

LA LOI DANS LA PENSÉE DU BARON DE GÉRANDO

La pensée de la loi du baron de Gérando est celle d'un haut fonctionnaire doté d'une solide formation philosophique ¹. Sa pensée de la loi procède d'une part de son expérience professionnelle, celle d'un serviteur de l'État. Gérando est en effet un administrateur proche du pouvoir. En l'an VIII, il est nommé par Lucien Bonaparte membre du bureau consultatif des arts et du commerce. En 1804, il est appelé au poste de secrétaire général au ministère de l'Intérieur, ministère qui, à l'époque, incluait l'instruction publique, les cultes, les travaux publics, l'agriculture et les beaux-arts. En 1808, il est nommé par Bonaparte maître des requêtes au Conseil d'État, puis membre de la junte d'organisation de la Toscane. L'année suivante, il entre dans la Consulte chargé de prendre possession des États romains et d'y appliquer le régime administratif prévu par le décret de Schoenbrunn de 1809. Il y prend en charge l'instruction publique, les monuments, les beaux-arts et les ponts et chaussées. Revenu à Paris en 1811, il est nommé Conseiller d'État par l'Empereur. Gérando fut ensuite membre du conseil général des hospices, du conseil supérieur des établissements généraux de bienfaisance, du conseil supérieur de santé, du conseil d'administration de l'institution royale des sourds-muets, et administrateur de la caisse d'épargne.

La pensée de la loi du baron de Gérando procède d'autre part de sa formation intellectuelle, celle d'un philosophe. Très jeune, il rédige deux essais de philosophie. Le premier est intitulé *Des signes et de l'art de penser, considérés dans leurs rapports mutuels*. Il fut motivé par une

1. Sur la vie de Gérando, voir l'*Éloge funèbre du Baron de Gérando, pair de France, prononcé par M. le comte Beugnot dans la séance du 2 février 1844*, Paris, Imprimerie de Crapelet, 1844 ; E.-F. Bayle-Mouillard, *Éloge de Joseph-Marie Baron de Gérando*, Paris, Jules Renouard, 1846 ; *Notice historique sur la vie et les travaux de M. le Baron de Gérando par M. Mignet, secrétaire perpétuel de l'académie des sciences morales et politique*, lue dans la séance publique annuelle du 16 décembre 1854, Paris, Firmin Didot Frères, 1854. Ce deuxième éloge a notre préférence dans la mesure où il montre bien l'importance de l'engagement religieux de notre auteur, qui est l'une des clefs permettant de comprendre sa doctrine politico-juridique.

participation à un concours ouvert par l'Institut sur la question suivante : « Déterminer quelle a été l'influence des signes sur la formation des idées ? ». Le travail de Gérando obtint le prix en 1799 et fut publié l'année suivante. Le second essai, intitulé *De la génération des connaissances humaines*, fut rédigé dans le cadre d'un concours proposé par l'Académie de Berlin et demandant la démonstration incontestable de toutes nos idées. La question était de savoir si les idées fondamentales sont innées en nous ou bien si notre esprit les acquiert par l'expérience. Gérando partagea le prix avec un auteur allemand et publia son travail en 1802. Peu de temps après, Gérando rédigea une vaste synthèse intitulée : *Histoire comparée des systèmes de philosophie*. Cet ouvrage a connu un certain succès puisque deux éditions ont été publiées, l'une en 1804, traduite en plusieurs langues, et l'autre en 1822.

Ce mélange des genres contribua sans doute à ce que soit confié à notre administrateur philosophe le cours de droit public et administratif proposé, à partir de 1819, aux étudiants de la Faculté de droit de Paris. C'est de ce cours que transparaît la pensée de la loi du baron de Gérando. Ce cours n'a pas été publié, mais on peut en avoir connaissance par le compte rendu qu'en donne un étudiant du nom de Faure-Beaulieu dans la revue *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*. Éditée à Bruxelles de 1819 à 1831, cette revue comporte quatre parties. La première est intitulée « Législation et Histoire du droit » ; la deuxième « Jurisprudence des arrêts » ; la troisième « Doctrine des auteurs » ; et la quatrième « Enseignement du droit ». C'est dans la quatrième partie de la livraison publiée en 1824, au tome II, pages 155 et suivantes², que cet étudiant rend compte du cours dispensé par son Maître³.

Gérando commence en effet son cours de droit public et administratif par des réflexions générales sur la loi. Cela peut nous surprendre aujourd'hui. La raison que Gérando nous en donne est la Charte. En effet, pour exposer les règles générales de notre droit public et administratif, il convient, selon lui, d'en puiser dans la Charte « les hautes directions qui doivent nous guider, et les principes positifs qui dominent et vivifient notre législation » (p. 155). Il faut donc partir de la Charte car elle constitue, pour utiliser une expression plus récente, la base constitutionnelle du droit public et adminis-

2. Nous remercions le Pr Bertrand Seiller d'avoir amicalement attiré notre attention sur cet article et de nous avoir proposé d'en rédiger un commentaire.

3. Les références aux pages de cet article seront mentionnées directement dans le corps du texte.

tratif. C'est ce qui explique pourquoi Gérando commence par traiter de la loi, car elle est « la première émanation de la Charte » (*ibid.*), « le pivot sur lequel roule toute la jurisprudence administrative » (*ibid.*).

Comment étudier la loi ? Il s'agit bien sûr de l'étudier dans ses rapports avec le droit public et administratif, qui est justement l'objet du cours. Mais il s'agit avant cela de considérer la loi « sous ses aspects philosophiques » (*ibid.*). L'objectif de notre auteur est d'en donner « une définition juste et générale, et suppléer à ce qui manque peut-être de clarté et d'exactitude dans la définition qu'en donnent communément les jurisconsultes » (*ibid.*). Cette attitude, qui là encore peut nous surprendre aujourd'hui, était assez commune au milieu du XIX^e siècle. De nombreux enseignants avaient en effet l'habitude, avant de présenter dans le détail les règles du droit public, d'apporter quelques réflexions de philosophie du droit et de théorie générale de l'État. C'est ainsi qu'à la même période, dans ses *Éléments de droit public et administratif*, Émile-Victor Foucart, premier professeur de droit administratif de province et doyen de la Faculté de droit de Poitiers, écrit : « L'objet du droit est l'homme ; il importe donc, avant tout, d'avoir des idées justes sur sa nature et sur sa destinée : car les lois qui doivent le régir ne sont que les conséquences de l'une et de l'autre. Ici nous empruntons les résultats acquis par la philosophie dont la science du droit n'est qu'une application »⁴. Puis Foucart commence son célèbre ouvrage par un chapitre premier intitulé : « Base philosophique du droit public ». Il faut dire que Foucart fut l'élève de Gérando. Ceci explique sans doute un peu cela. Mais cela ne l'explique que partiellement car d'autres auteurs, moins proches de Gérando, procèdent de la même manière. Ainsi, Denis Serrigny, qui fut à la même époque professeur à Dijon, fait précéder son *Traité du Droit public des Français*⁵, d'une très substantielle introduction de 130 pages sur les fondements des sociétés politiques. Il y étudie l'origine du pouvoir politique – en discutant notamment de la pertinence des doctrines du contrat social –, ainsi que la souveraineté, la loi en général et les différentes formes de gouvernement.

