

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 : Guillaume Tusseau, « Discussion de D. 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. 61-71.

En ligne sur :

<https://univ-droit.fr/docs/contributions/4713142/4-rhfd-lectures-de-n-6-d-baranger-penser-la-loi-par-g-tusseau.pdf>

**DISCUSSION DE D. BARANGER,
*PENSER LA LOI. ESSAI SUR LE LEGISLATEUR
DES TEMPS MODERNES*, PARIS, GALLIMARD,
COLL. « L'ESPRIT DE LA CITE », 2018.**

Guillaume TUSSEAU
Professeur de droit public,
École de droit de Science po.

Si l'espace dévolu aux réflexions qui suivent est nécessairement limité, il demeure largement suffisant pour faire part à Denis Baranger tous mes remerciements et de toute mon admiration pour avoir écrit ce livre dont les qualités, elles, ne pourraient s'énumérer aussi brièvement.

En nous invitant à penser la loi et à penser la manière dont elle a été pensée, Denis Baranger nous fait circuler dans les imaginaires, c'est-à-dire les couches profondes, de la modernité juridique. Il le fait le plus souvent à travers des grands noms, dont il détaille l'étude. Mais ces auteurs sont principalement compris comme des symptômes des lames de fond conceptuelles qui traversent la construction de nos sociétés et notre pensée à leur sujet. Celles-ci s'entrechoquent, se concurrencent, se complètent, se relaient, permettant à l'auteur d'explorer les racines, les dimensions et les configurations de notre schizophrénie vis-à-vis de la loi : notre besoin de la loi comme abstraction chargée de nos espoirs de *self-government*, d'une part, et notre haine de la loi comme série d'éléments concrets régulant notre existence de manière tatillonne et maladroite, d'autre part. A la source de cette ambivalence se trouve un phénomène parfaitement explicité par Denis Baranger : la capture de l'idée de loi, telle qu'elle résultait des projets philosophiques d'une science de la législation réformatrice en vue du bien collectif, par le savoir traditionnel et la praxis des juristes, significativement dénommé les « hommes de *loi* ». L'ouvrage permet de voir la raison/volonté législatrice moderne émerger, s'échapper de la

gangue de la conception précédente, lutter avec ses concurrents et finalement se faire supplanter par la science économique. Un peu à la manière des histoires policières dont parle Olivier Jouanjan en matière d'histoire de la pensée juridique, Denis Baranger offre, à travers l'exploration de cette idée de loi qui demeure tellement importante au sein de la culture juridique hexagonale, une véritable polémologie des concepts, des cultures et des visions du monde.

C'est dire si, outre les thèses substantielles qu'il exprime et défend, cet ouvrage se révèle riche sur le plan méthodologique. À ce titre, s'il permet de saisir la complexité de la circulation des idées, l'ouvrage s'intéresse moins à ses médias et à des questions relevant avant tout de l'histoire intellectuelle « matérielle », telles que : Qui fait circuler telle ou telle thèse ? Comment ? Quels cercles intellectuels, administratifs, politiques, académiques en sont les vecteurs ? Quels éditeurs contribuent à la diffusion de telle ou telle idée ? Dans le même sens, l'ouvrage ne se situe-t-il pas d'emblée dans une perspective interne à la pensée juridique et politique, qui pourrait le priver de l'exploration d'autres facteurs qui seraient susceptibles d'avoir eu une influence sur la trajectoire de l'idée de loi ? Denis Baranger expose de manière particulièrement convaincante l'échec des philosophes de la législation, leur volonté de réformer la société de fond en comble, l'achoppement sur la *praxis* de la législation, sur le droit et sur les juristes, qui sont unanimement décriés dans le cadre de la science de la législation. Il retrace également l'émergence d'une forme de constructivisme juridique, et la conception selon laquelle la nature est axiologiquement neutre et donc disponible instrumentalement pour satisfaire les fins humaines (p. 200-209). De ce point de vue, un parallèle aurait pu être opéré avec ce qui se passe dans d'autres champs, à la manière de l'ouvrage de Steven Shapin et Simon Schaffer, *Le Léviathan et la pompe à air*, qui établit des connexités entre sciences, méthode expérimentale et droit ou philosophie politique. Sans qu'il soit question de lui faire reproche de ne pas avoir adopté une telle perspective, Denis Baranger offre, tout autant que des démonstrations et des conclusions, de multiples points d'appui pour des recherches futures qui viendraient compléter ses propres analyses.

