

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 : Denis Baranger, « Un commentaire de mes commentateurs », *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. 87-98.

En ligne sur :

<https://univ-droit.fr/docs/contributions/4713144/7-rhfd-lectures-de-n-6-d-baranger-penser-la-loi-conclusions-par-d-baranger.pdf>

UN COMMENTAIRE DE MES COMMENTATEURS

Denis Baranger,
Professeur de droit public
Université Paris-Panthéon-Assas

Je suis très reconnaissant aux organisateurs de la journée, Pierre Bonin et Pierre Brunet ainsi qu'à la Société pour l'histoire des Facultés de droit. Cette séance m'a fait honneur et je me sens débiteur vis-à-vis de tous ceux et celles qui y ont, à un titre ou à un autre, participé, ce qui inclut le public qui était présent en cette belle journée de juin 2018. Je tiens également à remercier le professeur Didier Truchet de sa bienveillante présidence de séance.

Je veux également, bien sûr, exprimer ma gratitude aux intervenants. C'est un grand privilège que d'être bien lu. Certaines formules m'ont semblé mieux exprimer que les miennes mon propre projet, par exemple lorsque Guillaume Tusseau envisage *Penser la Loi* comme une « polémologie des concepts, des cultures et des visions du monde ». Cette composante de conflit est en effet centrale dans le type de récit que j'ai proposé. Jean-François Kervégan l'a aussi relevée dans sa propre lecture. L'idée d'un *conflit des facultés*, idée dont le pedigree est bien connu en histoire de la philosophie¹, inspire au livre une grande partie de sa dynamique. J'ai proposé un récit parmi d'autres, une geste de la loi moderne, en me focalisant sur certains aspects centraux et, à mon sens, sous-estimés de son histoire juridique et intellectuelle. Mon parti pris, évidemment contestable, est que c'est dans ces traits que s'explique le statut très problématique de la loi dans la société contemporaine².

¹ Et auquel l'Institut Villey a consacré en 2020-2021 un séminaire annuel qui sera publié dans le n° 14 de la revue *Droit et Philosophie*.

² Je me suis assez longuement expliqué sur cet aspect des choses à l'occasion d'une autre discussion du livre, dont les actes ont été publiés par la revue *Philosophy and Public Issues* : <http://fcp.luiss.it/category/numero/no-1-2019-§-democracy-and-lawmaking/>.

Je suis conscient du labeur que représentent les textes qu'on trouvera ici. Si mon vœu avait été de relancer la discussion sur le sujet de la loi, de la faire sortir de l'ombre qui l'avait recouverte, il serait pleinement exaucé. Les contributions à cette journée sont en effet bien plus que des *review articles*. Chacune contient un savoir de la loi. Dans la diversité des sciences chèrement acquises au terme d'une « longue étude », d'une « grande application », et d'un « très grand travail »³, ce sont des éléments d'un tableau général de l'histoire de la loi qui sont proposés au lecteur : la loi des anciens régimes européens (Anne Rousselet-Pimont), la loi contemporaine (Bruno Daugeron), la loi aussi comme objet pour les philosophes (Jean-François Kervégan) voir les économistes ou disons des proto-économistes comme les physiocrates (Manuela Albertone) et les utilitaristes (Guillaume Tusseau). L'étude de Sylvain Bloquet apporte à la fois une remarquable définition des grands axes de la mutation de l'idée de loi et beaucoup de références savantes à la doctrine française, de Domat à Jèze. Guillaume Tusseau livre un tableau très complet des positions de Bentham, sur lequel je dirais seulement que cela n'a jamais été mon intention de présenter cet auteur comme un « codificateur maniaque », mais qu'au contraire j'ai cherché à contextualiser et à relativiser la place de la loi chez Bentham. Les analyses de Bruno Daugeron viennent très opportunément apporter au lecteur un tableau (pessimiste mais hélas réaliste) de « l'insignifiance législative ». Ce panorama devrait être lu par nos étudiants et nos praticiens de la législation. Tous ces textes bâtissent un ensemble de grande qualité, indépendamment même du *pré*-texte que constitue mon propre livre. Je serais presque tenté de dire que les propos qu'on trouvera ici sous ma plume, bien plus qu'un (inutile) rappel de ce qui se trouve déjà dans le livre, doivent se comprendre un commentaire de leur commentaire, une discussion de leur propre discussion. C'est le sens du titre que j'ai choisi, et bien sûr, l'association d'idées remonte ici pour moi à Bentham et à son *Comment on the Commentaries*.

