

LE GOUVERNEMENT DE LA LOI EST-IL UN THÈME RÉPUBLICAIN ?

Catherine LARRÈRE

RÉSUMÉ : « La liberté consiste à n'être soumis qu'aux lois » : cette idée, que Turgot attribue aux « écrivains républicains », a sans doute sa place dans la tradition républicaine. Il s'agit cependant d'une idée essentiellement moderne, et pas nécessairement républicaine, développée dans la critique de l'absolutisme : on en retient l'importance qu'il y a à faire la loi, tout en refusant que qui que ce soit puisse se placer au-dessus des lois. Montesquieu fait du gouvernement modéré, qui peut être une monarchie, le gouvernement de la loi, celle-ci garantissant à l'action rationnelle la prévisibilité et la constance dont elle a besoin. C'est Rousseau qui fait du gouvernement de la loi un thème républicain, en identifiant autogouvernement et autonomie. Lier la liberté à la loi, c'est insister sur l'existence politique des libertés : depuis Turgot, les libéraux y voient une menace pour les droits.

MOTS-CLÉS : loi, république, liberté politique, Montesquieu, Rousseau.

ABSTRACT : *Liberty is submission only to laws. This idea, according to Turgot, is a very republican one, and it belongs indeed to the classical republican tradition. It is, nonetheless, a mostly modern idea, not necessarily a republican one. It appears in the criticism of absolute monarchy : the importance of making the law is granted, but that anybody could be above the laws is rejected. For Montesquieu, moderate monarchy is the rule of law, of standing laws which provide the individual action with the conditions its rationality requires. But Rousseau makes a republican system of the rule of law, by identifying self-government and autonomy. By linking liberty and law, he stresses the political existence of liberty : since Turgot, it has been objected, inside liberalism, that such a political device jeopardizes natural rights.*

KEYWORDS : *rule of law, republic, political liberty, Montesquieu, Rousseau.*

ZUSAMMENFASSUNG : « Es gehört zum Wesen der Freiheit, daß sie nur durch Gesetze eingeschränkt wird. » Nach Turgot gehört diese Vorstellung zum Gedankengut der Republikaner. Sie ist jedoch sehr modern und nicht unbedingt Teil des republikanischen Denkens. Sie taucht zuerst als Teil der Kritik am Absolutismus auf, indem auf die Wichtigkeit der Gesetze hingewiesen wird, über denen niemand stehen darf. Für Montesquieu ist die konstitutionelle Monarchie soviel wie die Herrschaft des Gesetzes, das Vorhersehbarkeit und Beständigkeit als Voraussetzungen für rationales Handeln garantiert. Erst bei Rousseau wird die dem Gesetz unterworfenen Regierung zum Merkmal der Republik, indem er selbstverantwortliche Regierung mit Autonomie gleichsetzt. Durch diese Verknüpfung von Freiheit und Gesetz werden die politischen Voraussetzungen der Freiheit betont. Die Liberalen sehen darin seit Turgot eine Bedrohung der naturgegebenen Rechte.

STICHWÖRTER : Rechtsstaat, Republik, politische Freiheit, Montesquieu, Rousseau.

Catherine LARRÈRE, née en 1944, professeur à l'université Bordeaux III, est spécialiste de philosophie politique. Elle a publié *L'Invention de l'économie au XVIII^e siècle* (Paris, Presses universitaires de France, 1992) et de nombreux articles sur les théories économiques et politiques au XVIII^e siècle. Elle a écrit les articles « Classification des régimes », « Grotius », « Montesquieu », « Pufendorf », « Rousseau », « Scepticisme moderne » pour le *Dictionnaire de philosophie politique* (éd. Stéphane Rials, Philippe Reynaud, Paris, Presses universitaires de France, 1996). Elle participe à la nouvelle édition des *Œuvres complètes* de Montesquieu (à la Voltaire foundation) et prépare un livre sur Rousseau.

Adresse : UFR de philosophie, Université Bordeaux III Michel de Montaigne, Domaine universitaire, 33405 Talence Cedex.

Écrivant au docteur Price, ce pasteur anglais dissident qui avait pris la défense des insurgés américains, Turgot le félicite d'avoir remis en cause un préjugé trop commun :

« Comment se fait-il que vous soyez presque le premier parmi vos Écrivains qui ayez donné les notions justes de la liberté et qui ayez fait sentir la fausseté de cette notion rebattue par presque tous les Écrivains les plus républicains, que la liberté consiste à n'être soumis qu'aux lois, comme si un homme opprimé par une loi injuste était libre. Cela ne serait pas même vrai, quand on supposerait que toutes les lois sont l'ouvrage de la nation assemblée ; car enfin l'individu a aussi des droits que la nation ne peut ôter que par la violence et par un usage illégitime de la force générale. Quoique vous ayez eu égard à cette vérité et que vous vous en soyez expliqué, peut-être méritait-elle que vous la développassiez avec plus d'étendue, vu le peu d'attention qu'y ont donné même les plus zélés partisans de la liberté¹ ? »

Le gouvernement de la loi : un thème « rebattu » par « presque tous les Écrivains les plus républicains » ? L'affirmation a de quoi surprendre. Qui sont ces écrivains républicains ? L'ensemble de sa lettre montre que Turgot juge les constitutions américaines depuis la France et le contexte français du débat politique. Or, de ce point de vue, il semble admis que les Français, jusqu'en 1789, sont à peu près unanimement monarchistes, et que, s'il existe une idée républicaine, elle est essentiellement morale et résolument tournée vers l'Antiquité².

Serait-ce donc une idée ancienne, un *topos* obligé de la philosophie politique grecque ? Faut-il mettre l'homme au-dessus de la loi, ou la loi au-dessus de l'homme ? Platon, qui formule l'opposition, considère que le gouvernement de la loi ne vient qu'en « second rang³ » après celui du philosophe roi. Aristote, à son tour, se demande « si le règne de la loi la meilleure est préférable à celui de l'homme le meilleur⁴ », et passe, sur ce point

1. TURGOT, *Lettre au Dr Price à propos des constitutions américaines*, 22 mars 1778, in *Œuvres de Turgot*, éd. Eugène DAIRE, 2 vol., Paris, Guillaumin, 1844, vol. II, p. 806. Turgot y commente les *Observations sur la nature de la liberté civile* de Richard Price : la traduction française avait paru en 1776, à Rotterdam, comme l'édition anglaise. Cf. R. PRICE, *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

2. Cf. Jean-Marie GOULEMOT, « Du républicanisme et de l'idée républicaine en France au XVIII^e siècle », in *Le Siècle de l'avènement républicain*, éd. François FURET, Mona OZOUF, Paris, Gallimard, 1993, p. 25-56. Pour une appréciation un peu différente, cf. Claude LEFORT, « Foyers du républicanisme », in *Écrire à l'épreuve du politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, p. 181-208.

3. PLATON, *Les Lois*, trad. E. DES PLACES et A. DIES, 4 vol., Paris, Les Belles Lettres, 1951-1976, liv. V, 739 a sqq, et IX, 875 d : « Voilà donc pourquoi c'est l'alternative de second rang qu'il faut choisir, celle de la réglementation de la loi [...] »

4. ARISTOTE, *Politique*, texte établi et traduit par Jean AUBONNET, 5 vol., Paris, Les Belles Lettres, 1960-1989 (cité par la suite comme *Politique*), liv. III, chap. xvi, 1287 b.

encore, pour s'être opposé à Platon. Hobbes range en effet parmi les « erreurs » de la politique d'Aristote, « cette thèse selon laquelle, dans une République bien ordonnée, ce ne sont pas les hommes qui devraient gouverner, mais la loi⁵ ». Cela ne suffit pas cependant à faire du gouvernement de la loi une caractéristique propre aux seules républiques. Lorsque Montesquieu présente l'Europe comme le continent où, dans les différents États qui la composent, « le gouvernement des lois n'est pas incompatible avec le maintien de l'État⁶ », cette Europe des libertés est une Europe principalement monarchique, nullement républicaine⁷.

