelle mission. Ainsi le sens des institutions est rétrospectivement revu à l'aune des qualités qu'est censée présenter la loi dans les règles de cette nouvelle « science » qu'est la « légistique » : on a ainsi récemment réinterprété le « bicamérisme à la française » (sic) comme le produit d'une « triple nécessité au moins » dont « la recherche de la qualité de la loi »<sup>5</sup>. On a bien lu : *qualité de la loi*. On imagine pourtant mal Sieyès utiliser le vocabulaire des guides de stylistique de l'administration contemporaine.

Qu'on ne s'y trompe pas : il ne s'agit pas d'une simple histoire de mots mais d'une mutation très révélatrice des termes qui révèlent une rupture sur le sens même des institutions. Exit le lien entre bicamérisme et *bonne législation*, c'est-à-dire réfléchi, modérée et prudente où la double délibération, et donc la double discussion, est gage d'une plus grande maturité des lois conformément à l'élément central de théorie traditionnelle du bicamérisme évoquée jadis par Rossi<sup>6</sup>. D'autant que le rapport au temps dans la fabrique de la loi s'est inversé : elle ne va jamais assez vite comme le recours massif à la procédure d'urgence parlementaire le montre<sup>7</sup>. Alors qu'au

---

<sup>5</sup> J.L. Héryn, « Le bicamérisme à la française : une triple nécessité... au moins », *Vies politiques. Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*, Dalloz, 2018, p. 65-76.

<sup>6</sup> Tout entière contenue dans un développement du Cours de Rossi : « Dans ce système, on ne s'embarrasse pas essentiellement de savoir de quels éléments seront composés les deux Chambres. Ce qu'on veut avant tout, c'est qu'il y ait deux assemblées, pour qu'il y ait double discussion, double délibération. Ce qu'on veut, c'est qu'une Chambre ne puisse pas même imaginer d'exercer une sorte de dictature, sachant que l'autre pourrait s'y opposer. Ce qu'on veut avant tout, c'est qu'une Chambre ne puisse pas se livrer à mouvement désordonné. Dans ce système, il n'y a pas une Chambre haute et une Chambre basse ; il y a deux assemblées, deux magistratures politiques qui se contrôlent l'une l'autre, et se forcent ainsi réciproquement à un examen approfondi de toutes les questions à une délibération des affaires mûre, sensée, profitable à la chose publique. Il n'y a pas là une question de rang, de prééminence, parce que l'organisation des deux Chambres n'est qu'une pure organisation politique », *Cours de droit constitutionnel*, t. IV, Quatre-vingtième leçon, Guillaumin, 1866-1867, Bibliothèque Dalloz, 2011, p. 55.

<sup>7</sup> « Sous la XIV<sup>e</sup> législature, ce sont ainsi 216 des 449 textes définitivement adoptés par le Parlement qui ont fait l'objet d'une procédure accélérée, soit près d'un texte sur deux – souvent les plus importants. Contrairement à *l'esprit* général de l'article 45 (tel qu'il résulte de sa rédaction de 2008) – et non à sa *lettre*, qui ne fixe, quant à elle, pratiquement aucune limite à la prérogative gouvernementale –, la procédure accélérée est totalement banalisée.

contraire tout l'art de légiférer était la lenteur – Denis Baranger rappelle l'idée de Jefferson de laisser passer un délai d'un mois entre la présentation d'une loi et son vote définitif (p. 11) – nos institutions ne songent qu'à l'accélération des délibérations qui ne vont jamais assez vite. Qu'en déduire ? Que nous assistons à une déconnexion lente et progressive entre les institutions et leur rôle. S'agissant de la loi, et pour le dire d'une formule brutale, les membres du Parlement ne savent plus ce qu'ils font. Ils font raisonner des formules creuses sur la représentation ou la démocratie et sur le rôle du Parlement – que certains d'entre eux voudraient voir inscrites dans la Constitution comme par exemple le fait qu'il « contribue à l'élaboration de la loi » ! – sans saisir la correspondance juridique ou institutionnelle entre ces formules devenues vides et leur rôle.

La loi, elle, n'est plus comprise au mieux que comme la traduction des attentes et des besoins de l'opinion et au pire comme l'expression d'un rapport de force entre lobbies qui tendent d'en influencer le cours ou d'en influencer la rédaction. Elle n'est plus que la règle du jeu technique qu'il convient de rédiger à son avantage comme des juristes rédigent des contrats, en les soumettant parfois à des arbitres privés. La loi n'est plus « la vraie philosophie » comme l'on peut le lire dans le latin de Cicéron sous la fresque dans la salle des conseils de l'université Paris II.

Une loi relativement récente donne un bon exemple de cette manière de penser. Ainsi de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs », devenue l'article 1<sup>er</sup> de la loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, a institué une commission « d'experts » et de « praticiens des relations sociales » afin de proposer au Gouvernement une refondation de la partie législative du code du travail, autrement dit a confié à un groupe extérieur au Parlement le soin de dire quel devait être le droit applicable au travail. C'est d'ailleurs comme une abdication pure de