³ J. Domat, *Harangues*, cité par Q. Epron, *La manière française du droit. Contribution à l'histoire des méthodes juridiques de l'Humanisme aux pré-Lumières*, Paris II Panthéon-Assas, Thèse de droit, 2006, p. 335.

I. La loi manque en place

J'ai parlé dans le livre de l'horizon d'une « histoire totale » de la loi. À défaut de pouvoir réaliser cet idéal, il m'incombait de rapprocher autant que faire se peut des dimensions jusqu'à maintenant disjointes. Il s'est agi de faire converger des visions de la loi qui avaient cessé de communiquer. On pouvait se demander si la loi des ouvrages de philosophie était identique à celle des ouvrages juridiques, ou si les spécialistes de sciences sociales qui dissertent de la loi savent comment est produite la législation parlementaire et ce qu'en font les juges.

D'où le statut de l'histoire des idées dans mon livre⁴. La tentation lorsqu'on exploite les possibilités de l'histoire des idées est de placer cette discipline au centre, en sa qualité de support neutre pour toutes les autres composantes de la conscience historique et de la réalité humaine (la science, la philosophie, le droit, l'économie...), comme si tout devenait un objet pour elle. Si cela peut être un défaut, ou une illusion, il reste que le mérite de l'histoire des idées est de relativiser ce qui peut sembler objectif à un certain moment. Ainsi, quand on aborde dans la longue durée la question de la loi, il devient très difficile de se dire que « l'inflation législative » ou la « mauvaise qualité » de la production législative ne sont pas des réalités objectives mais résultent de la disharmonie entre les projets des architectes de la loi moderne et la façon dont elle est aujourd'hui conçue.

Les savoirs de la loi sont des savoirs kaléidoscopiques. Le propre d'un kaléidoscope, c'est de présenter un chaos qui demeure chaotique, c'est d'offrir un ordonnancement pour ce qui est et restera désordonné. Du fait de son objet, mon livre se devait ainsi d'être un dispositif *kaléidoscopique* (plutôt par exemple qu'un dispositif *panoptique*) même si j'y vois la raison du « tournis » éprouvé par l'une des lectrices. On peut, et à bon droit, me l'imputer à faute. Un auteur de plus grand talent aurait peut-être mieux fait. Il aurait posé sagement, *panoptiquement*, les unes après les autres des formes passées et présentes de la loi, pour offrir au lecteur un paysage harmonieux. J'avoue que je n'y suis pas parvenu et que j'ai renoncé à faire une histoire bien tempérée de la loi.

⁴ Sur ce point, je renvoie également à la discussion dans *Philosophy and Public issues*.

Car pour ma défense je dirai que, par-dessus tout, *le trouble est dans l'objet*. Avec la loi, c'est *la chose même* qui est insaisissable. Ce n'est pas qu'il n'y a pas de chose même. Nous gouverne l'intuition fondamentalement correcte que la loi de toutes les époques (*nomos* grec tardif, Douze Tables, lois barbares, ordonnances de Louis XIV, Code civil, loi publiée hier sur Légifrance...) est bien *loi*. Dans les bibliothèques, quand un volume a disparu, on signale qu'il « manque en place ». Mais cela veut dire qu'il y a tout de même une place, donc un ordre qui descend jusqu'au particulier, un ordre qui fait exister la chose, même manquante, par l'emplacement qu'il lui attribue. Nous pourrions dire de la loi qu'elle manque en place. Il existe pour elle un espace désigné par notre besoin profond de faire loi, de recevoir loi, d'avoir du respect pour la loi juste, de nous opposer à la loi injuste en appelant de nos vœux une loi meilleure. Une unique conceptualité s'exprime dans le mot « loi », malgré les mutations profondes, les traductions et les re-traductions, voire les contresens supportés par le(s) mot(s) de loi. Cette unique conceptualité, c'est la tradition juridique occidentale. Encore faut-il la dire. De ce point de vue, je comprends tout à fait qu'on me reproche l'opposition liminaire entre la loi ancienne et la loi moderne, qui est évidemment trop simple : « le besoin de périodisation » a écrit un critique littéraire américain, « est un résidu de formalisme »⁵. Le formalisme n'est cependant pas fautif, du moment qu'il est raisonné et que les formes qu'on propose sont signifiantes. Ce sera aux lecteurs d'en juger.