Serait-ce, au contraire, une idée toute récente, encouragée par la Révolution américaine ? Sans doute celle-ci a-t-elle favorisé des prises de position républicaines, et cela inciterait à reconsidérer l'idée de l'inexistence de l'idée républicaine, à la veille de la Révolution française. Mais le thème le plus développé, alors, ne semble pas être celui du gouvernement de la loi. Au début de ses *Observations sur le gouvernement et les lois des États-Unis d'Amérique* (1783), Gabriel Bonnot de Mably compare les républiques anciennes et modernes, et félicite les Américains :

« Vous avez établi comme un axiome certain, que toute autorité politique tire son origine du peuple ; que lui seul a le droit inaliénable de faire des lois, de les détruire ou de les modifier, dès qu'il s'aperçoit de son erreur ou aspire à un plus grand bien. »

C'est donc ici le peuple, non la loi, qui est au principe de la liberté. Le peuple est supérieur à la loi, qu'il fait et défait comme il veut. Ce qui compte, c'est la source de l'autorité, non le mode de régulation (par la loi ou par autre chose).

Le docteur Price, finalement, ne dit pas autre chose. Car, s'il affirme bien que « la liberté est donc trop imparfaitement définie quand on dit qu'elle est "gouvernement par les lois et non par les hommes" », c'est pour enchaîner :

« Si les lois sont faites par un seul homme, ou par une assemblée d'hommes dans l'État, et non par le consentement commun, ce gouvernement ne diffère

5. THOMAS HOBBS, *Léviathan*, trad. François TRICAUD, Paris, Sirey, 1971, chap. XLVI, p. 691.

6. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, Paris, Garnier frères, 1973 (cité par la suite comme *EL*), liv. XVII, chap. VII (par la suite, pour *EL* et pour *Politique*, les livres seront cités en chiffres romains et les chapitres en chiffres arabes).

7. Montesquieu n'associe pas les républiques modernes, qui sont des aristocraties, à la liberté politique. La cible principale de sa critique est Venise ; Louis JAUCOURT dans l'*Encyclopédie*, à l'article « République », recopiant Montesquieu in *EL*, V, 8, rappelle : « Une bouche de pierre s'ouvre à tout délateur à Venise ; vous diriez que c'est celle de la tyrannie. »

pas de l'esclavage. Dans ce cas ce serait un abus des termes que de dire que cet État se gouverne par lui-même⁸. »

Le thème central est donc bien l'autogouvernement, dont la référence est la nation assemblée, le petit État où « chaque membre peut donner son suffrage en personne et être élevé aux emplois publics ». Si Richard Price admet la possibilité d'une assemblée de représentants, ce n'est qu'avec une série de garanties : élections fréquentes, suffrages libres dans la majeure partie de l'État, instructions des électeurs à leurs élus.

Turgot, en lisant Price, se serait-il arrêté à la première phrase que je viens de citer ? C'est peut-être qu'elle faisait écho à une affirmation antérieure :

« Voici dans mes vieilles idées le problème politique que je compare à celui de la quadrature du cercle en géométrie et à celui de la longitude en astronomie : Trouver une forme de gouvernement qui mette la loi au-dessus de l'homme. Si cette forme de gouvernement est trouvable, cherchons-là et tâchons de l'établir. »

Rousseau écrit cela dans une lettre à Mirabeau du 26 juillet 1767, en réponse à l'envoi, par celui-ci, du livre de Mercier de La Rivière, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, exposé dogmatique des idées physiocratiques. Le débat, que Mirabeau aurait voulu voir se développer, tourna court, mais il fit publier la lettre en 1768⁹. Turgot, qui s'intéresse aux idées politiques de Rousseau¹⁰, est proche des *Économistes* et connaît bien leurs écrits, l'a très probablement lue. On peut donc avancer l'hypothèse selon laquelle « les écrivains les plus républicains », « les plus zélés partisans de la liberté », sont avant tout une seule et même personne, Rousseau. C'est Rousseau qui, dans l'article « Économie politique » de *l'Encyclopédie*, puis dans le *Contrat social*, présente la loi comme la solution du problème politique, qui est de rendre compatible la liberté et l'autorité. C'est Rousseau qui affirme catégoriquement : « J'appelle donc République tout État régi par des lois¹¹. »

8. R. PRICE, *Observations sur la nature de la liberté civile*, op. cit. supra n. 1, 1^{re} part., sect. II, éd. angl., p. 24.

9. Dans une compilation d'écrits physiocratiques, intitulée *Précis de l'ordre légal*. La lettre est ensuite reprise dans des éditions pirates de ses œuvres, autour de 1770.

10. Voir TURGOT, *Écrits économiques*, Paris, Calmann-Lévy, 1970, p. 241 : dans une lettre à Hume du 25 mars 1768, il porte sur Rousseau une appréciation nuancée. Tout en lui reprochant ses « ridicules paradoxes sur le danger des lettres », il reconnaît la force de son idée politique centrale : « Compterons-nous pour rien le *Contrat social*? À la vérité ce livre se réduit à la distinction précise du souverain et du gouvernement ; mais cette distinction présente une vérité bien lumineuse et qui paraît fixer à jamais les idées sur l'inaliénabilité de la souveraineté du peuple dans quelque gouvernement que ce soit. »

11. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, liv. II, chap. VI (cité par la suite comme CS, II, 6) in *Œuvres complètes*, t. III, Paris, Gallimard (« Bibliothèque de la Pléiade »), 1964, p. 379 (cité par la suite comme OC).

Ce faisant, Rousseau semble opérer un retour à Platon. De l'opposition du gouvernement de l'homme et du gouvernement de la loi, il fait la seule alternative envisageable : « Je ne vois point de milieu supportable entre la plus austère démocratie et le hobbisme le plus parfait », écrit-il à Mirabeau dans sa lettre du 26 juillet 1767, précisant : « [...] car le conflit des hommes et des lois est le pire de tous les états politiques. » Mais, en excluant de la sorte une solution intermédiaire, il sort de la tradition républicaine, celle de la recherche d'une voie moyenne, combinant différentes formes, celle de la théorie du gouvernement mixte¹².

Gouvernement des lois ou gouvernement de la loi ? Modernité monarchique à la Montesquieu ou aspiration républicaine à la Rousseau ? Qui a raison ? À considérer l'histoire du thème du gouvernement de la loi, on se rend compte que Montesquieu, en plaçant plutôt le gouvernement de la loi du côté de la monarchie et de la modernité, était sans doute moins républicain que Rousseau, mais plus fidèle à la tradition républicaine. Celle-ci, en effet, ne se définit pas par le gouvernement de la loi.