C'est le début du cours de Gérando, consacré à la loi en général, c'est-à-dire à l'étude philosophique de la loi, qui va d'abord retenir notre attention. Nous envisagerons ensuite la présentation que Gérando fait de la loi dans ses rapports avec le droit public et administratif.

4. É.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 3^e éd., Paris, Videcoq, 1843, t. I, p. 4.

5. Paris, Joubert, 1846, t. I.

I. La loi en général

Selon Gérando, seule la nature des choses peut expliquer comment la notion de la loi a pu se former dans l'esprit humain. C'est donc dans cette nature qu'il en cherche la définition. Cela le conduit à définir la loi, au sens large, comme un lien qui unit des choses ou des idées :

Il y a un *lien* qui unit entre elles les choses qui existent ; de ce lien résulte : dans l'univers, tout ce qui arrive ; dans nos idées, tout ce qui se juge : sans ce lien, il n'existe que des faits et des idées isolées ; sans lui, les choses, les événements se rencontrent et ne s'unissent pas ; il y a une succession, une association fortuite, et non une génération véritable ; il y a des faits et point de *lois*. Il existe donc une chaîne qui unit, qui embrasse tout, dans le monde physique, dans le monde moral et dans l'ordre de nos idées (p. 156).

Cette chaîne, ce lien, c'est justement la loi. Gérando semble en cela acquis à Montesquieu qui définissait les lois, au sens le plus large, comme « les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » (*L'Esprit des Lois*, I, I). Les lois sont donc des liens pour le premier et des rapports pour le second. Chez l'un comme chez l'autre, les lois gouvernent l'action de toutes choses. Elles sont donc extrêmement diversifiées. Mais, pour Gérando, indépendamment de leur diversité (A), elles peuvent être unifiées autour de leurs caractères communs (B).

A. La diversité des lois

Comme chez Montesquieu, la loi a chez Gérando un champ d'application particulièrement large. On la retrouve en effet, non seulement dans la vie des hommes, mais aussi dans le monde physique, dans le monde moral et dans l'ordre de nos idées. Les premières lois viennent de Dieu. Les secondes viennent des hommes.

1. Les lois de Dieu

Gérando commence par s'intéresser à « l'ordre physique extérieur qui frappe nos sens » (p. 156). Il estime que les événements qui se produisent sont liés les uns aux autres. Ces événements se succèdent d'une certaine manière, d'une manière déterminée par les *lois de la nature*⁶.

6. « Des événements se succèdent les uns aux autres, d'abord, en apparence, d'une manière fortuite, sans analogie, sans suite, sans régularité dans leur rencontre ; mais

Gérando se place ici dans la tradition philosophique qui, d'Aristote à Montesquieu, en passant par saint Thomas et Locke, considère que les événements ne se produisent pas au hasard : ils obéissent à des règles qu'il convient de découvrir en observant le réel. Ces règles sont les lois de la nature. Elles unissent les faits, les événements extérieurs. Autrement dit, « les lois de la nature expriment les relations des causes aux effets, elles lient les phénomènes, président au retour constant et certain des événements dans certaines conditions données » (p. 159).

Ces lois de la nature sont le produit d'un acte de la volonté divine. Et les hommes en ont connaissance par le travail de la raison en scrutant le monde sensible. Gérando se range ici derrière Locke⁷ qui, dans ses *Essais sur la loi de nature*⁸, estime que la loi naturelle est un décret de la volonté divine et que l'on peut la connaître en faisant intervenir la raison à partir de l'expérience sensible. Selon cette tradition de pensée, l'expérience du monde et des choses atteste l'existence d'un législateur universel : le monde n'est pas le fruit du hasard, mais d'une force supérieure.

Jusque là, la pensée de Gérando est assez conforme à la tradition des juristes de l'époque. Ce qui la rend plus originale c'est que notre auteur propose une théologie plus générale de la loi. Il applique en effet cette idée, non seulement aux lois de la nature, mais aussi aux autres lois que sont les lois de l'entendement et de la raison, les lois des arts et les lois de la morale. En effet, pour Gérando, les lois ne se manifestent pas seulement dans le monde physique. Elles existent aussi, tout d'abord, dans l'esprit des hommes et unissent leurs idées. Elles permettent ainsi de passer des idées particulières aux généralités. Ce sont les *lois de l'entendement et de la raison*⁹. Mais les lois ne

bientôt l'observateur attentif remarque, sous cette apparente variété, certaines révolutions constantes, générales ; il découvre dans cette succession variée de faits quelque chose de fixe et de commun ; et dès qu'il a trouvé le lien qui enchaîne le passé et le présent, il acquiert une sorte de prescience de l'avenir. De là les *lois* constantes de la nature, qui montrent, dans ce qui a été, la source et le régulateur de ce qui doit être » (p. 156.)

7. Comme le souligne Gérando dans son ouvrage *De la génération des connaissances humaines*, tous les philosophes français de ce siècle ont fait gloire de se ranger au nombre des disciples de Locke, et d'admettre ses principes (p. 81).

8. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Presses universitaires de Caen, 1986.

9. « Des idées vagabondes dans leur principe, éparses, sans point fixe, se comparent bientôt, s'unissent et s'associent. La logique établit cette consanguinité ; mais, c'est dans l'ordre de la nature que l'esprit humain trouve la base, le lien de ses raisonnements, par la connaissance légitime qu'il acquiert du rapport des effets avec les causes. Des idées particulières, simples, qu'il avait d'abord, il parvient aux généralités ; les raisonnements deviennent plus forts, plus justes, les inductions plus sûres. De là une nouvelle espèce de

s'arrêtent pas aux idées des hommes. Elles concernent aussi leurs actions. Ce sont les *lois des arts*, qui régissent à la fois les arts industriels et les beaux-arts¹⁰. Enfin, les lois se retrouvent dans le cœur des hommes. Elles permettent de distinguer le bien du mal. Ce sont les *lois de la morale, de la conscience et du devoir*¹¹. Toutes ces lois – de la nature, de l'entendement et de la raison, des arts, et de la morale – « émanent de l'autorité bienfaisante et suprême du créateur » (p. 157). Les hommes en ont connaissance par le travail de la raison en scrutant, selon le type de lois, soit le monde sensible, soit leurs idées, soit leurs actions, soit leur cœur. Gérando apparaît en cela comme un « philosophe religieux »¹².

Mais les lois ne sont pas seulement le produit de la volonté du créateur. Elles viennent aussi des hommes.