---

Il n'y a donc, dans la promesse de M. Macron de faire de la procédure accélérée la « norme » en matière d'élaboration parlementaire de la loi, ni rupture, ni renouveau, mais une relative et inquiétante continuité », écrit à ce sujet E. Lemaire, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », 5 juillet 2017, <http://blog.juspoliticum.com/2017/07/05/la-procedure-acceleree-ou-la-regrettable-normalisation-dune-procedure-derogatoire-par-elina-lemaire/>

ses pouvoirs par la représentation nationale qu'il a généralement été analysé même si le Conseil constitutionnel n'y a, comme souvent, guère trouvé à redire<sup>8</sup>. Et que dire des pressions constantes que subissent les parlementaires de la part de « lobbyistes », pudiquement dénommés « cabinets d'affaires publiques », professionnels de l'influence au service d'intérêts financiers privés, et autres « groupes d'intérêts » en tous genres tentant continuellement d'influer sur eux y compris par des moyens censés avoir été bannis par les dispositions législatives successives sur la « transparence » et la « déontologie ». Autre exemple : un cabinet d'avocat d'affaires n'a-t-il pas récemment été missionné par le Gouvernement pour une « assistance technique à la mise au point des documents nécessaires à la présentation de la loi afin d'établir une synthèse des éléments de référence de la loi » autrement dit la participation à la rédaction d'un projet de loi et la réalisation de son étude d'impact.

On comprend mieux pourquoi la défense de l'intérêt général est considérée désormais comme la question la plus préoccupante d'un processus représentatif dont le principe même est oublié<sup>9</sup> et qui ne trouve guère dans le Conseil constitutionnel un « gardien » vigilant<sup>10</sup>. La loi n'a pas le monopole du droit mais elle ne semble plus davantage avoir celui de la souveraineté et l'on tremble à l'idée qu'elle disparaisse avec elle. La loi a donc plus que jamais besoin d'être pensée pour que soient pensés avec elle l'ensemble des concepts du droit constitutionnel. À cet égard encore, le livre de Denis Baranger est précieux.

---

<sup>8</sup> Cf. la décision 2016-736 DC du 4 août 2016.

<sup>9</sup> « Sur les questions fiscales, sociales et environnementales, le combat le plus essentiel est de faire primer l'intérêt général sur les intérêts privés », explique récemment un député, cf. « Itinéraire d'une proposition de loi », *La Croix*, 1<sup>er</sup> juin 2016, p. 26.

<sup>10</sup> Qu'il nous soit permis de renvoyer sur ce point à B. Dageron, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus politicum*, vol. X, 2019, p. 261-287.

**A PROPOS DE  
*PENSER LA LOI* DE DENIS BARANGER**

Jean-François KERVÉGAN  
Professeur de philosophie,  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

J'ai lu le livre de Denis Baranger, *Penser la loi*, avec plus que de l'intérêt ; j'y ai éprouvé un réel plaisir. Cela tient tout d'abord à la qualité de son écriture, toujours claire, qui rend cet ouvrage savant accessible aussi au non-spécialiste, à « l'honnête homme » (ou femme) désireux(-se) de comprendre, grâce à un éclairage historique approprié, la position singulière, en tout cas éminente, qui revient à la *loi* dans notre représentation de ce qu'est le droit et, plus largement, de ce qu'est la société (mais peut-être pas forcément de la « bonne société »).

Cette qualité d'écriture se manifeste à travers une série de véritables trouvailles, des expressions justes et souvent saisissantes d'une idée originale : le « pouvoir édictal » du législateur pré-moderne, la « métaphysique du prince » bodinien, la « science de la législation » (expression à la coloration benthamienne) élaborée de concert par le souverain moderne et ses philosophes, la « prudence législative » du juriconsulte venant tempérer le rationalisme « managérial » du législateur moderne : autant d'expressions qui touchent juste et réussissent à condenser élégamment le résultat d'une analyse serrée.

J'ajoute, pour en finir avec les considérations de forme, que l'écriture du livre, comme son contenu, sont parfaitement à l'image de ce que l'on croit connaître de son auteur ; elle traduit une attitude de sympathie discrètement distante, poliment ironique, à l'égard de son objet : non pas tant la loi elle-même que la place qu'elle occupe dans le discours que la société tient sur elle-même par la bouche des hommes de savoir. Doit-on voir dans cette réserve une trace élégante de sensibilité conservatrice ? C'est affaire de goût, ou plutôt cela

dépend de la position que le lecteur occupe lui-même dans le champ intellectuel.

Je voudrais à présent faire une observation générale, avant de revenir sur deux ou trois points plus particuliers. Denis Baranger, on le sait, aime les philosophes, ou en tout cas certains d'entre eux. Le livre en apporte la confirmation. Mais cet amour est teinté de déception. On s'en aperçoit à la lecture des chapitres consacrés à Montesquieu et Rousseau et, dans une moindre mesure, dans ceux qui traitent de l'inventeur du « management législatif », Jeremy Bentham. En réalité, si Baranger se tourne vers les philosophes, c'est parce qu'il estime que les juristes ne le sont pas assez ; mais, lorsqu'il lit les philosophes, il découvre qu'ils ne sont pas assez juristes, ce qui est sans doute exact. Ce constat le conduit à être parfois un peu sévère : je pense à ce qu'il écrit à propos de Montesquieu et de Rousseau, qu'il aime pourtant bien (le premier surtout).

