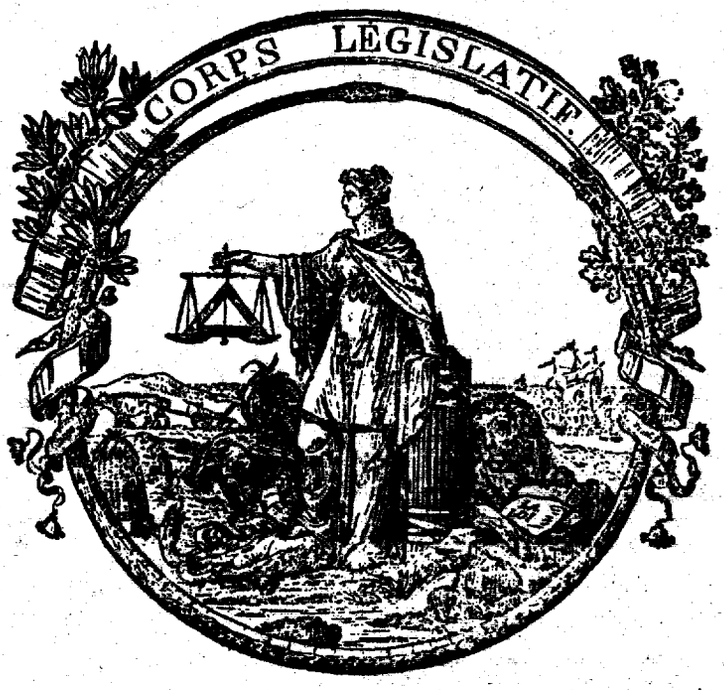
CAHIERS
de philosophie politique et juridique

LA LOI CIVILE



1987 N° 12

Centre de Publications de l'Université de Caen

Couverture : Motif principal de la vignette *Corps législatif* exécutée par Dugourc et Duplat : cf. A. Boppe et R. Bonnet, *Les Vignettes Emblématiques sous la Révolution*, Paris, Berger-Levrault, 1911, p. 144.

ISBN VRIN : 2-7116-9549-2

ISBN : 2-905461-31-4

CAHIERS DE PHILOSOPHIE
POLITIQUE ET JURIDIQUE

LA LOI CIVILE

Actes du Colloque
de Mai 1987

n° 12

Centre de Publications de l'Université de Caen

1988

Cahiers de philosophie politique et juridique

SOMMAIRE

ALLOCUTION D'OUVERTURE

Mesdames, Messieurs,
Chers Collègues, chers Amis,

Le Colloque du mois de mai 1987, consacré à *La Guerre*, nous avait conduits à l'École militaire de Saint-Cyr-Coëtquidan. Nous renouons cette année avec ce qui, pour le *Centre de Philosophie politique et juridique*, est déjà une tradition et nous retrouvons la Salle des Actes de l'Université de Caen.

Mais, comme il n'est pas bon de se reposer sur le mol oreiller des habitudes, nous avons conféré à notre rencontre un caractère nouveau : c'est en collaboration avec le *Centre de Philosophie du Droit* de l'Université de Paris II qu'elle a été organisée. Je tiens donc d'abord à remercier Monsieur le Professeur Paul Amselek, directeur de ce centre, ainsi que tous nos collègues de Paris, non seulement pour leur présence à Caen pendant ces journées, mais aussi pour leur amicale et précieuse coopération.

Nos remerciements les plus vifs vont à Monsieur le Doyen Jean Carbonnier et à Monsieur le Président Raymond Polin, qui nous font l'amitié et l'honneur de prendre part à nos travaux. En notre nom à tous, je leur dis combien nous sommes heureux qu'ils soient à nos côtés et veuillent bien nous apporter, de vive voix, les *lumières* que nous apprécions tant dans leur œuvre prestigieuse. Comment ne pas exprimer aussi aux fidèles ouvriers du *Centre de Philosophie politique et juridique*, les anciens et les nouveaux, ainsi qu'à tous nos amis, venus, comme pour chacune de nos rencontres, d'Universités françaises et étrangères plus ou moins lointaines, la reconnaissance que nous leur devons ?

En vous souhaitant bienvenue à tous à l'Université de Caen, je crois d'ores et déjà pouvoir dire que, grâce à vous qui avez convergé vers la Normandie, ce lieu géographique sera, une fois de plus, un carrefour d'idées.

En effet, de *la loi civile*, dont nous allons débattre au cours de ces trois journées, il ne suffit pas de souligner combien elle est

importante dans les études philosophiques, juridiques ou historiques. A l'heure où se multiplient les textes législatifs, et tandis que s'enfle démesurément la réglementation qu'ils appellent en vue de leur application, il importe de prendre conscience des enjeux *méta-juridiques* dont cette législation est lestée. La loi civile est certainement autre chose, en son sens et en sa portée, que la *lettre* d'un texte édicté par le législateur étatique. C'est pourquoi elle recèle un écheveau de problèmes : *problèmes éternels*, mais aussi *problèmes d'actualité*, dont l'acuité est plus intense que jamais. Nul ne peut demeurer indifférent à leur égard, car ils concernent notre vie quotidienne même. C'est donc à un tourbillon d'idées et de questions que nous aurons affaire.

Mais le philosophe n'est philosophe que s'il s'interroge et cherche. C'est *ensemble* que nous allons le faire afin de mieux mesurer et de mieux comprendre les enjeux de la loi civile dont les sociétés humaines ne peuvent, sans péril, faire l'économie.

Simone GOYARD-FABRE

AVANT-PROPOS

Lever le rideau est une flatteuse mission. De me l'avoir confiée, je suis très reconnaissant aux organisateurs de ces journées, et, tout personnellement, à Madame Simone Goyard-Fabre. Pourquoi moi, cependant ? Et je n'ai pu me tenir de m'interroger sur la qualification oubliée, la qualité perdue au fil des ans, qui avait bien pu me valoir d'être ce matin à la place où je suis. Qu'avais-je à faire avec la *loi civile* ? Passe encore pour la *loi*, mais quel besoin avait-elle d'être *civile* ?

J'ai peine à avouer la première réponse qui m'avait traversé l'esprit, tant elle était saugrenue : la loi aurait été civile comme on disait, naguère encore, en procédure, que certaines requêtes devaient l'être. Quand un jugement est entaché d'erreur — d'une erreur énorme, n'ébranlons pas, tout de même, l'autorité de la chose jugée — il est permis au perdant d'adresser requête aux juges pour qu'ils revoient leur copie. Demande en révision, la nomme-t-on aujourd'hui. Autrefois, c'était la requête... civile. Car, pour laisser entendre à des juges qu'ils s'étaient trompés, il fallait que le justiciable y mît les formes, qu'il otât son bonnet.

Ayant longtemps pratiqué la sociologie du droit, rien d'étonnant que je sois entré dans le sujet avec ce que, du temps de Durkheim, les non-sociologues auraient appelé la naïveté sociologique. Au point que, sous le titre du colloque, j'aie imaginé la civilité, la politesse de la loi. Les historiens auraient lancé la recherche avec le préambule des édits. « A tous, présents et à venir, salut ! » Pouvait-on rêver plus grande courtoisie ? Qui n'empêchait pas que, dans la suite de la rédaction, présents et à venir fussent voués aux galères ou au gibet. Le législateur moderne sait, lui aussi, combien une amabilité du seuil peut être payante. Telle loi sur le louage s'ouvrira sur un article fort affable proclamant le droit sacré de tout un chacun à l'habitat, quitte, dans le corps du texte, à nous laisser en proie à la difficulté pratique de trouver un logement. Ce n'est point, d'ailleurs, simple affaire de style. Par-delà, se profile une question de fond : avant même que d'être juste, ne faudrait-il

pas que loi s'abstînt d'être grossière ? La rétroactivité des lois, c'est leur suprême grossièreté ; ménager les transitions, assortir de dispositions transitoires les textes jeunes, ce devrait être le minimum de révérence qui est dû aux vieillards. Quelle harmonie sociale ne pourrait-on attendre d'une civilité puérile et honnête des lois !

Trop puérile, peut-être, trop folklorique, pour que le sujet pût convenir à un auditoire aussi sérieux que le vôtre. C'est alors que, me souvenant d'avoir également enseigné le droit civil, je me suis avisé que la loi civile par laquelle, pour laquelle j'avais été invité, ce pouvait être tout bêtement la loi en droit civil. D'autant mieux qu'en droit civil la loi offre une originalité des plus séduisantes : des lois auxquelles il est permis d'échapper. Distinction classique : à côté des lois impératives, le droit civil connaît des lois qui ne le sont pas, celles qu'il qualifie de supplétives, interprétatives de volonté. Léon Duguit, que j'ai eu le privilège d'entendre à son cours, s'intéressait vivement aux lois supplétives. Elles lui avaient même fourni une astuce d'examen, une question-piège dont il aimait faire part à ses auditeurs (au risque d'éventer la mèche). Et se livrant en chaire à des imitations, il interrogeait : « Dites-moi, Monsieur, si l'on peut désobéir à la loi ? » Réponse innocente : « Bien sûr que non, Monsieur, qui oserait lui désobéir ? » — « Alors, expliquez-moi l'article 6 du *Code civil : On ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public* » — « ? » — « C'est donc que l'on peut déroger à toutes les autres. » Et d'enchaîner : « Ces autres lois, les lois supplétives de volonté, ne sont pas des lois véritables. Il n'y a, dans le *Code civil*, que trois articles qui soient vraiment des lois, 554, 1134, 1382. » Dans son *Traité de droit constitutionnel*, il apportait à sa démonstration plus de nuances, mais à son cours, il n'était point fâché d'abaisser les cornes à ses collègues civilistes dont il tenait la discipline en médiocre estime.

Seulement, vous allez me le faire remarquer, à s'engager sur cette pente, si la loi civile n'est réellement loi que de temps à autre, le sujet du Colloque est en passe de s'évanouir, et mon prélude n'a plus de partition.

Alors quoi ? La loi civile, celle qui n'est pas pénale ? ou pas militaire ? ou pas ecclésiastique ? La loi qui n'est pas la loi naturelle ? Ah ! nous y voilà peut-être : la loi qui ne vient pas du droit naturel. Loi civile, loi civique, loi positive, celle qui est l'ouvrage d'un législateur humain. De fait, c'est bien le sens que le *Contrat social* a donné à l'expression *loi civile*.

M'arrêtant à ce sens qui doit être le bon, je voudrais m'attacher un instant à la personne de ce législateur humain, puisqu'il

est en cause. Du législateur, il sera sans doute beaucoup question au cours du Colloque, mais dans une vue philosophique, très légitimement. J'aimerais proposer de lui une vision plus charnelle. J'ai connu de ces gens qui rédigent les lois. Ce sont des hommes comme les autres, et, comme tous les hommes, ils sont appelés à souffrir. D'ordinaire, nous ne compatissons qu'à la souffrance de ceux qui subissent la loi. Il y a aussi une souffrance de ceux qui la font.

Oh ! ils ont pu avoir leurs moments d'euphorie, dans la première phase de leur travail, tout à la joie de créer. Mais bientôt surgit l'anxiété. La loi vient d'être promulguée. Le législateur écoute ce que l'on va en dire. Qui « on » ? A qui s'adressent les lois ? En première ligne, à ceux qui ont en charge de les appliquer, l'exécutif aussi bien que le judiciaire. C'est toujours la classe juridique. Entre elle et le législateur il y a unité de formation, de langage, de mentalité. On pourrait présumer la complicité, et que le texte va être transmis et reçu avec des sourires d'augures.

C'est, pourtant, une constante que le législateur se méfie — et n'a point tort de se méfier — de ses applicateurs. Il donne et voudrait retenir. En sociologie législative, on parlerait volontiers du complexe de Waldeck. C'est un épisode qui fut fameux dans l'histoire de la IIIe République. Waldeck-Rousseau avait fait aboutir sa grande loi sur les associations, loi en diptyque dont le second volet concernait les congrégations. Là-dessus, il quitta le pouvoir, pour raisons de santé (du moins, il le dit), laissant la place à Émile Combes. A celui-ci d'appliquer la loi. Il l'appliqua, mais dans un esprit restrictif. Au Sénat, Waldeck protesta : la loi avait été conçue dans un esprit libéral ; il y avait détournement de *sa* loi. Car c'était toujours *sa* loi, il ne consentait pas à couper le cordon ombilical de l'intention du législateur. Clemenceau, plus matérialiste, lui fit la leçon : « Il n'avait qu'à garder le pouvoir, à appliquer lui-même sa loi. » Comme si le législateur pouvait ne pas mourir ! Tout ce qu'il peut faire, c'est de bien choisir ses exécuteurs testamentaires.

Et encore s'il n'y avait que les exécuteurs ! Il faut compter aussi avec les interprètes. Interpréter, c'est traduire ; traduire, n'est-ce pas trahir ? Dès que les législateurs prennent conscience qu'ils auront des interprètes, la perspective jette une ombre sur leur plaisir. C'est Napoléon s'écriant lorsque fut publiée l'*Analyse* de Malleville : « Mon Code est fichu ! » Vains regrets ! Que n'avait-il donné des ordres de censure ? Mais Justinien, à la fin de la Constitution *Deo auctore*, avait donné de ces ordres : « Pas de commentai-

res ! », et l'on sait ce qu'il en advint : un millénaire de gloses. Faudrait-il fulminer des sanctions ? C'est ce que faisaient les testateurs des temps primitifs : ils menaçaient d'envoûtement ou, moins magiquement, ils abandonnaient à la vengeance divine ceux qui méconnaîtraient leurs dernières volontés. Ainsi parle l'Apocalypse en sa conclusion : malheur à qui osera ajouter ou retrancher à la Parole. Les malédictions ne font plus peur de nos jours. Il arrive encore aux notaires, cependant, d'insérer dans les testaments des clauses pénales : le légataire qui violera les conditions prescrites sera déchu de la libéralité.

Toujours cette image du testament qui nous poursuit. S'il fallait chercher pour la loi une analogie dans le droit civil, pourquoi avoir ressassé des schémas de contrat ? Le testament, c'était bien plus vrai, le testament — ou l'héritage.

Car, par-dessus la tête de ses applicateurs et de ses interprètes, le législateur essaie de se revancher sur l'espérance d'avoir finalement le bon peuple pour héritier. Il a confiance dans les générations futures, auxquelles il se flatte d'avoir apporté des corbeilles de bienfaits. Cependant, pour peu qu'il réfléchisse, son espérance devrait être troublée, car l'expérience du droit civil lui enseigne que rien n'est moins inattendu que l'ingratitude des héritiers.

Nous ne sommes pas des Récabites. Les Récabites, c'était cette tribu nomade que Jérémie, en son chapitre XXXV, exalte comme un modèle de fidélité à une loi quasi testamentaire. Parce que, dans un passé immémorial, leur ancêtre Récab le leur avait interdit, ils avaient continué à ne pas bâtir de maisons, à ne pas boire de vin, à observer toute sorte d'ascèse, sans jamais avoir mis en doute ce qui leur était ordonné.

Nous ne sommes plus des Récabites. Et même s'il arrive à telle tribu de chez nous d'invoquer ses grands ancêtres, s'il arrive même à notre Conseil constitutionnel d'avoir pour telle loi, tel fragment de déclaration des droits une vénération affective, une gratitude d'héritier, l'événement est exceptionnel. Il n'est pas accordé au législateur de la base, au législateur de tous les jours de bénéficier d'une mythologie qui lui promette l'éternité.

Sur ce mot d'éternité, je retourne à Jean-Jacques, à son aphorisme fameux : « Il faudrait des dieux pour donner des lois aux hommes », et je réponds : « Surtout pas ! Ils se croiraient immortels. » Et heurtés, battus, blessés par l'ardent désir de changement, ils s'irriteraient contre lui et ils en souffriraient davantage. Puisque ce sont des mortels, qu'ils apprennent la sagesse du mourir !

Vous, philosophes, vous vous êtes efforcés d'enseigner la philo-

sophie aux législateurs. Locke préconisait d'affecter les lois d'une clause de caducité au bout de cinq ans ; Goethe, dans ses thèses de doctorat, suggérait de changer sinon de texte, du moins d'interprétation, à chaque changement de règne. C'était l'époque où beaucoup d'hommes d'État pensaient que l'avènement d'un nouveau monarque pouvait être une heureuse occasion de lessiver la dette publique et de manipuler la monnaie. Pourquoi pas, en même temps, changer les lois ? Bien que nous n'ayons plus de monarque, c'est un peu ce que nous faisons à chaque changement de règne.

Cette philosophie, qui pourrait aider les législateurs à surmonter leurs souffrances, ne sera, du reste, jamais univoque. Elle peut être optimiste, ou pessimiste, c'est affaire d'humeur. Parmi les législateurs qui méditent sur leur métier, il en est qui se disent : *après tout, si le grain ne mourait, le droit ne serait pas vivant.* Mais d'autres lèvent les bras au ciel et s'écrient : *autant labourer la Manche.*

Qui a choisi la meilleure part ? Vaut-il mieux creuser un sillon, ou laisser un sillage ? Le sillon est promesse de moisson, le sillage est une direction qui s'efface, mais tout de même une direction. Que le plus philosophe choisisse ! Je voulais seulement vous proposer un moment de gratitude pour ces laboureurs de la terre ou de la mer, ces législateurs à cause de qui, grâce à qui nous sommes rassemblés et qui vont nous faire, à notre tour, travailler. Au travail !

Jean CARBONNIER

Michèle DUCOS

LA LOI CIVILE A ROME

DROIT ET PHILOSOPHIE DU DROIT A LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE

LA LOI CIVILE A ROME
DROIT ET PHILOSOPHIE DU DROIT A LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE

Pendant longtemps, la réflexion sur la loi qui s'est développée à Rome n'a pas vraiment retenu l'attention. Certes, de nombreux travaux ont, surtout ces dernières années, précisé la place de la *lex* dans les sources du droit ou examiné le rôle de la législation[1]. Certes, les prudents n'écrivent pas de *De legibus* et dans les rares définitions qui subsistent au *Digeste*, Papinien comme Marcien citent ou traduisent l'un Démosthène, l'autre Chrysippe[2], en des formules qui ne permettent pas d'apprécier l'originalité de la pensée romaine. Mais on ne saurait écarter une littérature qui fait une large place à la loi dans ses préoccupations : Cicéron ainsi que Tite-Live ou Tacite sont là pour en témoigner[3]. Et il est bien difficile de s'expliquer la vitalité d'une tradition qui persiste pendant toute la République et l'Empire, qui, par des chemins divers, exercera une indéniable influence sur la pensée occidentale, si on la réduit à quelques formules toutes faites. Cette réflexion doit sans doute beaucoup à la philosophie grecque à laquelle elle emprunte des questions, et quelquefois des réponses : mais elle ne s'élabore pas uniquement dans l'abstrait et les problèmes qui se posent à la fin de la République permettent également d'en comprendre la

1. F. Serrao, *Classi, partiti e legge nelle Republica romana*, Pise, 1974 ; J. Bleicken, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin, 1975 ; A. Magdelain, *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris, 1978 ; voir en dernier lieu les travaux de H. Honsell, « Das Gesetzesverständnis in der römischen Antike », *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburststag*, Munich, 1982, t. I, p. 129-148 ; et « Der Gestzesstil in der römischen Antike », *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, Naples, 1984, t. IV, p. 1659-1673.
2. *D.*, I, 3, 1 et 2 : la définition de Papinien est une traduction du *Contre Aristogiton*, discours attribué à Démosthène, et le texte grec figure dans la citation de Marcien, joint à un extrait de Chrysippe.
3. Voir M. Ducos, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, Belles Lettres, 1984 ; pour le principat, voir « Tacite et les problèmes de droit », à paraître dans *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, 33, 3.

portée. Aussi faut-il partir de la *lex* et de son évolution pour envisager les débats qu'elle fait naître chez les écrivains et que la philosophie aide souvent à résoudre.

Une telle étude s'inscrit dans des limites chronologiques précises : la loi fait sans doute son apparition assez tôt à Rome : la *loi des XII Tables* est élaborée vers 450 avant notre ère. Mais, avec l'instauration du principat, la situation se transforme : les *leges* sont encore nombreuses avec Auguste, mais leur importance numérique décroît très rapidement ; la dernière loi date du règne de Nerva, à l'extrême fin du premier siècle. En même temps, l'activité législative du prince, encore modeste au premier siècle de notre ère, prend beaucoup plus d'ampleur à partir du second siècle. Au terme de cette évolution, les constitutions impériales finiront par être qualifiées de *leges* par les jurisconsultes[4] mais c'est un univers totalement différent qu'il nous a paru préférable de laisser de côté dans ces pages.

*

A Rome, le terme de *lex* désignait d'abord le texte proposé par un magistrat et accepté par les citoyens : c'est la *lex publica*, la loi votée par le peuple comme le rappelle la définition bien connue du juriste Ateius Capito citée par Aulu-Gelle[5]. L'adjectif *publicus* en exprime avec précision le caractère distinctif : la participation du peuple. D'autres actes portaient en effet le nom de *leges*, mais leur procédure d'élaboration est totalement différente : il n'y a pas de proposition faite par une partie et acceptée par l'autre. A la *lex publica* s'opposent ainsi les *leges dictae*. L'attention a été attirée sur elles par le livre d'André Magdelain[6] : il a montré la variété de leurs formes qui comprend aussi bien le statut d'une association *(lex collegii)*, le statut cultuel et financier d'un temple *(lex templi)* ou encore les cahiers établis par les censeurs pour les adjudications des marchés publics *(lex censoria)*. Ces éléments, disparates à première vue, peuvent avec d'autres se regrouper sous un concept unique : outre leur appellation identique, il ont tous en commun d'être lus à haute voix, rédigés à l'impératif, le mode exclusif de la

4. Voir désormais sur ce point J.P. Coriat, « Droit et loi à la fin de l'époque classique » *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : droit et loi*, Aix-Marseille, 1987, p. 25-37.
5. Aulu-Gelle, X, 20, 2 : *lex est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu.*
6. *La loi à Rome*, p. 29-55.

lex, et d'être tous des sources du droit par la création d'actions. L'intérêt de cette savante étude consiste ainsi à mettre en lumière certains traits constitutifs des *leges*, et à retrouver l'unité archaïque d'un concept qui a disparu tant chez les auteurs latins que chez les jurisconsultes.

De fait, c'est uniquement la *lex publica* qui les a retenus et qu'ils se sont souciés d'analyser et de définir. Une telle évolution n'est pas surprenante parce que le magistrat n'a conservé la possibilité d'édicter unilatéralement des *leges* que dans des cas très particuliers et qu'avec le développement du suffrage universel et la multiplication des interventions populaires, la *lex publica* s'est acquis la première place parmi les *leges*[7]. C'est donc elle seule qui nous retiendra dans cette étude, même s'il faut se souvenir qu'elle n'est qu'une espèce d'un genre bien plus vaste pour en comprendre la nature.

A première vue, les lois à Rome paraissent très nombreuses et extrêmement variées dans leur objet : à côté de mesures de portée limitée comme les déclarations de guerre, la ratification des traités ou la décision d'accorder le triomphe, nous trouvons des dispositions d'ordre général qui concernent par exemple l'organisation des provinces, le taux des amendes, les magistratures ou les règles de droit privé portant sur les donations, la liberté de tester... Une telle diversité laisse croire à l'importance de la loi dans la cité : rien n'échappe aux réglementations légales. On a pourtant mis souvent en lumière leur faiblesse numérique : dans le recueil qu'il a consacré aux lois romaines, G. Rotondi[8] ne comptait que huit cents lois sur plus de cinq siècles de République, ce qui constitue un chiffre très modeste. Il faut aussi souligner que la législation est exceptionnelle en droit privé : une vingtaine de lois tout au plus. De vastes secteurs se développent sans recours à la *lex*. Et le droit s'élabore par d'autres moyens : la jurisprudence qui interprète d'abord les *XII Tables* et devient peu à peu autonome, l'édit du préteur. En un mot, le « peuple du droit n'est pas le peuple de la loi »[9] pour reprendre la célèbre formule de F. Schulz. Poussée

7. Nous n'abordons pas ici la distinction entre lois et plébiscites (votés au départ par les seuls plébéiens) ; depuis la *lex Hortensia* (286 avant notre ère), ils ont la même force obligatoire que les lois. De plus, cette distinction, qui tend à disparaître au cours de l'histoire romaine, n'est pas toujours essentielle quand il s'agit de réflexion sur la loi.
8. G. Rotondi, *Leges publicae populi romani*, Milan, 1912 ; voir aussi « Osservazioni sulla legislazione comiziale di diritto privato », *Scritti giuridici* I, Milan, 1922, p. 1-42 et J. Gaudemet, *Études sur le droit et la loi*, Paris, 1949-1950 (Cours de droit romain approfondi).
9. F. Schulz, *Principles of Roman law*, Oxford, 1936, p. 7.

jusqu'à ses ultimes conséquences, cette affirmation a même fait conclure que les lois en droit privé n'étaient que des mesures de circonstances, prises sous la pression d'un scandale, destinées à rétablir l'ordre des interdictions radicales, et restaient dénuées de valeur technique[10]. Il convient sans doute de nuancer cette interprétation, comme celle qui voudrait que la loi ne puisse déroger au *ius*[11], mais il ne fait aucun doute que la loi en droit privé est un moyen auquel on recourt rarement et dans des conditions très précises.

En droit public, son importance reste assurément plus grande, car ni les sénatus-consultes ni les édits des magistrats ne peuvent avoir une autorité comparable, mais dans la Rome archaïque les institutions fondamentales n'ont pas été fixées par des lois[12] : ni le rôle du sénat ni la naissance des comices ne sont précisés par voie législative : il n'existe aucune loi fondatrice pour le consulat, la censure ou la préture. Les cadres fondamentaux du droit public romain se sont ainsi formés sans recours à la loi et elle sert seulement à réglementer la durée d'une magistrature (comme la *lex Aemilia* qui limite à dix-huit mois les pouvoirs des censeurs) ou leur succession (comme la *lex Villia annalis* pour le *cursus honorum* en 180 avant notre ère) : elle intervient dans un cadre donné et préétabli et sert à apporter des limites et des précisions, parfois à donner des garanties.

Cet aspect est loin d'être ignoré chez les auteurs latins : bien sûr, la loi apparaît d'abord dans des éloges de la *libertas*[13], c'est-à-dire à l'intérieur d'une analyse politique fondée sur une opposition implicite ou explicite avec la monarchie. Les écrivains insistent sur l'égalité que font naître ses formules impersonnelles et générales, sur la nécessité du consentement populaire. Mais, dans l'énumération des garanties qu'elle apporte, figurent en bonne place la certitude d'une loi « qui tient toujours à tous le même langage », comme le souligne Cicéron dans le *De officiis*[14], la précision avec

---

10. F. Wieacker, « Lex publica », *Vom römischen Recht*, 2e éd., Stuttgart, 1961, p. 45-82.
11. Outre les travaux que nous venons de citer, voir aussi G. Pugliese, « Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il ius civile », *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di storia del diritto (Vérone, 1948)*, t. II, 1951, p. 61-85.
12. A. Magdelain, *Recherches sur l'imperium. La loi curiate et les auspices d'investiture*, Paris, 1968. La rencontre entre le droit public et le droit privé montre bien qu'il s'agit d'une question de technique, et non d'un hasard dû aux lacunes de notre documentation.
13. Sur ce thème, voir *Les Romains et la loi*, p. 39-64.
14. Cicéron, *De officiis*, II, 14, 41.

laquelle elle fixe le déroulement de la vie politique, qui ressort souvent chez Tite-Live, et la sécurité qu'elle apporte : Cicéron l'a suggéré avec insistance dans le *Pro Caecina*[15] où il fait l'éloge du droit civil et des lois. L'orateur rappelle longuement qu'ils permettent de léguer ses biens, d'en recevoir par héritage et de conserver ses propriétés ; il est ainsi possible de prendre des décisions dont on sait qu'elles seront suivies d'effets et la loi apporte des certitudes qui permettent l'action. Cet aspect reste très diffus dans les textes grecs et il est vraisemblable que c'est là un apport original de la réflexion romaine. Ces données restent constamment présentes chez les écrivains et, tout en déterminant les caractéristiques de la loi, constituent le fondement d'une problématique qui affleure presque toujours.

Mais il faut également tenir compte de l'évolution qui se produit sur près de six siècles de République et qui entraîne une transformation des lois. En effet, les interventions des comices se multiplient nettement à partir du troisième siècle : le *populus* est appelé à prendre des décisions qui n'entraient pas à l'origine dans sa compétence comme la ratification des traités ou les déclarations de guerre. Par opposition à la période archaïque où le nombre des lois était plus restreint, s'ouvre une période d'intense activité législative. En même temps que croît son importance numérique, la *lex publica* reçoit une complexité nouvelle ; A. Magdelain a montré comment il était parfois délicat de la distinguer de l'élection ou du jugement[16]. En outre, sa fonction se modifie : elle ne sert plus seulement à préciser les attributions des magistrats ou à leur imposer de nouvelles limites, elle crée des magistratures extraordinaires, qui échappent au système consacré par la tradition : par exemple, l'*imperium* proconsulaire de Marcellus ou celui du futur Scipion l'Africain quand il est envoyé en Espagne. Et par là s'établit une série de précédents qui vont se retrouver au second et au premier siècles (il suffit de penser à Pompée). Enfin, la loi établit des magistratures nouvelles destinées à durer. Une dernière étape de cette évolution rend les lois nécessaires pour augmenter le nombre des titulaires d'une magistrature, ce qui n'était nullement indispensable au départ. Et ce principe ne souffre pas d'exceptions à la fin de la République. Sans doute cette modification n'est pas le résultat d'une mutation soudaine qui remplace la *lex* archaïque par des mesures qui n'ont rien de commun avec elle. Il y a des constantes

15. Cicéron, *Pro Caecina*, 26, 73-74.
16. *La loi à Rome*, p. 56.

qui se manifestent tout au long de la République, mais ces changements s'inscrivent dans le droit fil d'une évolution qui tend à multiplier les interventions du peuple dans la vie de la cité. Ce qui n'était que décision exceptionnelle devient peu à peu pratique courante. Ainsi toute modification même minime de l'ordre établi requiert l'accord du peuple et implique la promulgation, puis le vote d'une loi. Ainsi s'instaure ce recours constant à la législation, ce légalisme qui, pour bien des romanistes, caractérise la République finissante. Il a pour conséquence d'exprimer toute décision sous la forme d'une loi, de résoudre par ce biais les problèmes qui se posent à la cité et de fixer sous cette forme les règles qui doivent régir la vie des citoyens. A ce stade, la loi ne constitue plus seulement une garantie de certitude, ne sert plus à exprimer ce qui a toujours été le *ius*[17], elle introduit des innovations, elle est un instrument de changement et de réformes, elle fonde les principales institutions de la cité.

Cette nouvelle conception ne va pas sans conséquences : elle modifie le regard que les écrivains portent sur la loi, elle est source de questions nouvelles. Une telle évolution nous aide d'abord à mieux comprendre pourquoi Rome est décrite comme une cité fondée sur des lois par les auteurs latins. A s'en tenir uniquement à la fonction de la *lex* dans la Rome archaïque, à sa place limitée en droit privé, une telle perspective peut paraître erronée. En fait, elle reproduit les conceptions de leur époque. C'est manifeste à lire bien des discours de Cicéron. Dans le *Pro Cluentio*, il esquisse le tableau d'une cité où tout se déroule sous le « commandement et l'ordre des lois »[18] ; elles constituent l'élément moteur de la cité, fixent et orientent le déroulement de la procédure, gouvernent la vie politique et presque toutes les actions humaines[19]. Tite-Live à son tour, en retraçant l'histoire du peuple romain, insiste sur la place des lois, leur attribue parfois (dans des discours) la création de magistratures ou suggère qu'elles créent des modifications durables.

---

17. P. Stein, *Regulae iuris*, Edimbourg, 1966, p. 19-25.
18. Cicéron, *Pro Cluentio*, 53, 146-147.
19. Il est vrai que dans ce discours, Cicéron défend la lettre, pour montrer que son client, un chevalier, bénéficie d'une exception : la *lex Cornelia de sicariis et ueneficiis* ne concerne que les sénateurs. Voir C.J. Classen, « Cicero, the Law and the law-courts », *Latomus*, 37, 1978, p. 598-619. Mais il développe et approfondit l'éloge des lois et s'il retrouve un thème déjà développé par les orateurs grecs, il l'adapte à son propos : cf. *Les Romains et la loi*, p. 170-173.

En outre, l'indéniable extension de la législation, son utilisation constante pour résoudre les questions qui se posent à la cité — luxe, violence, brigue électorale[20] — ont évidemment pour conséquence un renouvelllement fréquent des lois, une multiplication des mesures législatives qui constitue un thème important dans la réflexion romaine. Les écrivains en ont pris conscience : dans le *Pro Balbo*[21], Cicéron parle d'innombrables lois de droit privé, Tite-Live[22] évoque « un amas considérable de lois entassées les unes sur les autres » et Tacite[23] n'est pas non plus indifférent à cette question. Peut-on y voir, comme on l'a fait quelquefois, l'écho d'un thème rhétorique sans portée véritable[24] ? Une telle interprétation est d'autant plus malaisée à admettre que grande est la tentation de débrouiller cet écheveau et de réduire cette profusion excessive et, en un mot, de procéder à une codification du droit. Certains n'y ont pas résisté : nous savons en effet que Pompée puis César avaient formé de tels projets. Pompée se proposait de réunir les lois en livres et César avait l'intention, nous dit Suétone, de réduire le droit civil à des limites précises, « de réunir en un tout petit nombre de livres ce qu'il y avait de meilleur et de plus indispensable dans cette foule de lois éparses »[25]. Cette tentative avait ainsi pour but de remédier à une abondance désordonnée et contradictoire où coexistaient des mesures qui se répétaient, s'abrogeaient partiellement ou s'opposaient, et d'y répondre par l'ordre, la simplification et la clarté. Ces projets s'insèrent bien sûr dans le souci de classification qui se manifeste largement dans le droit privé de la fin de la République avec Q. Mucius Scaevola, puis Ser. Sulpicius Rufus, mais qui s'exprime aussi dans le *De iure ciuili in artem redigendo* de Cicéron et trouveront un achèvement dans le livre III du *De legibus*[26]. Paradoxalement, la réaction devant la multiplication des lois et leur constant renouvellement prend la forme d'un désir de réduction et de remise en ordre, ou se traduit dans la volonté de s'en tenir à l'essentiel et d'éliminer le superflu. La cité reste assurément fondée sur des lois mais leur nombre est des plus

---

20. C'est ce que révèle l'analyse de E.S. Gruen, *The last generation of the Roman Republic*, Berkeley, Los Angeles, 1974.
21. Cicéron, *Pro Balbo*, 8, 21.
22. Tite-Live, III, 34, 6.
23. Tacite, *Ann.*, III, 27, 3.
24. F. Schulz, *Principles of Roman Law*, p. 253.
25. Isidore de Séville, *Etym.*, V, 1, 5 ; Suétone, *Diu Iul.*, 44, 3. Voir E. Polay, « Der Kodifikationsplan des Pompeius », *Acta antiqua Hungarica*, 13, 1965, p. 85-95 ; « Der Kodifizierungsplan des Iulius Caesar », *Iura*, 16, 1965, p. 27-51.
26. *Les Romains et la loi*, p. 184-187.

restreint : il s'agit de s'en tenir à quelques dispositions fondamentales et presque « constitutionnelles ».

Ces projets n'aboutirent pas, mais nous pouvons découvrir chez les auteurs anciens des tentatives comparables : elles consistent, au lieu de placer indistinctement toutes les lois sur le même plan, à établir une hiérarchie entre elles et à opposer, dans toutes les décisions qu'a prises le *populus*, des mesures essentielles pour la cité et d'autres qui le sont moins. Certaines lois reviennent en effet avec une insistance toute particulière parce qu'elles paraissent fixer des principes fondamentaux pour la cité : nous pouvons les énumérer avec une relative précision : elles comprennent les lois sur la *provocatio*, c'est-à-dire la possibilité de « faire appel » au peuple et d'être jugé par lui, possibilité accordée à tout citoyen qui encourt la peine capitale et qui est considérée comme l'une des garanties déterminantes, l'un des éléments constitutifs de la *libertas*[27]. Viennent s'y ajouter les *leges sacratae* plébéiennes et, bien entendu, la *loi des XII Tables*, qui représente, selon Tite-Live[28], « la source de tout le droit public et privé ». Pour lui, comme pour Cicéron, ce code n'est pas le reflet d'un passé vénérable mais sans rapport avec le présent, il incarne un des éléments vitaux de la cité. Certes, il est facile de faire remarquer que les dispositions de droit public qu'il paraît avoir contenues reposent sur une conception de la liberté et de la participation populaires qui ne s'accordent pas avec ce que nous savons de l'état des institutions en 450 avant notre ère[29]. Mais l'affirmation de la souveraineté du peuple, l'interdiction des *privilegia*, c'est-à-dire des mesures visant nommément un particulier, ou le vote de la peine capitale par le *comitiatus maximus* (les comices centuriates) représentent des règles presque constitutionnelles pour Cicéron et ses contemporains. Et elles sont devenues des lois fondamentales qui s'imposent et doivent s'imposer à tous[30].

Une telle attitude trouve son expression la plus vive dans le début du livre XXXIV de Tite-Live. L'historien rapporte longuement le débat qui s'instaura en 195 avant notre ère, autour de

---

27. C. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, 1976, p. 425-455.
28. Tite-Live, III, 34, 6.
29. *Les Romains et la loi*, p. 95-97.
30. Cette notion est également étudiée par E. Ferenczy, « Die Grundgesetze der römischen Republik », *Sein und werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1970, p. 267-281, qui ajoute d'autres mesures à celles que nous avons citées ; mais si leur importance « constitutionnelle » ne fait aucun doute, leur place dans l'idéologie et dans la réflexion romaines n'est pas aussi grande.

l'abrogation de la loi Oppia. Cette mesure votée en 215, pendant la seconde guerre punique, limitait les dépenses des femmes en leur interdisant les bijoux d'or en quantité trop abondante, les vêtements de pourpre, et, en somme, les invitait à participer à leur manière à l'effort de guerre au moment où les particuliers versaient leur or et leur argent au trésor ou faisaient crédit à l'État pour les fournitures de guerre. Après la victoire, cette loi n'a plus de raison d'être : les femmes en réclament la disparition. Deux orateurs s'affrontèrent à ce sujet : Caton l'Ancien, alors consul, hostile à l'abrogation et L. Valerius, un tribun, qui lui était favorable. En réponse à Caton, qui proclame qu'« abroger une loi, c'est les affaiblir toutes »[31], il distingue deux catégories de lois : les unes liées aux circonstances, qu'il qualifie de mortelles et que l'on peut abroger lorsque la conjoncture précise qui leur a donné naissance a disparu, et qu'elles ne sont plus utiles, « de même que quand on pilote un navire, il y a des mesures utiles par beau temps et d'autres par gros temps, et que la paix fait abroger les lois votées pendant la guerre et la guerre les lois votées pendant la paix »[32]. A ces mesures changeantes et caduques par essence, l'orateur oppose une autre classe : des lois « votées pour l'éternité, à cause de leur utilité perpétuelle », qui ne peuvent être abrogées, sauf quand la situation de l'État le rend nécessaire ou quand l'usage et leur mise à l'épreuve dans la pratique en révèlent les défauts. Ces lois éternelles sont énumérées un peu loin : parmi elles figurent les *XII Tables* et les lois sur la *provocatio*, autrement dit les lois fondamentales dont nous parlions plus haut. Ce discours constitue ainsi un témoignage exceptionnel car c'est d'abord l'unique tentative de la littérature latine pour établir une hiérarchie entre les différentes mesures légales en une problématique adaptée à Rome, qui ne connaît pas, à la différence d'Athènes, la distinction entre lois et décrets. En outre, tout en conciliant la stabilité des lois et leur changement parfois nécessaire, ce débat *in utramque partem* est riche en aperçus suggestifs sur quelques problèmes liés à la loi.

Il permet d'abord de réfléchir sur son rapport avec le temps : la loi se définit bien sûr comme un texte écrit et général, mais cette stabilité et cette permanence, qui font la force de la loi, sont aussi source de faiblesse : elle ne peut qu'apporter une réponse unique à des circonstances variées et souvent imprévisibles. Nous touchons ici à l'une des principales questions que pose l'existence

31. Tite-Live, XXXIV, 3, 4.
32. Tite-Live, XXXIV, 6, 3.

des lois : ce sont des règles générales qui parfois s'adaptent mal à des cas particuliers et à des situations nouvelles qu'elles ne sauraient prévoir. Pour remédier à ce défaut, on peut interpréter les lois, en faisant intervenir cette forme de justice particulière qui est l'équité et qui tient une grande place dans la réflexion romaine[33]. Une autre solution consiste à choisir l'abrogation, en rappelant que le temps use les lois, les fait vieillir et, en un mot, révèle toutes leurs faiblesses[34]. Un tel choix reste pourtant dangereux ; en abrogeant les lois, en les adaptant sans cesse au constant devenir de la cité, les magistrats risquent de porter atteinte à leur autorité. « Abroger une loi, c'est les affaiblir toutes », comme le déclarait Caton l'Ancien dans le discours que Tite-Live lui prête[35]. Ce propos sans nuances n'est pas seulement conforme à ce que nous savons du caractère rigoureux de son auteur ; il rappelle aussi toute une problématique philosophique qui, avec Platon et Aristote, mentionne les dangers de l'instabilité et la nécessité d'enraciner les lois dans la durée : « car la loi n'a aucun pouvoir de contraindre à l'obéissance en-dehors de la coutume et celle-ci ne s'établit qu'après un laps de temps considérable, de sorte que passer facilement des lois existantes à des lois nouvelles toutes différentes, c'est affaiblir l'autorité de la loi »[36].

Le livre XXXIV n'envisage l'autorité des lois qu'en termes de stabilité : dans le discours de Caton, qui rejoint d'autres réflexions de l'historien[37], Tite-Live s'attache à la valeur que confèrent la longue durée d'une utilisation et en quelque sorte l'approbation tacite et répétée qu'elle suppose. L'autorité supérieure que la loi reçoit de cette façon se double d'une efficacité nouvelle. L'obéissance se transforme en habitude et la loi passe dans les mœurs. Les dimensions de cet article ne nous permettent pas d'envisager tous les aspects de cette question fondamentale[38]. Soulignons néanmoins que les auteurs latins se sont largement préoccupés du respect des lois et des moyens de l'assurer, et que s'ils ont réfléchi sur la signi-

---

33. *Les Romains et la loi*, p. 303-337.
34. C'est une question à laquelle Tite-Live est particulièrement sensible et il signale notamment que le temps est « le seul moyen de corriger les lois », *unus legum corrector* (XLV, 32, 7).
35. Tite-Live, XXXIV, 3, 4.
36. Cf. *Politique*, II, 8, 1268 b 25 (trad. J. Tricot). Ces lignes traduisent aussi l'importance qu'Aristote attache à l'habitude. Les dangers de l'instabilité sont également soulignés par Platon, *Lois*, VII, 797 e-798 a-b, par exemple.
37. Cf. Tite-live, III, 64, 3.
38. *Les Romains et la loi*, p. 341-460.

fication et la portée des châtiments, ils ne se sont pas moins attachés à d'autres solutions (infamie, persuasion, éducation) pour réduire la part de l'intimidation et de la contrainte. Dans cet ensemble, les mœurs ont une place qui n'est pas négligeable et les auteurs latins, en particulier Cicéron, se sont avisés de la valeur formatrice qu'avait la *disciplina*. C'est dire qu'à travers l'évolution des lois apparaissent de nombreuses questions portant sur la nature des lois ou leur efficacité ; elles aboutissent à des problèmes fondamentaux qui se trouvent être des problèmes philosophiques.

La distinction entre des lois éternelles et des lois périssables amène en effet à conférer à certaines une place éminente dans la cité, au nom de l'intérêt qu'elles présentent. Mais la volonté de les rendre intangibles et le refus d'abrogation qu'elles entraînent aboutissent à restreindre la liberté du peuple à leur égard pour affirmer que « leur autorité est supérieure à celle des hommes », selon la formule de Tite-Live[39]. Nous rencontrons là un thème extrêmement important où se mêlent une réflexion souvent liée à la tradition philosophique antérieure, et un approfondissement du rôle de la loi dans la cité, qui enrichit et dépasse les données précédentes. La loi n'apparaît plus seulement comme un facteur d'ordre ou un élément simplement organisateur, elle reçoit un rôle dynamique : elle a pour mission d'unir tous les citoyens en donnant à une foule disparate une organisation qui lui permettra de former un tout. Tite-Live a donné à cette idée son expression la plus nette dans les lignes qu'il consacre aux débuts du règne de Romulus : « après avoir réuni en assemblée cette foule qui ne pouvait se fondre et former un corps politique unique que par le moyen des lois, (le roi) fixa des règles de droit »[40]. Ces lignes, très proches dans leur inspiration de la définition du *populus* donnée dans le *De Republica*[41], révèlent que la loi crée l'unité de la cité et doit la maintenir ; autrement dit, les décisions prises par les citoyens doivent aussi assurer la concorde. Plusieurs pages du *De officiis*, où Cicéron attaque ceux qui veulent être « populaires » et font des remises de dettes comme des réformes agraires, montrent comment il est dangereux de prendre des mesures qui dressent les citoyens les uns contre les autres et comment il est bien préférable, comme l'a fait Aratos de Sicyone, de « ne pas dissocier les intérêts des citoyens et

39. Tite-Live, II, 1, 2.
40. Tite-Live, I, 8, 1.
41. Cicéron, *De Republica*, I, 25, 39.

les maintenir tous sous une même justice »[42]. Cette expression nouvelle du rôle attribué à la loi, dont la coloration platonicienne est indéniable[43], a des conséquences considérables : elle amène à discerner dans la masse des décisions votées par les comices des mesures salutaires et des mesures néfastes, de bonnes et de mauvaises lois, elle conduit à rechercher dans la loi la sagesse de la cité. Dès lors, il n'est plus possible de donner indistinctement le nom de lois à toutes les dispositions prises par le peuple. Son autorité ne se fonde plus sur le suffrage universel et le consentement populaire. Nous rejoignons ici les formules bien connues du *De legibus* avec leur critique sévère des lois civiles : « il est totalement absurde de considérer comme juste tout ce qui est décidé dans les institutions ou les lois des peuples »[44]. Et Cicéron donne comme exemple les lois des Trente à Athènes ou, pour Rome, la loi Valeria de 82 qui conférait à Sylla la dictature *rei publicae constituendae*, mais avait eu aussi pour conséquence les proscriptions. Et l'écrivain ajoute : « si le droit se fondait sur les ordres des peuples, les décisions des grands ou les sentences des juges, il serait conforme au droit d'être brigand, de commettre l'adultère ou de fabriquer de faux testaments, si la multitude approuvait ces actes par ses votes ou ses résolutions »[45]. La critique de Cicéron consiste à distinguer le juste du légal et à dénier par là aux lois civiles toute possibilité de fonder à elles seules la justice ou un droit sans rapport avec la nature. Elles établissent une fausse justice, une justice changeante, qui peut en un instant être supprimée ou remplacée par des mesures tout aussi dénuées de valeur. A ces dispositions funestes, il oppose la loi des philosophes, la loi naturelle dans sa vérité et son éternité, et notre auteur saura à plusieurs reprises la choisir à l'encontre de la loi civile (dans le *Pro Milone* ou dans les *Philippiques*). La condamnation de la loi civile n'aboutit pourtant pas à son élimination totale, mais elle n'acquiert de valeur que si elle fonde un droit lié aux exigences de la nature et exprimant le juste véritable. Ce choix entraîne comme conséquence la nécessité d'aider le peuple à faire un choix éclairé, lorsqu'il doit se prononcer et nous permet de mieux comprendre le système original que propose notre auteur dans le livre III du *De legibus* : le peuple garde sa tablette, garantie d'un vote secret, mais la fait voir aux citoyens les meil-

42. Cicéron, *De Officiis*, II, 22, 83.
43. *Les Romains et la loi*, p. 193-200.
44. Cicéron, *De Legibus*, I, 15, 42.
45. *Ibid.*, I, 16, 43.

leurs, qui peuvent ainsi guider son choix[46]. Sa liberté est restreinte pour lui permettre, guidé par les meilleurs, de faire les choix les plus judicieux. La loi dès lors, n'est plus un instrument changeant reflétant les caprices et les passions du *populus*, mais la sagesse de la cité, qui peut convaincre et éduquer au lieu d'être répressive.

*

Ainsi s'élabore à la fin de la République une réflexion riche et complexe. Elle nous propose d'abord une analyse générale qui envisage tous les problèmes que pose l'existence de lois dans une société : place dans la cité, renouvellement, adaptation aux cas particuliers, efficacité avec le rôle de la répression ou de l'éducation. Dans cet ensemble, deux questions ressortent constamment : la généralité de la loi, qui apparaît tantôt comme une qualité, tantôt comme un défaut, l'autorité de la loi acquise par le vote ou le consentement, fondée sur les modes de son élaboration ou sur des valeurs plus hautes. Pour y répondre, les écrivains romains puisent dans la philosophie grecque mais sans ignorer les préoccupations de leur cité, en respectant les caractères propres de la *lex* et en proposant des solutions originales où se retrouve la tradition romaine. Cette rencontre n'aboutit pas à une remise en cause systématique de la loi et des données les plus courantes ou à des solutions inédites ; la confiance en la loi se maintient et distingue cette époque du temps des Antonins où se développe un débat du même ordre ; elle permet un approfondissement des questions essentielles qui restaure le pouvoir et l'autorité de la loi tout en insistant sur sa sagesse.