LA RÉPUBLIQUE ET SES LOIS, D'ARISTOTE À MONTESQUIEU

Sans doute l'opposition du gouvernement de la loi et du gouvernement de l'homme, telle qu'on la trouve chez Platon ou Aristote, renvoie-t-elle à la distinction entre le gouvernement royal, le gouvernement d'un seul, et celui du petit nombre ou de la foule, la république. Mais elle ne suffit pas à caractériser celle-là. Tout simplement parce que le gouvernement par la loi, par la loi seule, est inconcevable. Selon Aristote, « les lois énoncent les règles générales sans rien prescrire pour faire face aux circonstances¹³ ». La politique n'a pas affaire au nécessaire, ne relève pas de la science du général, elle porte sur le contingent, l'essentiel est de savoir faire face aux circonstances, ce qui est affaire de prudence et engage la délibération¹⁴. Dans les trois fonctions politiques qu'Aristote distingue, il n'y a pas de pouvoir législatif, mais un pouvoir délibératif, qui inclut, parmi d'autres, des attributions législatives :

« La partie délibérative est souveraine dans les affaires de la guerre et de la paix, les alliances et leur rupture, les lois, les peines de mort, d'exil et de

12. John Greville Agard Pocock, *The Machiavellian Moment. Florentine political thought and the Atlantic republican tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975.

13. *Politique*, III, 15, 1286-a 10.

14. Pierre AUBENQUE, *La Prudence chez Aristote*, Paris, Presses universitaires de France, 1963.

confiscation des biens, la désignation aux magistratures et la reddition des comptes¹⁵. »

Les lois ne sont qu'une des attributions du peuple, et il est préférable qu'il n'y touche pas trop. Bien loin d'identifier gouvernement des lois et pouvoir du peuple, Aristote les oppose lorsqu'il envisage « l'espèce de démocratie [...] où c'est la masse qui est souveraine et non la loi¹⁶ ». Cela arrive quand le peuple gouverne par décrets, c'est le fait des démagogues, et cela conduit à la tyrannie.

Cela tient à ce que les lois, pour Aristote, et plus généralement pour un Grec, c'est tout un corps de coutumes anciennes rarement changées. Loin d'être un attribut du pouvoir, elles en marqueraient plutôt la limite. L'*eunomie*, la bonne disposition des lois, le bon ordre, c'est l'ensemble harmonieux d'us et de coutumes dans lequel les hommes s'intègrent, un ensemble de lois qui débordent le domaine strictement politique et régissent tous les aspects de la vie, collective ou individuelle, façonnent les mœurs. Sans doute l'*eunomie* est-elle une valeur essentiellement aristocratique, et en passant à l'*isonomie*, premier qualificatif de la démocratie, le terme de *nomos* change de sens pour désigner une loi faite par une instance politique : les critiques de la démocratie dénoncent la prétention à présenter comme une production humaine, ce qui est, dans la vision traditionaliste, un ordre d'origine religieuse, inscrit dans la nature¹⁷. Pourtant, même en démocratie, la capacité à faire les lois ne s'identifie pas avec le pouvoir du peuple, et ce, d'autant plus, qu'entre mœurs et lois, *nomos* au sens ancien, ou plus récent, la frontière est incertaine.

La présentation que fait Montesquieu des républiques, dans *L'Esprit des lois*, s'appuie principalement sur une étude des républiques antiques, et présente assez fidèlement la conception qu'en avaient les Anciens : Montesquieu se montre un lecteur attentif d'Aristote et des historiens. Certes, il commence sa présentation de la démocratie, en affirmant que « c'est une loi fondamentale, que le peuple seul fasse des lois¹⁸ ». Pourtant, comme chez Aristote, le pouvoir du peuple n'est ni uniquement, ni principalement, le pouvoir de faire la loi, il a d'autres attributions que législatives, comme d'élire les magistrats, ou de rendre la justice, et ce qui, pour Montesquieu, définit le pouvoir du peuple, c'est le vote : il est souverain « par ses suffrages qui sont ses volontés ». Ce qui compte c'est que le peuple ait part au pouvoir, et Montesquieu retrouve ici la définition, qu'Aristote donne de la citoyenneté, par la participation à un organe de pouvoir¹⁹.

15. *Politique*, IV, 14, 1298-a 5.

16. *Politique*, IV, 4, 1292-a 5.

17. Cf. Jacqueline BORDES, *Politéia, dans la pensée grecque*, Paris, Les Belles Lettres, 1981.

18. *EL*, II, 2.

19. *Politique*, III, 1, 1275-a 25.

La démocratie n'en est pas moins le régime des lois. Il y en a beaucoup et de toutes sortes, là même où, dans la modernité, on ne songe plus à légiférer : lois agraires, lois somptuaires ; on fait même des lois sur la musique. Mais, à lire *L'Esprit des lois*, l'on apprend aussi que ce qui ne peut être réalisé par les lois peut s'obtenir par les mœurs. Lorsque l'on ne peut, dans une démocratie, établir l'égalité par des lois sur le partage des terres, les mœurs y suppléent ; la subordination des jeunes gens envers les vieillards, des enfants envers les parents, des femmes à l'égard des maris, soutiendra l'autorité du Sénat et du corps des citoyens, et dans ce cas « il y a beaucoup à gagner, en fait de mœurs, à garder les coutumes anciennes²⁰ ». C'est bien la conception des lois, à l'ancienne, celle d'un corps stable de coutumes, où il est d'autant plus difficile de faire le partage entre les lois et les mœurs, entre ce que les hommes font et ce qu'ils ne peuvent pas, ou ne veulent pas faire²¹, que, des unes aux autres, la transition est insensible. On peut ainsi comprendre pourquoi les Grecs, unanimement, jugeaient la musique, supposée adoucir les mœurs, une institution essentielle à la constitution. « C'est ainsi qu'ils donnaient des lois ; c'est ainsi qu'ils voulaient qu'on gouvernât les cités²² » : par les mœurs, autant que par les lois.

La tradition républicaine disjoint donc l'exercice politique du pouvoir, l'autogouvernement, et le gouvernement des lois, qui est, indissociablement, celui des mœurs. Au début des *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Machiavel assimile la liberté politique au fait d'être gouverné par ses propres lois, quel que soit le type de gouvernement, principauté ou république. La liberté, ici, est du côté de la conservation d'une identité, dont les lois font d'autant plus partie qu'elles tiennent aux mœurs. En même temps, l'attention se déplace : la question n'est plus seulement de savoir qui exerce le pouvoir, mais comment il s'exerce : de la monarchie française, Machiavel dit ainsi « qu'elle est plus réglée par les lois qu'aucun autre État moderne²³ ». Il se place alors sur le terrain même où Montesquieu développera sa réflexion sur le gouvernement des lois, celui du constitutionnalisme monarchique, des lois fondamentales selon lesquelles s'exerce le pouvoir.

20. *EL*, V, 7.

21. Voir *EL*, XIX, 16 : « Les mœurs et les manières sont des usages que les lois n'ont point établis, ou n'ont pas pu, ou n'ont pas voulu établir. »

22. *EL*, IV, 8.

23. Nicolas MACHIAVEL, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, liv. I, chap. LVIII, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard (« Bibliothèque de la Pléiade »), 1952, p. 502.

LE GOUVERNEMENT MODÉRÉ ET SES LOIS

Entre les deux « gouvernements d'un seul », despotisme et monarchie, la différence, selon la définition de Montesquieu, tient au rapport à la loi : dans la monarchie, « un seul gouverne, mais par des lois fixes et établies », alors que le despote, « sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices »²⁴. Toute la réflexion développée par Montesquieu, du livre II au livre VIII de *L'Esprit des lois*, le mène à substituer à la typologie de départ, celle qui distingue trois gouvernements, l'opposition des gouvernements modérés et des gouvernements despotiques, centrale pour l'étude de la liberté au livre XI²⁵ : dans cette transformation, la caractéristique commune (un seul) devient inessentielle tandis que l'apposition (avec ou sans lois) fait la véritable différence. La réflexion sur la monarchie et la critique du despotisme conduisent ainsi à l'identification du gouvernement de la loi et de la modération politique, faite au début du livre XI, consacré à l'étude de la liberté politique.

