

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 : Sylvain Bloquet, « Sur une polysémie de la loi assurant le triomphe des jurisconsultes », *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. 45-60.

En ligne sur :

<https://univ-droit.fr/docs/contributions/4713141/3-rhfd-lectures-de-n-6-d-baranger-penser-la-loi-par-s-bloquet.pdf>

SUR UNE POLYSEMIE DE LA LOI ASSURANT LE TRIOMPHE DES JURISCONSULTES

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

« Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois, et jamais les lois ne pourront atteindre tous les cas qui se présentent aux juges », déclare Portalis rejetant ainsi le mythe de l'omniscience de la loi, que l'action du législateur contemporain paraît pourtant mettre toujours plus en défaut¹. C'est par ce constat d'une incessante inflation législative que l'ouvrage de Denis Baranger nous invite à parcourir une passionnante histoire de la loi depuis les temps modernes.

Il nous rappelle que la manière de concevoir la loi s'est construite, depuis cette période, en partie sur une controverse d'origine théologique entre les notions de volonté et de raison². Dès lors, cette distinction a conduit à structurer les débats politiques sur l'origine et le sens des lois. Ces deux polarités ont constamment alimenté deux conceptions de la loi, qui ne peuvent toutefois pas être strictement opposées, à savoir l'idée d'une loi-commandement et d'une loi-raison.

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

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

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

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

loi ne représente pas seulement « un acte de puissance »⁴, dans la mesure où le législateur doit être guidé par un « esprit de modération »⁵. Cet esprit historique de modération vise aussi à juger de la « civilité » de la loi, c'est-à-dire de sa conformité à un système de valeurs transcendantes, morales ou religieuses. Il consiste à « juger la loi au nom du droit civil », avec « des instruments du droit civil »⁶. Apparaissant comme une forme d'atténuation de la loi-commandement, cette pratique revient à éprouver la justice ou l'équité de la loi, en appréciant sa valeur au regard des principes du droit naturel. De la même manière, une partie des juristes du début du XIX^e siècle, dans le prolongement de leurs prédécesseurs de l'Ancien Régime, n'est pas totalement prête à renoncer au contrôle de la « civilité de la Loi », selon les mots d'Étienne Pasquier⁷. À travers cette expression, il s'est agi de faire respecter « l'ordre établi par les lois pour la conservation de la société civile »⁸.

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

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

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

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

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

⁸ *Ibid.*

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

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

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

Une même forme de dualité semble avoir perduré jusqu'aux temps modernes, sinon jusqu'à l'époque contemporaine. Denis Baranger souligne ainsi précisément le caractère polysémique de la notion, qui peut représenter, avant le XVIII^e siècle, une coutume, un contrat, une maxime, un principe juridique, « et pas seulement l'acte normatif issu de la volonté du souverain »¹¹. Le tournant hobbesien a déjà pourtant largement fait prévaloir une nouvelle conception de la loi, privilégiant le « commandement » de l'autorité au détriment du simple « conseil » du législateur¹². Ce développement d'une loi-commandement va heurter l'idée de regrouper sous le seul terme de « loi » la pluralité des sources de l'Ancien Régime. Désormais, la loi se lie intimement à la notion de souveraineté et aussi à celle de gouvernement¹³. Elle désigne à terme, comme le développe Denis Baranger, « un format standardisé et rationalisé de règle, issu de la volonté du législateur unique, qu'il s'agisse d'un monarque ou d'une assemblée »¹⁴. À l'avenir, la loi serait encore « une mesure à caractère le plus souvent général voulue par un organe compétent pour représenter le souverain dans l'État »¹⁵. De plus, loin d'être désormais une simple règle de droit d'application dans les *casus*, la nouvelle conception politisée de la loi porte le projet politique de réformer le droit, la société, voire de régénérer l'homme¹⁶. Dans ce schéma renouvelé de la norme légale, l'idée d'une *science de la législation* ne peut alors se concevoir au XVIII^e siècle qu'à travers le prisme d'une volonté réformatrice des règles de droit par l'action du souverain.

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

¹¹ D. Baranger, *op. cit.*, p. 47.

¹² *Ibid.*, p. 59.

¹³ *Ibid.*, p. 69.

¹⁴ *Ibid.*, p. 47, p. 55, et p. 121.

¹⁵ *Ibid.*, p. 55-56.