Michèle DUCOS

Université de Nancy II

46. *Ibid.*, III, 17, 38-29. Il y a ainsi chez Cicéron la volonté de concilier la liberté du peuple avec le meilleur des choix ; il se montre ainsi plus mesuré que Platon, dont il s'inspire pourtant : voir C. Nicolet, « Cicéron, Platon et le vote secret », *Historia*, 19, 1966, p. 39-66.

René SÈVE

LA LOI CIVILE DANS LA PENSÉE DE SAINT AUGUSTIN

LA LOI CIVILE DANS LA PENSÉE DE SAINT AUGUSTIN

Les circonstances historiques de la rédaction de *La Cité de Dieu* sont bien connues, en particulier grâce à la correspondance de saint Augustin[1]. Le pillage de Rome par Alaric, en août 410, et son cortège de maux de tous ordres avaient à la fois ébranlé, à des degrés divers, le monde chrétien et surtout fourni aux païens des arguments, sinon nouveaux, du moins appuyés sur un événement d'une importance majeure : le Dieu des chrétiens ne protégeait pas ses fidèles, alors que la Rome païenne n'avait jamais été conquise ; les vertus chrétiennes de patience et de renoncement n'étaient pas aptes à garantir la stabilité et même la survie de la société humaine[2].

L'ampleur de l'ouvrage augustinien, vraisemblablement rédigé de 412 à 425, dépasse à l'évidence ces besoins conjecturels de cohésion interne et de polémique externe. Il demeure que la position du chrétien vis-à-vis de la loi civile, supposée garante de l'ordre social, s'y trouve, ne serait-ce qu'indirectement, envisagée, à l'intérieur d'une perspective aboutissant à concevoir simultanément le caractère indispensable et la limitation intrinsèque de la loi humaine. Nous nous attacherons en un premier temps à préciser ce caractère indirect du traitement de la loi civile, car il fournit, semble-t-il, la clé de la compréhension de la « pensée politique » augustinienne en permettant d'éviter certains malentendus ultérieurs[3].

---

1. Cf. la célèbre lettre de Marcellin (*Ep.*, 136, 2), où celui-ci résume les objections de Volusien, et la réponse de saint Augustin (*Ep.*, 138, 20) ; cf. également *Sermons*, 105, 12 ; 296, 6 ; *Rétractations*, 2, 43, 1.
2. Cf. les références de Volusien, *ap.* Marcellin, *loc. cit.*, à *Rom*, XII, 17 et *Matt*, V, 39-42 : « Mais si quelqu'un te gifle sur la joue droite, tends-lui aussi l'autre et celui qui veut te faire juger pour prendre ta tunique, laisse-lui aussi le manteau... ».
3. Comme ceux de « l'augustinisme politique ».

La loi civile n'est pas chez le docteur africain l'objet d'une thématique centrale car elle n'a pas immédiatement sa place à l'intérieur de l'opposition fondamentale des deux cités, la cité de Dieu et la cité terrestre. En effet, il ne faut jamais oublier que cette dernière ne s'identifie pas à la société politique et que, par voie de conséquence, la loi civile n'est en rien la règle qui en manifesterait l'essence. La société politique est davantage, comme l'Église visible[4], un lieu où les deux cités, céleste et terrestre, sont, selon les expressions fameuses, « imbriquées et mélangées l'une à l'autre »[5], et le resteront jusqu'au jour du Jugement[6]. La société politique, ordonnée par les lois civiles, n'est pas un des deux termes de l'antagonisme fondamental décrit dans *La Cité de Dieu*, mais plutôt un champ de bataille de ce conflit.

La cité terrestre outrepasse en effet la réunion des hommes dans des organisations historiques concrètes. La cité terrestre est composée de ceux qui sont attachés à la terre, celle-ci exprimant métaphoriquement l'éloignement de Dieu ou du ciel. Ses membres vivent selon l'amour d'eux-mêmes, dans l'oubli du Créateur et le mensonge, puisque vivre selon soi-même c'est se nier comme être créé : « Mais lorsqu'il (l'homme) vit selon lui-même, c'est-à-dire selon l'homme, non selon Dieu, il vit assurément selon le mensonge (...) parce que l'homme a été fait droit *(rectus)* non pour vivre selon lui-même mais selon celui par qui il a été fait, c'est-à-dire pour faire plutôt la volonté de celui-ci que la sienne propre[7]. » « Cité terrestre » ne désigne pas une localisation quasi géographique et de soi insignifiante, mais une orientation fondamentale à l'impiété. La cité terrestre est en général la cité du péché, causé par l'orgueil[8], c'est-à-dire par un désir d'indépendance et d'autonomie, contradictoire chez une créature. Par son « *ingrata superbia* »[9], l'âme se détourne de son vrai principe pour faire d'elle-même son principe[10], alors qu'elle n'est pas forte par sa propre force[11]. Mais, sauf à sombrer dans le manichéisme, il ne faut pas voir dans le péché une négation du bien car il est en définitive une recherche pervertie de celui-ci. Il appartient à la créature de vouloir être

4. Ou l'Église « telle qu'elle est maintenant » (*La Cité du Dieu*, cité *CD*, XX, 9, 1).
5. *CD*, X, 32, 4 ; cf. XI, 1, XV, 22, XVI, 10, etc.
6. *CD*, XVII, 54, 2.
7. *CD*, XIV, 4, 1.
8. Cf. *Ecclésiastique*, X, 13.
9. *CD*, I, 1 : *ingrata superbia atque impiissima insania.*
10. *CD*, XIV, 13, 2.
11. Cf. *I Rois*, II, 9-10 cité *CD*, XIV, 4, 7.

dieu ; l'être fini aspire à l'infini. Or deux chemins s'offrent à la liberté. Le premier consiste à vouloir être dieu sans Dieu et, comme l'écrira Malebranche, à céder « à la magnifique et intéressante promesse du démon »[12] : « Vous serez comme des Dieux[13]. » De là découle l'attachement aux biens terrestres (gloire[14], pouvoir, argent, plaisir, selon la « dégression » platonicienne) qui n'est que l'expression extérieure du désir impie de vivre selon soi-même. La seconde voie consiste à l'inverse à être dieu en Dieu : « N'est-il pas écrit dans votre loi : " J'ai dit : vous êtes des dieux "[15] ? » C'est donc seulement en vivant selon Dieu que les créatures seront des dieux[16] puisque « les dieux créés ne sont pas des dieux par leur propre vérité mais par participation au vrai Dieu »[17].

En bref, ces deux voies, l'une réelle, l'autre illusoire, déterminent la division des cités : celle où l'on est dieu par participation, et celle où l'on aspire à l'être par désertion[18]. Il suit de cette division de nature ontologique et cosmique que les hommes qui veulent réaliser leur aspiration à la divinité à l'intérieur de la cité humaine (ou de la cité terrestre *stricto sensu*), alors que les hommes pieux y sont comme des étrangers, des voyageurs, des exilés[19], ne forment qu'une partie de la « cité impie » (ou de la cité terrestre *lato sensu*)[20]. En effet, l'histoire du mal n'a pas commencé avec l'homme, mais avec la liberté en général, celle dont sont doués tous les esprits et en particulier ces premiers déserteurs[21] que furent les démons ou les anges déchus, archétypes de l'orgueil : « Délectés de leur propre puissance, comme s'ils étaient à eux-mêmes leur bien, ils ont glissé du bien béatifique supérieur, commun à tous, vers ce qu'ils avaient à eux (...)[22]. » Avides de domination et jaloux du bonheur des premiers hommes[23], ils entraînèrent

12. *Recherche de la Vérité*, II, 4.
13. *Eritis sicut dii* : *Genèse*, III, 5, cité *CD*, XIV, 13, 2 ; XXII, 30, 4.
14. C'est la fausse gloire des héros romains, et de manière latente, du sage antique, avide d'une autarcie illusoire. Le mépris de la chair d'un Caton, d'un Régulus, voire d'une Lucrèce, provient d'un « amour charnel de l'âme » pour elle-même, d'une patience orgueilleuse née du désir de la gloire et de la crainte de la honte : cf. sur Caton, *CD*, I, 23 ; XIV, 4 ; sur Régulus, *ibid.*, V, 18 ; sur Lucrèce, *ibid.*, I, 19 et 22 ; etc.
15. *Jean*, X, 34 : allusion à *Psaumes*, 82 (81), 6.
16. *CD*, XIV, 4, 2.
17. *CD*, XIV, 13, 2.
18. *CD*, XXII, 30, 4.
19. Resp. *A Diognète*, 5 ; *CD*, XIX, 17 ; *ibid.*, XV, 15, 1.
20. De même les chrétiens ne sont qu'une partie de la cité céleste : *CD*, XIX, 17.
21. *CD*, XI, 13 ; XXII, 2.
22. *CD*, XII, 1, 2.
23. *CD*, XIV, 2 ; XX, 1.

ceux-ci dans leur chute et c'est ainsi « qu'en ce premier homme, qui fut fait au commencement, ont été engendrées dans le genre humain deux sociétés et comme deux cités »[24]. Mais il ne faut pas en conclure qu'il existerait quatre cités, deux d'anges et deux de « mortels raisonnables »[25], car « il n'est pas incorrect ni incongru de dire qu'il y a une société composée d'hommes et d'anges, de sorte qu'on doit justement considérer qu'il y a non pas quatre (...) mais plutôt deux cités, constituées non seulement d'anges mais aussi d'hommes, bons dans la première, mauvais dans la seconde »[26]. Comme nous l'avions indiqué en commençant, la cité terrestre ou impie n'est pas la société politique humaine (ou l'ensemble de ces organisations sociales rassemblées en une unité abstraite) mais la totalité des prédestinés au mal, anges ou hommes, sous l'égide non d'un quelconque César, mais du Diable lui-même, alors que le Christ est la tête de la cité de Dieu[27].

Ces considérations impliquent que la loi civile et, plus généralement, les prescriptions de tous ordres, y compris celles contenues dans l'*Ancien Testament*, se trouvent immanquablement dans une situation d'infériorité ou d'incomplétude ontologique. Il faut se rappeler ici que pour saint Augustin, et avant lui pour saint Paul, le christianisme n'est pas une religion de la loi — même celle des Juifs « complétée » par l'Évangile —, de la règle à respecter, mais d'abord de la grâce, obtenue par le rachat christique : « Le péché en effet n'aura pas autorité sur vous, car vous n'êtes plus sous la Loi mais sous la grâce »[28] ; « La loi est distinguée de la grâce en ceci que sous la première sont abattus ceux qui s'élèvent, sous la seconde sont élevés ceux qui s'abaissent (...) ; l'une fait la justice de celui qui écoute, l'autre de celui qui agit »[29] ; « La loi et la grâce doivent être distinguées. La loi sait commander, la grâce sait aider »[30]. Les lois qui gouvernent véritablement les deux cités et donc la Création tout entière ne sont pas des préceptes extérieurs à l'agent mais déterminent le mouvement des volontés vers l'amour de Dieu ou l'amour de soi : la première est la loi de la grâce[31] qui

24. *CD*, XII, 28, 2.
25. *CD*, XII, 1, 1.
26. *Ibid.*
27. *CD*, XVIII, 20, 2 ; XVIII, 51, 1 ; *Comment. Ps.*, 61, 6.
28. *Romains*, VI, 14.
29. *Cont. Adv. Leg.*, VII : allusion à *Romains*, II, 13.
30. *Ep.*, 95, à Innocent.
31. Rappelons que la prédestination est définie comme « la préparation de la grâce » qui en est l'effet : cf. *Pr. éd. Sanct.*, X.

assainit la volonté[32] et rend possible la délivrance du péché, la seconde est celle de l'orgueil, ou de la concupiscence[33], qui le punit[34]. Par rapport à ces lois, l'homme est dit *in lege*[35] ; vis-à-vis des prescriptions, il est *sub lege*[36].

Pour comprendre la portée de la loi civile, chez saint Augustin comme chez saint Paul, il faut la comparer à l'archétype du précepte : la loi mosaïque. Celle-ci ne peut que démontrer le péché, quand elle ne l'excite pas[37] ; elle manifeste l'impuissance à l'égard du mal de la simple norme, l'infériorité de la prescription ou de la loi formulaire en regard de la loi interne ou, en langage thomiste, participée. Il ne s'ensuit pourtant pas que la loi soit mauvaise : « La loi est sainte et le commandement saint, juste et bon »[38] ; car le mal réside en la volonté soumise à la loi du péché que seule la grâce, et non le précepte, peut abolir. Ce schéma s'applique exactement, nous semble-t-il, à la loi civile, en déterminant les deux volets de l'analyse augustinienne qui affirme à la fois l'impuissance et la bonté relative de la règle juridique, ainsi que nous allons essayer de le montrer brièvement.

La Cité de Dieu propose comme on sait une lecture de l'histoire humaine selon le point de vue chrétien, qui conduit à privilégier d'une part celle des Juifs, d'autre part celle de Rome. La première illustre la lutte de la cité terrestre et de la cité divine, selon l'archétype[39] du conflit de Caïn et d'Abel ; la seconde, les divisions intestines de la cité humaine manifestées dans le combat, lui aussi fratricide, de Romulus et Rémus : « Ce qui est arrivé entre Rémus et Romulus montre donc comment la cité terrestre est divisée contre elle-même ; mais ce qui est arrivé entre Caïn et Abel a démontré l'inimitié entre les deux cités, celle de Dieu et celle des Hommes[40]. » Ce sont évidemment ces querelles internes à la société

---

32. Cf. *Spir. & Litt.*, IX : « Par la loi, notre volonté est montrée dans sa faiblesse, pour que la grâce assainisse *(sanet)* la volonté, et que la volonté assainie *(sanata)* accomplisse la loi (...). »
33. Cf. *Romains*, VII, 23.
34. L'orgueil est puni par la révolte du corps qui l'humilie : cf. *CD*, XIV, 23, 2 ; autre exemple de « peine réfléchissante », celle de Babel : *ibid.*, XVI, 4.
35. *Comment. Ps.*, I, 2.
36. *Ibid.*
37. Cf. *Romains*, VII, 7-11 ; saint Augustin, *Quest. div.*, 83, 66 : « car la persuasion de la délectation au péché est plus véhémente, quand s'y ajoute la prohibition ».
38. *Romains*, VII, 12.
39. Le terme est employé *CD*, XV, 5.
40. *Ibid.*

humaine, et à Rome en particulier, qui nous intéressent maintenant. A partir de ses prémisses générales et des récits des historiens romains, principalement de Salluste[41], saint Augustin montre aisément que l'histoire de la grandeur et de la décadence de Rome n'est pas liée à son droit mais à ses mœurs. L'amour de l'honneur y céda la place à l'ambition, à la soif illimitée de domination, pour aboutir enfin à la recherche des jouissances qu'autorisent la puissance et l'opulence : « Car le souci de l'estime étant perdu, ils n'ont pas manqué du désir de dominer[42]. » Cette dégénérescence était inévitable selon l'évêque d'Hippone. En effet, d'une part, la vertu des païens, fondée sur l'orgueil et l'exaltation de sa propre force, ne peut à terme résister aux attraits de la fausse gloire et de la louange servile ; d'autre part, la masse du peuple, peu sensible à ces motifs relevés, n'est disciplinée que par la crainte du danger (en particulier celle que Carthage suscitait) qui disparaît évidemment avec la victoire et la prospérité[43]. Ces facteurs moraux ont déterminé l'évolution historique de Rome : les vertueux Romains « ont reçu leur récompense »[44], la gloire pour eux-mêmes et leur cité[45] ; l'abandon des « mœurs viriles »[46] a trouvé sa sanction dans les divisions internes et la désagrégation de l'Empire. C'est dans cette période de décadence que se manifeste le plus crûment l'impuissance de la loi civile, particulièrement à l'égard de ces phénomènes qui traduisent le mieux la corruption des mœurs : les rites religieux ou magiques et les spectacles. Même lorsqu'elle s'efforce de circonscrire[47] ou de prohiber[48] ces usages, la loi ne peut empêcher les progrès de l'obscénité[49] et de la cruauté[50] et plus généralement de l'ensemble des « maux moraux » *(mala morum)* qui sont la source de tous les autres[51]. Il est vrai que saint Augustin voit dans ces pratiques païennes le résultat de l'action de puissances tout à fait réelles, quoique non irrésistibles, car, derrière l'apparence des dieux de la mythologie romaine ou des religions orientales qui tendent à les supplanter, se dissimulent les démons[52].

41. Cf. *CD*, V, 12.
42. *CD*, V, 19.
43. *CD*, I, 31 ; V, 12.
44. *Matthieu*, VI, 2.
45. *CD*, V, 15 ; 19.
46. *CD*, I, 31.
47. Pour le théâtre : *CD*, II, 9 ; 27.
48. Pour la magie : *CD*, VIII, 19.
49. *CD*, II, 7 ; 26.
50. *CD*, VI, 10.
51. *CD*, IV, 2.
52. *CD*, IV, 26 ; 27 ; 31 ; VI, *Pr.*, 4, 9 ; VII, 27, 35 ; VIII, 23, 24.

Les mœurs corrompues de la cité humaine doivent être rattachées, pour qu'en soit saisie l'essence, au désordre général de la cité impie.

En définitive, il apparaît donc que la loi civile n'est évidemment pas la source du bien spirituel, qui provient de la grâce, ni même du bien temporel (puissance, prospérité), issu, comme l'observait Salluste, davantage de la nature d'un peuple que de ses lois[53].

Bien qu'il n'y ait pas de place dans la pensée augustinienne pour une philosophie politique autonome, les phénomènes politiques étant incompréhensibles hors du conflit fondamental des deux cités mystiques, il est néanmoins possible d'envisager la cité humaine et la loi civile abstraitement en elles-mêmes[54]. De ce point de vue, l'ordre juridique, de même qu'il n'est pas source du bien, n'est pas non plus responsable du mal. En usant d'un langage contemporain, on oserait presque dire que, au moins dans la plupart des cas, il est axiologiquement neutre. Certes, en ménageant la coexistence des égoïsmes, la loi civile profite au vice en retardant l'autodestruction[55]. Mais, inversement, elle permet également aux bons d'exister et de subsister car sans la vie sociale toute propagation de l'espèce serait impossible, alors qu'elle est nécessaire pour que de nouveaux citoyens rejoignent la cité céleste[56]. Si la loi civile est de soi indifférente eu égard à la lutte des deux cités, c'est que les biens temporels dont elle traite sont susceptibles d'un double usage qui ne dépend pas de la loi mais de la volonté de ses sujets. En tant qu'êtres et comme tout être, les biens temporels, y compris le corps et ses attributs[57], ne sont pas des biens apparents mais réels. Ainsi la félicité terrestre n'est pas un mal[58]. Mais, contrairement au méchant, l'homme bon « n'adore pas le monde comme son dieu, mais loue le monde comme œuvre de Dieu et à cause de Lui »[59]. Le premier, « pour jouir du monde, veut user de Dieu », prétendant ainsi inverser l'ordre universel, alors que le second « use du monde pour jouir de Dieu »[60]. Ces observations

53. *CD*, II, 17 avec citation de *Cat.*, IX, 1 ; sur le rapport mœurs / lois cf. également *ibid.*, XV, 16.
54. Cf. la note de G. Bardy, *La cité de Dieu*, DDB, 1960, t. 5, p. 759.
55. *CD*, II, 20.
56. En y remplaçant, avec surcroît, les anges déchus.
57. *CD*, XII, 27 ; XV, 22 ; contre Platon, *ibid.*, XII, 16-19.
58. *CD*, II, 23, 2.
59. *CD*, VII, 26.
60. *CD*, XV, 7 ; sur *uti* et *frui*, cf., entre autres, *ibid.*, XI, 25 ; *Doc. Ch.*, I, 3.

doivent être rattachées aux jugements apparemment contradictoires de saint Augustin, tantôt niant[61], tantôt attribuant[62] aux cités humaines un caractère de cité véritable. En tant que celles-ci sont *de fait* orientées à la jouissance des biens temporels, elles ne sont pas de vraies cités puisqu'elles reposent sur une injustice fondamentale, leurs membres préférant ce que Dieu a fait à Dieu qui l'a fait[63]. Mais *de droit*, ce qui est ici le bon point de vue, la cité humaine ne fait qu'organiser l'usage des biens temporels, qui ne devient jouissance qu'en raison de la perversité de la volonté, dont on a vu que la loi, pour ainsi dire par définition, est innocente. En conséquence, si le peuple est défini comme « le rassemblement d'une multitude d'êtres rationnels associée par une participation concordante aux biens qu'ils aiment »[64], sans s'interroger sur la qualité de cet amour, ce qui dépasserait le point de vue de la loi, on doit conclure que « le peuple romain », par exemple, « est un peuple et sa chose sans nulle doute une république »[65].

La comparaison entre la loi civile et la loi mosaïque peut permettre de synthétiser ces différents aspects. Elles ont en commun une nature prescriptive qui les rend inaptes à constituer les véritables lois du monde. Mais la loi civile semble souffrir d'une limitation supplémentaire puisqu'elle n'est orientée qu'au bien temporel et non à Dieu. Néanmoins, si cette finalité subordonnée ne s'oppose pas directement à celle qui lui est supérieure, la loi civile peut être considérée, dans un esprit paulinien[66], comme bonne, sinon, évidemment, sainte. En d'autres termes, et contrairement à ce que prétendent ses ennemis, le chrétien respecte, non seulement dans ses actes, mais comme on le dira plus tard « en conscience », la loi de la cité, sauf lorsqu'elle veut le forcer à l'impiété[67]. Encore faut-il ne pas oublier que c'est alors moins la loi qui est en cause que sa manipulation par les forces démoniaques à l'œuvre dans le paganisme ou l'hérésie[68]. Ainsi, hors ces contraintes en définitive absurdes, saint Augustin justifie la loi civile, jusqu'en son inévita-

61. *CD*, XIX, 21.
62. *CD*, XIX, 24.
63. *CD*, XV, 22.
64. *CD*, XIX, 24.
65. *Ibid.* : *et res ejus sine dubitatione res publica.*
66. Cf. *Romains*, VII, 12 cité *supra*, p. 7.
67. *CD*, V, 17, 1 ; XIX, 17.
68. En effet, la persécution est irrationnelle puisque le chrétien ne menace en rien l'ordre social que la loi doit garantir.

ble laxisme[69] : « Et en effet, ce n'est pas parce que la loi ne fait pas tout que ce qu'elle fait doit être blâmé. (...) Elle punit les crimes de manière à obtenir suffisamment de paix pour des hommes sans prudence *(imperitis)* et autant qu'il est possible que ces choses soient commandées par l'homme[70]. »

Il est fréquent de voir soulignées certaines ambiguïtés de la pensée politique augustinienne, particulièrement sensibles lorsqu'on examine les différents courants qui s'en sont réclamés. La justification de la paix extérieure peut sembler favoriser, comme chez les auteurs protestants, l'éloge du glaive et du droit positif en eux-mêmes, en corrélation avec celui de la patience chrétienne[71]. Mais, inversement, parce que les biens extérieurs sont véritablement des biens, la paix ne peut s'identifier à la simple absence de troubles. Elle exige un ordre, quoique relatif, au regard duquel « une loi qui n'est pas juste, ne peut, semble-t-il, être une loi »[72]. Dans le contexte du traité *Du libre arbitre*, d'où est extraite cette célèbre formule, la loi injuste est celle qui n'atteint pas certaines fins temporelles, pourtant accessibles aux seules forces de la nature. Mais cette proposition peut recevoir une acception plus ambitieuse lorsqu'elle est rapportée à la conception la plus large de la justice, celle à laquelle saint Augustin recourait pour dénier aux cités païennes le caractère de cité, puisqu'elles ignorent le vrai Dieu et donc le rapport originel qui nous lie au Créateur[73]. La loi juste serait alors celle qui impose, au moins extérieurement « car on ne peut être forcés à être bons »[74], le respect des préceptes divins, évidemment les meilleurs, y compris sur le plan des fins temporelles[75]. S'ouvre alors la voie de « l'augustinisme politique » et de la théocratie, préparée assurément par l'évêque d'Hippone quand il se félicite de la répression exercée à l'encontre des religions idolâtres[76].

Ces perspectives mutilent néanmoins la pensée augustinienne, même lorsqu'il s'agit de la faire servir à l'établissement d'un ordre extérieur conforme à la vraie religion. En effet, l'idée fondamentale

---

69. Y compris en matière de « mœurs » ; cf. sur la prostitution, *CD*, XIV, 17 ; sur l'homosexualité, *ibid.*, XIV, 23 ; XIV, 30.
70. *Lib. Arb.*, I, 5 : l'exemple discuté est celui de la légitime défense.
71. *CD*, II, 19.
72. *Du libre arbitre*, I, 5.
73. *CD*, XIX, 21.
74. *Cont. Petul.*, II, 51.
75. *CD*, II, 19.
76. *CD*, V, 19, 26.

de saint Augustin, comme de saint Paul, consiste dans l'affirmation de la dépendance de l'ordre législatif vis-à-vis de la grâce et du péché, comme le pressentait la philosophie païenne lorsqu'elle insistait sur les mœurs ou la nature des peuples. Pour cette raison, la philosophie politique, qui envisage l'homme *sub lege*, doit être englobée dans la philosophie ou la métaphysique de l'Histoire qui le considère *in lege*. Il s'ensuit que l'ordre juridique, même théocratique[77], est soumis à une diversité et à une mutabilité essentielles, qu'examine le traité *Du libre arbitre*[78].

La doctrine politique augustinienne ne doit pas être jugée en fonction de critères qui ne sont pas les siens et qu'elle tend à récuser. La question du meilleur régime et des bonnes lois ne peut être posée pour elle-même, puisqu'il n'existe en définitive que des régimes et des lois imparfaits, fragiles, mais le plus souvent acceptables relativement aux circonstances.

René SÈVE

Université de Paris II

77. Cf. *CD*, V, 25.
78. Cf. *CD*, I, 6.

Jeannine QUILLET

NOTE SUR LE CONCEPT MÉDIÉVAL DE LOI

NOTE SUR LE CONCEPT MÉDIÉVAL DE LOI

Comme l'écrivait au début du XIVe siècle le théologien Jean de Naples[1], à propos des rapports entre droit naturel et droit positif, le premier existe par lui-même, sans aucune intervention humaine, alors que le second est la conséquence d'une prescription ; le premier est ce qui est de soi juste, le second ce qui est de soi indifférent, mais qu'une loi a décidé d'être juste. Cela ne veut pas dire que la relation du droit positif au droit naturel ne soit que cette hétérogénéité de l'un à l'autre, car notre théologien ajoute aussitôt que le droit naturel est le principe du droit positif, et celui-ci la détermination de celui-là. Cependant, le droit naturel est le même chez tous, alors que le droit positif varie selon la diversité des dispositions que lui donnent les divers peuples qui en suivent les prescriptions. Précisons enfin que, pour ce dominicain, aucune loi humaine et positive, aucune coutume non plus par conséquent, ne peut modifier la loi naturelle et divine[2].

Telle est la thématique par laquelle la question de la loi humaine est posée dans son lien avec la loi divine et la loi naturelle. Nous aurions pu remonter plus haut dans les doctrines médiévales pour rappeler le *status questionis* : disons d'un mot que l'élaboration du concept médiéval de loi est une quête inlassable de son fondement, éthique par excellence : la justice. La difficulté étant de concilier un tel fondement avec les diverses formes que la loi a pu prendre, c'est autour de la loi humaine, que nous appelons aujourd'hui, et depuis l'avènement de la « modernité », *positive*, que se situe la problématique. En d'autres termes, peut-on concevoir une loi qui ne soit pas une loi juste ? Quelle est l'autorité, divine, morale, politique qui la justifie ? Pour la loi divine, le problème

1. P. Michaud-Quantin, « Le droit naturel chez Jean de Naples », *Recherches de théologie ancienne et médiévale*, t. XXIX, janv.-déc., 1962, p. 270 et Jean de Naples, cité dans ces pages, *Questions quodlibétiques*, ms. Naples, BN VII B 28.
2. *Ibid.*, p. 273 et *Quodl.*, VIII, 27 a lm, f. 146 vb.

est, si l'on ose dire, relativement simple : elle a son fondement dans la volonté divine, qui ne saurait être entachée des passions humaines. La loi naturelle, rationnelle dans son essence, universelle dans son extension, est, de soi, transparente à la raison qui la constitue. Mais qu'en est-il de la loi humaine ? Comment rendre compte de ses variations ? Comment expliciter son rapport, problématique, à la raison humaine ? On comprendra que, dans ces conditions, tout l'effort de la réflexion juridique et politique se soit concentré sur l'analyse d'un tel lien, qu'il faut tenter de démêler.

Genèse du concept de loi positive

Rappelons d'abord une évidence, c'est l'étymologie de *positive*, émanant de *ponere*, qui renvoie à l'expression *ponere legem*, et c'est une doctrine généralement admise que le pouvoir souverain a l'autorité de faire les lois. *Lex posit-iv-a* ou *posita*, elle est le résultat de l'intervention humaine ; mais sous quelle forme ? Rappelons aussi l'équivalence, dans la littérature juridique médiévale, entre la loi positive et loi humaine, et nous aurons ainsi marqué la distance qui sépare la loi civile du *jus gentium* ou du *jus naturale*, comme le rappelle Isidore de Séville dans ses *Étymologies*[3] : *Omnes leges aut divinae sunt, aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant, ideoque hae discrepant, quoniam aliae aliis gentibus placent.* « Toutes les lois sont, soit divines, soit humaines. Les lois divines sont fondées sur la nature, les lois humaines sur la coutume. La raison pour laquelle ces dernières diffèrent les unes des autres est que des peuples différents préfèrent des lois différentes. » Tel est le commentaire de Gratien dans sa *Concordantia discordantium canonum*, D. I, de la définition isidorienne. En bref, l'humanité est régie par la loi naturelle d'une part, la coutume d'autre part. La loi naturelle est ce que la loi mosaïque et l'Évangile prescrivent, à savoir de faire à autrui ce qu'on voudrait qu'on nous fît et d'interdire de faire à autrui ce qu'on ne voudrait qu'on nous fît à nous-même[4]. Que la loi positive ait été instituée par les hommes, décrétistes, juristes, théologiens nous le rappellent à l'envi tout au

3. *Isidori Hispalensis episcopi Etymologiarum sive Originum libri XX*, éd. W.M. Lindsay, Oxford 1911, livre V, ch. IV.

4. *Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet jure et moribus. Jus naturae est, quod in lege et evangelio continetur, quo quisque jubetur alii facere, quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre quod sibi nolit fieri* : Gratien, *op. cit.*, D. 1 et *The Cambridge History of later Medieval Philosophy*, Cambridge, 1982, p. 706-707.

long des XIIe et XIIIe siècles. A partir de ce dernier siècle, les doctrines aristotéliciennes enrichissent l'analyse : comme on sait, Aristote distingue dans la *Rhétorique* (II, XIII), les lois particulières à chaque cité et la loi en accord avec la nature, expression de la justice naturelle. Cette dernière ne dépend d'aucune institution humaine, comme les médiévaux peuvent le lire et le commenter dans leur lecture de l'*Éthique à Nicomaque*[5], où le Stagirite reprend la distinction en ajoutant que la loi de la cité est conventionnelle. Gratien suit, de son côté, Cicéron et le droit romain, en affirmant, de plus, la prévalence en dignité de la loi naturelle sur toutes les autres lois, précisant en même temps que tout ce qui est prescrit par la coutume, ou établi par une loi écrite, doit être considéré comme nul et non avenu si une telle prescription est contraire à la loi naturelle[6].

Cette doctrine se trouvera fixée et rappelée avec la clarté et la rigueur qui lui sont propres par saint Thomas[7], qui insiste sur l'étroite connexion entre loi naturelle et règle rationnelle. Le juste, c'est le rationnel, c'est aussi le naturel. Nous aurons donc une hiérarchie juridique où la loi éternelle, la loi naturelle, la loi positive ou humaine occupent chacune leur place et jouent leur rôle spécifique. Pour le Docteur commun, la loi positive est aussi, comme les autres lois, un acte de la raison[8] : *Lex... est quaedam ratio divinae providentiae ad homines gubernandos*. Et elle est un acte de la raison qui a pour finalité le bien commun : *(lex) nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata*. La loi humaine, ancrée sur la loi naturelle, est adaptée aux besoins particuliers ; si elle a un caractère obligatoire, si elle est un commandement qui s'impose aux membres d'une communauté, elle n'en est pas moins un acte de la raison, qui provient de la volonté[9]. La volonté du législateur doit, bien sûr, être réglée par la raison, car, si la loi humaine n'est pas en accord avec la loi naturelle, elle n'est plus une loi mais une corruption de la loi. C'est donc la volonté du législateur qui est la source active de la loi humaine : qu'il soit le roi ou l'empereur, c'est lui qui, par l'expression de sa volonté, confère à la loi posi-

5. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, VII, 1134b - 1135 a.
6. Gratien, *op. cit.*, D. VIII, 11.
7. Saint Thomas, *Somme Théologique*, Ia IIae q. 94 a.2 ; q. 95 a.2 : *In rebus autem humanis dicitur esse aliquid justum ex eo quod est rectum secundum regulam rationis. Rationis autem prima regula est lex naturae.*
8. *Somme contre les Gentils*, III, 15.
9. *Somme Théol.*, Ia IIae q. 90, 1, ad 3 ; q. 95 a. 2.

tive son pouvoir de commandement, pourvu qu'une telle volonté soit finalisée par le bien commun.

Tel est, rapidement esquissé, l'ordonnancement de la doctrine ; mais n'est-elle pas, d'une certaine manière, affectée d'un certain « angélisme » ? Cet accord des puissances de la volonté et de la raison est-il réalisable ? Ne faut-il pas penser plutôt qu'il est de l'ordre d'une vision utopique de la réalité des rapports moraux et sociaux ?

Au tournant du XIVe siècle : légitimité et légalité

La doctrine thomiste représente, d'une certaine manière, une synthèse achevée de la convergence entre loi éternelle, naturelle et humaine, la seconde étant la médiation obligée de la première à la dernière. Au tournant des XIIIe et XIVe siècles, ce rapport hiérarchique entre les trois formes de loi va se transformer profondément ; les franciscains Guillaume d'Ockham et Jean Duns Scot mettront en effet l'accent, non plus sur la rationalité de la loi et son lien avec la nature, — tout en ne les négligeant pas, comme nous le verrons —, mais sur la volonté de Dieu, source directe des valeurs morales et juridiques. Les commandements de la loi mosaïque expriment à leur manière le contenu de la loi naturelle, et notamment les deux premiers, car ils condamnent ce qui est considéré comme mauvais aussi par loi de nature. Les autres préceptes, qui ne relèvent pas, *stricto sensu*, de la loi naturelle, s'accordent, certes, avec elle, mais pas de manière absolument nécessaire, comme, par exemple, l'observance du Sabbat ou d'autres pratiques rituelles purement humaines, destinées à régler la conduite des hommes selon des modes particuliers. Ils résultent simplement de la volonté de Dieu à l'égard de son peuple. Les préceptes de la « seconde Table » sont « affectés en effet d'une certaine contingence ; ils sont susceptibles à ce titre de dispenses divines et de modifications selon les conjonctures, mais leurs contenus restent en toute circonstance consonants aux principes de la loi de nature encore qu'ils ne s'en déduisent point de façon nécessaire »[10]. Dans cette perspective, la loi humaine repose sur de libres accords établis par les hommes

10. Duns Scot, *Ordinatio*, IV, d. 26 q. unique n. 7 éd. Vivès XIV 139 b et M. de Gandillac, « Foi et raison chez Duns Scot », *Regnum hominis et regnum Dei, Acta quarti Congressus Scotistici Internationalis*, Rome, 1978, p. 125-132. Voir également, du même auteur, « Loi naturelle et fondements de l'ordre social selon les principes du bienheureux Duns Scot », *De doctrina Ioannis Duns Scoti* III, 539-597, Rome, 1968 et, dans

à la lumière de leur *recta ratio*, permettant ainsi la meilleure, ou encore la moins mauvaise organisation politique et juridique. L'accent est mis davantage sur la liberté de l'individu que sur la conformité à un ordre naturel frappé de contingence.

Cette fragilisation des rapports entre loi naturelle et loi humaine se manifeste également chez Guillaume d'Ockham, en ce sens qu'il met l'accent, essentiellement, sur l'importance de la volonté divine en matière d'obligation morale et juridique. Cela ne veut pas dire, bien entendu, qu'il abandonne pour autant la loi naturelle ; elle est considérée sous un angle différent : « toute volonté droite est en conformité avec la droite raison », écrit-il dans son Commentaire du *Livre des Sentences*[11]. Si le *Venerabilis Inceptor* reconnaît au droit naturel le caractère d'une norme conforme à la raison naturelle, il admet également qu'il puisse être modifié par une loi positive, par exemple, en matière de communauté des biens ou de liberté, dans le respect, toutefois, de l'équité naturelle et s'il n'y a ni coutume, ni institutions existantes dans tel pays ou État donné en cette matière.

On le voit, d'une certaine manière, la loi humaine est, au Moyen Age, généralement ancrée sur la loi naturelle et sur des valeurs éthiques, qu'elles aient pour fondement le naturalisme aristotélicien ou la volonté divine telle qu'elle s'est exprimée dans les commandements de la loi mosaïque, ou les deux. Sa dimension rationnelle est généralement requise, avec des différences d'accent qui, pour n'être pas négligeables, n'en sont pas moins révélatrices des variations doctrinales que nous venons d'évoquer. Si l'on affine un peu l'analyse, on en vient à considérer que la raison pratique est l'essence même de la loi humaine, puisqu'elle met en jeu une norme rationnelle d'action, fondée sur la volonté.

S'il en est ainsi, comment expliquer son caractère obligatoire, ou, pour reprendre l'expression utilisée par Marsile de Padoue dans son *Défenseur de la Paix*, son caractère coercitif ? Déjà Aristote dans la *Politique* avait conclu à l'échec de toute philosophie politique, en ce sens que la loi humaine, même si on la considère comme fondée sur des valeurs éthiques, sur des vertus comme la

---

History of Medieval Political Thought, Cambridge University Press, à paraître, notre contribution : « Community, Counsel, Representation », où nous rappelons les thèmes scotistes du problème du lien social entre les hommes à l'intérieur d'une communauté politique.

11. *Omnis voluntas recta est conformis rationi recte* : *In Sent.*, I, d. 41 K et *Hist. of later Med. Phil.*, p. 714 et n. 36.

justice, la prudence, n'en comporte pas moins un aspect hétérogène à la moralité, incontournable dans cette perspective, c'est-à-dire comportant un élément non rationnel de commandement, de coercition que ne saurait justifier entièrement l'autorité qui la promulgue, quelle que soit la légitimité de sa source[12]. Comment rendre compte de cet échec, et tenter de conférer une intelligibilité à cet aspect contraignant de la loi humaine, qui a besoin de la force pour s'imposer ? C'est à cette question que s'est efforcé de répondre Marsile de Padoue dans *Le Défenseur de la Paix*. Sa réflexion est, semble-t-il, une des plus originales que le Moyen Age ait produite pour réconcilier la force et la raison, le pouvoir politique et l'autorité de la loi, l'obligation politique et le respect du droit, pour, en un mot, tenter une synthèse non formelle de l'idée de loi positive, en lui conférant un contenu compatible avec son caractère coercitif.

Dans le *Défenseur de la Paix*, mais aussi dans le traité intitulé le *Défenseur mineur*[13], la loi humaine est définie comme « la science du juste et de l'utile dans la cité et de leur opposé »[14]. Son contenu, c'est le juste et l'utile pour la cité ; sa forme, celle d'un commandement. Cette définition est strictement aristotélicienne. « La loi a une force coercitive, tout en étant un énoncé procédant d'une certaine prudence et de l'intelligence », écrit Aristote dans l'*Éthique à Nicomaque*[15]. C'est sur son caractère formel, de force contraignante, que les commentateurs du texte marsilien ont beaucoup épilogué, et notamment A. Gewirth[16], qui a cru voir dans cette affirmation l'émergence d'une doctrine « legal-positivist » de la loi, par opposition à la tradition normative antérieure, en particulier thomiste. En d'autres termes, Marsile aurait négligé la référence à l'éthique pour juger des opérations fondamentales de la loi, et aurait ainsi inauguré la rupture entre le moral et le politique. Il est vrai que Marsile insiste fortement, plus, sans doute, que ses prédécesseurs, sur le caractère coercitif de la loi humaine. La loi divine

12. Aristote, *Politique, passim.*
13. *Le Défenseur de la Paix de Marsile de Padoue*, Traduction, Introduction et Commentaire par J. Quillet, Paris, 1968 ; *Marsile de Padoue, Œuvres Mineures*, éd. trad. et notes par J. Quillet et C. Jeudy, Paris, 1979.
14. J. Quillet, *La philosophie politique de Marsile de Padoue*, Paris, 1970, p. 127 et n. 10 et *Le Défenseur de la Paix de Marsile de Padoue*, I, X, 3 et 4.
15. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, X, 9, 1180 a 21.
16. A. Gewirth, *Marsilius of Padua, The Defender of Peace*, vol. I ; *Marsilius of Padua and the Medieval Political Philosophy*, New York, 1951, p. 137-138.

a, du reste, le même caractère, comme nous le verrons[17]. Cette insistance pourrait conduire à affirmer une prééminence de la forme — coercitive — sur le contenu de la loi. Il suffirait qu'une loi fût telle pour avoir une valeur, pleine et entière, de loi. Ce n'est pourtant pas ce que dit Marsile, car il fait intervenir, à ce stade de son analyse, le critère de la *perfection*. Il faut distinguer, nous dit-il, entre loi parfaite et imparfaite. La première requiert « une vraie connaissance du juste et de l'utile ». La forme exigible, à savoir le caractère coercitif, ne suffit donc pas à définir la loi ; son contenu doit être référé au juste[18]. De quelle manière ? C'est ce qu'explicite l'analyse de la genèse de la loi. Avec l'institution de la loi humaine, nous sommes dans le domaine du rationnel et du démontrable[19]. La loi procède de la volonté et de l'intelligence humaines ; elle est le lien qui unit tout citoyen à la communauté politique dont il est membre, car il n'est rien qu'il ne veuille *naturellement* qui soit contraire à ses intérêts les plus vitaux. Or, il veut le juste, s'il veut la société politique, donc la paix. Sa relation avec la loi est immédiate.

Mais, si le citoyen veut le juste par la médiation de la loi, pourquoi faudrait-il que sa forme fût coercitive ? Parce que la loi doit être approuvée par l'ensemble des citoyens, que Marsile appelle le législateur humain. C'est cette approbation qui confère à la loi son caractère contraignant, qui prend donc directement sa source dans la volonté exprimée de tous. Le *Défenseur Mineur* le précise : la promulgation de la loi est assortie d'un précepte coercitif, auquel correspond le pouvoir de punir. C'est le législateur, l'*universitas civium*, qui délègue au prince l'autorité de punir, c'est-à-dire de rendre la loi exécutoire. En d'autres termes, la loi règle les rapports sociaux ; cette réglementation constitue l'ordre juridique proprement dit. Cette forme contraignante de la loi est, si l'on ose dire, volontaire, puisque c'est le législateur qui contraint ; or, le législateur est l'ensemble des citoyens ; chaque citoyen se soumet donc volontairement à ce qu'il a, par nature, voulu ; c'est lui qui, en dernière analyse, confère à la règle force de loi. Pourtant, objectera-t-on, si la loi est l'expression de la volonté du peuple, c'est donc la communauté politique qui fonde la loi, non l'inverse ; c'est l'État lui-même, incarné dans la volonté du *legislator huma-*

---

17. *Le Défenseur de la Paix de Marsile de Padoue*, I, X, 5 et J. Quillet, *La philosophie politique de Marsile de Padoue*, p. 127.
18. *Ibid.*, p. 128.
19. *Le Défenseur de la Paix de Marsile de Padoue*, I, XII, 1.

nus, qui fonde la loi. Le juste et l'utile seront donc fonction de la volonté du législateur humain. Autrement dit, l'État, c'est le droit ; il reste la norme suprême du juste, qui ne peut se trouver nulle part ailleurs que dans la volonté de la communauté ou de son représentant.

Une telle interprétation de la doctrine marsilienne ne privilégie-t-elle pas la forme au détriment du contenu, dans un juridisme qui réduit le juste à la volonté du législateur ? On a pu le croire ; néanmoins, le raisonnement marsilien n'aboutit pas à une telle conclusion. « Car la cause efficiente de la loi est le peuple, ou ensemble des citoyens, ou sa partie prépondérante par sa volonté ou son élection[20]. » Que signifie cette formule ? Est-ce à dire que c'est parce que le peuple approuve les lois, c'est-à-dire les veut, qu'elles sont les meilleures ? Ou ne faudrait-il pas dire, à l'inverse, que, pour que les lois soient les meilleures possible, il faut qu'elles soient établies par l'ensemble des citoyens ? En d'autres termes : ce n'est pas parce que le peuple veut la loi qu'elle est bonne, c'est parce qu'elle est bonne qu'il la veut et l'approuve. S'il en est ainsi, c'est parce que le peuple est *libre* de la vouloir, et que cette liberté constitue l'essence même du citoyen. Or, la multitude prépondérante des hommes veut la permanence de la société politique ; elle veut donc ce sans quoi elle ne pourrait se maintenir, c'est-à-dire le juste et l'utile. La finalité de la loi est bien là : car « personne ne se nuit à soi-même sciemment »[21].

La volonté du peuple n'est pas l'expression de la loi ; il choisit la meilleure, la « parfaite », parce qu'il est le juge le plus apte à découvrir le juste et l'utile pour lui et ses semblables.

Marsile de Padoue a-t-il réussi l'impossible synthèse du juste et du coercitif ? Pour répondre à cette *vexata quaestio*, il est nécessaire de remarquer tout d'abord qu'il n'est pas fait mention, dans l'analyse précédente, de la loi naturelle au sens thomiste du terme. Car il en fait l'économie, rompant ainsi l'équilibre entre loi divine, loi naturelle, loi humaine, et privilégiant en quelque manière une sorte de volontarisme juridique, il écrit : « Il y a aussi une autre division du droit, proprement du droit humain, en droit naturel et droit civil[22]. » Mais droit naturel se dit par analogie avec les lois de la nature, qui sont universelles et immuables. C'est donc là un

20. *Ibid.*, I, XII, 3.
21. *Ibid.*, I, XII, 5.
22. *Ibid.*, II, XII, 7.

langage équivoque, car toute loi humaine parfaite est naturelle. Dès lors, pourquoi la redoubler par un concept de droit naturel ? N'est-ce pas là une querelle de mots ? Par ailleurs, pourquoi faire dépendre ce droit, dit naturel, du droit divin ? C'est la hiérarchie traditionnelle entre droit divin, droit naturel et loi humaine qui est ici remise en cause, en raison de la doctrine qu'il élabore entre loi divine et loi humaine. Pour l'auteur du *Défenseur de la Paix*, seules les lois divine et humaine, toutes deux positives, toutes deux écrites, et assorties de préceptes coercitifs, sont des lois au sens propres. Elles sont fondées, l'une sur la Révélation et la volonté divine, l'autre sur la volonté et l'intelligence humaines, avec cette nuance, importante pour cette dernière, à savoir que la volonté humaine veut la loi juste, parfaite, parce qu'elle ne peut se nuire à elle-même, nous l'avons vu. Toutes deux sont assorties de sanctions pour leurs transgresseurs, la première pour le monde futur, la seconde en ce monde.

Le droit naturel se trouve ainsi absorbé dans la loi civile ; il peut bien, en lui-même, être considéré comme une *doctrina*, une discipline, dont les enseignements ne peuvent être reçus comme ceux d'un pouvoir de juridiction authentique et spécifique. Il ne s'agit donc pas d'un rejet pur et simple de la loi naturelle, mais plutôt d'une « récupération » de son contenu dans le cadre de la loi humaine positive. Ce que refuse Marsile en voulant sauver la spécificité de la loi humaine, c'est une certaine utilisation politique du droit naturel et de ses implications éthiques et universelles, dénoncée comme paralogique, en particulier de la part des partisans de la doctrine de la *plenitudo potestatis* pontificale.

D'une manière générale, le droit humain est fondé sur la loi humaine qu'il englobe et dépasse. Il est un pouvoir licite d'agir *(potestas licita)*, fondé sur la raison et la volonté humaines, elle-même expression de la liberté. Il est d'institution humaine directe et ne prend tout son sens qu'à l'intérieur de la communauté politique, dont il constitue l'armature la plus solide.

Pour Marsile de Padoue, en définitive, la loi civile est le modèle même de la norme juridique. Elle garantit l'État de droit et satisfait aussi, quand elle est parfaite, aux exigences de la justice, à celles de la finalité de l'homme vivant dans la cité pour y bien vivre, quant à son contenu ; pour ce qui est de sa forme, la coercitivité est le signe même de l'unité et de la légitimité du pouvoir politique, dont le détenteur est lui-même soumis à la loi qu'il est chargé de faire respecter.

Cette cohérence de la forme et du contenu de la loi est-elle pure utopie ? Et le pouvoir auquel est dévolue la tâche de la faire respecter est-il concevable dans les termes énoncés par l'auteur du *Défenseur de la Paix* ?