S'agissant de Rousseau, on perçoit bien que Denis Baranger fait un effort persévérant pour surmonter certaines préventions : Rousseau n'est-il pas le père intellectuel du fameux légicentrisme français, auquel il convient d'opposer la prudence toute burkénne des Anglo-Saxons ? Mais il n'y parvient pas tout à fait, ce qui le conduit (à mes yeux) à se montrer un peu injuste. Bien entendu, le *Contrat social*, dont le propos explicite est de proposer non des institutions concrètes à mettre en place, mais une norme d'évaluation des institutions politiques existantes (« prendre les hommes tels qu'ils sont et les lois telles qu'elles peuvent [et doivent !] être »), ne relève pas de cette ingénierie législative que développeront, quelques décennies plus tard, Bentham et d'autres, comme les auteurs du *Fédéraliste*. Pour autant, peut-on dire qu'il « ne prête aux lois positives qu'un intérêt distant » (p. 127) ? Sans savoir précisément ce qu'auraient été ces *Institutions politiques* que Rousseau a finalement renoncé à écrire, ses écrits sur la Corse et la Pologne, ainsi que ses considérations sur les institutions genevoises dans les *Lettres écrites de la montagne* ne conduisent-elles pas à nuancer ce jugement ? Bien entendu, Rousseau n'est pas Bentham, et ses principes excluaient au demeurant qu'il le soit ; mais il n'est pas non plus ce rationaliste doctrinaire, ce normativiste impénitent qu'on a l'impression de croiser par moments dans *Penser la loi*. Cela dit, j'ai été très heureux d'avoir trouvé dans ce livre la confirmation d'une intuition que le

non-juriste que je suis avait de longue date : ce que Rousseau entend par loi ne correspond pas tant à nos lois ordinaires qu'aux lois constitutionnelles (ce qui veut dire aussi qu'une grande partie de nos lois n'en sont pas, car elles sont des « actes de magistrature » et non pas des « actes de souveraineté »). Or cette observation doit conduire à relativiser l'accusation de légicentrisme si souvent portée (pas par Denis Baranger, à vrai dire) contre l'auteur du *Contrat social*.

J'en viens à quelques remarques « locales ». Ayant jadis étudié assez longuement les jusnaturalistes allemands de l'*Aufklärung* et l'*Allgemeines Landrecht*, j'ai apprécié l'évaluation sobre mais positive qui est portée au chapitre huit sur ceux qui, à la suite de Pufendorf et de Wolff, ont entrepris (comme Svarez, le principal rédacteur du Code prussien) d'« écrire le droit naturel ». Juristes ou philosophes (pas les plus profonds, sans doute...), ces réformateurs éclairés ont tenté, dans les limites strictes qu'imposait leur environnement politique et social, d'inscrire dans le massif touffu du droit allemand post-impérial les grands principes des Lumières, bien entendu dans une version que les lecteurs de Rousseau et les auteurs des constitutions révolutionnaires jugeront par trop timorée. Mais c'était un effort immense (et courageux, compte tenu des puissantes résistances sociales qui l'entravaient) pour inscrire, en les « positivant », les principes des Lumières dans un droit qui, par exemple, tolérait encore le servage dans la partie orientale de la Prusse.

J'ai beaucoup aimé les trois chapitres consacrés à Bentham où, surmontant ce qui m'apparaît comme une certaine antipathie initiale, Denis Baranger montre de façon éclairante que, derrière sa frénésie légiférante (dont l'état actuel de publication de ses écrits ne permet d'avoir qu'une idée approximative), se cache un programme politico-philosophique qui, d'une certaine façon, s'est imposé (sans doute pas pour le pire, mais pas non plus pour le meilleur) au monde contemporain, ou du moins à sa partie européenne : « ni conservateur, ni révolutionnaire » (p. 260), Bentham est le précurseur de l'ingénierie sociale à laquelle nous devons, avant que la tourmente néo-libérale l'emporte, le *welfare state*.

M'est-il permis, pour finir, d'exprimer un regret ? Il est sans doute vain, et même puéril, de noter des absences dans un ouvrage qui couvre déjà un champ immense. Mais j'ai regretté que la philosophie

allemande y ait si peu de place. Non pas tant parce que c'est mon objet de prédilection, mais parce qu'il me semble que, pour des raisons différentes, Kant (dont il est un peu question dans le livre) et Hegel (qui ne figure même pas à l'index, alors qu'il est cité vers la fin) avaient leur place, eu égard à son programme, dans cet ouvrage. Le premier, parce qu'il est le premier à avoir exposé en ses constituants fondamentaux la conception de la loi et de la législation qui allait nourrir la problématique si typiquement allemande du *Rechtsstaat*, et aussi parce qu'il a contribué de façon décisive à combattre le paternalisme législatif que son presque contemporain Bentham incarne si bien. Quant au second, Hegel, il est l'auteur d'une formule susceptible de réconcilier les tenants de l'ancien droit de tradition romaniste et ceux de la moderne législation rationnelle : la loi est « la raison de la Chose » (*die Vernunft der Sache*), parce qu'en elle le droit « se donne par la pensée la forme de la rationalité, à savoir universalité et détermination »<sup>1</sup>. Ceci lui permet d'assurer la qualification (ou la re-qualification) éthique d'une société civile « bourgeoise » (bourgeoise au sens de Rousseau plutôt que de Marx) qui, sans le travail structurant de la loi et la « veille judiciaire » sur ses dysfonctionnements, risque constamment de sombrer, comme dira Marx, dans les eaux glacées du calcul égoïste. Raison pour laquelle, envers *et contre* tout, nous avons besoin de la loi, tout en conservant une saine méfiance à l'égard des lois.

---

<sup>1</sup> *Principes de la philosophie du droit*, Préface, PUF, 2013, p. 123.

## UN COMMENTAIRE DE MES COMMENTATEURS

Denis Baranger,  
Professeur de droit public  
Université Paris-Panthéon-Assas

Je suis très reconnaissant aux organisateurs de la journée, Pierre Bonin et Pierre Brunet ainsi qu'à la Société pour l'histoire des Facultés de droit. Cette séance m'a fait honneur et je me sens débiteur vis-à-vis de tous ceux et celles qui y ont, à un titre ou à un autre, participé, ce qui inclut le public qui était présent en cette belle journée de juin 2018. Je tiens également à remercier le professeur Didier Truchet de sa bienveillante présidence de séance.