Je n'ignore pas, en formulant ces remarques, certainement très imprudentes, à quel point mes propres compétences sont, en

contrepoint, minimes pour discuter ce texte. J'imagine donc que c'est surtout sur la figure de Jeremy Bentham, que Denis Baranger place au cœur de nombre de ses analyses, que mes commentaires sont attendus des organisateurs de cette rencontre. Au sujet de ce Bentham qui est, selon le mot de l'auteur, « un phénomène d'une déconcertante singularité » (p. 185), ce « legislator of the world », qui s'était découvert dans sa jeunesse un génie pour la législation et n'était peut-être, selon Karl Marx, qu'un vulgaire épicier anglais, je souhaiterais formuler quelques remarques plus ou moins ordonnées en forme d'invitation à reconnaître la richesse de l'œuvre de Bentham et à la discuter.

Ma première remarque a trait à un préalable de l'étude de Bentham et au statut de l'objet même de l'étude. Elle pourrait prendre la forme de la question suivante : « de quoi "Bentham" est-il le nom ? ». A lire l'ouvrage, le spécialiste de cet auteur, qui pourrait spontanément avoir tendance à tout ramener à Bentham, comprend, malgré sa singularité, que Bentham n'est pas seul dans ce projet de rationaliser la construction d'une société au moyen (selon ses propres termes) « de la raison et du droit ». Il est lui-même le produit d'une culture, d'un mouvement d'ensemble, qu'il prolonge et radicalise. Denis Baranger offre une reconstruction particulièrement élégante (et nuancée) de Bentham en « codificateur maniaque ». Il serait possible de considérer que cette figure est quelque peu attendue et convenue. Mais nul ne peut nier que c'est bien cette représentation qui a fait la renommée de Bentham et a été agissante dans le contexte du débat politique et juridique du XIX^e siècle, aussi bien en Europe que dans d'autres zones du monde, notamment en Amérique latine. C'est ainsi que Dumont prépare des *Traité de législation civile et pénale* ou que Ogden a tiré une *Theory of Legislation* de certains écrits de Bentham.

Mais identifier le Bentham dont on parle est plus complexe qu'il n'y paraît. Il est possible (sans prétention à l'exhaustivité et sans même entrer dans la discussion d'une chronologie de la pensée benthamienne) de distinguer le Bentham de ses propres écrits, publiés de son vivant par ses soins, le Bentham publié par ses amis en anglais, et notamment le Bentham des très défectueux *Works* édités par John Bowring au milieu du XIX^e siècle, le Bentham édité et publié en français par Etienne Dumont, le Bentham traduit en

anglais et en espagnol à partir des textes édités par Dumont, le Bentham des *Collected Works* qui paraissent depuis les années 1960, le Bentham des manuscrits inédits, le Bentham des manuscrits français, le Bentham plutôt autoritaire reconstruit par Elie Halévy, le Bentham théoricien du droit mis en valeur par H.L.A. Hart, le Bentham des travaux que Gerald J. Postema a qualifiés de « révisionnistes » avant de s'engager lui-même dans des lectures « post-révisionnistes », etc. Si le Bentham législateur est donc une figure majeure, à la confection de laquelle Bentham lui-même n'a pas pu contribuer, il est nécessaire de comprendre à quel point cette reconnaissance et cette construction d'un tel personnage (oserait-on dire une fiction ?) est, simultanément, une occultation d'une large partie de sa pensée. Les ressorts contextuels de ces stratégies de lecture de Bentham mériteraient, ainsi qu'Emmanuelle de Champs a pu le souligner, de faire l'objet d'études approfondies.