Sans prétendre donner une réponse définitive, remarquons qu'il y a un thème majeur de sa doctrine politique, celui de l'exclusivité de la puissance coercitive reconnue au souverain, même si ce dernier concept n'est pas thématisé, et dont la loi positive est le signe le plus caractéristique. La coercitivité de la loi est le garant de l'unité et de l'unicité du pouvoir politique, dont le législateur humain est la source, quelle que soit la forme qu'il revêtira selon les régimes. Mais une telle coercitivité n'est pas un obstacle à la légitimité de la loi : elle en garantit la légalité.

Jeannine QUILLET

Université de Paris XII

Pierre MAGNARD

PASCAL ET LA CRITIQUE DE LA LOI

PASCAL ET LA CRITIQUE DE LA LOI*

« Le plus grand problème pour l'espèce humaine, celui que la nature contraint l'homme à résoudre, est celui de l'établissement d'une société civile administrant le droit universellement. » Ces mots de Kant, dans l'*Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*, font de « l'organisation du monde en un État universel » non seulement le « but ultime de tout effort politique », mais aussi le critérium de sa juridicité. La règle d'universalité devrait juger de la validité du droit interne à chaque nation ; or, comme il ne saurait y avoir de droits et de devoirs qu'entre individus, force nous est de distinguer entre la valeur éthique du droit interne et la valeur purement juridique du droit entre les nations ; en conséquence, le droit international aura une fonction strictement régulatrice à l'égard du droit interne, dont il devrait assurer l'homogénéité d'une nation à une autre, faute de quoi il n'aurait d'autre portée que diplomatique.

Bien avant Kelsen, Pascal rencontre ces problèmes. Deux données sont d'emblée à prendre en considération : la diversité des lois d'une nation à l'autre ; l'impossibilité, nominalisme oblige, de voir dans les nations autre chose que des représentations, ce qui revient à dire qu'il n'est de réalité que des individus.

Faut-il rappeler tous les textes où Pascal, à la suite de Montaigne, remarque que le droit a ses climats : « Pourquoi me tuez-vous à votre avantage ? Je n'ai point d'armes. — Et quoi, ne demeurez-vous pas de l'autre côté de l'eau ? Mon ami, si vous demeuriez de ce côté, je serais un assassin, et cela serait injuste de vous tuer de la sorte. Mais puisque vous demeurez de l'autre côté, je suis un brave et cela est juste[1]. » « Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité... Le droit a ses époques, l'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne. Vérité

---

* Nous nous référons aux *Pensées* de Pascal, éd. Brunschwig.

1. Pascal, *Pensées*, 51.

en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà[2]. » Sur quoi fondera-t-on alors « l'économie du monde » ? Si l'on avait connu la justice, on ne rencontrerait pas partout cette maxime « que chacun suive les mœurs de son pays ». Les hommes ne s'accordent que pour faire élection chacun de sa différence, donc pour se diviser. Si la véritable équité avait brillé avec éclat, les législateurs n'auraient pris pour modèle « les fantaisies et les caprices des Perses et des Allemands ». Pourquoi faut-il que les jurisconsultes invoquent des « lois naturelles communes en tout pays », quand il ne s'en trouve pas une qui soit « universelle » ? Non seulement, il n'est de droit universel, mais, donnant juridicité aux différences, les nations rendent cette diversité plus dommageable encore pour le genre humain. « Se peut-il rien de plus plaisant qu'un homme ait droit de me tuer, parce qu'il demeure au-delà de l'eau et que son prince ait querelle contre le mien, quoique je n'en aie aucune avec lui[3] ? » La diversité entre les droits internes aux nations est comme aggravée par l'absence de droits et de devoirs de nation à nation. La transposition du droit interne en droit international est impossible, faute pour les nations de constituer des individualités véritables. Traduisant simplement un état de fait, les traités entre les princes ne sauraient créer un état de droit, vu que prime le droit interne sur le droit international et que le passage de l'un à l'autre ne peut s'effectuer, tant que les nations ne sont point considérées comme des personnes morales.

Il n'est donc de droit que celui qui est interne à chaque nation ; ce droit est particulier faute de loi universelle, faute aussi de pouvoir s'étendre des rapports entre individus aux rapports entre nations. Lorsque Pascal entend le droit des nations, il ne l'imagine que sur le mode du droit interne, pour en constater le caractère utopique : « Quand il est question de juger si on doit faire la guerre et tuer tant d'hommes, condamner tant d'Espagnols à la mort, c'est un homme seul qui en juge, et encore intéressé : ce devrait être un tiers indifférent[4]. » Le modèle d'un arbitrage entre particuliers peut-il être étendu aux nations ? On sait l'intérêt passionné qu'éprouvait Port-Royal pour les problèmes de politique extérieure depuis le différend entre Richelieu et Saint-Cyran, qui reprochait au Cardinal le caractère pervers de ses alliances : les clivages politiques ne devraient-ils pas recouvrir les clivages éthico-

2. *Ibid.*, 60.
3. *Ibid.*, 60.
4. *Ibid.*, 59.

religieux ? L'échec d'une extrapolation du droit interne en droit international devait conduire Pascal à prendre son parti de la particularité de tout droit.

Prendre un tel parti n'est-ce pas mettre la justice en péril, ramener l'équité à l'arbitraire, s'accommoder d'une loi malléable et précaire ? Or, « le plus grand des maux est les guerres civiles »[5]. Sauver l'État de droit ne reviendra cependant ni à l'arbitraire, ni à la force ni à l'épée, mais à la « coutume ». Pascal fait vraiment de nécessité vertu : « *Veri juris.* Nous n'en avons plus. Si nous en avions, nous ne prendrions pas pour règle de justice de suivre les mœurs de son pays[6]. » Que signifie cette justification de la coutume, cette justification par la coutume ?

Ramener la loi à la coutume n'est pas pour la relativiser mais pour la ramener à sa véritable origine et juger de son exacte portée. Tout près de Pascal, Savaron l'avait fait dans le grand coutumier d'Auvergne ; Jean de Basmaison aussi. Auparavant Montaigne, qui voyait en elle un moyen d'adapter la loi à la diversité des situations, plus sûr que ne pouvait l'être un art de l'interprétation, dans la ligne du *mos italicus*, chez des juristes tels que Bartole, Accursius, Alciat ou Hotman ? Parce que, au dire d'Accursius, *verba significant active, sed res passive, nam verba significant et res significantur*, on faisait davantage acception des mots plus plastiques que des choses. Montaigne dénoncera dans son *Essai* « De l'expérience »[7], cette manie interprétative dont la fortune se comprend, dès que l'on s'avise qu'il y a autant de liberté et d'étendue à l'interprétation des lois qu'à leur façon. Il ajoute en effet qu'« il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses », mais l'on doit vite convenir qu'alors « notre contestation est verbale » et que si « la question est de paroles », elle « se paie de même ». La loi en est-elle éclaircie et adaptée ? Bien au contraire, « notre langage commun, si aisé à tout autre usage, devient obscur et non intelligible en contrat et testament, de sorte que celui qui s'exprime si clairement, quoiqu'il die et escrive, ne trouve en cela aucune manière de se déclarer qui ne tombe en doute et contradiction ». Formulant plus nettement sa critique, Montaigne ajoute : « Les princes de cet art (le discours juridique), s'appliquant d'une particulière attention à trier des mots solennels et former des clauses artistes, ont tant pesé chaque syllabe, épluché

5. *Ibid.*, 94.
6. *Ibid.*, 86.
7. Montaigne, *Essais*, III, 3.

si primement chaque espèce de coutume, que les voilà enfrasqués et embrouillés en l'infinité des figures et si menues partitions, qu'elles ne peuvent plus tomber sous aucun règlement et prescription ni aucune intelligence. » Ce n'est donc pas sur la mobilité des mots qu'il convient de travailler — autant prétendre presser et pétrir du vif-argent — mais sur la diversité des choses mortelles qui « vont coulant et roulant sans cesse... le jugeant et le jugé étant en continuelle mutation et branle »[8]. Or la coutume est la connotation même d'une nature changeante ; mieux qu'aucun autre principe, elle est celui sur lequel on édifie la loi. Il serait certes « bien aisé de bâtir ce qu'on veut sur des fondements avoués, car selon l'ordonnancement de ce commencement, le reste des pièces du bâtiment se conduit aisément, sans se démentir »[9], mais c'est là encore préférer les « causes » aux « choses » : à se fonder sur des « principes présupposés », « le jugement humain est bridé de toutes parts »[10]. Il n'est d'autre soumission au réel que de le considérer en sa mobilité, justement selon la coutume : autant dire que la loi est prise en son institution, non en sa fondation, en tant que fait et non en tant que droit. Cette primauté du fait sur le droit se retrouve dans la fameuse formule : « Les lois se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois. C'est le fondement mystique de leur autorité ; elles n'en ont point d'autre[11]. » Si le fait cependant décide du droit, il ne saurait prévaloir sur lui, une fois qu'il l'a établi ; instituteur du droit, il tombe sous sa juridiction, comme si, par un choc en retour, c'était le droit lui-même qui transformait le fait en droit. Faire le droit, c'est en justifier le fait.

De Montaigne à Pascal, le chemin passe souvent par Charron, à qui nous renvoient précisément les premiers mots du fragment 86 : *Veri juris*. Dans *Sagesse*[12], nous retrouvons la citation latine au complet, une phrase de *De officiis*, de Cicéron : *Veri juris germanaeque justitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus*[13]. Charron y démontre que charité et justice souvent sont en désaccord et que la survie de l'État exige maintes fois que celle-là soit sacrifiée à celle-ci ; et de ponctuer son argumentation en se rappor-

8. *Ibid.*, II, 12.
9. *Ibid.*, II, 12.
10. *Ibid.*, II, 12.
11. *Ibid.*, II, 13.
12. Charron, *Sagesse*, III, 5, 3.
13. Cicéron, *De officiis*, III, 17.

tant deux fois à cet autre mot de Cicéron : « L'extrême droit est une extrême injustice », qu'il finit par citer intégralement : *Summum jus summa injuria : et omne magnum exemplum habet aliquid ex iniquo, quod contra singulos utilitate publica rependitur*[14]. Pascal, en citant la formule en tête du fragment 85, témoigne qu'il a l'ouvrage de Charron sous les yeux quand il jette sur le papier ces éléments de la liasse « raison des effets ». Or que dit exactement Charron ? — « Il faut savoir premièrement qu'il y a une double justice : une naturelle, universelle, noble, philosophique ; l'autre autrement artificielle, particulière, politique, faite et contrainte aux besoins des polices et des États. Celle-là est bien mieux réglée, plus raide, nette et belle ; mais elle est hors d'usage, incommode au monde tel qu'il est. *Veri juris*... Il n'en est aucunement capable comme il a été dit. C'est la règle de Polyclète, inflexible, invariable : celle-ci est plus lâche et molle, s'accommodant à la faiblesse et nécessité humaine et populaire. C'est la règle lesbienne et de plomb, qui ploie et se tord, selon qu'il est besoin et que le temps, les personnes, les affaires et accidents requièrent. » Nécessité, on le voit, fait loi, pour Charron qui prend son parti de ces accommodements de la justice aux « besoins des polices et des États ».

Pascal ne se départira de Montaigne et de Charron que sur l'interprétation que, selon la foi, on peut donner de ce phénomène, mais son analyse du fait juridique et politique est nourrie des suggestions de ses prédecesseurs.

Comment ne pas voir un écho de Montaigne dans ces mots : « Rien suivant la seule raison n'est juste de soi, tout branle avec le temps. La coutume est toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue. C'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramènera à son principe l'anéantit[15]. » Ce principe devrait être la justice ; or chaque fois que l'on a cru devoir invoquer celle-ci, une plus grande injustice en a résulté : « Rien n'est si fautif que ces lois qui redressent les fautes. » Il est plus que vain, dangereux, d'en appeler aux lois fondamentales et primitives de l'État, comme l'avait tenté, dans sa *Franco Gallia*, François Hotman en 1573 ; ce genre d'enquête ne peut qu'alimenter l'art de fronder dont le propre est « d'ébranler les coutumes établies en sondant jusque dans leur source pour marquer leur défaut d'autorité et de justice »[16].

14. *Ibid.*, I, 10.
15. Pascal, *Pensées*, 60.
16. *Ibid.*, 60.

Injuste est la Fronde, « qui élève sa prétendue justice contre la force »[17], car alors on n'obéit qu'à « la justice qu'on imagine et non à l'essence de la loi »[18]. Cette contestation se juge à ses fruits, les guerres civiles : « elles sont sûres si on veut récompenser les mérites, car tous diront qu'ils méritent »[19]. La justice est toujours en effet « sujette à dispute »[20]. S'en prévaloir engage dans un débat sans fin : « Ce qui est fondé sur la saine raison est bien mal fondé, comme l'estime de la sagesse »[21], car tous jugent diversement. Précisément l'essence de la loi n'est pas dans cette « justice qu'on imagine », « elle est toute ramassée en soi, elle est loi et rien davantage »[22]. Quand la justice est improbable, l'institution juge de la justice, même pour « la plus grande et importante chose du monde », à savoir l'attribution du pouvoir politique suprême. Certes, « on ne choisit pas pour gouverner un vaisseau celui des voyageurs qui est de meilleure maison »[23], mais choisirait-on mieux pour assurer la continuité de l'État que « le fils aîné d'une reine »[24] ? Cela arrête la dispute. « Le mal à craindre d'un sot qui succède par droit de naissance n'est ni si grand, ni si sûr » que celui qui résulterait d'une impossible prétention à connaître ce qui est juste[25]. Si faible qu'il soit en raison, ce fondement du trône, la loi de primogéniture, est « admirablement sûr »[26], où l'on voit que la raison n'est jamais plus forte que dans l'aveu de sa faiblesse. Comment entendre cette primauté du fait ?

D'abord méthodologiquement. Ce positivisme juridique est un corollaire du positivisme physique, mathématique et théologique, dont a fait montre l'expérimentateur du vide, l'auteur de la *Lettre à Carcavi*, le champion de la positivité en matière de preuve religieuse, mais ici encore le propos de Pascal s'inscrit dans la ligne de Montaigne. Celui-ci déniait que l'on puisse fonder le droit sur des principes, ceux-ci se présentant comme des « pointes » trop acérées pour qu'on y puisse asseoir quoi que ce soit : « A quoi faire ces pointes élevées de la philosophie sur lesquelles aucun être humain ne se peut rasseoir et ces règles qui excèdent notre usage

17. *Ibid.*, 85.
18. *Ibid.*, 60.
19. *Ibid.*, 94.
20. *Ibid.*, 103.
21. *Ibid.*, 26.
22. *Ibid.*, 60.
23. *Ibid.*, 30.
24. *Ibid.*, 977.
25. *Ibid.*, 25.
26. *Ibid.*, 26.

et notre force[27] ? » Pascal reprend cette image pour contester toute possibilité de fonder la loi sur des principes idéaux : « La justice et la vérité sont deux pointes si subtiles que nos instruments sont trop mousses pour y toucher exactement. S'ils y arrivent, ils en écachent la pointe et appuient tout autour plus sur le faux que sur le vrai[28]. » C'est dire que l'assise idéale requise d'un fondement certain n'est point accordée aux « sciences humaines » qui relèvent de principes « si déliés et en si grand nombre » qu'il serait ridicule d'en vouloir « traiter géométriquement »[29] : quand « l'omission d'un principe mène à l'erreur », il faut « avoir la vue bien nette » pour les voir tous « et ensuite l'esprit juste pour ne pas raisonner faussement ». Il serait dès lors inutile de prétendre reconstituer *more geometrico* l'arsenal des lois : ce sont choses de finesse, « tellement délicates et si nombreuses qu'il faut un sens bien délicat et bien net pour les sentir et juger droit et juste selon ce sentiment, sans pouvoir le plus souvent le démontrer par ordre comme en géométrie, parce qu'on n'en possède pas ainsi les principes et ce serait une chose infinie de l'entreprendre ». On dira que telle fut cependant l'entreprise d'un ami de Pascal, Jean Domat, auteur d'un magistral traité sur *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, commencé un an après la mort de l'auteur des *Pensées* et publié de 1689 à 1694. Celui que Boileau appellera « le restaurateur de la raison dans la jurisprudence » semble avec méthode réfuter Pascal, en retrouvant le « fondement mystique » de la loi et en procédant déductivement à partir des deux premières lois naturelles : tous les hommes recherchent le souverain bien et doivent dès lors s'unir et s'aimer afin de parvenir ensemble à la possession de ce bien unique, qui doit faire leur commune félicité. Certes, Domat convient que, par suite du péché, l'amour-propre a remplacé l'amour mutuel, mais anticipant sur la notion kantienne d'une « insociable sociabilité », il admet que « cet amour-propre même ne fait que rendre l'homme plus social, en multipliant la nécessité des travaux et des commerces et en même temps la nécessité des engagements et des liaisons sans lesquelles il ne pourrait vivre ». Le péché ne saurait donc ruiner la loi naturelle ; Domat en donne quatre raisons : la première est l'existence même de la Religion qui maintient l'esprit des premières lois, la seconde est la conduite secrète de Dieu sur les socié-

27. Montaigne, *Essais*, III, 09.
28. Pascal, *Pensées*, 44.
29. *Ibid.*, 512.

tés, la troisième l'autorité dévolue par Dieu aux souverains, la quatrième cette lumière restée à l'homme après sa chute, qui lui fait connaître les règles naturelles de l'équité. D'où cette primauté de la raison reconnue par Domat en lieu et place de la primauté accordée par Pascal au fait : « C'est cette lumière de la raison, qui, faisant sentir à tous les hommes les règles communes de la justice et de l'équité, leur tient lieu d'une loi, qui est restée dans tous les esprits au milieu des ténèbres que l'amour-propre y a répandues. Ainsi tous les hommes ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces lois naturelles : qu'il ne faut faire tort à personne ; qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient ; qu'il faut être sincère dans les engagements, fidèle à exécuter ses promesses, et des autres règles semblables de justice et d'équité. Car la connaissance de ces règles est inséparable de la raison, ou plutôt la raison n'est elle-même que la vue et l'usage de toutes ces règles. » Cette lumière de la raison « que Dieu donne à tous les hommes », comme s'il avait « gravé dans tous les esprits cette espèce de connaissance et d'amour de la justice », permet à la société des hommes de subsister dans tout l'univers par « trois espèces de liaisons » : la première est la Religion dont l'esprit tend à ramener à l'unité de l'Église toutes les nations indistinctement ; la seconde est celle que fait l'humanité, qui rassemble le genre humain malgré les différences de religion ; la troisième est celle que forme chaque État, « l'ordre qui unit toutes les familles sous un même gouvernement ». Sous le couvert de l'unité de l'Église, s'esquissent un droit international et un droit interne fondés en nature et en raison.

Belle réhabilitation du droit naturel, du moins au niveau des intentions manifestées dans le discours préliminaire au traité. Domat, qui avait eu à assister Pascal en ses derniers instants et à relire le manuscrit des *Pensées*, semble avoir voulu pondérer la radicalité d'une conception strictement positive de la loi. Son entreprise même nous aide à mieux saisir l'abrupt de la thèse de Pascal. Familier du jurisconsulte, celui-ci ne pouvait ignorer l'œuvre qu'il préparait. Au fragment 376, nous lisons : « Deux lois suffisent pour régler toute la République chrétienne, mieux que toutes les lois politiques. » Ces lois seront celles mêmes que Domat reprendra pour en faire les principes de son système. Si Pascal n'en fait rien, c'est qu'il pose autrement la question du fondement. Quand il écrit : « La coutume est toute l'équité par cette seule raison qu'elle est reçue[30] », il en découvre le fondement caché et

30. *Ibid.*, 60.

oppose précisément fondement à principe. Ramener la loi à son principe serait faire de la géométrie, ce que l'on s'interdit en admettant le caractère subreptice du fondement. Ce caractère subreptice nous l'avons déjà relevé, en montrant comment le fait institue le droit pour, en retour, être justifié par lui ; anticipant sur son avènement, le droit par son urgence transforme le fait en droit. En résulte toute une série de transferts d'autorité de la « justice », si « spirituelle » qu'on en dispose comme on veut, à la « force », qui « ne se laisse pas manier comme on veut », ou encore à la « pluralité », qui a l'avantage d'être visible et d'avoir la force pour se faire obéir[31]. La question n'est donc pas de la possibilité de substituer à la primauté du droit celle du fait mais d'opérer ce transfert d'autorité du droit au fait. Comment ces transferts s'effectuent-ils ?

« Les États périraient, dit Pascal, si on ne faisait ployer souvent les lois à la nécessité[32]. » Le recours à la règle lesbienne n'est pas à mettre au compte d'une quelconque raison d'État, mais d'une conscience lucide, qu'en l'absence de principe, la loi ne saurait prévaloir sans un fondement qui n'est autre que l'ordre établi. « Les seules règles universelles sont les lois du pays aux choses ordinaires et la pluralité aux autres. D'où vient cela ? — De la force qui y est[33]. » Ce n'est pas que la force fasse la justice, mais que serait une justice sans force ? « Coutume » et « pluralité » ont la force pour elles et c'est leur avantage. « Les rois qui ont la force d'ailleurs ne suivent pas la pluralité de leurs ministres[34]. » « Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste[35]. » Mais comment l'a-t-on pu faire ? Comment a-t-on pu « mettre ensemble la justice et la force » ? Pascal refuse de les disjoindre ; *a fortiori* ne saurait-il réduire la première à la seconde : « La justice sans la force est impuissante, la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite... La force sans la justice est accusée... (Mais) la justice est sujette à dispute, (alors que) la force est très reconnaissable et sans dispute. » Seul un transfert d'autorité peut faire que la force soit juste et qu'elle assume les droits et les devoirs de l'équité. Il ne s'agit donc jamais de la force nue mais de la force reconnue dans l'institution : « La justice est ce qui est établi, et ainsi toutes nos lois établies seront nécessairement tenues pour justes sans être examinées, puisqu'elles

31. *Ibid.*, 85.
32. *Ibid.*, 280.
33. *Ibid.*, 81.
34. *Ibid.*, 81.
35. *Ibid.*, 103.

sont établies[36]. » Que l'établissement ait ses limites? Pascal le répétera maintes fois, mais il ne peut pas ne pas prévaloir en son ordre.

La force est si peu suffisante que le transfert d'autorité sera la règle même de toute vie politique. Une substitution du pouvoir des signes au pouvoir des armes va nous amener à réévaluer le sens même du mot « force ». Peut-on dire en effet que la force fasse loi, quand il s'agit de la force d'un rituel, d'un code de bonnes manières, d'une étiquette de cour ? Évoquant l'homme « vêtu de brocatelle », Pascal s'écrie : « Cet habit est une force »[37] ; il impose en effet la révérence et dispense celui qui le porte de « donner des étrivières ». Certes, cette « force » n'est qu'empruntée ou dérivée puisqu'elle n'en impose qu'à l'imagination ; à ce titre, le chancelier, les juges, les médecins qui ne doivent leur prestige qu'à leurs insignes, sont faux en regard du roi qui « a la force »[38]. Cependant, à lire les *Trois discours sur la Condition des Grands*, il faut convenir que la différence n'est que de degré et que l'appropriation que peut faire de la « force » un roi de fortune reste relative à l'établissement qui l'a fait roi. La force est, dès lors, celle d'un cérémonial : « La coutume de voir les rois accompagnés de gardes, de tambours, d'officiers et de toutes les choses qui ploient la machine vers le respect et la terreur fait que leur visage, quand il est quelquefois seul et sans ses accompagnements, imprime dans leurs sujets le respect et la terreur, parce qu'on ne sépare point dans la pensée leurs personnes d'avec leurs suites qu'on y voit d'ordinaire jointes[39]. » L'association opère ici le transfert qui permet au souverain de faire l'économie du bras séculier et de n'en imposer que par son seul « visage », « et le monde qui ne sait pas que cet effet vient de cette coutume, croit qu'il vient d'une force naturelle »[40]. Cette substitution du signe à la chose, qui change fondamentalement le sens même du mot « force », va s'effectuer à tous les niveaux de la société, l'association bien sûr se faisant plus fragile, à mesure que se multiplient les intermédiaires. Aussi peut-il arriver que le « bonnet carré du premier président vole par la fenêtre »[41]. Il est significatif que « la force attaque la grimace »,

36. *Ibid.*, 645.
37. *Ibid.*, 89.
38. *Ibid.*, 87.
39. *Ibid.*, 25.
40. *Ibid.*, 25.
41. *Ibid.*, 797.

pour en démystifier les prétentions, mais il est expédient qu'elles composent l'une l'autre en vue de la paix publique. Quelque précaire qu'il soit, le transfert d'autorité est la condition même d'un état de droit.

Pascal en a étudié la genèse, à travers une parabole, dans le premier *Discours sur la condition des grands*, de manière directe, dans le fragment 828. L'origine du pouvoir tient à cet état de choses : « Tous les hommes veulent dominer et tous ne le peuvent pas, mais quelques-uns le peuvent. » En résulte que « les cordes qui attachent le respect des uns envers les autres sont cordes de nécessité ». Les hommes alors « se battront jusqu'à ce que la plus forte partie opprime la plus faible et qu'enfin il y ait un parti dominant. Mais quand cela est une fois déterminé, alors, les maîtres qui ne veulent pas que la guerre continue ordonnent que la force qui est entre leurs mains succédera comme il leur plaît : les uns le remettent à l'élection des peuples, les autres à la succession de naissance, etc. » L'état de droit succède ainsi à l'état de guerre ; la « pure force » est remplacée par « l'imagination » qui, mieux que ne saurait le faire la suprématie des armes, consacrera les privilèges en France des gentilshommes, en Suisse des roturiers. Les « cordes » qui désormais attachent le respect à tel ou tel particulier sont « cordes d'imagination ». Le transfert d'autorité s'effectue de la sorte. Place alors à la cérémonie ; on pourra même « changer de fantaisie », mais non sans prudence, car « tout ce qui a été faible ne peut jamais être absolument fort »[42]. Subsistent cependant les fonctions, même si leurs attributaires changent, car elles répondent à des nécessités : « Comme les duchés et royautés et magistratures sont réelles et nécessaires..., il y en a partout et toujours, mais parce que ce n'est que fantaisie qui fait qu'un tel ou tel le soit, cela n'est pas constant, cela est sujet à varier[43]... » La force est prête en effet à recouvrer ses droits, si l'imagination qui s'est substituée à elle ne remplit plus son office ; la force exige que l'on fasse des ducs, des rois, des magistrats ; ceux-ci créés, elle s'efface devant eux et derechef le cérémonial prévaut. L'état de droit relève ainsi de l'empire des signes, il en a le prestige et la fragilité, et c'est pourquoi il requiert notre respect, respect d'établissement s'entend.

On n'est pas loin de Hobbes qui eut même conception du pou-

42. *Ibid.*, 779.
43. *Ibid.*, 767.

voir des signes et de l'expédient transfert de la force des armes à la force des mots. Est-on cependant si loin de Domat ? Comme Pascal, Domat justifie le cérémonial de cour : ainsi que l'appareil qui entoure les rois : « On doit mettre au nombre des droits que les lois donnent au Souverain celui d'avoir toutes les marques de grandeur et de majesté nécessaires pour faire éclater l'autorité et la dignité d'une puissance de cette étendue et de cette élévation, et en imprimer la vénération dans les esprits de tous les sujets... les souverains ne peuvent... attirer le respect des peuples... que par cet appareil qui éclate dans la magnificence de leurs Palais et dans les autres marques de grandeur sensible qui les environne. ... Ainsi c'est très justement qu'ils ont des troupes militaires pour le service de la garde de leurs personnes et de leurs maisons. » Comme Pascal encore, il règle le rang des personnes dans la société par l'étiquette et non par le mérite : « Une préséance donnée à l'esprit ou à la vertu ferait naître des jalousies, des inimitiés et d'autres mauvaises suites, au lieu qu'il ne peut y avoir de jalousie ni d'inimitiés entre personnes dont l'un est préféré à l'autre ou par son grand âge, ou parce qu'il aurait un plus grand nombre d'enfants, ou parce que sa naissance serait plus avantageuse, ou si la condition de l'un était officier de justice et l'autre marchand[44]. » Bien plus, Domat semble reprendre à son compte toute la conception pascalienne de l'établissement, en tentant de justifier les distinctions sociales, dans la mesure où elles sont « proportionnées aux besoins de la société dont elles sont l'ordre ».

A poursuivre le parallèle, on s'apercevait qu'en dépit des différences d'intention, les deux auteurs souvent se rejoignent, notamment si l'on s'avise de la place croissante que Domat doit faire dans la seconde partie de son ouvrage aux « lois arbitraires ». Dès son discours préliminaire, il avait fait place à celles-ci : « Les lois arbitraires sont celles qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir selon le besoin. » Elles sont nées des difficultés suscitées par l'application des Lois immuables, eu égard à la diversité des situations et à l'utilité publique. A quoi peut donc tenir leur légitimité ? Domat répond : « Il y a cette différence entre la justice des lois naturelles et la justice des lois arbitraires que les lois naturelles étant essentielles aux deux premières lois... sont essentiellement justes et que leur justice est toujours la même en tous les temps et en tous les lieux. Mais les lois arbitraires étant indifférentes à ces

44. Domat, *Droit public*, IX, 3, 32.

fondements de l'ordre de la Société..., la justice de ces lois consiste dans l'utilité particulière qui se trouve à les établir, selon que les temps et les lieux peuvent y obliger. » L'autorité des lois se devra donc proportionner à la différence de leur justice : « Les lois naturelles étant la justice même, elles ont une autorité naturelle sur notre raison, car elle ne nous est donnée que pour sentir la justice et la vérité et nous y soumettre. Mais parce que tous les hommes n'ont pas toujours la raison assez pure pour reconnaître cette justice ou le cœur assez droit pour y obéir, la Police donne à ces lois un autre empire indépendant de l'approbation des hommes par l'autorité des puissances temporelles qui la font garder. Mais 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. » C'est reconnaître que la force doit subvenir au défaut de la justice, chaque fois que celle-ci ne s'impose avec une évidence cogente à une raison prévenue ou pervertie par le péché. *A fortiori*, la force fait-elle toute l'autorité de « lois arbitraires » dont toute la justice tient à l'utilité publique, ainsi qu'en peut juger le Souverain. Quel est donc le statut épistémologique de ces lois arbitraires ? Si elles ne peuvent être naturellement connues de la raison humaine à laquelle elles ne sont point essentielles, elles sont, écrit Domat, « comme des faits qu'on peut ignorer ». Tandis que les lois naturelles obligent sans qu'on les publie, les lois arbitraires ne commencent d'avoir leur effet qu'après qu'elles ont été publiées. N'est-ce pas mettre l'accent sur l'institution et ramener la loi au fait même de son établissement ?

Au demeurant, ce qui distingue Pascal de Domat, c'est leur sens du commencement. Domat cherche la justification de la loi dans son principe, à savoir cette législation originaire, immédiatement donnée à la raison humaine et présente encore à tout homme en dépit du péché. D'un jansénisme plus radical, Pascal s'interdit ce ressourcement. Sa conception de la déchéance originelle lui impose un primitivisme rude : dans une humanité où l'amour-propre prévaut sur l'amour mutuel, il est expédient de substituer à la force l'imagination et c'est là que commence la société : les liens institutionnels ne peuvent être que « cordes d'imagination », ceux qui attachent le respect aux personnes, comme aussi ceux qui déterminent l'appropriation des charges et des biens. « Le commencement et l'image de l'usurpation de toute la terre[45] », c'est

45. Pascal, *Pensées*, 64.

l'appropriation arbitraire, mais cet arbitraire est indépassable, même pour Domat qui devra en donner une légitimation rétrospective par l'utilité d'une société fondée sur le commerce des personnes et des biens. Pascal préfère à cette légitimation *a posteriori*, parce qu'il est philosophe et non juriste, l'analyse du processus de justification lui-même, quand la force cédant à l'imagination, le donné brut à l'institution, l'état de fait conquiert sa juridicité : « Toutes les occupations des hommes sont à avoir du bien et ils ne sauraient avoir de titre pour montrer qu'ils le possèdent par justice, car ils n'ont que la fantaisie des hommes, ni force pour le posséder sûrement[46]. » Le premier *Discours sur la condition des Grands* insiste sur cet arbitraire tout en en montrant la consistance : « Tout le titre par lequel vous possédez votre bien n'est pas un titre de nature, mais un établissement humain. Un autre tour d'imagination dans ceux qui ont fait les lois vous aurait rendu pauvre ; et ce n'est que cette rencontre du hasard qui nous a fait naître avec la fantaisie de ces lois favorables à votre égard, qui vous met en possession de tous ces biens. Je ne veux pas dire qu'ils ne vous appartiennent pas légitimement et qu'il soit permis à un autre de vous les ravir ; car Dieu qui est le maître a permis aux sociétés de faire des lois pour les partager ; et quand les lois sont une fois établies, il est injuste de les violer. »

Alors, Pascal détracteur des lois, contestataire de l'ordre établi, révolutionnaire politique ? — Non pas, car ce n'est pas dénigrer la loi que la ramener à elle-même et la faire régner de sa seule autorité, sans plus la rendre tributaire d'une morale présumée naturelle et partant universelle. C'est l'honorer pour ce qu'elle est. Grâce soit rendue à Pascal de nous avoir enseigné, en sa différence, sa particularité et sa contingence, la suffisance du droit !

Pierre MAGNARD

Université de Poitiers

46. *Ibid.*, 28.

André LANGUI

LOIS, JUGES ET DOCTEURS DANS L'ANCIEN DROIT PÉNAL

LOIS, JUGES ET DOCTEURS DANS L'ANCIEN DROIT PÉNAL

Ce n'est pas seulement sous les aspects de loi politique ou constitutionnelle, mais aussi, en grande partie, sous les aspects de loi pénale que la loi, au XVIIIe siècle, a retrouvé la valeur presque sacrée que l'Antiquité lui avait reconnue. En effet, de Montesquieu à Blackstone et à Beccaria, chez les philosophes, enfin dans la *Déclaration des droits de l'Homme*, la loi apparaît comme le rempart de la liberté individuelle. Celle-ci consiste, pour le citoyen, à être protégé par la loi pénale elle-même contre les arrestations, les emprisonnements, et les pénalités arbitraires. Montesquieu, le premier, a souligné ce lien entre la liberté de l'individu (dite encore « sûreté ») et les règles du droit et de la procédure criminels : « Cette sûreté, dit-il dans *L'Esprit des Lois*[1], n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen. »

Or, qu'est-ce qu'une bonne « loi pénale » ? Cette bonté se conçoit dans l'abstrait de deux manières : elle peut se rapporter, d'abord, à la substance de la loi et dépendre, par exemple, de l'efficacité d'une sanction ou d'une règle de procédure qu'elle institue, de leur accord avec certaines conditions physiques, sociales, historiques, etc. Mais il existe aussi, selon certains, une bonté qu'on pourrait qualifier de « formelle », qui se rapporte à l'élaboration de la loi et exige qu'elle soit, sans partage, l'œuvre du législateur, qui n'ait rien réservé à l'initiative du juge, lequel n'en doit être, selon Platon, que le simple serviteur. C'est dire qu'aucune parcelle du pouvoir législatif ne peut être usurpée par le juge. Au siècle des philosophes, le progrès des lumières tend à répandre ces idées, qui ne sont qu'une des applications de la séparation des pouvoirs, fortifiée par les théories du Souverain selon le *Contrat social*. Mais il faut remarquer que, tandis que la préoccupation d'un Montesquieu avait été, sous cette enseigne, de soustraire la magistrature aux entreprises des autres puissances, à partir des dernières années

1. Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, XII, 2.

de l'Ancien Régime, ce sont surtout les entreprises des juges que l'on veut tenir en échec. Cette dernière conception l'emporte sous la révolution, exprimée dans plusieurs textes de loi à partir de 1790. En droit criminel, elle s'inscrira dans le principe dit « de légalité », dont la formulation en adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* (« nul crime, nulle peine sans loi »), est due en partie au célèbre criminaliste Anselm Feuerbach (1775-1833)[2].

Le principe, malgré certaines atteintes modernes, demeure l'une des pièces maîtresses du droit pénal moderne. Proclamé pour la première fois dans la *Déclaration des droits* de 1789 (art. 5, 7, et 8), il figure ensuite dans les *Constitutions* de 1791, de 1793, de l'an III, dans les *codes pénaux* de la Révolution, de 1791 et de l'an IV, puis dans le *Code pénal* de 1810, dans le préambule des *Constitutions* françaises de 1946 et 1958, dans la *Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales* de 1950, etc., textes qui ne visent pas seulement la légalité des infractions et des peines, mais aussi celle des règles de procédure. Du point de vue du droit positif, les applications de la règle sont essentielles à la défense des droits individuels. La loi marque, en effet, selon l'art. 5 de la *Déclaration des Droits de l'Homme*, la limite entre ce qui est permis et ce qui est interdit[3]. Elle avertit, de plus, avant de frapper[4]. Enfin, au moins en principe, elle permet de comparer, selon l'arithmétique morale des utilitaristes, l'avantage du délit aux inconvénients de la peine[5]. Il en résulte que, d'une part, la loi pénale doit être strictement interprétée. L'appel au raisonnement par analogie y est prohibée : le juge doit puiser dans le texte de loi le titre de l'infraction et le titre de la peine. D'autre part, la loi pénale ne peut pas être rétroactive[6].

---

2. Seule la deuxième partie de l'adage figure au § 20 de son célèbre traité.
3. « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint de faire ce quelle n'ordonne pas. »
4. *Moneat lex priusquam feriat.* L'adage est déjà noté dans Francis Bacon, *De augmentis scientiarum*, 1623, livre 8, ch. 3, éd. 1858, t. 1, p. 805.
5. Cf. Beccaria, *Des délits et des peines*, § 4 *(De l'interprétation des lois)*. Le texte que nous utilisons correspond aux éditions de F. Hélie (1870), et de M. Ancel et G. Stéfani (1966). Bentham y a puisé une part de son arithmétique morale : « Faites que le mal de la peine surpasse l'avantage du délit » ; « La peine doit se faire craindre plus que le crime ne se fait désirer » *(Traités de législation civile et pénale)*, 1802, t. 2, *Principes du Code pénal* (p. 385-386).
6. La non-rétroactivité figurait dans la loi romaine (*C.J.*, 1, 14, 7) et la loi canonique (X. 1, 2, 2 et 13). Les premiers commentateurs voyaient, dans l'art. 4 du *C.P.* (comme dans l'antépénultième art. du C. de 1791 et les art. 2 et 3 du C. de l'art. IV) d'abord le principe de la non-rétroactivité.

Le principe de légalité suppose donc un état de droit où la loi pénale est non seulement inscrite et codifiée, mais encore où le législateur exerce des droits souverains qui ne lui sont pas disputés par les juges. Et c'est pourquoi le droit pénal moderne ne reconnaît pas à la coutume le rôle d'une source de droit, ni à la jurisprudence pénale la même valeur créatrice qu'à la jurisprudence civile[7].

Cette primauté de la loi apparaît de manière générale, comme un phénomène récent : il suffira de penser au droit coutumier français, et par voie de conséquence, à la durable absence de législation royale en droit privé ; à la *common law* anglaise[8] ; enfin au droit administratif moderne[9]. Dans ces systèmes, le juge occupe, par nécessité, une place de premier plan dans la formation du droit. L'usurpation par les juges du pouvoir normatif se présente comme un phénomène naturel dans les droits où la loi n'est pas la source unique (ou à peu près unique) du droit. Or, ce fut précisément le cas de l'Ancien droit criminel, caractérisé par la pluralité de ses sources. Le juge semble bien y tenir le rôle prépondérant, que la critique des philosophes du XVIIIe siècle lui a attribué. Peut-on admettre sans nuances une telle affirmation ? Pour y répondre, il est intéressant de rappeler, en quelques traits, ce qu'était l'office du juge criminel, afin de le situer à sa place dans la hiérarchie des sources du droit pénal, en particulier à l'égard de la loi, entre le XVIe et la fin du XVIIIe siècles[10].

★

Le juge pénal jouit, sous l'Ancien Régime, d'un pouvoir *arbitraire*. Un adage précise pour la France ce pouvoir, en marquant l'application aux pénalités : « Aujourd'hui, les peines sont arbitraires en ce Royaume. » L'adage, rapporté par de nombreux auteurs

7. La jurisprudence peut combler exceptionnellement une lacune de la loi, lorsque celle-ci, par exemple, n'a pas prévu, de manière suffisamment précise, l'élément matériel de l'infraction : ainsi pour l'a. 330 (outrage public à la pudeur), pour le crime de castration, et celui de viol jusqu'en 1980.
8. Le légalisme, en revanche, a, en tout temps, caractérisé la procédure anglaise.
9. G. Vedel, « Le "droit" administratif peut-il être indéfiniment un droit jurisprudentiel ? », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 31.
10. Cette période correspond au droit pénal que l'on pourrait qualifier de « classique » par suite de son caractère achevé. C'est le droit, et en partie, la procédure de ces siècles que le droit le plus moderne a recueillis.

sous cette forme ou sous une forme voisine[11], exprime une règle de droit qui remonte au moins au XIIIe siècle, et s'appuie sur des précédents romains et canoniques. Son histoire a été plusieurs fois retracée[12], et il suffira ici d'en remarquer les applications.

Le pouvoir « arbitraire » du juge s'entend du pouvoir de fixer ou de mesurer la peine qu'il prononce, autrement dit de l'arbitrer. Jean Bodin, dans sa *République*, n'hésitait pas à définir ce pouvoir comme celui de juger en équité, mais devait corriger immédiatement l'extension du mot : « ... Car l'équité en un Prince, c'est déclarer ou corriger la loi ; en un magistrat, c'est la ployer et adoucir la rigueur, ou aigrir la douceur d'icelle, quand il est besoin ; ou bien suppléer le défaut qu'il y a, quand la loi n'a pas pourvu au cas qui s'offre[13]... » De manière plus schématique, le juge exerçait son pouvoir arbitraire dans trois hypothèses.

En premier lieu, lorsqu'une peine était fixée par une loi écrite pour frapper l'infraction sur laquelle le juge avait à se prononcer, le juge mesurait la peine selon la responsabilité du coupable et les circonstances de l'acte (*juxta facti et personarum qualitatem*, disent les auteurs). Il était ainsi conduit à modifier la peine édictée par le texte, en l'abaissant en général, car les circonstances aggravantes sont rares en droit pénal (ou alors, elles modifient la nature même de l'infraction et son châtiment). Ce pouvoir du juge ne correspond qu'à ce que nous nommons aujourd'hui l'individualisation de la peine[14].

Deuxième hypothèse : la loi ne fixe pas de peine contre une infraction, pourtant prévue par ce texte même. Le juge le détermi-

---

11. La formule figure par exemple, dans la *Pratique* d'Imbert, livre 3, ch. 20, n° 27, ouvrage très utilisé au XVIe siècle. L'adage est donné par certaine éditions des *Institutes coutumières* de Loisel (1re éd. 1607) sous la forme « Les amendes et peines coutumières ne sont à l'arbitrage du juge ; les autres si » (VI, 2, 2, éd. Reulos, 807).
12. B. Schnapper, *Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle...*, Tidjschrift voor Rechtsgeschiedenis, 1973, p. 237-277 et 1974, p. 81-112. Plus succinctement : A. Laingui-A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, Cujas éd., 2 vol., 1979-1980, t. 1, p. 129-139. Sur les origines romaines et canoniques de la théorie : A. Laingui, « Le droit pénal canonique, source du droit pénal laïc », *Églises et pouvoir politique*, Actes des journées internationales d'histoire du droit d'Angers. 30 mai-1er juin 1985, Angers, 1987.
13. *Les six livres de la République*, éd. 1583, livre 6, ch. 5, p. 1023. « Le moindre juge de France », écrit Bodin, peut juger d'équité. Les Parlements, dans la vue de contrôler les justices inférieures, leur imposent cependant de toujours « juger en rigueur ». Cette injonction, d'ailleurs discutée, ne semble pas avoir été suivie.
14. Ce premier ouvrage, consacré (implicitement) à l'individualisation de la peine, est aussi le premier grand traité de responsabilité pénale : le *De poenis temperandis* de Tiraqueau (1559), introduction, traduction et notes par A. Laingui, Economica, 1986. La préface de Tiraqueau porte sur l'arbitraire du juge dont il définit le domaine et les limites.

nera par analogie avec une infraction voisine ou analogue. Cette situation peut paraître assez exceptionnelle aux modernes. Pourtant, elle demeura assez courante sous l'Ancien droit, la loi se contentant de formules comme : « Les juges pourront les condamner à telle peine qu'ils jugeront, même de mort, selon l'exigence des cas et la qualité des crimes »[15] ; ou « sur peine de corps et d'avoir », « par peine corporelle ou pécuniaire », etc. Le législateur royal pense, à tort, que la multitude des actes humains ne peut être prévue par la loi, ce qu'avoue, dans un texte de portée générale, sur ce point précis du droit, la *Constitution criminelle* de Charles Quint, édictée en 1532, couramment dénommée *Caroline*[16], alors que, comme le dira plus tard le Grand-Juge Régnier, « en classant les crimes, il n'en faut caractériser que les circonstances principales »[17].

Enfin, lorsqu'il n'existait pas de texte contre un acte qui, indéniablement, correspondait à une infraction, le juge « suppléait ce défaut », pour reprendre l'expression de Bodin, et fixait une peine pour cette infraction. Le cas se présentait rarement, d'abord parce que la malice humaine n'est pas illimitée dans ses inventions, ensuite parce que les exemples allégués par les auteurs se rapportent sans conteste à des infractions classiques, sur lesquelles, par hasard, aucun législateur ne s'est prononcé : bigamie, inceste, crimes contre nature, incendie[18]. D'ailleurs, Locré, très attaché au sytème des peines arbitraires, tout en occupant le secrétariat du Conseil d'État lors de la rédaction des Codes, observe que la qualification criminelle d'une action ne peut provenir que de la loi positive ou de la loi naturelle, et jamais du seul pouvoir arbitraire du juge[19]. L'instinct de casuistique, hérité du droit romain, aboutissait à faire considérer comme des infractions « innomées » l'impéritie du juge, les impostures et tromperies diverses (usurpations d'identité, simulations d'infirmités, vente de faux bijoux), la contrainte exercée sur un testateur, le fait d'embrasser une femme par force,

15. Édit. de mars 1680, contre les faussaires.
16. Art. 105, intitulé « Des cas criminels qui ne sont point dénommés, et de leurs punitions ». Les juges sont alors tenus de demander conseil, « n'étant pas possible d'y comprendre (dans l'Ordonnance) et spécifier tous les cas qui peuvent arriver, ni les punitions, qui y sont attachées ».
17. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de le France*, t. 1, 1827, p. 214.
18. C'est donc « la jurisprudence des Parlements » qui a établi des peines contre ces crimes. Laverdy, *Code pénal*, 2e éd., 1755, le dit avec netteté en commentant chacun de ces crimes.
19. Locré, *op. cit.*, p. 167-168. L'idée remontait au droit romain (*D.*, 50, 16, 42).

et même l'annonce du jugement dernier[20]. A quoi l'on peut encore ajouter l'exemple le plus typique selon certains auteurs : jeter de la chaux au visage de quelqu'un pour l'aveugler.

Néanmoins, l'initiative du juge augmente progressivement de la première à la troisième application du pouvoir arbitraire. C'est dans les deux dernières qu'elle est le plus à craindre pour la sûreté de l'individu, et les anciens docteurs en percevaient nettement le caractère dangereux. Aussi, dès le XIVe siècle, on mettait en doute la possibilité pour le juge, au nom de l'arbitraire, de condamner à mort sans texte. Au XVIIIe siècle, l'opinion commune y est défavorable, et un arrêt contraire de 1673, par lequel le Parlement de Paris condamne à mort un directeur qui a abusé de sa pénitente, est présenté comme une exception critiquable[21]. L'Ordonnance *Caroline*, précitée, édictait précisément l'interdiction de porter des sentences de mort dans le silence de la loi[22]. De façon plus générale, les juges devaient, dans l'application des peines arbitraires, bannir autant l'affectation de la rigueur que celle de la clémence et, selon le célèbre fragment de Marcien[23], que la Glose nommera la *lex philosophica*, montrer en toute cause de la bienveillance. Son ancienneté ou son application judicieuse et efficace semblent avoir placé le système des peines arbitraires hors de toute critique des auteurs jusqu'à l'époque des Lumières. C'est alors seulement qu'il commença d'être combattu.

