

## Article

---

« La fondation des lois civiles »

Simone Goyard-Fabre

*Laval théologique et philosophique*, vol. 49, n° 1, 1993, p. 105-119.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/400737ar>

DOI: 10.7202/400737ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

---

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

---

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : [info@erudit.org](mailto:info@erudit.org)

## LA FONDATION DES LOIS CIVILES

Simone GOYARD-FABRE

*RÉSUMÉ: Le problème de la fondation des lois préoccupe le philosophe depuis l'éveil de son interrogation sur l'organisation et la vie des Cités. C'est pourquoi il importe, afin de voir clair en cette difficile question, d'interroger d'abord la philosophia perennis qui chemina du cosmologisme au théologisme avant de trouver dans l'anthropologie les racines de la législation. Mais, par une étrange ironie, les triomphes mêmes de la raison humaine, qui ont enfanté, au XVIII<sup>e</sup> siècle, les puissants élans de la nomophilie, ont conduit aux excès du positivisme juridique et, ni plus ni moins, à une crise de la loi provoquée par ses accents inflationnistes. Afin de sortir de cette crise, dont il faut bien, aujourd'hui, dénoncer les maléfices, suffit-il, comme le croient certains contemporains, d'intenter procès à la rationalité « moderne » ? N'est-il pas plus pertinent de reformuler la problématique fondamentale de la philosophie du droit et de chercher les racines des lois de nos Cités en faisant appel au pouvoir d'auto-réflexion de la raison pratique ?*

---

Le problème de la fondation des lois civiles nous transporte d'emblée au « cap des tempêtes » de la philosophie du droit. D'une part, depuis l'aurore de la philosophie, il traverse les siècles, redondant malgré les inflexions nouvelles qu'apporte chaque période de la philosophie à ses déterminations originelles ; d'autre part, depuis vingt cinq siècles, ce problème est resté enfermé dans le carcan de l'antithèse que les Sophistes avaient établie entre *Nomos* et *Physis* — carcan redoutable, mais pas décisif puisqu'on ne cesse d'exhumer et de réenterrer ce que certains considèrent comme le cadavre du droit naturel. Aussi bien est-ce probablement dans la philosophie du droit — parce que le droit est partout (*Ubi societas, ibi jus*) — que le caractère conflictuel des doctrines et le caractère polémique des idées apparaissent avec le plus de virulence. La théorisation des questions juridiques est, comme par nature, polémogène et révélatrice d'un trait profond de la raison qui, dans l'univers, inscrit notre différence.

Mais ce serait une erreur de croire que la vieille et interminable querelle de la fondation des lois est le va-et-vient stérile entre deux pôles immobiles. Le choc des positivismes et des *jusnaturalismes*, pour obstiné qu'il soit, n'est pas simplement répétitif. Les théories de la loi, dans leurs divergences, ont permis l'affinement des termes du problème de la fondation de l'ordre juridique. En cela, elles manifestent une évolution de la pensée au cours de laquelle la conquête la plus puissante a été

celle de la raison moderne portant l'homme au-devant de la scène du monde. Avec une ambition quasiment prométhéenne, l'homme en est venu à affirmer, en face du Dieu de la tradition, sa volonté et sa capacité législatrices.

Pourtant, au bout des triomphes jurislatureurs de la Modernité, c'est la *crise de la loi* qui a éclaté, dont, aujourd'hui, nous mesurons les méfaits. Le problème rebondit donc, non pas parce que la loi, par essence destinée à la régulation des différents secteurs de notre existence, s'entoure de suspicion à raison de ses obscurités et de ses échecs, mais parce que, dans un monde dont le rythme accéléré risque d'emporter la vérité de ce qui est humain, il est plus urgent que jamais de chercher d'autres racines à la normativité des lois: d'autres racines, en tout cas, qui ne plongent plus dans le terreau épuisé de dogmatismes antagonistes par principe.

Nous sommes donc conviés, par delà la querelle des Anciens et des Modernes qui voit s'affronter la *tradition jusnaturaliste* et la *modernité positiviste* à un *renouveau* et à une *reformulation de la problématique de la fondation des lois*. C'est à cette tâche que je voudrais consacrer ici quelques réflexions.

Mon propos s'ordonnera donc en trois parties:

1. Après avoir interrogé la *philosophia perennis* cheminant du cosmologisme et du théologisme à une anthropologisation de la loi.
2. Je me demanderai pourquoi les triomphes de la rationalité ont conduit de la nomophilie du «grand siècle» aux carences et à la crise de la loi.
3. Je tenterai enfin de tracer la voie difficile sur laquelle la fonction critique de la pensée peut faire sauter les verrous de la systématisme: la question sera alors de savoir ce qui, dans la «texture ouverte du droit» (H. Hart) rend la loi obligatoire et exécutoire, c'est-à-dire ce qui, lui donnant sens et valeur, peut en assurer l'assise normative.

#### I. LA FONDATION COSMO-THÉOLOGIQUE DE LA LOI SELON LA *PHILOSOPHIA PERENNIS*

Un bref rappel lexicographique nous conduit au cœur du problème. La loi, en effet, est apparue avec la formation des Cités et corrélativement à l'invention de l'écriture. Elle fut d'abord appelée *thesmos* (du verbe *τίθημι* qui veut dire poser, instituer). Puis, au début du *v<sup>e</sup>* siècle avant notre ère, le mot *nomos* se substitua au mot *thesmos*. Les difficultés commencèrent à cause de la polysémie du terme *nomos* qui désignait aussi bien un ordre divin qu'un ordre humain, une loi naturelle qu'une loi civile, une loi non-écrite qu'une loi écrite. En cette ambiguïté, Hegel verra se concentrer tout le tragique du monde. Ce qui est sûr, c'est que la problématique du terme *loi* est principielle et essentielle puisque le terme *nomos* connote aussi bien l'ordre cosmique éternel voulu des dieux que l'ordre humain précaire voulu dans la Cité par le législateur humain.

