
McGILL LAW JOURNAL
REVUE DE DROIT DE MCGILL
Montréal

Volume 35

1990

No 4

Montesquieu entre Domat et Portalis

Simoue Goyard-Fabre*

This article traces the common philosophical currents discernable in the works of Domat, Montesquieu and Portalis, demonstrating the closeness of the intellectual relationships between the three French jurists. Rationalism and Natural Law thinking are the two principal philosophical tenets which shape and characterise the works of all three.

Domat, Montesquieu and Portalis are portrayed as unified in their vision of law as a normative order, rooted in the transcendence of Natural Law, yet, due to the virtues of rationalism, capable of prescribing solutions for the practical ordering of societies.

The author highlights the evolution of the relationship between law and politics in the works of these three jurists: a progression which reflects the political climate in which each of them lived, from the traditionalism of Domat to the reformism of Montesquieu to the pragmatism and realism of Portalis' project for a civil code. Despite the differences in circumstance and outlook of each, the author notes that the works of Domat, Montesquieu and Portalis reveal that each was motivated by a concern for stability, and envisioned legal order as providing a counterbalance to the particular problems of their times.

Dans cet article, l'auteur retrace les courants philosophiques communs soutenant l'oeuvre de Domat, Montesquieu et Portalis. Le jurnaturalisme et le rationalisme constituent les fondements de la pensée des trois juristes.

Ainsi, Domat, Montesquieu et Portalis partagent une vision du droit comme ordre normatif, enraciné dans la transcendance du droit naturel, mais capable de prescrire des solutions pratiques quant à l'organisation sociale, grâce aux vertus du rationalisme.

L'auteur souligne le rapport entre le droit et la politique dans l'oeuvre des trois juristes et y découvre une progression qui reflète le climat politique dans lequel chacun évoluait. Le traditionalisme de Domat, le réformisme de Montesquieu et le pragmatisme et le réalisme de Portalis, qu'on remarque dans ses travaux préparatoires du *Code civil*, sont tous motivés par une soif de stabilité et une conviction que le droit peut rétablir l'ordre menacé par les problèmes sociaux.

* Professeur de philosophie à l'Université de Caen, France.

Sommaire

Introduction

I. L'esprit de la tradition

- A. *Les puissances de la rationalité*
- B. *La Raison et la loi naturelle*
- C. *La Raison et le droit*

II. Les enjeux politiques de la législation

- A. *L'autorité civile et le droit divin selon Domat*
- B. *L'horreur du despotisme et le constitutionnalisme libéral de Montesquieu*
- C. *Les impératifs juridiques d'un parti de progrès selon Portalis*

Conclusion

Une triade jusnaturaliste

* * *

Introduction

Un siècle sépare Domat de Portalis et Montesquieu se situe à égale distance chronologique de l'un et de l'autre¹. Or, Montesquieu a été un lecteur attentif de Jean Domat au point d'avoir emprunté au *Traité des Lois* le titre de *L'Esprit des Lois*²; et Portalis, dont tous les travaux préparatoires du *Code civil* sont imprégnés, comme les traités de Domat, du souci de la morale universelle et de la justice éternelle, s'est donné pour tâche, en suivant la leçon que Montesquieu propose au législateur, de veiller à la composition de « bonnes lois ».

Évidemment, au premier regard, la facture des oeuvres des trois auteurs semble bien différente. Les ouvrages de Domat sont gros et touffus et la pensée de ce magistrat-philosophe marqué par le jansénisme est complexe à raison des composantes plurielles qui la traversent. L'oeuvre de Montesquieu, volumineuse et diversifiée, culmine dans *L'Esprit des Lois*: non que la composition en

¹Situons Jean Domat : 1625-1696 ; Montesquieu : 1689-1755 ; Jean-Etienne-Marie Portalis : 1746-1807.