Dire qu'il le fut avec âpreté serait sans doute inexact. Montesquieu, en magistrat respectueux de l'usage — qu'il ne jugea jamais un tyran abusif — considère son abolition conforme au gouvernement... républicain[24]. En fait, la critique de l'arbitraire n'est qu'un

---

20. Les développements de Julius Clarus sur les infractions de la troisième catégorie sont loin de satisfaire à la clarté habituelle de cet auteur (*Practica criminalis*, liber V, § finalis, qu. 83, *de poenis arbitrio judicis imponendis*). Il raisonne d'autre part en jurisconsulte italien du XVIe siècle pour qui le droit criminel est d'abord le droit romain. Clarus regroupe sous la qualification romaine de « Stellionat », selon *D.*, 47, 20, 3, 1, *in fine*, les actes d'imposture. Il rappelle l'histoire de Martin Guerre, comme exemple typique d'imposture. Il faut avouer que ni la théorie romaine, ni son adoption par Clarus ne sont absolument claires. Retenons cependant que le droit criminel romain a comme lui aussi des hypothèses nombreuses où la peine n'avait pas été définie par la loi (crimes dits « extraordinaires » et d'autres où le crime était « innomé » (*D.*, 47, 11) ou répondait à la qualification vague de « Stellionat » (*D.*, 47, 20)
21. Le crime commis est un « inceste spirituel ».
22. Art. 104.
23. *D.*, 48, 19, 11, pr.
24. *L'Esprit des lois*, livre VI, ch. 3.

des aspects de la critique de la magistrature et des institutions judiciaires, entraînée par les écrits de Voltaire, à partir des années 1760, en faveur de condamnés célèbres et le *Traité des délits et des peines*, de Beccaria, à partir de 1764[25]. Selon le mimétisme et l'engouement propres à cette époque, ils seront suivis par ces nombreux écrivains et journalistes, rassemblés plus tard dans la *Bibliothèque philosophique du législateur* : Marat, Le Trosne, l'Avocat général Servan, etc. Diderot restera infiniment plus réservé dans ses critiques au point qu'on hésite à voir en lui un ennemi du pouvoir des juges[26]. Le rapport de Le Pelletier de Saint-Fargeau lui-même, à l'Assemblée, alors qu'il propose la suppression de l'arbitraire, se montre très mesuré, fait observer que l'arbitraire était favorable aux accusés, et circonscrit le débat dans le domaine de la logique juridique, comme une « conséquence nécessaire de la procédure par jurés »[27]. La discussion fut faiblement nourrie sur ce point, et le Code du 25 sept.-6 oct. 1791 instaura pour la première fois en Europe le système de la fixité des peines, en matière criminelle. Les juges appliquaient désormais, de manière mécanique, des peines strictement prévues pour chaque infraction, tandis que les difficultés d'interprétation de la loi étaient renvoyées au législateur lui-même[28]. Cette simplicité de conception de la justice pénale peut

25. On trouvera, dans l'article de B. Schnapper précité, des détails précis sur la lutte philosophique contre l'arbitraire et les écrits qui l'ont illustrée (*TVR*, 1974, p. 99-106). Voltaire a (rapidement) exprimé sa critique du système des peines arbitraires dans *Idées républicaines par un citoyen de Genève*, 1765, 40 et 41 (« Un tribunal doit avoir des lois fixes pour le criminel comme pour le civil... Un code criminel est absolument nécessaire pour les citoyens et pour les magistrats... »). Pour Beccaria, les §§ 3 et 4 sont parmi les plus nets du *Traité des délits et des peines*. On y trouve l'affirmation radicale du principe de légalité, et l'application par le juge pénal du syllogisme judiciaire (« La première proposition est la loi générale ; le seconde exprime l'action conforme ou contraire à la loi ; la conséquence est l'absolution ou le châtiment de l'accusé. »
26. *Observations sur le Nakaz* (Instructions de Catherine II relatives aux lois), éd. P. Vernières, *Œuvres politiques de Diderot*, Garnier éd., art. 53, p. 387-388. Diderot, comme beaucoup de penseurs de son temps, est persuadé qu'« il n'y a aucune loi qui puisse embrasser tous les cas possibles ». Aussi, si l'on défend au magistrat « de tempérer, de modifier la loi », on le transforme en « bête féroce ».
27. Réimpression du *Moniteur*, t. 8, p. 257 ; H. Rémy, *Les principes généraux du Code pénal de 1791*, thèse Paris, 1910, p. 31. Les cahiers de doléances, si l'on se fie à Desjardins, *Les cahiers des États Généraux en 1789 et la législation criminelle*, 1883, p. 17-23, avaient été discrets sur la question.
28. Les codes modernes antérieurs au Code de 1791 laissent subsister un large pouvoir arbitraire entre les mains des juges, qu'il s'agisse du Code de Bavière de 1751, du Code de Toscane de 1786 ou de la *Constitution criminelle de Marie-Thérèse d'Autriche* de 1768. La fixité des peines n'existe pas dans les textes relatifs à la police municipale et correctionnelle du 19-22 juillet 1791. Le législateur y a fixé soit un minimum, soit un maximum à la peine prévue. En général, en matière correctionnelle, c'est le maximum qui est le plus souvent fixé ; en matière de simple police, presque toujours le minimum.

être rapportée aux rêveries du temps, où l'on imagine que les lois pourront devenir rares et naïves, que leur connaissance aisée fera des citoyens volontairement obéissants. Il reste que les législateurs nouveaux avaient très bien compris que le pouvoir des juges se développe en fonction de la nonchalance du législateur, ou de son respect pour l'usage, ou tout simplement de son désordre, tous facteurs propres à la législation de l'Ancien Régime, qui n'avait rien de comparable à la majesté du *Traité des lois* de Domat. Quelle place la loi tient-elle dans la hiérarchie des sources de l'Ancien droit pénal ?

*

Le terme même de « loi » ne présente pas dans l'Ancien droit la signification simple que la Révolution lui conférera. Laissons parler Muyart de Vouglans, qui a été un des rares auteurs à donner dans le *Discours préliminaire* à ses *Lois criminelles*, un tableau développé des sources du droit pénal de son temps. « Parmi les lois qui sont en vigueur dans ce Royaume, écrit-il, il y en a qui nous sont communes avec toutes les Nations en général, comme sont celles qui dérivent du *Droit naturel* et du *Droit des gens*. Il y en a d'autres qui ne sont communes qu'avec de certaines Nations seulement, comme sont celles du *Droit romain* et du *Droit canonique*. Il y en a enfin qui sont particulières à notre Nation, comme étant émanées directement de nos souverains, ou revêtues du sceau de leur autorité, telles que sont les *Ordonnances* et les *Coutumes...*[29] ». A ces sources « légales », l'auteur des *Lois criminelles de France dans leur ordre naturel* ajoute la jurisprudence des Cours et « l'avis unanime des Auteurs ». Cette pluralité de sources engendre logiquement la question de leur hiérarchie. Certes, la loi naturelle en devrait occuper la rang suprême, mais l'esprit de pragmatisme (ou le souci pédagogique) conduit Muyart de Vouglans à la passer sous silence dans son exposé général, sauf à l'évoquer dans ses développements ultérieurs. Selon la chronologie, il traite d'abord des lois romaines et canoniques, puis de la législation royale, enfin de la jurisprudence et de la doctrine. En réalité, l'orthodoxie politique fait en général placer au premier rang la législation royale[30].

29. *Lois criminelles*, éd. 1780, p. XXXIII-XXXIV.
30. C'est le cas de Jousse, *Traité de la Justice criminelle*, 1771, t. 1, p. XVIII (« Les questions de droit se résolvent par les ordonnances, les coutumes et le droit écrit, et quelquefois par la jurisprudence des arrêts, et même assez souvent par des arguments tirés

En matière pénale, l'ordre public paraît exiger une constante intervention du roi. Or, si en matière de procédure pénale, la législation du roi de France s'est assez tôt imposée sous une forme codifiée, au moins rudimentaire, il n'en fut pas de même en droit pénal proprement dit (celui des infractions, des peines, de la responsabilité) où, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, la codification est demeurée inconnue. Dès 1498 et 1539, les Ordonnances de Blois et de Villers-Cotterêts réglementent la procédure. En 1670, une véritable codification a lieu, appelée à un long avenir, puisqu'une partie de ses prescriptions passeront dans le *Code d'instruction criminelle* de 1808. Cette ordonnance dite « criminelle » s'inscrit dans le grand mouvement de codification inspiré par Colbert, dont le maître d'œuvre fut Pussort. Pour quelles raisons se sont-ils détournés d'une codification du droit pénal ? Il n'est pas facile de répondre à cette interrogation : la tâche était-elle démesurée, eu égard à la rapidité avec laquelle on rédigeait les grandes ordonnances ? Nous avons rencontré déjà chez certains, cette idée erronée qu'un code eût dû énumérer et décrire *tous* les actes jugés malfaisants. La défense de l'innocence (ou la garantie des droits individuels, comme on ne dit pas encore) paraissait sans doute suffisamment protégée par la « légalité » minutieuse des règles de procédure. Ce n'est que vers 1700 que l'idée fut peut-être conçue, si l'on se reporte à une circulaire de Pontchartrain qui, d'ailleurs, ne semble pas avoir eu de suite[31]. Néanmoins, on a trop insisté sur la carence législative de la Royauté.

Jusqu'au XVIe siècle, effectivement, la législation royale s'est cantonnée à la défense des droits du roi ou de l'ordre public : les coutumes et les statuts municipaux réglementent une grande partie du droit pénal. Mais les ordonnances royales se multiplient à partir du XVIe siècle, en sorte que, dans les années 1600, il existe des lois du roi sur une bonne part des infractions, et à la fin de l'Ancien Régime, seuls quelques crimes ont échappé à l'attention royale, ainsi l'incendie (sauf l'incendie des forêts), le parricide, la bigamie, l'adultère, l'inceste, les crimes contre nature, l'enlèvement d'une

---

de la logique, ou de la physique »). On remarquera que Jousse omet la Doctrine ! Cf. encore Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, V° *Autorités*, t. 4, p. 173-186, où le droit romain est volontairement écarté par Dareau, l'auteur de l'article, erreur que stigmatisera plus tard Merlin dans sa propre édition du *Répertoire*. Il s'agissait pourtant d'un article intéressant toutes les branches du droit.

31. Circulaire du 28 février 1700 (Depping, *Correspondance administrative... sous le règne de Louis XIV*, t. 2, p. 303).

personne, etc. Nous avons déjà noté l'inconvénient représenté, pour certains de ces crimes, par l'absence de texte, suppléée par l'initiative du juge *complendi causa*, comme disait le droit prétorien. Indépendamment de ces lacunes, ces textes, d'époques très différentes, que les auteurs, indifférents à l'accélération de l'histoire législative, rapportent et rapprochent sans hésitation[32], méritent, ainsi regroupés, le qualificatif de « ramas d'Ordonnances » décerné par Colbert, tant ils souffrent de désordre dans les qualifications, d'absence de classifications, sans parler de l'omission des pénalités précises. Les ordonnances royales ne contiennent presque rien sur la responsabilité, ni sur l'administration des peines[33]. Par ailleurs, les coutumes — qui sont à partir du XVIe siècle, les coutumes officiellement rédigées devenues de véritables lois — ont été en général dépouillées par les commissaires de leurs prescriptions pénales. Leurs règles de procédure, archaïques et complexes, étaient devenues définitivement caduques par les codifications nouvelles de l'autorité royale. Quant à leurs dispositions pénales, également archaïques, si elles ont subsisté, elles ne sont pas suivies, quand elles n'encourent pas encore la critique du Chancelier, comme en Bretagne, où les faux-monnayeurs devraient toujours être « bouillis, puis pendus » ou punies à l'arbitrage du juge « les femmes qui attirent jeunes gens pour les décevoir, et leur faire perdre leur bien »[34]. Les juges doivent donc souvent chercher, ailleurs que dans la législation royale, la solution des questions de droit. Cette recherche se trouve facilitée par le fait que les décisions ne sont pas motivées en droit, ce qui est logique en l'absence de codification[35].

Premières sources supplétoires : les droits romain et canonique.

---

32. Les recueils classés d'ordonnances qui portent parfois le nom de « code » sont nombreux au XVIe-XVIIe siècle : *Conférence des Ordonnances royaux* de Guenois, *Code du roy Henri III* par Brisson, *Code Henri IV* par Cormier, *Code Louis XIII* par Corbin, *Commentaires* de Théveneau, etc.
33. Tiraqueau, pourtant conseiller au Parlement de Paris, ne cite pas même l'Ordonnance de Valence, d'août 1536, dont le premier article du chapitre III traite des méfaits commis dans l'ivresse.
34. Une lettre de d'Aguesseau au Procureur général du Parlement de Bretagne, déclare que « les articles des coutumes qui regardent les matières criminelles sont peu respectables et peu dignes d'être suivis dans les Tribunaux soit par leurs imperfections, ou même par leur absurdité » (Lettre CIX, de 1742, *Œuvres*, t. 8, p. 154).
35. Le problème de la motivation des décisions, si important pour mesurer le pouvoir des juges, est l'un des plus complexes de l'ancien droit pénal. On pourra consulter sur ce point les explications que nous donnons dans notre édition de *De poenis temperandis* de Tiraqueau, *Economica*, 1986, p. 25-27, et auparavant, dans A. Laingui et A. Lebigue, *op. cit.*, t. 2, p. 104-105.

Ils sont considérés comme des droits vivants, de véritables sources, et non pas comme de simples autorités. Au XVIe siècle, Tiraqueau les désigne sous le nom de *leges nostrae*, leurs interprètes, les docteurs du droit savant, sous celui de *doctores nostri*. C'est surtout le droit romain, par l'universalité de ses applications, qui fournit les bases légales les plus nombreuses et les plus sûres, en particulier lorsqu'il s'agit de dresser le « code pénal », c'est-à-dire, dans la langue des anciens auteurs, le catalogue des infractions et d'apprécier leur gravité et la peine qui doit les frapper. C'est, par exemple, le cas de Lebrun de la Rochette, si pratiqué durant la première moitié du XVIIe siècle[36]. Un Tiraqueau, au milieu du XVIe siècle, fonde la répression de l'homicide, des coups et blessures et du faux sur les *leges Cornelia de sicariis, Cornelia injuriarum* et *Cornelia de falsis*, exactement comme deux siècles plus tôt, au temps de Bartole et de Balde[37] ! La formule d'introduction du *locus ordinarius*, de la base légale d'incrimination ou de justification, revient inlassablement sous sa plume : *Textus est...* La décision romaine peut s'appliquer directement ou par analogie[38].

Quant au droit canonique, son utilisation est d'autant plus nécessaire en droit pénal, dira Muyart de Vouglans, qu'il « tient principalement aux mœurs et au for intérieur de la conscience ». C'est à ce droit que le droit pénal laïc empruntera toutes les analyses de l'acte criminel, de la volonté coupable, de la responsabilité, de la psychologie criminelle, etc., même si le droit romain avait souvent fourni ses propres textes au droit de l'Église[39].

---

36. *Le procès civil et criminel*, 1643, (1re éd. 1609), *Le procès criminel*, livre premier, et surtout au livre II, *Les peines*, p. 172-176.
37. *De poenis temperandis*, 1559, cause 14, n° 4 ; cause 36, n° 3 ; cause 14, n° 4 ; cause 44, n° 71. On notera, à propos du crime de faux, qu'il existe des textes royaux de 1531, 1532, 1535, 1536, 1550 !
38. De bons exemples sont fournis par la fixation de la prescription à 20 ans, application pure et simple de *C.J.* 9, 22, 12 (cf. Lemaistre, *Plaidoyers et Harangues*, 1705, pl. 28, p. 508) ; l'indignité successorale entraînée par le fratricide (Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 183) ; la condamnation de la femme adultère à la peine de l'Authentique *sed hodie* (nov. 134, 10, ad *C.J.* 9, 9, 30), etc. La procédure, qui est en dehors de notre étude, nous fournissait nombre d'exemples, comme l'insuffisance de l'aveu pour emporter la condamnation (*D.*, 48, 18, 1, 27). On citera des exemples étrangers pour l'application analogique des textes romains : le texte incriminant la destruction des digues du Nil (*D.*, 47, 11, 10) s'applique en Hollande, à Venise et à Gênes. Le statut pénal des nobles est calqué sur celui des décurions et des *honestiores* (Tiraqueau, *De poenis temperandis*, cause 31).
39. A. Laingui, *Le droit pénal canonique, source du droit pénal laïc*. Des théories importantes comme celles de l'homicide involontaire, du dol prétérintentionnel, de l'abstention coupable sont d'origine essentiellement canonique. On remarquera qu'un auteur comme le protestant Antoine Matthaeus, n'utilise aucune source tirée du « droit des pontifes romains » dans son remarquable *De criminibus*, au XVIIe siècle.

Les deux droits s'appliquent donc naturellement, en vertu de l'approbation expresse ou tacite du souverain. On se tromperait en pensant que, du XVIe au XVIIIe siècle, l'appel aux droits savants est tombé en désuétude. Il apparaît seulement avec moins d'évidence pour deux raisons. La première est l'importance croissante de la législation royale ; la seconde, l'utilisation d'une langue française de plus en plus épurée à la place du latin ou du français juridique et universitaire des XVIe-XVIIe siècles.

Le droit naturel est incontestablement une source du droit pénal. Mieux même : son rôle n'est pas celui d'un droit supplétoire, mais d'un droit d'application permanente, qui inspire un certain nombre d'institutions capitales. Sa définition ne variera pas à travers le temps. C'est la loi que Dieu lui-même a établie et qu'il enseigne aux hommes par les lumières de la raison, dont le caractère est d'être immuable par opposition aux lois positives. Nous avons vu plus haut que c'était le droit naturel qui dictait au juge la qualification criminelle de certaines actions, passées sous silence par la législation positive. Mais il existe, à côté de cet aspect positif de la loi naturelle, un aspect comme négatif, beaucoup plus important : toutes les institutions pénales protectrices de l'individu sont considérées comme de droit naturel : la légitime défense, le défaut d'imputabilité fondé sur l'erreur et l'ignorance, la légitimité de la fuite non violente du prisonnier, les droits de la défense (même le Diable n'en pourrait être privé !), et les institutions de procédure qui s'y rattachent, contredites parfois, mais rarement, par le droit positif[40]. On se trouve là devant des règles juridiques qui échappent en grande partie au législateur. Encore doit-on remarquer que certaines des institutions du droit naturel avaient été commentées par les prudents romains ou les canonistes, ce qui était le cas de la défense légitime et de l'erreur.

La critique des philosophes, préoccupée des peines arbitraires, avait négligé toute une part du pouvoir des juges, n'intéressant, à la vérité, que les juges souverains des Parlements : la création de règles juridiques nouvelles, dans le silence des lois, par la voie de l'interprétation. Peut-être ne voyaient-ils là qu'une pure question de technique juridique ? Or, on sait que la polémique, souvent

---

40. A. Laingui, *Grotius et le droit pénal, XVIIe* siècle, 1980, p. 37 sq. Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, livre 26, ch. 32, donne, comme exemple de la loi civile (c'est-à-dire positive) contraire au droit naturel, l'édit de 1556, d'Henri II, obligeant les filles et les veuves à déclarer leur grossesse.

satisfaite d'approximations, ne se lance pas volontiers sur ce domaine. Pourtant, il y avait là matière à réflexion, sinon à critique, dans la mesure où les créations jurisprudentielles donnaient souvent lieu à des « arrêts de règlement », à caractère général et obligatoire pour les juridictions inférieures. C'est du reste cette dernière faculté que prohibera l'article 5 du *Code civil*. On ne possède que peu d'indications précises sur l'apparition de décisions capitales qui ont créé des règles nouvelles de droit, destinées parfois à être adoptées par les Ordonnances : ainsi, au XVIe siècle, la théorie du rapt de séduction[41], ou certaines procédures comme la question avec réserve des preuves[42], l'appel de droit[43]. C'est encore au Parlement de Paris que l'on doit, au XVIIIe siècle, la fin des procès de sorcellerie[44], tandis que dans un Parlement de province, celui de Rennes, se dessine, au XVIIIe siècle, une tendance à introduire l'emprisonnement comme une peine véritable[45]. Encore faudrait-il être sûr que l'attribution de la nouveauté doit bien être faite à la jurisprudence, et non pas à la doctrine. Les auteurs, en effet, sont presque toujours des magistrats. Il n'existe pas alors de professeurs de droit pénal dans les Facultés : les trois plus grands criminalistes du XVIIIe siècle, Jousse, Serpillon, Muyart de Vouglans, ont été des magistrats, de même que les grands criminalistes italiens ou français du XVIe siècle. Leurs ouvrages sont des « Pratiques », en sorte qu'il serait raisonnable de penser que la doctrine a le plus souvent inspiré la jurisprudence. Mieux même : la doctrine a construit tout le droit pénal en conférant un caractère systémati-

---

41. Le rapt de séduction, à la différence du rapt de violence, résulte de la séduction exercée par le coupable sur le cœur de sa « victime », en vue d'un mariage auquel s'opposent les parents. L'assimilation du rapt de séduction au rapt de violence permet de punir le premier des peines plus graves. Même si le droit canonique reconnaît la validité des mariages non autorisés par les parents, « il n'y a si bon mariage, dira-t-on au Parlement, qu'une corde ne rompe ».
42. Les juges décident, par avance, que même si l'accusé reste muet à la question, les preuves déjà recueillies contre lui permettront de le condamner, mais à tout autre peine qu'à la mort.
43. La plupart des sentences portant peine capitale, ou corporelle ou afflictive, prononcées en première instance, sont automatiquement soumises à l'appel devant le Parlement.
44. Alors que 117 sorciers et magiciens ont été exécutés par arrêt du Parlement de Paris, de 1568 à 1635 (A. Soman, *La faute, la répression et le pardon*, 107e Congrès national des sociétés savantes de Brest en 1982, 2 vol., 1984, tome 1, p. 35), celui-ci, à partir de 1641, défend pratiquement aux justices inférieures de poursuivre désormais les accusations de sorcellerie. En 1671-1672, c'est Colbert qui oblige les Parlements de Pau, de Bordeaux, de Rouen à abandonner les poursuites.
45. Dans les dernières années de l'Ancien Régime, le Parlement multiplie les peines de prison, de durée très variée, en remplacement des peines de bannissement, ou jointes aux décisions de plus amplement informé.

que et complet aux apports successifs, épars ou informels du droit savant et des ordonnances. On peut suivre cette mise en ordre (n'est-ce pas le sens même du verbe *digerere*, d'où nous est venu le *Digeste* ?) depuis le XIIIe siècle, à partir d'un traité comme celui d'Albertus de Gandino jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Il serait vain de vouloir nommer toutes les institutions créées, ou mises au point par les docteurs, de l'office du juge aux peines arbitraires, de la théorie des preuves légales à celle de la responsabilité pénale. La force créatrice de la doctrine est telle qu'elle « s'incorpore » véritablement au droit, comme l'écrivait excellemment Esmein, pour s'indigner que les jurisconsultes fussent « obéis par les tribunaux non moins que la loi elle-même »[46]. Cet excès de critique fondé du reste sur l'opinion d'un auteur généreux, mais aussi léger que Dupaty[47], offre presque une contradiction avec l'enseignement qu'Esmein, l'un des premiers, tira de l'étude des criminalistes. C'est une attitude assez semblable que l'on trouve chez Faustin Hélie, trente ans plus tôt, préférant ne pas choisir entre son goût pour les anciens auteurs et son attachement pour Beccaria, et qui laisse subsister, dans son édition de l'ouvrage de l'auteur milanais, les notes apocryphes sur Carpzov, Clarus et Farinacius, dont la succession s'accompagne d'un humour bien involontaire[48].

Cette méfiance, après tout, est celle que l'on retrouve chez Colbert et Pussort. Certes, ceux-ci, pour assurer la suprématie de la loi, pensaient d'abord à cantonner les magistrats dans ce qui était leur raison d'être : l'administration de la justice selon la loi royale, « le Juge étant fait pour la Loi et non pas la Loi pour le Juge »[49]. De là, la mise à l'écart du Parlement au début de la rédaction des grandes ordonnances ; de là encore les innombrables peines et

---

46. Esmein parle de la procédure, mais son opinion vaudrait pour l'ensemble du droit pénal (*Histoire de la procédure criminelle*, 1886, p. 347).
47. Dupaty, *Mémoire pour trois hommes condamnés à la roue*, 1786, p. 156 : « Jousse a écrit cela et Jousse est l'esprit, la raison et la jurisprudence des Tribunaux du royaume ; oui la jurisprudence. Le jurisconsulte Maynard ne disait-il pas en traitant une question : les jurisconsultes ont ordonné ? Et ils ont en effet ordonné, surtout dans la justice criminelle. Toutes les lacunes de notre législation criminelle, si incomplète, si décousue, tombant en ruines, sont, si je puis parler ainsi, bouchées de maximes des criminalistes. »
48. Au tout début de la préface de Beccaria : « Carpzov, jurisconsulte allemand, du XVIIe siècle — Claro, jurisconsulte piémontais, mort en 1575 — Farinacci, jurisconsulte cruel, mort à Rome, sa patrie, en 1618. Il a laissé treize volumes in folio. »
49. Pussort, lors de la discussion du titre I de l'Ordonnance de 1667, de *L'observation des Ordonnances, Procès-verbal des Conférences... pour l'examen de l'Ordonnance civile... et de l'Ordonnance criminelle...*, éd. de 1726, 1re pagination, p. 498.

amendes fulminées dans les textes de 1667 et 1670 contre les juges qui s'écarteraient de la règle du texte, ce qui entraîna, dans la discussion, d'acerbes remarques de Lamoignon et de non moins acerbes réponses de Pussort, l'obligation pour les juges de solliciter du roi l'interprétation des textes douteux[50], etc. Cependant, l'examen de l'ensemble des travaux et mémoires qui ont entouré la confection des Ordonnances montre que l'on éprouvait également, à l'égard des commentateurs, l'habituelle méfiance des législateurs trop sûrs de leurs œuvres. Pussort souhaitait que le roi eût défendu d'expliquer ou de critiquer les nouveaux textes ! Ce qui ne l'empêchera, en 1670, de déclarer, pour renforcer l'autorité d'une règle à introduire dans l'Ordonnance criminelle : « ... jusqu'ici il a passé pour une loi constante, établie par les Auteurs et confirmée par l'usage »[51], et même, en une autre circonstance non sans une certaine inconséquence, que « l'usage en est d'autant plus solennel qu'il a été établi sans loi... »[52]. C'était reconnaître le rôle de la doctrine dans la formation du droit romain ou du droit canonique[53]. La méthode même des auteurs depuis le XIIIe siècle, consistant, dans l'un et l'autre droit, à rechercher l'opinion la plus commune sur un problème, avait ainsi conduit à faire du droit pénal un *Juristenrecht* par excellence, comme le sera le droit allemand au XIXe siècle et, en même temps, par suite du caractère fragmentaire des législations nationales, un droit commun européen[54]. La jurisprudence lui est en définitive bien subordonnée, et la création et l'interprétation du droit par le juge sont infiniment moins importantes que ne le sont celles des auteurs. Le code de la Moldavie, sous Basile Lupu, en 1646, ne prit-il pas comme base de ses prescriptions le texte même de Farinacius[55] ? Le célèbre crimina-

50. *Ordonnance civile de 1667*, titre I, art. 7.
51. *Procès-verbal*, éd. cit., 2e pagination, p. 178 (sur l'art. 11 du titre XV).
52. *Ibid.*, p. 160 (sur l'art. 7 du titre XIV).
53. Cf. G. Le Bras, *La doctrine, source des collections canoniques*, Mélanges Gény, tome 1, p. 69-76. L'opinion « commune et constante » des docteurs est encore aujourd'hui une source du droit canonique, dans toute cause *non pénale* (can. 19 du *Code de droit canonique*).
54. La méthode des opinions communes est commune à la théologie, au droit, à la philosophie. Certains la font remonter au *Sic et non* d'Abélard, d'autres plus haut encore. Il ne s'agit pas seulement de compter les opinions, mais de les peser aussi, en tenant compte de la *gravitas*, de la *dignitas* et de la *fama* des auteurs. Au XIVe siècle, le droit canonique s'arrête au chiffre 7. Le fondement de l'opinion commune, ce qui la fait devenir règle de droit, est la coutume : aussi a-t-elle un caractère obligatoire ; le juge qui s'en écarterait au profit d'une opinion isolée pourrait être puni. Au XVIIe siècle, les ouvrages ne mentionnent plus les opinions communes.
55. *Anciennes lois romaines et leurs sources*, par S.G. Longinescu, trad. fr. par A. Patrognet, Bucarest, 1912.

liste d'Utrecht, Antoine Matthaeus, auteur renommé d'un *De criminibus*, semble bien être parvenu, par son influence et son talent passionné, à faire diminuer les peines du vol en Hollande[56]. Plus d'un siècle plus tôt, la *Caroline* prévoit, qu'au cas de doute, les juges, obligés de demander conseil, pourront s'adresser aux Universités[57].

On conçoit, dès lors, plus clairement, que le pouvoir arbitraire des juges a été singulièrement exagéré par la philosophie des lumières. Cependant, le dogme nouveau de la séparation des pouvoirs, réservant au seul législateur la création d'un droit, anéantit du même coup le pouvoir des juges et celui des auteurs. On peut penser qu'une certaine résistance se manifesta parfois dans les tribunaux, à moins qu'il ne s'agît seulement d'embarras déterminés par les habitudes acquises. Ainsi, la Cour de Cassation, le 9 messidor an X, cassa un jugement qui s'était cru autorisé à prononcer une peine arbitraire contre un délit économique qu'aucun texte n'incriminait[58].

*

L'avenir souligna bien vite les inconvénients de la première réforme puisqu'une évolution, qui commença dès 1810, supprima en grande partie la fixité des peines en instituant pour la plupart d'entre elles un maximum et un minimum, et introduisit le principe des circonstances atténuantes. Ainsi le Code rétablissait-il un certain pouvoir arbitraire au profit des juges, restitution jugée bien insuffisante par certains comme Locré[59], qui sera pourtant, comme on l'a écrit, le point de départ de ce phénomène qui caractérise l'évolution du droit pénal depuis un siècle, « l'abdication constante et progressive du législateur au profit du juge » dans la fixation de la peine[60]. Mais la doctrine a-t-elle également retrouvé sa force

56. *De criminibus*, sur *D.*, 47, I, ch. II et III (éd. de 1661), p. 71 sq.
57. Art. 219.
58. La décision est rapportée par Merlin dans la 4e édition, 1813, du *Répertoire* de Guyot, v° *Peines*, t. 2, p. 205.
59. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle...*, 1827, t. 1, p. 230-232. L'institution du maximum et du minimum ne donna lieu à aucune discussion, lors des travaux préparatoires, ni en 1804, ni en 1808-1809.
60. Garraud, *Précis de droit criminel*, 13e éd., 1921, p. 294. Nous avons à peine modifié le texte de Garraud qui, envisageant aussi l'amendement à venir du condamné, le confie à l'administration pénitentiaire, en sorte que l'individualisation de la peine est abandonnée par le législateur au juge et à l'administration.

créatrice ? On peut répondre par l'affirmative pour la longue période qui suivit la promulgation du Code pénal. L'école néo-classique, puis plus tard, le mouvement positiviste ont indiscutablement été à l'origine des modifications les plus profondes de la législation pénale et pénitentiaire. Ainsi, rien n'était plus conforme à la réalité que les paroles de l'exposé des motifs de la réforme pénale de 1832 : « C'est aux préparations de la science, aux méditations journalières du gouvernement et de la magistrature, qu'il faut demander une refonte générale de la législation. » Il ne semble pas que « l'interprétation par voie de doctrine » ait faibli[61]. Cependant, le législateur moderne ne défend plus avec jalousie le pouvoir dont la Révolution l'avait investi. Mais ce n'est plus entre les mains des juges ou des docteurs qu'il est prêt d'abdiquer, c'est entre les mains moins pures des gouvernements. Le pouvoir des juges, compris comme un pouvoir aspirant à la domination, ne relève plus que de l'histoire. Comme au temps de Montesquieu, par un curieux retour des choses, c'est le pouvoir judiciaire que l'on doit aujourd'hui se préoccuper de protéger. Encore faut-il que le juge lui-même s'en montre digne par son caractère, et par sa « vertu » pour utiliser un terme de l'ancienne science politique, car, comme le disait Portalis de tous les dépositaires du pouvoir : « On a vu des États bien gouvernés, avec de mauvaises lois, par de bons magistrats, mais on n'a jamais vu de pays, quelque excellentes que fussent ses lois, bien gouverné par des hommes sans lumières ou sans justice. »

André LAINGUI

Université de Rennes

61. Il est vrai que dans un article assez récent, intéressant le droit civil, J. Bredin se montre sceptique sur le rôle présent de la doctrine (« Remarques sur la doctrine », *Mélanges Pierre Hébraud*, 1981, p. 111 sq.). Parmi les conquêtes, si l'on peut ainsi parler, de la doctrine (et de la jurisprudence) sur la loi, on pourrait aujourd'hui citer la rétroactivité des lois dites de forme si dangereuses pour la liberté individuelle, parfaitement contraire à tous les textes législatifs et constitutionnels, comme le soutenaient déjà Chauveau et Hélie dès la première édition de leur *Théorie du code pénal*. Un signe certain de la décadence de la doctrine se marque dans l'abandon de la consultation des Facultés de droit. La science des docteurs, hélas ! n'illumine plus le monde *velut splendor firmamenti*... (G. Le Bras, « *Velut splendor firmamenti* : le docteur dans le droit de l'Église médiévale », *Mélanges Gilson*, 1959, p. 373 sq.).

Paul AMSELEK

LOIS JURIDIQUES ET LOIS SCIENTIFIQUES

LOIS JURIDIQUES ET LOIS SCIENTIFIQUES

Lois juridiques, lois scientifiques : la distinction entre ces deux variétés de règles semble, *a priori*, parfaitement tranchée. Mon propos sera, cependant, d'évoquer, très brièvement, un syncrétisme insidieux mais tenace qui sévit de longue date à leur sujet dans nos idées. Mais auparavant, je voudrais rappeler pour mémoire, en termes sommaires, ce qui me paraît de toute évidence distinguer les lois juridiques et les lois scientifiques.

Les unes et les autres ont un point commun, tout d'abord, en ce qu'elles constituent deux variétés d'un même genre d'objet, — deux variétés de règles. On peut dire, sans entrer dans une analyse approfondie, qu'une règle est un outil mental, de texture purement psychique, sans consistance matérielle (on ne peut toucher du doigt une règle, car c'est un pur contenu de pensée qui la constitue) ; il s'agit, plus précisément, d'un étalon qui donne la mesure de la possibilité d'événement d'un quelque chose, la mesure de sa possibilité de survenir, de se produire dans le cours des choses. Les règles donnent lieu à des énoncés de ce type : « dans telles circonstances, telle chose peut se produire » ; ou, au contraire, « ne peut pas se produire » ; ou bien encore « ne peut pas ne pas se produire », c'est-à-dire doit se produire. Toutes les règles, de quelque nature qu'elles soient, se ramènent ainsi, dans leur essence même, à donner la mesure — à être l'étalon — de la contingence des choses, de leur possibilité de survenir, de s'accomplir, d'accéder à l'existence.

Mais à partir de ce point commun, de cette vocation instrumentale générique, les lois juridiques et les lois scientifiques divergent par leur finalité instrumentale spécifique : les lois juridiques, en effet, sont des règles éthiques, des prescriptions ou commandements, c'est-à-dire des règles pour diriger la conduite humaine, qui s'inscrivent dans le cadre de relations humaines d'autorité. Leur fonction, c'est d'indiquer aux hommes auxquels elles sont adressées et communiquées, la mesure de leur possibilité d'agir, afin qu'ils ajustent leur conduite sur cette mesure, qu'ils s'y conforment : les règles ou normes juridiques sont, en ce sens, des mesures à suivre,

à observer, à respecter dans les réalisations que les hommes accomplissent. L'homme est un être qui se fait lui-même, qui initie à son gré les comportements de sa personne : les règles visent à encadrer ses initiatives en fixant la marge de manœuvre ou latitude dans laquelle les faits et gestes qu'il réalise doivent se tenir, ce qu'il peut ou ne peut pas faire ou ne pas faire. Plus particulièrement, les règles juridiques, en tant même que *juridiques*, sont des instruments de gouvernement *public*, pour diriger la conduite de citoyens, d'hommes vivant en peuple, en population, — ce qu'évoque la fameuse expression du philosophe américain Roscoe Pound, *social engineering*, technique d'ingéniérie sociale.

Les lois scientifiques s'inscrivent dans une tout autre perspective instrumentale : il s'agit de règles construites par le savant loin de toute visée autoritaire et prescriptive, dans le cadre d'une activité non pas de meneur d'hommes, mais de pure cognition ; pour évoquer l'aspect à la fois intellectuel et inventif de cette démarche, je serais tenté de parler d'activité d'*artisanat cognitif*. Il s'agit, plus précisément, de règles construites sur la base de l'observation de la réalité et des phénomènes que le monde fait défiler sous nos yeux : dans ce flux incessant de choses qui arrivent, qui se donnent à voir, l'esprit du savant essaye de se retrouver, d'introduire de l'ordre, des ratios, de la rationalité, et ce en tâchant de calculer patiemment des rapports entre la production de tel ou tel type de phénomène et la présence de telles ou telles données circonstancielles. Les lois que la science élabore s'énoncent sur le modèle suivant : « lorsque telles circonstances sont données, tel type de phénomène doit se produire » ou « ne peut pas se produire » ou encore, en termes probabilistes « a tant de chances de se produire ». Ces règles donnent la mesure de la possibilité d'apparition d'un type de chose dans le cours du réel en fonction des configurations du contexte. Elles constituent des outillages mentaux, non pas de direction des conduites humaines, mais de repérage, de reconnaissance du cours des événements du monde : elles permettent de se répérer dans le flux événementiel que la réalité déploie sous nos yeux, d'anticiper le déroulement des choses et, par suite, d'avoir prise sur elles, d'en maîtriser, d'en domestiquer le cours (mais, sur ce dernier point, nous sortons du domaine de la science proprement dite pour entrer dans celui de ses applications techniques). En d'autres termes, les règles scientifiques visent à éclairer notre lanterne face à la réalité dont nous sommes les spectateurs ; tandis que les règles juridiques, et plus généralement éthiques, visent à orienter notre gouverne dans les réalisations dont nous sommes les acteurs.

Les données ainsi sommairement rappelées seront suffisantes pour aborder le cœur de mon sujet : la tendance, fortement enracinée dans nos esprits, à confondre syncrétiquement, dans leur essence même, les lois scientifiques et les lois juridiques. De façon plus précise, je voudrais dénoncer ici une double mystification qui sévit depuis fort longtemps et continue de faire des ravages à la fois dans la pensée scientifique et dans la pensée juridique : la première, qui est en même temps historiquement la plus originaire, consiste à penser les lois scientifiques et les rapports du savant avec elles sur le modèle des lois juridiques et des rapports des juristes dogmaticiens avec les lois juridiques ; c'est ce que j'appellerai « le paradigme juridique dans la pensée scientifique », — en entendant ce terme *paradigme* au sens de Thomas Kuhn, c'est-à-dire comme une sorte de grille conceptuelle fondamentale ou « matrice » à travers laquelle une discipline se conçoit[1]. Mais, par contrecoup, les juristes ont, de leur côté et tout naturellement, contracté une forte propension à concevoir les lois juridiques et leur propre activité théorique sur le modèle des lois scientifiques et de l'activité du savant, — ou plus exactement sur un pseudo-modèle puisqu'en partie altéré et falsifié par le paradigme juridique : c'est ce que j'appellerai, pour cette raison, « le paradigme scientifico-juridique dans la pensée juridique ».

Ce sont deux mystifications que j'aborderai tout à tour dans les deux parties de mon exposé.

I. Le paradigme juridique dans la pensée scientifique

J'examinerai, de manière très schématique, d'abord la formation et la persistance de ce paradigme, puis ses effets pernicieux.

A. La formation et la persistance du paradigme juridique

C'est un fait qu'à l'aube de l'humanité, dans toutes les sociétés antiques — et pas seulement les sociétés occidentales : on pourrait faire la même observation, par exemple, pour les anciennes sociétés chinoise ou hindoue, — les hommes ont eu tendance à tout rame-

1. Cf. Thomas Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. fr. L. Meyer, Paris, Flammarion, 1983.

ner à leur propre image et, en particulier, à projeter les expériences éthiques, spécialement juridiques, sur le reste de l'univers ; d'où les conceptions anthropomorphiques selon lesquelles les choses de la nature, à l'imitation des hommes eux-mêmes, seraient réglées dans leurs comportements par des règles éthiques auxquelles elles devraient « obéir », par des commandements, des décrets, des *lois* émanant d'une ou plusieurs puissances législatives souveraines célestes ou divines. Ce sont ces « lois de la nature » qui se trouveraient « derrière » les régularités relevées dans le cours réel des choses : ces régularités correspondraient à l'observance de lois, de commandements, par les éléments de la nature. A travers cette vision panjuridique de l'univers, s'est enracinée l'idée que la tâche de la science serait de chercher, de retrouver, de décrypter ces « lois de la nature » déjà présentes en tant que telles dans l'univers et gouvernant le cours des choses.

Cette conception objectiviste — ou réaliste — des « lois de la nature » s'est maintenue pendant longtemps avec des connotations religieuses, théologiques : comme le rappelle André Lalande, « le sens primitif reste présent chez les grands philosophes du XVIIIe siècle, qui ont incorporé ce mot au langage technique de la science : ils considèrent les lois du monde comme des décrets du Créateur, dont on peut reconstituer les articles par suite de l'obéissance générale des êtres naturels à ce qui leur a été prescrit »[2]. Par la suite, et notamment sous l'inspiration des idées positivistes, cette conception s'est épurée en se débarrassant de toute référence à Dieu, à un Législateur Divin : les lois de la nature ont été pensées comme purement et simplement immanentes au monde, mais tout en conservant dans nos esprits la nature de règles éthiques, connotée d'ailleurs par le terme même de « loi », juridique par excellence. Typique est cette réflexion de Claude Bernard dans son *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* : « l'homme, dans sa première ignorance, supposa des divinités attachées à chaque phénomène. Aujourd'hui, le savant admet des forces ou des lois ; *c'est toujours quelque chose qui gouverne le phénomène* ». A cette réflexion, qui remonte à quelque cent vingt ans, fait écho cette autre réflexion, plus récente mais tout aussi significative, d'Edgar Morin lors d'un colloque d'épistémologie tenu à Aix-en-Provence en décembre 1982 : « Le principe de la science classique est de légiférer, poser des lois *qui gouvernent* les éléments fondamentaux

2. André Lalande, *La raison et les normes*, Paris, Hachette, 1948, p. 72 sq.

de la matière, de la vie... Ceci correspond au principe du droit peut-être. C'est une législation, mais anonyme n'est-ce-pas, qui se trouve dans l'univers, c'est la loi[3]. »

Dans nos manières mêmes de penser et de parler, nous continuons ainsi couramment, encore à l'heure actuelle, à impliquer, même inconsciemment, sans nous en rendre clairement compte, que la nature est « régie », est « gouvernée » par des lois, qu'elle leur « obéit » ; nous continuons toujours, plus ou moins obscurément, d'imaginer que le travail du savant, ce n'est pas d'inventer, de construire des règles sorties de son propre cerveau, mais simplement de découvrir des lois déjà là indépendament de toute intervention humaine, déjà présentes dans le monde auquel elles seraient immanentes, se tenant en quelque sorte en retrait, cachées « derrière » lui ; il s'agirait, en ce sens, d'arracher à la nature ses « secrets », comme le laisse symboliquement entendre le mythe prométhéen de l'aventure scientifique. Le savant est conçu par là, en définitive, à l'image du juriste dogmaticien, d'un juriste dogmaticien d'un type spécial certes, mais dont le travail reste fondamentalement, non pas la création, mais seulement la recherche et l'étude systématique de lois déjà là en tant que telles, déjà créées, déjà formées.

Le paradigme est si fortement et insidieusement ancré dans notre pensée de la science que « le savant lui-même, observe Bergson, peut à peine s'empêcher de croire que la loi *préside* aux faits et par conséquent les précède, semblable à l'Idée platonicienne sur laquelle les choses avaient à se régler. Plus il s'élève dans l'échelle des généralisations, plus il incline, bon gré mal gré, à doter les lois de ce caractère impératif : il faut vraiment lutter contre soi-même pour se représenter les principes de la mécanique autrement qu'inscrits de toute éternité sur des tables transcendantes que la science moderne serait allée chercher sur un autre Sinaï[4]. »

B. Les effets pernicieux du paradigme juridique

Ce paradigme juridique dans la pensée scientifique n'est pas anodin : il a produit et continue de produire des effets pernicieux.

---

3. Edgar Morin, « Épistémologie de la complexité », *Rev. Rech. Jur.*, 1984-1, p. 48-51.
4. H. Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, *Œuvres*, Paris, PUF, 1959, p. 984.

1) C'est ainsi que, pendant longtemps, cette confuse assimilation des lois scientifiques à des lois juridiques régissant le monde a comporté, en corollaire, la croyance à une possibilité au moins marginale de désobéissance, de comportements illégaux de la nature ; et cette croyance a constitué en pratique un lourd handicap en encourageant le manque de rigueur et la paresse d'esprit, en incitant à n'accorder qu'une importance relative aux données de l'expérience, la non-conformité de la réalité aux lois « découvertes » par la science pouvant ainsi s'analyser, non pas nécessairement comme une erreur de la science, mais aussi comme un délit de la nature. C'est cette croyance à une possibilité de désobéissance de la nature aux lois la régissant que l'on voit s'exprimer, par exemple, dans un certain nombre de procès d'animaux qui eurent lieu en Europe jusqu'à la fin du Moyen Age : à diverses reprises, des comportements anormaux perpétrés par des monstres furent solennellement condamnés, exactement comme s'il s'agissait d'infractions, de crimes ; c'est ainsi qu'à Bâle, en 1474, un coq fut brûlé vif pour avoir commis l'acte particulièrement sacrilège de pondre un œuf, contrevenant par là de manière flagrante aux lois de la nature édictées par Dieu. C'est avec le positivisme du XIXe siècle que ces errements ont été définitivement bannis et que la vérification par l'expérience a été érigée en dogme absolu : l'un des apports essentiels de la philosophie positiviste a été, en effet, de décréter le devoir pour toute science sérieuse ou « positive » de ne tenir pour valablement établies, pour valablement reconstituées, que les lois auxquelles la nature apparaît, à l'expérience, se conformer réellement, effectivement, et seulement tant que se maintient l'apparence de cette observance. Les lois de la nature ont ainsi été conçues, à partir de cette époque, comme des « lois effectives », gouvernant effectivement la nature, des lois auxquelles celle-ci se plie immanquablement, sans la moindre possibilité d'écart de conduite de sa part ; on verra plus loin combien cette idée de l'épistémologie positiviste a eu d'influence sur les conceptions juridiques elles-mêmes.

2) On pourrait évoquer encore bien d'autres effets pernicieux du paradigme juridique : je me contenterai de mentionner brièvement, sans pouvoir m'y arrêter faute de place, deux faux problèmes qui lui sont directement liés. Le premier, c'est celui du déterminisme et de l'antinomie traditionnellement ressentie entre la science et la liberté. Cette antinomie repose, précisément, sur le fait que les lois élaborées par le savant pour se repérer dans la survenance des phénomènes sont conçues confusément comme des

espèces de lois juridiques, de commandements, auxquels les éléments de la nature seraient tenus d'obéir, d'obéir immanquablement ; par là, l'existence de ces lois impliquerait une sorte d'asservissement irrésistible et donc, dans cette mesure, une absence de liberté. A partir du moment où l'on imagine que toutes les choses du monde, y compris les hommes eux-mêmes, sont soumises au joug de ces lois de la nature, l'on est amené à considérer qu'il n'y a pas de liberté dans le monde, même pour les hommes : c'est à travers le paradigme juridique et les projections anthropomorphiques qui l'accompagnent, que les lois de la nature et la science apparaissent ainsi incompatibles avec la liberté. En réalité, il n'y a aucune antinomie véritable : que le monde soit connaissable, qu'il puisse faire l'objet de l'élaboration de lois par le savant, n'est nullement l'équivalent ni le signe d'une quelconque servitude de sa part, — ce qui, au demeurant, n'a strictement aucun sens[5].

Un autre faux problème lié au paradigme juridique, c'est celui agité à propos de l'induction. Il s'agit, en vérité, d'un faux problème à plusieurs facettes, dans le détail desquelles je n'entrerai pas ici. Mais l'une d'elles, en tout cas, est en relation directe avec le paradigme juridique ; on peut la présenter de la manière suivante : qu'est-ce qui autorise le savant à inférer, non pas simplement du particulier au général, mais plus précisément de l'observation de certains faits, de certains comportements particuliers de la nature, à l'affirmation de cet autre fait qu'il y aurait « derrière eux », immanente au monde, telle loi régissant de telle manière tous les faits du même type ? Si, en effet, les lois scientifiques correspondent à une espèce de législation découverte, débusquée par le savant, existant déjà en tant que telle en face de lui quoique non directement visible à ses yeux, il ne peut être qu'éminemment conjectural de prétendre remonter à la teneur exacte, aux articles ou dispositions de cette législation, à partir de la seule observation des différents comportements de la nature qu'elle inspirerait : on pourrait, de la même façon, défier quiconque de pouvoir réécrire — et donner la certitude de réécrire — exactement l'ensemble des règles juridiques actuellement en vigueur en France à partir de la simple observation, pour ainsi dire superficielle, des comportements extérieurs des Français[6]. C'est en ce sens que Henri Poincaré obser-

5. Sur l'ensemble de la question, cf. mon ouvrage *Science et déterminisme, éthique et liberté. Essai sur une fausse antinomie*, à paraître aux PUF.

6. Encore que l'idée d'une telle possibilité exerce une certaine séduction sur la pensée juridique (cf. par exemple, Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 158 : « un observateur égaré dans une société étrangère dont il ignore la langue,

vait, à propos de l'induction, qu'elle « est toujours incertaine parce qu'elle repose sur la croyance à un ordre général de l'univers, ordre qui est en dehors de nous »[7].

Mais il faut évoquer aussi un effet pervers de plus grande portée exercé par le paradigme juridique dans la pensée scientifique, un effet qui dépasse le domaine de la science elle-même et touche à celui du droit.