Les Sophistes ne s'y trompèrent pas: à l'heure où l'on glorifiait dans la Cité le *νόμος Βασιλευς*, ils en opposèrent le concept à celui de *φύσις*. La loi-convention devint ainsi synonyme, selon eux, d'ordre factice ou artificiel, *topos*, par conséquent, de diversité, de relativité et de pluralisme. Et Protagoras insistera sur le fait que,

l'homme en étant leur seule mesure puisqu'il est « mesure de toutes choses », les *nomoi* ne peuvent pas avoir de valeur absolue.

Je passe sur la question compliquée (ou embrouillée) de savoir si, dans la sophistique, il y a priorité du *nomos* sur la *physis* ou de la *physis* sur le *nomos*, pour ne retenir que ce que je crois essentiel eu égard à notre problème: la *bifurcation* qui s'est établie entre *loi* et *nature*. Car cette bifurcation est la clef de vingt cinq siècles de réflexion juridique et politique: en effet, Platon, en s'opposant, par la voix de Socrate, à la rhétorique des Sophistes, souhaite que la loi des Cités suive l'ordre hiérarchique de la nature; et, tout près de nous, Leo Strauss dénonce, par rapport à l'étalon du juste que symbolise l'ordre cosmique, les déviations philosophiques du positivisme et de l'historicisme. Cette *permanence du couple conceptuel loi-nature* a quelque chose de fascinant.

C'est ainsi que le *jusnaturalisme classique* a inauguré pour la philosophie du droit et la philosophie politique une tradition longue et obstinée: dans son anti-conventionnalisme, il développe l'idée selon laquelle la législation civile implique une référence ontologique et se fonde dans l'être du monde.

### 1. La première fondation de la loi est donc cosmologique.

Le philosophe-roi de la Cité platonicienne ne trouve la mesure de vérité des lois qu'il institue ni dans l'homme comme le pensait Protagoras, ni dans leur réussite pragmatique comme le dit Démosthène. C'est pour avoir oublié l'exigence de *transcendance* qui fonde la fonction unifiante et architectonique des lois que la décadence s'est installée à Athènes. Le *Timée* montre que le principe d'harmonie et d'équilibre auquel les lois ont pour office de donner corps en la République est celui-là même qui règne dans le *Cosmos*: les lois naturelles sont le modèle des lois civiles; l'Unité du grand Tout est le paradigme de l'armature constitutionnelle et législative des Cités. Donc, *les lois sont dans l'ordre politique ce qu'est l'harmonie dans l'ordre cosmique ou l'unité dans l'ordre ontologique*. La justice légale est impensable sans référence au juste naturel fait de mesure et d'équilibre (*Rép.* III et IV). C'est pourquoi le corpus des lois établit dans la République une organisation hiérarchique où la justice — ce qu'Aristote comprendra superbement — est distributive et non point commutative, ce qui, dans une perspective organiciste et globalisante (holiste, comme on dit aujourd'hui) de la Cité, implique non pas du tout l'égalisation des conditions et l'égalité des droits, mais des différences et des complémentarités, c'est-à-dire une *échelle des valeurs* et des *inégalités fonctionnelles* exactement comme il y a une échelle des êtres et des valeurs dans le grand Tout cosmique.

La législation témoigne ainsi dans la Cité antique de la *mesure ontologique et axiologique* qui la fonde et qui, métajuridique et transcendante, la situe dans une perspective cosmologique.

Disons plus simplement que les lois positives (c'est-à-dire « posées » ou instituées par le législateur dans la Cité) structurent un *ordre politique* conformément à l'*ordre du monde* dont l'Idée, au ciel intelligible, est la norme et indique l'exigence. Si les lois-conventions du législateur humain ne se référaient pas au principe fondateur et

normatif que sont les lois naturelles, elles seraient vouées à l'arbitraire et auraient la fragilité d'un artifice.

Ce naturalisme qui, dans le monde grec, mettait en évidence la dimension critériologique et idéale de la *nature des choses*, se transforma, sous l'influence du Stoïcisme et, surtout, du Christianisme. Avec ces doctrines nouvelles, la loi naturelle conserva toute sa prégnance et sa valeur de modèle, mais elle fut pensée comme l'œuvre du Dieu créateur: *loi naturelle* et *loi divine* furent plus ou moins confondues et la référence *cosmologique* des lois civiles se transmua en une référence *théologique*. Dieu, en quelque sorte, fut mis au Ciel des Idées. Une autre manière de fonder la loi civile se développa.

## 2. La fondation théologique de la loi civile.

La fondation théologique de la loi civile continue de s'effectuer au nom de la loi naturelle. Mais ce philosophème venu du naturalisme cosmologique de la philosophie grecque s'adapte au schème du transcendantisme chrétien et prend une portée nouvelle.

Dans l'éclectisme philosophico-juridique des auteurs romains, l'idée de loi naturelle acquiert une clarté dont le *De Legibus* (II, 4) et le *De Republica* (III, 22) de Cicéron donnent un exemple parfait. La loi naturelle, éternelle et immuable, qu'il n'est possible ni d'abroger ni d'amender, qui ne sera jamais autre ni dans le Temps ni dans l'Espace, est la *loi divine*, la loi que «prescrit à tous un dieu unique», providentiel et sanctionnateur.

Donc, poursuit Cicéron, pour établir la loi civile, partons de cette loi divine suprême: elle est nécessairement, dans l'ordre voulu de Dieu et créé par Lui, antérieure et supérieure à toutes les règles écrites de la Cité.