Le point de départ en est la critique de Hobbes. Montesquieu lui reproche sa définition de la loi, dont il fait un commandement, où « l'homme est une créature qui obéit à une créature qui veut »²⁶ : elle réduit la loi à n'être qu'une volonté arbitraire et ne permet pas de faire la différence entre monarchie et despotisme. C'est que, dans ces deux gouvernements, la différence n'est pas dans l'obéissance, dans la monarchie aussi on obéit : « De quelque côté que le monarque se tourne, il emporte et précipite la balance et est obéi »²⁷. » La différence est dans la manière d'obéir :

« Les corps qui ont le dépôt des lois n'obéissent jamais mieux que quand ils vont à pas tardifs, et qu'ils apportent, dans les affaires du Prince, cette réflexion qu'on ne peut guère attendre du défaut des lumières de la cour sur les lois de l'État, ni de la précipitation de son Conseil »²⁸. »

C'est pourquoi les « pouvoirs intermédiaires », peuvent être à la fois « subordonnés et dépendants », et constituer la nature de la monarchie, ses

24. *EL*, II, 1.

25. Cf. Catherine LARRÈRE, « La typologie des gouvernements chez Montesquieu », in *Textes et documents*, Clermont-Ferrand, Faculté des lettres et sciences humaines, 1979.

26. *EL*, III, 10. Voir HOBBS, *De cive*, XIV, 1, trad. Samuel SORBIÈRE, Paris, Sirey, 1981, p. 251 : « Le commandement est une ordonnance à laquelle toute la raison d'obéir se tire de la volonté de celui qui commande. »

27. *EL*, III, 10.

28. *EL*, V, 10.

« lois fondamentales »²⁹ : ils sont la condition de possibilité d'existence des lois, et de la différence entre monarchie et despotisme. La volonté, à quoi Hobbes réduit la loi, est pour Montesquieu une catégorie du passage à l'acte, de l'exécution ; et, de ce point de vue, les « gouvernements d'un seul » sont supérieurs aux républiques, par la « promptitude de l'exécution » qu'ils permettent, alors que, dans les démocraties, le peuple est toujours trop rapide ou trop lent. Mais les « gouvernements d'un seul » ont le défaut inverse, qui est celui de l'immédiateté de la volonté : elle ne peut acquérir la stabilité et la fixité, qui définit la loi. D'où l'importance des corps intermédiaires qui, en faisant durer l'obéissance, font accéder la volonté royale à une rationalité que ne peuvent lui donner ni la cour, dépourvue de « lumières », ni son « Conseil » qui participe de sa « précipitation ». Montesquieu inverse ainsi la position de Hobbes : pour celui-ci, définir la loi par la raison ne permet pas de faire la différence entre le conseil (simple proposition, non obligatoire) et la loi (qui est commandement). Montesquieu pose au contraire que le conseil est impuissant à élever la volonté à la rationalité, et que cela suppose l'existence d'institutions distinctes.

Princeps legibus solutus : la thèse absolutiste, qui dit le prince « délié » de l'obéissance aux lois, peut passer pour un mépris des lois. Elle est cependant inséparable de la conscience croissante de l'importance qu'il y a à faire la loi : c'est parce que, selon Jean Bodin, pour pouvoir faire des lois, il faut pouvoir défaire des lois antérieures ou « inutiles », que « la loi dit que le Prince est absous de la puissance des lois »³⁰. Le paradoxe de l'absolutisme est ainsi que, pour faire des lois, il faut être au-dessus des lois. Plus l'activité politique apparaît comme une activité législative, plus l'absolutisme du pouvoir s'affirme. Il y a là un risque d'autodestruction du pouvoir par lui-même, qui conduit Hobbes à mettre le pouvoir souverain à l'abri de toute transformation : ceux qui, seraient-ils souverains, se proposent « simplement de réformer la République découvriront que par là ils la détruisent³¹ », car la souveraineté n'est pas modelable à volonté, l'essence en est immuable. Les critiques de Hobbes et de l'absolutisme, et tout particulièrement ses critiques républicains, comme Algénor Sidney ou le chevalier Temple, affirmeront au contraire le droit du peuple à modifier, comme il l'entend, la forme et l'attribution de la souveraineté. C'est ce droit de réforme qui est au centre *Des droits et des devoirs du citoyen* de Mably (1758). L'aboutissement en est aussi anticonstitutionnaliste que l'absolutisme : on sait comment l'abbé Sieyès, dans *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1789), déclare vaine et oiseuse la question de savoir si la nation a une

29. EL, II, 4.

30. Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, liv. I, chap. VIII, éd. de Paris, 1583, p. 131.

31. Voir HOBBS, *op. cit. supra* n. 5, chap. XXX, p. 361.

constitution, puisque son droit naturel est de constituer son gouvernement comme elle l'entend. Mais si l'abbé Sieyès met de la sorte fin au constitutionnalisme ancien, c'est pour introduire au constitutionnalisme moderne, celui qui distingue entre pouvoir constituant et pouvoir constitué, entre pouvoir constitutionnel et pouvoir législatif.

Montesquieu, lui, reste dans le domaine du constitutionnalisme classique, en ne faisant pas de distinction tranchée, dans la relation de la monarchie à la loi, entre « lois fondamentales³² » et « lois fixes et établies³³ ». Sans condamner complètement la réforme, il tend à la rendre difficile en la subordonnant à la connaissance de ce qui est, non à l'anticipation de ce qui doit être : « [...] il n'appartient de proposer des changements qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer d'un coup de génie toute la constitution d'un État³⁴. » Constitution ici doit s'entendre au sens médical, comme l'idiosyncrasie d'un individu, ou, métaphoriquement, celle d'une société dont on détermine « l'esprit général », non comme une construction juridique abstraite apte à servir de matrice à la production des lois. Cela introduit à un modèle de l'action législative qui est celui d'une action, lente et prudente, d'aménagements et de réaménagements progressifs, qui vaut aussi bien pour la formation d'un gouvernement, ce « chef-d'œuvre de législation » qu'est le gouvernement modéré, que pour le travail d'élaboration des différentes lois, qui consiste à bien saisir les rapports qu'entretient une loi projetée avec les lois déjà existantes et les autres codes normatifs, religion et mœurs, de la société considérée. Pour Montesquieu, il faut changer les lois selon les lois. Elles conservent ainsi leur caractéristique principale, qui est d'être « fixes et établies ».

Montesquieu retrouve ici l'affirmation de Locke selon lesquelles les *standing laws* sont la meilleure garantie contre l'arbitraire. Comme celui-ci, en effet, et conformément au droit naturel moderne, il donne une définition individualiste de la liberté, celle de la « sûreté » :

« La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen³⁵. »

De ce point de vue, le despotisme est impuissant à remplir le but que Hobbes lui assigne, d'assurer la sûreté de ses sujets, puisque le principe en est la crainte, crainte pour les personnes comme pour les biens³⁶, qui est la

32. Ce qui est la définition de la monarchie donnée en *EL*, II, 4.

33. Définition de la monarchie donnée en *EL*, II, 2.

34. *EL*, préf.

