



Denis Baranger

PENSER LA LOI

Essai sur le législateur
des temps modernes

L'ESPRIT DE LA CITÉ
GALLIMARD

L'Esprit de la cité

Du même auteur

Parlementarisme des origines. Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien), Presses universitaires de France, coll. « Léviathan », 1999.

Le Droit constitutionnel, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 2002, rééd. 2017.

Écrire la constitution non écrite. Une introduction au droit politique britannique, Presses universitaires de France, coll. « Léviathan », 2008.

Denis Baranger

PENSER LA LOI

ESSAI SUR LE LÉGISLATEUR
DES TEMPS MODERNES

nrf

GALLIMARD

Pour Françoise Deslandres

Introduction

La loi s'est dévaluée. Le mot « loi » n'a plus la même force symbolique qu'à d'autres moments de notre histoire. La passion législative qu'on attribue à la Révolution française, ou à l'âge des grands codes napoléoniens, nous paraît également aujourd'hui relever d'une illusion politique difficile à comprendre et probablement répréhensible. Même la haute considération pour le Parlement des hommes des débuts de la III^e République nous semble appartenir à un moment de notre histoire peut-être heureux et brillant — que l'on pense aux grandes lois républicaines adoptées pendant cette période et toujours en vigueur — mais à jamais révolu. Cela ne date d'ailleurs pas d'hier.

Cette dévaluation symbolique s'est doublée d'une perte d'efficacité. On reproche volontiers à la loi de ne pas résoudre les problèmes collectifs, ou encore de ne pas refléter adéquatement l'esprit de la communauté politique. La législation s'expose, plus ou moins sourdement, à une permanente accusation d'inefficacité, voire d'il-légitimité. Nous vivons l'âge du triomphe de la constitution et du juge constitutionnel. Les juristes se donnent avant tout pour tâche d'interpréter la constitution comme on s'emploie à déchiffrer un hiéroglyphe sacré, que chaque loi est suspectée d'enfreindre. Ils visent à combler tous les manques de la loi. N'est-ce pas, de ce point de vue, la signification du contrôle de constitutionnalité ? Chaque décision d'un juge constitutionnel peut se lire comme un acte d'accusation contre l'idée de loi. Chaque censure juridictionnelle d'une

loi est le symptôme de la nature profondément défectueuse de notre législation. Tout cet imposant dispositif qui culmine dans la censure juridictionnelle ne suggérerait-il pas que la loi était susceptible d'être injuste ?

De manière lancinante, juristes et non-juristes dressent le bilan d'une crise du droit dans laquelle la loi n'est pas la dernière des accusées : chaotique, coupablement abondante, défectueusement rédigée, pas ou mal appliquée, et sans cesse modifiée : « L'inflation des lois, leur volatilité, leur impuissance à saisir un monde décidément trop compliqué, tout cela fait perdre à la loi sa majesté et sa valeur¹. »

Ce désenchantement n'a rien de neuf. Les reproches que nous faisons à nos lois ont été formulés, en des termes étonnamment comparables, à des époques très éloignées de la nôtre. Le chaos des lois, leur nombre excessif, leur rédaction défectueuse : ce sont là des thèmes qui ont traversé le temps. L'impression d'un chaos dans le droit revient à travers l'histoire selon une sorte de rythme spasmodique. Le désordre des lois romaines et des coutumes était un lieu commun de l'Ancien Régime français, que l'on retrouve par exemple chez Portalis². Mais les juristes français du XVIII^e siècle sont loin d'avoir été les seuls à penser ainsi. Les jurisconsultes de l'empereur Justinien, qui ordonna la compilation de tout le droit romain dans le *Corpus juris civilis* au VI^e siècle après Jésus-Christ ; ou, plus près de nous, les légistes d'Henri III, qui tentèrent de compiler les coutumes françaises dans un premier essai de « code », trouvaient déjà qu'il y avait trop de lois, qu'elles étaient incohérentes, ou mal rédigées. Voltaire, fameusement, avait dénoncé dans son *Siècle de Louis XIV* les « cinq cent quarante coutumes » du royaume, les « quarante mille lois romaines » qui le régissaient encore, sans parler des « mille gros commentaires qui se contredisent », le tout engendrant une ridicule et « prodigieuse contrariété entre les lois du même royaume³ ». Et, sous la Révolution, Sieyès allait employer pratiquement les mêmes mots dans le débat sur le pouvoir législatif à l'Assemblée nationale constituante⁴.