L'ouvrage retrace l'ambition de Bentham de partir d'une anthropologie pour donner au législateur le moyen rationnel, en Newton des sciences sociales, de poursuivre à coup sûr et au jour le jour la réalisation du plus grand bonheur du plus grand nombre, à travers l'outil du calcul d'utilité. Aussi insiste-t-il de manière très éclairante sur la dimension technologique et managériale, celle de l'ingénierie sociale, paternaliste à certains égards, de ce qui est bien plus qu'une théorie de la seule norme législative formelle. Denis Baranger démontre également à quel point un tel projet politique engage la construction d'une vision du monde, soit d'une épistémologie et d'une ontologie particulières. Aussi, chez Bentham, l'ensemble est-il solidaire d'une puissante théorie des fictions, des nomenclatures, qui a tout d'une manière de se doter d'une ontologie qui rend le monde disponible et « ouvert à la volonté » (p. 232). Jean-Pierre Cléro avait déjà eu l'occasion de souligner que l'ontologique se trouve subordonné au déontologique. Il n'est donc pas étonnant que Bentham soit conduit à mettre en cause non seulement la substance de la législation de son temps et la clique des juristes, ces accapareurs en bande organisée, mais également (et certainement de manière plus décisive) leur univers mental, leurs fictions, leur culture, leur manière de démanteler les aptitudes, notamment intellectuelles, de leurs contemporains. *Penser la loi* nous plonge directement au cœur de cet effort et de cette ambition.

Afin de préciser et compléter cette figure de Bentham législateur, il aurait pu être utile d'attirer l'attention sur une originalité majeure de Bentham, qui anticipe sur les travaux et les pratiques contemporaines relatives à la légistique. Constamment préoccupé de la publicité et de la rédaction de la loi, il leur a consacré de nombreux travaux, et s'est notamment adressé à James Madison, alors président des Etats-Unis d'Amérique, à ce sujet. C'est dans des manuscrits intitulés « Nomography », sur lesquels le Centre Bentham est en train de travailler en partenariat avec le Bentham Project en vue d'une publication remédiant aux défauts de celle de Bowring, que Bentham détaille cette science de la rédaction des lois, destinée à enrégimenter le langage afin de lui permettre de faire donner son plein effet à la volonté du législateur. Elle suscite en elle-même l'intérêt, tant elle est systématique et tant Bentham lui-même, dans ses multiples projets de codes, a tenté de s'y tenir.

Elle permet au surplus de comprendre comment elle fait du management juridique de la population et de son bonheur que représente la législation l'objet d'une forme de méta-management lui-même normé de manière particulièrement tatillonne. La clôture de l'ordre et de l'univers juridique se manifeste ainsi, dans le fait que la production même du droit est l'objet d'une réglementation. L'œuvre de Bentham n'exprime donc pas uniquement une obsession du volontarisme législatif, mais comporte une réflexion de premier ordre sur les outils intellectuels et théoriques du droit, au premier rang desquels la langue du droit elle-même. Peut-être faut-il y voir une dimension de ce que j'ai pu présenter comme le « panléganisme épistémique » de Bentham, c'est-à-dire sa manière d'envisager tout type de question de manière juridique ?

Ce panléganisme se manifeste également à travers la thématique de la législation indirecte, qui est peut-être injustement négligée au profit de la seule théorie de la législation directe de Bentham. Or celle-ci peut être comprise comme une forme d'apogée de la réflexion managériale, en ce qu'elle annonce largement la thématique des « nudges », consistant, plutôt qu'à imposer des conduites de manière coercitive, à aménager des architectures de choix telles que les acteurs sont, insensiblement, dirigés vers les comportements vertueux. À ce titre, Denis Baranger relève avec acuité que Bentham est tout autant sinon davantage un manager qu'un juriste (p. 248,

250). Peut-être plus qu'un législateur, il est un administrateur (et au premier chef un administrateur de panoptique). Aussi le parallèle peut-il être opéré entre sa conception de l'État et de l'administration et l'analyse, un siècle plus tard, de la bureaucratie par Max Weber. Bentham n'est donc peut-être pas tant un théoricien de la loi qu'un théoricien de la norme (sans qu'il faille repousser à ce titre une compréhension foucauldienne de ce terme, ainsi que les travaux de Christian Laval et Anne Brunon-Ernst ont pu le suggérer).