2. *Les lois des hommes*

Après avoir étudié l'homme dans ses relations avec les choses, les idées, les arts et la morale, Gérando s'y intéresse dans ses relations avec les autres hommes. C'est alors qu'apparaissent les *lois positives* :

Mis en contact avec un de ses semblables, il communique avec lui, et bientôt, par quelque engagement respectif, par quelque contrat, il se forme entre eux un lien privé. La communauté d'intérêts et de besoins finit par réunir un grand nombre d'hommes, et fait naître la nécessité de régler les obligations, les devoirs de chacun envers tous, et de tous envers chacun. Mais faute de sanction et de garantie, la justice naturelle qui dirige sans contraindre, serait vaine pour la plupart des hommes, si la raison ne se déployait avec l'appareil de la puissance pour appuyer, par

lois, au moyen desquelles les sciences abstraites s'avancent d'un pas ferme dans le monde réel, et appliquent avec sécurité leurs formules, toutes les fois qu'elles en trouvent remplies les données fondamentales ; *lois de l'entendement et de la raison.* » (p. 156-157.)

10. « L'homme n'est pas seulement pensant, il est encore agissant ; le but de ses actions est de satisfaire d'abord à ses besoins, et de se procurer ensuite d'autres jouissances d'un ordre plus élevé et plus délicat. De-là sont nés les arts industriels et les beaux-arts ; et du rapport entre le but qu'ils se proposent et les moyens de l'atteindre, s'est formée une troisième espèce de *lois* ; *leges artium* des anciens, *lois des arts* qui président à toutes leurs opérations. » (p. 157.)

11. Voici comment l'étudiant rend compte de ce passage de l'enseignement suivit : « Pénétrant ensuite dans une nature plus intime, et scrutant le fond du cœur humain, notre professeur nous a représenté l'homme, dans une de ses plus belles prérogatives : jouissant d'un empire entier sur lui-même, de cette liberté auguste qu'il reçut de son créateur ; joignant à cette noble faculté un sentiment admirable qui lui fait distinguer le bien du mal, qui imprime à chaque action le caractère moral qui lui convient. De-là résulte, pour la détermination de sa volonté, le type respectable de ce qu'il doit vouloir, et de ce qu'il doit faire, pour atteindre sa glorieuse destinée ; *lois de la morale, de la conscience et du devoir.* » (p. 157.)

12. E.-F. Bayle-Mouillard, *Éloge de Joseph-Marie Baron de Gérando, op. cit.*, p. 21.

les commandements de l'autorité, les devoirs auxquels nous sommes astreints. Ici les *lois positives* viennent apposer leur sceau et leur sanction aux engagements consentis. Delà les *lois* telles que les publicistes et les juristes les entendent ; lois positives » (p. 157-158).

Tout comme les autres lois, les lois positives sont des liens : ce sont « les liens qui unissent les hommes entre eux » (p. 172). Ces lois doivent compléter les lois de la nature. Gérando se situe, là encore, dans la continuité des grands anciens : Platon¹³, Aristote¹⁴, mais surtout saint Thomas qui adapte la pensée d'Aristote à la révélation chrétienne¹⁵. Tous ces auteurs insistent en effet sur le caractère lacunaire de la loi naturelle, ce qui appelle nécessairement le complément de la loi positive. Mais c'est surtout de Locke que se rapproche Gérando. En effet, si pour Gérando les lois de nature sont insuffisantes, c'est moins parce qu'on ne peut pas en avoir connaissance, ou en avoir une connaissance imparfaite, que parce qu'on ne peut pas en imposer le respect. C'est ainsi le manque d'effectivité de la loi naturelle qui, comme chez Locke¹⁶, justifie l'existence des lois positives. Gérando se situe ici dans la grande tradition des juristes français post-révolutionnaires, tradition qui a été formulée par les rédacteurs du Code Napoléon¹⁷, notamment par Portalis¹⁸.

13. Dans son dialogue tardif *Lois*, Platon, faisant preuve de plus de réalisme que dans ses dialogues antérieurs, reconnaît la nécessité pratique des lois positives.

14. Pour Aristote, l'observation de la nature ne permet pas d'apporter des règles concrètes. Les principes vagues du droit naturel rendent ainsi nécessaire l'intervention du législateur humain.

15. Chez saint Thomas, comme chez Aristote, la loi naturelle a trop d'insuffisance pour ne pas devoir être complétée par la loi positive. C'est ce qui explique pourquoi, comme l'a montré M. Villey (*La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003, p. 162 et s. et p. 196 et s.), la loi positive occupe une place prépondérante dans la doctrine du droit naturel de Thomas.

16. Locke écrit ainsi que dans l'état de nature, il « manque des lois établies, connues, reçues et approuvées d'un commun consentement, qui soient comme l'étendard du droit et du tort, de la justice et de l'injustice, et comme une commune mesure capable de terminer les différends qui s'élèveraient. Car bien que les lois de la nature soient claires et intelligibles à toutes les créatures raisonnables ; cependant, les hommes étant poussés par l'intérêt aussi bien qu'ignorants à l'égard de ces lois, faute de les étudier, ils ne sont guère disposés, lorsqu'il s'agit de quelque cas particulier qui les concerne, à considérer les lois de la nature, comme des choses qu'ils sont très étroitement obligés d'observer. » (*Traité du gouvernement civil*, § 124.)

17. Sur ce point voir P. Serrand, « La loi dans la pensée des rédacteurs du Code Napoléon », *Droits*, 2006, n° 42, p. 31.

18. « Il est sans doute une justice naturelle émanée de la raison seule, et cette justice, qui constitue pour ainsi dire le cœur humain, n'a pas besoin de promulgation. C'est une lumière qui éclaire tout homme venant en ce monde, et qui, du fond de la conscience, réfléchit sur toutes les actions de la vie. Mais, faute de sanction, la justice naturelle qui dirige sans contraindre, serait vaine pour la plupart des hommes, si la raison ne se

En dépit de leur diversité, les lois ont des éléments communs qui permettent de les unifier.

B. L'unicité des lois

Après avoir présenté les diverses espèces de lois, Gérando propose de « réunir tous les éléments communs de ces acceptions diverses, pour définir la *loi* dans toute sa généralité » (p. 158). Indépendamment de leur diversité, les lois ont en effet des éléments communs. Aux yeux de Gérando, l'idée de loi renferme « trois éléments fondamentaux » (*ibid.*), qui expriment deux idées ¹⁹.

La première idée est celle de « devoir être ». Toujours, le mot loi « indique un empire, un *lien*, un présage de ce qui doit être, mais avec cette différence entre l'ordre physique et l'ordre moral, que, dans le premier, la loi déclare ce qui arrivera infailliblement (...), et, dans le second ce qui doit arriver, si l'homme veut ce qu'il doit vouloir » (p. 159). Cette idée rapproche Gérando des auteurs contemporains.