²Le chapitre XI du *Traité des Lois* (qui constitue la « Préface » des *Lois civiles dans leur ordre naturel* : 1689-1694) est en effet intitulé « De la nature et de l'esprit des lois ».

soit exemplaire, l'auteur ayant, vingt années durant, restructuré à maintes reprises le plan d'ensemble et bien souvent recommencé la rédaction de nombreux chapitres ; mais, quels qu'en soient les méandres, le livre, dès sa parution, fit beaucoup de bruit ; malgré les attaques, les procès et une mise à l'index, la gloire le couronna et, par la nouveauté audacieuse de ses thèses, passa les frontières de l'espace et du temps : il demeure l'un des bréviaires du libéralisme. Les écrits de Portalis ont un tout autre caractère parce que, pour la plupart, ils sont nés des circonstances et, loin de s'offrir comme une théorisation doctrinale, constituent plutôt un ensemble de réflexions destinées à guider les travaux de la Commission chargée de préparer le *Code civil*. À la croisée de deux courants de pensée — l'un venu de la tradition de la vieille France et que représentaient Pothier et Domat, l'autre, issu de l'idéologie révolutionnaire et qui se voulait délibérément un vecteur de progrès —, le Comité de jurisprudence nommé par le Gouvernement consulaire et que composaient, sous la présidence de Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu, Maleville ..., devait choisir et affiner ses positions. Les dissemblances entre les oeuvres s'expliquent aisément : l'époque, la griffe de l'histoire, le cadre intellectuel dans lequel s'inscrit la composition des ouvrages de Domat, de Montesquieu et de Portalis, ajoutés au tempérament philosophique de chaque auteur, suffisent à en rendre compte.

Pourtant, une lecture minutieuse ne tarde pas à découvrir dans les replis des textes la parenté profonde de leur inspiration. En effet, les traités de Domat, *L'Esprit des Lois* et les *Discours et Rapports* de Portalis sont placés, de manière spécifique, sous le signe de la raison : plus précisément, la *recta ratio* non seulement s'y affirme comme le principe dont la postulation commande la démarche et l'exposition, mais caractérise une option philosophique que reflète leur conception de la politique et du droit. En outre, dans les trois oeuvres, la loi naturelle, voulue de Dieu, s'impose comme la référence constante dont aucune loi, dans la Cité des hommes, ne peut se passer. Dans les lois civiles telles que les analysent Domat, Montesquieu et Portalis, ne se déchiffre nullement, comme chez Hobbes, l'intuition d'un positivisme juridique s'en remettant à l'arbitre du Pouvoir souverain. L'universelle légalité, dans sa dimension cosmique, demeure, jusque dans la codification des lois civiles, un paradigme inéfaçable. Rationalisme et jusnaturalisme sont donc les deux puissantes liges de force autour desquelles s'élabore, avec de subtiles nuances, la philosophie des lois des trois jurisconsultes.

Nonobstant cette parenté profonde, les oeuvres de Domat, de Montesquieu et de Portalis ne s'assignent pas même finalité. Les enjeux politiques qu'elles laissent apercevoir révèlent, comme dans un miroir, les problèmes que l'histoire fait surgir au fil du siècle qu'ils marquent de leur personnalité. Tandis que Domat, soucieux de droit public autant que de droit privé³, défend encore la

³Les titres de ses deux plus importants ouvrages en font foi : *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694) et *Les quatre livres du droit public* (édition posthume, 1697). Ces ouvrages

monarchie de droit divin, Portalis parle au nom du progrès et, même s'il combat les « excès » des Lumières ou « le délire métaphysique » de certains révolutionnaires, il sait que, dans un État, des changements sont nécessaires : même si l'on demeure attaché à la tradition, il importe de regarder vers l'avenir. Entre les deux, Montesquieu dessine l'épure d'une monarchie constitutionnelle en laquelle la balance des pouvoirs et l'esprit de modération doivent être le palladium de la liberté. Par conséquent, nous ne pouvons interroger ces trois philosophes du droit et de la loi qu'avec beaucoup de prudence et de minutie. L'inspiration commune qui les rapproche n'efface pas leur spécificité, qui situe le réformisme de Montesquieu exactement à mi-parcours entre le jansénisme de Domat et les promesses du discours de Portalis.

I. L'esprit de la tradition

Jean Domat, ami de Pascal⁴, fut, en son temps, un penseur isolé. Avocat du Roi au Présidial de Clermont-Ferrand⁵, il n'eut pas à traiter d'affaires retentissantes. Toutefois, son oeuvre⁶, admirable par sa composition comme par son écriture, fut jugée si importante que le Chancelier d'Aguesseau et Montesquieu y puisèrent leur inspiration et que Victor Cousin célèbre en Domat « le précurseur du Code »⁷. Deux puissants philosophèmes traversent en effet son oeuvre juridique : l'immense confiance qu'il accorde aux lumières de la raison et la certitude inébranlable qu'il attache à la loi fondamentale par laquelle Dieu régit l'univers. L'articulation de ces deux thèmes constitue les « principes » que Montesquieu confie avoir si longtemps cherchés et dont la découverte lui a révélé ce qu'il appelle — comme Domat d'ailleurs — « l'esprit des lois » : c'est en effet par l'universelle légalité que s'exprime la raison du « grand Jupiter » dont tout bon législateur doit entendre la voix. Il n'est guère douteux que la pensée de Portalis ne se soit nourrie également des puissances de la rationalité et des clartés de la « lumière naturelle » sans lesquelles la Justice universelle n'aurait ni sens ni efficace. De Domat à Montesquieu et à Portalis, la tradition du jusnaturalisme poursuit son chemin, non sans nuances, mais avec une autorité assez forte pour que les tendances nouvelles du siècle n'en étouffent pas les accents.