Je veux également, bien sûr, exprimer ma gratitude aux intervenants. C'est un grand privilège que d'être bien lu. Certaines formules m'ont semblé mieux exprimer que les miennes mon propre projet, par exemple lorsque Guillaume Tusseau envisage *Penser la Loi* comme une « polémologie des concepts, des cultures et des visions du monde ». Cette composante de conflit est en effet centrale dans le type de récit que j'ai proposé. Jean-François Kervégan l'a aussi relevée dans sa propre lecture. L'idée d'un *conflit des facultés*, idée dont le pedigree est bien connu en histoire de la philosophie<sup>1</sup>, inspire au livre une grande partie de sa dynamique. J'ai proposé un récit parmi d'autres, une geste de la loi moderne, en me focalisant sur certains aspects centraux et, à mon sens, sous-estimés de son histoire juridique et intellectuelle. Mon parti pris, évidemment contestable, est que c'est dans ces traits que s'explique le statut très problématique de la loi dans la société contemporaine<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Et auquel l'Institut Villey a consacré en 2020-2021 un séminaire annuel qui sera publié dans le n° 14 de la revue *Droit et Philosophie*.

<sup>2</sup> Je me suis assez longuement expliqué sur cet aspect des choses à l'occasion d'une autre discussion du livre, dont les actes ont été publiés par la revue *Philosophy and Public Issues* : <http://fcp.luiss.it/category/numero/no-1-2019-§-democracy-and-lawmaking/>.

Je suis conscient du labeur que représentent les textes qu'on trouvera ici. Si mon vœu avait été de relancer la discussion sur le sujet de la loi, de la faire sortir de l'ombre qui l'avait recouverte, il serait pleinement exaucé. Les contributions à cette journée sont en effet bien plus que des *review articles*. Chacune contient un savoir de la loi. Dans la diversité des sciences chèrement acquises au terme d'une « longue étude », d'une « grande application », et d'un « très grand travail »<sup>3</sup>, ce sont des éléments d'un tableau général de l'histoire de la loi qui sont proposés au lecteur : la loi des anciens régimes européens (Anne Rousselet-Pimont), la loi contemporaine (Bruno Daugeron), la loi aussi comme objet pour les philosophes (Jean-François Kervégan) voir les économistes ou disons des proto-économistes comme les physiocrates (Manuela Albertone) et les utilitaristes (Guillaume Tusseau). L'étude de Sylvain Bloquet apporte à la fois une remarquable définition des grands axes de la mutation de l'idée de loi et beaucoup de références savantes à la doctrine française, de Domat à Jèze. Guillaume Tusseau livre un tableau très complet des positions de Bentham, sur lequel je dirais seulement que cela n'a jamais été mon intention de présenter cet auteur comme un « codificateur maniaque », mais qu'au contraire j'ai cherché à contextualiser et à relativiser la place de la loi chez Bentham. Les analyses de Bruno Daugeron viennent très opportunément apporter au lecteur un tableau (pessimiste mais hélas réaliste) de « l'insignifiance législative ». Ce panorama devrait être lu par nos étudiants et nos praticiens de la législation. Tous ces textes bâtissent un ensemble de grande qualité, indépendamment même du *pré*-texte que constitue mon propre livre. Je serais presque tenté de dire que les propos qu'on trouvera ici sous ma plume, bien plus qu'un (inutile) rappel de ce qui se trouve déjà dans le livre, doivent se comprendre un commentaire de leur commentaire, une discussion de leur propre discussion. C'est le sens du titre que j'ai choisi, et bien sûr, l'association d'idées remonte ici pour moi à Bentham et à son *Comment on the Commentaries*.

---

<sup>3</sup> J. Domat, *Harangues*, cité par Q. Epron, *La manière française du droit. Contribution à l'histoire des méthodes juridiques de l'Humanisme aux pré-Lumières*, Paris II Panthéon-Assas, Thèse de droit, 2006, p. 335.

## I. La loi manque en place

J'ai parlé dans le livre de l'horizon d'une « histoire totale » de la loi. À défaut de pouvoir réaliser cet idéal, il m'incombait de rapprocher autant que faire se peut des dimensions jusqu'à maintenant disjointes. Il s'est agi de faire converger des visions de la loi qui avaient cessé de communiquer. On pouvait se demander si la loi des ouvrages de philosophie était identique à celle des ouvrages juridiques, ou si les spécialistes de sciences sociales qui dissertent de la loi savent comment est produite la législation parlementaire et ce qu'en font les juges.

D'où le statut de l'histoire des idées dans mon livre<sup>4</sup>. La tentation lorsqu'on exploite les possibilités de l'histoire des idées est de placer cette discipline au centre, en sa qualité de support neutre pour toutes les autres composantes de la conscience historique et de la réalité humaine (la science, la philosophie, le droit, l'économie...), comme si tout devenait un objet pour elle. Si cela peut être un défaut, ou une illusion, il reste que le mérite de l'histoire des idées est de relativiser ce qui peut sembler objectif à un certain moment. Ainsi, quand on aborde dans la longue durée la question de la loi, il devient très difficile de se dire que « l'inflation législative » ou la « mauvaise qualité » de la production législative ne sont pas des réalités objectives mais résultent de la disharmonie entre les projets des architectes de la loi moderne et la façon dont elle est aujourd'hui conçue.