La seconde idée est celle d'ordre. Pour Gérando, la loi est toujours créatrice d'ordre. Dans son acception la plus générale, elle est « le principe de l'ordre qui préside à la nature, à la morale, à la société et même aux nobles jouissances que les beaux-arts procurent à l'homme » (*ibid.*). Toutes les lois, physiques ou sociales, « sont le fondement de l'ordre » (*ibid.*). C'est ainsi que les lois de la nature, qui unissent les phénomènes, déterminent ce qui doit arriver dans l'ordre

déployait avec l'appareil de la puissance pour unir les droits aux devoirs, pour substituer l'obligation à l'instinct, et appuyer, par les commandements de l'autorité, les inspirations de la nature. Quand on a la force de faire ce que l'on veut, il est difficile de ne pas croire qu'on en a le droit. On se résignerait peu à se soumettre à des gênes, si l'on pouvait avec impunité se livrer à ses penchants. Ce que nous appelons le *droit naturel* ne suffisait donc pas : il fallait des commandements ou des préceptes formels et coactifs. On voit donc la différence qui existe entre une règle de morale et une loi d'Etat » (Portalès, Exposé des motifs au Corps législatif, Séance du 4 ventôse an XI – 23 février 1803, *Fenet*, t. VI, p. 345-346).

19. « 1° elle trace ce qui doit être, et, régnant sur l'avenir, présente d'avance ce qui sera (au moins dans telle hypothèse) ; 2° si elle s'empare de l'avenir, elle le domine par une puissance, par un lien qui, dans l'ordre physique, est la *force*, dans l'ordre intellectuel, la *logique*, dans l'ordre moral, la *conscience* et le *devoir* ; 3° en prescrivant ce qui doit être, en le prescrivant à l'aide d'une force physique ou d'une autorité morale, elle a en vue l'*ordre*, qu'elle engendre partout : dans la nature physique, par l'harmonie des événements d'où résulte la reproduction ; dans la nature intellectuelle, par la juste connexion des idées, des conséquences et des principes qui constituent la vérité ; dans les arts, par une sage et discrète application des préceptes qui produisent le beau dans les arts d'imagination, et l'utile dans les arts industriels ; dans l'intérieur de l'homme, par l'empire sur ses propres facultés, qui engendre la vertu, son plus bel apanage ; et enfin dans le sein de la société, par la fidélité à remplir les engagements, et par l'exercice de la justice bienfaisante, mère de la civilisation. Dans chacun de ces domaines, la *loi* anticipe toujours et indique d'avance ce qui doit arriver ; dans chacun, son effet ou du moins son but, c'est l'*ordre* » (p. 158).

physique. Les lois de l'entendement et de la raison, qui unissent nos idées, déterminent ce qui doit être jugé et permettent de distinguer le vrai du faux. Les lois des arts, qui unissent les actions des hommes, déterminent ce qui doit être opéré et permettent d'identifier le beau (pour les beaux-arts) et l'utile (pour les arts industriels). Les lois de la morale, qui unissent nos sentiments, déterminent ce qui doit être voulu et permettent de distinguer le bien du mal. Enfin, les lois positives, qui déterminent ce qui doit être observé, permettent d'identifier ce qui est juste.

Si toutes les lois sont le fondement de l'ordre, les lois positives, qui expriment la volonté du législateur humain, sont également déclaratives d'un ordre existant. En effet, comme nombre de juristes de son époque, Gérando est jusnaturaliste. Il considère que la loi positive est placée sous l'empire du droit naturel. C'est ce qui ressort nettement du programme de son cours de droit public et administratif dispensé à la faculté de droit de Paris pour l'année 1819-1820, tel que ce programme a été publié en 1819, et dont voici les termes :

« L'homme, au moment où il entre dans cet état de société auquel il est appelé par la Providence, entre en même temps sous l'empire d'une législation universelle, qui n'est autre que l'ensemble des devoirs généraux et réciproques des hommes les uns envers les autres, que la condition même de l'humanité, législation non écrite, mais que l'auteur de toutes choses a gravé dans nos âmes, empreinte dans notre nature ; que promulguent la conscience et la raison ; législation aussi ancienne que profonde, commune à tous les peuples, invariable, impérissable, uniforme, et qui, sous le nom de *Droit naturel*, sert de fondement à l'édifice entier de législation »²⁰.

Le droit naturel régit l'individu membre de la « société universelle du genre humain »²¹. Mais l'individu a aussi sa place dans la Cité qui, pour Gérando, est à la fois le produit de la nature et de la volonté²². « Ici, poursuit-il, il faut d'abord que les lois primitives dont se compose le Droit naturel, obtiennent une garantie efficace qui en assure l'exécution réelle et constante, une définition explicite qui les pro-

20. Gérando, *Programme du cours de droit public positif et administratif, à la faculté de droit de Paris, pour l'année 1819-1820*, Paris, 1819, Baudouin, p. 1.

21. *Ibid.*

22. Gérando reprend ainsi, à la fois, la tradition aristotélicienne qui reconnaît aux hommes suffisamment de sociabilité pour que la Cité soit le produit de la nature, et la tradition artificialiste qui, magistralement développée par Hobbes puis reprise ensuite par les théoriciens du contrat social, considère que le pouvoir politique est le produit de la volonté des hommes.

clame pour leur procurer l'obéissance, un commentaire qui les applique aux cas variés et à la forme spéciale de la société, des instruments et des organes qui les mettent et les maintiennent en vigueur ; il faut ensuite que ces lois primitives soient accompagnées d'autres lois appropriées aux nouveaux rapports, aux nouveaux intérêts, et qui, régissant les uns, protégeant les autres, soient toujours en harmonie avec les lieux ainsi qu'avec le temps. Ces lois explicites composent le *Droit positif*. Le Droit naturel découvre le principe de ce qui doit être, le Droit positif prend comme un fait les institutions existantes, en explique l'esprit, et les suit dans leur application habituelle »²³.

Ce jusnaturalisme est très largement partagé à l'époque de Gérando, aussi bien par la doctrine privatiste²⁴ que publiciste²⁵. Il permet d'éviter l'arbitraire intrinsèque au positivisme décisionniste en rattachant le droit positif à la morale, c'est-à-dire, pour Gérando, à la religion.

23. Gérando, *Programme du cours...*, *op. cit.*, p. 2.

24. Portalis écrit ainsi, dans son ouvrage intitulé *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle* (3^e éd., Paris, 1834), qu'il faut que l'éducation et les institutions « ne laissent point oublier aux hommes qu'il est des choses qui ne sont point faites à mains d'hommes, et qu'au-dessus de toutes les lois écrites est une loi naturelle, qui est émanée de l'éternelle justice, que l'on ne peut violer impunément, qui commande aux individus et aux nations, aux sujets et aux rois, et dont les divers législateurs ne sont et ne peuvent être que les fidèles et respectueux interprètes. Sans cela, tout est variable, incertain, arbitraire ; il n'y a plus de règles générales et communes ; il n'y a plus de *conscience*, ni d'*obligation* proprement dite » (t. II, p. 75). Et il affirme un peu plus loin dans le même ouvrage, par une formule qui est restée célèbre : « Une loi n'est point un pur acte de volonté et de puissance, mais un acte de justice et de raison. Être autorisé à porter des lois sur un objet, ce n'est donc point avoir le droit d'en disposer arbitrairement : c'est seulement avoir reçu la mission de statuer sur cet objet, d'après les principes qui lui sont propres ou qui dérivent de sa nature. (...) Les règlements du législateur sont subordonnés au droit naturel comme les sentences du juge sont subordonnées aux lois. » (t. II, p. 304).