ont été réédités, ainsi que le *Traité des Lois*, dans la Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Caen, 1989.

⁴Sur la vie de Domat, voir R.F. Voeltzel, *Jean Domat*, Paris, Sirey, 1936.

⁵Un présidial était un tribunal d'appel érigé dans les principaux baillages de province.

⁶Au *Traité des Lois*, aux *Lois civiles dans leur ordre naturel* et au traité de *Droit public*, il convient d'ajouter les *Harangues prononcées* dans le cadre de sa charge d'avocat à Clermont Ferrand, édition de Paris, 1767.

⁷« *Les lois civiles dans leur ordre naturel* sont comme la Préface du *Code Napoléon* », écrit V. Cousin, [1843] *Journal des Savants* 5.

A. Les puissances de la rationalité

Au XVII^e siècle, le jansénisme n'est pas demeuré indifférent au rationalisme de la méthode cartésienne. Toutefois, même si Domat a plusieurs fois confié son intention de traiter des matières du droit à la manière des géomètres, et même s'il est vrai que la rigueur déductive de ses traités est sans failles, sa volonté d'introduire un ordre rationnel dans le corpus des règles juridiques ne doit pas grand chose à Descartes. L'idée d'une codification qui pût unifier le droit selon des principes rigoureux et clairs n'était pas nouvelle en son temps. Si l'on considère comme exceptionnelle la systématisation du droit romain opérée par Gaius, il faut reconnaître chez les jurisconsultes du XVI^e siècle⁸ le souci tenace d'une mise en ordre du corpus juridique. D'une certaine manière, Domat, comme Cujas et Du Moulin, avant Pothier et d'Aguesseau, apporte son tribut à la rationalisation formelle de l'univers juridique : sa science des lois obéit à un plan, les catégories et les notions s'y enchaînent selon la logique déductive et les questions de méthode sont pour lui de première importance en matière procédurale.

Seulement, la rationalité est loin de se réduire pour Domat à une démarche *more geometrico* que caractérisent la déductivité et l'évidence intellectuelle⁹ ; elle a pour lui, comme pour Grotius¹⁰, une dimension qui est plus que méthodologique. En effet, d'une part, Domat a été formé par Cujas au droit romain, qui constitue à ses yeux « la raison écrite ». Mais il ne s'agit pas de la raison des géomètres (même s'il lui reconnaît une supériorité par rapport à celle des logiciens¹¹) car non seulement le *Corpus juris civilis* et les *Institutes* demeureront à jamais, dit-il, « le dépôt des règles naturelles de l'équité »¹² que veut la *recta ratio*, mais la méthode des jurisprudents avait pour âme la raison elle-même. Lors donc qu'il déclare dans la « Préface » des *Lois civiles* que son dessein est

de mettre les lois civiles dans leur ordre ; de distinguer les matières du droit et de les assembler selon le rang qu'elles ont dans le corps qu'elles composent naturellement ; de diviser chaque matière selon ses parties [...],

son « rationalisme » ne se réclame ni de l'ordre abstrait des logiciens, ni de l'ordre déductif des géomètres, mais de ce qu'il appelle, avec ses amis de Port-Royal, « l'ordre naturel ». D'autre part, Domat est loin de déplorer, comme Pascal, « le désert de la raison » : sa démarche suppose « la lumière naturelle de la raison »¹³, laquelle, pense-t-il, est « restée à l'homme après sa chute » et lui

⁸Citons par exemple Bodin, *Juris universi Distributio*, 1576 ; Grégoire de Toulouse, *Syntagma juris*, 1582 ; Althusius, *De arte jurisprudentiae romanae*, 1586.

⁹*Droit public*, *supra*, note 3 (édition de Caen reprise d'après J. Rémy) à la p. 123.