Il ne faut pas négliger que la théorie juridique benthamienne, qui prend corps dans *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, n'est pas qu'une théorie de la législation mais bien une théorie de la normativité juridique en générale. Dans *Limits*, il donne ainsi une extension très vaste à son concept de « law », qui n'est pas seulement la loi mais tout type de norme émis par le législateur, l'administrateur, le juge, les cocontractants, etc., au point qu'une analogie avec les travaux de l'École de la Théorie pure du droit ne m'a pas semblé déplacée. De ce point de vue, il est possible de considérer que Bentham se révèle tout à fait différent de tous les autres penseurs d'une science de la législation volontariste. Son concept de droit est beaucoup plus vaste, plus puissant, plus intrusif, plus précis et plus minutieux.

Je saisis de ce fait l'occasion pour dire que Bentham n'est pas seulement un théoricien de la législation, qu'elle soit directe ou indirecte. Chez lui, il ne faut pas négliger ce qu'aujourd'hui, en juristes peu ou prou normativistes, on considérerait comme l'« amont » et l'« aval ». En amont de la législation, c'est naturellement au droit constitutionnel qu'il faut penser.

Ainsi que j'ai pu tenter de le démontrer, l'une des caractéristiques remarquables de la théorie juridique de Bentham tient à l'affirmation (à mon sens inédite) selon laquelle le « droit » constitutionnel est bien du droit proprement dit, à l'encontre de ce qu'affirmera par exemple John Austin. En cela, Bentham participe incontestablement de la mise en place d'un nouveau concept, contemporain, de constitution. Cette thèse ne doit pas être comprise comme une thèse réaliste, au sens où il serait possible de prouver que Bentham prétendrait, après analyse, démontrer que la constitution relève réellement, en raison de sa nature propre, du droit compris comme une réalité éternelle et absolue. Il s'agit simplement de constater que, selon la définition du

droit dont il se dote, la constitution, au sens de normes applicables au souverain dans une société politique donnée, se subsume parfaitement sous son concept générique de droit, lui-même bâti à partir d'une réélaboration et d'un réaménagement stipulatifs des usages linguistiques de son époque.

Selon ses écrits et notamment ses projets de codification, Bentham semble parfois hésiter sur la nature civile, pénale ou *sui generis* du droit constitutionnel. Mais il reste que, quelle que soit la manière dont le droit constitutionnel s'insère dans le paysage plus général du *pannomion*, il demeure, de manière parfaitement constante et appuyée, considéré comme du droit. Ces divergences éclairent en outre une thèse profonde de Bentham, à laquelle il a déjà été fait allusion et que Denis Baranger met en évidence. Elles s'expliquent à la lumière de sa théorie du langage et de la logique. Il n'existe vraisemblablement pas, selon lui, de nature ontologique ultime du droit civil, du droit pénal, du droit constitutionnel ou encore du droit processuel. Toute règle de droit, individualisée à partir du matériau juridique brut qu'offre le langage des producteurs de droit, se prête à de multiples catégorisations. Toutes sont commandées par le principe d'utilité, notamment dans le contexte de codification qui est, majoritairement, celui dans lequel Bentham rédige ses propositions. Aussi peut-il être parfaitement compréhensible, *hic et nunc*, que tel ou tel matériau juridique relève, selon le cas et selon la perspective adoptée par le locuteur, de telle ou telle branche de la *jurisprudence*. Ce qui peut être compris comme des incohérences ou des hésitations peut tout aussi vraisemblablement être lu comme un effort continu pour se doter des découpages ontologiques propres à satisfaire l'objectif visé. À travers une approche qu'il serait possible de qualifier de « perspectiviste », Bentham remodèle sans cesse ses dichotomies ou, parfois, ses trichotomies. Ceci n'apparaît pas comme une difficulté car celles-ci sont construites à volonté et de manière utilitariste en fonction des propos de celui qui se les donne.