25. C'est ainsi que Foucart écrit, dans ses *Éléments de droit public et administratif*, que « l'homme est un être intelligent et libre, régi par des lois générales qui émanent de Dieu même, et dont la violation est punie soit dans ce monde, soit dans l'autre. La loi divine, c'est-à-dire la *juste*, doit être la règle de conduite de chaque individu, le principe générateur du droit public et du droit privé. » (t. 1, p. 21.) De même, dans son *Traité du Droit public des Français*, Serrigny affirme également que la loi naturelle sert de fondement à la loi positive. Pour lui, refuser l'idée d'une loi naturelle, c'est alléguer « que le bien et le mal, le juste et l'injuste, dépendent uniquement de la qualification donnée par la loi civile aux actions de l'homme ; que le meurtre, le vol, la violation des engagements pris, sont des actes indifférents en eux-mêmes, et qui pourraient être déclarés bons et licites par les législateurs humains, s'il leur prenait la fantaisie de le faire. Enfin, c'est nier l'existence de la raison humaine pour distinguer le bien du mal, et sa liberté pour faire un choix : car à quoi bon la raison pour discerner, et la liberté pour choisir, s'il n'y a ni bien ni mal, ni juste ni injuste ? Non, il n'est pas vrai de dire que l'homme doué de raison soit sans règles de conduite, ou, ce qui est la même chose, sans lois naturelles hors de la société civile, et que l'idée de droit ou du rapport de conformité de ses actes et de ceux de ses semblables avec une règle morale, n'existe pas en dehors des prescriptions des lois positives. » (t. 1, p. 88).

Après avoir étudié la loi en général, Gérando la présente dans ses rapports avec le droit public et administratif.

II. La loi dans ses rapports avec le droit public et administratif

Dans cette partie de son cours, qui, précise Gérando, concerne plus directement les juristes, notre auteur s'intéresse seulement aux lois positives : celles qui régissent la société. Il présente successivement leur but (p. 160), leur définition – ce qui, selon Gérando, correspond à leurs caractères communs qui permettent de les unifier (p. 161) –, leurs diverses espèces (p. 163), leur confection (p. 166), leur forme (p. 169), leur promulgation (p. 170), leur publication (p. 170), leur autorité (p. 172), leurs effets (p. 174), leur interprétation (*ibid.*), leur abrogation (p. 176) et, enfin, la manière d'y suppléer (p. 178). Ces développements ne présentent pas tous le même intérêt. Gérando décrit parfois le régime juridique applicable aux lois sous l'empire de la Charte : confection²⁶, forme, promulgation, publication, abrogation²⁷, autorité²⁸, interpréta-

26. À propos de la « confection de la loi » (p. 166), Gérando souligne l'importance de la Charte. Sans rentrer dans le détail de la procédure législative prévue par la Charte, il souligne, en comparant notre droit public avec celui des peuples de l'Europe, que, « chez aucun de ces peuples, la préparation des lois n'est entourée de soins aussi religieux, pour obtenir l'ordre et la maturité des délibérations, pour éclairer la conscience des législateurs et lui assurer l'indépendance dont elle a besoin, pour écarter l'influence des passions, pour déployer en un mot, la plus haute prudence dans le plus grand ouvrage de la sagesse humaine » (p. 167). Pour Gérando, la loi doit être, comme le soulignaient les rédacteurs du Code Napoléon, un acte de sagesse et de prudence. Enfin, Gérando souligne que certaines règles prescrites par la Constitution fondamentale de l'État et relatives à la confection de la loi sont rigoureuses, de telle manière que leur violation « pourrait faire valablement contester l'autorité de l'acte » (p. 168). L'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois se trouve ici en germe.

27. Gérando souligne qu'elle peut être « expresse ou tacite » (p. 176), l'abrogation tacite ayant lieu « lorsqu'une loi ancienne, sans être expressément révoquée, se trouve cependant en contradiction formelle avec une loi nouvelle » (p. 178-179).

28. Pour Gérando, les lois ont une double autorité : « une autorité morale et une autorité de coaction. La première s'adresse à la conscience ; la seconde supplée à la première et repose dans la force extérieure confiée à la puissance publique » (p. 172). La première est particulièrement importante dans la mesure où « elle épargne l'emploi de la seconde » (*ibid.*). La loi oblige d'abord « dans le *for intérieur*, par la sanction que lui donnent la grande loi du devoir et la religion qui est elle-même comme une auguste proclamation de la morale faite au nom du ciel sur la terre » (*ibid.*). Gérando distingue alors les lois de l'État et celles de la religion : « Ce que la loi de l'État permet, la religion positive peut l'interdire, ce que la loi n'ordonne pas, la religion peut le prescrire. En cela elles ne se contredisent aucunement : chacune reste dans son domaine » (*ibid.*). La loi oblige aussi extérieurement. Son autorité est alors personnifiée « dans les fonctionnaires chargés de son exécution » (*ibid.*). « La force publique de coaction qui assure l'autorité extérieure de la loi, est répartie entre les tribunaux et l'administration : ceux-là prononcent, celle-ci exécute ; ceux-là condamnent, celle-ci saisit les biens ou la personne » (*ibid.*).

tion²⁹, ainsi que la nécessité, parfois, de suppléer aux lois³⁰. Une analyse de ces différents points nécessiterait des développements dépassant cette présentation générale. Gérando propose à d'autres moments des distinctions et formule des observations plus globales qui méritent en revanche que l'on s'y arrête. Elles concernent d'abord la typologie des lois positives (A). Elles portent ensuite sur leurs caractères (B).

A. Typologie des lois positives

Gérando propose de distinguer plusieurs types de lois positives. Il s'appuie pour cela sur divers critères : le but des lois, leur durée, leurs effets, et leur domaine d'intervention.

1. *Le but des lois*

La première distinction, finaliste, repose sur le but des lois. Le but des lois correspond, selon Gérando, aux buts de la société. La société doit d'abord se proposer d'exister et assurer la protection à chacun dans l'exercice de ses droits. Les lois qui tendent à ces buts sont les « lois *nécessaires*, qu'on pourrait appeler *vitales* » (p. 160). La société doit ensuite « procurer à tous et à chacun, avec le moins de sacrifices, la plus grande masse de bonheur possible » (*ibid.*). Il s'agit « d'obtenir le bien général » ; « les lois qui tendent à réaliser ce but de la société sont des lois *utiles* » (*ibid.*). Il faut alors, à la fois, que les lois contraignent, et que les lois éclairent et persuadent (*ibid.*), et Gérando précise que le gouvernement représentatif y pourvoit tout particulièrement³¹.

29. À propos de l'interprétation de la loi, Gérando reprend les idées de Portalis. Il distingue en effet, deux sortes d'interprétation : « celle de législation et celle de doctrine. La première (...) est expressément réservée au législateur, car elle n'est autre chose que la loi elle-même. La seconde appartient à ceux qui exécutent ; car pour exécuter la loi, il faut l'entendre » (p. 175). Seule la première est interdite par le code civil aux cours et tribunaux qui ne peuvent pas interpréter la loi par voie de disposition générale et réglementaire.