¹⁰Rappelons que le *De jure belli ac pacis* date de 1625.

¹¹*Droit public*, *supra*, note 9 à la p. 123.

¹²*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, *supra*, note 3, « Préface ».

¹³*Traité des Lois*, *supra*, note 3, IX, para. 4.

fait connaître « les règles naturelles de l'équité »¹⁴. Elle a, comme telle, besoin de la Révélation ; c'est la religion, et tout spécialement, la religion chrétienne, qui nous fait « voir dans notre nature »¹⁵ les principes premiers du droit. Ces normes fondatrices sont plus profondes que les axiomes sur lesquels s'appuient même les sciences les plus rigoureuses. Ainsi est-il nécessaire, pour étudier les lois civiles et politiques, de les voir toutes « dans l'ordre que leur donnent leurs liaisons entre elles et à leur principe »¹⁶. Dans les « lois arbitraires » que multiplie le droit positif des États, la méthode que guide et éclaire « la lumière naturelle de la raison » consiste à découvrir les « lois immuables » de l'ordre naturel universel¹⁷. Dans ce contexte, le problème de la loi injuste ne peut pas se poser¹⁸. L'important est, pour la science des lois, de les situer à leur juste place dans l'ordre universel voulu de Dieu.

Ainsi, la méthode passe la méthode. La raison qui préside à l'univers juridique tout entier ressemble fort à la *ratio summi Jovis* dont parlait Cicéron et à laquelle se référeront Montesquieu. Elle fait

sentir à tous les hommes (même s'il faut à cet égard reconnaître des degrés entre les individus¹⁹) les règles communes de la justice et de l'équité et leur tient lieu d'une loi, qui est restée dans tous les esprits au milieu des ténèbres que l'amour-propre y a répandues²⁰.

« La vue et l'usage » de ces règles communes — ne faire tort à personne, rendre à chacun ce qui lui appartient, être sincère dans ses engagements et fidèle à ses promesses — font la vérité et l'autorité du droit. La raison n'est donc pas pour Domat, comme pour Pascal, « cette belle raison corrompue qui a tout corrompu ». Elle est un présent du Créateur à sa créature. En sa Providence, Dieu a rendu l'homme, par elle, capable de justice. Domat concède volontiers à Pascal que la raison seule, dans la froide et stricte rationalité que reflète l'esprit de géométrie, est sèche et pauvre. Mais Dieu, pense-t-il, l'a emplie de lumière afin d'éclairer les peuples. Donc, les hommes, grâce à la lumière naturelle de leur raison, comprennent que ce qui n'est pas conforme à la loi éternelle de Dieu ne peut être juste.

Si donc le corps des « lois civiles » et l'édifice du « droit public » portent la marque de la raison, ils ne sont pas construits par elle selon la méthode hypothético-déductive de la rationalité mathématique. Pour « mettre les lois en ordre », Domat ne s'adresse pas à la raison théoricienne. La raison qui est omniprésente en son oeuvre est un principe métaphysique qui, voulu du Dieu créateur, a valeur de loi fondamentale.

¹⁴*Ibid.*

¹⁵*Ibid.*, I, para. 2.

¹⁶*Droit public, supra*, note 9, « Préface ».

¹⁷*Traité des Lois, supra*, note 3, XI, para. 20.

¹⁸*Ibid.*, XI, paras 20 et 21.

¹⁹*Ibid.*, IX, para. 6.

²⁰*Ibid.*, IX, para. 5.

Il ne fait guère de doute que la pensée de Domat est pétrie des « inquiétudes de son siècle »²¹ que menace, avec l'ébranlement de l'autorité spirituelle, l'éveil de l'individualisme qui, dans sa hantise de l'amour-propre, défie la loi divine de sociabilité et d'amour. C'est donc trop peu dire que reconnaître en la raison un merveilleux instrument d'exposition. Elle est une puissance qui, par delà son usage méthodologique, rattache l'oeuvre juridique des hommes à sa nécessaire fondation divine. Le droit, fondé en raison, est, *ipso facto*, fondé en Dieu. Les lois civiles et le droit public s'éclairent de la « lumière naturelle » dont la raison humaine, même après la chute, loue la prééminence et sait faire usage.

