

Il y a une rue de la Loi au cœur de Bruxelles et une impasse de la Loi dans un faubourg de Paris. On ne l'a pas fait exprès ; mais la clandestinité de l'hommage parisien se trouve finalement refléter assez bien, en cette fin du xx<sup>e</sup> siècle, le peu d'enthousiasme des Français pour leur législation. Du moins de ceux d'entre eux qui ont les moyens de se manifester. A quelque bord qu'ils appartiennent du clivage national, c'est toujours dans la mauvaise humeur qu'ils reçoivent les lois nouvelles – les uns parce qu'elles sont nouvelles et dérangent l'ordre hérité de l'âge d'or, les autres parce qu'elles sont lois, donc émanations de la classe dominante, et ne sauraient avoir pour effet que de reproduire l'ordre hérité. Les deux reproches se neutraliseraient sans doute, si chaque camp était disposé à écouter l'adversaire. Mais il n'en est rien ; si bien que notre société est assourdie des diatribes cumulatives qui sont lancées contre les lois *secundum subjectam materiam*, contre le légiférer d'après la tendance (politique) qu'on lui suppose, et qu'elle

n'est plus guère en état d'admirer ce qu'il y a de proprement admirable dans le mécanisme même de la loi, dans le *légiférer* abstrait.

Il ne s'agit point de diviniser la loi. Toutefois, nous remarquons – c'est une hypothèse de *nomogonie* – que la notion de loi paraît avoir rencontré son climat de prédilection dans les sociétés pénétrées d'une théologie de la transcendance, séparant radicalement les créatures du Créateur ; qu'au contraire, là où la religion avait immergé l'individu dans la nature, l'avait rendu participant de l'ordre cosmique, la coutume plutôt que la loi a été l'instrument de la régulation sociale. Occident et Orient, on reconnaît le contraste. Peut-être convient-il d'en rabattre un peu, sur cette sorte d'immanentisme juridique attribué de loin aux civilisations orientales. Il reste, néanmoins, que la tradition judéo-chrétienne, en harmonie avec son créationnisme, a habitué l'Occident à concevoir le droit comme une série d'actes de volonté. C'est en quoi le psaume 119 (ou CXVIII), qui exalte la Loi, est toujours pour nous, malgré les distances – entre les millénaires, ou entre le ciel et la terre – un bon document de psychologie sociale, utile à la compréhension de l'esprit légaliste et singulièrement de la Révolution (1).

Mais redescendons franchement sur la terre, et cherchons plus simplement dans la loi le miracle d'une invention humaine. Car c'est une invention merveilleuse quand on y réfléchit, que cette possibilité de mettre de la volonté souveraine en réserve, d'emmagasiner dans des mots un peu de pouvoir, un

(1) Cf. *infra*, p. 239 et s.

commandement qui vivra à perpétuité (la perpétuité est dans le vœu de la loi), qui se perpétuera détaché de la bouche, de la main (*mundium, manus*), des forces physiques par lesquelles il avait été créé ; un verbe à l'impératif qui ne s'adresse à personne en particulier et qui interpelle tout le monde (à tous présents et à venir, salut !).

L'invention était trop belle : la ruse s'en est emparée. Ceux qui dirigeaient la tribu ne furent pas longs à s'apercevoir des avantages qu'il y avait pour eux à gouverner par les lois plutôt qu'à visage découvert. D'un chef charismatique on finit par se lasser. Une fois les charismes dissipés, il ne subsiste plus qu'un homme aussi faible que ses semblables, haïssable s'il prétend dominer ou risible s'il j'ordonne. C'est alors que lui devient précieux le masque des lois. Des ethnologues ont écrit que l'écriture, en même temps que libération, avait été, pour les peuples, aliénation, par toutes les tromperies que le papier porte. Le droit écrit ne serait-il pas justiciable du même constat d'ambiguïté que l'écriture ? Le fait est que, parmi tous les abus de droit que notre époque protectrice s'est évertuée à combattre, l'abus du droit de légiférer aurait mérité une place.

S'il fallait composer un manuel de législation (2) (2), il nous semble qu'à côté de la politique

(2) Sur la foi du titre, on pourrait penser avoir affaire à un manuel de ce genre dans le *Traité de la confection des lois* de Philippe VALETTE (en collaboration avec BENAT-SAINT-MARCY). Philippe Valette, qu'il ne faut pas confondre avec le professeur Auguste Valette, son contemporain plus célèbre, avait été secrétaire de la présidence de la Chambre des députés, puis secrétaire du Corps législatif, et son *Traité* (1839) est seulement un guide de la procédure parlementaire.