30. Selon Gérando : « Les trois branches de la législature peuvent n'être point réunies, et l'urgence peut être telle qu'on puisse sans péril attendre leur réunion. Quel sera le remède ? Dans ce cas, il y a lieu à l'application de l'article 14 de la Charte : *Le Roi fait les règlements et ordonnances nécessaires pour la sûreté de l'État*. Cette prérogative ou plutôt ce devoir dérive de la nature même des choses ; car, il faut avant tout que la société existe et se conserve. L'autorité, à qui le dépôt des lois est confié, qui est chargée de leur exécution, manquerait à cette exécution et laisserait violer ce dépôt, si elle ne prenait pas des mesures conservatrices pour les garantir du danger qui les menace toutes ensemble. » (p. 178.) Puis Gérando précise que « ce droit, nécessaire à la conservation de la société, appartient à l'autorité royale, en vertu de sa plus haute prérogative » (*ibid.*).

31. « Elles éclairent mieux sous un tel gouvernement, parce qu'elles sont précédées par une discussion publique ; elles (p. 160) persuadent mieux, parce qu'elles ont reçu le

2. La durée des lois

La deuxième distinction des divers types de lois positives repose sur « leur durée » (p. 164). Le critère de la durée conduit Gérando à distinguer les lois « *fondamentales* », les lois « *temporaires* » et les lois « *transitoires* » (*ibid.*).

Les lois fondamentales sont ainsi appelées « parce qu'elles ont pour objet les institutions générales sur lesquelles la société repose et qui déterminent sa forme essentielle » (*ibid.*). Ce sont « la *Charte* et les lois qui, développant quelques-unes de ses dispositions, lui servent de complément » (*ibid.*). Les lois fondamentales, c'est-à-dire celles qui doivent durer le plus longtemps, sont donc pour Gérando ce que l'on appellerait désormais les lois constitutionnelles et les lois organiques. Le critère de leur « *fondamentalité* » ne repose pas, comme aujourd'hui, sur leur place dans la hiérarchie des normes. Faute de mécanismes de contrôle juridictionnel suffisamment poussés, il était en effet impossible d'adopter un tel critère de « *fondamentalité* ». Ce critère repose donc sur la durée des lois, sur leur maintien dans le temps. Ce critère qui, évidemment, est assez imprécis³², montre l'importance, dans l'esprit des juristes de cette époque, de la stabilité des lois. L'immutabilité est en effet, depuis la Révolution, un des caractères de la loi³³. La nécessaire permanence de la loi peut d'abord, dans le prolongement de Rousseau, s'expliquer en raison de son caractère rationnel. En effet, si la loi est l'expression de la raison, elle doit demeurer car ce qui est fondé sur la raison échappe aux contingences, ignore la mobilité des passions et la relativité des intérêts. Mais cette permanence de la loi peut aussi s'expliquer, comme le soulignent les rédacteurs du Code Napoléon³⁴, par la volonté de ne pas bouleverser l'existant. On ne peut ici que se souvenir du Discours préliminaire sur le projet de Code civil prononcé par Portalis le 1^{er} pluviôse an IX :

libre assentiment des organes de l'opinion générale ; d'ailleurs, elles contraignent mieux aussi, sous cette forme de gouvernement que sous tout autre, parce que l'autorité chargée de les faire exécuter est plus indépendante » (p. 161).

32. Gérando ne nous donne d'ailleurs pas plus de précisions sur la durée nécessaire au caractère fondamental d'une loi.

33. En ce sens, G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD*, 1939, p. 15.

34. « Il est important qu'il y ait une certaine stabilité dans la législation. On ne s'est soumis au caprice des lois que pour ne pas l'être au caprice des hommes. L'objet est manqué si les lois ne sont rien, ou si elles ne sont elles-mêmes que des volontés versatiles et capricieuses. » (Portalis, Rapport du 9 messidor an V, cité par L. Schimséwitsch, *Portalis et son temps*, thèse, Paris, 1936, p. 175.)

Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles ; qu'enfin, *il n'appartient de proposer des changements qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer d'un coup de génie et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un État*³⁵.

C'est dans le prolongement de cette seconde tradition, emprunte de modération et de prudence, que nous semble se situer le baron de Gérando.

À côté des lois fondamentales, il y a ensuite les lois *temporaires*³⁶ et les lois *transitoires*³⁷. Ici aussi, l'imprécision de cette distinction ne permet pas d'identifier clairement les lois relevant de ces deux dernières catégories.

3. *Les effets des lois*

La troisième distinction entre les différents types de lois positives repose sur « leurs effets » (p. 164). Faisant référence à leur force normative³⁸, Gérando estime que les lois peuvent être « *impératives, déclaratives, confirmatives, dispositives ou homologatives* » (*ibid.*)³⁹. Là

35. Fenet, t. 1.

36. « Les lois *temporaires* sont celles qui, en réglant le service ordinaire de la grande famille, se modifient à des intervalles plus ou moins éloignés, avec l'état de la société, avec les circonstances qui les avaient déterminées » (p. 164).

37. « Les lois *transitoires*, destinées à régler le passage d'une législation à une autre, ont pour but d'empêcher le froissement des intérêts acquis » (p. 164.)

38. Sur cette notion, voir C. Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009.

39. « Les premières ordonnent ou défendent, en attachant toujours une sanction à chacune de leurs prescriptions. Les lois *déclaratives*, interprètent, commentent des lois

encore, la répartition des lois entre ces différentes catégories est sans doute difficile à effectuer. Les administrativistes en seront sans doute convaincus. La jurisprudence *Duvignères*⁴⁰, qui distingue les circulaires ou instructions selon qu'elles sont impératives ou seulement indicatives, est suffisamment abondante pour attester du difficile usage de ce critère distinctif.

4. Le domaine d'intervention des lois

La dernière distinction entre les divers types de lois positives est matérielle. Elle conduit à répartir « les diverses espèces de lois d'après la matière qu'elles embrassent » (p. 163). Il y a d'abord, selon Gérando, les lois qui, « sans être fondamentales, pourraient être appelées *politiques*, c'est-à-dire, qui sont relatives à l'état général de la Société (intérieur ou extérieur) sans former une de ses bases. » (p. 165). Gérando cite alors « les lois sur la naturalisation », celles qui « autorisent les aliénations et les échanges du domaine de la couronne » et celles « sur la force publique » (*ibid.*). Il y a ensuite les « lois *économiques* ; ce sont celles qui ont pour objet l'abondance et la richesse générale » (*ibid.*). Il y a encore les « lois *fiscales* », qui sont « celles qui règlent les recettes et les dépenses de l'État » (*ibid.*).