En aval de la législation, c'est l'activité normative des juges qui mérite de retenir l'attention. Sa haine de la *common law*, sa détestation de « Judges & Co. » et sa promotion inlassable de la codification auraient pu conduire Bentham à négliger l'organisation et l'activité des juridictions. Tel n'est à l'évidence pas le cas, de sorte que la figure d'un Bentham purement législateur mérite à nouveau d'être

complétée. Les travaux que Gerald J. Postema et Francesco Ferraro ont consacré aux écrits (particulièrement volumineux, si l'on pense au seul *Rationale of Judicial Evidence* en cinq volumes édité par John Stuart Mill ou à la proportion considérable du *Constitutional Code* qui est consacrée au « pouvoir judiciaire ») sur ce thème démontrent l'importance que Bentham leur accordait. La branche « adjective » du droit, c'est-à-dire le droit processuel destiné à mettre en œuvre le droit « substantif » ou « substantiel », a conduit Bentham à concevoir un modèle de juge qui s'éloigne considérablement du juge automate dont la figure domine encore très largement son époque, y compris dans les travaux des auteurs qui, à l'instar de Beccaria, l'ont inspiré de manière décisive. À l'encontre du système « technique » en vigueur en Angleterre, Bentham promeut un modèle « naturel » ou familial de justice, fondé sur un rôle actif du juge. Loin d'être déconnecté du législateur, il lui revient, à travers des dispositifs de référé législatif dont Bentham détaille avec sa minutie coutumière les formalités, de suggérer des améliorations aux normes générales s'il lui paraît, au moment de les appliquer à des cas concrets, qu'elles manquent à leur objectif de promotion du plus grand bonheur du plus grand nombre.

Ce jeu subtil entre l'utilitarisme de l'acte et l'utilitarisme de la règle dément la représentation d'un Bentham désireux de produire des codes régulant dans le moindre détail l'existence des individus. Il autorise à rapprocher Bentham du Montesquieu que Denis Baranger décrit (p. 113) comme se limitant à donner des conseils au législateur, à lui prodiguer un savoir pratique relativement limité, afin qu'en définitive, une forme de ce qu'il est traditionnel d'appeler « prudence » s'exerce. L'auteur note à ce titre que « La science de la législation benthamienne, à y regarder de plus près, comporte sa part de modestie » (p. 255). Tout ne doit pas faire l'objet de la législation directe. Bentham dégage, dès l'*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, des « cases unmeet for punishment ». Dans ces hypothèses, l'intervention directe du législateur méconnaîtrait les principes utilitaristes, serait contre-productive ou présenterait une efficacité douteuse. C'est alors à la législation indirecte, à l'éthique, à l'éducation, à la réforme des mœurs, qu'il faut travailler. La réflexion de Bentham n'y est en rien étrangère. Mais dire si cela constitue une limitation de son panléganisme épistémique ou au contraire la marque

de l'emprise de celui-ci sur toute la pensée benthamienne n'a rien d'évident. Cette interrogation conduit peut-être au cœur de la contradiction qui se loge dans l'intimité du projet de Bentham.

Denis Baranger relève avec justesse que l'utilitarisme de Bentham est « né dans le berceau du droit » (p. 232). C'est ce qui le conduit, en vue de la réalisation du plus grand bonheur du plus grand nombre, à proposer la théorie juridique la plus puissante de son (de tous les ?) temps et la théorie la plus raffinée, engagée et systématique, de la science de la législation. L'ensemble, qu'incarne le binôme entre *expository* et *consorial jurisprudence*, vise à remédier aux problèmes issus du monde de fiction qui assure l'« hégémonie » (p. 266) des juristes. Par « fiction », il ne suffit pas d'entendre ici les exemplaires classiques, techniques et ponctuels de fictions auxquelles recourent notamment les juges afin d'étendre ou de limiter le champ d'application d'une norme. Plus profondément, il s'agit de l'univers conceptuel, de la *forma mentis*, de la culture qu'ils ont en commun, et que Denis Baranger désigne comme la « pensée jurisconsulte » (*ibid.*).