Les savoirs de la loi sont des savoirs kaléidoscopiques. Le propre d'un kaléidoscope, c'est de présenter un chaos qui demeure chaotique, c'est d'offrir un ordonnancement pour ce qui est et restera désordonné. Du fait de son objet, mon livre se devait ainsi d'être un dispositif *kaléidoscopique* (plutôt par exemple qu'un dispositif *panoptique*) même si j'y vois la raison du « tournis » éprouvé par l'une des lectrices. On peut, et à bon droit, me l'imputer à faute. Un auteur de plus grand talent aurait peut-être mieux fait. Il aurait posé sagement, *panoptiquement*, les unes après les autres des formes passées et présentes de la loi, pour offrir au lecteur un paysage harmonieux. J'avoue que je n'y suis pas parvenu et que j'ai renoncé à faire une histoire bien tempérée de la loi.

---

<sup>4</sup> Sur ce point, je renvoie également à la discussion dans *Philosophy and Public issues*.

Car pour ma défense je dirai que, par-dessus tout, *le trouble est dans l'objet*. Avec la loi, c'est *la chose même* qui est insaisissable. Ce n'est pas qu'il n'y a pas de chose même. Nous gouverne l'intuition fondamentalement correcte que la loi de toutes les époques (*nomos* grec tardif, Douze Tables, lois barbares, ordonnances de Louis XIV, Code civil, loi publiée hier sur Légifrance...) est bien *loi*. Dans les bibliothèques, quand un volume a disparu, on signale qu'il « manque en place ». Mais cela veut dire qu'il y a tout de même une place, donc un ordre qui descend jusqu'au particulier, un ordre qui fait exister la chose, même manquante, par l'emplacement qu'il lui attribue. Nous pourrions dire de la loi qu'elle manque en place. Il existe pour elle un espace désigné par notre besoin profond de faire loi, de recevoir loi, d'avoir du respect pour la loi juste, de nous opposer à la loi injuste en appelant de nos vœux une loi meilleure. Une unique conceptualité s'exprime dans le mot « loi », malgré les mutations profondes, les traductions et les re-traductions, voire les contresens supportés par le(s) mot(s) de loi. Cette unique conceptualité, c'est la tradition juridique occidentale. Encore faut-il la dire. De ce point de vue, je comprends tout à fait qu'on me reproche l'opposition liminaire entre la loi ancienne et la loi moderne, qui est évidemment trop simple : « le besoin de périodisation » a écrit un critique littéraire américain, « est un résidu de formalisme »<sup>5</sup>. Le formalisme n'est cependant pas fautif, du moment qu'il est raisonné et que les formes qu'on propose sont signifiantes. Ce sera aux lecteurs d'en juger.

En risquant un tableau comme celui entrepris dans *Penser la Loi*, je me suis évidemment exposé à la critique. Mais le risque devait être pris. Ce qui était dit sur la loi, son concept, son histoire, était à reprendre. Sur le terrain historique, on m'a reproché d'en être resté à Olivier-Martin. Je ne pense pas devoir grand-chose à cet auteur, dont je ne tiens cependant pas pour négligeables les écrits. En revanche, je crois avoir beaucoup profité de travaux beaucoup plus récents sur la loi venus de l'histoire du droit, en particulier ceux d'Albert Rigaudière et de ses élèves<sup>6</sup>, ainsi que de la remarquable thèse de Frédéric Martin.

---

<sup>5</sup> G. Hartman, « Beyond formalism », *MLN*, 81, n° 5, 1966, p. 542-556.

<sup>6</sup> En particulier, je dois absolument rendre à César ce qui est à César en ce qui concerne la formule « pouvoir édictal » que Jean-François Kervégan me fait l'honneur de m'attribuer,

Toutefois, il faut bien reconnaître qu'à mon sens, l'histoire du droit comme discipline est en crise. Ce livre, qui n'est pas celui d'un historien du droit, entendait aussi répondre à cette crise. Les grandes conceptualisations relatives à la loi ne viennent plus de cette discipline. Les grands théoriciens de la société, dont certains sont discutés dans mon livre (Hayek, par exemple), sont allés se renseigner dans les études d'histoire du droit. En retour, celle-ci n'a pas cherché à discuter leurs travaux, *alors même qu'ils sont discutables*. Qu'on pense au quasi-silence conservé sur Foucault chez les historiens du droit – qui devraient plutôt l'enseigner à leurs étudiants avancés. Il faudrait consacrer un cours entier à Foucault dans les diplômes avancés d'histoire du droit, peut-être aussi d'ailleurs pour montrer les limites (flagrantes, à mon sens) de sa propre mise en histoire de la question du droit et des institutions<sup>7</sup>. Il faudrait ouvrir les jeunes historiens du droit à la philosophie, et cela sérieusement. Le défaut de prise en compte de la philosophie morale, pour ne prendre que ce seul exemple, interdit à mon sens toute appréhension correcte de l'histoire longue de la loi, de son devenir concret et de son statut conceptuel.