En risquant un tableau comme celui entrepris dans *Penser la Loi*, je me suis évidemment exposé à la critique. Mais le risque devait être pris. Ce qui était dit sur la loi, son concept, son histoire, était à reprendre. Sur le terrain historique, on m'a reproché d'en être resté à Olivier-Martin. Je ne pense pas devoir grand-chose à cet auteur, dont je ne tiens cependant pas pour négligeables les écrits. En revanche, je crois avoir beaucoup profité de travaux beaucoup plus récents sur la loi venus de l'histoire du droit, en particulier ceux d'Albert Rigaudière et de ses élèves⁶, ainsi que de la remarquable thèse de Frédéric Martin.

⁵ G. Hartman, « Beyond formalism », *MLN*, 81, n° 5, 1966, p. 542-556.

⁶ En particulier, je dois absolument rendre à César ce qui est à César en ce qui concerne la formule « pouvoir édictal » que Jean-François Kervégan me fait l'honneur de m'attribuer,

Toutefois, il faut bien reconnaître qu'à mon sens, l'histoire du droit comme discipline est en crise. Ce livre, qui n'est pas celui d'un historien du droit, entendait aussi répondre à cette crise. Les grandes conceptualisations relatives à la loi ne viennent plus de cette discipline. Les grands théoriciens de la société, dont certains sont discutés dans mon livre (Hayek, par exemple), sont allés se renseigner dans les études d'histoire du droit. En retour, celle-ci n'a pas cherché à discuter leurs travaux, *alors même qu'ils sont discutables*. Qu'on pense au quasi-silence conservé sur Foucault chez les historiens du droit – qui devraient plutôt l'enseigner à leurs étudiants avancés. Il faudrait consacrer un cours entier à Foucault dans les diplômes avancés d'histoire du droit, peut-être aussi d'ailleurs pour montrer les limites (flagrantes, à mon sens) de sa propre mise en histoire de la question du droit et des institutions⁷. Il faudrait ouvrir les jeunes historiens du droit à la philosophie, et cela sérieusement. Le défaut de prise en compte de la philosophie morale, pour ne prendre que ce seul exemple, interdit à mon sens toute appréhension correcte de l'histoire longue de la loi, de son devenir concret et de son statut conceptuel.

J'en prends un seul exemple : Portalis. Les lectures persistantes de Portalis comme d'un conservateur voire d'un pur réactionnaire, partisan du retour au passé, défenseur du « très peu de lois », etc., sont ainsi tout simplement fausses, parce qu'ignorantes de ce qui se dit de complexe et de subtil chez Portalis. Si je l'avais pu, j'aurais appelé le chapitre qui lui est consacré *Le vrai Portalis*, en m'inspirant du titre excellent trouvé par Gladys Swain et Marcel Gauchet pour leur livre consacré à Charcot (*Le Vrai Charcot*). Non pas bien sûr parce qu'il me semblerait avoir mis au jour la vérité définitive de Portalis, mais parce que ceux qui se réclament sans cesse de lui (comme on fait déambuler, aux jours de procession, la statue de quelque saint patron) ne comprennent en aucun cas son rôle majeur et très ambivalent dans l'histoire de la loi moderne.

mais qui revient (à ma connaissance) à Albert Rigaudière et a été reprise et développée dans les travaux faits sous sa direction.