35. *EL*, XI, 6.

36. *EL*, V, 14.

négarion de la sûreté. C'est-à-dire que, selon Montesquieu, l'essentiel, pour une loi, n'est pas tant d'être contraignante, ou répressive, et d'empêcher de mal agir, que de fournir un cadre à l'action : s'il considère que les jugements, au tribunal, doivent appliquer la loi, c'est que, « s'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements qu'on y contracte³⁷ ». Des lois fixes et établies servent de repères, assurent la prévisibilité et la constance dont a besoin l'action rationnelle. La rationalité que permet la stabilité des lois est une rationalité moderne, celle d'« un droit calculable », qui peut servir de référence aux anticipations des acteurs, dont Max Weber fait une des conditions de développement du capitalisme, et de l'État rationnel moderne³⁸. Ce droit moderne est, selon Max Weber, un droit « formel » et non « matériel », un « droit sur lequel on peut compter comme sur une machine » : il ne peut plus donc être confondu avec les mœurs.

C'est cette conception, moderne, de la loi qui permet à Montesquieu de disjoindre la liberté politique et l'exercice du pouvoir, et d'affirmer que la liberté et la loi peuvent aller de pair : « Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir³⁹. » Pour Jules Barni, philosophe genevois, qui traduit Kant et joua, à la fin de l'Empire et au début de la Troisième République, un rôle important dans la formation de l'idée républicaine⁴⁰, « ce que l'on doit vouloir » désigne un devoir moral, et suppose donc que les lois ne soient pas injustes, sans quoi l'on ne saurait être libre. On retrouve l'affirmation de Turgot, selon laquelle la seule soumission aux lois n'assure pas la liberté. Dans sa seconde lettre sur la tolérance (1754), Turgot définit la loi injuste comme celle « qui commande une chose injuste que le sujet ne puisse exécuter sans crime », aussi admet-il, dans ce cas, le refus d'obéissance. Ce qui est, bien sûr, rejeter l'idée de Hobbes, pour qui la loi étant la mesure du juste et de l'injuste, il ne peut y avoir de lois injustes.

Montesquieu, de même, objecte d'emblée à Hobbes qu'« il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi qui les établit⁴¹ ». Aussi peut-il y avoir des lois injustes, soit qu'elles soient contradictoires avec d'autres valeurs communément partagées (c'est ce qu'il appelle la « tyrann-

37. *EL*, XI, 6.

38. Max WEBER, *Histoire économique*, 1923, trad. franç. Paris, Gallimard, 1991, p. 360-361.

39. *EL*, XI, 3.

40. Il écrivit en 1871, « pour le compte de Gambetta, le meilleur *Manuel républicain* du temps, qui résume et annonce de manière parfaite et logique les ambitions, le programme et l'avenir de la troisième République », selon Claude NICOLET, in *L'Idée républicaine en France*, Paris, Gallimard, 1982, p. 155.

41. *EL*, I, 1.

nie d'opinion », les lois qui « choquent les mœurs »⁴²), soit qu'elles soient contraire au principe de la sûreté, celui de la conservation de l'existence : Montesquieu critique ainsi une loi qui exigeait la déclaration publique de relations sexuelles en dehors du mariage : « [...] il est aussi déraisonnable d'exiger d'une fille qu'elle fasse cette déclaration, que de demander d'un homme qu'il ne cherche pas à défendre sa vie⁴³. » On peut supposer qu'une telle loi ne fut pas appliquée. Mais cela ne conduit pas Montesquieu à reprendre l'affirmation religieuse du devoir d'agir selon sa conscience. Au contraire, parmi les « rapports d'équité antérieurs à la loi qui les établit », il y a l'obligation d'obéir aux lois : « [...] supposé qu'il y eût des sociétés d'hommes, il serait juste de se conformer à leurs lois⁴⁴. » Faut-il considérer que Montesquieu énonce ici une exigence de légalité qui ne permet pas de le différencier, sur ce point, de Hobbes, ou qu'il se range à l'impératif sceptique de se conformer aux lois de son pays ? Ce serait plutôt que la véritable différence est entre l'existence des lois et leur non-existence : du moment où il y a des lois et où elles sont appliquées, il y a déjà une justice, qui peut progresser.

En ce sens, le gouvernement des lois suffit à réaliser la liberté, sans qu'il soit nécessaire d'ajouter que ces lois doivent être justes. Ce qui importe à Montesquieu, c'est moins le contenu de la loi que la façon dont elle est appliquée : il faut empêcher que des « lois tyranniques » soient exécutées « tyranniquement ». C'est ici que la généralité de la loi est une garantie contre l'arbitraire, celui de la volonté particulière et tyrannique, car elle assure qu'aucun individu ne sera directement exposé à l'action du pouvoir, mais qu'il y aura application d'une règle générale à un cas particulier : la généralité est ainsi un écran entre le pouvoir et l'individu.

La constitution d'Angleterre, telle que la présente Montesquieu, a pour fonction de réaliser le gouvernement de la loi, ce qui est la conséquence, comme Charles Eisenmann l'a montré⁴⁵, de deux principes : celui de la séparation des fonctions, législative, exécutive, judiciaire, et celui de la participation de plusieurs organes à une même fonction, tout particulièrement à cette fonction centrale, et primordiale, qu'est le pouvoir législatif. À celui-là, les trois organes ont part : le peuple, ou ses représentants, l'aristocratie, participant à l'assemblée qui lui est réservée, et le roi, par sa « faculté d'empêcher ».

42. *EL*, XIX, 2, 3.

43. *EL*, XXVI, 3.

44. *EL*, I, 1.

45. Charles EISENMANN, « *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs* », in *Mélanges à Carré de Malberg*, Paris, 1933, et « *La pensée constitutionnelle de Montesquieu* », in *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de L'Esprit des lois*, Paris, Recueil Sirey, 1952.

Quels que puissent être les liens, incontestables, qui rattachent cette conception de la constitution d'Angleterre à la tradition républicaine du gouvernement mixte (d'Aristote à Bolingbroke, en passant par Machiavel et Harrington), les différences sont tout aussi incontestables. La première est que ce gouvernement modéré, que Montesquieu dans ses *Pensées*, dit parfois « mêlé », mais non mixte, est une monarchie : sans doute l'Angleterre est-elle présentée comme « une nation où la république se cache sous la forme de la monarchie⁴⁶ », comme cela n'échappa pas à l'attention de Hume⁴⁷ ; mais Montesquieu conclut⁴⁸ en faveur de la nature monarchique du gouvernement anglais. L'important est que, contrairement à la tradition polybienne, il ne s'agit pas de composer trois formes de gouvernement à égalité, il y a une forme dominante ; c'est pourquoi l'ensemble n'est pas un équilibre stable, mais un mouvement.

La deuxième différence tient à ce que si, d'Aristote à Montesquieu, on distingue toujours, dans toute constitution, trois fonctions, ou trois parties⁴⁹, ce ne sont plus les mêmes : le législatif a pris la place du délibératif, et l'exécutif lui est subordonné de façon beaucoup plus étroite que ne sont, chez Aristote, les magistrats à l'assemblée (il parle de leur « souveraineté »). L'exécutif n'a même plus, chez Montesquieu, la marge d'indépendance que lui confère, chez Locke, la prérogative. Le pouvoir politique consiste donc essentiellement à faire des lois, ce que Montesquieu définit, à la façon absolutiste, comme la possibilité de faire et de défaire les lois : par le pouvoir législatif, on « fait des lois pour un temps ou pour toujours, et [on] corrige ou abroge celles qui sont faites⁵⁰ ». De ce pouvoir suprême, qui est le pouvoir de faire la loi, et dont les deux autres sont des applications, le peuple est le principal dépositaire. « Comme dans un État libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative⁵¹ » : en posant le principe du vote des lois par l'assemblée populaire, Montesquieu assimile liberté et autogouvernement, selon l'analogie, que l'on retrouve chez Price, entre gouvernement de soi et gouvernement du peuple par lui-même, et il tend à identifier autogouvernement et puissance législative. Le pouvoir du peuple en vient à consister en sa capacité législative, selon des

46. *EL*, V, 19.