La France, du reste, n'est pas la seule concernée par cette

dépréciation des lois : le phénomène est européen. Les juristes italiens du XVIII^e siècle en ont fait un de leurs thèmes de prédilection. Cesare Beccaria, auteur en 1764 du célèbre ouvrage *Des délits et des peines*, condamnait une législation pénale contredisant sans cesse la morale à tel point que « sont devenus vagues et fluctuants les noms de vice et de vertu » et que chacun se trouvait dans « l'incertitude [...] sur sa propre existence ». Un peu plus tard, le grand réformateur anglais Jeremy Bentham rendit une sentence tout à fait comparable sur la législation anglaise de son temps, qu'il n'hésitait pas à comparer à une « jungle⁵ ».

Enfin, dans la jeune République américaine, les Pères fondateurs de la constitution de 1787 avaient conscience des vices inhérents à l'activité législative des grandes monarchies européennes. La manière dont le pouvoir législatif s'exerçait, et notamment la production frénétique de lois sans cesse modifiées, constituait à leurs yeux un sérieux problème. Il s'agissait selon James Madison, l'un des rédacteurs des *Lettres du Fédéraliste* qui allait devenir le quatrième président des États-Unis, de la « plus grande tache qu'on puisse trouver dans nos institutions⁶ » ; et aussi d'un « inconvénient très grave » aux yeux de Thomas Jefferson, maître d'œuvre de la *Déclaration d'Indépendance* de 1776 et également futur président.

Tous ces jugements nous disent l'existence d'un *topos*, un lieu commun au sens le plus fort que la rhétorique peut donner à ce terme : une évidence ressentie par un très grand nombre et dont on peut parler sans avoir ou presque à fournir de preuves. L'apparition de la loi telle que nous la connaissons, c'est-à-dire d'une règle générale, valable pour tous, ordonnée logiquement et autant que possible insérée dans un ensemble cohérent de règles, est le résultat de cette insatisfaction généralisée exprimée par les contemporains. Elle fut à l'origine d'un nombre incalculable de projets intellectuels et de plans de réformes de toutes sortes. Certains de ces projets nous semblent, peut-être à juste titre, datés et irréalistes. Jefferson proposa un dispositif complexe, imposant que s'écoule un mois entre la présentation d'une loi et son vote définitif. Il proposa aussi de réviser toutes les

lois à un intervalle de dix-neuf ans, le temps du passage d'une génération⁷. Inversement, quand un juriste du Wurtemberg envisagea de ne légiférer que tous les cent ans, le grand légiste allemand (et futur ministre de la Législation) Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) ne put s'empêcher de juger que cela ne pouvait convenir à « notre âge de l'éphémère⁸ ». Savigny lui-même, en sa qualité de ministre de la Législation, n'hésita pas à prendre l'initiative de lois nouvelles et parfois audacieuses⁹. Son cas est exemplaire. La question de la réforme législative pose une difficulté sérieuse aux courants politiques conservateurs. Il ne suffit pas pour eux d'en appeler au *statu quo*. Le problème de la législation ne se résout pas par le non-agir. S'abstenir de légiférer ne constitue pas une option viable. Le législateur demeure le médiateur social par excellence. La loi n'a pas été remplacée dans cette fonction de consécration des compromis entre intérêts divergents au sein d'une société hétérogène. En même temps, nous pressentons plus ou moins confusément que les lois nouvelles ne feront pas tout ce que nous attendons d'elles.



Le propos de ce livre est de trouver certaines explications à ce rapport d'amour déçu que nous entretenons avec nos lois. À l'évidence, nous avons beaucoup de griefs à formuler à leur rencontre : leur prolifération, leur mauvaise rédaction, la pauvreté de leur contenu, souvent pensé dans la seule considération des préoccupations du moment, ce dont témoigne d'ailleurs leur modification incessante. Tout le monde paraît s'accorder sur ce bilan, mais il est pourtant très difficile de savoir si ces griefs sont justifiés.