Telle est bien la leçon de Domat que recueille Portalis au lendemain de la Révolution française, à l'heure où le trouble et les désordres ne sont point encore surmontés. Ses *Discours* et ses *Rapports*²² sont assurément plus sobres que les gros traités de Domat auxquels il rend hommage. Mais les conceptions qu'il y exprime et qu'il a fait prévaloir lors des travaux de la Commission chargée de préparer le *Code civil* sont pénétrées du même esprit.

Par ses origines provençales, Portalis appartient à cette partie de la France où le droit écrit, marqué par le droit romain, l'emporte sur le droit coutumier. Or, Portalis est particulièrement sensible à l'exemplarité du droit romain. Il a saisi, dans le code de Justinien, l'importance des définitions et la rigueur de la démarche des jurisprudents ; il apprécie la logique argumentative du juge. Dans le droit de Rome qui, envisagé en sa forme, est à ses yeux, comme aux yeux de Domat, « la raison écrite »²³, il salue, à l'instar de Cujas qui fut l'un de ses maîtres à penser, un *modèle* que le législateur ne peut pas ignorer. Le droit romain offre en effet des classifications simples qui permettent, sans entrer dans tous les détails, de dessiner un tableau universel du droit, d'autant plus clair que toutes les matières y sont reliées à des principes généraux qui lui confèrent une unité essentielle.

Malgré un écrit à tendance philosophique intitulé *Essai sur l'origine, l'histoire et les progrès de la littérature française et de la philosophie*²⁴, Portalis n'est philosophe ni de formation ni de vocation ; aussi n'a-t-il rédigé ni règles pour la direction de l'esprit ni discours de la méthode. Juriste et administrateur, il déplore les carences architectoniques et la diversité du droit dans la France de son époque. Alors, il s'interroge sur les rapports que le droit privé devrait entre-

²¹M.-F. Renoux Zagamé, « Domat, le Salut, le Droit », [1989] *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la science juridique* 110.

²²J.-E.-M. Portalis, *Discours et Rapports sur le Code civil*, Caen, Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, 1989. Les travaux de Portalis se trouvent dans les quinze volumes de P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827-1828 et dans les seize premiers volumes de G.G. Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827-1832.

²³Portalis, *ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 19.

²⁴Cet ouvrage fut publié par son fils en 1820.

tenir avec le droit public²⁵ pour acquérir l'unité qui lui fait défaut et, guidé par l'exemple romain, son effort consiste à préciser l'office en quelque sorte axiomatique de la loi : il faut, dit-il, « fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; [...] établir des principes féconds en conséquences »²⁶. De même que Domat voulait donner « même matière, même justice, même effet » à toutes les lois²⁷, de même aussi que Lamoignon et d'Aguesseau qu'il cite en les louant²⁸, Portalis s'assigne pour but d'uniformiser le corpus juridique français²⁹. Il est donc, quant à la forme du droit, beaucoup plus exigeant et plus explicite que Montesquieu : la *codification* sera le moyen de l'unification du droit.

Mais la codification n'est pas pour lui une affaire de simple technique d'exposition. Cambacérès, déjà, avait compris, lorsqu'il préparait son premier projet de *Code civil*, qu'il y fallait « autant de précision que de méthode »³⁰. Ce sont les illusions de « l'esprit révolutionnaire »³¹, asservi à un but politique et pétri du rationalisme exacerbé des Lumières, qui l'ont fait échouer. Portalis insiste donc sur le fait que la codification du droit ne doit consister ni à « tout simplifier » ni à « tout prévoir »³². Certes, « il ne faut point de lois inutiles », mais une simplification excessive, faisant disparaître, par exemple, les catégories professionnelles, serait néfaste ; quant à « tout régler et tout prévoir », c'est une ambition impossible et, de surcroît, dangereuse : elle risque d'annihiler la fonction du juge³³ et de supprimer le recours à « la raison naturelle », ce qui figerait le droit en un système clos et lui interdirait toute évolution. « Ce serait une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen »³⁴. D'ailleurs, « on gouverne mal quand on gouverne trop »³⁵.

La rationalité qu'exige l'ordre juridique désigne en premier lieu la cohérence de l'ensemble par rapport aux principes. Elle s'attache, comme telle, à la validité formelle des préceptes du droit. C'est pourquoi Portalis, retrouvant d'une part l'inspiration fondamentale de Domat et transposant d'autre part dans le domaine pratique ce qui, chez Montesquieu, était le postulat théorique de

²⁵Portalis, *supra*, note 22, « Discours préliminaire » à la p. 2.

²⁶*Ibid.* à la p. 8.