II. Le paradigme scientifico-juridique dans la pensée juridique

Par un remarquable retour des choses — par une espèce *d'effet boomerang* — l'habitude de concevoir, même de façon purement insidieuse, les lois scientifiques sur le modèle des lois juridiques a rejailli sur la pensée juridique elle-même et sur nos conceptions des normes juridiques : nous avons, fortement incrustée dans nos esprits, une tendance à assimiler les lois juridiques et le rapport de la théorie dogmatique avec elles aux lois scientifiques et au rapport du savant avec ces lois, du moins dans l'éclairage déformant que nous en donne le paradigme juridique dont il vient d'être question ; c'est ce que j'appelle « le paradigme scientifico-juridique dans la pensée juridique ». Autrement dit, l'incursion inopportune de références juridiques dans le champ des conceptions de la science n'a pas seulement contribué à altérer et fausser ces conceptions : elle a indirectement abouti, par ricochet, à déformer également nos conceptions du droit, à les charger de références tout aussi déplacées aux lois scientifiques et aux démarches du savant. C'est bien, en effet, le paradigme scientifico-juridique qui sous-tend les deux grands courants dominants — les deux grands courants de référence — de la pensée juridique : le jusnaturalisme et le juspositivisme. On va le voir dans la rapide évocation que je ferai successivement de ces deux courants.

---

devrait être capable de découvrir les règles juridiques qui y sont en vigueur par le seul examen du comportement de ses membres »). Sur la faiblesse de cette idée, voir mon ouvrage *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 160 sq.

7. H. Poincaré, *La science et l'hypothèse*, Paris, Flammarion, 1902.

A. Le jusnaturalisme

Il est évident, tout d'abord, que la conception originaire, théologique et éthique, des lois scientifiques s'est, pour ainsi dire, tout naturellement accompagnée d'échos et de prolongements dans la pensée juridique elle-même : la vision de « lois » édictées par un Législateur divin et gouvernant les choses de la nature ne pouvait pas ne pas s'élargir à une vision universelle, cosmologique, dans laquelle tous les êtres humains eux-mêmes apparaissent soumis au règne de ces « lois naturelles » d'origine divine présentes dans le monde, quoique restant cachées et immanentes à lui. Ce cheminement de la pensée transparaît encore, par exemple, avec une particulière clarté dans les *Essais sur la loi de nature* achevés en 1664 par John Locke. On en vient ainsi à l'idée de l'existence objective d'un « droit naturel » d'essence divine, qui régirait les hommes par-delà le droit positif d'essence humaine établi, édicté, par les pouvoirs publics constitués dans les différentes sociétés politiques ; ce droit positif n'aurait de valeur, en définitive, il ne serait du droit authentique, qu'à la condition de ne pas contredire, mais au contraire de reproduire fidèlement les prescriptions du droit naturel. Il serait — il devrait être considéré comme — une simple copie ou retranscription du droit naturel, n'ayant de valeur que dans la mesure de sa conformité à l'original. Et comme le savant a pour tâche de rechercher les lois de la nature qui se trouvent « derrière » les phénomènes naturels, le juriste — lui-même conçu comme « un savant » — aurait pour mission essentielle de découvrir, de retrouver, de reconstituer, grâce à l'observation et aux lumières de sa raison, les prescriptions de ce droit naturel présent dans le monde, même s'il n'est pas immédiatement visible.

A mesure que la conception des lois scientifiques s'est débarrassée de connotations religieuses et théologiques, les conceptions jusnaturalistes du droit se sont, elles aussi, en grande partie dépouillées de référence à un Dieu législateur, et le droit naturel a été surtout conçu à l'époque moderne (notamment dans les courants qui ont suivi la dernière guerre mondiale, en particulier en Allemagne), de manière plus épurée, plus « sérieuse », comme un droit simplement présent dans la nature, immanent aux choses du monde, sans mention de leur origine, sans évocation d'un Législateur transcendant.

Il n'est pas de mon propos ici de m'arrêter sur les invraisemblances et l'irréalisme même qui entachent cette conception du droit et du travail de la dogmatique juridique, l'irréalisme de cette

croyance à des commandements juridiques en tant que tels dans le monde indépendamment de nous, indépendamment d'actes de commandement (voire d'actes de commandement tout court, même imputables à une volonté divine), ou encore l'irréalisme de cette prétention de placer le théoricien du droit au-dessus des pouvoirs publics établis, d'en faire le juge non pas simplement de la moralité, mais de la juridicité elle-même du droit édicté par eux. Ce que je veux souligner, c'est que si cette conception, extravagante à de multiples égards, a pu se maintenir et si elle continue aujourd'hui encore d'exercer un puissant attrait sur l'esprit de bien des juristes et philosophes du droit, c'est précisément parce que ces thèmes jusnaturalistes de la pensée juridique s'alimentent, se ressourcent en permanence auprès d'une vision cosmologique elle-même jusnaturaliste véhiculée de manière sourde mais vivace par notre conception de la science, comme je l'ai rappelé précédemment : ces thèmes baignent, si l'on peut dire, dans cette *Weltanschauung* environnante — dans ce bouillon ambiant de représentations larvées — dont ils tirent une apparence de crédibilité et de respectabilité.

B. Le juspositivisme

C'est encore le paradigme scientifico-juridique qui inspire cet autre courant de la pensée juridique qu'est le juspositivisme (lequel se situe, dans cette mesure, dans la même lignée que le jusnaturalisme dont il prétend pourtant se démarquer radicalement, mais dont il continue en réalité les égarements)[8]. Le positivisme dans la philosophie du droit a été, en effet, directement inspiré — et bien mal inspiré, ajouterai-je — des conceptions positivistes de la science issues d'Auguste Comte : à l'imitation de la science positive ou positiviste, désormais résolue à ne prendre en considération et à ne tenir pour valablement établies que les lois effectives, les lois gouvernant effectivement, d'après l'expérience, les choses de la nature, la dogmatique juridique a été conçue elle aussi à partir de

8. Lorsque Kelsen, par exemple, relève que « les lois immuables de la théorie du droit naturel ne peuvent être autre chose que les lois physiques de la nature » (« Justice et Droit Naturel », *Le Droit Naturel*, Annales de l'Institut International de Philosophie Politique, vol. 3, Paris, PUF, 1959, p. 69), il ne se rend pas compte qu'un argument du même ordre peut être retourné contre les « lois positives » du juspositivisme (cf. *infra*).

la fin du XIXe siècle comme une « science positiviste », réaliste, résolument opposée aux chimères et se donnant pour seul objet l'étude des normes juridiques effectives, effectivement vérifiées par l'expérience, c'est-à-dire effectivement obéies. Seules ces normes juridiques confirmées par l'expérience seraient du vrai droit, du droit susceptible d'être valablement pris en considération par le « savant » que serait le juriste dogmaticien. Cette évolution des idées juridiques s'est accompagnée d'une évolution terminologique tout à fait remarquable : pour bien marquer cette nouvelle profession de foi inspirée des conceptions positivistes de la science, les tenants du juspositivisme ont été conduits à réactiver une vieille expression juridique qui se trouvait soudain parée d'allures de modernité, l'expression « droit positif » *(jus positivum)* utilisée depuis le Moyen Age pour désigner les lois posées, édictées, ayant fait l'objet d'un acte de commandement, humain ou divin d'ailleurs. A partir de la seconde moitié du XIXe siècle, cette expression s'est vue conférer un nouveau sens par-delà ce sens originaire de « droit posé » ; on l'emploiera aussi, et surtout, désormais pour exprimer l'idée de « droit effectif », effectivement respecté et appliqué, donnant lieu à une réalité conforme à ses prescriptions. Ce dédoublement de signification sera, du reste, la source de bien des équivoques[9].

Plus précisément, le juspositivisme inspiré par le paradigme scientifico-juridique s'est développé, avec des nuances différentes, dans deux écoles de pensée que l'on a coutume de qualifier respectivement de « positivisme sociologique », d'une part, et de « positivisme juridique », d'autre part[10]. Avec le positivisme sociologique (déjà en germe — ce qui est très révélateur — dans les idées sociologico-juridiques de Comte lui-même et illustré, en particulier, par l'œuvre d'Henry Lévy-Bruhl en France ou de Carlos Cossio en Amérique latine[11]), le paradigme scientifico-juridique est appliqué, pourrait-on dire, à l'état pur, sans compromis, comme c'était le cas

9. Sur cette manière dont le nouveau concept de *positif* de l'épistémologie comtienne « s'est trouvé fournir, après coup, une explication étymologiquement fausse » à l'expression *droit positif*, cf. Léon Husson, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Paris, PUF, 1947, p. 71 sq.
10. Cf. Marcel Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 517 sq.
11. Cf. mon ouvrage précité *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, p. 150 sq. et 329 sq.

précédemment avec le jusnaturalisme[12] : on considère, en effet, que le droit, le droit authentique, est un ensemble de lois immanentes au monde, qui seraient « derrière » la réalité sociale et que la « science » juridique pourrait reconstituer, « lire » en filigrane à travers les phénomènes sociaux, exactement comme fait le savant pour les autres lois de la nature ; mais, conformément au nouveau dogme positiviste, la science du droit ne devrait tenir pour valablement établies que les lois « effectives », « positives », auxquelles la réalité sociale apparaît être exactement conforme. Et bien entendu, les lois édictées (on ne sait plus trop à quelles fins, à vrai dire) par les pouvoirs publics constitués ne seraient elles-mêmes du vrai droit qu'à la condition d'être la copie de ce droit effectif. On voit, en d'autres termes, que le positivisme sociologique confond purement et simplement lois juridiques et lois scientifiques, en l'occurrence lois sociologiques, censées « gouverner » les phénomènes sociaux et être simplement « découvertes » par le savant.

Le positivisme juridique, quant à lui, tel qu'il s'illustre par excellence dans la *Théorie pure du Droit* de Hans Kelsen[13], a une vision qui se veut moins irréaliste, plus mesurée, mais qui est en même temps moins conséquente, moins orthodoxe par rapport au paradigme scientifico-juridique qui l'inspire : selon le positivisme juridique, en effet, les lois juridiques sont et ne sont que des lois posées par les pouvoirs publics qui dirigent les sociétés humaines ; mais, parmi les lois édictées par les pouvoirs publics, seules mériteraient d'être vraiment tenues pour du droit et d'être prises en compte par la « science du droit » celles qui sont « positives », « effectives », effectivement corroborées par l'expérience. Les lois posées dépourvues d'effectivité devraient être considérées comme inexistantes, comme du droit non authentique, non valable et non applicable. C'est là, évidemment, un postulat parfaitement arbitraire et tout à fait irréaliste par rapport à l'expérience juridique ordinaire et aux démarches courantes des juristes. Il est d'autant plus irréaliste que sa logique conduit à une autre idée tout aussi peu défendable : durant toute la période initiale qui suit leur adop-

12. C'est en ce sens que les tenants du positivisme sociologique ont pu se prétendre les seuls vrais « positivistes » (cf. Virally, *op. cit.*, p. VIII). Mais c'est en ce sens aussi qu'ils se rapprochent le plus du jusnaturalisme, de son mode, de ses thèmes et de ses expressions mêmes de pensée.

13. Voir à ce sujet, outre mon ouvrage précité (p. 312 sq.), mes études « Théorie du Droit et politique », *Archives de Philosophie du Droit*, t. XXVII, 1982, p. 411 sq. et « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Revue Internationale de Philosophie*, n° 138, 1981-4, p. 460 sq.

tion et leur promulgation, et tant qu'elles ne sont pas encore entrées effectivement en application et n'ont pas encore donné lieu à des comportements d'obéissance des citoyens concernés, les lois édictées par les autorités publiques ne devraient pas être tenues pour du droit patenté, certifié authentique, mais pour une sorte d'embryon en gestation ou, si l'on préfère, une espèce d'hypothèse de droit en période probatoire, bénéficiant d'une précaire « présomption de juridicité » appelée à « ne se vérifier que par le succès »[14].

En vérité, il n'y a pas entre le positivisme juridique et le positivisme sociologique une distance aussi considérable que le croient les tenants du premier : c'est toujours la même inspiration qui se trouve à l'œuvre, le même paradigme scientifico-juridique ; on y retrouve — et c'est particulièrement typique chez Kelsen — la même idée de base selon laquelle les lois juridiques seraient aux sociétés humaines ce que les lois de la nature « découvertes » par la science seraient aux choses du monde, ainsi que l'idée suivant laquelle le juriste dogmaticien serait un « savant », — un savant dans le même rapport avec les lois juridiques qu'il étudie, que le physicien, par exemple, avec les lois de la nature censées non pas construites, mais seulement explorées par lui. On retrouve, enfin, dans le positivisme juridique la même incursion inopportune de la confirmation par l'expérience, comme si le critère expérimental pouvait avoir le même sens et le même rôle dans le domaine des lois juridiques que dans celui des lois scientifiques, — alors notamment (pour ne relever qu'une des nombreuses faiblesses que laisse apparaître cet aspect du juspositivisme) que les lois juridiques peuvent ne pas être générales, mais seulement individuelles et particulières.

*

Le syncrétisme à double sens, que je viens d'évoquer en termes très succincts, mériterait des développements beaucoup plus approfondis. J'espère, en tout cas, avoir laissé entrevoir à quel point il pervertit notre pensée de la science et de l'activité scientifique, d'une part, du droit et de la dogmatique juridique, d'autre part. Ce que je voudrais simplement souligner, en terminant, c'est qu'il me paraît urgent de partir résolument en guerre contre ce syncrétisme et l'espèce de banalisation, d'arrière-fond de vieille compli-

14. J. Haesaert, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1948, p. 462.

cité, dont il bénéficie insidieusement dans nos esprits. Il me paraît grave, par exemple, qu'un penseur tel que Friedrich Hayek puisse, sans guère hérisser notre sens critique ni le sien, assimiler les ordres naturels, tels que la science — et notamment la sociologie, mais aussi la zoologie — peut les établir, à des ordres moraux « spontanés » ou « innés », supérieurs selon lui aux ordres moraux délibérement « organisés » comme sont les juridiques[15] ; ou encore, que tout un courant de la théorie sociale allemande contemporaine (illustré par des auteurs comme Niklas Luhmann ou Gunther Teubner[16]) puisse pareillement mettre sur le même plan et comparer, comme si elles avaient une même essence, des règles éthiques et des lois scientifiques, et plus précisément prétendre ramener les lois juridiques en vigueur dans un pays à un système autogénérateur ou « autopoiétique » (c'est-à-dire qui organise lui-même sa régénération, la reconstitution de sa propre substance) comparable au système par lequel la biologie rend compte des phénomènes qui se passent à l'intérieur des cellules des corps vivants : tout le contexte d'opérations mentales spécifiques dans lequel s'insère le jeu des normes éthiques se trouve allègrement gommé dans cette singulière vision. Il est temps, on le voit, d'extirper une bonne fois pour toutes ce dangereux confusionnisme installé dans nos idées.

Paul AMSELEK

Université de Paris II

---

15. Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, trad. fr. Raoul Audouin, Paris, PUF, 3 t., 1980, 1981 et 1983 (cf. en particulier t. 1, p. 50 sq. et 90 sq.). La parenté des thèmes ainsi développés avec la pensée jusnaturaliste est patente : comparer, par exemple, Michel Villey, *Questions de Saint-Thomas sur le droit et la politique*, Paris, PUF, 1987, p. 148 : « la cité d'Athènes a surgi, et avec son ordre, avec son *droit* : sa constitution naturelle, un partage des tâches, des fonctions publiques ou privées, des classes sociales ; une distinction entre les enfants, les adultes, les personnes âgées, les hommes et les femmes, les richesses. C'est là ce qu'on veut dire en parlant de son droit naturel. Le juriste ne se rendra coupable d'aucun crime contre la logique lorsqu'il entreprendra d'extraire de l'observation de la cité d'Athènes le droit qu'elle inclut naturellement. Seulement, ici nous est donnée la confirmation que le droit naturel n'a pas son siège dans un système de "propositions normatives", mais dans les choses, *la nature* »; voir aussi p. 159, où l'auteur observe que, pour lui, « incontestable est l'existence d'une sorte de droit dans les sociétés animales ».
16. Cf. par exemple N. Luhmann, « L'unité du système juridique », *Archives de Philosophie du Droit*, t. XXXI, 1986, p. 163 sq. Voir à ce sujet les observations critiques de F. Ost, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit », *ibid.*, p. 133 sq. et H. Rottleuthner, « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », *ibid.*, p. 215 sq.

Jean EHRARD

DIDEROT ET LA LOI CIVILE

DIDEROT ET LA LOI CIVILE

Deux années d'apprentissage passées par le jeune Denis Diderot (1733-1735) auprès du procureur Clément de Ris n'avaient pas réussi à lui inspirer le goût de la procédure ni à faire de lui un juriste. Ses réflexions ultérieures sur la loi civile doivent peu à la technique du droit, beaucoup à l'agilité et à l'acuité d'un esprit universellement curieux, beaucoup aussi à la fraîcheur d'un regard profane, beaucoup enfin à la fréquentation intellectuelle de Montesquieu : qu'un homme de lettres qui n'avait pas entretenu de relations personnelles avec l'auteur de *L'Esprit des Lois* ait été en 1755 le seul philosophe un peu connu à suivre son cortège funèbre n'est pas un fait sans signification. En marquant ainsi sa déférence envers le disparu, le directeur de l'*Encyclopédie* reconnaissait une dette. Dette aux multiples aspects et dont l'inventaire reste à dresser, mais à coup sûr primordiale dans le domaine de la philosophie politique. Qu'il s'agisse de tracer la frontière entre l'ordre et l'anarchie et entre le pouvoir légitime et le pouvoir despotique, ou de réfléchir aux rapports complexes qu'entretiennent dans une société policée la loi civile et la loi naturelle, la pensée de Diderot prend constamment appui sur celle de son illustre prédécesseur pour tracer sa propre voie.

Il est vrai qu'à l'époque de l'*Encyclopédie*, et précisément parce qu'il est plus philosophe et moraliste que juriste, Diderot s'intéresse peu au droit « positif ». Confiant à son ami et collaborateur Jaucourt le soin de rédiger l'article « Loi civile », il se réserve d'une part les articles « Droit naturel » et « Loi naturelle », d'autre part l'article « Autorité politique » : son premier sujet de préoccupation, servi par l'ordre alphabétique, n'est pas la loi, mais le pouvoir. Un choix qui reste dans la ligne de Montesquieu, même si c'est le chevalier de Jaucourt qui rend à l'« ouvrage immortel » de celui-ci un hommage appuyé. Au reste, la contribution de Diderot et celle de Jaucourt, si elles révèlent deux tons d'esprit un peu différents, sont tout à fait complémentaires, et elles s'opposent d'autant moins qu'elles relèvent l'une et l'autre, par-delà Montes-

quieu, de la même tradition : Grotius et Pufendorf revus par Locke et Barbeyrac, Burlamaqui, etc.[1]. Rien que de très classique dans le développement du chevalier pour qui « les bonnes *lois civiles* ne sont autre chose que les lois naturelles elles-mêmes perfectionnées et modifiées par l'autorité souveraine, d'une manière convenable à l'état de la société qu'il [*sic*] gouverne et à ses avantages ». *Perfectionnées*, parce que, faute de sanction, les lois naturelles resteraient inefficaces : Jaucourt vient de le dire, les lois civiles servent en particulier « à leur donner un nouveau degré de force, par les peines que le souverain inflige à ceux qui les méprisent et qui les violent ». *Modifiées* parce que — l'encyclopédiste va y insister en fin d'article — pour avoir prise sur les comportements, l'universalité de la loi naturelle doit s'adapter aux temps et aux lieux. Nul doute que l'auteur de ces lignes n'ait en mémoire, entre autres références, le livre premier de *L'Esprit des Lois*. A la fois pour la célèbre définition du chapitre quatre, fondement de la méthodologie historique de Montesquieu : « La loi, en général, est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre, et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers ou s'applique cette raison humaine » ; et pour les réflexions des trois premiers chapitres sur le recours nécessaire au droit positif pour « rendre [l'homme] à ses devoirs »[2] et pour rétablir la paix — pourtant première loi naturelle — dans une société de nature qui glisse spontanément dans l'anarchie et la guerre. Plus succinctement, mais en écho à ces développements classiques, Diderot écrit dans l'article « Grecs » : « qu'est-ce que la voix de la conscience sans l'autorité et la menace des lois ? ».

La cause est donc entendue : si la loi civile est seconde par rapport à la loi naturelle et lui est en droit subordonnée, elle seule est en mesure d'assurer l'ordre parmi des hommes sans cesse opposés les uns aux autres par leurs passions. Par un tel constat, la tradition des jurisconsultes rejoignait pratiquement le pessimisme de Hobbes. Des deux côtés, la fonction assignée à la loi civile est essentiellement répressive : la loi contient les appétits individuels

1. Voir notamment les articles de J. Proust, « La contribution de Diderot à l'*Encyclopédie* et les théories du droit naturel », *Annales Historiques de la Révolution Française*, 1962, n° 3, p. 257-286 ; J. Lough, « Les idées politiques de Diderot dans l'*Encyclopédie* », *Thèmes et Figures du Siècle des Lumières. Mélanges offerts à Roland Mortier*, édités par Raymond Trousson, Genève, Droz, 1980, p. 137-146 ; S. Goyard-Fabre, « Les idées politiques de Diderot au temps de l'*Encyclopédie* », *Revue internationale de Philosophie*, 1984, fasc. 1-2, p. 91-119.
2. *L'Esprit des Lois*, ch. 1.

au profit de la paix sociale. Dans cette tradition de pensée, Locke et le XVIIe siècle opèrent toutefois un tournant. Désormais la loi qui réprime est aussi celle qui protège. Sans doute est-ce deux façons de dire la même chose. Mais la formulation n'est pas sans importance : car ce qui est protégé, ce n'est plus seulement l'ordre de la société, mais la liberté de l'individu. Barrière traditionnellement opposée aux passions de tous, la loi civile est désormais perçue d'abord comme un rempart contre les passions de ceux qui gouvernent. La menace qu'elle conjure n'est plus seulement l'anarchie, mais aussi et surtout le despostisme : c'est-à-dire, selon Montesquieu, « le gouvernement où un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices »[3] ; un régime politique où « l'homme est une créature qui obéit à une créature qui veut »[4], règne du pur vouloir et du bon plaisir, où la tendance trop humaine à l'abus de pouvoir se déploie sans obstacle.

Or Diderot a partagé toute sa vie, avec bien d'autres esprits éclairés de son temps, la répulsion de Montesquieu à l'encontre du despotisme. La véritable haine dont il poursuit Frédéric II[5] n'a pas d'autre origine : dans sa pensée politique, la Prusse joue le rôle d'anti-modèle. De même hérite-t-il de Montesquieu la crainte de voir la monarchie française glisser dangereusement vers un exercice despotique du pouvoir, transformant les rois de France en nouveaux Néron : d'où le va-et-vient inquiet de sa réflexion historique entre l'empire romain et la France du XVIIIe siècle, qui anime d'une tension croissante, dans les dernières années de sa vie, d'abord l'*Essai sur Sénèque* (1778), puis, seconde version du même ouvrage, l'*Essai sur les règnes de Claude et de Néron*[6]. Objectera-t-on son admiration pour Catherine II ? Ce serait en méconnaître l'esprit. Car elle ne va pas au despote, mais au législateur. Lorsqu'il compare Catherine à Charlemagne[7], c'est pour avoir eu elle aussi l'ambition de donner des lois à ses peuples, donc des bornes à son propre pouvoir : « si elle [sa Majesté impériale] s'est proposé d'éterniser ses lois et d'élever contre le despotisme à venir une autorité insurmontable, il est certain qu'elle ne peut rien faire de

3. *Ibid.*, livre II.
4. *Ibid.*, III, 10.
5. Diderot, *Principes de Politique des Souverains*, 1774, et autres textes.
6. Voir J. Ehrard, « Pourquoi Sénèque ? », introduction à l'*Essai sur Sénèque*, in Diderot, *Œuvres complètes*, Hermann, t. XXV, 1986.
7. Modèle emprunté à *L'Esprit des Lois*, XXXI, 18.

mieux »[8]. Rappellera-t-on enfin l'enthousiasme avec lequel Diderot avait lu en 1767 le livre de Le Mercier de la Rivière, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, qui lui aurait été, selon ses propres termes, « cent fois plus utile que *L'Esprit des Lois* »[9] ? N'était-ce pas adhérer à la théorie physiocratique du « despotisme légal » ? En fait, le philosophe n'avait pas retenu cette formule délibérément paradoxale : présentant l'auteur du livre comme « l'apôtre de la propriété », de la liberté et de l'évidence, et cette dernière comme l'« unique contreforce de la tyrannie »[10], il ne délaissait pas l'idée des contrepoids à l'anglaise pour adhérer à quelque autocratie, mais pour soumettre le pouvoir absolu, selon les propres vues de Le Mercier, au contrôle de la presse et de l'opinion publique.

Bien loin de faire au despotisme la moindre concession, Diderot renchérit sur la condamnation portée contre lui par Montesquieu en posant, et résolvant à sa manière, la question du bon despote, et en récusant d'avance le mythe du despotisme éclairé. La première occasion lui en est fournie en 1771 par le « coup d'État » du chancelier Maupeou. On sait comment le pragmatisme de Voltaire, plus sensible au contenu qu'aux modalités, applaudit à cette réforme brutale. Diderot, au contraire, malgré toutes ses bonnes raisons d'en vouloir au Parlement de Paris, est de ceux qui s'insurgent contre l'atteinte portée par un « homme pervers » à la « constitution » du royaume :

> Nous étions sous un gouvernement ou, du moins, nous nous croyions sous un gouvernement vraiment monarchique. Un roi qui peut tout sur son peuple ; entre ce roi tout-puissant et son peuple, un corps intermédiaire autorisé à suspendre l'exécution de la volonté du roi ; un roi qui veut inutilement et qui n'est pas obéi, si sa volonté n'est vérifiée, c'est-à-dire déclarée conforme au bien général, par le corps intermédiaire ; déclaration toujours subséquente à une formalité essentielle, l'enregistrement, la bête noire des ministres.
>
> Tout à coup il s'élève un homme de rien[11]...

Peu après, lisant, la plume à la main, l'ouvrage posthume d'Helvétius, *De l'Homme*, Diderot réagit avec vigueur à un propos

---

8. *Mémoires pour Catherine II*, in Diderot, *Œuvres complètes*, édit. R. Lewinter, Club Français du Livre, t. X, 1971, p. 536.
9. Diderot, *Correspondance*, édit. G. Roth, Éditions de Minuit, t. VII, p.76.
10. *Ibid.*, p. 94.
11. *Mémoires pour Catherine II*, p. 553-560.

du roi de Prusse rapporté au chapitre II de la section IV : « Rien de meilleur que le gouvernement arbitraire [...], mais sous des princes justes, humains et vertueux. » Frédéric ajoutait pourtant : « rien de pis sous le commun des rois » ; et l'intention d'Helvétius était bien de dénoncer les méfaits trop ordinaires du pouvoir despotique : « Le plus redoutable ennemi du bien public, commentait-il, n'est point le trouble, ni la sédition, mais le despotisme. » Mais, sur un pareil sujet, la fougue de son lecteur n'admet pas les nuances. Le voici donc qui s'enflamme :

> Et c'est vous, Helvétius, qui citez en éloge cette maxime d'un tyran ! Le gouvernement arbitraire d'un prince juste et éclairé est toujours mauvais. Ses vertus sont la plus dangereuse et la plus sûre des séductions : elles accoutument insensiblement un peuple à aimer, à respecter, à servir son successeur, quel qu'il soit, méchant et stupide. Il enlève au peuple le droit de délibérer, de vouloir ou de ne vouloir pas, de s'opposer même à sa volonté, lorsqu'il ordonne le bien ; cependant ce droit d'opposition, tout insensé qu'il est, est sacré : sans quoi les sujets ressemblent à un troupeau dont on méprise la réclamation, sous prétexte qu'on le conduit dans de gras pâturages[12].

Constatons qu'en récusant l'argument du bien des peuples, alibi de toutes les tyrannies, Diderot défend une idée de la liberté qui va très au-delà de la définition naguère donnée par Montesquieu : non pas seulement « la sûreté, ou [...] l'opinion que l'on a de sa sûreté »[13], ni « le droit de faire tout ce que les lois permettent »[14], mais le droit imprescriptible pour tout individu de juger le pouvoir et la loi, de se faire une idée personnelle de son propre bonheur et de celui de la collectivité, partant, de dire soi-même l'utile et le juste, même au risque de se tromper sur ses véritables intérêts. Poussé à ce point, l'individualisme opère dans l'appréciation portée sur la loi civile un renversement pascalien du pour au contre : d'abord répressive, puis protectrice, la voici suspecte.

Dans le contexte de la polémique posthume avec Helvétius, elle le devient d'autant plus aisément que Diderot pressent, derrière la complaisance de celui-ci pour la prétendue sagesse de Frédéric, une menace encore plus grave que l'acceptation de l'arbitraire : l'alibi qu'une certaine philosophie fournit à l'État-caserne, à la manière

---

12. *Réfutation de l'ouvrage d'Helvétius intitulé* De l'Homme, *Œuvres complètes*, t. XI, p. 574.
13. *Ibid.*, XII, 1.
14. *Ibid.*, XI, 3.

de la Prusse, et à une nouvelle forme de tyrannie, un despotisme du conditionnement[15]. L'utopie pédagogique d'Helvétius, qui fait bon marché de la physiologie, des aptitudes naturelles et des particularités individuelles, recèle tous les risques d'oppression. Mise en œuvre par un despote supposé vertueux et éclairé, elle serait particulièrement dangereuse pour la liberté. Que la loi puisse servir à couler tout un peuple dans le même moule, cette idée fait d'autant plus horreur à Diderot que la violence ainsi faite à la nature serait aussi, selon lui, une violence faite à la conscience. Car l'homme est un être moral et le matérialisme abstrait d'Helvétius pèche autant contre l'universel que contre l'individuel. Fidèle à lui-même, l'auteur du livre *De l'Homme* soutient que « justice suppose lois établies »[16]. A quoi son contradicteur réplique :

> Je voudrais bien ne pas autoriser les méchants à appeler de la loi éternelle de la nature, à la loi créée et conventionnelle[17].

Voilà donc fermement rappelée la base juridique de tout procès intenté à la loi civile : l'autorité et le primat de la loi naturelle. Contre le « hobbisme » d'Helvétius, Diderot reste lui aussi fidèle à ses premiers choix. Aussi rencontre-t-il nécessairement le problème classique du droit de résistance : problème quelque peu escamoté par la conclusion lénifiante de l'article « Autorité politique », mais auquel l'article « Loi civile » restitue en quelques lignes toute son acuité. Envisageant l'éventualité de lois injustes, Jaucourt déclare en effet :

> S'il y en avait qui renversassent les principes fondamentaux des *lois* naturelles et des devoirs qu'elles imposent, les sujets seraient en droit et même dans l'obligation de refuser d'obéir à des *lois* de cette nature.

Proclamation hardie, puisqu'elle transforme en devoir, anticipant sur la future *Déclaration des droits de l'homme* de 1793[18], le refus d'obéir à un pouvoir abusif que l'école des jurisconsultes avait érigé en droit, fût-ce du bout des lèvres, et dont Locke s'était

---

15. J'ai souligné cet aspect particulièrement moderne de l'analyse de Diderot dans une communication intitulée « Diderot et le despotisme » au colloque de Kyoto : *Diderot. Le XVIIIe siècle en Europe et au Japon*, novembre 1984, (sous presse).
16. Helvétius, *De l'Homme*, section IV, ch. VIII.
17. *Réfutation de l'ouvrage d'Helvétius intitulé* De l'Homme, p. 581.
18. Sur le passage du *droit* au devoir de la *Déclaration* de 1789 à celle de 1793, voir Catherine Larrère, « La question du droit de résistance : la prose des droits et la légende de la Révolution », *La légende de la Révolution*, Actes du Colloque de Clermont-Ferrand (25-27 juin 1986) présentés par J. Ehrard (sous presse).

fait le théoricien. Correspond-elle au sentiment intime de Diderot lui-même ? La réponse de principe n'est guère douteuse. Mais ce qui était pour ses prédécesseurs, dans la voie du libéralisme politique, et ce qui demeure pour son collaborateur le point d'arrivée de la réflexion, est pour ses propres analyses un point de départ. Toute son originalité est en effet de ne pas se satisfaire d'un principe trop abstrait pour être un guide efficace de comportement et dont l'énoncé enferme par ailleurs la doctrine de la loi naturelle dans une sorte de cercle : d'un côté, la conscience, inspirée par la loi naturelle, est juge de la loi civile ; de l'autre, la conscience et la loi naturelle sans la loi civile sont impuissantes... Ces données antinomiques vont retenir l'attention du philosophe pendant ses vingt dernières années. Elles s'incarnent en particulier en la personne de Socrate — référence permanente dans l'œuvre de Diderot. Ainsi dans ce passage du *Neveu de Rameau* :

> *Moi...* [...] il y a deux sortes de lois, les unes d'une équité, d'une généralité absolues ; d'autres, bizarres, qui ne doivent leur sanction qu'à l'aveuglement ou la nécessité des circonstances. Celles-ci ne couvrent le coupable qui les enfreint que d'une ignominie passagère ; ignominie que le temps reverse sur les juges et sur les nations, pour y rester à jamais. De Socrate, ou du magistrat qui lui fit boire la ciguë, quel est aujourd'hui le déshonoré ?
>
> *Lui.* — Le voilà bien avancé ! en a-t-il été moins condamné ? en a-t-il été moins mis à mort ? en a-t-il moins encouragé les fous au mépris des bonnes[19] ?

Dans le style provocateur qui le caractérise, le Neveu traduit une inquiétude constante de son créateur. Ce sera encore le constat de l'interlocuteur *B* du *Supplément au voyage de Bougainville :*

> Si les lois, bonnes ou mauvaises, ne sont point observées, la pire condition d'une société, il n'y a point de mœurs[20].

Et celui des *Mémoires pour Catherine II*, où nous retrouvons Socrate :

> Socrate disait : « je ne me conformerai pas à cette loi parce qu'elle est mauvaise ». Aristippe répondait à Socrate : « je sais aussi bien que toi que cette loi est mauvaise ; cependant je m'y conformerai, parce que si le sage foule aux pieds une mauvaise loi, il

19. *Le Neveu de Rameau,* édit. Jean Fabre, Genève-Droz et Paris-Minard, 1950, p. 10-11. Sur la place tenue par Socrate dans l'œuvre et la pensée de Diderot, voir J. Seznec « Le Socrate imaginaire », *Essais sur Diderot et l'Antiquité,* Oxford, Clarendon Press, 1957, p. 1-22, et R. Trousson, *Socrate devant Voltaire, Diderot et Rousseau,* Paris, Minard, 1967.

20. Diderot, *Œuvres philosophiques,* édit. P. Vernière, Classiques Garnier, 1961, p. 504.

autorise par son exemple tous les fous à fouler aux pieds les bonnes ». L'un parlait en souverain, l'autre en citoyen[21].

N'est-il donc de comportement civique que dans le conformisme ? Ce serait la leçon désabusée du *Neveu de Rameau*. Tandis que *Lui* choisit avec cynisme de s'accommoder des choses telles qu'elles sont, pour en tirer profit, le moraliste qui lui fait face ne peut qu'énoncer un vœu pieux : « Une société ne devrait point avoir de mauvaises lois[22]. » Et à défaut de vivre dans cette société idéale, *Moi* envisage de sauvegader sa bonne conscience en se retirant à l'écart des hommes, dans le tonneau de Diogène[23]... La tentation n'est cependant pas plus durable que les rêves anarchisants auxquels il arrive à Denis Diderot de se laisser aller, jouant avec l'image d'une société sans prêtres, sans lois et sans rois[24]. Entre les deux extrêmes de la résignation et de l'anarchie, l'*Entretien d'un père avec ses enfants* essaie de tracer une voie moyenne qui réserverait à une petite élite l'usage du droit de désobéir. Ce texte au sous-titre explicite, publié en 1771 dans la *Correspondance littéraire* et enrichi ultérieurement de plusieurs additions, est l'analyse d'un cas de conscience, sous la forme d'un dialogue entre le « vieux forgeron » Didier Diderot et son fils le Philosophe[25]. Le premier a-t-il eu raison de respecter jadis le testament du curé de Thivet, découvert fortuitement, qui déshéritait des proches misérables au profit d'un riche et avare libraire parisien ? Sur le moment, le casuiste consulté avait tranché : « il n'est permis à personne d'enfreindre les lois »[26]. Vingt ans plus tard, le narrateur s'interroge encore, et Denis s'emploie à fortifier ses doutes : « il fallait écouter votre cœur, qui n'a cessé de réclamer depuis »[27]. Lui-même n'aurait pas hésité longtemps :

---

21. *Op. cit.*, p. 759-760.
22. *Op. cit.*, p. 11.
23. *Ibid.*, p. 106-107.
24. Que dirait l'homme s'il laissait parler en lui la nature ?
    — Je ne veux ni donner ni recevoir de lois —
    Et ses mains ourdiraient les entrailles du prêtre,
    A défaut d'un cordon, pour étrangler les rois.
    Les Eleuthéromanes, 1772, t. X, p. 22.
25. *Entretien d'un père avec ses enfants ou du danger de se mettre au-dessus des lois.* Sur la part du souvenir et celle de la fiction dans ce dialogue, voir les commentaires de P. Vernière dans Diderot, *Œuvres philosophiques.* L'entretien réel que l'écrivain recrée aurait eu lieu en novembre 1754. Le curé de Thivet était mort, lui, plus de vingt ans auparavant, en février 1733.
26. *Ibid.*, p. 421.
27. *Ibid.*, p. 433.

> Est-ce que l'homme n'est pas antérieur à l'homme de loi ? Est-ce que la raison de l'espèce humaine n'est pas tout autrement sacrée que la raison d'un législateur[28] ?

La sagesse du père n'est cependant pas disposée à dire aussi lestement que la philanthropie du fils : « tant pis pour la loi »[29]. Tout au plus fit-elle *in fine* dans sa direction un demi pas :

> Lorsque ce fut mon tour de lui souhaiter la bonne nuit, en l'embrassant, je lui dis à l'oreille : « Mon père, c'est qu'à la rigueur il n'y a point de loi pour le sage...
>
> — Parlez plus bas...
>
> — Toutes étant sujettes à des exceptions, c'est à lui qu'il appartient de juger des cas où il faut s'y soumettre ou s'en affranchir.
>
> — Je ne serais pas fâché, me répondit-il, qu'il y eût dans la ville un ou deux citoyens comme toi ; mais je n'y habiterais pas, s'ils pensaient tous de même[30].

Malgré cette concession finale où s'affirme, par-delà leurs divergences de vues, la connivence profonde du père et du fils, le débat n'a manifestement pas trouvé de conclusion définitive. Aussi rebondit-il l'année suivante dans le *Supplément au voyage de Bougainville*. On sait comment l'apologue amplifie et radicalise, dans une perspective rousseauiste, la critique de la société policée :

> Il existait un homme naturel : on a introduit au-dedans de cet homme un homme artificiel : et il s'est élevé dans la caverne une guerre continuelle qui dure toute la vie[31].

Ainsi, faute d'avoir rigoureusement calqué le code religieux et le code civil sur le code de la nature, l'homme civilisé est dramatiquement divisé contre lui-même[32]. C'est l'explication anthropologique du trouble de conscience persistant de Didier Diderot. Mais ce n'est pas le dernier mot du texte. Si l'innocence à la tahitienne est à jamais perdue, s'il n'est pas de refuge dans l'idylle, faut-il que la conscience abdique en faveur de la loi ? C'est la question, en forme de dilemme, que pose l'interlocuteur *A :*

> Que ferons-nous donc ? reviendrons-nous à la nature ? nous soumettrons-nous aux lois ?

---

28. *Ibid.*, p. 436.
29. *Ibid.*, p. 434.
30. *Ibid.*, p. 443.
31. *Op. cit.*, p. 511.
32. *Ibid.*, p. 504.

Négligeant, comme futile, le premier terme de l'alternative, la réponse de *B* prêche une fois de plus le légalisme, et l'écho qu'en renvoie son partenaire en accentue le conformisme :

> *B* — Nous parlerons contre les lois insensées jusqu'à ce qu'on les réforme ; et, en attendant, nous nous y soumettrons. Celui qui, de son autorité privée, enfreint une loi mauvaise, autorise tout autre à enfreindre les bonnes. Il y a moins d'inconvénients à être fou avec des fous, qu'à être sage tout seul.
>
> *A* — Prendre le froc du pays où l'on va, et garder celui du pays où l'on est[33].

On voit pourtant que le cercle est enfin brisé. Diderot n'en reste pas au scepticisme de son ami Montaigne. Désormais la soumission n'est plus qu'une attitude provisoire, justifiée non par la résignation, mais par l'action. *Nous parlerons contre...* : devant l'injustice, le sage ne restera pas passif, il parlera. A qui ? aux puissants qui font la loi, mais aussi à l'opinion publique, puissance nouvelle qui au XVIIIe siècle découvre sa force. Le plus neuf de ces trois mots est peut-être le pluriel *nous* : car il implique tout autre chose que l'affranchissement individuel du seul sage, une action collective. Dès 1771, dans les textes réunis sous le titre de *Pages contre un tyran* (le tyran est encore Frédéric II), Diderot défendait contre le roi de Prusse l'*Essai sur les préjugés* de son ami d'Holbach :

> Qu'appelez-vous respecter la forme du gouvernement sous lequel il vit ? Entendez-vous qu'il faut se soumettre aux lois de la société dont on est membre ? il n'y a pas de difficulté à cela ; prétendez-vous que si ces lois sont mauvaises, il faut garder le silence ? ce sera peut-être votre avis, mais comment le législateur reconnaîtra-t-il le vice de son administration, le défaut de ses lois, si personne n'ose élever la voix[34] ?

Élever la voix, c'est ce à quoi le Philosophe s'encourage dans l'*Essai sur Sénèque*, méditation intense sur l'engagement politique du sage. C'est ce qu'il fait en collaborant activement à l'*Histoire des deux Indes* de l'abbé Raynal, puis lorsqu'il prend la défense de celui-ci, en 1781, contre la lâcheté de Grimm[35]. La solution aux

---

33. *Ibid.*, p. 515.
34. *Œuvres complètes*, t. IX, p. 685.
35. *Lettre apologétique de l'abbé Raynal à Monsieur Grimm*, 1781, *Œuvres complètes*, t. XIII, p. 63-79. Sur la complexité de ce texte, voir G. Benrekassa, « Scène politique, scène philosophique, scène privée : à propos de la *Lettre apologétique...* », dans *Interpréter Diderot aujourd'hui*, Colloque de Cerisy, Le Sycomore, 1984, p. 169-195.

antinomies de la loi civile n'est donc pas spéculative, mais pratique. Non seulement l'esprit critique de Diderot le détourne de toute utopie législatrice — il n'est pas plus enclin que Montesquieu à céder à la « nomophilie » de son siècle[36] — mais il le pousse à faire au long de sa vie le tour de la question en s'efforçant de la poser — c'est sa marque propre — de façon de plus en plus concrète. L'un des résultats les plus neufs de cette démarche originale est de dédramatiser le problème du droit de résistance : relevant traditionnellement d'une éventualité limite, voire catastrophique, l'exercice de ce droit appartient désormais au domaine de la vie quotidienne. Banalisation féconde qui résout la question de la loi civile par un double déplacement : de la théorie à la pratique et du juridique à la politique.

Jean EHRARD

Université de Clermont-Ferrand

36. Voir Simone Goyard-Fabre, « La nomophilie des Lumières », *Philosophie politique XVIe-XXe siècle*, PUF, 1987, p. 267 sq. Si le XVIIIe siècle a parfois trop attendu de la loi, Montesquieu n'a pas donné dans ce travers : voir ses réflexions sur les lois et les mœurs dans *L'Esprit des Lois*, XIX, 14.

Simone GOYARD-FABRE

LE PRESTIGE DE LA LOI
A L'ÉPOQUE RÉVOLUTIONNAIRE

LE PRESTIGE DE LA LOI A L'ÉPOQUE RÉVOLUTIONNAIRE

Bien que le problème de la loi des Cités ait été, de tout temps, l'un des pôles de la philosophie politique, il suscita, dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, un intérêt intense. La parution, dans le sillage de *L'Esprit des Lois* et du *Contrat social*, de nombreux essais et traités de législation en est le signe[1]. Dans les salons, les cafés, les clubs à la mode, on discute avec ferveur des vertus de la loi et l'on vante Rousseau qui en a célébré « les ouvrages prodigieux ». En 1790, le député Romme[2] crée à Paris, au Faubourg Saint-Antoine, le *Club des Nomophiles*, dont la belle Théroigne de Méricourt devient l'égérie[3]. La passion de la loi gagne les cénacles journalistiques et, dans des gazettes comme *La Sentinelle*, *La Bouche de Fer*, *Le Publiciste...*, des plumes plus ou moins illustres — celles de Marat, de Siéyès, de Condorcet, mais aussi celles de Thomas Paine ou d'Etta Palm — exhalent, au cœur de la Révolution, un mélange détonant de réflexion théorique et de passion politico-législatrice.

---

1. Au siècle des Lumières, ces traités ne sont pas chose nouvelle ; le traité de Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, avait connu une seconde édition en 1695 ; l'abbé Castel de Saint-Pierre avait publié à Utrecht, en 1713, son *Projet de paix perpétuelle* ; J.B. Vico avait fait paraître la *Scienza nuova* en 1725.

   Mais, après 1762, date de publication du *Contrat social* de Rousseau, les ouvrages de législation se multiplient. Citons par exemple :

   1755 : le *Code de la Nature*, du mystérieux Morelly (probablement le fantôme de Diderot).

   1756 : l'*Ami des hommes* ou *Traité de la population*, du marquis de Mirabeau (1715-1789).

   1764 : le *Traité des Délits et des Peines* de Cesare Beccaria (1738-1794) ; l'ouvrage fut traduit en français dès 1766.

   1767 : le *Traité des Lois civiles* de Simon-Nicolas-Henri Linguet (1736-1794) ; les *Cours* et les *Commentaires on the Laws of England* (1765-1769) de Blackstone (1723-1780).

   1776 : *De la Législation* ou *Principes des Lois*, de Gabriel Bonnot de Mably (1709-1785).

   1780-1788 : la *Science de la Législation* de Gaëtano Filangieri (1752-1788).

   1789 : le *Traité de la législation civile et pénale* de Jérémie Bentham (1748-1832).
2. Romme sera l'un des inventeurs du calendrier républicain.
3. Cf. J. Carbonnier, « La passion des lois au siècles des Lumières », *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, 5e série, t. XLII, 1976, 12, p. 540-554.

L'enthousiasme législateur se confond avec l'optimisme juridique. Les déclarations solennelles et les textes constitutionnels des Assemblées révolutionnaires signifient même, de manière officielle, que, par la médiation de la loi, la perfectibilité de l'homme va s'accomplir en progrès et inaugurer une « civilisation » — le mot est nouveau[4] — qui ne permette rien de moins que la synthèse du bonheur et de la liberté. Le prestige accordé à la loi civile fait d'elle l'instrument institutionnel de la promotion des peuples.

La confiance prêtée à la loi n'exprime point, cependant, la mode politico-juridique d'une époque. Elle véhicule une philosophie aux racines profondes[5] dont Rousseau a forgé l'armature conceptuelle.

Bien que la Révolution, loin d'être unitaire, comporte deux phases qui sont, en fait, deux révolutions — la révolution libérale et bourgeoise et la révolution jacobine, plus plébéienne[6] —, elle nourrit une conception de la loi qui se réclame, en ses deux périodes, des mêmes philosophèmes : ils sont, dit-on, l'héritage de Rousseau qui, sans l'avoir voulu, était devenu, par la magie d'une formule : « les prodiges de la loi », le maître à penser des hommes de la Révolution. Nous verrons dans un premier point en quoi il apportait au législateur révolutionnaire un canevas conceptuel et une espérance téléologique.

Mais, au nom de ces principes, une frénésie législatrice s'empara des assemblées révolutionnaires successives : ce fut, de Siéyès à Robespierre, le temps de la fidélité infidèle à Rousseau. En mêlant aux requêtes rationnelles une effervescence passionnelle, on voua un culte à la loi dont les prestiges furent près de se transformer en vertiges. Nous verrons dans un second point jusqu'où devait conduire la mystique de la loi.

---

4. Le mot *civilisation* ne sera enregistré par le *Dictionnaire de l'Académie française* que dans sa 5e édition, en l'an VII de la République (1788). Il semble cependant être apparu un quart de siècle plus tôt, sous la plume du père de Mirabeau. Sur l'histoire du terme *civilisation*, cf. L. Febvre, *Civilisation, le mot et l'idée*, Première semaine internationale de synthèse, Renaissance du Livre, 1930, et E. Benveniste, « Civilisation, contribution à l'histoire du mot », *Éventail de l'histoire vivante*, Colin, 1953.
5. Le fait que l'on parle alors beaucoup plus de *la* loi que *des* lois en est le signe.
6. La première révolution va de la prise de la Bastille à la création de la *Législative* en octobre 1791 ; la seconde durera jusqu'à thermidor (juillet 1794) et s'achèvera par la chute de Robespierre.

I. L'armature conceptuelle de l'enthousiasme législatif

Les audaces conceptuelles qu'enveloppe l'idée de la loi à l'époque révolutionnaire viennent pour la plupart de Rousseau. Pour vanter « les prodiges de la loi », il avait en effet conféré à sa théorie une architectonique que la prégnance d'un petit nombre d'idées-force rendait exemplaire. Cassirer n'a pas tort de considérer la loi comme la pierre angulaire du système de Rousseau.