Nous avons besoin des lois, mais il semble que les lois ne répondent pas au besoin que nous avons d'elles. Au cœur de notre histoire politique se cache ainsi un événement qu'il serait relativement aisé de présenter sous des traits dramatiques : la dévaluation de l'outil législatif et, plus profondément encore, sa perte de sens. S'agissant de nos lois, nous ne savons plus guère où nous en sommes. Selon quels

critères pourrait-on en juger ? Comment mesurer la juste proportion entre les divers problèmes sociaux et la quantité de lois qui seraient requises pour les traiter, ce qui permettrait de conclure que les lois sont trop « complexes » ou trop nombreuses ? Cette impression ne renvoie pas à une réalité objective de trop-plein, de complication excessive, ou même de mauvaise rédaction. Elle touche à un problème culturel et historique beaucoup plus profond et beaucoup plus ancien. Plus que de faits vérifiables, il s'agit là d'un trait constitutif de notre conscience historique et sociale. Il fait écho à un aspect fondamental de notre manière d'être politique : nous aspirons à être des individus libres vivant dans des sociétés se donnant à elles-mêmes leurs propres lois, ce qui est la définition de l'autonomie. L'exercice du pouvoir législatif, loin d'être un acte anodin, concentre toutes nos aspirations politiques. La déception face aux imperfections de la législation est le revers de cette espérance et d'un projet politique primordial à nos yeux. Ce projet est celui de vivre dans des sociétés capables de se gouverner par elles-mêmes. L'autonomie est un projet central de la politique moderne. Mais ce n'est pas un projet dont la réalisation va de soi.



Autant dire que la difficulté que nous éprouvons à légiférer dans notre début de *xxi*^e siècle renvoie à un problème depuis longtemps enraciné dans notre culture politique. Il faut, pour le cerner, reprendre à nouveaux frais l'histoire de la loi. Cette histoire comporte de nombreuses facettes : l'histoire concrète de la fabrique des lois, qui peut être aussi bien une histoire politique que juridique ; l'histoire des idées législatives, qui recense la transformation des conceptions philosophiques relatives à la loi. Le domaine à couvrir est immense : la loi relève de la théologie (car les grandes religions monothéistes font de Dieu un législateur), de la réflexion philosophique, mais également — et cela n'est pas à sous-estimer — de la philosophie morale. Elle touche en effet à nos conceptions morales les

plus profondes, puisque c'est avec la loi que nos sociétés formulent ce qui est bien et mal, désignent ce qui mérite l'éloge ou le blâme.

La loi est donc un objet complexe. Son histoire devrait idéalement prendre la forme d'une « histoire totale » qui réunirait toutes ces facettes. Le but, plus modeste, que je me suis assigné consiste à soutenir que notre problème avec la législation n'est pas seulement un problème concret, que l'on pourrait résoudre par de meilleures méthodes gouvernementales, comme le préconisent sans relâche, et toujours en vain, les rapports officiels sur l'« inflation législative » ou la « mauvaise qualité de la loi ». La loi moderne, selon moi, est aussi et surtout issue de projets intellectuels différents, voire divergents. Pour éclairer la défiance qu'elle suscite, repenser l'histoire de la législation paraît plus satisfaisant que d'en rester à un constat faussement objectif de prolifération, de médiocrité ou de confusion.

Je tenterai ici de cerner une question en particulier : celle des relations entre les projets intellectuels relatifs à la législation et le droit positif, les lois concrètement en vigueur. L'ambition de ce livre est de présenter la loi contemporaine comme le résultat de projets intellectuels passés qui persistent à porter sur nous leurs effets. Il semble logique de chercher à identifier les divers projets intellectuels auxquels nous devons nos propres idées de législation. L'exercice a bien sûr ses limites, car la loi est un phénomène qu'on peut aborder sous une infinité d'angles de vue. L'angle historique, et spécialement celui de l'histoire intellectuelle qui sera privilégié dans ces pages, n'est que l'un d'entre eux. Mais on espère montrer que sa fécondité est réelle, du moment qu'on prend soin de rapprocher les idées de législation avec les pratiques et les résultats concrets.