⁷ Quelle que soit la haute considération qui est due, sous bien des rapports, à la pensée et à l'œuvre de Michel Foucault, je suis convaincu de la fragilité de ce qui tient lieu, dans sa pensée d'ensemble, d'une *histoire de l'Etat*.

Pour en terminer avec la question des manques, j'accepte sans réserve la critique faite par Jean-François Kervégan concernant le traitement de l'idéalisme allemand dans le livre. Il aurait fallu donner leur place à Kant et à Hegel. Kant est un peu présent sans l'être, à travers ses avant-courriers. Il manque en place, mais la place qui lui revient est en quelque sorte désignée. Je me suis efforcé de restaurer la place qui lui revenait à l'un de ces précurseurs trop oubliés : Christian Wolff. Mais il est tout à fait légitime de me reprocher de ne pas avoir trouvé une bonne place à Kant dans ce livre. Je n'y renonce pas... Sur Hegel, je ne peux que dire, pareillement, comme l'élève qui reçoit une mauvaise note méritée, que je vais y travailler... L'hégélianisme un peu spontané qui est le mien en général (et qui me conduit à rechercher dans tout problème la structure dialectique formelle) a été mis en échec dans l'écriture de ce livre, alors qu'il m'avait servi de guide pour un livre tel que *Parlementarisme des Origines* qui est hégélien de bout en bout. *Penser la loi* n'est pas un livre hégélien, j'y reviendrai.

Ce livre n'a donc pas été écrit avec l'intention de produire une histoire générale de la loi. Il s'est agi d'en faire apparaître les fissures comme étant ce qui, la concernant, est le plus signifiant. Autrement dit : parler de la chose à partir de ses fractures. C'est pour cela que je parle de conceptualité plutôt que de concept de loi, parce que le danger est de figer le temps à un seul moment et de le croire décisif. On pourrait ainsi objecter à Anne Rousselet-Pimont qu'elle est elle-même un peu trop moderniste en se concentrant sur le lien loi-coutume. Le rapport avec la coutume n'épuise pas la dynamique conceptuelle (la *Begriffsgeschichte*) de la loi. Le concept de loi, pris sur la très longue durée, possède que j'ai appelé un effet attractif. Il absorbe des significations variées, parfois portées en même temps ou ultérieurement par d'autres concepts. Ainsi, Anne Rousselet-Pimont a parfaitement raison de mentionner le lien de la loi avec l'idée de coutume. Mais on pourrait dire aussi que si ce lien est peut-être caractéristique de l'époque dont elle est une éminente spécialiste, à d'autres époques, ce sont d'autres associations conceptuelles qui ont opéré et dont la loi s'est imprégnée (c'est-à-dire dont la conceptualité de la loi s'est enrichie).

Penser la loi n'est pas non plus, comme certains l'ont pensé sans malice, une monographie relative aux sciences de la législation, même

si plusieurs chapitres leur sont consacrés. Il s'agissait plutôt pour moi d'« esquisser certaines trajectoires essentielles dans l'histoire de la législation »⁸. Peut-être simplement d'une seule grande trajectoire, qui était très difficile à élaborer parce que, comme je m'en suis rendu compte, *la loi n'est pas dialectisable*. Ce n'est pas un concept pour lequel une histoire dialectique, la description d'un processus de dialectisation, résout le problème du récit. Le narrateur doit trouver autre chose. Il y a dans l'histoire de la loi moderne des moments de non-dialectisation, où le négatif *ne se convertit pas* en positif. Ce sont les fractures que j'évoquais un peu plus tôt. C'est le cas du passage du moment « Montesquieu-Rousseau » au moment « utilitariste-technocratique ». Nous héritons de cette non-dialectisation, parce qu'il y a scission dans notre expérience de la loi, une scission non résorbée et donc une forme de névrose. Nous aurions besoin d'une loi, expression de la volonté générale, et nous avons à la place une loi technocratique à visée de maximisation du bien-être. C'est un aspect central de notre conscience politique et de notre rapport au droit.