1. La loi, dit Rousseau dès l'article *Économie politique*[7], est l'expression de la volonté générale. De même, le *Manuscrit de Genève*[8] et le *Contrat social*[9] la définissent comme « un acte public et solennel de la volonté générale ». Celle-ci étant propre à la « personne publique », elle est « l'autorité suprême » qui a nom « souveraineté »[10]. Ainsi, pour Rousseau comme pour Bodin — bien qu'il ne le cite point —, la souveraineté est « puissance de donner et de casser la loi »[11]. Mais, tandis que Bodin, attaché à justifier la monarchie de France, déclarait que la souveraine puissance « donne lois aux sujets en général sans leur consentement »[12], Rousseau voit dans les lois « les déclarations de la volonté collective » qui anime le « moi commun »[13]. La puissance de faire les lois est, par essence, l'attribut du peuple souverain. A raison de sa génération contractualiste selon un schéma mathématique d'intégration qui la distingue de la volonté de tous, la volonté générale, une, commune et indivisible, « peut *seule* diriger les forces de l'État selon la fin de son institution qui est le bien commun »[14]. Et, comme « la volonté publique tire son plus grand poids de la raison qui l'a dictée »[15] et que la volonté générale est « la raison publique », la loi possède un caractère éminemment rationnel qui fait d'elle « la plus sublime des institutions humaines »[16].

---

7. *Économie politique*, p. 245. Nous nous référons aux *Œuvres* de Rousseau, sauf mention expresse, dans la bibliothèque de la Pléiade, t. III.
8. *Manuscrit de Genève*, II, IV, p. 326.
9. *Le Contrat social*, II, VI, p. 378.
10. *Économie politique*, p. 244.
11. J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, l. I, ch. X, p. 221 et 223 dans l'édition de Paris de 1583, reprint Scientia Aalen, 1961.
12. *Ibid.*, I, VIII, p. 142.
13. *Le Contrat social*, I, VI, p. 361.
14. *Économie politique*, p. 246 ; *Manuscrit de Genève*, I, IV, p. 294.
15. *Économie politique*, p. 249.
16. *Manuscrit de Genève*, I, VII, p. 310. Non seulement il appartient à la loi de manifester concrètement l'action du peuple en corps : « le corps politique agit par des lois et il ne

Avant Kant — quoique sans maîtriser l'instrument linguistique du criticisme —, Rousseau pense que les lois, par leur fondation dans la rationalité de la volonté générale, sont l'Idée pure de l'État de droit.

2. La déduction rationnelle de la loi suffit à en expliquer la généralité : sa généralité *formelle* qui la désigne comme fille légitime d'une démocratie originaire souveraine[17], et sa généralité *matérielle* puisque, sous peine de contradiction logique ou de nullité politique, la loi a le bien commun pour unique finalité et ne peut viser un objet particulier. « L'objet de la loi doit être général ainsi que la volonté qui la dicte. » Émanant de tous, elle vaut pour tous. Cette double généralité fait « le vrai caractère de la loi », de sorte que c'est seulement lorsque « tout le peuple statue sur tout le peuple » qu'elle existe vraiment. L'origine et la fin de la loi se rejoignent. « Partant de tous pour retourner à tous »[18], elle a, comme la philosophie selon Hegel, la beauté parfaite du cercle.

Le pouvoir de séduction de la raison légiférante est d'autant plus grand que la volonté générale étant toujours droite et ne pouvant errer — le peuple veut toujours son bien[19] —, la loi est bonne par cela seul qu'elle est la loi[20].

Non seulement donc les Révolutionnaires sauront distinguer la *loi* du *décret*[21], mais, convaincus que la loi porte en elle un impératif rationnel, ils estimeront qu'elle est, en sa forme, universelle, droite et juste.

3. Le formalisme de la loi explique les « prodiges » que rend possibles son invention « sublime ». La loi dictant « à chaque citoyen les préceptes de la raison publique », c'est « à elle seule que les hommes doivent la justice et la liberté »[22].

---

saurait agir autrement » (*Lettres écrites de la Montagne*, VIe lettre, p. 807), mais la fondation de la loi dans l'être abstrait et rationnel du Souverain la place « au-dessus des hommes » (Lettre à Mirabeau, in *Lettres philosophiques*, présentées par H. Gouhier, Vrin, 1974, p. 167).

17. *Manuscrit de Genève*, I, IV, p. 327.
18. *Ibid.*, I, VI, p. 306.
19. *Le Contrat social*, II, III, p. 371.
20. Cf. Kant, *Doctrine du Droit*, § 46.
21. La distinction entre la *loi* et le *décret*, qui porte sur un objet particulier (*Manuscrit de Genève*, II, IV, p. 328 ; *Le Contrat social*, II, VI, p. 379) sera consacrée par les juristes dans la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* du 26 août 1789 (article 6), dans la *Constitution de 1793* (articles 54 et 55) et dans le *Code Napoléon* de 1804.
22. *Économie politique*, p. 248 ; *Manuscrit de Genève*, I, VII, p. 310.

En faisant de « l'établissement des lois »[23] « l'entreprise grande et difficile »[24] qui est la tâche prioritaire de la République, Rousseau admettait que « la première des lois est de respecter les lois »[25] et il avouait une tentation positiviste qui ne pouvait que séduire les hommes de la Révolution, peu enclins à la métaphysique ou à une théologie politique.

Cependant, Rousseau n'est pas positiviste, pas plus qu'il n'est, d'ailleurs, jusnaturaliste. A mi-chemin entre Pufendorf et Hegel, et proche de Kant, il écrit : « Toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source ; si nous savions la recevoir de si haut, nous n'aurions besoin ni de gouvernement ni de lois[26]. » Donc, il faut que « dans l'état civil, tous les droits soient *fixés* par la loi »[27]. Celle-ci est la sanction et la garantie du droit. Elle arrache ainsi l'homme à ses fers et lui donne l'assurance d'œuvrer à la liberté et à l'égalité, donc, à la justice[28].

4. Aussi bien Rousseau voulait-il que la loi, sublime en sa source et prodigieuse en ses ouvrages, fût inscrite « au fond des cœurs »[29]. C'est ce qu'avaient fait naguère ces « hommes extraordinaires en l'État »[30] que furent « les grands législateurs »[31] comme Moïse, Lycurgue ou Numa. Les lois civiles, en effet, ne sauraient entrer en conflit avec les commandements de la conscience ; c'est pourquoi elles constituent un « code moral »[32]. Ainsi Lycurgue voulut-il écrire ses lois « dans le cœur des Spartiates »[33] : elles « attachent les cœurs des citoyens à l'État »[34]. Dès lors, obéir à des lois qu'on aime est une école de vertu. Les citoyens, n'étant que par la République, ne sont que pour elle[35]. D'ailleurs, elle a tout ce qu'ils ont et elle est tout ce qu'ils sont.

Comment, dans ces conditions, la loi civile ne serait-elle point

---

23. *Économie politique*, p. 264.
24. *Le Contrat social*, II, VI, p. 378.
25. *Économie politique*, p. 249.
26. *Manuscrit de Genève*, II, IV, p. 326 ; *Le Contrat social*, II, VI, p. 378.
27. *Le Contrat social*, II, VI, p. 378.
28. *Ibid.*, II, XI, p. 391.
29. *Fragments politiques*, VI, p. 510.
30. *Manuscrit de Genève*, II, II, p. 312.
31. *Le Contrat social*, II, VII, p. 381.
32. Lettre à Voltaire du 18 août 1756, *Correspondance générale*, t. II, p. 322.
33. *Fragments politiques*, IV, VI, p. 492.
34. *Le Contrat social*, IV, VIII, p. 465.
35. *Fragments politiques*, VI, p. 511.

comparable à « l'or pur qu'il est impossible de dénaturer par aucune opération »[36] ?

Rousseau est donc fondé à affirmer, dans son *Projet de gouvernement pour la Corse*, qu'« un gouvernement sans loi ne peut être un bon gouvernement »[37].

La force et la séduction du message de Rousseau le firent entendre — ou, du moins, on crut l'entendre. Il déchaîna, avec l'obsession de la loi, « un délire de littérature légiférante »[38].

II. Les effets de la fidélité infidèle à Rousseau

La puissance conceptuelle qui cristallisait dans la définition de la loi comme expression de la volonté générale s'avérait d'autant plus riche qu'elle correspondait à la revendication de liberté désormais substituée, dans le mouvement historique des idées, au besoin de sécurité et de propriété que les philosophies de Hobbes et de Locke avaient thématisé. Médiation créatrice, la loi, initiative humaine, mettait la volonté de l'homme au service de l'homme.

Ainsi la loi devint-elle l'objet d'une *passion rationalisante* qui en provoqua la surenchère et déclencha une prolifération de textes en laquelle se prépara la césure entre la théorie et la pratique.

1. En janvier 1789, Siéyès publiait *Qu'est-ce que le tiers état ?* Le factum, plus militantiste que philosophique, est en quelque sorte l'écrit programmatique de la révolution libérale : si le tiers état n'a rien été jusqu'à présent dans l'ordre politique, il demande à y être quelque chose[39]. Or, le pragmatisme libéral de Siéyès s'adosse à une conception de la loi qu'il dit héritière de Rousseau, quoiqu'elle s'écarte des thèses du *Contrat social*.

La loi, expression de la volonté générale, devient, selon Siéyès, expression de la volonté *nationale* : « La volonté nationale n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité »[40]. « De quelque manière qu'une nation veuille, il

36. *Manuscrit de Genève*, II, II, p. 315.
37. *Projet de gouvernement pour la Corse*, p. 901.
38. J. Carbonnier, *art. cit.*, p. 547.
39. Emmanuel Siéyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, réédition PUF, 1982, p. 27, 32 et 36.
40. *Ibid.*, p. 68.

suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême »[41].

Certes, il s'agit, pour Siéyès comme pour Rousseau, de ne plus chercher la source de la loi dans la volonté du Roi. Mais, tandis que le rationalisme spéculatif de Rousseau construisait mathématiquement « l'être abstrait » de la volonté générale, le pragmatisme militant de Siéyès substitue à l'idée de légitimité monarchique l'idée de légitimité nationale[42].

Siéyès n'est pas de ceux qui font l'analyse lexicographique des termes qu'ils emploient ; mais il s'écarte du formalisme de Rousseau en croyant le suivre. Tout en déclarant, contre Boulainvilliers et Mably, qu'il n'appartient pas à l'histoire d'apporter des modèles institutionnels[43], il préfère, aux formes pures du « contrat social », le pacte relativisé des projets de Constitution que forgea Rousseau pour la Pologne et la Corse. En effet, les lois, selon lui comme selon Montesquieu, doivent être appropriées à la nature spécifique d'une nation. Ne se plaçant pas, comme Rousseau dans *Le Contrat social*, du point de vue de l'universel, il ne peut dire qu'« il faudrait des dieux pour donner des lois aux hommes »[44] ; c'est la nation elle-même et dans son entier qu'il faut consulter[45].

Dès lors, l'infidélité à Rousseau est consommée. La volonté de la nation, étant « la loi elle-même », ne saurait, selon Siéyès, s'exprimer que par procuration : pour des motifs psycho-sociologiques proches de ceux énoncés par Montesquieu, des *représentants* ont commission de légiférer aux lieu et place de ceux qui les choisissent. Tandis que la théorie déductive de Rousseau le conduisait logiquement à conclure que « toute loi que le *peuple en corps* n'a pas ratifiée (...) n'est point une loi »[46], Siéyès, suivi par d'autres Constituants comme Mounier[47] et Barnave[48], est hostile à la démocratie directe. Un concept que Rousseau récusait — celui de « volonté commune *représentative* » — se trouve concrétisé par la

41. *Ibid.*, p. 69.
42. *Ibid.*, p. 66 : « Il s'agit de savoir ce qu'on doit entendre par la constitution politique d'une société, et de remarquer ses justes rapports avec la nation elle-même. »
43. C'est pourquoi imiter la Constitution anglaise ne lui semble pas de bon aloi. *Ibid.*, p. 59-61.
44. Rousseau, *Le Contrat social*, III, IV, p. 406 : « S'il y avait un peuple de Dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes. »
45. Siéyès, *op. cit.*, p. 72.
46. Rousseau, *Le Contrat social*, III, XV, p. 430.
47. Cf. *Archives parlementaires*, première série, t. VIII, p. 410.
48. *Ibid.*, t. XXX, p. 115.

formation de l'*Assemblée nationale*, seule habilitée à faire une Constitution et à légiférer. Les députés n'y sont point, dit Siéyès, de simples « porteurs de vote », c'est-à-dire porteurs d'un mandat impératif. Ils ne sont pas des commissaires liés à leur commettants. Ils veulent en commun, pour la nation entière[49]. Mounier ne dit rien d'autre : « le corps législatif est institué par la nation et chargé de vouloir pour elle »[50]. Un peu plus tard, Talleyrand renchérit : le député est « l'homme que le baillage charge de vouloir en son nom, mais de vouloir comme il voudrait lui-même »[51]. La nation est « un corps d'associés... représentés par la même législature ».

Ainsi, pour rendre opératoires des concepts spéculatifs, Siéyès et ses amis médiatisent dans la compétence législative des députés de l'Assemblée nationale les aspirations des citoyens à la liberté et à l'égalité. Son libelle symbolise la patrologie républicaine et c'est sous sa plume — et non sous celle de Rousseau — que le mot *république* change de forme et de sens. Par son appareil législatif, la république signifie dorénavant la souveraineté et l'autonomie de la nation. Il y a selon Siéyès une essence démocratique de l'idée de *nation* que n'enveloppait pas le concept de *volonté générale* selon Rousseau.

2. Les assemblées révolutionnaires font dès lors moisson de la doctrine et, dans leurs multiples textes, donnent à la loi une figure concrète.

La *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* du 26 août 1789, qui deviendra le préambule de la *Constitution de 1791*, est un peu — bien qu'elle ne s'énonce pas à la première personne — une prosopopée de la loi qui opère la synthèse de Rousseau et de Siéyès[52]. Ne dit-elle point en son article 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale » et, en son article 3 : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement en la nation » ? Quoi qu'il en soit, les hommes de la Constituante, en votant la Constitution du 3 septembre 1791, donnaient vie à l'idée de *représentation*[53] qui, selon eux, apurait la volonté nationale : les députés étaient des

49. Siéyès identifie la nation au tiers-état, mais c'est un autre problème.
50. *Archives parlementaires*, première série, t. VIII, p. 561.
51. Cité par Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, éd. CNRS, 1962, t. II, p. 248, note.
52. Sur cette *Déclaration*, nous renvoyons à notre article « Droits de l'homme et devoir d'humanité », *Droits*, 1988, n° 7.
53. *Constitution de 1791*, titre III, art. 2 : « La Nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. »

notables éclairés, dont l'office était de rationaliser la volonté générale en la vidant des élans passionnels du peuple-nation.

Les textes officiels conféraient ainsi un triple sens à la loi : *idéologiquement*, elle impliquait condamnation, par sa genèse dans les délibérations de l'Assemblée, des maximes d'Ancien régime, comme « une foi, un Roi, une loi ». *Politiquement*, parce que l'Assemblée était le symbole de l'impersonnalité de l'autorité civile, la loi était l'expresion et l'index de la liberté des citoyens ; à tout le moins la leur promettait-elle. *Juridiquement*, la loi civile étatique effaçait les particularismes provinciaux que la Monarchie n'avait jamais surmontés à cause de l'obstination des Parlements.

Aux yeux du philosophe, la loi tenait donc moins son prestige du caractère idéaliste et abstrait de sa double généralité que de son pouvoir concret de sceller l'unité de la nation et de promouvoir, comme le dit l'article 6 de la *Déclaration* de 1789, l'égalité des citoyens[54]. D'une certaine manière, Rousseau était déjà trahi... En tout état de cause, le fait que l'Assemblée qui, le 1er octobre 1791, succéda à la *Constituante*, se fût appelée la *Législative*, est, en soi, un symbole : *la loi était le paradigme de la politique nouvelle*. En tous domaines — justice, finances, armée, diplomatie, économie, clergé[55], éducation, assistance publique... —, la *Législative* poursuivit l'œuvre immense de la *Constituante*[56]. Quant à la *Convention*, plus démocratique puisqu'elle décréta en septembre 1792 l'abolition de la royauté pour proclamer la république, elle ne modifia pas le prestige du législateur dans l'enceinte parlementaire. C'est un peu un mythe qui oppose la Constitution de 1793 à celle de 1791 en distinguant la souveraineté du peuple et la souveraineté nationale[57]. Ce qui semble en tout cas le plus important, et que

54. *Déclaration des droits*, art. 6 : « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics ».

55. Dès juillet 1790, la *Constituante* avait voté la *Constitution civile du clergé* qui faisait de tous les ecclésiastiques des fonctionnaires d'État.

56. Cf. L. Cahen et R. Guyot, *L'œuvre législative de la Révolution*, Alcan, 1913.

57. Sur ce point, cf. G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Éditions du CNRS, 1985.

Pour Siéyès, les termes *nation* et *peuple* « doivent être synonymes » (*Archives parlementaires*, première série, t. VIII, p. 260). « Le peuple ou la nation ne peut avoir qu'une voix, celle de la législature nationale » (*ibid.* p. 595). La *Déclaration* de 1789, reprise en 1791, commence par ces mots : « Les représentants du peuple, constitués en Assemblée nationale... ».

Selon Robespierre (Discours du 28 décembre 1792, *Archives parlementaires*, première série, tome LVI, p. 18), la seule différence que l'on aurait pu trouver entre les deux termes aurait résulté de la présence de classes sociales non homogènes dans la nation. Mais l'abolition des privilèges, le 4 août 1789, a fait disparaître cette différence.

soulignait le député Romme dans son rapport du 17 avril 1793, c'est que « tous les actes de la volonté générale » — donc, les lois — doivent « concourir à l'établissement de la meilleure manière de vivre en société »[58]. La loi est donc devenue la règle de l'organisation sociale. Le *Bulletin des lois de la République* révèle avec quelle frénésie architectonique les Assemblées multiplient les lois.

3. La pensée jacobine continuera de subsumer la loi sous la convergence des deux concepts de volonté générale et de souveraineté du peuple. Mais, tout en soulignant le caractère rationnel de toute législation républicaine, elle érigera un *culte* à la loi.

Robespierre, dès septembre 1789, publiait à propos du veto royal un texte qu'il n'avait pu prononcer à la tribune de la *Constituante*. Il déclarait : « Celui qui dit qu'*un* homme a le droit de s'opposer à la loi, dit que la volonté d'*un seul* est au-dessus de la volonté de *tous* » et il dénonçait le veto du roi comme « un monstre inconcevable en morale et en politique ». Comme Rousseau, Robespierre mettait donc la loi au-dessus des hommes et lui accordait un caractère inviolable et sacré. Dans le même esprit, Cambacérès la désigne comme « le dépôt sacré de la volonté générale ». Parce que la loi est censée exprimer le consensus du peuple fait de ces « sans-culotte » dont Robespierre se proclame « la sentinelle », elle devient objet de dévotion. Le député Chaumette déclare même que c'est « la déesse Raison » qui parle dans la loi. Cette même phraséologie trouve place chez celui qu'on appelle « le dieu Marat »[59], mais aussi chez Couthon, Barrère ou Saint-Just (qui sont loin d'être des dieux !) ; on la retrouve même sous la plume du sage Portalis qui parle de la loi comme d'une « ancre salutaire » et d'une « arche sainte ».

La Constitution montagnarde de 1793 (article 7) parle du « peuple souverain » et (article 21) de « la représentation nationale ». L'article 23 mentionne « la souveraineté nationale » et l'article 25 précise qu'elle « réside dans le peuple ».

S'il est vrai que le député Romme écrit dans un rapport du 17 avril 1793 (*Archives parlementaires*, première série, t. LXII, p. 264) : « le peuple, c'est tous les individus du corps social ; la nation, c'est tous les membres du corps politique », il semble bien que la distinction entre *souveraineté du peuple* et *souveraineté nationale* ne doive se préciser qu'avec les premiers théoriciens du libéralisme et qu'elle ne soit pas étrangère aux influences contre-révolutionnaires. Nous aborderons ce thème dans notre contribution au Colloque de 1988 consacré à *État et Nation*, cf. *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° XIV.

58. *Archives parlementaires*, première série, t. LXII, p. 264.

59. J.-P. Brancourt, « Du Dieu Marat à l'Être suprême », *Vu de Haut*, 1985, IV, p. 53-75.

Cette *mystique de la loi*, qui va s'amplifiant de la Constituante aux Comités de Salut public, cache l'espérance que confiera au monde le dernier discours de Robespierre, le 8 thermidor[60] : lorsque les lois sont bonnes, dit-il en substance, les citoyens sont meilleurs et servent mieux l'État. Entendons que les lois ont une fonction éducatrice : il faut qu'elles gouvernent le monde puisque les hommes ne savent pas le faire. Elles sont une école de morale et de vertu tout autant que l'expression du civisme.

Les « philosophes » en avaient ainsi pensé. Helvétius avait écrit que « la science de la morale n'est pas autre chose que la science de la législation »[61]. Condorcet réclamait que l'ont fît « de bonnes lois pour détruire les mauvaises mœurs »[62]. Portalis devait assigner pour but à la législation de « rendre les hommes meilleurs ». Grenier, autre rédacteur du *Code Napoléon*, écrira même que la législation est appelée à devenir « la morale universelle ». Hegel estimera que Robespierre posait « le principe de la vertu comme l'objet suprême »[63] auquel les lois avaient pour office premier de contribuer. C'était vrai. Pour Robespierre « l'Incorruptible », la vertu se confondait avec « l'amour de la patrie et de ses lois »[64]. Le 18 Floréal, il affirmait à la tribune de la *Convention* : « Aux yeux du législateur, tout ce qui est utile au monde et bon dans la pratique est la vérité ». La loi, en somme, était la moralité en-soi et pour-soi, à telle enseigne que quatre vagues législatrices, entre mars 1793 et le milieu de l'an III, décideront que tout « hors-la-loi » est civilement, donc moralement, mort[65].

Mais un manichéisme inconscient guettait. Les Constitutionnels en vinrent à penser que, dans la loi et par la loi, c'étaient les bons qui parlaient contre les méchants. Croyant être fidèle à Rousseau, proclamé « génie tutélaire » de la Révolution et à qui, en pleine Terreur montagnarde, la *Convention* décidait, le 25 Germinal an II (14 avril 1794), de donner les honneurs du Panthéon, Robespierre fit adopter, en juin 1794, l'institution de la *religion civile*. Dès lors, la *loi* et la *fête* se confondaient. Rousseau n'avait-il pas écrit :

---

60. Robespierre, *Œuvres*, t. X, PUF, 1967 : séance du 26 juillet 1794.
61. Helvétius, *De l'Esprit*, chap. XVII, § 21.
62. Cf. *Réponse de Condorcet à d'Éprémesnil*, 1779.
63. Hegel, *Leçons sur la philosophie de l'Histoire*, traduction Gibelin, Vrin, 1967, p. 342.
64. Robespierre, Discours du 7 février 1794 intitulé « Sur les principes de morale politique qui doivent guider la Convention ».
65. Cf. Michel Pertué, « Note sur la mise hors-la-loi sous la Révolution française », *Bulletin de l'Histoire de la Révolution française*, année 1982-1983, Paris, 1985, p. 103-118.

« Plantez au milieu d'une place un piquet couronné de fleurs, rassemblez-y le peuple et vous aurez une fête. »[66] ?

Mais celui qui se disait fils de Jean-Jacques n'avait nul penchant romantique. Il était, il se voulait *légaliste*. La loi, sous son impulsion, enfantait un culte et une *liturgie*. Sa célébration était une élévation. La fête devenait un mythe. En son moment eschatologique, elle était la joie publique. Il n'était plus besoin de dieux pour instituer la démocratie. Dans la théâtralité du phénomène constitutionnel et législatif, la loi était devenue un signe juridique à valeur incantatoire et mystique[67].

*

Robespierre mort, la République apparut, selon le mot de Cabanis, rescapé de la Terreur, « impérissable »[68]. Mais Benjamin Constant vit que le triomphe de la théorie devenait une calamité dans l'application[69] et Kant, rompant son silence, ne put que condamner la déchirure entre la théorie et la pratique. La république des lois érigée en religion de la raison côtoyait la déraison. « Les fleurs étaient devenues noires...»

Pourtant, malgré les vertiges qu'avaient suscités la surenchère de sa rationalité et la ferveur mystique dont elle s'était entourée, la loi, au sortir de la crise révolutionnaire, conserva son prestige. Benjamin Constant ne tarda pas à considérer que la loi, dès lors qu'elle est circonscrite, conduit à la liberté vraie[70]. Les travaux préparatoires du *Code civil* firent le tri entre le bon grain et l'ivraie. Avant de se séparer, la *Convention*, par la loi Daunou (3 Brumaire an IV, 25 septembre 1795) organisa l'enseignement du droit dans les Écoles centrales[71] et, en l'an IX, apparurent l'*Académie de Législation* et l'*Université de Jurisprudence* dont on a dit qu'elles étaient « l'ENA avant l'ENA »[72].

---

66. Rousseau, *Lettre à d'Alembert*, p. 168.
67. A Soboul, *Histoire de la Révolution française*, NRF, 1962, t. II, p. 88, cite le Discours de Robespierre du 17 Pluviose an II, qui dit : « Nous voulons remplir les vœux de la Nature, accomplir les destins de l'Humanité, tenir les promesses de la Philosophie, absoudre la Providence du long règne du crime et de la tyrannie. »
68. Cabanis, *Œuvres philosophiques*, Lettre à Jean Debry, 24 Thermidor, 1959, I, XII.
69. B. Constant, *Principes de Politique*, édition de la Pléiade, p. 1070.
70. *Ibid.*, p. 1075.
71. J. Imbert, *Annales d'Histoire des Facultés de droit et de la Science juridique*, 1986, n° 3, p. 37-56.
72. Guy Thuillier, *L'ENA avant l'ENA*, Paris, 1983.

A cette victoire de la loi par-delà et malgré les élans de passion qui l'avaient détournée de sa vocation, Rousseau — le maître à penser vis-à-vis de qui la Révolution fut la grande infidèle — eût sans doute applaudi malgré tout, puisqu'elle signifiait la rationalisation de la vie publique.

Mais le philosophe — qui ne s'éveille pas toujours à l'heure crépusculaire — mesurait déjà le danger qu'il y a à vouloir, par la prolifération des textes législatifs, rationaliser de part en part la vie des Cités.

Simone GOYARD-FABRE

Université de Caen

Pierrette PONCELA

SCIPION BEXON,
THÉORICIEN DE LA LÉGISLATION
ET BATISSEUR DE CODES

SCIPION BEXON, THÉORICIEN DE LA LÉGISLATION ET BATISSEUR DE CODES

J'ai rencontré Scipion Bexon dans une bibliothèque, alors que je cherchais ce que des juristes avaient pu écrire pendant la période d'élaboration des premiers codes pénaux français. Son nom figurait sur de nombreux écrits ; un abbé, l'abbé Buisson, avait même rédigé un petit opuscule, paru en 1891, consacré à sa vie et à son œuvre. J'entrepris donc de le lire, et de le prendre au sérieux. Je trouvai un certain nombre d'énoncés caractéristiques de cette période discursive, énoncés se rapportant à la loi civile et, plus généralement, à un art de gouverner. Je trouvai aussi un ensemble de codes réunis sous le titre de *Code de la sûreté publique et particulière*. Mais avant d'exposer ces deux points, je dois vous présenter Scipion Bexon.

La vie de Scipion Bexon

Scipion Bexon voit le jour à Remiremont, dans les Vosges, en 1750. Il est fils d'Aimé Bexon, avocat en Parlement et Procureur du Roi en la juridiction commune. Lui-même commence sa vie professionnelle comme avocat, avant d'être nommé le 28 janvier 1784, « juré et procureur fiscal pour l'administration de la justice et police de la ville de Remiremont ». Dès le 22 février de la même année, il devient procureur fiscal pour la seigneurie du Val d'Ajol et membre du bureau d'administration de l'hospice. Il devait ces nominations à Anne-Charlotte de Lorraine, abbesse de Remiremont. D'où son premier opuscule et aussi premier ouvrage imprimé : *Précis de ce qui s'est passé de plus intéressant à l'entrée solennelle que S.A.S. Mme la princesse Charlotte de Lorraine a faite à Remiremont* (1784).

Le 19 août 1787, il est nommé conseiller intime de l'abbesse Louise de Condé. Estimé par le Chapitre, Scipion Bexon ne l'est

pas moins de ses concitoyens : en 1788, ceux-ci le chargent de porter au Roi leurs réclamations contre la représentation inégale du Tiers aux États-généraux. Il rédige alors un *Mémoire au Roi* qui lui vaut les éloges de la Presse, puis son élection comme représentant des officiers municipaux à l'Assemblée provinciale et, enfin, sa nomination comme membre de la commission consultative chargée d'obtenir du ministère le rétablissement des États de Lorraine. Des rivalités politiques et personnelles devaient en naître qui l'affectèrent sensiblement. Il publia alors *Réflexions d'un Vosgien, ou le Député au coin de son feu* (1789), sorte de guide, de manuel à l'usage des Députés. Plus tard, parut *Ma conduite depuis la Révolution* (1792).

Entre temps, Bexon avait accueilli avec enthousiasme la prise de la Bastille, fait quelques critiques sur les mesures prises par l'Assemblée et, le 16 mai 1790, il avait prêté le serment civique lui permettant d'exercer les fonctions de procureur de la commune de Remiremont.

A la fin de l'été 1792, Bexon s'installe à Paris, décidé à reprendre son métier d'avocat. Mais dès le 31 décembre 1792, il est nommé commissaire du gouvernement pour le comté de Namur. L'activité qu'il y exerça fut louée par Merlin, commissaire de la Convention.

Le 19 juin 1793, Bexon arrivait à Caen. Accusateur près l'armée des côtes de Cherbourg, il remplit cette fonction auprès d'un des tribunaux criminels militaires alors nouvellement créés. Rapidement, il exerça aussi les fonctions d'accusateur public près le tribunal criminel du Calvados. Durant tout le temps où il remplit ce rôle — c'est-à-dire jusqu'au 30 avril 1795 — aucune condamnation à mort ne fut prononcée.

En septembre 1795, Bexon revient à Paris, reprend ses fonctions d'avocat et commence la publication d'un journal de jurisprudence : *Le Journal de la justice civile, criminelle, commerciale et militaire*[1]. Beaucoup d'éloges et d'encouragements (notamment du ministre de la Justice, Merlin, et de Carnot) mais peu de moyens permettant de faire vivre le *Journal* font suite à cette initiative. Ce *Journal* comporte des textes de lois, des analyses des jugements rendus, des comptes rendus des travaux du Directoire, mais aussi des poésies et surtout des tirades de morale, destinées, pensait

1. Précurseur du *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation* (depuis 1798) et de la *Jurisprudence criminelle du Royaume* (à partir de 1829).

Bexon, à faire détester le crime et chérir la vertu. D'ailleurs, pour essayer d'agrandir le cercle des lecteurs potentiels, donc des abonnements, il transforma ce journal, dès août 1796, en *Journal des droits et des devoirs de l'Homme, dans les divers états de la société.* Mais le dernier numéro est daté du 23 octobre 1796.

Cette publication éphémère lui valut cependant une certaine notoriété. Le 8 septembre 1797, il devient juge au tribunal civil de la Seine et il est aussitôt désigné pour présider le tribunal criminel.

Puis commença une série de publications plus approfondies et systématiques : *Observations sur la forme de la procédure par jurés* (1799 a) ; *Proposition de l'établissement d'un tribunal de correction paternelle* (1799 b) ; *Parallèle du code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises* (1799 c). Ce dernier ouvrage répondait à l'invitation que Cambacérès, alors ministre de la Justice, avait adressée aux fonctionnaires publics, afin qu'ils lui fassent part de leurs observations sur les matières législatives. L'ouvrage valut à Bexon de nombreuses félicitations et sa nomination, le 3 avril 1800, comme vice-président du tribunal de première instance de la Seine.

Bexon rédigea alors aussitôt la suite de ce travail, parue en 1802, sous le titre *Développement de la théorie des lois criminelles.* Il fut remercié par Target, au nom de la commission du code pénal. Les ministres d'Autriche, d'Italie, de Hollande, de Russie, des États-Unis firent son éloge. Le Roi de Prusse lui décerna la médaille d'or de l'Académie royale des sciences et belles lettres de Berlin. Cinq ans plus tard, il faisait paraître l'application de sa théorie de la législation pénale, sous forme d'un code imposant, le *Code de la sûreté publique et particulière.*

Puis S. Bexon devait tomber en disgrâce : en mars 1808, un sénatus-consulte supprimait l'inamovibilité des juges et laissait à une commission gouvernementale le soin de désigner les magistrats qui devaient être conservés. S. Bexon ne figurait pas parmi les magistrats désignés. Il reprit la profession d'avocat, publia encore deux brochures : *De la liberté de la presse et des moyens d'en prévenir et d'en réprimer les abus* (1814) ; *Du pouvoir judiciaire en France et de son inamovibilité* (1814) ; puis, pour finir, *Éloge de SAS feu Mgr le prince de Condé* (1819). Il s'éteignit en novembre 1825[2].

Tel fut le chemin professionnel qu'il suivit lors de son passage en ce monde ; il y a déposé quelques livres que j'ai lus.

---

2. La date exacte de sa mort est incertaine.

Scipion Bexon a foi en la loi civile. Tous ses ouvrages en attestent. Pas n'importe quelle loi cependant.

> Les lois civiles, toujours faites par quelques hommes dont la raison particulière exerce la puissance de la raison publique, peuvent porter avec elles l'obscurité de l'intelligence des législateurs, être empreintes de leurs passions, s'éloigner du bien public et particulier, qui tient à l'étude de l'Homme, et à tous les états de la société auxquels il faut les approprier, et être opposées aux principes de la morale et aux règles fondamentales des sociétés, qu'elles sont destinées à affermir et à protéger, et devenir un mal, qu'on peut appeler le crime de la législation[3].

La législation, en elle-même, peut donc constituer un crime. D'où l'importance d'en faire la théorie, d'en préciser les conditions de légitimité, de validité, de constitution, d'en déterminer le contenu. Pour S. Bexon, légiférer s'inscrit dans un art de gouverner.

Le gouvernement de soi et des autres, tel fut l'objet des cours que dispensa Michel Foucault au Collège de France avant sa disparition. Dans ce programme, il réserva une place à l'étude de l'art du gouvernement tel qu'il s'est présenté dans la littérature « antimachiavélique »[4].

Dans ce contexte, *le Prince* de Machiavel est conçu essentiellement comme un traité de l'habileté du Prince à conserver sa principauté. Or, il va s'agir de substituer à ce savoir-faire, l'art du gouvernement : non plus l'ingéniosité de l'unique, extérieur et transcendant, mais des pratiques multiples de gouvernement internes à la société et à l'État ; pratiques du roi, mais aussi du père de famille, du maître, du magistrat, etc. L'art du gouvernement implique continuité par rapport à la morale, l'économie et la politique. Continuité ascendante et descendante, expliquait Foucault.

Continuité ascendante, car celui qui gouverne l'État doit d'abord savoir se gouverner lui-même ; il doit être sage et vertueux. La pratique des institutions politiques doit être un modèle de bonne conduite. La pédagogie du Prince assurera cette continuité ascendante.

---

3. 1807, LXXXI.
4. La revue *Actes* a publié la transcription d'une leçon donnée par Michel Foucault au Collège de France en février 1978. Toutefois, il ne s'agit pas d'un texte écrit par M. Foucault, ni même corrigé par lui ; nous avons donc évité toute citation. Cf. « La gouvernementalité : Foucault hors les murs », *Actes*, n° 54, Paris, 1986.

Continuité descendante, car quand un État est bien gouverné, le père de famille sait s'occuper de sa famille, gérer son patrimoine, les individus se comportent moralement. Cette ligne descendante permet d'inscrire le bon gouvernement des États dans le comportement de l'individu et dans la gestion de la famille ; c'est ce que l'on appelle « police » dès le XVIIe siècle.

Or, précisément, Bexon place en tête de son ensemble législatif, de son ensemble de codes relatif à la sûreté publique et particulière, un « code de police administrative ». Plus généralement, ses écrits comportent de nombreux énoncés qui procèdent d'un souci d'élaboration de l'art de gouverner.

Dans cet art de gouverner, le Gouvernement a une finalité qui dépasse la volonté d'obtenir l'obéissance à la loi, confondue avec le bien commun ou bien public. Le gouvernement, expliquait Foucault, est une manière juste de disposer les choses, les hommes, dans leurs rapports entre eux, avec les institutions, les richesses, le climat, les accidents, le travail, etc. Dans le but d'assurer non seulement le bien commun mais aussi celui de chacune des choses qui sont à gouverner.

> Le pouvoir doit réunir, sous une égale protection, les intérêts de chacun, pour en former le puissant ensemble de l'intérêt général, devenu cher à tous.
>
> Heureuses les nations chez lesquelles ceux appelés à diriger la marche de l'ordre public... sentent vivement qu'ils doivent être les dispensateurs de la félicité du peuple[5].

La finalité du pouvoir politique est d'assurer le bonheur du peuple en général et de chacun en particulier ; ce qui justifie et nécessite son intervention en de multiples aspects de la vie quotidienne.

Si Bexon donne une place privilégiée à la législation, elle n'en constitue pas moins l'une des tactiques que doit utiliser le pouvoir politique pour atteindre ce but de félicité. Il souligne, à plusieurs reprises, les autres moyens d'action dont dispose le gouvernement : l'éducation, l'instruction, la protection des plus déshérités, donner du travail à chacun en les associant aux produits de leur travail ; et aussi, dispenser les encouragements, les récompenses et les honneurs aux hommes vertueux et utiles. Dans toutes ces actions, Bexon y insiste, le gouvernement doit agir avec bienveillance.

5. S. Bexon, 1799 c, p. 414.

L'action politique en son entier est un acte de bienfaisance, nécessitant, pour être efficace, une intervention dans la vie de chacun. Un de ces moyens d'action sera donc la législation ; S. Bexon y consacre l'ensemble de ses ouvrages.

Conséquence de ce qui précède et principe directeur de la législation : la loi n'est pas un acte de puissance ; elle ne manifeste pas la force de l'autorité politique ; elle n'est pas l'expression d'une « volonté » du législateur, laquelle connote un gouvernement despotique. La loi est un guide de la conduite et elle exprime des rapports.

Une étude et une connaissance approfondies de l'Homme sont nécessaires pour bien légiférer. La théorie de la législation de Bexon commence par un exposé sur les facultés et les penchants de l'Homme et sur les moyens de diriger sa volonté vers ce qui est bon et utile. S'il y a une « science de la législation »[6], elle est, dit S. Bexon : « la science des moyens d'agir sur toutes les volontés particulières »[7].

Les premières lois à établir sont les « lois administratives », c'est-à-dire celles qui contiennent un ensemble de moyens permettant de « diriger les penchants et les affections des hommes ».

Pour établir une bonne législation, il faudra considérer l'Homme tel qu'il est naturellement, sous un bon gouvernement et non en temps de troubles, car le législateur doit essentiellement agir avec douceur. La confection d'un code pénal doit être entourée de nombreuses précautions :

> Le code pénal est le dernier moyen que l'on doive employer, soit pour maintenir l'ordre public, soit pour assurer le bien-être et la sûreté des individus et de la communauté[8].
>
> La loi punit avec regret[9].

Il en résulte un certain nombre de conséquences.

a) Le code pénal devrait être précédé d'un « code de la morale politique », dont l'objet serait d'expliquer à l'homme ses devoirs, lui apprendre que ses penchants et ses désirs doivent s'accorder avec le bonheur commun. Ce code constituerait la partie essentielle

6. A rapprocher de l'œuvre de Gaëtano Filangieri, *La science de la législation*, comprenant sept livres. Ces ouvrages parus à Naples en 1784 furent rapidement traduits en français et connurent un certain succès auprès des législateurs de l'époque.
7. 1807, p. 12.
8. 1807, p. 10.
9. 1802, p. 8.

et rendrait les lois pénales plus imposantes, tout en diminuant le besoin et l'usage.

b) Clarté et précision des lois : chacun doit savoir avec précision ce qui est bien et ce qui est mal. Ici, Bexon se réfère à Montesquieu : le style des lois doit être concis, simple, non ambigu, candide, c'est-à-dire accessible à tous.

c) Parcimonie dans la création des incriminations :

> Il faut que dans l'ordre des actions que les lois doivent qualifier de crimes, rien n'appartienne à l'opinion, mais que tout soit la conséquence nécessaire des choses[10].

d) Douceur des peines :

> Le vœu d'une nation bienfaisante et sensible ne peut être que celui de la douceur dans les peines[11].

L'objet des peines n'est pas de faire souffrir mais d'amender et, d'éloigner de la société si cela s'avère impossible. La douceur des peines est la condition de leur efficacité dissuasive et correctrice :

> Les peines sévères ont beaucoup moins d'efficacité pour punir le crime et corriger les mœurs d'un peuple, que les peines miséricordieuses où la pitié tempère la sévérité[12].

Ici Bexon cite Beccaria et Montesquieu.

Son opposition à la peine de mort est totale. Il regrette que l'Assemblée constituante l'ait conservée[13] :

> Si elle eût eu le courage de proclamer alors cet acte consolant pour l'humanité, que de maux elle eût pu éviter à la France, que de sang peut-être n'eût pas été répandu ?
>
> Si la peine de mort n'eût plus fait partie de nos lois pénales, si par elles au contraire elle eût été supprimée, les tyrans qui nous ont successivement dévorés eussent moins osé l'appeler au secours de leurs fureurs, et le peuple ayant déjà appris à oublier cette peine terrible, n'en eût pas vu le rétablissement sans horreur ; il n'eût pas permis aux bourreaux d'en relever les échafauds ; il eût vu dès lors la tyrannie dans le retour d'un supplice dont le droit avait été repoussé[14].

---

10. 1799 c, p. 410.
11. 1799 c, p. 60.
12. 1799 c, p. 9.
13. La peine de mort ne figurait pas dans le projet de Fargeau, dont Bexon me semble très proche, bien qu'à aucun moment il ne l'évoque. Cf. *Rapport sur le projet du Code pénal présenté à l'Assemblée nationale au nom des Comités de Constitution et de législation criminelle*, 1791, Paris, Imprimerie nationale.
14. 1799 c, p. 61.

A l'opposé, il vante la peine de la dégradation civique, utile et salutaire, particulièrement adaptée à une république :

> Là où il y a moins de patrie, on tient moins à l'honneur d'être citoyen, et la dégradation civique ne peut être vraiment une peine grave et redoutée que dans une république[15].

Ainsi, la théorie de la législation de S. Bexon peut s'inscrire dans ce que Foucault appelait le pastorat[16], dont le modèle originaire est redevable aux Hébreux. Le pastorat correspond à un pouvoir individualisateur ainsi caractérisé : il s'exerce sur un troupeau plutôt que sur une terre ; il rassemble, guide et conduit son troupeau ; il assure le salut de son troupeau par une bienveillance constante, individualisée et finale ; le pasteur a un dessein pour son troupeau ; son exercice est un devoir : le pasteur est dévoué ; pour veiller sur son troupeau, il doit connaître chacun en particulier.

La loi civile, telle que Bexon la théorise, est un des éléments d'une technologie pastorale de la direction des hommes. Les codes qu'il a rédigés nous en livrent quelques détails.

Scipion Bexon, bâtisseur de codes

En 1802, Maximilien-Joseph, roi de Bavière, fait rédiger pour ses États un projet de code pénal, et invite les juristes étrangers à aider de leurs conseils ceux de Bavière. S. Bexon est personnellement sollicité, ses premiers travaux n'ayant pas échappé à Maximilien. Deux ans plus tard, Bexon adresse au roi la première partie de son travail, *Principes généraux et dispositions fondamentales du Code de la Sûreté.* Le 8 février 1805, le roi écrit à Bexon pour le remercier, le féliciter et lui demander la suite de ce travail. Bexon achève alors son œuvre qui paraît sous le titre : *Application de la théorie de la législation pénale ou code de la sûreté publique et particulière — Rédigé en projet pour les États de sa Majesté le Roi de Bavière* (1807).

Ce projet comporte deux livres. Le premier est intitulé « code

15. 1799 c, p. 86.
16. Sur ce thème, on peut lire M. Foucault, « *Omnes et singulatim :* vers une critique de la raison politique », (*Le Débat,* 1986, n° 41, 5/35). Cet article n'est pas un texte écrit par M. Foucault ; il reprend ses conférences, prononcées en anglais, en octobre 1979, à l'Université de Stanford.

de police administrative ». Le second reprend le titre général « code de sûreté publique et particulière » ; il comprend trois codes distincts : un code des contraventions et des fautes de police pénale, un code des délits, un code des crimes.

Cet imposant ensemble législatif s'ouvre par quelques précisions terminologiques. Bexon juge l'expression « code criminel » particulièrement malheureuse. On peut, à la rigueur, parler de « code pénal », mais les lois pénales n'étant qu'une variété de lois civiles auxquelles sont adjointes des peines, il est préférable d'appeler ces textes « lois de sûreté ». De même, il rejette l'expression « délit » et propose celle de « violation de la sûreté », dont il donne la définition suivante :

> Toute infraction aux règles de la morale universelle, au droit primitif des sociétés, à leur droit particulier, et aux mesures de prévoyance de chacune d'elles, rappelées ou établies par une loi qui renferme une peine[17].

Ensuite, Bexon précise ce que doit être un code. Il doit s'agir d'un tableau de toutes les obligations des citoyens envers la société et entre eux, et de tous les droits qui lui appartiennent. Ce tableau doit être clair et précis ; mais, surtout, le code doit comporter un plan raisonné des lois, afin, principalement, d'éviter les interprétations et les commentaires. Les lois ne devant pas être des actes de domination ou de volonté, il faut donner les raisons des lois. Celles-ci doivent être incorporées dans les codes eux-mêmes, sous forme d'articles qui précèdent les incriminations et les peines.

Mais avant de composer un code de la sûreté, il importe d'établir un code de police.

Le livre I de l'ensemble législatif élaboré par Bexon, s'intitule : *Code de police administrative ou mesures directes pour prévenir les oppositions à la sûreté.* Quelques dispositions nous permettront d'en comprendre l'objet, l'esprit et le contenu.

> *Art. 1 :* La police administrative est instituée pour veiller au maintien de la sûreté générale et de la paix publique, à la conservation des personnes et des choses.
>
> *Art. 2 :* Son caractère principal est la vigilance, et son action essentielle celle de la surveillance, pour prévenir toute opposition à la sûreté.

17. 1807, VII.

Art. 3 : La société, considérée dans son ensemble, est l'objet de sa sollicitude.

Art. 7 : La police administrative veille pour la sûreté, le repos et la propriété de chacun et de tous.

Elle procure des secours au malheur, à l'infirmité, et du travail à l'indulgence.

Sévère et bonne pour tous, elle poursuit les méchants et protège les bons.

Si elle menace et surveille l'homme dangereux, elle assure la tranquillité de l'homme paisible.

Elle cherche à distribuer à tous les hommes une portion de bonheur et de plaisir, d'accord avec la morale et avec la vertu.

Elle tend, sans cesse, à rendre rares les violations de la sûreté, en en éloignant les occasions, en en diminuant les motifs. Et s'il lui reste un devoir pénible à remplir, celui de livrer aux tribunaux l'homme qui, malgré ses soins, se rend coupable et offense les lois, elle le remplit avec courage et éclaire la Justice du même flambeau qui a dirigé sa surveillance et ses recherches.

Après les principes, viennent les dispositions en portant application. Elles concernent les prisons, dont les murs doivent être blancs et porteurs de sentences morales ; l'air doit y être purifié, la surveillance doit s'y exercer avec douceur. Elles concernent aussi la mendicité, le vagabondage, le travail :

Art. 198 : La plus grande inégalité que produit, parmi les hommes, l'état de société, est celle des richesses et des moyens de subsistances.

Art. 199 : La vigilance du gouvernement doit être d'autant plus attentive à diminuer les dangers qui en résultent, qu'ils ont un principe qu'on ne peut détruire, et qu'ils tiennent à un droit sacré, celui de la propriété.

Art. 200 : C'est aussi la sûreté, autant que la bienfaisance, qui commande de soulager le malheur, de secourir l'indigence.

Art. 202 : Le travail est la seule propriété du pauvre, et l'en faire jouir est une obligation de l'État sur le territoire duquel il est né, ou sur lequel il réside.

Pour parfaire ces devoirs, sont prévus des « maisons d'humanité », ou hôpitaux, dans chaque arrondissement.

La bonne surveillance exige aussi une comptabilité précise des habitants ; plusieurs articles concernent l'organisation d'un recensement annuel des habitants de chaque commune.

L'efficacité de la police administrative commande une vigilance particulière en matière de mœurs. A cet égard, S. Bexon prévoit

l'établissement d'une « commission conservatrice des mœurs et de l'honnêteté publique » dans le chef-lieu de chaque arrondissement[18]. Composée de cinq membres (le chef de la police, le premier officier de justice et trois membres du conseil de la commune), elle agit par « remontrances, observations, exemples, persuasion et correction par la douceur et la bonté »[19]. Son domaine d'intervention est très vaste : les rapports parents / enfants, maîtres / domestiques, instituteurs / élèves ; les relations entre époux, la tenue dans les lieux publics...