Il y a aussi les lois « que l'on peut appeler simplement *administratives*, non en ce sens que le pouvoir législatif devienne jamais administrateur, ce qui serait contre la nature des choses, mais en ce sens que la loi crée le principe des obligations qui lieront les administrés, relativement à la sphère de certains actes de l'administration publique » (*ibid.*). Gérando donne pour exemple « les lois relatives à la police, aux travaux publics, aux dépossessions pour cause d'utilité publique, à la grande voirie » (p. 166). Enfin, il y a les lois que Gérando qualifie d' « *organisatrices* » : elles « fixent la hiérarchie, les attributions des autorités subordonnées, l'étendue et la limite des juridictions » (*ibid.*). L'auteur donne pour exemple « celles qui ont présidé à la constitution des tribunaux, de la Cour des comptes, des conseils de préfecture, qui ont fixé le mode et le régime d'administration des départements et des communes ; telles sont encore

antérieures ou émettent seulement des principes. Celles qui renouvellent des lois tombées en désuétude ou menacées d'être considérées comme telles, sont les lois appelées *confirmatives*. Enfin les lois homologatives sont celles qui confirment, homologuent, certains actes dont l'importance intéresse la fortune publique. Telles sont celles qui autorisent ou approuvent l'aliénation des domaines publics » (p. 164-165).

40. CE, Sect., 18/12/2002, *M^{me} Duvignères*, RFDA, 2003, p. 280, concl. P. Fombeur.

celles qui changent la démarcation et la circonscription du territoire » (*ibid.*)⁴¹.

L'auteur termine son propos en soulignant que « souvent une loi réunit à la fois plusieurs des caractères que nous venons de distinguer, soit par la diversité des dispositions qu'elle embrasse, soit par la diversité des aspects qu'une même disposition présente » (*ibid.*). Ceci ne fait que relativiser la portée de cette délicate distinction matérielle.

À ces distinctions entre les différents types de lois positives, succède une présentation des caractères de ces lois.

B. Caractères des lois positives

La présentation des caractéristiques des lois positives est destinée, indépendamment de leur diversité, à souligner leur unité. Autrement dit, il s'agit d'en identifier les traits communs afin de les définir. Voici quels sont ces caractères.

1. L'essence de la loi : la loi est source d'obligations

Le premier caractère « constitue, nous dit Gérando, véritablement l'essence de la loi » (p. 161). Il est que celle-ci est « la source des obligations ; c'est, en effet, la loi qui lie, qui engage, et par conséquent c'est elle qui dispense ; c'est elle qui crée le devoir extérieur du citoyen envers la société ; elle est au moral, ce que la causalité est au physique » (*ibid.*). Ce caractère de la loi qui oblige est une constante dans la doctrine politique et juridique. En effet, rien n'est plus commun que l'idée d'une loi qui commande⁴², même si la loi, qui dirige, peut faire preuve de souplesse⁴³. C'est d'ailleurs ce qui, selon Gérando, justifie l'existence de la loi positive. On sait en effet que la loi positive est nécessaire pour imposer le respect de la loi de nature (voir *supra*).

41. Il y a aussi « des lois civiles et des lois pénales » (p. 166), mais Gérando ne s'y attarde pas car leur étude relève d'un autre enseignement que le cours de droit public et administratif.

42. « La LOI CIVILE est, pour chaque sujet, l'ensemble des règles dont la République, par oral, par écrit, ou par quelque autre signe adéquat de sa volonté, lui a commandé d'user pour distinguer le droit et le tort, c'est-à-dire ce qui est contraire à la règle et ce qui ne lui est pas contraire. » (Hobbes, *Léviathan*, p. 282.)

43. « En effet, le rôle des lois, qui ne sont que des règles revêtues d'une autorité, n'est pas d'entraver toute action volontaire, mais seulement de diriger et de contenir les mouvements des gens, de manière à éviter qu'emportés par l'impétuosité de leurs désirs, leur précipitation ou leur manque de discernement, ils ne se fassent du mal : ce sont comme des haies disposées non pour arrêter les voyageurs, mais pour les maintenir sur le chemin. » (Hobbes, *Léviathan*, p. 370).

2. *L'origine de la loi : la loi est l'expression de la raison publique*

Le deuxième caractère de la loi concerne son origine. La loi réside dans « l'expression de la raison publique ; non dans la volonté quelconque de la majorité, volonté qui peut être abandonnée aux passions, au caprice même ; mais bien, dans la volonté raisonnable, et par conséquent dans la raison qui doit être son guide » (p. 161). Si la loi positive est chez Gérando un acte de raison, elle n'est pas, comme le pensait la majorité des révolutionnaires français, un énoncé intrinsèquement rationnel susceptible d'exprimer une vérité. Ce n'est donc pas une raison toute-puissante et enflée d'illusions qui doit être à l'origine de la loi, mais une raison raisonnable, une raison devant conduire le législateur à éviter les excès. Gérando nous semble ici se situer, non pas dans le prolongement de la tradition légicentriste des Lumières, si présente sous la Révolution, mais dans la continuité plus tardive des rédacteurs du Code Napoléon ⁴⁴.

3. *La généralité et la durée de la loi*

Les deux caractères suivants de la loi « se rapportent à son application » (p. 161). Ce sont « la *généralité*, la *durée* ; en cela semblable aux lois de la nature qui se caractérisent par l'uniformité et la constance » (p. 162).

L'idée d'une loi nécessairement générale, donc impartiale et équitable, correspond à la tradition française. Elle doit beaucoup à Rousseau ⁴⁵, et elle est très présente chez les hommes de la Révolu-

44. Comme l'écrit Portalis dans son ouvrage *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*, dans lequel il condamne les excès de la philosophie des Lumières qui se sont notamment manifestés dans la politique et la législation : « Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changements et les réformes : si, en matière d'institutions et de lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent le théâtre des excès. » (3^e éd., Paris, 1834, t. II, p. 375).

45. « Quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même ; et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue, à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors l'objet sur lequel on statue est général comme la volonté qui statue ; et c'est cet acte que j'appelle une loi. Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne ; la loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis ; elle peut établir un gouvernement royal et une succession héréditaire, mais elle ne peut élire un roi, ni nommer une famille royale : en un mot, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative. » (*Contrat social*, liv. II, chap. VI.)

tion ⁴⁶. On la retrouve aussi chez les rédacteurs du Code Napoléon et dans la majorité de la doctrine juridique au XIX^e siècle. Il n'est donc guère surprenant qu'elle soit également reprise par Gérando ⁴⁷, même si ce dernier admet que le principe n'est pas absolu ⁴⁸.

La nécessaire impartialité des lois justifie également cet autre caractère qu'est « la *stabilité* qu'on exige dans les lois » (p. 162). Gérando souligne en effet qu'il faut « qu'elles ne s'assujettissent pas aux circonstances du moment. Comme on stipule d'après les droits qu'elles accordent, il faut qu'on puisse le faire avec confiance. Elles statuent essentiellement sur l'avenir, ce ne sont pas des décisions, ce sont des règles ; la décision prononce pour le moment, la loi règle pour l'avenir. » (*ibid.*).