47. Cela intervenait dans la discussion sur la nature exacte du régime anglais, et Montesquieu, à l'instar de Hume, peut être considéré comme faisant là une critique de Harrington. Voir la fin de *EL*, XI, 6 : « [on] peut dire de lui qu'il n'a cherché cette liberté qu'après l'avoir méconnue, et qu'il a bâti Chalcédoine, ayant le rivage de Byzance devant les yeux », il est allé chercher la République dans une *Oceana* imaginaire, alors que la constitution anglaise contenait de quoi assurer la liberté.

48. *EL*, XI, 6.

49. *Politique*, IV, 14.

50. *EL*, XI, 6.

51. *EL*, XI, 6.

formes nouvelles, ou modernes, qui supposent, on vient de le voir, la transformation du délibératif en législatif et la substitution du rapport entre le peuple et ses représentants à celui du peuple et de ses magistrats. Alors que, au livre II de *L'Esprit des lois*, quand sa référence principale est la démocratie antique, Montesquieu affirme que « le peuple qui a la souveraine puissance doit faire par lui-même tout ce qu'il peut bien faire ; et ce qu'il ne peut pas bien faire, il faut qu'il le fasse par ses ministres⁵² », la phrase revient, mais modifiée, à propos de la constitution anglaise : « [...] il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu'il ne peut faire par lui-même. » L'analogie est si forte, que les représentants semblent un simple substitut des magistrats, et sans doute remplissent-ils un rôle comparable : faire à la place du peuple ce que celui-ci ne peut pas faire. Mais, outre que représentants et magistrats n'accomplissent pas la même fonction, Montesquieu suggère ailleurs que la représentation est une institution issue du passé monarchique, voire germanique, inconnue en tout cas dans les démocraties antiques⁵³. De la façon dont l'analogie fonctionne, on peut dire que les formes modernes, celles de la représentation et de la primauté du législatif, en viennent à masquer les formes anciennes, celles de l'exercice direct du pouvoir de délibération, et que ce n'est qu'à l'intérieur de cette vision moderne que l'assimilation de l'autogouvernement à la capacité législative peut être envisagée.

Toutes ces raisons excluent que l'on puisse faire du gouvernement des lois, tel que le présente Montesquieu, un thème républicain. Le « gouvernement des lois », qui caractérise, selon lui, la situation politique de l'Europe, est le fait de monarchies, non de républiques, et si sa constitution anglaise inclut des éléments républicains, ceux-ci sont profondément modifiés. Surtout, si l'erreur républicaine consiste, selon Turgot, à faire reposer le gouvernement de la loi sur le seul pouvoir populaire de la faire, Montesquieu y échappe. Il exclut toute dictature d'assemblée : pour que la loi gouverne, il faut prévenir tout empiétement du pouvoir législatif, qui dès lors deviendrait tyrannique, sur les autres pouvoirs, et tout exercice du pouvoir législatif par un seul organe.

52. *EL*, II, 2.

53. *EL*, XI, 8 : « Les Anciens ne connaissaient point le gouvernement fondé sur un corps de noblesse, et encore moins le gouvernement fondé sur un corps législatif formé par les représentants d'une nation. » La phrase est reprise dans l'*Encyclopédie*, à l'article « République ».

ROUSSEAU ET LE GOUVERNEMENT DE LA LOI

« J'appelle donc République tout État régi par des lois, sous quelque forme d'administration que cela puisse être » : l'affirmation qui fait de Rousseau un républicain, le met en même temps en dehors de la tradition républicaine, car la séparation entre le souverain et le gouvernement, sur laquelle repose son affirmation, le conduit à déclarer inessentielle une différence des formes de gouvernement qui retenait toute l'attention des républicains. Non seulement on peut affirmer qu'une monarchie est une république, mais le gouvernement mixte est, du point de vue d'où Rousseau le considère, inférieur au « gouvernement simple » et n'est plus qu'un moyen pour remédier à certains défauts de proportion entre le souverain et le gouvernement⁵⁴. Il n'est donc plus envisagé comme un mode de distribution du pouvoir entre ceux qui ont prétention à l'exercer, comme c'est le cas dans la tradition républicaine. « La liberté consiste à n'être soumis qu'aux lois » : si cette proposition est une proposition nécessairement moderne, et si Rousseau est le premier à la dire nécessairement républicaine, c'est que la liberté n'y est plus envisagée, à la façon du républicanisme classique, comme la participation au pouvoir, mais par rapport à la théorie de l'obligation politique, qui, elle, est propre au droit naturel. C'est sur le terrain du droit naturel, celui de Hobbes, celui du contrat, et de l'opposition entre la liberté et l'Empire, que Rousseau essaie d'implanter l'exigence républicaine de liberté. Le problème auquel Rousseau tente de trouver une solution, à savoir concilier la liberté et l'autorité politique, est un problème moderne, et l'exaltation de la loi, solution trouvée, est, également, moderne.

La théorie de la loi est celle de sa double généralité : « [...] tout le peuple statue sur tout le peuple [...] » Généralité de l'objet, qui est que la loi ne fait pas acception des personnes : « [...] la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière⁵⁵. » Rousseau place ici la garantie des droits : le souverain ne peut léser des particuliers qu'il ne discerne pas. La généralité de la loi est aussi une garantie de la liberté parce qu'elle exclut le privilège, qui est qu'on puisse s'excepter de la loi, ou faire de la loi une exception personnelle : « Le citoyen ne veut que les lois et que l'observation des lois. Chaque particulier dans le peuple sait bien que s'il y a des exceptions, elles

54. Cf. CS, III, 7.

55. CS, II, 6.

ne seront pas en sa faveur⁵⁶. » Montesquieu avait déjà montré que le principe de réciprocité impliquait que, si les lois ne s'appliquaient pas à tous, elles ne s'appliquaient pas du tout : « Si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir⁵⁷. » En insistant sur le fait que le principe de l'égalité, selon lequel nul ne peut s'excepter de l'obéissance aux lois, vaut avant tout pour ceux qui ont part au pouvoir, Rousseau précise les implications anti-absolutistes de ce principe : « Il n'y a donc pas de liberté sans lois, ni où quelqu'un est au-dessus des lois⁵⁸. » Indépendance et absolutisme sont identiques : on ne sort pas de l'état de nature.

La deuxième forme de généralité de la loi, celle du sujet, « tout le peuple », qui statue, est affirmation de la souveraineté du peuple. Une théorie du contrat, comme celle de Hobbes, affirme l'indifférence de la souveraineté à la différence de ses formes, posant, au moins en principe, qu'il peut s'agir aussi bien d'une monarchie, que d'une démocratie ou d'une aristocratie. En séparant souveraineté et gouvernement, Rousseau rejette l'indifférence des formes du côté de celui-là, mais considère comme Hobbes, que la souveraineté a une essence immuable, qui ne peut être ni modifiée, ni modulée. Elle consiste, selon lui, en ce que la souveraineté ne peut être ni aliénée, ni représentée. Elle n'existe que dans son expression directe : seul, tout le peuple peut statuer sur tout le peuple.