Pour compléter cette action, devront être créés des « asiles et maisons de secours en faveur de la décence et de la pudeur »[20], destinés à prévenir les atteintes à l'honnêteté publique et particulièrement la prostitution.

Enfin, la police administrative se voit chargée de la sauvegarde de la santé des personnes (par l'exercice de droits de contrôle sur la salubrité de l'air, la qualité des comestibles et des médicaments), de la surveillance du commerce et de la protection de l'agriculture.

Le livre II, présenté sous le titre *Code de la sûreté publique et particulière,* est divisé en trois « sous-codes » qui, bien que liés entre eux, sont cependant différents par la nature et le caractère des actions qu'ils concernent : code des contraventions et des fautes de police pénale ; code des délits ; code des crimes[21].

Chacun de ces trois codes comprend trois parties distinctes : les violations de la sûreté relatives à la sûreté générale et à la paix publique ; les violations de la sûreté relatives à la sûreté des personnes ; les violations de la sûreté relatives à la sûreté et à la conservation de choses.

Les trois codes sont précédés d'une partie appelée *Principes généraux* qui leur est commune :

> *Art. 1 :* La première règle des actions publiques et privées des hommes est la morale.
>
> Le but de la législation est de produire, par la conduite de chaque individu, la plus grande somme possible de bonheur, pour tous et pour chacun d'eux.

18. *Art. 398 s.*
19. *Art. 401.*
20. *Art. 415.*
21. On notera que S. Bexon a le souci de commencer par les infractions les moins graves.

Art. 8 : La loi civile est le tableau des devoirs que l'homme doit remplir dans l'état de société ; elle est la série et la classification des droits que conserve, ou que confère le pacte social, et elle en règle l'exercice et l'usage.

La loi pénale est le moyen que la société oppose à la volonté de s'écarter de ces devoirs ; elle prononce la privation, ou la perte d'un ou plusieurs droits, proportionnellement aux divers degrés de la violation du pacte, et des atteintes portées aux droits qu'il assure ou qu'il accorde.

Outre ces articles de définition, la partie générale contient les dispositions relatives aux règles de responsabilité, de complicité, de tentative, c'est-à-dire les règles dites aujourd'hui de droit pénal général.

S. Bexon a le souci du détail. Certes, nous l'avons déjà noté, pour garantir une bonne application des lois :

Laissons dans l'exécution des lois le moins possible à faire à l'homme chargé de les exécuter[22].

Mais aussi et surtout parce qu'il croit au législateur pédagogue et à la vertu de l'explication. Un exemple nous en est donné avec l'*article 19* du code des délits, IIe partie :

Le sentiment de l'honneur est le plus impétueux de l'homme civilisé. Ce sentiment s'agrandit avec les progrès de la civilisation, et l'amour de la réputation s'accroît à mesure que les vices et les vertus se multiplient.

L'homme alors a plus besoin d'être honnête et juste, et la réputation est une propriété morale, que chacun est jaloux de conserver, et que la loi doit fortement protéger, pour assurer aux hommes les avantages du véritable honneur, et leur faire ainsi sentir le prix d'une bonne réputation, en prononçant des peines contre l'injure et la calomnie.

Suivent cinquante-cinq autre articles concernant les délits d'injure et de calomnie. Le code pénal de 1810 consacrera onze articles à ces mêmes délits. D'une façon générale, une comparaison avec les codes pénaux de 1791 et de 1810 permet de prendre la mesure du nombre d'articles contenus dans les codes de S. Bexon.

22. 1799 a, 20.

	S. Bexon (a)	1791 (b)	1810 (c)
Partie générale	684	75	75
Contraventions	391	48	21
Délits	1 158	44	388
Crimes	791	145	
TOTAL	3 024	312	484

(a) Livre II, *Code de la sûreté publique et particulière*, 1804.
(b) Loi relative à l'organisation d'une police municipale et d'une police correctionnelle (19-22 juillet 1791). *Code pénal* (6 octobre 1791).
(c) *Code pénal* (12 fév. 1810).

*

Je terminerai comme j'ai commencé, c'est-à-dire en recueillant la parole de S. Bexon et non pas en recherchant son originalité ou sa banalité ; chacun aura pu en le lisant entendre l'écho des « auteurs » de l'époque. Mon souci est de montrer que ses écrits ont repris, reformulé, transformé des écrits qui appartiennent à une certaine période de l'histoire de la gouvernementalité :

> Que les tyrans fassent des institutions qui effrayent et qui enchaînent, c'est le pouvoir et le besoin de despotes ; mais que le peuple qui veut être heureux et libre en fasse de douces et de morales ; il fera aimer les lois, le gouvernement et la vertu ; il aura atteint son but, il aura la paix et le bonheur[23].
>
> La loi est un fanal brillant des lumières de la morale et de la raison, pour diriger les hommes vers le grand but de l'utilité commune, pour laquelle veille sans cesse sa bonté qui instruit, sa puissance qui protège, et sa force qui punit[24].

La loi civile pour Scipion Bexon ? Elle est faite par des sages pour assurer le bonheur de tous ; elle s'écrit sur fond de morale, de pédagogie et de douceur.

Pierrette PONCELA

Université de Paris II

23. 1799 b, 85.
24. 1807, VI.

BIBLIOGRAPHIE

Scipion BEXON

1784 : *Précis de ce qui s'est passé de plus intéressant à l'entrée solennelle que SAS Mme la princesse Charlotte de Lorraine a faite à Remiremont*, Remiremont, Emm. Laurent, 24 p.

1788 : *Mémoire au Roi* (ou extraits des registres des délibérations de l'Hôtel de Ville de Remiremont, des 11, 16 et 18 décembre 1788), 18 p.

1789 : *Réflexions d'un Vosgien, ou le Député au coin de son feu*, Paris, Libraires associés.

1790 : *Cri de l'humanité et de la raison*, chez la Veuve Vivot, 48 p.

1791 : *Nécessité de conserver et d'améliorer les forêts*, Remiremont, Dubiez, 40 p.

1792 : *Ma conduite depuis la Révolution*, Remiremont.

1799 a : *Observations sur la forme de la procédure par jurés*, Paris, Fauvelle et Sagnier, 65 p.

1799 b : *Proposition de l'établissement d'un tribunal de correction paternelle*, Paris, Fauvelle et Sagnier, 20 p.

1799 c : *Parallèle du code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises*, Paris, Fauvelle et Sagnier, 430 p.

1802 : *Développement de la théorie des lois criminelles*, Paris, Garnery Libraire, tome 1 : 574 p. ; tome 2 : 524 p.

1807 : *Application de la théorie de la législation pénale ou code de la sûreté publique et particulière* — Rédigé en projet pour les États de sa Majesté le Roi de Bavière, Paris, Courcier, 860 p.

1814 a : *De la liberté de la presse et des moyens d'en prévenir et d'en réprimer les abus*, Paris, Varenne, 66 p.

1814 b : *Du pouvoir judiciaire en France et de son inamovibilité*, Paris, Delaunay, 112 p.

1819 : *Éloge de SAS Feu Mgr le prince de Condé*, Paris, Ridan.

E. BUISSON, *Un jurisconsulte vosgien, Scipion Bexon, sa vie et ses œuvres*, Épinal, 1891, 70 p.

Fr. LEMARCO, *Ragionamenti due sull'opera di Scipion Bexon intitolata applicaziona della teoria della legislazione penale*, Naples, 1832.

Janine CHANTEUR

LES LIMITES DE LA LOI CIVILE

LES LIMITES DE LA LOI CIVILE

Toute communauté politique, quel que soit le régime qui la définit, est caractérisée par l'existence de lois civiles, auxquelles obéissent les membres qui la composent. Dans les périodes historiques où l'arbitraire des hommes remplace les lois, on voit naître les tyrannies de toute sorte, celle que condamnait Platon, les différentes formes de despotisme que Montesquieu caractérisait par la quasi absence de lois, les totalitarismes contemporains dans lesquels les lois sont la plupart du temps l'alibi de décisions gouvernementales qui ne cessent de les transgresser.

En dehors de ces derniers cas, la loi apparaît comme la condition de possibilité de la paix civile et de toutes les suites heureuses qu'elle garantit : il ne peut pas y avoir d'œuvre de civilisation, d'œuvre de culture sans l'existence de lois civiles. A la différence des autres vivants, les hommes font des lois et leur obéissent, échappant ainsi au mécanisme d'une existence uniquement soumise aux lois des instincts qui règlent la survie de l'individu et celle de l'espèce. Ce qui chez eux reste profondément lié aux exigences premières des tendances est transformé par des lois qui arrachent l'alimentaire et le sexuel à leurs purs déterminismes, tandis que s'ouvrent à l'infini des domaines où ne pénètre aucun animal.

Les arts, les sciences, les techniques, les jeux, mais aussi la morale ne sont pas les produits de la loi civile, mais ils lui doivent de pouvoir se développer dans les cadres qu'elle crée pour eux et dont elle maintient la solidité. Sans un ordre qui délimite les relations des hommes entre eux, avec le gouvernement de leur État et qui fixe les différents types de rapport qu'ils peuvent ou doivent avoir aux choses qui sont leurs biens, il n'y a pas de vie proprement humaine.

On peut penser que les lois civiles doivent, autant qu'il est possible, être l'expression, dans le déroulement du temps, de l'ordre immuable et éternel du monde, comme l'enseignaient Platon et même Aristote, quoique ce dernier le fît de façon moins décisive (les lois civiles sont alors le fruit d'un travail qui cherche à retrou-

ver et à énoncer des prescriptions qui ne dépendent pas de l'homme). On peut croire au contraire qu'elles sont entièrement le produit des conventions humaines. De Protagoras aux écoles de droit positif, on s'attache alors aux lois dictées par la raison ou par les circonstances. De toute façon, quelle que soit l'origine qu'on leur assigne, les lois ont pour finalité de régler le cours des actions humaines, de donner à la contingence du devenir humain un minimum de nécessité et d'universalité, comme s'il s'agissait du mouvement naturel des choses ; mais alors que celui-là n'a ni sens, ni valeur, la vie des hommes acquiert l'un et l'autre grâce au cadre que constituent les lois. Les lois ne créent rien, mais elles sont l'indispensable condition de possibilité des créations humaines. Elles servent d'assise au surgissement d'actions nouvelles, stimulées par leur opposition même aux lois existantes. Paradoxalement, le législateur peut alors leur apporter une modification devenue nécessaire. Les codes de lois civiles se transforment, ils vivent avec les sociétés dont ils sauvegardent la cohérence et la stabilité.

Ce n'est pas dans leur transformation que nous chercherons les limites qui sont les leurs. Tout ce qui est vivant, et en particulier ce qui est humain, change pour mieux s'adapter aux événements et aux circonstances, qu'il s'agisse de s'opposer à une évolution qui met en péril les valeurs de la communauté ou, au contraire, qu'il devienne nécessaire de soutenir contre la sclérose des habitudes, non seulement les orientations nouvelles, mais aussi celles dont la vitalité doit être stimulée par des lois plus appropriées. Le souci platonicien d'introduire dans les lois le moins possible de modifications est toujours valable, mais il n'a pas un caractère absolu, susceptible de s'appliquer à tous les domaines de la législation. Les sociétés comtemporaines, par exemple, sont, pour une grande part, des sociétés industrielles et leur complexité croissante exige une mobilité de certains de leurs codes de lois.

Quoi qu'il en soit, la loi civile s'impose toujours comme le garant et l'armature de la communauté. Elle peut, à travers l'histoire, devenir autre qu'elle n'est, elle le doit peut-être, cela ne lui retire pas l'universalité de son caractère nécessaire. Nous voudrions montrer cependant que l'idée de limite est contenue dans celle de loi civile, si l'on envisage sa nature, la nature de l'objet ou des objets auxquels elle s'applique, l'efficacité qu'elle doit avoir, enfin la fonction qui est la sienne.

*

La première limite de la loi civile a été remarquablement mise en évidence par Platon. D'autant mieux, pourrait-on dire, qu'en s'opposant à l'enseignement des Sophistes, il a conservé certains de leurs arguments, en rejetant leurs méthodes et leurs solutions. Protagoras enseignait que, dans le devenir universel, l'homme est mesure de toute chose[1]. Aussi, la loi décrétée dans chaque Cité est-elle jugée bonne et dure-t-elle « dès le moment où il semble et aussi longtemps qu'il semble » bon au groupe[2]. Les Cités, Platon le rappelle aussi, sont, par définition, inséparables du devenir dans lequel elles existent tout le temps qu'elles durent. C'est une des raisons pour lesquelles elles ne peuvent pas ne pas avoir de lois chargées de donner une cohérence à ce qui, sans elles, se dissoudrait dans une mobilité incessante. Mais ce n'est pas l'homme qui en est la mesure, même s'il les prescrit. Si tout homme est appelé à connaître l'ordre du monde, ceux qui y parviennent sont très peu nombreux. Ils doivent le transcrire dans des lois qui devraient être définitives comme lui. Or la limite est précisément là : même si la loi est une transcription bien faite, elle concerne le monde de la multiplicité et du changement. Comment son exactitude peut-elle s'appliquer à ce qui est toujours autre qu'il n'est, aux cas particuliers qui, en bonne logique, relèveraient à chaque instant de prescriptions particulières plus que de l'universalité de la loi ? Dans la rigidité de son énoncé, la loi n'est pas adaptable à ce qui est en continuelle désadaptation. Plus elle est fidèle à l'immutabilité de l'ordre du monde, moins elle est susceptible de s'ajuster au désordre du monde sensible, et cependant plus elle est nécessaire à l'organisation de ce qui est incohérent.

L'inflexibilité de la loi civile rend son emploi délicat et toujours insatisfaisant. Il est dans la nature de la loi de comporter cette contradiction qui limite ce que l'on peut attendre d'elle. Dans le *Politique*, Platon envisage de supprimer les codes de lois et de leur substituer le décret éclairé du gouvernant capable de science. L'homme politique digne de ce nom est au-delà des lois, parce que la connaissance qu'il a de l'ordre vrai lui permet de l'adapter à chaque cas avec souplesse et compétence[3]. Platon, cependant, ne s'arrête pas à cette solution : aucun homme, en dépit de ses aptitudes, n'est capable de se situer au-delà des lois sans se transformer en tyran. « Il faut donc, semble-t-il, se rassembler pour écrire des

1. *Théétète*, 152 a.
2. *Théétète*, 152 b ; cf. aussi 167 c.
3. *Politique*, 297 a.

codes, en essayant de suivre les traces de la véritable constitution[4]. » A ces codes imparfaits, il est absolument interdit de désobéir, sous peine de voir la Cité se défaire. Aucune révolte, au nom des injustices que la loi ne peut pas ne pas provoquer, ne saurait être justifiée devant les conséquences autrement injustes qu'elle entraînerait nécessairement.

L'analyse de Platon, qui met en lumière les limites que la loi civile rencontre dans sa propre nature, nous concerne toujours. On connaît l'adage *Summum jus, summa injuria*[5]. La minutie des décrets d'application qui suivent la promulgation des lois, inutilisables sans médiation, les travaux de jurisprudence qui occupent les tribunaux, en sont les témoignages toujours actuels. La loi civile est un commandement dont la formule est rigoureuse. Ce caractère, qui fait sa valeur, fait aussi sa faiblesse : il la rend inadéquate, telle quelle, aux objets auxquels elle s'applique. Elle trouve sa limite dans la rencontre de sa propre nature avec la nature de ses objets.

En même temps, ce qui fait sa faiblesse, la rigueur de son impératif, est aussi sa force : la désobéissance civile ne peut jamais s'inscrire dans la constitution d'un État, quel que soit le régime politique qui le définit : la loi perdrait toute définition et le chaos qui en résulterait serait bien plus à craindre que les limites inhérentes à la loi.

Que la loi civile soit toujours inadéquate à son objet, qu'elle ne puisse jamais s'adapter exactement aux situations humaines concrètes, a une signification qui dépasse, en les situant, l'ordre de l'obéissance et celui de la désobéissance à la loi. En dépit de leurs efforts, les hommes ne peuvent pas ramener correctement l'incohérence à la cohérence par l'imposition de la loi. Les Utopistes ont pu l'espérer, et les théoriciens de l'*État de droit*, qui, en ce sens, sont aussi des utopistes : il y a en l'homme une part d'irrationnel qui le constitue de telle sorte qu'il n'est pas possible de le réduire complètement. On peut le déplorer quand il inspire les passions qui détruisent les relations humaines. Mais sa disparition serait pire. Un comportement parfaitement rationalisé ne serait plus celui d'un homme. Il caractériserait un automate, privé des sources d'énergie, obscures mais fécondes, qui soutiennent la vie et ses créations.

S'agissant de la loi civile dont la nature est rigide et le rôle

4. *Ibid.*, 310 e.
5. Cicéron, *De officiis*, I, 10, 33.

d'ordonner, le choix à faire n'est pas entre l'obéissance passive et la suppression de la loi. La première reviendrait à dépendre étroitement d'une mauvaise caricature des lois de la nature qui, elles, sont parfaites en leur genre, tandis que la loi civile, parce qu'elle relève des hommes et s'applique à des hommes, ne peut pas l'être. La seconde naît de l'illusion que la destruction de la loi assurerait des temps meilleurs : les révolutions ont toujours recréé des lois qui, pendant un temps plus ou moins long, ont été bien plus coercitives que celles qu'elles abolissaient et qui, de toute façon, se sont heurtées aux mêmes limites de leur nature. Quant à ceux qui veulent détruire les lois parce qu'ils en nient l'utilité, ils rencontrent des limites encore plus rigoureuses, car elles font perdre sa nature à la loi civile. Conjecturer, comme le fit La Boétie[6], que les hommes seraient bons s'ils avaient toujours ignoré la contrainte des lois, c'est admettre l'illimitation qui est le propre de l'anarchie et rencontrer rapidement la loi du plus fort qui arme l'irrationnel des passions d'un homme de toute la force publique, en deçà des garanties dont les lois sont les gardiennes.

Le choix le plus raisonnable se décide soit en faveur d'une adaptation progressive de la loi, toujours imparfaite, mais qui cherche à améliorer la relation du commandement qu'elle implique aux objets qui sont les siens — on a alors affaire à une politique de réforme — soit en faveur d'une pérennisation de la loi, qui la modifie aussi peu que possible dans tous les domaines qu'elle règle — attitude qui définit une politique conservatrice. Dans l'un et l'autre cas, la conscience des limites de la loi civile, inhérentes à sa nature, reste claire. Tout de même que le politique, la législation a un caractère relatif. Pour l'un comme pour l'autre, c'est là un attribut inamissible. Le politique ne connaît pas les solutions parfaites, la législation non plus.

Cependant, la relativité de l'un et de l'autre n'affaiblit en rien la réalité de leur nécessité. Un monde sans loi irait à la dérive et deviendrait rapidement sinistre. Mais il ne faut pas demander à la loi civile ce qu'elle n'est pas faite pour donner. La loi dit impérativement, mais elle ne dit pas l'absolu. Si l'homme a besoin d'absolu, ce n'est pas vers la loi qu'il doit se tourner pour le trouver. Tout au plus peut-il lui demander d'organiser des conditions de vie dans lesquelles il pourra se consacrer à une recherche qui lui est essentielle. Toute autre exigence relèverait du contre-sens

6. Cf. *De la servitude volontaire.*

sur la nature de l'absolu. La loi civile permet à la communauté politique et à chacun de ceux qui la composent de vivre le mieux (ou le moins mal) possible. Mais que l'on parle en termes aristotéliciens de *bien commun* ou en termes modernes *d'intérêt général*, il ne faut pas attendre d'elle ce qu'elle n'a pas, par nature, mission de donner.

Un deuxième type de limite affecte la loi civile, si l'on considère les difficultés que soulève son application. Il n'est pas toujours aisé de l'interpréter, quelque bonne volonté qu'on y mette. On sait à quel travail ont été ou sont toujours astreints les pontifes romains, les jurisconsultes, les casuistes, les juges ou nos modernes juristes. On ne peut pas assimiler cette résistance, que la loi oppose à sa claire élucidation, à la limite précédente. La première lui venait d'un manque de souplesse devant l'infinie variété des cas pour lesquels elle est promulguée, celle-ci lui vient d'une concision que le législateur ne peut lui éviter, s'il la veut à la fois incisive et générale. Mais la précision même est cause de doute : dans le premier cas, on pouvait douter de sa convenance, dans le second, on est amené à se demander comment elle convient.

A ces obstacles se joignent ceux qui viennent du public pour qui elle est faite. Une loi contraint, c'est une vérité banale, mais est-on toujours disposé à se laisser contraindre ? La loi civile ne comporte pas, en elle-même et par elle-même, les raisons de son bien fondé. Dans les régimes démocratiques modernes qui proclament la souveraineté du peuple, même par représentants interposés, il y a des lois impopulaires, il y en a qui sont très largement controversées. Nos gouvernants retrouvent sans le savoir — et presque en la contre-faisant — la vieille idée platonicienne selon laquelle, avant d'être promulguée, la loi doit être explicitée. Dans des préambules que remplacent nos débats, le gouvernant platonicien tente de persuader, avant de contraindre[7]. Mais son habileté consiste à toucher, même chez les plus frustes de ses auditeurs, ce qui relève, de près ou de très loin, de l'intellect. Quand la loi transcrit l'ordre du monde, on peut espérer qu'à travers le discours du législateur s'éveille la conscience confuse d'un équilibre essentiel. Nos hommes politiques ne s'appuient pas sur cette assurance sereine. Il leur reste la constatation redoutable qu'on ne gouverne pas contre l'opinion, à moins de la terroriser au point que ses mur-

7. *Lois*, IV, 722 b.

mures soient plus dangereux pour les mécontents que sa pure et simple disparition. Dans un régime libéral, force est donc de persuader. La publicité donnée à une loi est à double sens ; on ne devrait la rendre publique que lorsqu'elle a été précédée d'une campagne d'information et de formation de l'opinion. On sait à quels échecs court un ministre qui néglige ces simples précautions, sans que la valeur de la loi projetée soit le moins du monde en cause.

L'acte politique qui consiste à conserver des lois, à en abroger d'autres ou à en promulguer de nouvelles est confronté à une curieuse limite de la loi civile : en tant que telle, la loi ne s'impose pas. Sa nécessité reste abstraite, elle n'est pas apparente, dès qu'il s'agit de telle ou telle loi effective.

Il n'est pas possible de discerner, dans le contenu de la loi, ce qui va renforcer l'unité et la cohésion de la communauté ou ce qui va la scinder en factions ennemies, dont certaines peuvent en venir à la révolte. Il faut souligner ce paradoxe de la loi : faite pour donner un ordre jugé meilleur à ceux qu'elle contraint, elle est l'occasion de batailles politiques qui peuvent générer une déstabilisation de l'État.

On comprend que la persuasion devienne pour le gouvernement un véritable devoir politique. Mais l'enjeu est tel que la frontière est bien fragile qui sépare l'information habile quoiqu'encore honnête de la déformation que sont la propagande et l'*intoxication* (on dirait maintenant la *désinformation*). On peut faire l'hypothèse que l'homme d'État qui se sent acculé à se servir de ces méthodes les emploie en vue du bien public et non au profit de son ambition ; il n'en reste pas moins que la limite qui caractérise la loi civile lui fait donner au problème du rapport des fins et des moyens une solution machiavélienne que la définition même de la loi tendrait à récuser et que le gouvernant lui-même ne serait peut-être pas porté à admettre.

Une troisième limite concerne l'efficacité de la loi. Il n'y a pas de corps politique sans loi : celle-là est nécessaire et liée à la définition du politique, même quand les dieux donnaient des lois aux hommes par le truchement de leurs porte-voix. Il y a cependant, au cours de l'histoire d'une communauté politique, des moments pendant lesquels la loi ne suffit plus à assurer la bonne santé du corps politique. Le *juriste* cède alors totalement la place au *politique*, ils ne collaborent plus. Le politique assume ses responsabilités spécifiques, au-delà du juridique, en tout cas en dehors de lui. Il

s'agit du recours à ce que l'on nomme, depuis Botero, *la raison d'État*[8].

Même fondé juridiquement, comme c'est le cas dans la Constitution française[9], l'emploi de la raison d'État permet au pouvoir de s'exercer sans lois. Certes, il s'agit là d'un recours exceptionnel, appelé par une situation très grave qui met en péril le corps politique et ses institutions ; il est réduit à un temps limité sous peine de dénaturer le régime ; et, bien entendu, le gouvernant qui use de la raison d'État ne peut pas se permettre n'importe quoi, l'illégalité nécessaire ne l'est que dans une perspective bien précise : restaurer la légalité dans l'intégrité physique et morale de l'État[10]. Il n'empêche que, sous la pression des événements, on est acculé à accepter une réalité : les lois civiles, qui sont le rempart de l'État, sont incapables d'assurer sa sauvegarde. Bien mieux, elles constituent une gêne pour l'action efficace qu'exige le salut de la communauté. Il faut bien se rendre à l'évidence : les efforts de légitimation les plus brillants des *États de droit* échouent devant l'urgence de certaines situations. Les lois ne suffisent pas à garantir le bien commun ou, plus simplement, l'intérêt général. Elles trouvent leurs limites dans ce qu'elles auraient dû permettre d'éviter : la menace de destruction de la communauté politique. Si l'on s'en tient à des visées abstraites, la loi civile est apte à tout ordonner et à prévenir tout désordre. Concrètement, ses limites apparaissent dans la mesure où certaines situations, celles qui exigent la vigilance la plus efficace, leur échappent : il devient alors impossible de faire l'économie de l'intervention d'un homme qui prend ses responsabilités face à l'histoire, en dehors de la légalité.

Par le recours à la raison d'État, la force échappe à l'emprise du droit. Tout se passe comme si, par la suspension des formes légales d'exercice du pouvoir, ce dernier confondait paradoxalement dans une même définition, la force et le droit impliqué dans le mot raison, qui constitue l'expression : *Raison d'État.* Dans des circonstances d'exception, quand il décide par-delà le commandement de la loi civile, le pouvoir dévoile un caractère que l'effectivité de la loi dissimule en temps normal : en découvrant les limites de la loi, les hommes découvrent aussi la transcendance du pouvoir qui s'impose à eux et exige leur obéissance sans autre légitimation que

---

8. Botero, *Della Ragione di Stato*, 1589.
9. Article 16 de la *Constitution* de 1958.
10. Cf. Raymond Polin, « Nécessité de la Raison d'État », *Comprendre*, vol. 45-46, p. 102-116.

le fait d'être le pouvoir. Le jugement qu'ils pourront porter sur la transgression des lois n'aura qu'un critère : le succès de la politique entreprise par celui qui s'est cru autorisé à mettre la légalité entre parenthèses, le temps que les limites de la loi civile rendaient celle-là dangereuse, parce qu'elle manquait d'une efficacité universelle.

La fonction de la loi civile est d'ordonner les cadres de la vie civile. Elle réglemente par exemple les conditions du mariage et ce qui a trait à la vie conjugale, sans ingérence dans le choix des personnes, à l'exclusion de celles qu'elle interdit d'épouser (parenté immédiate, partenaire déjà marié, mineur trop jeune, etc.). Quand il ne s'agit pas de prescriptions de ce genre, les lois se taisent parce qu'elles n'ont rien à dire. Chacun, à l'heure actuelle, choisit qui lui convient dans les pays de civilisation occidentale. Dans le passé, les parents décidaient à la place de leurs enfants, mais, même quand l'observation des coutumes faisait peser sa contrainte, la loi, à proprement parler, n'intervenait pas. Il faut excepter le cas des mariages princiers qui, jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle, étaient l'objet de dispositions strictes, sans que celles-ci cependant dépendent de la loi civile.

Il y a donc des domaines, et ils sont nombreux dans la vie des membres d'une communauté politique, dans lesquels la loi n'intervient pas, car elle n'a pas à intervenir. Ainsi ce qui ressortit à la loi morale est-il loin d'être toujours de la compétence de la loi civile.

La frontière n'est pas nécessairement évidente et varie selon les temps et les philosophies. Il est clair que le rapport des deux espèces de loi est absolument différent chez Aristote ou chez Hobbes par exemple. Pour ce dernier, la loi morale est fixée par la volonté du Souverain qui dit le juste et l'injuste. Elle est donc soumise à la loi civile et nul ne peut invoquer la loi divine ou la voix de sa conscience pour désobéir à celle-là. On pourrait, il va sans dire, étudier avec intérêt l'origine de la loi civile dans, ou en dehors de son inhérence à la loi morale, mais ce n'est pas dans cette perspective que nous lui chercherons une quatrième limite. En revanche, il nous paraît intéressant de mettre en lumière deux directions opposées dans lesquelles la loi civile trouve cette limite indépassable.

D'une part, quand sa promulgation est entre les mains des législateurs d'un régime totalitaire, n'a-t-on pas affaire à l'impossibilité radicale que rencontre la loi de demeurer une loi, dans la

signification pleine de ce mot ? Nous avons souligné en effet que la loi civile est propre à l'homme et aux communautés politiques dont il fait partie avec d'autres hommes. Une loi peut-elle être dite une loi quand elle ne tient plus compte de l'homme ? Quand la loi prétendait obliger à la dénonciation des Juifs sous le IIIe Reich, quand elle exige la même dénonciation de ceux qui sont soupçonnés de déviation idéologique en Union Soviétique, elle exprime une décision qui anéantit l'universalité de la définition de l'homme. Ce n'est pas de morale qu'il s'agit ici, c'est de métaphysique[11].

La limite de la loi civile ne vient pas de sa prétention universelle à se faire obéir. Qu'on lui retire ce caractère et elle n'est plus une loi. Elle lui vient, dans les cas dont nous venons de parler, de la méconnaissance tragique de ce dans quoi elle s'inscrit. La valeur de l'homme, sa nature, son sens, transcendent toujours la finalité des sociétés dans lesquelles il vit. En ces dernières, la loi civile est autonome à l'intérieur du cadre qui est le sien. Mais il ne faut jamais oublier que si elle existe pour servir les intérêts de la communauté politique, celle-là, en déshumanisant les auteurs des lois, leurs exécuteurs et leurs victimes, perd sa propre définition.

On retrouve, à l'opposé, une limite du même ordre : il ne s'agit plus de détruire légalement l'humain en l'homme, mais de le respecter au-delà de la loi, dans les cas où, précisément, la loi civile se révèle impuissante à lui indiquer la moindre direction. La décision qu'un homme doit prendre à un certain moment de sa vie n'est pas prévue par la loi parce qu'elle est d'un autre ordre que celui de l'obéissance civile. En dehors de l'éventualité d'une quelconque sanction civile, la vie d'un homme prend ou perd son sens, selon ce qu'il aura décidé de faire. Doit-on parler de cas de conscience, de conflit de devoirs ? Il ne semble pas. Aucune casuistique n'est assez fine pour désigner le devoir-faire ou en soulager celui à qui s'impose un choix fondamental, même si la matière peut en paraître insignifiante, comme dans les cas où l'on peut se taire ou garder le silence, mais aussi quand il s'agit de choisir d'orienter sa vie ou celle d'un autre, voire de sauver l'une ou l'autre. Pour une part non négligeable de notre vie, il manque la balise légale qui en règlerait le cours.

Faut-il s'en plaindre à la loi civile et regretter qu'elle ne puisse

---

11. C'est aussi la raison pour laquelle les pays libéraux devraient s'abstenir de légiférer pour autoriser la mort des hommes à venir, quel que soit l'âge du fœtus. Et que dire des projets d'eugénisme légal !

dépasser ses propres limites ? Devons-nous la dire purement utile et lui obéir sans la respecter, pour reprendre l'attitude d'Alain devant le politique ? Non, car ce serait oublier que sans elle, les questions qu'elle ne permet pas de résoudre ne se poseraient même pas. Mieux vaut délimiter et admettre sa fonction. Reconnaître et montrer ses limites n'est pas la taxer d'insuffisance. N'est insuffisant que ce qui a vocation de faire quelque chose et qui n'y parvient pas. C'est pourquoi, quelle que soit l'origine de la loi civile, qu'il faille une ouïe assez fine pour entendre les dieux la dire ou qu'on la crée à ses risques et périls, quelles que soient les bornes inévitables du champ qu'elle a pour tâche d'ordonner, les hommes ont la responsabilité d'établir des codes de lois et de leur obéir. Mais ils ont aussi le devoir de ne pas se contenter de ce que les lois prescrivent, s'y laissant emprisonner comme si elles disaient la vérité ultime. Il ne faut pas tout attendre d'elles, mais accepter à la fois leur silence dans les situations où il faut bien admettre que l'on demeure le seul juge de ce que l'on doit faire, et, en même temps, continuer à respecter leurs prescriptions limitées.

*

Vivre est un difficile équilibre entre la solidité du juridique, clair, précis, énoncé, garant commode des devoirs et des droits, et l'absence de repère légal de la décision qui détruit ou construit un homme. Mépriser la loi civile ou se passer d'elle parce qu'elle n'a pas réponse à tout est la tentation infantile de qui redoute d'assumer sa liberté : ruiner la communauté politique, parce que la loi civile qui la structure rencontre nécessairement ses limites, n'est pas sauver l'homme. Sans doute faut-il admettre l'ambivalence : ce pèlerin paradoxal qu'est l'être humain trouve ou peut fabriquer les pierres qui assurent ses pas et ceux de ses fils ; quant à en amasser pour reposer sa tête ou celle de ses enfants, c'est une entreprise qui ne cesse de le tenter, mais qui l'anéantirait si elle avait le malheur de réussir.

Janine CHANTEUR
Université de Paris IV

Alain RENAUT

LE PROBLÈME DE LA *LOI INJUSTE*

Remarques sur l'anti-juridisme contemporain

LE PROBLÈME DE LA *LOI INJUSTE*

Remarques sur l'anti-juridisme contemporain

L'un des problèmes majeurs qui continuent de hanter la philosophie contemporaine du droit consiste manifestement à savoir comment gérer l'héritage, s'il en est un, de la tradition jusnaturaliste. Plus d'un demi-siècle après le bannissement kelsénien de la question du droit naturel hors de la science du droit, il y a là, convenons-en, un singulier paradoxe : le destin du droit naturel reste, de fait, un terrain d'affrontement entre deux camps faciles à identifier. D'un côté, la proclamation se répète que l'idée moderne d'un droit naturel de l'homme comme tel, prétendant au statut de fondement universel du droit positif, est morte en même temps que sont mortes l'idée d'homme et la croyance en l'universel, — auquel cas il nous faudrait désormais développer le projet de construire une « nouvelle philosophie du droit ». De l'autre côté, si l'on accorde qu'il n'est plus possible de reprendre naïvement l'idée de nature humaine et si l'on accepte la problématisation de l'idée d'universel par les diverses découvertes de l'histoire, la conviction s'est exprimée que c'est en réassumant la perspective de l'humanisme juridique, sans se réinscrire pour autant dans ce qui, de la tradition jusnaturaliste, n'est plus assumable aujourd'hui, que l'interrogation philosophique pourra satisfaire à quelques-unes des exigences imposées à la pensée par le fait du droit. Je ne prolongerai pas davantage la description des deux démarches en présence, et au demeurant ce n'est pas véritablement un mystère que de savoir laquelle des deux m'apparaît la plus féconde : il est évidemment hors de question pour moi d'expliciter pleinement, dans le cadre de cet exposé, les termes d'un tel débat, ni de prétendre totalement, et directement, le trancher. Je voudrais simplement consacrer cet exposé à montrer comment ce débat peut se laisser éclairer grandement si l'on considère un problème qui s'y dissimule et qui réside dans les difficultés inhérentes à la notion de « loi injuste ».

C'est ce problème que posait clairement L. Strauss, d'ailleurs après bien d'autres, en soulignant « qu'il est parfaitement sensé et

parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions *injustes* » et que, lorsque nous portons de tels jugements, « nous impliquons qu'il y a un étalon du juste et de l'injuste, (...) indépendant du droit positif, (...) grâce auquel nous sommes capables de juger le droit positif »[1]. Il s'agit là effectivement, comme le rappelait G. Ripert[2], d'« une très vieille controverse », à savoir « celle de la résistance légitime aux lois injustes » : comment déclarer une loi contraire au droit, là où la loi se donne pour l'expression même du droit, — et surtout au nom de quel droit résister à la loi si la transgression de la loi est contraire au droit ? Mais, d'autre part, si le droit se réduit à la légalité, selon un geste caractéristique du positivisme juridique, comment, pour reprendre là encore une formulation straussienne[3], face à l'installation légale du nazisme au pouvoir, refuser ce qu'il y a d'« inacceptable » dans cet événement ? C'est précisément pour dénouer ce type d'aporie que s'était édifiée l'idée d'un droit, dit « naturel », qui ne serait pas déterminé par les législateurs, mais constituerait la norme permettant à la fois de guider l'activité législatrice et, pour le citoyen, d'en juger les produits, c'est-à-dire les lois, et éventuellement de leur résister au nom du « juste ». De là qu'en un contexte intellectuel où, de toute part, nous a été annoncé l'effondrement du droit naturel, le problème classique de la « loi injuste » me paraît avoir retrouvé une acuité toute particulière. En utilisant cette sorte de « test » que me semble devoir constituer, pour une pensée du droit, sa capacité à résoudre de façon satisfaisante le problème de la « loi injuste », je voudrais ici examiner une tentative contemporaine particulièrement aiguë pour faire l'économie de toute référence à l'idée de droit naturel. Ce faisant, je ne prétends certes pas que les éventuelles difficultés auxquelles pourrait se heurter une telle tentative suffiraient à elles seules à restituer dans toute sa légitimité, et sous sa forme traditionnelle, une telle idée : je considère simplement que la mise en évidence de ces difficultés devrait du moins conduire à considérer que la problématique du droit naturel n'est pas close et que, si nous entendons aujourd'hui échapper aux effets pervers de toute réduction du droit à la loi (positive), c'est à cerner ce qui, d'une telle problématisation du droit (en termes de droit naturel) reste

---

1. L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, tr. par M. Nathan et E. de Dampierre, Plon, 1954, p. 15.
2. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 326.
3. L. Strauss, « What is Political Philosophy ? », *Political Philosophy*, New York, p. 24.

compatible avec les acquis irrécusables de la pensée contemporaine qu'une philosophie du droit consciente de ses responsabilités doit désormais travailler.

*

J'ai choisi, pour la circonstance, d'appliquer ce « test » à l'essai de F. Ewald pour débarrasser la philosophie du droit de toute démarche, à ses yeux désormais « impossible », consistant à poser « la question de la justice dans les termes du droit naturel »[4]. L'intérêt de cet essai me paraît en effet consister en ce qu'il illustre de façon particulièrement révélatrice le risque d'antijuridisme auquel s'expose (et nous expose) aujourd'hui, dans notre univers intellectuel, une certaine volonté de gérer l'héritage de ce qu'il m'est arrivé de nommer « pensée 68 »[5]. De manière parfaitement explicite, Ewald décide de faire sienne, dans le registre du droit, « la méthode de Michel Foucault » comme effort pour déceler en tout domaine les divers déplacements et transformations subis par les concepts, bref pour souligner « la multiplication des ruptures dans l'histoire des idées »[6]. De là un certain nombre de conséquences très prévisibles, à commencer par la mise en suspens de l'idée même de droit : si tout est historique, donc discontinu, le droit n'est qu'« un de ces universels abstraits, comme le pouvoir ou l'État, dont Michel Foucault n'a cessé de poursuivre la fausse évidence » ; en fait « le droit n'existe pas » et « ce que l'on appelle *droit* est une catégorie de la pensée qui ne désigne aucune essence, mais sert à qualifier certaines pratiques » qui « peuvent être très différentes les unes des autres » « sans qu'il y ait à supposer nulle part la permanence d'une essence »[7]. Bref, il n'y a que *des* droits, c'est-à-dire les visages successifs de la pratique juridique telle qu'à chaque époque elle serait inséparable de ce que Foucault avait appelé *l'épistémé* caractéristique du temps, soit : l'« *a priori* histori-

---

4. F. Ewald, « Justice, égalité, jugement », *Cahiers de philosophie politique et juridique, L'Égalité,* 1985, n° 8, p. 220 — thèse largement développée depuis dans *L'État providence,* Grasset, 1986. J'entends au fond, à travers mon exposé, poursuivre le débat amorcé ici même lors du Colloque de 1985, et à cette occasion je sais gré à S. Goyard-Fabre de nous permettre, même à deux ans de distance, de dialoguer.
5. Sur l'antijuridisme de la « pensée 68 », cf. L. Ferry et A. Renaut, *Des droits de l'homme à l'Idée républicaine,* PUF, 1985, p. 181 ; *La Pensée 68,* Gallimard, 1985, p. 153, 164 ; *68-86, Itinéraires de l'individu,* Gallimard, 1986, chap. III (sur l'exemple de Deleuze).
6. M. Foucault, *L'archéologie du savoir,* Gallimard, 1969, p. 15.
7. *L'État providence,* p. 30.

que » constitué par la manière dont une époque conçoit « le mode d'être des objets » d'un champ déterminé de connaissances et définit les conditions dans lesquelles l'homme « peut tenir un discours sur les choses qui est reconnu pour vrai »[8]. Et de même que *l'Archéologie du savoir* avait relevé, sur les exemples de la biologie, de l'économie ou de la linguistique, une hétérogénéité totale entre les *épistémés* historiquement successives d'un même champ de connaissances[9], de même Ewald va-t-il estimer qu'entre les différentes *épistémés* du droit qui se peuvent distinguer des Grecs à aujourd'hui, il n'est que discontinuités énigmatiques et ruptures radicales. De cet éclatement de l'histoire du droit en *des* histoires fragmentées, résultent les deux déterminations qui, selon Ewald, doivent désormais être constitutives de toute philosophie du droit : d'une part, le *nominalisme*, puisque le droit comme tel n'est qu'un mot, ne renvoyant qu'à des expériences juridiques incommensurables ; d'autre part, un *positivisme* présenté comme « radical », c'est-à-dire comme la radicalisation de la désignation kelsénienne des systèmes juridiques pour objet exclusif de la théorie du droit[10]. Certes l'objection pourrait être formulée qu'il faut bien malgré tout disposer d'une notion du droit pour « identifier certaines pratiques juridiques », et qu'une telle notion ressemble fort à une essence métapositive du droit : en réalité, précise Ewald en assumant jusqu'au bout sa perspective, l'idée générale du droit utilisée dans la démarche archéologique est, en tout état de cause, très pauvre (elle se réduit à sa définition comme un ordre social de contrainte), mais ces maigres critères de juridicité eux-mêmes doivent être considérés comme historiques, comme intrinsèquement liés aux pratiques positives du droit qui définissent aujourd'hui notre expérience juridique. « Ce qu'on appelle droit » est donc ici bel et bien conçu comme se réduisant de part en part à « des systèmes juridiques positifs, qui sont eux-mêmes réfléchis au sein d'expériences juridiques, tout aussi positives »[11].

---

8. M. Foucault, préface à la traduction anglaise de *Les Mots et les Choses*, citée par l'excellent essai de J.-G. Merquior, *Foucault ou le nihilisme de la chaire*, tr. de l'anglais par M. Azuelos, PUF, 1986, p. 38.
9. Cf., sur ce thème, *L'Archéologie du savoir*, p. 250. Voir aussi H. Dreyfus et P. Rabinow, *M. Foucault, un parcours philosophique*, tr. de l'anglais par F. Durant-Bogaert, Gallimard, 1984, p. 37 sq.
10. *L'État providence*, p. 30 : « Nous revendiquons un positivisme radical. Plus radical encore que celui de Kelsen, parce que nominaliste. » Kelsen, par sa « Théorie pure du droit », entendait encore une description du « droit positif en général ». Cf. *Théorie pure du droit*, tr. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 1.
11. *Ibid.*

Ainsi la philosophie contemporaine, lorsqu'elle cultive avec fidélité l'héritage de certains des courants les plus marquants des années 60, retrouve-t-elle un chemin où, en d'autres temps, Kelsen avait massivement et durablement entraîné les juristes. De ce néo-positivisme juridique découle fort logiquement, on s'en doute, une nouvelle condamnation de la notion de droit naturel, entendue au sens moderne, autrement dit : de la thématique des droits naturels de l'homme. De fait, la référence aux droits de l'homme n'apparaît ici que comme un élément d'une « expérience juridique positive », celle qui correspond à l'*épistémé* classique du droit telle que la thématise la tradition jusnaturaliste[12]. Relevant seulement de la façon dont « le droit, les pratiques juridiques, sont problématisés à un certain moment », elle ne saurait donc aucunement être tenue pour un ingrédient à jamais indispensable d'une expérience juridique : mieux, comme démarche archéologique, une philosophie des droits de l'homme devrait montrer aujourd'hui comment le discours des droits de l'homme et, plus généralement, la problématique du droit naturel où il s'inscrit, étaient solidaires d'« une configuration épistémologique désormais dépassée »[13] : nous ne croyons plus, explique Ewald, qu'il existe une quelconque « vérité absolue », nous savons que « rien n'a de valeur par soi-même, rien n'est bon en soi, mais seulement dans une certaine situation », bref qu'« il y a division sur les valeurs et les intérêts »[14] ; dans ce contexte, où la philosophie qui devrait supporter le droit est « subjectiviste et relativiste », la référence à un droit naturel universel apparaît non seulement comme périmée, mais aussi comme dangereuse : se réclamer d'un tel universel, c'est en effet vouloir imposer la domination de valeurs qui, comme toutes les valeurs, sont particulières et renvoient à des intérêts particuliers. Si donc nous savons désormais qu'« aucun principe juridique ne peut plus se penser à l'universel » et que « le droit ne peut plus se soutenir aujourd'hui que de sa propre positivité »[15], « le problème n'est plus, pour la pensée juridique, de déterminer *a priori* ce que doit être le droit pour que règne la justice dans la société » : ce n'est plus à une telle problématisation du droit que doit encore se consacrer le philosophe, mais il nous faut adopter cette « nouvelle posture en philosophie du droit » qui consiste simplement à « recueillir l'expé-

---

12. *L'État providence*, p. 31.
13. *Ibid.*, p. 502.
14. *Ibid.*, p. 504
15. *Ibid.*, p. 41.

rience juridique telle qu'historiquement léguée et positivement pratiquée pour en accompagner le développement dans la direction que le mouvement social paraît réclamer ».

Je ne me prononcerai pas pour l'instant sur un tel programme : du moins est-il parfaitement conforme aux principes d'une tentative qui, historicisant radicalement le droit, confie explicitement à la philosophie du droit, parmi les diverses disciplines juridiques, la tâche d'étudier « plus spécialement les différentes problématisations du droit », autrement dit la tâche archéologique[16] : «Penser de manière adéquate les rapports droit et histoire, l'historicité comme une des dimensions essentielles du droit », tel est « ce qui constitue certainement une des tâches principales assignées aujourd'hui à une philosophie du droit »[17]. De ce programme, je ne retiendrai ici que la nuance qui s'y exprime : l'archéologie définit « une des tâches principales » de la philosophie du droit, mais non point la seule. Nuance à vrai dire importante, dans la mesure où, en ouvrant sur la reconnaissance d'au moins une autre tâche, elle va nous conduire à apercevoir, précisément au niveau de cette autre tâche, les graves difficultés auxquelles s'expose cette radicalisation philosophique du positivisme juridique.

*

Quelle autre tâche, donc, pour la philosophie du droit, dans la perspective d'une telle radicalisation du positivisme, au-delà de l'étude des « différentes problématisations du droit » ? En fait, accorde Ewald, outre le problème de savoir « comment le droit peut avoir une histoire » (lequel renvoie à l'entreprise archéologique), se pose aussi le problème d'« un certain dépassement du positivisme », susceptible de doter celui-ci d'« une capacité d'évaluation des pratiques juridiques » : « Problème, en d'autres mots, de l'existence d'une philosophie du droit qui soit une critique de la légalité, sans revenir pour autant aux positions du droit naturel[18]. » La tâche de la philosophie du droit, ici, se déplace donc vers la fondation d'une « posture critique par rapport aux pratiques normati-

16. Sur le refus de l'idée de droit naturel, cf. aussi « Pour un positivisme critique, Michel Foucault et la question du droit », *Droits*, n° 3, 1986, p. 140 : « La nature est devenue une référence muette, ... et nous avons le sentiment d'une irréductible dispersion des valeurs et la conviction qu'il n'y a pas moyen de s'accorder sur une conception de la justice. »
17. « Justice, égalité, jugement », *op. cit.*
18. « Pour un positivisme critique », *Droits*, p. 138.

ves »[19], et ce dans un cadre strictement positiviste, bref : vers l'élaboration de ce qui se nomme dès lors « positivisme critique ». Ainsi se trouve réassumé, avec le problème de la « justice »[20], ce problème de la « loi injuste » qui, dans l'optique kelsénienne, tombait en dehors de la sphère du droit pour ne plus relever que de celle de la morale[21]. De manière à mon sens tout à fait incontestable, Ewald estime en effet qu'à cet égard « la manière dont Kelsen a posé la question des rapports droit-justice (il serait plus juste de dire du non-rapport droit-justice) n'est plus tenable »[22] : car de fait, nous éprouvons, lorsque des lois doivent être dénoncées comme injustes, que la légalité n'est pas nécessairement conforme au droit, et donc que le droit ne se peut réduire à la loi[23]. Ce retour du problème de la justice (et notamment de la justice des lois) au sein du positivisme, Ewald l'étaye même sur deux expériences.