Le message romain est puissant: de la patristique chrétienne à Jean Bodin, puis à la scolastique espagnole et au jansénisme, évidemment augustinien, de Jean Domat, ou aux thèses jusnaturalistes de Pufendorf, de Locke et de Montesquieu, la loi éternelle divine qui commande l'ordre du monde voulu de Dieu et règne sur la grande communauté humaine est le seul paradigme des lois de la *Res publica*. Autrement dit, ainsi que l'explique Montesquieu avec une profondeur vertigineuse dans le premier chapitre du Livre I de *L'Esprit des Lois*, les lois civiles s'enracinent dans l'universelle légalité. Il y a une loi de toutes les lois et, comme le monde n'obéit ni à la fatalité qui est aveugle, ni au hasard qui est capricieux, ni à la contingence qui est imprévisible, jamais les hommes, jusque dans leurs législations, ne sont conduits par leurs fantaisies. Toutes les lois — les lois de la nature, bien entendu, qui sont déterminantes, mais aussi les lois humaines en leur forme prescriptive et en leur portée normative — sont fondées en raison dans la nature des choses. La «loi du grand Jupiter» est la règle de constitution immanente de toutes les lois civiles positives: «Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles»: les lois positives, par leurs prescriptions, médiatisent pour les hommes l'ordre de la Création divine.

Lançant l'anathème contre le conventionnalisme, Montesquieu — qui, il est vrai, pense plutôt en l'occurrence à Hobbes qu'aux Sophistes — écrit: «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 de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux. Il faut donc avouer des rapports d'équité *antérieurs* (et *supérieurs*) à la loi positive qui les établit» (*L'Esprit des Lois*, Pléiade, I, p. 223).

Chez Montesquieu — mais j'aurais pu ici suivre les analyses de Domat, de Pufendorf, de Cumberland ou de Locke —, la conception *cosmo-théologique* de la loi n'a rien perdu de la force de conviction que lui donnaient les accents pathétiques de Cicéron.

Il faut cependant reconnaître que Montesquieu est un ancien perdu dans le monde des modernes. Sa conception de la loi, au cœur du XVIII<sup>e</sup> siècle, le fit taxer de spinozisme et lui valut, de la part des autorités ecclésiastiques romaines, la mise à l'index de *L'Esprit des Lois*. Même si les critiques du moment ne s'adressent pas directement à la fondation méta-juridique qu'il assigne aux lois, elles sont néanmoins le signe de l'incompréhension qui s'attache à sa philosophie : la conception cosmo-théologique de la tradition classique à laquelle s'adosse l'Esprit des lois est fissurée, ébranlée et parfois même déjà supplantée par une philosophie qui s'en remet à d'autres critères. En effet, depuis un siècle, l'anthropologisation de la loi est en marche, qui la pétrit de rationalité et de laïcité. Ce n'est plus ni dans la nature des choses ni dans la «loi de Dieu et de la nature» comme disait Jean Bodin, mais dans la raison humaine que la loi, dorénavant, trouve sa fondation.

## II. LA FONDATION ANTHROPOLOGIQUE DE LA LOI SELON LA PHILOSOPHIE MODERNE

Les quelques résistances ponctuelles qu'avaient manifestées par exemple Marsile de Padoue, les Monarchomaques ou Suarez à l'encontre d'une fondation transcendante et éternitaire des lois civiles étaient beaucoup plus redoutables qu'elles ne l'étaient apparues en leur temps. Elles trouvèrent en effet leur accomplissement dans la philosophie du XVII<sup>e</sup> siècle qui, avec «la découverte métaphysique de l'homme», en assura tout simplement la promotion. Il revint à Descartes de faire avancer l'homme au devant de la scène philosophique et à Hobbes de l'installer au devant de la scène politique. Dès 1625, le juriste Hugo Grotius avait affirmé que «le droit serait ce qu'il est, même si Dieu n'existait pas» : proposition qui passa pour scandaleuse et dont il se hâta de dire qu'elle était non point thétique mais hypothétique et que, d'ailleurs, on ne pouvait l'envisager qu'avec une infinie prudence ... Tout de même, la chose était dite, même si elle l'était avec prudence et à titre de simple hypothèse ... Et puisqu'elle était dite, elle fut entendue. Une nouvelle conception du droit et de la loi se profilait donc, dont le destin fut extraordinaire puisque, politiquement, elle conduisit à la Révolution française et, juridiquement, à la doctrine du positivisme juridique.

### 1. *Mesurons d'abord l'apport révolutionnaire de l'épistémologie politico-juridique de Hobbes eu égard à la question de la fondation de la loi.*

Longtemps Hobbes passa pour un philosophe maudit. Mais il était mal lu et mal compris. Le rendre à sa vérité implique un double effort :

— c'est, *d'abord*, le situer par rapport au nouveau type d'intelligibilité qui caractérise «le miracle des années 1620»: son projet est en effet de transporter les schèmes de la science *mécaniste* de Galilée et de Mersenne dans la science politique dont, dit-il, il inaugure la carrière: il procédera donc — comme Grotius ou comme Descartes — selon la démarche analytique/synthétique (résolutive/compositive) dont la *raison* seule est le maître d'œuvre;

— c'est, *ensuite* comprendre que la rationalisation du politique s'affirme comme l'institution *contractuelle* de l'État-Léviathan — le Léviathan étant non pas un prince absolutiste mais un *homo artificialis* qui est un être de raison issu d'un calcul rationnel et téléologique d'intérêts (qu'il soit incarné par un homme ou une assemblée est, dans l'économie de l'œuvre de Hobbes, d'importance tout à fait secondaire).

Dès lors, conformément à ce schème méthodologique et à cette pente épistémologique tout à fait nouvelle, l'État est la *puissance suprême* ou *souveraine*. Comme — Hobbes connaissant fort bien le sens des mots — le terme *souveraineté* est l'équivalent du latin *superioritas*, ce superlatif désigne l'État comme une puissance (*potestas*) édifiée par le calcul rationnel des hommes et au-dessus de laquelle il n'y a pas de puissance plus grande (ce qui serait contradictoire): l'État est *suprema* ou *summa Potestas*.