²⁷*Traité des Lois, supra*, note 3, XI, para. 23.

²⁸Portalis, *supra*, note 22, « Discours de présentation » aux pp. 97-98.

²⁹*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 18 ; « Discours de présentation » à la p. 98.

³⁰*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 5.

³¹*Ibid.* à la p. 3.

³²*Ibid.* à la p. 6.

³³*Ibid.* à la p. 7.

³⁴*Ibid.* à la p. 10. Comparer *ibid.*, « Discours de présentation » à la p. 94 où Portalis condamne explicitement l'esprit de système.

³⁵*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 53.

L'Esprit des Lois, tend à placer le *Code civil*, quoiqu'il s'en défende³⁶, sous le signe de la systématité : à partir de principes généraux clairement établis, toutes les dispositions du Code doivent former un ensemble ordonné et cohérent dont le détail peut être déduit logiquement. Cela signifie que, par delà la méthode, l'intelligibilité du tout, lors même qu'il n'est pas encore réalisé, repose sur la prégnance des principes³⁷.

Tel est chez Portalis l'aboutissement de la démarche qui, à partir du *Corpus juris civilis*, avait d'abord conduit Domat à exposer dans une perspective synthétique les lois civiles et les lois politiques, puis Montesquieu à rechercher, dans l'infinie diversité des règles et des institutions, la loi de toutes les lois. Le Code est donc une représentation logique de l'univers juridique qui suit des chaînes de raisons et se veut conforme aux requêtes fonctionnelles de la raison. En d'autres termes, le *Code civil* ne doit pas — ne peut pas —, à raison de sa structure formelle, comporter de plages d'ombres : en opérant la systématisation du droit selon des critères internes de rationalité — ce qui implique le rejet de l'autorité dogmatique et de la simple foi —, Portalis lui fait acquérir tout ensemble sa configuration ordonnée et son auto-transparence. Telle, d'ailleurs, avait été l'ambition épistémologique de Montesquieu lorsque, remettant sans cesse son ouvrage sur le métier, il était en quête des « principes » qui commandent le vaste édifice normatif des lois positives en lui donnant une structure unitaire que condense l'idée de « rapport », si souvent perçue comme énigmatique au seuil de *L'Esprit des Lois*. Montesquieu veut dire que dans le champ juridique, règles et lois s'articulent et s'emboîtent selon un même principe de nécessité qui bannit l'accidentel et le contingent. C'est une des raisons pour lesquelles Hegel admirait Montesquieu et s'opposait à Savigny : entre Domat et Portalis, Montesquieu avait compris que la systématisation du droit signifie philosophiquement « l'élévation à l'universel »³⁸, tandis que l'École historique ne pouvait que s'égarer dans la diversité infinie de l'empirie.

Toutefois, il convient, en second lieu, de remarquer que la démarche de Portalis a une spécificité : le caractère architectonique de la systématité juridique prend pour lui la forme précise d'un *code*. Or, en sa pensée, code et sys-

³⁶Dans le « Discours de présentation du Code civil », *ibid.*, il écrit à la p. 94 :

En traçant le plan de cette législation, nous avons dû nous prémunir et contre l'esprit de système qui tend à tout détruire, et contre l'esprit de superstition, de servitude et de paresse qui tend à tout respecter.

Il est vrai que « l'esprit de système » qui faisait horreur à Cambacérès, et dont Portalis lie la connotation aux exacerbations rationalistes des Lumières (en quoi Condillac, dans son *Traité des Systèmes* (1749), discernait déjà les dangers de raideur et d'abstraction), n'est pas la systématité en tout qui s'attache à donner à un ensemble une structure et une cohérence formelles indépendamment de son contenu et de son sens.

³⁷Hegel dira quelque chose du même genre, *Encyclopédie des Sciences philosophiques, La Science de la Logique*, trad. et annoté par B. Bourgeois, Paris, Vrin, 1970, para. 9 à la p. 159.