Tout d'abord, selon un paradoxe seulement apparent, sur « l'expérience des droits de l'homme »[24] : nulle concession, pour autant, ne se trouve ainsi faite vis-à-vis d'une thématique supposée relever d'une *épistémé* périmée du droit ; simplement, cette expérience juridique historiquement située (et dans laquelle il serait vain de vouloir se réinscrire) témoigne d'un sentiment qui, lui, est perçu apparemment comme atemporel et que l'expérience des droits de l'homme a thématisé à sa manière, — savoir : « le sentiment qu'il convient de trouver un principe de limitation à une inflation législative et réglementaire » qui appelle une « capacité d'évaluation des pratiques juridiques au regard de leur juridicité ». L'expérience des droits de l'homme aura donc défini une façon très particulière de thématiser l'exigence indépassable de « poser la question du droit à la légalité »[25], autrement dit : de se demander si la loi est juste ou non.

Une deuxième expérience confirme ce qu'a d'incontournable,

---

19. *L'État providence*, p.41.
20. *Ibid.*, cf. aussi « Justice, égalité, jugement », *op. cit.*, p. 220 : « Nous ressentons la nécessité d'une limitation de droit, de distinguer entre droit et légalité, la supériorité du droit par rapport à la loi, en un mot la nécessité de pouvoir faire jouer à nouveau la question de la justice dans le droit positif. »
21. Sur la dénonciation kelsénienne de la confusion jusnaturaliste entre droit et morale, cf. A. Renaut, « Kelsen et le problème de l'autonomie du droit », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 9, 1986.
22. « Justice, égalité, jugement », *op. cit.*, p. 220.
23. « Une expérience foucaldienne, les principes généraux du droit », *Critique*, août-septembre 1986, p. 790 : « Le droit n'est pas la loi. »
24. « Pour un positivisme critique », *Droits*, p. 142.
25. *L'État providence*, p. 40.

pour la pratique et la théorie du droit (donc aussi pour la philosophie), ce problème de la justice : il s'agit de l'expérience historique des démocraties, puisqu'« avec l'institution du suffrage universel, le régime des partis, en un mot, l'institution de la démocratie, la volonté du législateur se dévoile comme ne pouvant plus être que l'expression de la domination temporaire d'une majorité »[26]. Ainsi surgit l'historicité de la loi, dont le problème de ses rapports avec le droit ne peut plus dès lors être occulté : le droit n'est pas la loi, puisque celle-ci ne cesse de se transformer en se réclamant à chaque fois d'un droit qui ne se réduit pas à elle.

Si l'évacuation kelsénienne du problème de la justice n'est donc pas acceptable, il est clair toutefois que — positivisme et nominalisme juridiques obligent — l'évaluation de la justice des lois ne saurait plus passer, à l'époque où l'universel est censé être en crise, par l'installation d'un droit naturel comme mesure du droit positif. En d'autres termes — et c'est là, à mon sens, une formulation que l'on peut parfaitement accepter comme décrivant convenablement l'état actuel de la problématique centrale de la philosophie du droit : *l'épistémé* jusnaturaliste a confondu « l'idée d'une morale universelle », qui a fourni au droit naturel son « contenu », et « l'idée que le droit positif devait être lié à un principe de censure ou de limitation », laquelle idée définit la « fonction du droit naturel »[27] ; or, si, en un temps où les sciences sociales ne cessent de manifester l'absolue « dispersion des valeurs », le contenu d'une morale universelle ne paraît plus aussi aisément repérable, la fonction du droit naturel (être ce qui permet l'évaluation des lois, et notamment la critique des lois injustes) doit être préservée, sauf à renoncer à toute mise en cause de l'« inacceptable ». En ce sens la question que ne peut esquiver une philosophie positiviste du droit, et qui fait que sa tâche ne saurait s'épuiser dans l'entreprise archéologique, sera de déterminer ce qui, prenant la place du *contenu* du droit naturel, pourra désormais en remplir la *fonction*.

*

A cette question (réellement décisive, en ceci qu'elle décide de la possibilité de suivre aujourd'hui la voie d'un positivisme juridique faisant l'économie de tout réinvestissement envisageable de l'idée de droit naturel), Ewald tente d'apporter une réponse qui

26. « Les principes généraux du droit », p. 790.
27. *L'État providence*, p. 42.

soit compatible avec les principes de sa démarche, c'est-à-dire avec la conviction que nulle essence du droit et donc nulle référence à un universel ne se peuvent ici concevoir. La réponse proposée est cherchée dans le recours à la notion complexe de « principes généraux du droit »[28]. Une nouvelle catégorie normative semble en effet être apparue dans l'expérience juridique contemporaine, particulièrement après la Deuxième Guerre mondiale. Alors que le positivisme kelsénien avait accoutumé les juristes à mettre entre parenthèses la question de la justice des lois, et donc aussi celle de leur contenu, pour s'attacher seulement à la structure formelle des systèmes juridiques[29], l'expérience du nazisme a fait surgir le problème posé par un ordre normatif perçu comme radicalement incompatible avec les normes les plus fondamentales des autres systèmes juridiques et avec leurs traditions les mieux établies. De là qu'à l'issue du second conflit mondial, la nécessité ait été perçue de pouvoir se réclamer de certains « principes généraux du droit », règles non écrites, mais considérées comme résidant à l'état latent dans la tradition juridique des nations civilisées et comme constituant autant de normes que le juriste ne crée pas, mais qui s'imposent à lui dès lors qu'il prétend, dans son activité, rester fidèle à ce qui avait jusqu'ici inspiré la création des lois et la production des jugements[30].

Dans cette notion de consécration juridique assez récente, mais déjà classique au plan de la théorie[31], on voit sans peine ce qui peut intéresser un élève de Foucault, au point de la lui faire désigner comme l'emblème d'une « expérience foucaldienne » du droit. Les principes généraux du droit peuvent en effet être perçus

---

28. *L'État providence*, p. 507. Cf. aussi : *Une expérience foucaldienne : les principes généraux du droit.*
29. Sur le refus kelsénien de condamner *en juriste* les États totalitaires, cf. *Théorie pure du droit*, p. 55-56 : « N'importe quel contenu peut être de droit. »
30. Sur la liste de ces principes, cf. par exemple B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954 : principe de l'égalité devant la loi et les règlements, devant les services et les charges publics ; principe selon lequel la liberté est la règle et la restriction l'exception ; principe de la non-rétroactivité des lois, de l'autorité de la chose jugée ; principe selon lequel les contrats et les traités doivent être respectés *(pacta sunt servanda)* ; principe de bonne foi *(bona fides)*, etc. Cette étude signale en outre qu'en droit français, c'est le 26 octobre 1945 que, dans les motifs juridiques d'une de ses décisions, le Conseil d'État invoqua pour la première fois « les principes généraux du droit applicables même en l'absence de textes ».
31. Cf. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, 2e éd., p. 236 sq. (la notion remonterait jusqu'à un arrêté pris en 1873 par le Tribunal des Conflits). Cf. aussi ses notes sous les arrêts « Winkell » et « Tichit » de 1909 et 1913 : voir B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 218 sq., et G. Morange, « Une catégorie ambiguë : les principes généraux du droit », *Revue du droit public*, 1977, 2, p. 764 sq.

comme définissant, ainsi qu'on a pu l'écrire significativement[32], une sorte de « droit naturel empirique, transpositif par rapport à la normativité étroite et aberrante du positivisme dogmatique, sans être pour cela un droit naturel au sens donné à ce terme lors d'époques qui méconnaissaient la dimension historique ». De tels principes échappent en effet à l'analyse positiviste de type kelsénien dans la mesure où ils ne sont pas *institués*, mais, en un sens, précèdent toute institution d'une loi[33]. Pour autant, l'idée d'un droit naturel extérieur au droit positif ne se trouve pas ainsi mobilisée, puisqu'au fond le recours aux principes généraux se borne à rappeler à un certain nombre d'acquis historiques : bien plus qu'à une nature métapositive, la référence se ferait à la simple histoire du droit positif. C'est en ce sens que F. Ewald croit pouvoir présenter ces principes comme *historiques* et *positifs*, et cependant comme constituant, malgré leur appartenance à « l'ordre juridique positif »,« ce qui fait qu'une norme est une norme »[34], donc ce qui permet à une loi de prétendre avoir une force obligatoire. L'appel aux principes généraux du droit procéderait seulement d'une réflexion opérée sur elle-même par une tradition juridique, une société, en l'absence d'une référence possible à la nature, décidant de « se lier à elle-même à travers sa propre histoire » et résolvant de « faire de l'histoire du droit, de la sédimentation juridique, donc de la positivité même du droit, une source du droit » : on tiendrait ainsi « une manière proprement positiviste d'autorégulation du droit », témoignant par conséquent de la possibilité d'un « positivisme critique »[35] capable de résoudre le « problème-test » de la « loi injuste » sans faire référence ni à une essence du droit, ni à un idéal métahistorique du droit. A travers l'expérience des principes généraux du droit, c'est au pur « jugement interne d'un ordre juridique sur lui-même »[36] que l'on assisterait, et ce sans nulle prétention à l'universel et à l'atemporel, puisque ces principes sont posés comme ayant pour extension une aire juridique délimitée, celle d'une nation ou, au mieux, d'un groupe de nations se recon-

---

32. H.A. Schwaz-Liebermann von Wahlendorf, *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant*, Mouton, 1971, p. 113 (cf. aussi p. 299 sq.).
33. Cf. Mme Furet, « L'appréciation des concepts du droit privé en droit international public », *Revue générale de droit international public*, 64 : « Il existe dans le droit positif de l'ensemble des nations tout un corps de principes juridiques qui précisent comment naît la force obligatoire... Ces règles correspondent à un sentiment universel de justice, de respect de la parole donnée. »
34. *L'État providence*, p. 508.
35. *Ibid.*, p. 508.
36. *Ibid.*, p. 512.

naissant des traditions communes ; ils seraient par définition frappés de « précarité » et de « fragilité » : exprimant uniquement la perception que nous avons aujourd'hui de notre tradition, ils se modifieraient à mesure que cette tradition se déploie et que la perspective prise sur elle se transforme.

La solution ainsi apportée au problème de la « loi injuste » n'est pas sans élégance : elle semble permettre de ne transiger en rien sur les prémisses de toute cette approche du droit en termes d'historicisation des catégories juridiques, puisque, même à ce niveau, les principes n'exprimant que « la mémoire de notre tradition juridique »[37], la règle du jugement de droit reste « traversée par l'histoire »[38]. Se trouverait, de ce fait, sérieusement ébranlée la conviction qu'« il y aurait incompatibilité d'essence entre droit et histoire » et qu'« il n'y aurait de droit qu'à l'universel »[39].

Le débat se trouve ainsi franchement ouvert, par F. Ewald lui-même, avec ceux qui (je rectifie la caricature) n'excluent certes pas du droit la dimension de l'histoire, mais du moins perçoivent la résorption du droit dans l'histoire comme ruineuse pour le droit[40] : je ne saurais bien évidemment m'y dérober. Les difficultés de cette solution restent à mon sens celles de tout historicisme : à recourir à des principes généraux du droit conçus comme la simple « mémoire de notre tradition juridique », comment ne pas remettre une fois de plus en scène la position pour laquelle *c'est en définitive l'histoire qui juge le droit* ? Si les principes généraux du droit offrent seulement « l'objectivité d'une mesure qui permet de juger selon la perspective d'une histoire »[41], en quoi n'est-ce pas à nouveau l'histoire qui devient le « tribunal du monde », et, si tel est le cas, comment distinguer vraiment droit et fait ? Car, si ce qui constitue un certain nombre de règles plus ou moins implicites en critères de juridicité se réduit à leur inscription dans une *tradition*, c'est-à-

---

37. *Ibid.*, p. 511.
38. « Pour un positivisme critique », *Droits*, p. 139.
39. « Une expérience foucaldienne : les principes généraux du droit », p. 788. La dimension foucaldienne de ladite expérience se situe ainsi clairement au niveau d'une historicisation de ce qui, pour le droit, joue le rôle de transcendantal (cf. « Pour un positivisme critique », p. 140 : les catégories qui sont en jeu sont « à la fois transcendantales et historiques »).
40. Au-delà même de la problématique formulée par Strauss dans *Droit naturel et histoire*, on me permettra ici de mentionner le nom de Fichte : « La question du droit ne ressortit nullement au tribunal de l'histoire » : cf. *Considérations sur la Révolution française*, 1793, tr. Barni, Payot, p. 86. (Voir, sur ce thème fichtéen, mon *Système du droit*, PUF, 1986, p. 222 sq.)
41. *L'État providence*, p. 511.

dire à leur consécration par l'*usage*, c'est bien le *fait* qui devient le critère du *droit* : ce qui fonderait l'obligation de respecter aujourd'hui telle ou telle règle pour produire du droit, ce serait le *fait* que, dans l'histoire de nos pratiques juridiques, on ait depuis des siècles respecté cette même règle et qu'elle ait pour ainsi dire été sélectionnée par l'histoire. Je n'ai pas à rappeler ici à quelles apories expose un tel historicisme et en définitive à quel antijuridisme il conduit, mais enfin, sauf à déifier l'histoire, on voit mal pourquoi la tradition serait un gage de justice et comment, si le fait décide finalement du droit, le droit pourrait ne pas ainsi se trouver privé d'une des fonctions essentielles qui le constituent, savoir celle d'être une instance critique à l'égard du fait.

*

Il ne faut pas se méprendre sur le sens de ces remarques. Elles ne visent bien sûr pas la pratique même de la référence aux principes généraux du droit, et elles n'excluent nullement qu'à travers cette référence une solution du problème de la « loi injuste » soit envisageable : cette pratique est réellement à l'œuvre au sein de notre expérience, elle permet une évaluation des textes et des situations juridiques, et, si elle est réelle, elle doit bien être possible. Le véritable problème serait plutôt, du moins à mon sens, de se demander comment cette pratique est possible. Or il me semble que, de ce point de vue, si la référence aux principes généraux du droit doit échapper aux apories qui seraient inhérentes à la volonté de faire juger du droit par l'histoire (ou par la tradition), ce ne peut guère être que dans la mesure où le contenu même de tels principes est susceptible de se laisser resserrer autour de valeurs aussi irréductibles à l'histoire que les droits de l'homme. Comme on a pu y insister[42], la notion même des principes généraux du droit est en effet grevée d'une certaine ambiguïté : théoriquement, si les principes sont simplement le produit de la sédimentation de ce qu'ont été les usages juridiques au sein d'une tradition, il serait concevable d'imaginer une extension indéfinie du champ de tels principes, à mesure que cette tradition se prolonge et s'enrichit ; or le législateur, percevant peut-être ici le risque d'une grave dissolution du droit dans le fait, a tendu à *limiter* ces possibilités d'extension. Ainsi la Constitution française de 1958, après avoir défini les

42. G. Morange, *art. cit.*, p. 768-770.

principes de la République comme ceux de « la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 », réduit-elle à l'avance, dans ses articles 34 et 37, le nombre et la portée de nouveaux principes susceptibles d'apparaître : d'une part de tels principes ne pourraient éclore que dans les secteurs réservés au législateur, et d'autre part, dans le secteur laissé au pouvoir réglementaire, d'éventuels nouveaux principes pourraient bien surgir, mais ils ne pourraient avoir aucune force juridique. Ainsi notre expérience juridique récente se caractérise-t-elle par une volonté délibérée de réduire le champ d'application des principes à venir, et donc, de fait, par le resserrement des principes généraux du droit autour de ceux qui se sont dégagés et qui sont clairement désignés comme entretenant une relation étroite avec les valeurs exprimées par les Déclarations des droits de l'homme. Puisqu'aussi bien il ne s'agit là que d'un fait, je ne prétends nullement tirer de cette constatation un argument vraiment décisif dans le présent débat sur la question de savoir si, à l'égard du problème de la « loi injuste », la pratique des principes généraux du droit préserve la fonction critique de l'idée de droit sans pour autant rester prisonnière d'une thématisation du droit en termes de droit naturel. Il me semble seulement que ces importantes précisions et restrictions introduites par le Législateur sont significatives, et que nous nous trouvons placés devant une alternative : ou bien la pratique des principes généraux du droit équivaut à juger du droit par l'histoire, ce qui est inacceptable ; ou bien, ce que me paraît suggérer avec sagesse notre Constitution, cette pratique se ramène au moins partiellement (c'est-à-dire pour la part qui ne consiste pas à dissoudre le droit dans l'histoire) à monnayer l'héritage des droits de l'homme, à particulariser ou, si on voulait le dire techniquement, à *schématiser*[43] les principes de l'humanisme juridique, et dans ce cas, l'expérience des principes généraux du droit échappe à l'historicisme et à l'antijuridisme. En ce sens, il est compréhensible que toute une réflexion, à plusieurs reprises, se soit « attachée à la vocation humaniste des principes généraux du droit, qu'elle a mise à nu et systématisée »[44], et ait essayé de montrer comment les divers principes se laisseraient déduire de cette affirmation de « l'autonomie de la personne humaine » qui avait donné à la Déclaration des droits de l'homme de 1789 son indépas-

43. Le terme s'entend au sens techniquement kantien du « schématisme ».
44. S. Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksieck, 1972, p. 284.

sable portée[45]. Aussi ne me paraît-il pour le moins nullement garanti que l'expérience des principes généraux du droit soit l'indice qu'il est possible au positivisme juridique de résoudre le problème de la « loi injuste » (c'est-à-dire d'acquérir une dimension critique) en étant conséquent avec ses prémisses, à savoir l'évacuation de l'idée de droit naturel, et en échappant au risque de dissolution historiciste du droit. De ce fait, le destin de la problématisation du droit en termes de droit naturel ne m'apparaît pas entièrement joué, comme ne m'apparaît pas jouée, même à l'époque de la crise de l'universel, la destinée de l'humanisme juridique. Ce qui, bien sûr, ne signifie pas que, pour être compatible avec les principaux acquis de la pensée contemporaine, cette problématisation du droit en termes de droit naturel ne doive pas connaître divers réaménagements de nature à en renouveler profondément l'allure. Mais, pour que la philosophie du droit soit convoquée à réfléchir à de tels réaménagements, encore faut-il qu'il n'ait pas été préalablement tenu pour acquis que décidément, avec le « deuil de l'universel »[46], nous portons aussi, à tout jamais, celui du droit naturel ; encore faut-il que le « relativisme généralisé » auquel nous serions aujourd'hui conduits[47] n'ait pas porté implacablement toutes ses conséquences, parmi lesquelles notamment l'antijuridisme.

Alain RENAUT

Université de Caen

45. Cf., par exemple, G. del Vecchio, *Les principes généraux du droit*, tr. par E. Demontès, LGDJ, 1925, p. 50 sq.
46. *L'État providence*, p. 502.
47. *Ibid.*, p. 581.

Raymond POLIN

LA DÉSOBÉISSANCE CIVILE

Ce n'est pas *désobéissance civile*, c'est bel et bien *civil desobedience* qu'il faudrait dire, puisque le problème a été mis en honneur par le titre que Henry David Thoreau avait donné à un article célèbre publié en 1849.

Il faut rappeler que la notion de désobéissance civile ne pose pas le problème d'une résistance générale au Pouvoir établi dans n'importe quel régime, ou de la révolte ou de la rébellion contre ses lois.

Pour les Anglo-Saxons et spécialement pour les Américains, la *civil desobedience* intervient dans une communauté politique constituée en État de droit, où les gouvernants sont les représentants des citoyens et sont chargés d'exprimer la politique voulue, de plus ou moins loin, par l'opinion publique. Il s'agit d'États inspirés par une philosophie libérale puisque les fins majeures des communautés politiques de cette sorte, inspirées par une culture résultant de la fusion des cultures judéo-chrétienne et gréco-romaine, sont le respect des libertés fondamentales des individus érigées en droits du citoyen par les lois en vigueur.

Puisqu'il y a des citoyens capables d'être mauvais et méchants, le juste et l'injuste sont définis et garantis par les lois en vigueur, qui tendent à exprimer la culture historique ambiante. Ce qui est tenu pour juste, c'est ce que dit la loi. Les lois sont la lettre d'une justice dont la culture inspire l'esprit.

I. Pourquoi envisager une *civil desobedience* ?

Dans le meilleur des cas, c'est l'éternel problème de la distance qui sépare la lettre de l'esprit.

Il est clair qu'il ne peut pas ne pas exister une distance entre la stabilité de la loi, *la lettre*, et le mouvement historique de la culture, qui est *l'esprit*. On voit à chaque instant des lois qui tombent en désuétude du fait du changement des mœurs, en dépit des efforts de la jurisprudence pour adapter les décisions de justice à leurs variations. On doit bien admettre d'ailleurs que les lois,

comme toutes les institutions humaines, sont toujours plus ou moins imparfaites. Ne peut-il pas s'ensuivre parfois qu'il y a des lois mal faites et que le pouvoir législatif — toujours humainement imparfait — peut se livrer à des abus ou à des excès ? N'a-t-on pas d'ailleurs mis en garde contre le pouvoir exorbitant dont une majorité est en mesure de disposer, au bénéfice de ses membres et au détriment de ceux qui s'opposent à elle ? N'a-t-on pas évoqué le péril d'une dictature (légale) de la majorité ?

D'autre part, la culture, dont la nation est la prise de conscience politique, n'est pas toujours parfaitement homogène ou harmonieuse ; elle n'est jamais unanime. Et encore moins l'opinion publique qui, dans chaque cas, en exprime les réactions. La nécessité de faire appel à une opinion majoritaire en fait foi. Bien plus, au sein de la culture qui fonde une nation, il peut y avoir des divergences stables, qu'il s'agisse de divergences religieuses ou de divergences locales, qui entraînent la formation de minorités et de dissentiments permanents, que des compromis et des tolérances réciproques n'arrivent pas toujours à résoudre de façon permanente. En milieu anglo-saxon, les conflits religieux donnent souvent lieu à la résurgence de mouvements de *dissenting*, à l'apparition de *dissenters*.

A la limite, puisque la désobéissance civile est érigée en doctrine en milieu libéral, ses défenseurs peuvent aller jusqu'à prétendre qu'en dépit des Constitutions et des lois, chaque individu demeure, au fond de sa conscience, l'ultime juge du bien-fondé et de la légitimité d'une loi. Les libertés individuelles, leur expression, leur garantie, ne sont-elles pas le principe et la fin de la communauté ? Certes, la condition du citoyen implique l'obligation d'obéir à la loi et la puissance publique s'impose, même au prix de l'emploi de la force publique, comme le juge et le garant en dernier ressort. C'est le principe rationnel et librement consenti d'une coexistence et d'une collaboration pacifiques. Mais il subsiste toujours dans la reconnaissance de la valeur de l'individu et de ses libertés la justification d'une autonomie de jugement et d'action qui peut être revendiquée comme inaliénable, surtout si le risque du châtiment légal est consenti. Et il reste toujours le droit inaliénable de faire sécession et d'émigrer hors de la communauté.

On constate même aisément que, sous l'absolu respect des libertés individuelles, subsiste le postulat implicite d'une bonté naturelle de l'homme libre et de l'existence d'une sociabilité naturelle immanente. On peut faire un pas de plus et prétendre que, sans autorité politique, sans lois, sans contrainte, il n'y aurait pas

de discorde entre les hommes et ceux-ci ne seraient pas poussés à la méchanceté, car ils ne seraient, par la vertu de leur nature libre, ni mauvais, ni méchants. Sous la reconnaissance de la liberté individuelle et de l'organisation libérale de la communauté politique, s'insinuent toujours les thèmes favoris et flatteurs de l'anarchie.

Sans aller jusque-là et sans même prendre en compte les mécontentements et les déboires individuels, sans évoquer le jeu des passions où l'amour-propre, l'ambition, l'envie, le désir du pouvoir et de la possession, la vanité de paraître tiennent tant de place, on voit que, dans l'élaboration historique d'institutions et de lois imparfaites, toujours incapables d'assurer un consensus spontané universel, même si le consentement à la communauté politique est acquis, il subsiste toutes sortes de raisons, sinon valables, du moins respectables et dignes de discussion, pour critiquer des lois en vigueur, contester le bien-fondé de telle ou telle d'entre elles et mettre en question l'obéissance qu'on leur doit.

II. Qu'entend-on par désobéissance civile ?

Nous pouvons donc définir la *désobéissance civile* maintenant que nous avons compris les raisons qui pouvaient prétendre la justifier dans le cadre d'institutions et de lois qui ont été globalement consenties.

Ce n'est ni une rébellion, ni une révolte contre l'ensemble des institutions, ce n'est pas une résistance positive, mais une résistance passive consistant dans un refus d'obéissance. Cette désobéissance est dite *civile*, parce qu'elle est le fait d'un citoyen qui demeure fidèle au cadre des institutions et des lois, qui veut être un membre de la Cité, mais qui refuse d'obéir à telle ou telle loi, en justifiant son refus et en en acceptant toutes les conséquences pénales. Ce n'est pas un acte clandestin, tout au contraire : c'est un acte qui se veut public et qui implique la proclamation motivée d'un refus de la loi.

Pour l'essentiel, il s'appuie sur une conviction morale et sur une obligation morale qui prétendent primer l'obligation politique. Thoreau proclamait de façon radicale : « la seule obligation qui m'incombe est de faire ce que je crois être bien ». C'est une opposition de la morale à la politique au nom de laquelle on peut être un vrai citoyen sans être un citoyen à part entière, en étant, en vertu d'un choix moral personnel, *a law abiding citizen* pour certai-

nes lois et *a law disobeying citizen* pour d'autres sans cesser de bénéficier des avantages et des moyens de la vie en communauté. En ce sens, la *civil desobedience* établit la situation juridique de ce que l'on pourrait appeler des « citoyens partiels », à côté des citoyens à part entière.

Dans le meilleur des cas, et dans la droite ligne du respect des droits de l'individu, nous sommes en présence d'une objection fondée sur le verdict de la *conscience*, dont Thoreau, enseignant les *civil desobedients*, ne met en question ni sa nature, ni sa validité, ni son universalité. Nous n'entreprendrons pas ici une discussion en règle du fait de ce que l'on appelle « conscience morale » et de sa portée. Dans un monde où la multiplicité irréductible des cultures et les variations de leurs histoires met gravement en question la conscience à la Rousseau, « instinct divin, immortelle et céleste voix », la conscience morale n'est, au mieux, que l'exigence des valeurs fondamentales d'une culture et le sens de l'obligation morale qui s'ensuit, vus à travers le prisme subjectif d'une personne.

Il est clair qu'un homme de bien se doit de décider ou d'agir en dernier ressort en son âme et conscience. Mais, dans un État de droit et, qui plus est, dans un État libéral, comme les lois fondamentales de l'État et les lois positives qui s'ensuivent sont, elles aussi, un reflet de la même constellation des valeurs caractéristiques de la culture ambiante, les conflits ne devraient pas aller au-delà d'une divergence entre vision collective et compromis stable et vision subjective affectée par les circonstances. Chaque citoyen dispose de bien d'autres moyens pour défendre ses convictions que la désobéissance à la loi.

Celle-ci apparaît comme un scandale purement symbolique et toujours accusable d'incohérence et d'arbitraire, même si la désobéissance a pour intention de provoquer la punition prévue. Cette punition, adaptée d'ailleurs à une infraction ordinaire à la loi, ne convient plus pour le cas d'une désobéissance civile érigée en système. Qu'on le veuille ou non, c'est le respect à la loi en tant que telle, et donc l'État de droit, qui est ébranlé par celle-ci. Elle doit être punie d'une tout autre façon, car elle entraîne une véritable mise hors la loi. Et cependant, pratiquée isolément, une désobéissance civile particulière est politiquement inefficace. On est tenté de la considérer comme un geste d'intellectuel irresponsable, comme une tragi-comédie relevant de la politique-spectacle.

Il n'est pas moins clair qu'aucun État, soucieux de la cohérence et de l'ordre public nécessaire à sa survie, ne peut accepter ou

même tolérer qu'un citoyen puisse choisir entre les lois auxquelles il obéit et celles auxquelles il n'obéit pas.

La désobéissance civile peut aussi être présentée par un groupe d'individus comme une manière de défendre un *intérêt* particulier à ce groupe, et négligé par la puissance législative, mais qui est présenté comme conforme à la justice, comme une juste répartition des biens, des tâches, des avantages ou des droits. C'est là une forme moderne de la désobéissance civile : ce n'est plus la revendication d'un individu au nom d'une morale, mais la revendication d'une collectivité au nom d'une conception de la justice qui ne coïnciderait pas avec celle qu'incarne l'ordre politique établi. Dans une communauté politique moderne, où les groupes organisés jouent un rôle de plus en plus grand au détriment des individus, la désobéissance civile prend un tout autre visage, et prend l'allure d'une lutte délibérément politique : ce sont des minorités ou des groupes de pression corporatifs qui s'opposent aux lois édictées par la majorité et par le pouvoir central.

Sous ses diverses formes et depuis ses origines, la désobéissance civile est présentée comme l'objet d'un *droit*. Une nouvelle génération de philosophes américains, comme Michael Walzer ou John Rawls, parlent volontiers *of a right to disobey*.

Walzer attribue imprudemment la formule *the right to disobey* à John Locke. Nous ne pouvons ici entrer dans le détail de l'argumentation de ce dernier. Mais Locke prend bien soin de ne pas parler de « loi injuste » ; la loi civile, pour lui, est l'explicitation dans une communauté politique et l'application aux circonstances de la loi naturelle. Il évoque strictement le cas d'un usage abusif, c'est-à-dire illégal, donc injuste, de la force, d'actes et d'oppressions illégaux qui sont le fait du « magistrat », du Prince[1]. Alors, Locke mentionne un « droit de résister » à ces actes qui sont proprement des actes de tyrannie, un droit de se défendre soi-même et de recouvrer par la force ce dont une « force illégale » s'est emparé. Mais il s'empresse de ne pas conseiller à un individu ou à quelques individus de se lancer dans cette entreprise, car elle courrait à l'échec aussi longtemps que le « corps du peuple » ne se sent pas concerné et ne prend pas l'affaire en main. Et d'ailleurs, pourquoi parler d'un droit ? Comment pourrait-on empêcher de résister à une force illégale, même s'ils sont peu nombreux, ceux qui croient,

1. Locke, *Second traité du gouvernement civil*, § 208 et 209.

du fond de leur conscience, que les lois, et leurs vies, leurs biens, leur liberté et même leur religion sont en danger ? C'est l'exercice d'un pouvoir irrépressible, le pouvoir de résister à la tyrannie, à l'usage illégal de la force publique. C'est le fait de la rébellion, le fait de la révolte. Cela, chez Locke, ne ressemble en rien ni à une désobéissance civile, ni à un droit de résister à une loi. Locke n'oublie pas un instant qu'une Cité sans lois, une Cité où cesse le règne de la loi, est vouée au désordre, à l'anarchie et à la confusion[2].

Mieux aurait valu, en un certain sens, recourir paradoxalement, non à Locke, mais à Hobbes. Celui-ci, en effet, rappelant que le contrat ayant pour fin première la sauvegarde de la vie individuelle, conclut que, chaque fois que la vie d'un citoyen est menacée par l'obéissance au contrat et aux lois qui s'ensuivent, celui-ci n'est plus tenu d'obéir. Mais toute résistance mauvaise est désespérée dans l'État hobbien ; elle ne donne même pas lieu à rébellion. La seule issue est de se protéger par la fuite ou la dissimulation.

Nous sommes ainsi ramenés à une doctrine cohérente : que pourrait bien signifier un « droit de désobéir aux lois » qui ne serait reconnu par aucune loi, un droit qui ne saurait être érigé en droit par aucune loi, sous peine de rendre n'importe quelle loi insignifiante et inefficace, en la soumettant au gré arbitraire de n'importe quel citoyen ?

Cela n'empêche pas certains philosophes de la côte Est américaine d'aller plus loin encore et de tenter d'ériger ce droit de désobéissance civile en un *devoir* de désobéissance civile.

C'est ainsi que Walzer se réfère au charmant Thomas Jefferson. Celui-ci proclame bien, en effet, dans la célèbre *Déclaration d'Indépendance* de 1776, dont il est le rédacteur : *it is their right, it is their duty to throw off such government* ; mais il s'agit du droit et du devoir d'un peuple et il s'agit de se délivrer de gouvernements qui pratiquent un « despotisme absolu ». Il n'est pas question de désobéissance civile et du devoir des individus, il est question d'une rébellion contre un gouvernement qui n'a pas été consenti et qui exerce un pouvoir arbitraire, tyrannique, despotique, qui doit être rejeté et renversé dans son ensemble.

La position de Walzer, ou celle de Rawls, se présentent de meilleure façon, au moins dans un premier temps si le devoir de déso-

2. *Ibid.*, § 203.

béissance civile est fondé sur la voix de la conscience, expression d'une intime conviction, source d'une indéniable obligation. Walzer cite Luther : « Voilà où j'en suis. Je ne peux pas faire autrement. » Rawls n'hésite pas à ajouter que, dans ce cas, la conscience fournit un « devoir naturel », insurmontable, inéluctable. Mais l'invocation de la conscience prend tout son sens au plan religieux ; c'est alors qu'elle est, au sens fort, une « divine et céleste voix » ; c'est bien en effet un devoir religieux que l'on peut assumer dans la *societas spontanea*, qui est une Église comme le disait Locke, une société qui n'est pas une communauté politique et qui n'en comporte ni les lois, ni les obligations.

Dans la communauté politique, la conscience, nous l'avons montré, n'est que la prise de conscience toute subjective de la valeur fondamentale de la culture à laquelle on appartient, au moment historique où l'on se trouve. L'intime conviction qu'elle fournit justifie tout effort pour abroger les lois que l'on estime vétustes, pour réformer les lois que l'on juge insatisfaisantes, pour introduire des lois nouvelles, elle ne rend pas légitime le droit de désobéir à des lois que l'on se donne le droit de choisir, tout en prétendant bénéficier des avantages, des garanties, des protections de l'État de droit dont on reconnaît la validité. Ce n'est pas parce que cet État est libéral qu'il est en mesure de reconnaître ce prétendu « droit » ; mais c'est parce qu'il est libéral qu'il est un État de droit et qu'il reconnaît et protège la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté d'éducation, la liberté d'association, qui sont les moyens légitimes d'assurer l'adaptation historique des lois aux mœurs les plus raisonnables.

Lorsque Rawls écrit : « à chacun de décider s'il doit obéir à la loi », ce social-démocrate révèle qu'il est, au fond du cœur, un vieil anarchiste solitaire. Décider des lois auxquelles on obéit dans l'État, désobéir à une loi, c'est désobéir à toutes les lois, c'est répudier toute autorité politique. En régime libéral, le juge suprême n'est pas la conscience propre de chaque citoyen : ce serait trop évidemment l'institution d'un régime anarchique. Le juge suprême est l'ensemble de l'opinion publique exprimant le tout et l'histoire de la culture dont relève la communauté politique, par la voix de ses institutions et, en dernier ressort, par la voix de ses consultations légitimes.

A la limite, j'estime qu'il est plus facile de justifier la révolte ou la rébellion contre la tyrannie, le despotisme ou la forfaiture des hommes disposant du pouvoir politique que le non respect d'une loi dans le respect de l'État de droit.

III. Pratique de fait de la désobéissance civile

Jusqu'à une époque récente, la désobéissance civile avait une allure essentiellement symbolique et attirait plutôt l'attention vers un problème philosophique : elle exprimait les scrupules de doux anarchistes pris malgré eux dans une vie civile complexe.

De nos jours, elle cesse d'être une manifestation individuelle pour devenir celle de groupes sociaux. Elle cesse de lutter contre les abus ou les excès de l'autorité politique pour développer la défense des minorités ou les revendications de groupes de pression de plus en plus organisés.

Surtout, tandis que la désobéissance civile traditionnelle est le fait d'individus isolés et sans force politique, qui n'ont pour toute arme qu'une force morale, la désobéissance civile moderne se forge des idéologies appropriées à chaque groupe et met en jeu des forces sociales, des forces économiques et des forces physiques, voire des forces armées.

A la structure individuelle et atomistique de la société traditionnelle se substitue peu à peu, sous la poussée des mœurs et sous l'égide des lois, en particulier des différentes lois sur la liberté d'association, la structure corpusculaire d'une société composée de groupes de différentes natures, qui constituent de véritables personnes politiques, qui régentent plus ou moins strictement les citoyens qu'ils rassemblent.

La puissance publique qui émerge de la confrontation de ces groupes garde, en principe, le rôle d'arbitre et de législateur au-dessus de ces groupes en concurrence les uns par rapport aux autres. Ce sont cette confrontation, cette concurrence entre groupes en lutte qui vont constituer la désobéissance civile et lui donner une fonction nouvelle dans une société corpusculaire, mutipolaire et au devenir accéléré. La désobéissance civile vise à établir un double équilibre : d'une part, un équilibre entre la puissance publique, seule détentrice légitime de la fonction législative et de la force publique, seule responsable du maintien de l'ordre et les groupes de pression, partis politiques, syndicats, corporations économiques et financières, groupes sociaux de toutes sortes, groupes culturels, toutes associations disposant d'une capacité de pression politique de fait, mais non pas de droit, c'est-à-dire d'un pouvoir para-politique ; d'autre part, un équilibre, précaire et toujours en question, entre ces groupes de pression, dans le partage des avantages, des obligations, des tâches et des biens dont la société globale dispose.

Ce qu'est en train de devenir la désobéissance civile forme une sorte de contre-pouvoir de fait, dans les marges de l'État de droit, dans le non-dit de la loi, là où *silent leges*, là où les lois se taisent, soit qu'elles fassent défaut, soit que les mœurs soient considérées comme suffisantes, soit qu'il s'agisse du domaine réservé à la vie privée. Dans cette zone indécise d'incertitude, qui ne va pas sans insécurité et même sans péril, dans un domaine où, en principe, chaque groupe sait jusqu'où ne pas aller trop loin, l'État libéral continue à maintenir un équilibre précaire, ce que l'on appelle parfois une paix sociale. Mais ce sont peut-être les mœurs qui jouent le plus grand rôle, et cette volonté ambiguë, virtuellement contradictoire, d'imposer les lois qui leur conviennent tout en respectant les prérogatives formelles de la puissance publique et du pouvoir législatif, dans le cadre constitutionnel de l'État de droit. Les lentes et obscures réactions de l'opinion publique souterraine interviennent sans doute de manière décisive pour bloquer ou débloquer la situation politique dans les moments de crise extrême.

Je n'insisterai pas sur la pression idéologique à laquelle se livrent des groupes, surtout lorsqu'ils sont puissants. Mais elle est caractéristique de leur action, car elle n'hésite pas à défendre leurs intérêts les plus particuliers, les plus catégoriels, à l'aide de valeurs capables de fonder une conception de l'homme et de la société visant à promouvoir leur puissance politique et à satisfaire leurs appétits, fût-ce au détriment du bien commun, et sans tenir compte des possibilités de la communauté, de ses moyens ou de son harmonie. Contre la justice politique, qui est celle de l'État, ils défendent volontiers, par exemple, sous le nom alléchant de justice, une redistribution des avantages et des droits qui favorisent leurs catégories. Mais la propagande idéologique relève de la liberté d'expression, et ne participe pas de la désobéissance civile.

Pour la même raison, je ne mentionnerai même pas toutes les sortes d'actions, de manœuvres, de trafics d'influences que les groupes de pression exercent dans le cadre des lois, même s'ils se soucient peu du bien commun, ou d'une scrupuleuse moralité, même s'il s'agit de pressions financières, de manœuvres économiques ou sociales, ou de censures intellectuelles ou médiatiques qui peuvent avoir des effets gravement abusifs.

Je me bornerai à évoquer, et plutôt à titre d'exemples, deux formes d'actions collectives, qui sont passées dans les mœurs, et qui sont typiques de la désobéissance civile contemporaine.

Voici, en premier lieu, les manifestations de masse sur la place publique, celles qui « descendent dans la rue ». En principe, en

France, elles donnent lieu à autorisations préfectorales, mais celles-ci se réduisent de plus en plus à des tractations sur les lieux de la manifestation et, à l'occasion, on s'en passe. Ces manifestations se développent en fait, dans leur cours et dans les aléas qu'elles entraînent, en marge des lois qui règlent la liberté d'expression et la liberté d'aller et de venir des individus. Manifestations et défilés de rues troublent ou bloquent longuement la circulation, suscitent des bagarres. Il s'agit cependant souvent d'expressions factices et artificielles de groupes de pression particularistes, manœuvres de propagande et d'intimidation destinées à impressionner l'opinion publique et les hommes au pouvoir ; elles exercent une violence larvée, qui, parfois, dégénère. En prenant en otage un public qui n'en peut mais, un public d'individus non concernés et d'innocents, elles exercent une sorte de terrorisme sporadique auquel l'audiovisuel se complaît à apporter son appui. Lorsqu'elles deviennent un phénomène à répétition, elles peuvent engendrer un désordre quasiment révolutionnaire.

La pratique des grèves, du « droit de grève », donne lieu à une désobéissance civile collective plus typique encore. En France, en effet, la Constitution reconnaît le droit de grève, mais seulement « dans le cadre des lois qui le réglementent ». Or, mises à part quelques prescriptions mineures, telles que le service minimum dans l'audiovisuel, ou le préavis de cinq jours dans les services publics, qui n'empêchent pas les « grèves sauvages », le législateur n'a pas eu le courage d'affronter l'ire des faiseurs de grève et, en particulier, la puissance des syndicats ouvriers.

Les grèves, en principe professionnelles, prennent bien vite un tour politique. D'abord parce que le caractère national des fédérations syndicales donne à toute revendication professionnelle défendue par la grève une dimension nationale, donc, politique. Lorsque la grève s'étend à plusieurs branches, elle porte en elle la menace latente d'une grève générale ; dès qu'une grève se prolonge, mettant en péril les conditions de vie de la nation, la puissance publique est soumise à une épreuve de force. D'autre part, dans le cours même d'une grève, la formation de piquets de grève porte atteinte à la liberté du travail ; de même, l'occupation des lieux de travail met en question la sécurité des biens et le droit de propriété, mais elle est cependant tolérée en marge des lois et du droit. On est déjà en pleine violence virtuelle, dans une inévitable confrontation avec la force publique. Des heurts se produisent, et le conflit menace souvent de dégénérer. Les pertes économiques qui s'ensuivent pour les entreprises et pour la nation ne trouvent pas de responsable et ne sont pas prises en compte par la loi.

Jusqu'ici, les avantages que les grévistes trouvent au maintien de l'État de droit servent de limites à leurs exigences catégorielles et aux excès de la pratique des grèves, en principe une simple cessation de travail accompagnée de renoncement au salaire correspondant. Mais, s'ils le voulaient vraiment, les grévistes, capables de bloquer les grands services publics vitaux et de menacer la nation de paralysie et de ruine, disposeraient des moyens d'une rébellion efficace, voire irréparable.

Mais, puisque cette désobéissance civile s'exerce en régime libéral, un régime d'opinion reste l'ultime barrière de l'opinion publique. Vient un moment d'exaspération de l'opinion publique inorganisée qui peut faire reculer les grévistes qui, en dépit des moyens que le silence de la loi leur concède, souhaitent demeurer dans l'État de droit et pratiquent, en fait et sans le savoir, une désobéissance collective, une désobéissance de masse, véritablement civile. La révolution est un mot employé à tout bout de champ, mais ce n'est qu'un mot, et les citoyens des pays libéraux ou sociodémocrates ne sont manifestement pas des révolutionnaires. Il leur importe plus de conserver que de s'emparer.

Il s'agit, hélas, d'une situation-limite et l'art d'éviter les catastrophes (que personne ne veut vraiment en régime libéral) peut être maladroitement pratiqué.

*

La désobéissance civile était surtout une théorie d'intellectuels irresponsables, très individualistes et volontiers libertaires. C'était l'héritage d'anarchistes utopistes, de braves gens et de charmants poètes comme Thoreau.

Transposée des individus à des groupes qui résultent de l'expansion du droit d'association appliquant cette liberté fondamentale, la désobéissance civile devenue collective exprime un ensemble de forces politiques capable d'une grande efficacité. Tout dépend d'abord de la finalité de ces associations à impact en fin de compte politique et de la qualité du sens civique de ceux qui les composent, des traditions qui les règlent. Demeurent-elles des associations soucieuses d'accorder leur finalité avec le bien commun dans un ordre harmonieux ? Luttent-elles aveuglément entre elles et contre l'État ou pratiquent-elles les abus qui font d'elles des factions égoïstes, intolérantes, violentes et des facteurs de désordre ?

Faut-il aussi évoquer la dimension et la disproportion de ces groupes quant à leur nombre et quant à la nature de leur organisa-

tion qui leur assurent une puissance efficace dans l'État et parfois contre l'État ?

Dans un État de droit, où la désobéissance civile collective des groupes a pris des formes virulentes et devient une constante de la vie politique, soit qu'elle se développe dans les marges des lois, soit qu'elle tire parti d'une législation abusivement proliférante, c'est la puissance publique qui est mise en question et peut être en péril dans son rôle d'arbitre et dans son pouvoir souverain. C'est l'équilibre harmonieux de l'État et la République elle-même qui sont menacés.

Pour assurer la meilleure marche possible des institutions, pour aider au maintien des libertés fondamentales et de l'État de droit, je serais tenté de penser que, dans une société civile composée d'associations, de groupes très divers, la meilleure chance d'assurer un équilibre harmonieux, une justice harmonique, un ordre pacifique, tient moins à la qualité des lois et à l'obéissance civile qu'à la qualité des mœurs et à la bonne volonté civile des hommes. Je dirais volontiers avec Montesquieu, avec Rousseau, que, dans les régimes de liberté, l'amour de la liberté ne va pas sans l'amour des lois et de la patrie, ce qui est proprement, à leurs yeux, la *vertu*. Dans les régimes de liberté où l'opinion publique, vaille que vaille, intervient, ce qui fait, en dernier ressort, la meilleure chance de l'État, ce sont les vertus des citoyens et les vertus des gouvernants. Pourquoi ne pas mettre notre espérance dans l'effort pour remettre le mot de *vertu* à la mode, et sa pratique à l'honneur ?

Raymond POLIN

Institut de France
Académie des Sciences morales et politiques

PUBLICATIONS
DU CENTRE DE PHILOSOPHIE POLITIQUE ET JURIDIQUE
DE L'UNIVERSITÉ DE CAEN

Cahiers de philosophie politique et juridique :

N° I : *Démocratie, qui es-tu ?* (1982)	*épuisé*
N° II : *Démocratie et philosophie* (1982)	*épuisé*
N° III : *Hobbes, philosophie politique* (1983)	*épuisé*
N° IV : *Souveraineté et citoyenneté* (1983)	100 F
N° V : *La pensée libérale de John Locke* (1984)	66 F
N° VI : *La tyrannie* (1984)	100 F
N° VII : *La pensée politique de Montesquieu* (1985)	78 F
N° VIII : *L'égalité* (1985)	100 F
N° IX : *La philosophie du droit de Kelsen* (1986)	78 F
N° X : *La guerre* (1986)	100 F
N° XI : *Des théories du droit naturel*	90 F
N° XII : *La loi civile*	120 F
N° XIII : *Le positivisme juridique*	*en préparation*

Bibliothèque de philosophie politique et juridique

BURLAMAQUI : *Les principes du droit politique* (2 tomes)	180 F
PUFENDORF : *Les devoirs de l'homme et du citoyen* (2 tomes)	180 F
GROTIUS : *Le droit de la guerre et de la paix* - tome I	240 F
(Traduction Barbeyrac) tome II	260 F
RICHELIEU : *Testament politique*	150 F
LOCKE : *Le magistrat civil* (traduction inédite)	39 F
VOLTAIRE : *L'ABC : dialogues politiques*	75 F

MABLY : *Les entretiens de Phocion sur la morale et la politique* 75 F

HAURIOU : *Aux sources du droit* 100 F

LOCKE : *Essais sur la loi de nature* (traduction inédite) 125 F

HOBBES : *Bibliographie internationale de 1620 à 1986* (établie par A. Garcia) 125 F

HUME : *Quatre discours politiques* (Introduction et texte) 130 F

PUFENDORF : *Le droit de la nature et des gens* (traduction Barbeyrac) tome I 290 F
tome II 290 F

WOLFF : *Principes du droit de la nature et des gens* (traduction Formey) tome I 160 F

Achevé d'imprimer
par Corlet, Imprimeur, S.A.
14110 Condé-sur-Noireau

N° d'Imprimeur : 4156
Dépôt légal : mai 1988
Imprimé en France

La loi des Cités est autre chose, en son sens et en sa portée, que la lettre d'un texte édicté par le législateur étatique. Aussi recèle-t-elle un écheveau de problèmes : problèmes éternels, problèmes historiques, mais aussi problèmes d'actualité, dont l'acuité est plus intense que jamais. A l'heure où se multiplient les textes législatifs et tandis que s'enfle démesurément la réglementation qu'ils appellent en vue de leur application, il importe de prendre conscience du fondement méta-juridique des lois positives et des enjeux politiques qu'elles déterminent.

Les textes que rassemble ce volume scrutent les lois que les républiques, au fil des siècles, ont forgées ; ils mettent en lumière les idées, les valeurs ou les projets qu'elles enserrent. A la faveur d'une approche analytique et critique, ils permettent une meilleure compréhension du concept de *Loi*, de son statut juridique et de ses implications philosophiques.

Cahiers de philosophie politique et
Numéro 12 1987

19558

ISSN 0759-1810

Prix : 120 F

CORLET. IMPRIMEUR, S.A.