Qu'est-ce à dire sinon qu'il est «puissance de donner et de casser la loi» et, surtout — Hobbes le répète à plusieurs reprises — «*le seul législateur*»? La loi civile, «posée» par l'État, par un État centralisateur et unitaire *exclusivement*, atteste ainsi les triomphes de la raison rationnelle, triomphes si puissants que le Léviathan législateur est «absolu», c'est-à-dire non pas arbitraire, mais *solutus legibus*, absous des lois puisqu'il les fait. *La raison calculatrice de l'homme est l'unique creuset du corpus législatif*. Davantage: l'État législateur est jurislatureur puisqu'il appartient à la loi d'instituer et de définir le licite et le juste, de déterminer le droit de propriété, le droit de la famille, le droit pénal etc.

En d'autres termes, la *loi civile* se distingue du *conseil* en ce qu'elle est un *commandement qui contient en soi les raisons de l'obéissance qu'elle réclame*. Comme telle, elle trouve le fondement de sa validité, à un premier niveau, dans la *puissance publique* qui l'édicte et, à un niveau plus profond, dans la *rationalité* qui en est la source créatrice. La raison humaine, spéculative et calculatrice, suffit, par la médiation de la souveraineté née du contrat, à fonder l'obligatorité et l'exécutiorité de la loi.

Nous voilà donc au seuil de ce que, deux siècles plus tard, on appellera le *positivisme juridique*: *il n'y a de loi que posée par l'État et dans le cadre de l'État; elle n'en appelle à aucune transcendance mais à la seule capacité constructiviste de la raison humaine; et ce constructivisme régulateur est axiologiquement neutre*.

*Seulement, chez Hobbes, le positivisme juridique ne s'accomplit pas*: des limites redoutables font obstacle à l'extraordinaire intuition positiviste du philosophe. Parmi elles, tout particulièrement, il faut noter que si Hobbes refuse le schème dualiste du jusnaturalisme classique qui a besoin de transcendance, il maintient *la loi de nature* comme paramètre inéliminable de sa philosophie politique. La loi de nature a beau ne plus se confondre avec la loi divine et transcendante, et se définir comme un axiome,

voire comme un théorème de la raison-humaine, elle est inconcevable en marge des intentions téléologiques du Dieu créateur. Aussi bien *les lois civiles* et *les lois de nature*, dit Hobbes, se «*contiennent-elles mutuellement*»: d'une part, les lois naturelles n'ont par elles-mêmes ni effectivité ni garantie et, par conséquent, ont besoin des lois civiles pour acquérir leur efficacité; d'autre part, les lois civiles n'ont forme et valeur de lois que si elles répondent à la finalité des lois naturelles et, en particulier, que si elles observent la maxime: *Salus populi, suprema lex esto*.

Donc, le positivisme ne passe pas: du moins, pas encore. Il reste que Hobbes, par sa conception de la loi, a détrôné le jusnaturalisme cosmo-théologique. C'est une *révolution*, même si elle n'est pas encore consommée: il n'appartient pas à des règles transcendantes d'ordonner idéalement la république des hommes, mais aux règles de la République de conférer à la téléologie rationnelle une pragmatisme réelle.

Ce qui veut dire que la canonicité des lois positives écarte leur fondation naturelle ou divine: l'*anthropodicée* peut se substituer à la théodicée.

## 2. La fondation rationaliste de la loi trouvera rapidement son apogée au XVIII<sup>e</sup> siècle.

Paradoxalement — du moins en apparence — les gloires du rationalisme dans le domaine de la loi ne sont pas étrangères à quelques philosophes au parfum de scandale: par exemple, aux idées subversives des *Monarchomaques protestants* de la fin du XVI<sup>e</sup> siècle; aux thèses audacieuses de *Grotius*; aux perspectives troublantes du *Traité théologico-politique de Spinoza*... Ce qui est sûr, c'est que ces démarches iconoclastes, en renversant les «*idoles de la tribu*», ont fait basculer le jusnaturalisme traditionnel et ont *enraciné le droit naturel dans la nature humaine que caractérise le pouvoir de la raison*. Ce retournement doctrinal est d'importance à raison des enjeux politiques auquel il correspond. Il s'agit de rompre avec la politique du droit divin des rois, perspective théocratique en laquelle les rois thaumaturges et la monarchie absolue pouvaient trouver leur justification. La métaphysique anthropocentrique qui affirme l'indépendance créative de l'homme ne peut plus reconnaître en Dieu le législateur souverain et immédiat. L'idéalisme et le théologisme reculent et le potentiel d'autonomie dont on crédite la raison humaine appelle, dans un monde politique *dé-théologisé* («*désenchanté*»), une révision de la normativité juridico-politique.

Ce rationalisme portait en lui, comme on aime tant à le répéter aujourd'hui, les puissances de l'*individualisme*. Dans l'exacte mesure où celles-ci commandent l'architecture *contractualiste* de l'État moderne, il devait conduire, au XVIII<sup>e</sup> siècle, à la glorification de la loi civile.

Tel est l'enseignement, en tout cas, que l'on crut recevoir de Rousseau — mais de *Rousseau mal compris*, de *Rousseau déformé* et transposé hors de son ordre philosophique.