Or la défaite de la science de la législation de Bentham tient peut-être à ce qu'il n'est pas suffisamment conscient de cette double dimension. Son projet de « jurisprudence critique » n'était-il pas, en définitive, voué à l'échec dès le départ ? Bentham n'était-il pas la plus dupe des victimes de l'hégémonie des juristes dont il a si finement démonté le mécanisme linguistique et qu'il a si violemment critiquée ? N'est-ce pas là la contradiction fondamentale de son panléganisme ? Jamais il n'a semblé envisager de s'évader du cadre mental juridique qu'il avait pourtant compris comme recelant une force de domination politique essentielle à son époque. En réalité, il s'emploie à longueur de pages à fournir au lecteur et au réformateur des concepts et des outils *juridiques*. Bien que ceux-ci puissent apparaître plus précis et plus cohérents que ceux qu'offre la pensée juridique anglaise du XVIII^e siècle, ils demeurent partie prenante de la langue juridique. Précisément parce que tout son projet réformateur repose sur la rationalisation, la lecture, la modélisation, la reconfiguration, la reconstruction du magma des relations sociales en termes juridiques, Bentham demeure nécessairement fidèle à un point de vue qui ne lui permet pas de s'évader de l'univers juridique qu'il dénonce. Le fait que la législation directe soit conceptualisée dans ce cadre est relativement naturel. Mais Bentham envisage tout

autre moyen d'atteindre, c'est-à-dire de confectionner, le plus grand bonheur du plus grand nombre au prisme du droit. La législation indirecte est de ceux-là, de même que l'éthique privée et l'éducation, qui ne sont que des formes de l'art du gouvernement. Ne parle-t-il pas de l'établissement de « codes de moralité » dans la sphère privée ? De ce fait, ainsi que le décrit *Penser la loi*, il finit inmanquablement par buter sur le pouvoir de la classe des juristes.

Cette aporie s'exprime clairement au moyen des deux concepts d'idéologie identifiés par Karl Mannheim dans *Idéologie et utopie*. Selon lui, la conception « particulière » de l'idéologie est en jeu lorsque l'on se montre sceptique vis-à-vis des idées d'un contradicteur. Celles-ci sont comprises comme déguisant plus ou moins consciemment la véritable nature d'un problème dont la révélation nuirait à ses intérêts. Son étude débouche sur une forme de psychologie des intérêts qui tend à élucider les raisons pour lesquelles le contradicteur dissimule la vérité. Au contraire, la conception « totale » de l'idéologie désigne de manière plus fondamentale et plus profonde l'état d'esprit d'une époque ou d'un groupe dans leur ensemble. Elle a trait au cadre conceptuel global dans lequel s'inscrit la pensée de l'interlocuteur. De ce dernier point de vue, l'insistance sur les intérêts des uns et des autres, que l'utilitarisme permet de comprendre, n'est plus pertinente. Selon Mannheim, bien que la *Weltanschauung* générale dépende des actions et des pensées des individus qui prennent part à ce système mental global, elle ne peut être réduite à une simple agrégation de leurs expériences respectives.

La *jurisprudence* de Bentham opère de toute évidence avec le premier concept d'idéologie. Mais en dépit de la richesse de sa compréhension de la manière dont le langage juridique contribue à l'établissement d'une culture cohérente hostile à l'intérêt du plus grand nombre, il n'est pas en mesure, ainsi qu'y engage le second concept d'idéologie, de percevoir de manière critique et réflexive sa propre inscription dans la structure juridique qu'il dénonce. Aussi commet-il l'erreur consistant pour les réformateurs à se heurter aux savoirs et intérêts des juristes, en croyant (naïvement ?) que le droit n'est qu'un instrument neutre, plastique et disponible (par exemple p. 265). En un mot, la science de la législation bute sur ce que Coke avait appelé la « raison artificielle des juristes ». À ce titre, Bentham

est bien, comme l'explique Denis Baranger, exemplaire de cet échec retentissant.