³⁸Hegel, *Principes de la Philosophie du Droit*, trad. par R. Derathé et J.-P. Fricke, Paris, Vrin, 1974, para. 211 add., à la p. 232.

tème ne sont pas synonymes. En effet, dans son effort de codification, Portalis allie rationalisme et réalisme : il entend en cela s'éloigner de la systématique abstraite et théorique. Et, précisément, celui qu'il aime appeler « le judicieux Domat » lui avait enseigné l'importance de l'unité substantielle du monde juridique ; de son côté, Montesquieu lui avait montré que la nécessité n'est pas une catégorie spéculative, mais qu'elle habite concrètement la pluralité et la diversité des institutions puisque celles-ci ne s'offrent pas comme un chaos né du hasard ou de la contingence. Aussi bien Portalis, répondant aux objections de Montlosier qui lui reprochait d'avoir cédé à l'abstraction et d'être tenté par l'utopie, insiste sur le fait que le code qu'il prépare ne négligera ni l'influence des coutumes ni celle de l'histoire³⁹. Par voie de conséquence, le *Code civil* ne sera pas un schéma sans substance. Il y a selon Portalis une objectivité du droit, dont, d'ailleurs, le pouvoir juridictionnel du juge lui apparaît comme le symbole⁴⁰. La méthode à laquelle il s'en remet pour préparer un bon *Code civil* suit les voies d'une raison pragmatique dont la logique échappe à l'idéalisme abstrait parce qu'elle fait fond sur le réalisme, et dont le sens pratique échappe aux incertitudes de l'empirisme parce qu'il est mu par un souci d'ordre unificateur.

Il faut donc ici balayer tout malentendu : la codification à laquelle ont oeuvré Portalis, Cambacérès et Fenet ne se laisse pas penser — même si c'est une tentation pour certains philosophes de nos contemporains — dans le cadre hyper-formaliste de l'analyse systémique dont, d'ailleurs, les schèmes et les modélisations ne semblent avoir de sens et de portée que pour la *science* du droit et non pour l'*objet* droit. Portalis, en suivant la voie tracée par Domat et explorée par Montesquieu, s'attache à la logique substantielle qui appartient non pas à la représentation cognitive du droit, mais à la phénoménalité juridique elle-même. Dans cette perspective, le message philosophique que Montesquieu avait déchiffré dans l'oeuvre de Domat trouve sa consécration avec autant de discrétion que de fermeté.

B. *La Raison et la loi naturelle*

Les puissances de la rationalité juridique n'induisant pas un formalisme abstrait, le problème philosophique qui se pose est celui de la fondation du droit. À ce problème, un positiviste répondrait en soulignant le caractère volontariste et intellectualiste — en tout cas, décisive — d'une « norme fondamentale » jouant le rôle d'axiome fondateur. Or, si Domat, Montesquieu et Portalis reconnaissent la positivité des règles juridiques, ils ne sont nullement « positivistes ». Mais il est trop simple, même si ce n'est pas faux, de les embrigader sous la bannière du jusnaturalisme : Domat est demeuré marginal par rapport à l'École

³⁹Portalis, *supra*, note 22, « Examen des observations proposées contre le projet de Code civil » aux pp. 69-71 ; « Discours de présentation » à la p. 96.

⁴⁰On sait l'importance que Domat, Montesquieu et Portalis attachent à la fonction du juge puisqu'il est chargé, en cas de différend entre les parties, de faire respecter le droit.

du droit de la nature et des gens dont le développement, à son époque, est pourtant spectaculaire, surtout, il est vrai, sous l'influence de Pufendorf, dans les pays germaniques. Montesquieu n'a pas beaucoup d'indulgence pour Grotius et il ne cite que rarement Pufendorf ; son contemporain Burlamaqui ne l'intéresse guère : c'est qu'au jusnaturalisme moderne en quoi il perçoit les triomphes tout proches de l'individualisme, il préfère les perspectives « naturalistes » des Anciens, attachés à l'ordre des choses. Quant à Portalis, sa référence au droit naturel a beau être constante, elle ne donne pas lieu à une construction doctrinale. C'est donc un trait commun à ces trois juristes-philosophes non seulement que de défier la dichotomie commode du positivisme et du jusnaturalisme (qui, en toute rigueur, n'avait pas de sens en leur temps), mais de refuser l'adhésion doctrinaire à la théorie moderne du droit naturel.

C'est probablement en ce point que leur commune originalité est le plus forte : le rapport étroit qu'ils établissent, au nom de la raison, entre le droit et la loi naturelle, les incline davantage vers la tradition que vers la modernité. Entre Domat et Portalis dont les développements méta-juridiques sont discrets, Montesquieu, dans le premier chapitre de *L'Esprit des Loïs*, profond jusqu'au vertige, donne la mesure de l'engagement philosophique qu'implique leur théorisation méthodique du droit.