Il est de fait que la philosophie politique qui s'est développée après 1750 est nomophile parce qu'elle se veut profondément humaniste. Dans la philosophie populaire des carrés et des salons, des gazettes et des clubs, dans les traités de droit, dans les



ouvrages de philosophie savante, on recueille à la fin du siècle l'idée de Rousseau selon laquelle la loi est l'*expression de la volonté générale née du contrat* qui unit la multitude en un peuple; on considère qu'elle dicte à chaque citoyen «les préceptes de la *raison publique*» et que son «*invention sublime*» explique ses «*prodiges*» puisque c'est «à elle seule que les hommes doivent la *justice et la liberté*». Ainsi, la double généralité de la loi, qui émane de tous pour statuer sur tous, se lit-elle au miroir d'un rationalisme humaniste. L'on comprend aisément que ce *rationalisme humaniste* — surtout dès lors qu'on l'arrachait du contexte philosophique, déjà marqué par un souffle criticiste, où le situait Rousseau — ait été le stimulant de l'*enthousiasme législateur* et de l'*optimisme juridique* des Assemblées révolutionnaires. On allait jusqu'à penser que, puisque les lois de la République appelées à régir les conduites des citoyens trouvent leur fondation dans la rationalité normative de l'homme, elles ont la beauté parfaite du cercle. Pour les hommes de la *Constituante* et de la *Législative*, de même que la volonté générale ne peut errer, de même les lois ne peuvent être injustes. Par conséquent, la perfectibilité de l'homme s'accomplit par la médiation des lois civiles. La synthèse de la *civili*-sation et de la *loi* permet d'atteindre au bonheur et à la liberté. Les lois apparaissent ainsi, à raison de leur fondation dans les pouvoirs constituants de la raison humaine, comme l'instrument du pouvoir institutionnel de la promotion des peuples.

De même que les perspectives contractualistes de la politique enserrant la contre-mine qui fait sauter la théorie du droit divin des rois, de même qu'elles effacent à tout jamais la silhouette des rois thaumaturges, de même la nouvelle conception rationaliste de la loi civile implique condamnation sans appel des vieilles maximes d'Ancien Régime: «*Un Roi, une foi, une loi*» ou «*Si veult le roy, si veult la loy*». Et, parce qu'elles sont devenues caduques, le mot *République* change de sens: il n'est plus, littéralement, la *Res publica*, mais connote désormais la valeur de la *démocratie légaliste*. Bientôt, dans une histoire qui, déjà, commence à s'accélérer, le jacobinisme, en instituant la religion civile, réclamera le *culte de la loi* devenue comme la moralité en soi et par soi.

Seulement, on ne peut méconnaître que, au cœur même de l'épisode révolutionnaire qui porte à son paroxysme la glorification de la loi et de ses puissances rationnelles, le culte de la loi — de la loi humaine, déjà «trop humaine» — l'impose comme un *dogme* politique et juridique: contradictoirement, sa fondation *rationnelle* l'entoure de *passion* éthico-politique. Rousseau est trahi. La *fidélité* politico-passionnelle à Rousseau est en vérité une *grave infidélité* philosophique. La théâtralité du phénomène législatif enté sur la raison, qui caractérise l'engouement pour la loi à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, s'est transformée en une espèce de déraison. Comme le dira bientôt Hegel, les fleurs sont devenues noires ...

Et pourtant, dans l'hérésie juridique et politique qui trahit Rousseau en prétendant le suivre, se logent déjà les élans du positivisme juridique.

### 3. *Le positivisme juridique et les effets de la fondation anthropo-rationaliste de la loi.*

C'est incontestablement une erreur de lecture qui fait dire à certains commentateurs de Kant qu'il a ouvert la voie du positivisme juridique. (Nous y reviendrons). Pour l'heure, remarquons que le légalisme positiviste, par ses fondements anthropo-rationalistes, donne le coup de grâce au jusnaturalisme de la tradition classique et porte à ses conséquences extrêmes — c'est son paradoxe intrinsèque — le jusnaturalisme des Modernes qui cherchait la source du droit dans le potentiel architectonique de la raison humaine.

Hegel ouvre la voie avec maestria: les seules lois dont on puisse parler, dit-il, sont les lois positives (*Gesetz*), c'est-à-dire celles qui sont posées dans leur existence empirique par l'État. En conséquence, Hegel non seulement dénonce dès 1802 l'inanité des théories jusnaturalistes — le jusnaturalisme ancien, évidemment, à cause de l'horizon de transcendance qu'il assigne à la légalité; mais aussi le jusnaturalisme moderne qui implique l'idée d'une nature humaine et de ses déterminités principielles —, mais il critique la *common Law* qui manque le sens de la «positivité» des lois et tente procès à l'*historicisme* d'un Savigny qui ne comprend pas la fondation étatiste des lois. En effet, selon Hegel, seul le *centralisme étatique* livre l'essence de la loi en faisant converger dans l'universel le rationalisme des Codes et le formalisme des règles. La légalité de la loi est celle, et celle-là seule, de la loi en vigueur *hic et nunc*; comme telle, elle atteste la réalisation de la raison dans et par l'État. L'intuition positiviste de Hobbes, portée par la pensée de Hegel, fournit donc à la doctrine juridique la fondation rationnelle-formaliste qu'elle n'était pas parvenue à apurer et à détacher de l'idée de loi naturelle.

En suivant plus ou moins consciemment cette pente philosophique nouvelle, l'*École de l'Exégèse*, au lendemain de l'édiction des grands Codes napoléoniens, ne trouve la vérité de la loi que dans la lettre de la loi. Puis, dépassant le point de vue méthodologique d'un Demolombe, l'École analytique d'Austin transpose le positivisme à son niveau doctrinal: la fondation rationnelle de la loi civile procède dit-on, d'un exclusivisme radical qui peut désormais soutenir l'édifice constitutionnaliste de la puissance d'État. Ainsi se développera, en Allemagne, la célèbre *Stufenbautheorie*, suivie, en France, dans le premier quart du xx<sup>e</sup> siècle, par l'étatisme de Carré de Malberg. Ces doctrines relèvent de la technique juridique. Mais elles ont une base philosophique qu'il nous faut dégager ici.

Cette base est d'une netteté incisive: de sa fondation rationnelle, l'ordre légal positif tire son autorité, qui tient en trois idées-force:

- l'*étatisme contractualiste*;
- l'ordonnement *déductiviste*, donc, la cohérence logique ou la systémativité de l'appareil légal et juridique;
- l'*autonomisation* complète de la loi positive qui, dans son formalisme et son auto-suffisance, se passe de toute référence à un horizon ontologique ou axiologique.