¹⁶ *Ibid.*, p. 45.

pratique se conformant aux traditions et usages pluriséculaires. Cette « pensée juriconsulte », perpétuelle et imprévisible, constitue alors la clef du conflit entre une éphémère *science de la législation* et une éternelle *science du droit*, dont les juriconsultes demeurent les gardiens inconditionnels¹⁷.

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

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

I. Une polysémie persistante de la loi au XVIII^e siècle : la loi, une règle de droit.

Le premier élément de la polysémie du concept de loi repose dans sa représentation formée autour de l'idée même de législateur. Sous l'Ancien Régime, il est acquis que le pouvoir de légiférer se lie ainsi indissociablement à la souveraineté¹⁸. Avec Bodin, la souveraineté, définie comme « la puissance absolue et perpétuelle d'une

¹⁷ *Ibid.*, p. 266 et s. et p. 285.

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

République », s'incarne dans le pouvoir législatif, permettant d'établir, de modifier, d'interpréter ou encore d'abroger la loi¹⁹. De même, avec les jusnaturalistes, toute réflexion sur la loi s'associe inévitablement à la souveraineté. À la suite de Bodin, Pufendorf fait du pouvoir d'abroger ses propres lois la marque de l'autorité souveraine²⁰. Selon lui, le « motif principal qui fait obéir aux lois, n'est pas la nature même de la chose ordonnée ou défendue, mais la volonté du législateur », c'est-à-dire le « commandement de l'autorité du supérieur »²¹. Comme le souligne Denis Baranger, ce développement d'une conception politisée de la loi conduit à l'émergence des idées politiques modernes de constitution, de séparation des pouvoirs et de garantie des droits²². Elle dispose à terme désormais de la capacité de réformer la réalité sociale²³.

Le siècle des Lumières ne fait que confirmer cette nouvelle acception de la loi liée étroitement à l'idée de souveraineté, comme chez Mercier de la Rivière²⁴ ou Vattel²⁵. Les dictionnaires de droit confirment la réception, par les praticiens, du lien unissant la loi publique et la souveraineté. Ainsi, pour expliquer l'obligation de respecter les lois, Claude-Joseph de Ferrière se réfère non seulement à Pufendorf, qui fait de la norme légale le commandement « d'un supérieur », mais également au théoricien de la souveraineté Cardin le Bret (1632). Ce dernier avait déjà déclaré qu'il n'appartenait qu'au « roi de faire les lois dans le royaume, de les changer et de les

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

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

²¹ S. Pufendorf, *op. cit.*, t. I, liv. I, chap. VI, p. 78.

²² D. Baranger, *op. cit.*, p. 71.

²³ *Ibid.*, p. 89.

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

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

interpréter »²⁶. Ferrière en déduit que l'observation des lois par les magistrats demeure le plus solide appui du gouvernement des princes²⁷. Pour Denisart également, les ordonnances sont des lois publiques et générales, qui se définissent comme « des règles établies par le souverain pour le gouvernement et la police des peuples soumis à son autorité »²⁸.

De cette assimilation à la souveraineté, les jusnaturalistes ont d'abord déduit que la loi demeure elle-même revêtue d'un caractère de perpétuité. Pour Burlamaqui, toute loi, par elle-même et sa nature, était censée être perpétuelle, car lorsque le souverain établissait une loi, ce n'était pas dans l'intention de la révoquer²⁹. Ils ont ensuite tiré la conséquence que son application est indépendamment de la question du consentement des sujets. Pufendorf explique :

Ceux qui disent que, sans le consentement du peuple, les lois ne sauraient obliger les sujets en conscience, avancent une maxime qui n'est véritable ni à l'égard des lois naturelles, ni à l'égard des lois civiles faites par un monarque ou par les chefs d'un gouvernement aristocratique³⁰.

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

leur effet indépendamment de la volonté des particuliers, et personne ne peut empêcher, ni par des conventions, ni par des dispositions à cause de mort, ni autrement, que les lois ne règlent ce qui le regarde³¹.

Il ajoute :

L'autorité des lois arbitraires consiste seulement dans la force que leur donne la puissance de ceux qui ont droit de faire des lois et de l'ordre de Dieu qui commande de leur obéir³².

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

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

²⁷ *Ibid.*

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

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

³⁰ S. Pufendorf, *op. cit.*, t. I, liv. I, chap. VI, p. 93.