II. Toujours indistinctement...

Sylvain Bloquet a insisté à juste titre sur la « polysémie persistante » de l'idée de loi jusqu'au XIX^e siècle. Il cite ce passage remarquable dans lequel Domat annonce qu'il usera « toujours indistinctement du mot de *lois* et du mot de *règles* ». C'est un aspect qui a pu entraver l'appréhension de ce concept en histoire du droit. Ce que met en évidence Sylvain Bloquet est très intéressant, car on voit comment la loi fut longtemps « assimilée à une règle » et, sous la forme des « lois » romaines, porteuse potentiellement de « la solution à tous les problèmes » auxquels le juriste peut avoir à se confronter⁹. Autrement dit, la loi ancienne était l'analogie conceptuelle de ce que nous appellerions pour notre part, nous autres modernes, une *norme*. Elle était, plus exactement, à la fois moins et plus que cela. *Moins*, parce que le concept de norme n'était pas pensable dans le droit de l'Antiquité, du Moyen Age ou des anciens régimes européens. *Plus* que cela, parce qu'elle comportait aussi,

⁸ D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018, p. 19, cf. aussi p. 105.

⁹ J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, p. 141-142.

comme le montre Bloquet, une composante substantielle de réalisation de la justice : la loi est « ce qui est juste, ce qui est réglé ». Il y avait cette idée que la loi était règle et que les règles étaient lois. Cette idée est très difficile à appréhender pour nous, car elle éloigne l'idée de loi de l'idée d'un simple format de normativité, ce que les philosophes du droit modernes appellent un *pedigree*.

La loi a toujours été plus que cela. Le mot *loi* a été traité par notre culture juridique comme le signe par excellence d'une expression adéquate du droit. Dans une tradition dont nous sommes les héritiers, la loi était envisagée comme le signe parfait (voire le *méta-signe* : le signe de tous les autres signes) du normatif. Là où le phénomène normatif était en cause, le mot *loi* se présentait toujours ou presque comme le mot juste. La situation s'est renversée et c'est en ce sens que nous ne sommes plus dans l'âge classique du droit, et peut-être même plus des modernes, mais des post-modernes. Désormais, nous envisageons les normes comme les unités de base du raisonnement juridique. Le signe, ou méta-signé, du droit, c'est désormais la norme. C'est le mot qui veut tout dire en ne disant presque rien, le signifiant universel de tous les signifiés juridiques. Le phénomène juridique est appréhendé universellement comme phénomène normatif. Les implications de cet état de choses dépassent ce que j'ai projeté de faire dans *Penser la Loi*. C'est à les mettre en évidence que j'ai consacré la suite de mon travail.

III. Théorie et pratique

Sur le doublet théorie/pratique, je crains d'avoir été mal compris, mais c'est certainement de ma faute. Je n'oppose pas – on ne peut pas opposer – de manière aussi franche théorie et pratique. La législation est une pratique théorisée, une théorie en action. Ce que j'ai essayé de dire dans le livre est que nos schèmes de législation obéissent à de régimes successifs de positivité qui englobent et donnent cohérence à nos possibilités d'action, de modification du monde. L'histoire du droit, c'est – ce devrait être – fondamentalement cela : l'histoire des paradigmes successifs (ou plutôt se recouvrant partiellement, comme les vagues sur le bord de mer, qui avancent, reculent à leur rythme, les nouvelles reposant sur les anciennes, les recouvrant, allant *un peu plus* ou *un peu moins* loin

que les précédentes) de la positivité juridique comprise, selon la phrase remarquable de Hugo comme : « l'idée de [...] quelque chose qui n'a pris le caractère de vérité que par le fait des actions des hommes »¹⁰.