Or, de ce point de vue, une période se signale plus fortement à l'enquêteur qui recherche les origines de notre manière de traiter des affaires communes au moyen de l'outil législatif : le XVIII^e siècle. Un aspect central de ce qui se dit de neuf au XVIII^e siècle sur les lois tient à l'avènement d'un projet philosophique nouveau, tout à la fois porteur d'une grande ambition politique (l'autonomie collective) et d'une prétention à réformer la pratique concrète de la législation.

La loi positive est considérée alors comme un problème central pour toute pensée politique, morale, et juridique. Auparavant, si l'on étudiait en détail les lois positives d'une nation, c'est qu'on était un juriste de profession, animé par des finalités plus ou moins pratiques. La pensée politique privilégiait l'approche abstraite des lois qui prévalait de son côté au XVII^e siècle, et encore dans bien des écrits du siècle suivant. Désormais, la pensée philosophique se penche non seulement sur le concept de la loi, mais encore sur ces lois positives que les États commencent à adopter en nombre toujours croissant. On peut certes objecter que les philosophes ont toujours prétendu être des législateurs, mais le XVIII^e siècle est le moment où cette prétention, qu'il faut souvent aborder avec beaucoup de prudence, se rapproche de la loi concrète et la valorise comme un instrument effectif de gouvernement des affaires humaines. La philosophie, pour cela, opère un changement sur elle-même qu'il importera de repérer. Ce livre aura ainsi pour fil directeur un intérêt porté à la manière dont les projets intellectuels touchant à la législation se sont intéressés à l'activité concrète de législation.



Comment la loi a-t-elle été pensée ? Où trouver les idées, projets, discours, qui jettent une lumière de nature à éclairer la législation concrète, celle réellement adoptée par nos parlements ou autres institutions compétentes, et que nous retrouvons aujourd'hui dans nos journaux officiels ? En admettant même que quelque chose de significatif s'est produit au XVIII^e siècle et au début du XIX^e siècle concernant la formation de notre conception contemporaine de la loi, la redoutable diversité des théories législatives formulées au long de ce siècle et demi pose un évident problème de choix. Le présent ouvrage ne vise pas à en faire un tableau exhaustif, lequel n'aurait pas nécessairement beaucoup de sens. À peu près tous les auteurs ayant commis un quelconque écrit dans l'un des domaines évoqués plus haut (politique, philosophie, droit, théologie, morale) ont disserté

sur la loi. L'emploi des termes de « législation », « législateur », « législatif » n'est pas un marqueur très pertinent, tant est grande la variété des significations envisagées et des projets poursuivis. Le domaine, trop vaste, laisse nécessairement des zones que l'on doit renoncer même à cartographier grossièrement. J'ai notamment fait le choix de ne pas porter une attention systématique à certaines questions importantes, comme celle des relations entre l'école physocratique et l'activité législative dans la France préévolutionnaire, ou la thématique des sciences camérales en Allemagne. Il m'a semblé plus fécond de se concentrer sur les auteurs qui ont envisagé les lois positives comme une affaire pratique, par exemple en appelant à les réformer et en se posant la question de leur rédaction. Par-delà les problèmes généraux de la politique législative, ils ont tenté d'opérer la convergence entre ce que l'on commence à appeler alors la science sociale et la science du droit.

Un thème s'est particulièrement signalé de ce point de vue, et j'ai choisi dans ces pages de lui accorder un rôle pivot : l'ambition d'ériger la législation au rang de science. Le terme de « science de la législation », très populaire au XVIII^e siècle et dans la première moitié du XIX^e siècle, exprimait avant tout une sorte de nécessité diffuse. La manière de satisfaire à l'exigence de scientificité qu'il contenait a été extrêmement diverse : il a tout aussi bien recouvert des projets d'un rationalisme sans faille que des conceptions nettement plus sceptiques. Mais l'idée semble n'avoir atteint sa maturité — suivie d'un rapide déclin — qu'avec des projets assez radicaux de transformation globale du droit applicable dans les grands États. Les sciences de la législation constituent un corpus hétérogène, de qualité et d'intérêt variables, où surnagent un certain nombre d'auteurs qui ont su donner une cohérence plus grande à leurs projets intellectuels. Il n'est pas sans intérêt d'attirer l'attention sur un certain nombre d'efforts sérieux pour soumettre les lois étatiques à la raison humaine. L'expression de science de la législation est le plus souvent revendiquée par des textes inspirés par la philosophie empiriste anglaise, notamment par John Locke. Mais on a jugé utile

ici d'en rapprocher un projet philosophique tout à fait différent : celui de la métaphysique continentale et en particulier allemande.



