

REVUE D'HISTOIRE

DES FACULTÉS DE DROIT
ET DE LA CULTURE JURIDIQUE

LECTURES DE... N° 6 :

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

de DENIS BARANGER

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

Pour citer cet article : Jean-François Kervégan, « A propos de *Penser la loi* de Denis Baranger », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2022, Hors série *Lectures de... n° 6 : Penser la loi, essai sur le législateur des temps modernes* (Gallimard, l'Esprit de la cité, 2018), de Denis Baranger, p. 83-86.

En ligne sur :

<https://univ-droit.fr/docs/contributions/3436559/6-rhfd-lectures-de-n-6-d-baranger-penser-la-loi-par-jf-kervegan.pdf>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ *Principes de la philosophie du droit*, Préface, PUF, 2013, p. 123.