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

³² J. Domat, *Le droit public*, IX, 3, 32.

et d'avoir ainsi mis en lumière les traits du caractère dualiste de la norme légale³³. Certes, depuis le *Digeste*, il est entendu que « la règle expose brièvement le cas ; le droit n'est pas tiré de la règle, mais la règle est créée à partir du droit. Grâce à la règle, un bref exposé du cas est rapporté » (D. 50, 17, 1)³⁴. Comme le constate Jacques Krynen, pour les légistes médiévaux

les lois du Code, promulguées par un empereur chrétien, "lois très sacrées" (*sacratissimae leges*), les citations du Digeste aussi, qu'ils nomment également "lois", contiennent la solution à tous les problèmes auxquels le juriste, à toutes les époques et en tous lieux, peut être confronté³⁵.

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

toujours indistinctement du mot de *lois* et du mot de *règles*, en l'un et l'autre de ces deux sens, et dans ce livre préliminaire, et dans toute la suite, selon l'occasion. Car il y a plusieurs lois écrites, telles que sont les lois arbitraires ; et il y a plusieurs règles naturelles de l'équité, qui ne sont pas écrites³⁶.

Les termes de *lois* et de *règles* signifient encore « ce qui est juste, ce qui est ordonné, ce qui est réglé »³⁷. La polysémie du terme de loi permet ainsi de renvoyer à une pluralité de normes, comme les règles romaines, les lois coutumières, ou encore les solutions jurisprudentielles. « On appelle coutumes, des lois que l'usage a établies, et qui se sont conservées sans écrit par une longue tradition », explique ainsi Pothier³⁸.

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

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

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

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

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

³⁷ *Ibid.*

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

à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi³⁹.

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

On entend par ce mot la citation que l'on fait dans une plaidoirie, dans des mémoires ou dans des écritures de palais, de la disposition des ordonnances, des édits, des déclarations, des coutumes, des arrêts, des usages et de l'opinion des auteurs, pour appuyer les propositions ou les demandes que l'on établit⁴⁰.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴² *Ibid.*, p. 19.

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

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

Cette différence devient même une opposition chez certains jurisconsultes qui rejettent expressément les conclusions du *Contrat social* de Rousseau. L'étude de la définition de la loi chez les jurisconsultes pose une première difficulté dans la mesure où une partie de la première génération, comme Maleville⁴⁵, Cotelle⁴⁶ ou Hua⁴⁷, pénétrée de la *jurisprudencia* de l'Ancien Régime, s'abstient de développer une notion qu'elle a connue en qualité de praticien. Cependant, lorsque les jurisconsultes s'engagent dans la voie de la définition de la loi, ils renouent avec la définition dualiste et pluraliste de l'Ancien Régime. De nouveau, la loi apparaît comme une règle de droit, sinon une règle de conduite visant à organiser la vie sociale, sans nécessairement faire référence à son origine institutionnelle. Dans son *Cours de législation et de jurisprudence française* (1798) et son *Traité sur l'état des personnes* (1842), Proudhon présente ainsi le « Droit » comme dérivant du mot *dirigere*, qui doit être

pris sous deux rapports principaux : tantôt pour la règle sur laquelle nous devons diriger nos actions, tantôt pour la chose elle-même qui fait l'objet de la règle qu'on doit suivre, et le but auquel elle doit conduire. [...] Le Droit [...] n'est que la dénomination générique des lois elles-mêmes. C'est ainsi qu'en parlant du droit romain, on entend les lois romaines, ou qu'en affirmant que le vol est défendu par le droit naturel, on énonce la même idée que si l'on disait que la loi naturelle défend de prendre le bien d'autrui⁴⁸.

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

⁴⁴ D. Baranger, *op. cit.*, p. 285.

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

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

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

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

dangereuse dans ses postulats. Cette césure entre le monde des juristes et celui de la doctrine politique trouve encore son point d'achèvement dans l'opposition entre science du droit et science de la législation. Dans ses *Études sur l'histoire de l'humanité* (1867), Laurent dénonce ainsi la doctrine fictive de l'auteur du *Contrat social*, dont le danger réside dans le dogme selon lequel le souverain « peut tout faire », et n'est « jamais arrêté par des droits naturels, car c'est lui qui juge de ces droits »⁴⁹. Ce « tableau de [la] politique imaginaire » de Rousseau est complété, selon lui, par la nouvelle fiction de « l'infaillibilité du peuple » induisant que la volonté générale ne puisse jamais errer⁵⁰.