C'est ce qui se maintient, chez Rousseau, de la conception ancienne de l'autogouvernement. Mais, à la différence de celle-là, il identifie gouvernement de la loi et gouvernement du peuple⁵⁹, ce qui transforme l'autogouvernement en une théorie de l'autonomie, selon laquelle « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté⁶⁰ », qui est une théorie de l'identité de la volonté particulière, ou individuelle, et de la volonté générale. Tout « le jeu de la machine politique » consiste à réaliser cet accord, qui n'est rien d'autre que la vertu⁶¹.

La démonstration systématique que nul ne peut, en quelque façon que ce soit, s'excepter de l'obéissance à la loi, que la pleine généralité de la loi est la condition de son existence, conduit Rousseau à une opposition radicale à l'absolutisme. Mais il se trouve, en même temps, en accord avec lui pour affirmer l'entière liberté du souverain à faire, comme à défaire, les lois. Le souverain

56. J.-J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne*, 1764, lettre IX, in *OC*, t. III, p. 891.

57. *EL*, XI, 3.

58. J.-J. ROUSSEAU, *op. cit. supra* n. 56, lettre VIII, p. 842.

59. Dans l'article « Économie politique », in *OC*, t. III, p. 252, ROUSSEAU parle de « gouvernement populaire », ce qui est la qualification classique, chez Montesquieu par exemple, de la démocratie.

60. *CS*, I, 8.

61. Voir article « Économie politique », in *OC*, t. III, p. 252 : « La vertu n'est que cette conformité de la volonté particulière à la générale. »

n'est tenu à respecter aucune loi antérieure, et surtout pas constitutionnelle : « [...] il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple, pas même le contrat social⁶². » Rousseau va donc plus loin que Hobbes, puisqu'il ne met pas la souveraineté hors de la compétence du souverain. Cela conduit la théorie rousseauiste de la souveraineté à faire face sinon à la possibilité de l'autodestruction du pouvoir, du moins à la décomposition de son existence en autant d'instantanés, ce qui exige, pour qu'il dure, la perpétuelle présence à soi du peuple assemblé : « [...] le souverain ne saurait agir que quand le peuple est assemblé⁶³. »

Mais en quoi consiste l'action du souverain ? Qu'est-ce que le pouvoir législatif ? Bernard Manin a montré que, bien que Rousseau parle du moment où « le peuple suffisamment informé délibère⁶⁴ », on ne délibère guère dans les assemblées du contrat social⁶⁵. On ne délibère pas dans le sens aristotélien, ce moment qui précède le choix et dans lequel l'individu s'interroge sur différentes solutions, avant de se déterminer pour l'une d'entre elles : la distinction du souverain et du gouvernement transfère à celui-ci les tâches de délibération, celles de la prudence, car « la science du gouvernement n'est qu'une science d'applications, de combinaisons, d'exceptions, selon les lieux, les temps, les circonstances⁶⁶ ». On ne délibère pas non plus au sens moderne, comme chez l'abbé Sieyès, pour qui la formation de la loi, dans une assemblée, est la résultante d'un concours d'opinions, sur le modèle d'une régulation des prix par de multiples échanges réciproques, ou chez Condorcet qui présente l'élaboration de la loi comme l'aboutissement d'une discussion rationnelle, sur le modèle de la connaissance. En interdisant la « communication » entre les différents individus⁶⁷, Rousseau exclut cette conception de la délibération et fait du vote une décision solitaire.

La volonté générale, alors, ne serait plus qu'une décision arbitraire, si bien qu'il n'y aurait, en effet, pas de différence entre le gouvernement de la loi et le « hobbisme le plus parfait » : dans un cas comme dans l'autre, c'est la possibilité de déclarer « ceci est la loi » qui fait la loi. Mais, chez Rousseau, on ne fait pas, à proprement parler, la loi, on la voit. Parlant de la recititude de la volonté générale, il écrit ainsi : « On veut toujours son bien,

62. CS, I, 7.

63. CS, III, 12.

64. CS, II, 3.

65. Bernard MANIN, « La délibération politique », *Le Débat*, 33, janv. 1985.

66. Lettre à Mirabeau du 26 juillet 1767, in J.-J. ROUSSEAU, *Correspondance générale*, éd. R. A. LEIGH, 50 t., Oxford, The Voltaire Foundation, 1961-1991, t. XXXIII, p. 238, n° 5991. Cela devrait conduire à accorder plus d'importance à la théorie du gouvernement chez Rousseau, qu'on ne le fait habituellement : la fonction du gouvernement n'est pas de simple application, elle est celle de la république, dans la tradition républicaine : parer à la contingence, résister à la fortune et à la corruption.

67. CS, II, 3 : « Si, quand le peuple suffisamment informé délibère, les citoyens n'avaient aucune communication entre eux [...] »

mais on ne le voit pas toujours⁶⁸. » Dans un gouvernement non corrompu, le bien commun a l'éclat de l'évidence : « [...] tous les ressorts de l'État sont vigoureux et simples, ses maximes sont claires et lumineuses; il n'a point d'intérêts embrouillés, contradictoires; le bien commun se montre partout avec évidence [...]»⁶⁹ » Il y a un dévoilement du rationnel, et non une construction, comme chez Hobbes.

L'affirmation qu'on ne fait pas la loi, mais qu'on la voit, est centrale chez les physiocrates. Pierre Samuel Dupont de Nemours explique que l'on ne dit pas *légisfaction* mais *législation*, car les hommes ne font pas les lois, « ils les portent au milieu de la société parce qu'ils les reconnaissent conformes à la raison suprême⁷⁰ ». Avec les physiocrates, Rousseau partage une commune référence à Malebranche, à sa conception de l'évidence, à la capacité de saisir la raison dans le silence des passions. La législation est manifestation d'un ordre qu'elle ne crée pas.

Avec les physiocrates également, Rousseau partage la conviction, trouvée chez Malebranche, que l'homme ne peut qu'apporter du désordre dans un monde qu'il n'a pas fait : « Tout est bien, sortant des mains de l'auteur de la nature : tout dégénère entre les mains de l'homme⁷¹. » Mais alors que les physiocrates proposent d'annuler le désordre en se plongeant dans l'ordre, en s'immergeant dans la nature et en suivant les lois naturelles, Rousseau, avec une métaphore médicale, celle du « remède dans le mal⁷² », pense que l'on peut inverser le désordre en ordre. Sa solution emprunte donc à l'artifice, elle est interne au monde humain, aux relations sociales. Elle joue dans la liaison entre les lois et les mœurs, liaison que Rousseau envisage, à la façon dont Montesquieu la présente dans son étude des démocraties, comme une transition continue. À la fin du livre II du *Contrat social*, consacré à l'étude de la loi, Rousseau en envisage une dernière sorte, qui s'ajoute à celles qu'il vient d'étudier, les prolonge, les complète, ou les supplée : « Je parle des mœurs, des coutumes, et surtout de l'opinion; partie inconnue à nos politiques, mais de laquelle dépend le succès de toutes les autres⁷³. » La lettre à D'Alembert précise cette action :

« Par où le gouvernement peut-il avoir prise sur les mœurs? Je réponds que c'est par l'opinion publique. Si nos habitudes naissent de nos propres sentiments dans la retraite, elles naissent de l'opinion d'autrui dans la société⁷⁴. »

68. CS, II, 3.

69. CS, IV, 1.

70. Pierre Samuel DUPONT DE NEMOURS, *Maximes du docteur Quesnay*, in *Physiocrates*, éd. Eugène DAIRE, Paris, Guillaumin, 1846, p. 390.