et des techniques de rédaction – les parties nobles réservées aux *nomothètes* et aux *nomographes* (les deux fonctions existèrent en Grèce) – on devait y prévoir, à l'intention des citoyens, un chapitre *de legibus cohibendis*, de la manière de brider les lois (3). C'est sans surprise que nous retrouverions en un tel chapitre les recours pour inconstitutionnalité et la responsabilité de l'État législateur. Mais d'autres voies pourraient y être explorées, moins classiques, à peine plus aléatoires. Ainsi, pourquoi, plutôt que d'examiner la légitimité d'une loi nouvelle à la lueur métaphysique d'un préambule constitutionnel, n'en pas tester la validité au crible des conditions générales de l'acte juridique ? Car c'est un acte de volonté, de volonté unilatérale, perméable aux suggestions et captations, à l'égal d'un testament. Si nos tribunaux consentaient à puiser hardiment dans le fonds historique – dont la richesse est une liberté –, ils pourraient ici s'inspirer de la théorie canonique des rescrits obreptices et subreptices (4). Supposons que, par impossible, il soit établi que, dans une réforme des régimes matrimoniaux, l'inaliénabilité dotale ait été abolie au nom de l'intérêt public, mais sur les allégations d'un homme de cour dont elle gênait les intérêts personnels, il serait rationnel de tenir cette abolition pour nulle et non avenue. Encore une ressource de l'histoire : la maxime « Subis la loi que toi-même as faite »,

(3) Je vais vous dire les lois des lois, *Legum leges voce proponam*, CICERON, *de legibus*, II, 7.

(4) Cf. *Dictionnaire de droit canonique* (A. VILLIEN et E. MAGNIN), V<sup>o</sup> *Rescrit*, par R. NAZ. La théorie avait, d'ailleurs, des racines en droit romain (Code Justinien, 1, 23, 7).

*Patere legem quam ipse fecisti* (5). Si, par exemple, l'administration des finances, prétextant la difficulté qu'elle éprouve à conserver trop longtemps ses archives, fait voter une loi qui réduit le délai imparti aux contribuables pour réclamer, il y aurait quelque raison de réduire proportionnellement le délai qui lui est ouvert pour se faire payer. Talion, représailles ? Nous dirons plus pacifiquement : équité (6), mesure pour mesure (7), et c'est toujours cette grande exigence de réciprocité, d'échange, qui semble la loi primitive de l'humanité.

En somme, au lieu de prétendre conformer la législation à un droit naturel, nous proposerions volontiers de construire un droit naturel de la législation – à défaut d'un droit naturel, une morale. Une nation ne peut attendre de l'État-législateur qu'il soit omniprésent et omniscient ; elle peut du moins lui demander d'être honnête homme.

\*  
\* \*

Il y aurait assurément beaucoup plus à dire sur ce thème des lois. Le présent volume ne fait que rassem-

(5) Maxime venue de l'édit du préteur, par le Digeste, 2, 2 (*Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur*, que chacun s'applique à lui-même la règle de droit qu'il a appliquée à un autre).

(6) Il y a, dans cet édit, déclarait Ulpien, la plus haute équité (Digeste, 2, 2, 1, pr.).

(7) Dans une interprétation aujourd'hui fort répandue, la pièce de Shakespeare est essentiellement la projection de l'Évangile de Matthieu (7 : 1) : « On vous mesurera avec la mesure dont vous vous servez », et le personnage du duc est la représentation du Dieu souverain. Cf. Rosalinde MILES, *The Problem of « Measure for Measure »*, 1976.

bler des fragments, des études qui avaient déjà été publiées à des dates très différentes en des lieux fort dispersés (8). On ne saurait donc y trouver que le minimum de cohérence qui peut tenir aux habitudes d'un même individu. D'autant que, dans chacune de ces études – ainsi que l'intitulé d'ensemble le souligne – il n'y a jamais eu qu'un essai. Mais, lorsque nous nous employons à étudier les hommes et leurs œuvres, pouvons-nous espérer mieux que d'avancer par ce qu'un philosophe pénétrant a appelé la dialectique « des essais et des erreurs, des tâtonnements et des aberrances, celle de l'éternel détour » (9) ?

A peine rassemblés, nos articles sont allés d'eux-mêmes se ranger en deux compartiments. Tous avaient bien les lois pour objet. Mais les uns portaient spécialement sur telle ou telle loi – en fait, des lois civiles nées de la dernière pluie de saison ; les autres portaient sur la loi en général, sur ce que nous nommions tout à l'heure le *légiférer* abstrait. En inversant l'ordre, la partie spéciale aurait pu servir d'illustration à la partie générale. La partie générale, puisque décidément elle va venir après, pourra contribuer à expliquer les conclusions latentes dans la partie spéciale. Ce sera le cas de ne pas oublier l'adage sentencieux : *per generalia specialibus non derogatur*.

(8) Nous remercions vivement de leur courtoisie tous les éditeurs qui ont bien voulu se prêter à cette transfusion du sang. Il est, du reste, advenu çà et là que la rédaction originelle ait été remaniée.

(9) René POIRIER, Liberté, faute, sanctions, *Études Jacques Lambert*, 1975, p. 311 et s., spéc. p. 354.