J'en prends un seul exemple : Portalis. Les lectures persistantes de Portalis comme d'un conservateur voire d'un pur réactionnaire, partisan du retour au passé, défenseur du « très peu de lois », etc., sont ainsi tout simplement fausses, parce qu'ignorantes de ce qui se dit de complexe et de subtil chez Portalis. Si je l'avais pu, j'aurais appelé le chapitre qui lui est consacré *Le vrai Portalis*, en m'inspirant du titre excellent trouvé par Gladys Swain et Marcel Gauchet pour leur livre consacré à Charcot (*Le Vrai Charcot*). Non pas bien sûr parce qu'il me semblerait avoir mis au jour la vérité définitive de Portalis, mais parce que ceux qui se réclament sans cesse de lui (comme on fait déambuler, aux jours de procession, la statue de quelque saint patron) ne comprennent en aucun cas son rôle majeur et très ambivalent dans l'histoire de la loi moderne.

---

mais qui revient (à ma connaissance) à Albert Rigaudière et a été reprise et développée dans les travaux faits sous sa direction.

<sup>7</sup> Quelle que soit la haute considération qui est due, sous bien des rapports, à la pensée et à l'œuvre de Michel Foucault, je suis convaincu de la fragilité de ce qui tient lieu, dans sa pensée d'ensemble, d'une *histoire de l'Etat*.

Pour en terminer avec la question des manques, j'accepte sans réserve la critique faite par Jean-François Kervégan concernant le traitement de l'idéalisme allemand dans le livre. Il aurait fallu donner leur place à Kant et à Hegel. Kant est un peu présent sans l'être, à travers ses avant-courriers. Il manque en place, mais la place qui lui revient est en quelque sorte désignée. Je me suis efforcé de restaurer la place qui lui revenait à l'un de ces précurseurs trop oubliés : Christian Wolff. Mais il est tout à fait légitime de me reprocher de ne pas avoir trouvé une bonne place à Kant dans ce livre. Je n'y renonce pas... Sur Hegel, je ne peux que dire, pareillement, comme l'élève qui reçoit une mauvaise note méritée, que je vais y travailler... L'hégélianisme un peu spontané qui est le mien en général (et qui me conduit à rechercher dans tout problème la structure dialectique formelle) a été mis en échec dans l'écriture de ce livre, alors qu'il m'avait servi de guide pour un livre tel que *Parlementarisme des Origines* qui est hégélien de bout en bout. *Penser la loi* n'est pas un livre hégélien, j'y reviendrai.

Ce livre n'a donc pas été écrit avec l'intention de produire une histoire générale de la loi. Il s'est agi d'en faire apparaître les fissures comme étant ce qui, la concernant, est le plus signifiant. Autrement dit : parler de la chose à partir de ses fractures. C'est pour cela que je parle de conceptualité plutôt que de concept de loi, parce que le danger est de figer le temps à un seul moment et de le croire décisif. On pourrait ainsi objecter à Anne Rousselet-Pimont qu'elle est elle-même un peu trop moderniste en se concentrant sur le lien loi-coutume. Le rapport avec la coutume n'épuise pas la dynamique conceptuelle (la *Begriffsgeschichte*) de la loi. Le concept de loi, pris sur la très longue durée, possède que j'ai appelé un effet attractif. Il absorbe des significations variées, parfois portées en même temps ou ultérieurement par d'autres concepts. Ainsi, Anne Rousselet-Pimont a parfaitement raison de mentionner le lien de la loi avec l'idée de coutume. Mais on pourrait dire aussi que si ce lien est peut-être caractéristique de l'époque dont elle est une éminente spécialiste, à d'autres époques, ce sont d'autres associations conceptuelles qui ont opéré et dont la loi s'est imprégnée (c'est-à-dire dont la conceptualité de la loi s'est enrichie).

*Penser la loi* n'est pas non plus, comme certains l'ont pensé sans malice, une monographie relative aux sciences de la législation, même

si plusieurs chapitres leur sont consacrés. Il s'agissait plutôt pour moi d'« esquisser certaines trajectoires essentielles dans l'histoire de la législation »<sup>8</sup>. Peut-être simplement d'une seule grande trajectoire, qui était très difficile à élaborer parce que, comme je m'en suis rendu compte, *la loi n'est pas dialectisable*. Ce n'est pas un concept pour lequel une histoire dialectique, la description d'un processus de dialectisation, résout le problème du récit. Le narrateur doit trouver autre chose. Il y a dans l'histoire de la loi moderne des moments de non-dialectisation, où le négatif *ne se convertit pas* en positif. Ce sont les fractures que j'évoquais un peu plus tôt. C'est le cas du passage du moment « Montesquieu-Rousseau » au moment « utilitariste-technocratique ». Nous héritons de cette non-dialectisation, parce qu'il y a scission dans notre expérience de la loi, une scission non résorbée et donc une forme de névrose. Nous aurions besoin d'une loi, expression de la volonté générale, et nous avons à la place une loi technocratique à visée de maximisation du bien-être. C'est un aspect central de notre conscience politique et de notre rapport au droit.

## II. Toujours indistinctement...

Sylvain Bloquet a insisté à juste titre sur la « polysémie persistante » de l'idée de loi jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle. Il cite ce passage remarquable dans lequel Domat annonce qu'il usera « toujours indistinctement du mot de *lois* et du mot de *règles* ». C'est un aspect qui a pu entraver l'appréhension de ce concept en histoire du droit. Ce que met en évidence Sylvain Bloquet est très intéressant, car on voit comment la loi fut longtemps « assimilée à une règle » et, sous la forme des « lois » romaines, porteuse potentiellement de « la solution à tous les problèmes » auxquels le juriste peut avoir à se confronter<sup>9</sup>. Autrement dit, la loi ancienne était l'analogie conceptuelle de ce que nous appellerions pour notre part, nous autres modernes, une *norme*. Elle était, plus exactement, à la fois moins et plus que cela. *Moins*, parce que le concept de norme n'était pas pensable dans le droit de l'Antiquité, du Moyen Age ou des anciens régimes européens. *Plus* que cela, parce qu'elle comportait aussi,

---

<sup>8</sup> D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018, p. 19, cf. aussi p. 105.