Il est donc patent que le (ou les) positivisme(s), en développant jusqu'à ses limites extrêmes l'anthropologisation et la rationalisation de la loi qui étaient les principes

moteurs du jusnaturalisme des premiers philosophes et juristes de la Modernité, en ont exacerbé l'idée originaire au point de l'exposer aux maléfices mêmes que devait immanquablement distiller son propre dévoiement.

Au milieu des triomphes de sa rationalité fondatrice, le positivisme légaliste, par son inflation même, ne tarda pas à révéler ses carences. Aujourd'hui, le procès est ouvert contre lui et, plus que jamais, nous sommes parvenus au cap des tempêtes de la philosophie du droit. Mais, pour sortir de la tempête, il ne suffit pas, nous allons le voir, de faire retour à l'antithèse jusnaturaliste du positivisme.

### III. À QUOI CONDUIT LE PROCÈS DE LA RATIONALITÉ DANS L'ORDRE LÉGISLATIF?

Parler, aujourd'hui, du procès intenté à la rationalité peut passer pour une banalité. Mais il convient de ne pas se satisfaire de la silhouette simpliste que lui prête une mode quelque peu médiatique. Ce procès est, en vérité, fort complexe : à tout le moins conduit-il, si l'on scrute philosophiquement les parties en présence, à une reformulation de la problématique de la loi et, corrélativement à un renouvellement de ses fondations.

#### 1. Rappelons d'abord les griefs que l'on formule contre le rationalisme positiviste.

Depuis quelques décennies, divers auteurs, au nom du réalisme juridique, opposent au formalisme de la loi des considérations de convenance et d'opportunité. Dès les années 1920, le doyen François Gény soulignait, contre le déductivisme légaliste, l'importance, dans la vie du droit, de l'*interprétation* et de la *jurisprudence*. Des auteurs anglo-saxons (Roscoe Pound, Llewellyn), puis européens, ont entouré d'une lourde suspicion la réduction logiciste qu'implique, disaient-ils, une doctrine rationaliste, positiviste et formaliste de la loi.

Entendons à travers eux qu'il n'est pas possible de traiter les lois par lesquelles les hommes régissent leurs cités comme des règles techniques — ou, en d'autres termes, les lois juridiques comme des lois scientifiques. Il y aurait en cette démarche un réductionnisme qui est une lourde erreur théorique. Dans les doctrines positivistes s'est donc logé un pari impossible à tenir : l'anthropologisation de la loi ne peut se confondre avec la rationalisation systématique de son édicition et de son application.

C'est donc dire que le positivisme juridique, en sa forme scientiste, correspond à l'exaspération du rationalisme des Lumières qui l'a inspiré et qu'il porte les stigmates de cette exacerbation. D'une part, à la nomophilie dont l'inflation législative et la codification avaient été, au tournant des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, la traduction concrète, a succédé, dans un monde désacralisé jusqu'au « désenchantement » comme le dit Weber, une sorte de *théologie laïque* en laquelle la loi réclame une obéissance qui est l'analogon d'un culte. D'autre part, la loi qui, en sa positivité, apparaît comme une règle de gestion impossible à transgresser, a une *vocation instrumentale* : elle est le rouage aveugle d'une machine administrative, donc bureaucratique, plus ustensilaire que normative. Le rationalisme positiviste se trouverait ainsi vidé de toute consistance et privé de tout horizon de sens et de valeur.

Les causes de cette double carence proviendraient d'une faute philosophique lourde: à savoir, de l'*oubli des limites de la rationalisation*. Les critiques de la rationalité moderne disent donc couramment de nos jours que la fondation rationnelle moderne de la loi procède d'une *illusion spéculative* telle que l'abstraction et le formalisme, en croyant hausser la loi à l'universel, ont couru le risque de la priver de créativité pratique. Dès lors, on dit que le positivisme scientiste est incapable d'articuler théorie et pratique.

En outre, on dénonce, à la suite de Max Weber, l'impossibilité de la «neutralité axiologique» dont se réclame la fondation positiviste de la loi. Quelle que soit la prétention à la scientificité des doctrines du positivisme juridique, elles ne peuvent mettre un terme à «la guerre des dieux»; les querelles de l'Olympe sont inexpiables et l'on partira toujours, pour édifier un système de lois, d'évaluations principielles plus ou moins avouées: donc, l'architectonique et le sens des formes législatives (aussi bien que supra ou infra législatives, c'est-à-dire constitutionnelles et réglementaires) enveloppent toujours un choix axiologique, fût-il caché ou inconscient.

On reconnaît aisément dans ces critiques l'argumentation déployée dans l'assaut contre la Modernité et contre la raison théorico-instrumentale. L'humanisme des grands siècles n'aurait ainsi préparé ses victoires qu'en appauvrissant l'homme jusqu'à sa déshumanisation. Le résultat de ces erreurs, qui attesteraient «la défaite de la pensée», déclare-t-on, est parfaitement visible: c'est la crise de la loi.

## 2. Notre fin de siècle est en effet marquée par une «crise de la loi» et de la légalité.

L'argument est aussi séducteur que facile: la misère des hommes modernes et, tout spécialement, la déréliction de l'univers juridique auquel ils demandent de réguler leur condition, provient de l'inadéquation et de l'éclatement des cadres rationnels qu'ils ont forgés: certains auteurs — évoquerai-je, dans une mouvance nietzschéenne ou heideggerienne, Michel Foucault ou Jacques Derrida? — déclarent qu'il faut en finir avec les paradigmes du rationalisme, donner congé au positivisme et, parce que l'humanisme de la Modernité sonne faux, arriver à un anti-humanisme qui soit du même coup un anti-juridisme.