Au corpus ainsi délimité il faut encore ajouter les idées de législation des juristes eux-mêmes, celles qui s'expriment dans la loi positive. Celle-ci n'est nullement un simple réceptacle pour des idées abstraites formulées dans un autre secteur de la société, par exemple chez les intellectuels professionnels dont le droit n'est pas le métier. Le droit a le pouvoir de conduire l'action des hommes, mais cela ne veut pas dire qu'il est un instrument neutre, un gouvernail que le Prince peut se contenter de faire tourner dans le sens qui lui paraît bon. Le droit a sa propre morale, ses propres idées politiques, même si elles sont contenues en lui d'une manière qui les rend difficilement visibles, sous forme, entre autres choses, de maximes jurisprudentielles, de notions techniques ou de formes procédurales. La vie juridique reflète l'influence de courants intellectuels qui ont, par rapport aux grandes tendances de la pensée philosophique, une certaine autonomie. Pour ne citer qu'un seul exemple, les législations criminelles ont commencé à prendre en compte la personne humaine et sa dignité bien avant toute théorisation philosophique de type kantien ou les idées réformatrices « humanitaires » qui abonderont au XVIII^e siècle¹⁰. Inversement, il suffit de penser au contenu des codes criminels anglais ou français au XVIII^e siècle pour comprendre que les projets humanistes ou bureaucratiques pouvaient rester lettre morte, et que des conceptions moralement ou politiquement archaïques pouvaient rester exprimées dans les lois en vigueur.

Il faut aussi tenir compte du fait que les types de « pensées » ou de « théories » existantes n'ont pas tous le même contenu et ne jouent pas le même rôle en relation avec la pratique. L'activité humaine ne se déroule pas sur un terrain vierge de toute construction intellectuelle, et de ce point de vue opposer théorie et pratique est naturellement naïf. Ce n'est pas par hasard si la législation a été

de longue date considérée comme une forme par excellence de l'action politique. Il s'agit d'une activité humaine qui s'enracine, d'une part, dans le monde social le plus concret et qui touche, d'autre part, au « ciel étoilé » des conceptions les plus abstraites. En légiférant, l'homme se met au niveau du Dieu des grandes religions monothéistes : il détermine, ou se propose de déterminer, par des propositions générales de futures actions particulières.

Pour comprendre cette forme primordiale d'activité sociale qu'est la législation, l'histoire des idées — sans omettre celle des idées incorporées dans le droit positif — a en effet le mérite de doter l'historien d'un corpus qui lui tient lieu de miroir à promener le long du chemin de l'histoire humaine. C'est un miroir déformant, mais précieux, à défaut pour les hommes qui agissent de toujours dire (ou pouvoir dire) ce qu'ils pensent. Ce corpus présente un certain niveau de cohérence et de rationalité. Ne serait-on pas alors tenté de voir l'histoire plus cohérente qu'elle n'est, le résultat de la mise en œuvre d'un *master plan* qui n'existe nulle part ? Mais cette cohérence offre également un intérêt, dans la mesure où le corpus des grands auteurs se prête à un exercice de questionnement approfondi. Que Thomas Hobbes pense *mieux* que tel philosophe plus mineur, que sa pensée soit plus critique et plus cohérente que tel autre écrit ; que les idées de Jeremy Bentham soient à la fois plus radicales et plus cohérentes que celles d'auteurs moins connus, tout cela explique l'utilité de l'histoire intellectuelle, y compris pour aborder l'histoire des hommes et de leur vie en société. L'histoire des idées ne permet jamais à celui qui s'y adonne de penser qu'il détient toutes les pièces du vaste dossier de l'histoire humaine. Mais elle le met en possession de documents dont le contenu est significatif pour l'histoire générale, et informé lui-même en retour par cette histoire générale.