<sup>9</sup> J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, p. 141-142.

comme le montre Bloquet, une composante substantielle de réalisation de la justice : la loi est « ce qui est juste, ce qui est réglé ». Il y avait cette idée que la loi était règle et que les règles étaient lois. Cette idée est très difficile à appréhender pour nous, car elle éloigne l'idée de loi de l'idée d'un simple format de normativité, ce que les philosophes du droit modernes appellent un *pedigree*.

La loi a toujours été plus que cela. Le mot *loi* a été traité par notre culture juridique comme le signe par excellence d'une expression adéquate du droit. Dans une tradition dont nous sommes les héritiers, la loi était envisagée comme le signe parfait (voire le *méta-signé* : le signe de tous les autres signes) du normatif. Là où le phénomène normatif était en cause, le mot *loi* se présentait toujours ou presque comme le mot juste. La situation s'est renversée et c'est en ce sens que nous ne sommes plus dans l'âge classique du droit, et peut-être même plus des modernes, mais des post-modernes. Désormais, nous envisageons les normes comme les unités de base du raisonnement juridique. Le signe, ou méta-signé, du droit, c'est désormais la norme. C'est le mot qui veut tout dire en ne disant presque rien, le signifiant universel de tous les signifiés juridiques. Le phénomène juridique est appréhendé universellement comme phénomène normatif. Les implications de cet état de choses dépassent ce que j'ai projeté de faire dans *Penser la Loi*. C'est à les mettre en évidence que j'ai consacré la suite de mon travail.

### III. Théorie et pratique

Sur le doublet théorie/pratique, je crains d'avoir été mal compris, mais c'est certainement de ma faute. Je n'oppose pas – on ne peut pas opposer – de manière aussi franche théorie et pratique. La législation est une pratique théorisée, une théorie en action. Ce que j'ai essayé de dire dans le livre est que nos schèmes de législation obéissent à de régimes successifs de positivité qui englobent et donnent cohérence à nos possibilités d'action, de modification du monde. L'histoire du droit, c'est – ce devrait être – fondamentalement cela : l'histoire des paradigmes successifs (ou plutôt se recouvrant partiellement, comme les vagues sur le bord de mer, qui avancent, reculent à leur rythme, les nouvelles reposant sur les anciennes, les recouvrant, allant *un peu plus* ou *un peu moins* loin

que les précédentes) de la positivité juridique comprise, selon la phrase remarquable de Hugo comme : « l'idée de [...] quelque chose qui n'a pris le caractère de vérité que par le fait des actions des hommes »<sup>10</sup>.

On ne peut pas faire seulement l'histoire du droit sur le registre d'une sorte de science auxiliaire du droit positif contemporain, et étudier le droit des anciens temps comme celui d'hier soir ou de demain matin. Il faut, pour accéder à la positivité juridique des temps passés un effort hautement intellectualisé, *dénaturalisé*, de révision de notre conscience historique. Il faut reprendre pied dans le monde perdu (*the world we have lost*<sup>11</sup>) de la création juridique du monde. Il faut saisir la manière dont le droit de chaque époque parvient à être l'opération productive – la *poïétique* – des formes du monde humain en tant que monde social. Cette opérationnalité, ces formes de productivité sont *historiques*. Elles changent et c'est cela qui donne leur identité aux époques de l'histoire juridique. C'est en cela que consiste la véritable clé des périodisations en histoire du droit. Retrouver ces schèmes de positivité, ces paradigmes de performativité, ne va pas de soi. Il y faut un effort encore plus difficile, peut-être, pour l'historien du droit que pour l'historien d'un autre objet. La visée qu'avait un homme du passé de la manière dont un acte juridique donné (un acte notarié, un contrat, une loi, une constitution...) produirait son effet propre, sa performativité intrinsèque, cette visée, donc, est hautement difficile à saisir pour l'historien des temps ultérieurs. C'est une enquête très voisine de celle de la métaphysique.

Ainsi, ce qui s'est passé entre le XVII<sup>e</sup> siècle et le XVIII<sup>e</sup> siècle, et qui a rendu possible, ou au moins pensable, la législation moderne, c'est le passage à une nouvelle conception de la positivité : un nouveau régime de l'action gouvernante assez profondément renouvelé dans ses articulations fondamentales. De ce point de vue, je le maintiens, quelque chose de décisif s'est opéré dans le passage à la législation moderne. Cette loi moderne prend ses racines dans le passé lointain mais elle possède aussi des traits distinctifs très forts. Ce qui lui confère son originalité est le nouveau régime de positivité

---

<sup>10</sup> G. Hugo, *Histoire du droit romain* (7<sup>e</sup> éd., trad. Jourdan), Bruxelles, Sté Belge de Librairie, 1840, p. 1.

<sup>11</sup> Titre d'un livre de l'historien anglais Peter Laslett.

qui la rend opératoire : une conception révisée des rapports entre théorie et pratique, pensée et action, mais aussi réalité et norme, ou, si l'on préfère, être et devoir être.