J'ai bien peur qu'au bout de cette soif d'*anomie*, il n'y ait — Locke me paraît plus clairvoyant que ces philosophes contemporains — qu'*anarchie* ou, pire, qu'un *totalitarisme de l'irrationnel* qui est tout simplement déraison, c'est-à-dire folie.

Notre regard doit donc se réajuster. La crise de la loi n'a pas le dessin abrupt qui lui est ainsi prêté de manière caricaturale. La crise de la loi réside, en fait, dans son *inflation*: les lois prolifèrent afin de rejoindre une réalité qui se meut au galop. Autrement dit, tout se passe comme si, aujourd'hui, se produisait un *déplacement de la fondation des lois*. Voyons en quoi consiste ce déplacement.

Dans la perspective post-révolutionnaire où s'était affirmé le constitutionnalisme, la supra-légalité constitutionnelle signifiait que, dans l'État, la Constitution est la clef de toutes les lois et décisions de droit. *De lege lata*, donc, le fondement de la légalité

s'identifiait avec le fondement de la validité des normes juridiques en général: validité purement *formelle*.

Or, aujourd'hui, cette transparence épistémologique se heurte à l'objectivité du réel. L'univers juridique est de moins en moins tissé de règles générales et abstraites; la vie impose sa contingence et son empiricité au législateur. Résultat: les procédures réglementaires occultent plus ou moins les initiatives proprement législatives parce que le jurislature est attentif à la complexification des rapports sociaux et prend sans cesse — nous sommes en démocratie — le pouls de l'opinion publique: lois, décrets, arrêtés, circulaires s'accumulent; il y a des mesures transitoires ou rétroactives, des lois particulières, des lois-cadres, des lois d'orientation etc. C'est donc que, au fondement des lois, une stratégie pratique l'emporte sur l'esprit rationaliste des grands Codes français.

Cette nouvelle compréhension de la légalité entraîne l'assouplissement de la régularité juridique et l'on assiste à la multiplication des procédures comme la négociation, les règlements transactionnels, les accords, les compromis etc. L'*éthique de la discussion* (symbolisée par les «tables rondes»), la volonté d'argumentation, rhétorique et casuistique, ont fait naître ce qu'un juriste contemporain (F. Terré) appelle «les lois expérimentales». Comprenons que la loi cherche ses fondements du côté de l'*empirie* au moins tout autant que du côté de la raison.

Mais, devant ce fait indiscutable, c'est une erreur de conclure à «l'esprit nécrophile» de notre temps, de dire, comme Adorno, que la dialectique de la raison est suicidaire, que «la mort de l'homme» fait suite à la mort de Dieu, que c'est la fin du droit et de l'État, l'engloutissement de la philosophie dans les ténèbres etc. La crise de la loi ne signifie ni l'éclipse de la raison, ni son auto-destruction. L'*homo juridicus* n'est pas mort et la «post-modernité», qui prétend combattre «la violence de l'universel», n'étreint que du vent.

Cependant, l'insuffisance de la raison rationnelle pour asseoir le réseau des règles et des lois est patente. La discursivité et le formalisme rationnels ne correspondent pas à ce que H. Hart appelle «la texture ouverte du droit». La loi comme norme générale et abstraite ne conviendrait qu'à un peuple de dieux. Et nous ne sommes que des hommes. Alors ...

### 3. *Quel fondement donner à la loi? (Étant bien entendu qu'une société sans lois n'est qu'une jungle).*

Plusieurs propositions peuvent être faites. Leo Strauss ou Michel Villey, il y a juste quelques années, proposaient de revenir au fondement jusnaturaliste des Anciens. Mais on sait bien que ce retour au naturalisme et au droit de Rome a quelque chose d'utopique — on ne remonte pas le cours du temps — et d'inquiétant: faudrait-il renoncer aux valeurs de la culture humaniste laborieusement construite depuis les Temps modernes et dont les conquêtes sont, qu'on le veuille ou non, à mettre à l'actif de la civilisation occidentale? Les lois qui protègent les libertés individuelles et mêmes les lois quelque peu vertigineuses que, dans l'État-Providence, on appelle les «lois

sociales», constituent tout de même, hors des excès qui peuvent les accompagner, des acquis auxquels il n'est pas souhaitable de renoncer.

Le retour au naturalisme des Anciens n'est qu'une chimère de l'esprit. Il en irait de même d'un retour à la fondation théologique de la loi que personne, depuis Maritain, ne songe sérieusement à prôner. D'ailleurs, exhumer selon ces schèmes «le cadavre du droit naturel» signifierait que la pensée humaine ne peut sortir de l'antithèse entre naturalisme et positivisme, entre *physis* et *nomos*; donc, qu'elle est prisonnière des antinomies qu'elle sécrète.

Or, une ouverture est possible, à condition de *reformuler la problématique fondamentale* de la philosophie du droit. En cette entreprise, deux tentatives très actuelles me semblent tout à fait intéressantes. Elles paraissent, au premier regard, différentes l'une de l'autre. Je crois cependant qu'elles ont une inspiration commune. Je ne puis les signaler ici qu'à titre de voies à explorer, sur lesquelles tout est à faire car elles ne se dessinent encore qu'en pointillés et ont la silhouette d'un chantier.

La première voie est celle que frayent les recherches de Cahim Perelman et, surtout de Ronald Dworkin. Dans leurs ouvrages *Le raisonnable et le déraisonnable en droit* (1984), *La nouvelle Rhétorique* (1976) et *Taking Rights seriously* (1977), la loi et, plus largement, la règle de droit, se fondent dans une raison raisonnable qui rappelle la *reasonableness* de Locke, à cela près qu'elle n'a pas à interroger le Ciel. Comprendons que la raison humaine ne s'épuise pas dans le déductivisme logique des grands systèmes; elle est capable de *sagesse pratique*. Ainsi, selon Perelman, l'argumentation pondérée et la censure du déraisonnable, c'est-à-dire des abus, de l'inacceptable, de ce qui est outre-mesure ou ridicule, sont l'index des *limites* que la dignité de l'homme ne peut pas franchir. Selon Dworkin, l'exigibilité des valeurs de convenance constitue *a law behind law* qui est, pour la raison humaine, un principe régulateur à ne jamais oublier.