71. J.-J. ROUSSEAU, *Émile*, Paris, Garnier, 1961, liv. I, p. 5.

72. Cf. Jean STAROBINSKI, *Le Remède dans le mal. Critique et légitimation de l'artifice à l'âge des Lumières*, Paris, Gallimard, 1989.

73. CS, II, 12.

74. J.-J. ROUSSEAU, *Lettre à D'Alembert sur les spectacles*, in *OC*, t. V, 1995, p. 61.

Et Rousseau analyse cette interaction subjective dans laquelle se forment les opinions et se contrôlent les conduites, caractéristique d'une société de face à face, aux valeurs partagées, où des règles abstraites acquièrent une réalité. Mais, si ce sont les mœurs qui font l'efficace des lois, inversement celles-là le sont d'autant plus qu'elles ont la capacité d'élever la particularité des mœurs à la rationalité du général : « [...] moins les volontés particulières se rapportent à la volonté générale, c'est-à-dire les mœurs aux lois, plus la force réprimante doit augmenter⁷⁵. » Il y a donc, des mœurs aux lois, un progrès dans la rationalité, qui est aussi un progrès dans la moralité, et qui se continue au-delà de la société politique, allant du général à l'universel, faisant du citoyen un homme :

« Protégés par la société dont nous sommes membres, ou par celle où nous vivons, la répugnance naturelle à faire du mal n'étant plus balancée en nous par la crainte d'en recevoir, nous sommes portés à la fois par la nature, par l'habitude, par la raison à en user avec les autres hommes à peu près comme avec nos concitoyens, et de cette disposition réduite en actes naissent les règles du droit naturel raisonné⁷⁶. »

L'accès au politique est aussi progrès vers la moralité, et les lois ont un rôle moins contraignant (ou ne l'ont que lorsque le lien social, celui des mœurs et des lois, se distend) que formateur, ou éducatif.

Le schéma social sur lequel s'appuie Turgot, pour définir comment la tolérance religieuse doit être publiquement respectée, est tout différent. Il vaut mieux, selon lui, que la question soit réglée par les droits que par la loi :

« Les règles du droit public bien établies, bien éclaircies et le pouvoir de la raison ramèneraient plutôt les hommes au vrai que ne le feraient des lois par lesquelles on attaquerait des opinions que les hommes regarderaient comme sacrées⁷⁷. »

Il tient donc à nettement délimiter le domaine privé, qui est celui des droits individuels, du domaine de la loi qui, fût-elle vraie, ne peut contraindre les opinions des individus, quelles qu'elles soient. La loi, alors, a essentiellement une valeur répressive, et intervient après coup pour punir un crime qu'elle avait qualifié. C'est le même schéma, celui de l'extériorité des droits et de la loi, qui conduit l'abbé Sieyès, dans son rapport sur la liberté de la presse⁷⁸, à rejeter le modèle d'une loi organique, qui chercherait à

75. CS, III, 1.

76. J.-J. ROUSSEAU, *Manuscrit de Genève*, II, 4, in *OC*, t. III, p. 329.

77. TURGOT, *Lettre sur la tolérance*, 1753, in *Œuvres de Turgot*, op. cit. supra n. 1, vol. II, p. 676.

78. Daté du 22 janvier 1790, paru dans *Le Moniteur*, 3, janv.-mars 1790.

« encourager l'effet utile » de cette liberté : une loi qui forme, ou au moins induit, les comportements, à la Rousseau. Ces comportements existent, il faut seulement en contrôler le fonctionnement : aussi préfère-t-il s'en tenir à une loi qui définit les abus de la liberté comme des délits qui seront portés devant les tribunaux.

On a donc bien deux modèles. L'un, libéral, celui de Turgot et de Sieyès, pose l'extériorité et l'antériorité des droits individuels sur le pouvoir politique : il peut donc y avoir des lois injustes, puisqu'il y a des normes extérieures qui permettent de juger les actes du politique. L'autre, celui de Rousseau, pose que, hors de la communauté politique, les droits individuels ne peuvent avoir qu'une existence précaire, et qu'il y a donc interaction entre l'individuel et le commun : l'individu est en dette vis-à-vis d'une communauté qui garantit son existence, mais qui n'a que cela pour raison d'être. La question est de connaître la norme qui peut mesurer et régler cette interaction. C'est pourquoi la question centrale, chez Rousseau, est celle de la justice, c'est-à-dire du rapport entre l'utilité particulière et l'intérêt commun. L'affirmation centrale, sur cette question, est celle de la nature politique de la justice, dont la mesure se trouve dans la loi, non dans les rapports entre individus :

« C'est donc dans la loi fondamentale et universelle du plus grand bien de tous et non dans des relations particulières d'homme à homme qu'il faut chercher les vrais principes du juste et de l'injuste, et il n'y a point de règle particulière de justice qu'on ne déduise aisément de cette première loi⁷⁹. »

Voilà donc une raison supplémentaire de penser que « les écrivains les plus républicains » dont Turgot parle à Price s'appellent Rousseau, et qu'il fait référence au débat qui s'était amorcé entre celui-ci et Mirabeau, sur les thèses physiocratiques. À la défense du droit sacré de propriété, principe individualiste d'une société fondée sur la liberté du commerce, donc sur le développement des rapports d'échange mutuel, Rousseau lui opposait les situations d'exception :

« Qu'arrivera-t-il, que deviendront vos droits sacrés de propriété dans de grands dangers, dans des calamités extraordinaires, quand nos valeurs disponibles ne suffiront pas, et que le *salus populi suprema lex esto* sera prononcé par le despote⁸⁰ ? »

Il voyait juste. À la fin de l'expérience de libéralisation du commerce des grains, à partir de 1768, lorsque le peuple affirma le *salus populi suprema*

79. *Manuscrit de Genève*, II, 5, in *OC*, t. III, p. 331.

80. Lettre à Mirabeau du 26 juillet 1767, in *op. cit. supra* n. 66.

lex esto, en réclamant l'exécution du pacte de subsistance⁸¹, Turgot se plaça sur le terrain d'une justice commutative, celle des rapports d'échange entre particuliers, pour objecter à l'exigence populaire d'une justice distributive, « ce que vous me demandez est une injustice⁸² ». Mais, lorsque, à la place du despote, c'est Rousseau qui prend la parole, pour énoncer la souveraineté de la loi, il ne parle plus de *salus populi suprema lex esto*, à l'ancienne, mais de « loi fondamentale et universelle du plus grand bien de tous », à la moderne. Le débat entre libéralisme et républicanisme s'est porté sur le terrain de l'utilité. On pourra alors, sinon le résoudre, du moins en débattre rationnellement.

Catherine LARRÈRE
(octobre 1995).

81. Cf. Steven L. KAPLAN, *Le Pain, le peuple et le roi. La bataille du libéralisme sous Louis XV*, trad. franç. Paris, Librairie académique Perrin, 1986, et Catherine LARRÈRE, *L'Invention de l'économie au XVIII^e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, chap. vi, « La philosophie des blés ».

82. TURGOT, *Lettres sur le commerce des grains*, in *Écrits économiques*, Paris, Calmann-Lévy, 1970, p. 369.