Il serait trop simple de rejeter le travail de tous les auteurs en question sous prétexte qu'il serait uniquement spéculatif et éloigné des réalités. La vie pratique des hommes se pense autant qu'elle se fait. Il faut un cadre de pensée et des concepts adaptés pour « faire ce que l'on fait » dans le monde humain, autrement ces comportements

ne sont pas des activités signifiantes. La contribution majeure des pensées qu'on va étudier réside précisément dans leur capacité à penser *ce qui se fait* et aussi *ce qui se fera*. Leur échec immédiat, fréquemment mis en évidence par leurs détracteurs, ne change rien à l'affaire. On verra que, pour un certain nombre de ces grands projets de réforme juridique, l'insuccès n'est la plupart du temps qu'une apparence de court terme. La trace laissée à long terme sur la pratique législative et sur les conceptions morales qui la sous-tendent est tout à fait visible.

Au demeurant, notre conception de la loi n'est pas apaisée, ni totalement satisfaisante. Elle porte en elle les germes d'une crise dont nous sommes les acteurs et les spectateurs. La recherche que l'on va conduire ne peut donc pas aboutir au paisible recensement d'influences intellectuelles fécondes et convergentes. Bien au contraire, c'est peut-être ce qu'il y a de naïf, d'inefficace, d'erroné, dans les idées de législation du passé, qui explique nos problèmes contemporains avec la loi. Mais que ces idées aient été critiquées à différents titres ne signifie pas qu'elles n'ont pas servi aux hommes pour comprendre ce qu'ils faisaient et pour planifier leur action politique et sociale. Le cas de Jeremy Bentham est caractéristique. On a dit de lui qu'il n'avait guère eu d'influence sur la législation de son temps. C'était le cas en effet de son vivant, mais non à l'époque des grands législateurs et technocrates victoriens. Là surtout n'est pas l'essentiel. Bentham ou encore les philosophes allemands du XVIII^e siècle abordent des problèmes qui avaient de l'intérêt aux yeux de leurs contemporains. Ils ont suscité des polémiques importantes. Ils expriment des conceptions ou des convictions qui présagent souvent une réalité historique et sociale ultérieure.



Ce livre propose ainsi d'esquisser certaines trajectoires essentielles dans l'histoire de la législation, et certaines positions théoriques qui permettent de la saisir. Il ne s'agit pas, je le répète, d'être exhaustif,

mais de mieux comprendre des attitudes caractéristiques à l'égard de l'outil législatif et aussi d'identifier une transformation historique d'ensemble affectant l'idée de loi. Le pivot de cette transformation consiste dans la conviction que la connaissance nouvelle de l'homme, de la nature et de la société qui a émergé au XVIII^e siècle allait conduire à une nouvelle conception, scientifiquement assurée et socialement opérationnelle, de la loi.

Les sciences de la législation peuvent se lire comme une tentative de surmonter une conception plus classique des lois, ancrée dans la philosophie politique classique. Cette conception rattachait les lois aux régimes politiques dans lesquels elles étaient adoptées. Elle les faisait également entrer dans un réseau de facteurs explicatifs et de formes de normativité sociale dont une expression moderne adéquate se trouve dans la formule de l'« esprit général » telle que la livre Montesquieu : « Le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières¹¹. »

Cette conception traditionnelle a été largement mise de côté après la mort de Montesquieu par les sciences de la législation pour des raisons qu'il faudra explorer, mais que l'on peut ramener à un désir de passer de la science politique classique à ce qu'on finira par appeler la science sociale moderne, un projet pratique, voire technologique, de connaissance tournée vers le changement social et l'amélioration de la vie humaine. Ce projet, né avec les Lumières, n'a jamais cessé de susciter des objections. On verra comment, à partir de la fin du XVIII^e siècle, plusieurs stratégies ont émergé, sous la bannière du libéralisme politique et économique, pour le combattre. Mais il faut aussi faire sa place à un autre discours contraire, une autre manière de faire obstacle aux projets de législation rationnelle. Lorsque la philosophie se donnera pour ambition, selon le mot de Cambacérès, de « perfectionner les relations sociales¹² », elle rencontrera en effet un savoir de la société bien implanté, et robuste malgré son apparente modestie, celui du droit des hommes de loi. Au sortir du XVIII^e siècle, ce sont les magistrats et les juristes de droit privé