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

soit tacitement par la coutume, c'est-à-dire, par des usages qui sont généralement observés, soit expressément par une déclaration explicite. De là une distinction nouvelle entre le droit coutumier ou non écrit, qui s'établit par l'usage, et le droit écrit qui résulte des lois proprement dites⁵¹.

Si la conception rousseauiste de la loi se trouve contestée par une partie des jurisconsultes, la doctrine benthamienne connaît une critique tout aussi ferme, en ce qu'elle semble annoncer un légicentrisme incontesté et un projet de rationalisation complet des comportements. Lorsque Taulier dénonce un absolutiste réduisant le Droit au pur arbitraire du législateur⁵², Toullier s'investit en défenseur

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

⁵⁰ *Ibid.*, p. 571.

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

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

de la sphère privée contre les empiétements d'un législateur intrusif⁵³. Tous deux ne semblent pas pouvoir se résoudre à réduire la loi, et par conséquent le droit, à la seule volonté normative du législateur. Dans ces conditions, la définition unitaire de la norme légale, considérée comme la seule expression de la volonté de l'autorité publique, connaît un développement tardif, démontrant l'opposition des juristes à isoler les sources pluralistes du droit.

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

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

Les premiers éléments de la définition de la loi développés par les juristes reposent d'abord sur son association à un commandement d'un supérieur. Dans le prolongement de Pufendorf⁵⁵, Toullier écrit ainsi que la loi est une « règle de conduite prescrite par un supérieur légitime », en précisant immédiatement que « le premier supérieur de l'homme est Dieu »⁵⁶. Cette

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

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

⁵⁴ D. Baranger, *op. cit.*, p. 55-56.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Enfin, la construction de la définition de la loi est finalisée par le recours à des précisions de nature institutionnelle. L'essor, à partir du XIX^e siècle, d'une définition formelle de la loi associée aux règles de droit public peut être attribué à Aubry et Ray, qui développent l'idée selon laquelle les lois s'identifient aux « règles obligatoires, émanées des autorités compétentes d'après la constitution en vigueur à l'époque où elles ont été posées »⁶⁴. Demolombe peut alors reprendre le principe en le corrigeant pour le faire correspondre aux maximes romaines du *Digeste* (D. 1, 4, 1, 1 et D. 1, 3, 7)⁶⁵, en proposant la définition suivante : « La loi est une règle établie par l'autorité qui, d'après la constitution politique, a le pouvoir de *commander*, de *défendre*, et de *permettre* dans toute l'étendue de l'État »⁶⁶. On retrouve ensuite une définition reprenant des éléments similaires chez Léon Duguit⁶⁷, ou encore Ernest Faye qui affirme que « la dénomination de loi appartient plus spécialement aux prescriptions

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

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

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

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

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

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

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

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

Les juristes semblent alors prêts à adopter une définition moniste de la loi, considérée ainsi comme la norme suprême établie par l'autorité publique selon les formes constitutionnelles en vigueur. Mais au moment même où la doctrine paraît pouvoir satisfaire les tenants d'une « science de la législation » par des procédés interprétatifs analogiques, exclusivement recentrés sur la lettre de la loi, renaît la conception dualiste par le biais d'une jurisprudence renouvelée. Lorsque la Cour de cassation devient souveraine en dernier ressort en matière d'interprétation des lois en 1837, elle peut aspirer à incarner une future rivale de la loi-commandement. Aubry et Rau ne méconnaissent en rien ce rehaussement décisif de la Cour, qui se voit attribuer la qualité d'une interprétation « publique ou officielle », en semblant ainsi lui reconnaître, *a priori*, la valeur d'une *loi pratique* secondaire⁶⁹. Mais c'est surtout Jean-Baptiste Sirey qui l'affirme précisément en annonçant l'essor d'une nouvelle *summa divisio* entre la « loi publique » et la « loi pratique ». Selon lui, cette loi dite pratique représente « l'ensemble des dispositions législatives, entendues dans le sens et selon le vœu du législateur »⁷⁰. Il s'agit désormais pour le juge de donner un sens concret à la loi selon la volonté du législateur.

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

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

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

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

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