On ne peut pas faire seulement l'histoire du droit sur le registre d'une sorte de science auxiliaire du droit positif contemporain, et étudier le droit des anciens temps comme celui d'hier soir ou de demain matin. Il faut, pour accéder à la positivité juridique des temps passés un effort hautement intellectualisé, *dénaturalisé*, de révision de notre conscience historique. Il faut reprendre pied dans le monde perdu (*the world we have lost*¹¹) de la création juridique du monde. Il faut saisir la manière dont le droit de chaque époque parvient à être l'opération productive – la *poïétique* – des formes du monde humain en tant que monde social. Cette opérationnalité, ces formes de productivité sont *historiques*. Elles changent et c'est cela qui donne leur identité aux époques de l'histoire juridique. C'est en cela que consiste la véritable clé des périodisations en histoire du droit. Retrouver ces schèmes de positivité, ces paradigmes de performativité, ne va pas de soi. Il y faut un effort encore plus difficile, peut-être, pour l'historien du droit que pour l'historien d'un autre objet. La visée qu'avait un homme du passé de la manière dont un acte juridique donné (un acte notarié, un contrat, une loi, une constitution...) produirait son effet propre, sa performativité intrinsèque, cette visée, donc, est hautement difficile à saisir pour l'historien des temps ultérieurs. C'est une enquête très voisine de celle de la métaphysique.

Ainsi, ce qui s'est passé entre le XVII^e siècle et le XVIII^e siècle, et qui a rendu possible, ou au moins pensable, la législation moderne, c'est le passage à une nouvelle conception de la positivité : un nouveau régime de l'action gouvernante assez profondément renouvelé dans ses articulations fondamentales. De ce point de vue, je le maintiens, quelque chose de décisif s'est opéré dans le passage à la législation moderne. Cette loi moderne prend ses racines dans le passé lointain mais elle possède aussi des traits distinctifs très forts. Ce qui lui confère son originalité est le nouveau régime de positivité

¹⁰ G. Hugo, *Histoire du droit romain* (7^e éd., trad. Jourdan), Bruxelles, Sté Belge de Librairie, 1840, p. 1.

¹¹ Titre d'un livre de l'historien anglais Peter Laslett.

qui la rend opératoire : une conception révisée des rapports entre théorie et pratique, pensée et action, mais aussi réalité et norme, ou, si l'on préfère, être et devoir être.

IV. Loi, souveraineté, sujet de la volonté générale

Je peux avouer ici, peut-être plus librement que dans le livre, que j'accepte sans réserve l'héritage conceptualiste de la Déclaration de 1789 : toute *véritable* loi est l'expression d'une volonté générale et toute volonté générale *véritable* s'exprime dans une loi. Je fais de l'expression de la volonté générale un aspect central du concept (y compris du concept juridique positif) de loi. Quand on convertit, comme on le fait constamment de nos jours, la loi en « mesure législative » ou en « norme législative », quand on légifère essentiellement par voie d'ordonnances de l'article 38 de la Constitution, on va dans le sens de ce que dans la discussion avec Bruno Daugeron, j'ai proposé d'appeler – dans le sillage de Castoriadis – une *montée de l'insignifiance*. Sur ce point, Bruno Daugeron évoque par une formule très pénétrante la

perte de sens de ce qu'est ce type de choix collectif et surtout de ce que sont sa légitimation et ses fondements à la faveur d'un double mouvement : la perte de sens du sujet, de *qui* veut par les lois et la perte du sens de l'objet de la représentation politique, question qui ne peut être détachée de la question de la loi.

Le projet historique de l'Etat législatif était un projet d'autonomie politique dont l'issue est compromise par la crise de la loi.