#### IV. Loi, souveraineté, sujet de la volonté générale

Je peux avouer ici, peut-être plus librement que dans le livre, que j'accepte sans réserve l'héritage conceptualiste de la Déclaration de 1789 : toute *véritable* loi est l'expression d'une volonté générale et toute volonté générale *véritable* s'exprime dans une loi. Je fais de l'expression de la volonté générale un aspect central du concept (y compris du concept juridique positif) de loi. Quand on convertit, comme on le fait constamment de nos jours, la loi en « mesure législative » ou en « norme législative », quand on légifère essentiellement par voie d'ordonnances de l'article 38 de la Constitution, on va dans le sens de ce que dans la discussion avec Bruno Daugeron, j'ai proposé d'appeler – dans le sillage de Castoriadis – une *montée de l'insignifiance*. Sur ce point, Bruno Daugeron évoque par une formule très pénétrante la

perte de sens de ce qu'est ce type de choix collectif et surtout de ce que sont sa légitimation et ses fondements à la faveur d'un double mouvement : la perte de sens du sujet, de *qui* veut par les lois et la perte du sens de l'objet de la représentation politique, question qui ne peut être détachée de la question de la loi.

Le projet historique de l'Etat législatif était un projet d'autonomie politique dont l'issue est compromise par la crise de la loi.

La césure, centrale dans mon récit, entre les idées de législation de Montesquieu et Rousseau et le développement pragmatique de la forme moderne de la législation dans les droits positifs européens et américains du XVIII<sup>e</sup> et du XIX<sup>e</sup> siècle joue ici un rôle considérable. On ne maîtrise jamais la lecture qui est faite de son propre travail, mais j'ai regretté que cette scansion du récit ne convainque pas ou, pire, ne soit pas remarquée. La faille théorico-pragmatique qui s'est creusée entre Montesquieu-Rousseau (d'ores et déjà un couple ambivalent) et nos législateurs utilitaristes et technocratiques me semble expliquer largement le sort malheureux, la presque faillite<sup>12</sup>,

---

<sup>12</sup> Je me hâte de préciser qu'il vaut mieux une presque faillite qu'une absence de projet.

de notre projet d'autonomie politique. Nous ne savons pas faire de loi à notre propre intention. C'est un aspect central de notre désenchantement politique et moral. Or, ce qui est fait pour nous par voie législative n'est pas loi s'il n'exprime pas notre volonté générale. Ce n'est pas « loi » si cela ne vient pas de nous, ou ne « remonte pas » à nous. Le livre recense différentes manières dont ce rattachement peut se faire, manières qui ne sont que très rarement (voire jamais) directes. Montesquieu, par exemple, en attribuant – par une figure remarquable de langage que je m'efforce de repérer – les lois, romaines ou autres, au peuple *qui les reçoit* en plaçant sous rature le législateur *qui les a données*, montre que l'autonomie politique peut parfaitement s'accommoder de mécanismes représentatifs de législation.

Il demeure – enfonçons cette porte que l'on néglige trop de voir ouverte – que l'hétéronomie politique est un mal. C'est le mal absolu de la politique moderne. C'est l'énigme résolue de tous les despotismes. Cela ne se fait pas toujours de manière spectaculaire. Si l'Etat produit des normes appelées « lois » sans veiller à garantir d'une manière ou d'une autre qu'il s'agisse là d'une expression de la volonté générale. Une crise politique grave s'esquisse dans les plus techniques des mutations juridiques, par exemple quand, au bénéfice d'un revirement jurisprudentiel, notre juge constitutionnel en est venu à assimiler des ordonnances non ratifiées de l'article 38 de la Constitution de 1958 à des dispositions législatives. Un exemple de ce type n'est pas anodin. Les transformations techniques du régime de la loi dans notre droit public – je parle un instant en qualité de publiciste – vont presque toutes dans le sens de cet amenuisement à bas bruit de l'autonomie politique, c'est-à-dire d'un démenti du lien entre loi et expression de la volonté générale. La loi connaît là, sous nos yeux, la dernière en date de ses fractures. Bien sûr, l'autonomie politique a toujours été un horizon. En tant que tel, l'horizon de l'autonomie politique n'a nullement été méconnu par les fondateurs de l'Etat constitutionnel libéral. Le passage de l'Etat constitutionnaliste libéral, qui n'a jamais vraiment réussi, à son successeur, l'Etat technocratique moderne, qui se donne pour projet d'en réparer toutes les failles techniques, se paye là d'un prix élevé. Car le malheur de l'Etat technocratique moderne est, en la matière, de ne réussir que trop bien. Il perfectionne la fabrique de la loi d'un

point de vue technique, mais en dépouillant progressivement le processus législatif de sa légitimité politique.

### **Faute de conclusion**

J'ai longuement cherché comment conclure ce texte de réponse et de remerciements à mes lectrices et lecteurs de la SHFD. Je n'ai pas trouvé de solution satisfaisante à ce problème stylistique majeur : finir. Les préoccupations qui m'ont animé dans l'écriture du livre sont maintenant repliées dans le livre lui-même. Ce n'est pas le livre d'un autre. Je m'y retrouve. Si je devais le défendre une dernière fois, je dirais qu'il est peut-être bon de le lire en entier, et de ne pas le considérer seulement comme une succession de chapitres spécialisés. Pour reste, le livre a maintenant été écrit il y a un certain temps, et même la discussion qui nous a rassemblés sous l'égide de la SHFD n'est qu'un souvenir. Il faut souhaiter que d'autres livres, d'autres discussions, lui succèdent. Il est nécessaire que la réflexion sur les concepts fondamentaux de notre vie juridique et politico-morale – l'exploration des structures constitutives de notre raison pratique – se continue dans les facultés de droit, où se trouve, pour ce faire, un savoir en lui-même insuffisant mais irremplaçable.