On dira que le critère du raisonnable est, au fondement de la loi et dans l'application de la loi, un critère vague, l'un de ces concepts qui, en inclinant à l'équité plutôt qu'au juste, sont malléables et nimbés d'incertitude. Mais le mérite de ces philosophies est d'attirer l'attention sur les *limites* dans lesquelles se meut la capacité normative des hommes. L'idéalisme et le formalisme ne leur conviennent pas; ils ont besoin de solutions pratiques satisfaisantes qui réclament un assouplissement des formes de la loi: il ne s'agit pas de nier les capacités de la raison mais de les frotter aux réalités.

Cette proposition, je le concède volontiers, demeure très évasive. Elle a néanmoins le mérite d'arracher la problématique de la loi au dogmatisme et d'inviter à un autre type de questionnement pour rendre compte de la validité de la loi et de ses effets.

Or, dans la mesure où la loi induit toujours une attente normative, le problème entrevu consiste à dire à *quelles conditions* les règles légales sont fondées à apporter aux hommes les solutions satisfaisantes qu'ils attendent.

La question, on l'a compris, prend une tournure critique qui implique pour la raison, dans ses propres limites, une sorte d'auto-critique de son pouvoir de légiférer. Je ne veux pas dire que Perelman et R. Dworkin sont des penseurs qui ont adopté la

démarche criticiste, ainsi que leur interrogation sur le *raisonnable* et le *satisfaisant* sont une invite à un approfondissement critique.

Cet approfondissement critique, J. Habermas l'esquisse largement par sa conception de la *légitimation* dans nos sociétés régies par le capitalisme avancé. Le drame contemporain, dit-il en substance, ne sera dénoué que si nous opérons un changement de paradigme. En effet, le blocage des institutions auquel nous assistons actuellement signifie leur *crise de légitimité*: un *écart* s'est creusé entre les régulations que formalisent les lois ou le droit constitutionnel et les aspirations de l'opinion publique. Pour combler cet écart, il faut comprendre que, en deçà des formes logiques de cohérence qui structurent un ordre de lois positives, il existe des *choix initiaux* qui ne peuvent être que des partis-pris contingents. La raison, dit Habermas, est «une raison décidée». Donc, les activités rationnelles sont plurielles puisque les options de la raison peuvent être plurielles. Dès lors, le grand problème est, dans cette pluralité de possibles, de déterminer les *stratégies* et les *modes de communication* qui seront opérants et satisfaisants. C'est donc dans une perspective dialogique et, comme il dit, communicationnelle, que la raison législatrice, toujours sur ses gardes, doit travailler. Je n'explorerai pas ici les méandres compliqués de la théorie dite de «l'agir communicationnel». J'en retiendrai simplement l'inspiration critique — inspiration que rejoint la *Théorie des Normes* de Kelsen, dont la publication récente permet de balayer les multiples contresens commis sur la *Théorie pure du droit*. Kelsen y retrouve, selon l'expression de Kant, l'infini de la loi au-dessus de la loi. Ce qui signifie, contre tous les contempteurs de la raison, la possibilité d'une raison pratique qui serait le creuset d'une *problématisation transcendantale de la normativité de la loi*. Si l'on veut aller au fond de la pensée de Kelsen et ne pas lui prêter ce positivisme guindé dont, à tort, on l'a accusé, on ne peut oublier qu'il s'est opposé à la théorie de l'*auto-poïèse* de Niklas Luhman et qu'il n'est pas — il l'a dit lui-même, un héritier des théories allemandes de la *Stufenbautheorie*. Les problèmes de la normativité ne peuvent être ni posés ni résolus selon le schéma des démarches déterminantes. La *Théorie des Normes* est parfaitement explicite: la normativité des lois ne s'éclaire que par un recours à l'usage *réfléchissant* de la raison.

Limites de la raison. Usage réfléchissant de la raison judicatrice. Le «retour à Kant» est net. Mais j'oserai dire que Kelsen est plus kantien que Kant lui-même: dans un texte qu'il avait consacré à *la Démocratie* (1927), il en rattachait l'idée aux «deux postulats de la raison pratique» et en déchiffrait l'essence à la lumière d'une conception critique-relativiste». Il y a, disait-il, deux formes-limites de l'État: l'*autocratie*, qui implique hétéronomie puisque ce sont les normes que produit le chef politique qui s'imposent aux sujets par la contrainte — et la *démocratie* qui implique autonomie parce que les créateurs des normes en sont aussi les destinataires. Ce disant, il avait compris ce qui éclaire enfin notre problème de la fondation de la loi: à savoir que «le point de vue» (expression kantienne) de la *liberté* est celui-là seul d'où il convient d'envisager la légalité. Et cela signifie que la loi est pour l'homme — à la différence de ce qui se passe pour l'animal qui ignore à tout jamais la légalité juridique — une *procédure in-finie de la raison pratique*.

L'élaboration de la loi aussi bien que la mise en œuvre de la loi passent donc par l'*auto-réflexion de la raison pratique*: prérogative dont, seul, l'exercice permet à l'homme de tendre vers la liberté. Il ne suffit donc pas de dire avec Spinoza ou Rousseau que l'homme est plus libre sous la loi que sans la loi. Mais il importe de comprendre que la *rationalité procédurale* — et non instrumentale — qui est au fondement de la loi signifie qu'à travers elle, la *raison pratique* se convertit véritablement à sa *fonction critique*.

Tâche difficile et interminable que cette conversion; tâche infinie, donc, que de fonder nos lois dans la raison pratique: mais c'est le prix à payer pour que, dans notre monde déchiré, l'homme prométhéen ne se laisse pas dévorer.