L'immutabilité et la permanence de la loi sont également des exigences énoncées par l'ensemble de la doctrine juridique de cette époque ⁴⁹. Gérando propose alors de distinguer deux sortes de stabilité propres à la loi. La première est « absolue » (*ibid.*). Elle fait « que tout ce qui a lieu sous l'empire de la loi a un effet irrévocable, même après son abrogation ; tellement que si les ordres injustes avaient obtenu le caractère extérieur des lois, on devrait, sans doute, les faire cesser le plus promptement possible, mais on ne pourrait, sans violer la foi publique, porter atteinte aux droits acquis sous l'empire de ces lois. » (p. 162-163). Ce principe de non-rétroactivité de la loi, autrefois qualifié d'« incontestable » par Portalis ⁵⁰, est considéré comme

46. En ce sens, G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », art. cité, p. 17 et s.

47. Gérando estime que « la loi, en fondant les obligations, les fonde en forme de *principe général*, par manière de précepte et de règle, sans considérer l'individu ; et cette généralité lui conserve son équité, son impartialité ; elle courrait trop le danger de devenir l'instrument d'intérêts ou de passions privées, si, en établissant la règle, elle l'appliquait immédiatement à chaque personne. » (p. 162). Ce caractère de généralité semble même rentrer dans la définition de la loi dans la mesure où Gérando fait remarquer un peu plus loin dans son cours que « nous avons, d'une part, de 1790 à 1800, un grand nombre de *lois nominales* qui n'ont que la force d'actes administratifs, et d'autre part, de 1800 à 1814, un grand nombre d'actes du Gouvernement qui ont force de loi, sans en avoir le titre » (p. 169).

48. Gérando souligne en effet que « cette généralité qui doit appartenir à la loi n'est point absolue » (p. 162), précisant que « la loi peut n'embrasser qu'une espèce d'individus, ou une simple portion du territoire qu'elle régit » (*ibid.*).

49. En ce sens, G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », art. cité, p. 15 et s.

50. *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* prononcé le 1^{er} pluviôse an IX (*Fenet*, t. I). Portalis confirme ailleurs que : « L'office des lois est de régler l'avenir. Le passé n'est plus en leur pouvoir. Partout où la rétroactivité des lois serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. » (Portalis, Exposé des motifs au Corps législatif, Séance du 4 ventôse an XI – 23 février 1803, *Fenet*, t. VI, p. 353). « Pourquoi, dira-t-on, laisser impunis des abus qui existaient avant la loi que l'on promulgue

absolu par Gérando. Notre auteur poursuit ici la tradition juridique française.

« L'autre espèce de *stabilité* consiste en ce que la loi gouverne un avenir plus ou moins étendu. » (p. 163.) Il ne faut donc pas trop changer les lois existantes. Si l'exigence de sécurité juridique est là encore une idée très largement partagée à l'époque ⁵¹, Gérando précise qu'elle « ne doit pas s'entendre, non plus, avec une rigueur absolue. La loi doit se modifier avec l'état de la société, avec les conditions de fait qui l'avaient déterminée. » (*ibid.*). Gérando rejoint ici Montesquieu pour qui la nature des lois humaines est d'être soumise à la diversité et aux changements ⁵².

Voici la pensée de la loi du baron de Gérando telle qu'elle ressort de son cours de droit public et administratif. Cette pensée se conforme finalement – ce qui n'est pas une surprise – à la tradition des juristes français de cette époque qui, partant de Montesquieu, en passant par les rédacteurs du Code Napoléon, se perpétuera *grasso modo* avec l'École de l'exégèse ⁵³.

Eu égard à cette continuité, l'influence personnelle de Gérando est difficile à évaluer. Les publicistes peuvent cependant retrouver sans conteste la pensée de notre auteur chez Macarel. Ce dernier, qui fut à la fois titulaire de la chaire de droit administratif de l'École de droit de Paris et membre du Conseil d'État – d'abord maître des requêtes, puis conseiller d'État –, reprendra en effet dans ses *Éléments de droit politique* presque mots pour mots les enseignements de Gérando. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler ce qu'écrivit

pour les réprimer ? Parce qu'il ne faut pas que le remède soit pire que le mal. Toute loi naît d'un abus. Il n'y aurait donc point de loi qui ne dût être rétroactive. Il ne faut point exiger que les hommes soient avant la loi ce qu'ils ne doivent devenir que par elle. » (p. 355.)

51. Voici par exemple ce qu'affirme Portalis dans son *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* prononcé le 1^{er} pluviôse an IX (Fenet, t. I) : « qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles ».

52. « Les lois positives doivent être relatives au physique du pays, au climat glacé, brûlant ou tempéré ; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs ; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir ; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin, elles ont des rapports entre elles ; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur ; avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer. C'est ce que j'entreprends de faire dans cet ouvrage. J'examinerai tous ces rapports : ils forment tous ensemble ce que l'on appelle l'Esprit des Lois » (*L'Esprit des Lois*, I, III).

53. En ce sens, P. Rémy, « Éloge de l'exégèse », *Droits*, 1985, n° 1, p. 115.

Macarel à propos des caractères de la loi positive⁵⁴ et du but des lois⁵⁵. Même si Macarel ne fait aucune référence au cours de notre auteur dans le corps de son texte⁵⁶, on ne peut nier ici, eu égard à l'exacte similitude des formules employées, la paternité du baron de Gérando.

Pierre SERRAND

Professeur à l'École de droit d'Orléans

54. « Les caractères propres de la loi sont ceux-ci : 1^o La loi est toujours la *source d'une obligation* ; c'est, en effet, la loi qui lie, qui engage, et par conséquent c'est elle aussi qui dispense ; c'est elle qui crée le devoir extérieur du citoyen envers la société. 2^o La loi statue d'une manière *générale*. Il n'y a donc qu'une loi pour tous ; elle considère les hommes en corps, et les actions comme abstraites. (...) 3^o Enfin la *stabilité* est un autre caractère propre aux lois. Car, pour qu'elles soient impartiales, il faut qu'elles ne s'assujettissent pas aux circonstances de moment. Elles doivent songer à l'*avenir* ; elles ne gouvernent que l'*avenir*. (...) Mais cette *stabilité* ne doit pas s'entendre avec une rigueur absolue. La loi doit se modifier avec l'état de la société, avec les conditions de fait qui l'avaient déterminée ; elle peut même disparaître tout à fait avec les besoins sociaux qu'elle était destinée à satisfaire » (Macarel, *Éléments de droit politique*, Bruxelles, 1834, p. 7-8).

55. « Le premier but des lois se caractérise et se détermine par le but de la société elle-même. Or, la société doit, avant tout, se proposer d'*exister* ou comme société humaine en général, ou comme société particulièrement constituée. Elle doit ensuite *protection* à chacun dans l'exercice de ses droits, en tant que cet exercice ne porte point atteinte aux droits d'autrui ; car c'est là l'éternel limite de nos droits sociaux. Ces premières conditions remplies, la société se propose aussi de procurer à tous en général et à chacun en particulier, la plus grande masse de *bonheur* possible, avec le plus petit nombre de sacrifices des droits de chacun. (...) Et pour atteindre tous ces buts, il faut, non seulement, que les lois contraignent, mais encore qu'elles éclairent et persuadent » (Macarel, *Éléments de droit politique*, *op. cit.*, p. 8).

56. Macarel mentionne seulement le cours de Gérando parmi les références bibliographiques.