La césure, centrale dans mon récit, entre les idées de législation de Montesquieu et Rousseau et le développement pragmatique de la forme moderne de la législation dans les droits positifs européens et américains du XVIII^e et du XIX^e siècle joue ici un rôle considérable. On ne maîtrise jamais la lecture qui est faite de son propre travail, mais j'ai regretté que cette scansion du récit ne convainque pas ou, pire, ne soit pas remarquée. La faille théorico-pragmatique qui s'est creusée entre Montesquieu-Rousseau (d'ores et déjà un couple ambivalent) et nos législateurs utilitaristes et technocratiques me semble expliquer largement le sort malheureux, la presque faillite¹²,

¹² Je me hâte de préciser qu'il vaut mieux une presque faillite qu'une absence de projet.

de notre projet d'autonomie politique. Nous ne savons pas faire de loi à notre propre intention. C'est un aspect central de notre désenchantement politique et moral. Or, ce qui est fait pour nous par voie législative n'est pas loi s'il n'exprime pas notre volonté générale. Ce n'est pas « loi » si cela ne vient pas de nous, ou ne « remonte pas » à nous. Le livre recense différentes manières dont ce rattachement peut se faire, manières qui ne sont que très rarement (voire jamais) directes. Montesquieu, par exemple, en attribuant – par une figure remarquable de langage que je m'efforce de repérer – les lois, romaines ou autres, au peuple *qui les reçoit* en plaçant sous rature le législateur *qui les a données*, montre que l'autonomie politique peut parfaitement s'accommoder de mécanismes représentatifs de législation.

Il demeure – enfonçons cette porte que l'on néglige trop de voir ouverte – que l'hétéronomie politique est un mal. C'est le mal absolu de la politique moderne. C'est l'énigme résolue de tous les despotismes. Cela ne se fait pas toujours de manière spectaculaire. Si l'Etat produit des normes appelées « lois » sans veiller à garantir d'une manière ou d'une autre qu'il s'agisse là d'une expression de la volonté générale. Une crise politique grave s'esquisse dans les plus techniques des mutations juridiques, par exemple quand, au bénéfice d'un revirement jurisprudentiel, notre juge constitutionnel en est venu à assimiler des ordonnances non ratifiées de l'article 38 de la Constitution de 1958 à des dispositions législatives. Un exemple de ce type n'est pas anodin. Les transformations techniques du régime de la loi dans notre droit public – je parle un instant en qualité de publiciste – vont presque toutes dans le sens de cet amenuisement à bas bruit de l'autonomie politique, c'est-à-dire d'un démenti du lien entre loi et expression de la volonté générale. La loi connaît là, sous nos yeux, la dernière en date de ses fractures. Bien sûr, l'autonomie politique a toujours été un horizon. En tant que tel, l'horizon de l'autonomie politique n'a nullement été méconnu par les fondateurs de l'Etat constitutionnel libéral. Le passage de l'Etat constitutionnaliste libéral, qui n'a jamais vraiment réussi, à son successeur, l'Etat technocratique moderne, qui se donne pour projet d'en réparer toutes les failles techniques, se paye là d'un prix élevé. Car le malheur de l'Etat technocratique moderne est, en la matière, de ne réussir que trop bien. Il perfectionne la fabrique de la loi d'un

point de vue technique, mais en dépouillant progressivement le processus législatif de sa légitimité politique.

Faute de conclusion

J'ai longuement cherché comment conclure ce texte de réponse et de remerciements à mes lectrices et lecteurs de la SHFD. Je n'ai pas trouvé de solution satisfaisante à ce problème stylistique majeur : finir. Les préoccupations qui m'ont animé dans l'écriture du livre sont maintenant repliées dans le livre lui-même. Ce n'est pas le livre d'un autre. Je m'y retrouve. Si je devais le défendre une dernière fois, je dirais qu'il est peut-être bon de le lire en entier, et de ne pas le considérer seulement comme une succession de chapitres spécialisés. Pour reste, le livre a maintenant été écrit il y a un certain temps, et même la discussion qui nous a rassemblés sous l'égide de la SHFD n'est qu'un souvenir. Il faut souhaiter que d'autres livres, d'autres discussions, lui succèdent. Il est nécessaire que la réflexion sur les concepts fondamentaux de notre vie juridique et politico-morale – l'exploration des structures constitutives de notre raison pratique – se continue dans les facultés de droit, où se trouve, pour ce faire, un savoir en lui-même insuffisant mais irremplaçable.