Domat, comme Saint-Augustin⁴¹, estime la religion chrétienne supérieure au paganisme parce qu'elle a établi « les fondements de l'ordre de la société des hommes »⁴². Le traité du *Droit public* répète en écho que « toutes les lois qui regardent la conduite des hommes entre eux [ne sont] autre chose que les règles de la société où Dieu les a mis »⁴³. Montesquieu, de même, considère que la Création obéit aux lois de Dieu et que la gouverne du monde manifeste les règles de la Providence divine. C'est dire que, pour l'un comme pour l'autre, l'homme sans Dieu fait partie des impossibilités puisque la première des lois naturelles porte l'homme, « par son importance », vers « l'idée d'un Créateur »⁴⁴. D'ailleurs, « l'autorité des lois naturelles indique la sociabilité de l'homme »⁴⁵, ce qui suffit à expliquer l'importance attachée à l'institution familiale et à l'amitié, à la promesse et à la *bona fides* ou encore à la solidarité dans le travail. Portalis, qui n'est ni théologien ni métaphysicien, n'évoque que très sobrement la volonté providentielle qui préside à la Création. Mais, janséniste de tradition⁴⁶, il est d'autant plus attaché aux principes spiritualistes de la morale universelle et de l'équité naturelle que l'épisode révolutionnaire, faisant suite au

⁴¹Domat connaissait bien les thèses de l'*Augustinus*, publié en 1640, deux ans après la mort de Jansenius.

⁴²*Traité des Loïs*, *supra*, note 3, I, para. 1.

⁴³*Droit public*, *supra*, note 9, « Préface ».

⁴⁴Montesquieu, *L'Esprit des Loïs*, Paris, Pléiade, Gallimard, 1951, Liv. I, Ch. II à la p. 235.

⁴⁵*Traité des Loïs*, *supra*, note 3, I, paras 6 et 7.

⁴⁶Portalis a exercé sur Napoléon une influence considérable en matière religieuse et a joué un rôle déterminant dans la conclusion du Concordat.

rationalisme que teinte parfois le matérialisme de certains philosophes des Lumières, les a ébranlés. Les pages nombreuses qu'il consacre au droit de la famille — puissance paternelle, mariage, filiation, héritage, divorce ... — expriment clairement la fondation transcendante qu'il reconnaît au droit. Les lois dont la société des hommes ne peut se passer⁴⁷ ne sont pas « de simples actes de puissance » émanés de l'arbitre des hommes ; elles puisent leur valeur régulative dans d'autres lois, supérieures et antérieures à elles⁴⁸, qui sont divines et naturelles. Montesquieu fait ample usage de la dichotomie établie par Domat entre « lois arbitraires » et « lois immuables »⁴⁹ ; elle évoque, bien sûr, la dualité des lois naturelles, absolues, universelles et éternelles, que mentionnait déjà Cicéron⁵⁰. Montesquieu insiste, comme Domat, sur la différence entre la contingence des unes que l'homme, dans sa fragilité, incline vers la relativité, et la nécessité des autres que, dans sa perfection, régit la raison de Dieu. Portalis mesure la portée de cette distinction et déplore la prétention d'indépendance dont fait preuve la philosophie moderne, non sans quelque extravagance dans sa volonté de se passer de l'ordre divin : c'est, estime-t-il, détruire toute obligation morale et priver le droit de ses racines. Dans la même veine philosophique que Domat et Montesquieu, mais plus abrupt qu'eux, Portalis ne conçoit l'ordre civil que dans son alliance étroite avec l'ordre moral : que, par exemple, la loi prescrive aux époux la fidélité⁵¹, aux usufruitiers l'usage équitable de la chose d'autrui⁵², à tous l'honnêteté et la bonne foi dans les conventions⁵³ ou le respect des bonnes moeurs⁵⁴, voilà autant de dispositions qui montrent qu'il y a une morale du droit civil. Cette morale ne saurait être différente ici et là : elle procède de la justice universelle et incréée qui est la loi même de Dieu.

Comment ne pas trouver en cela l'écho des lignes célèbres de *L'Esprit des Lois* : « Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. 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 »⁵⁵ ? Montesquieu, se souvenant de Domat selon qui les *dictamina* de la Justice divine s'imposent toujours et partout à tous sans même avoir besoin d'être publiés⁵⁶, s'élève contre la tentation positiviste qu'il décèle dans l'oeuvre de Hobbes. Et Portalis, se souvenant de Montesquieu, se dresse contre les doctrines révolutionnaires qui veulent faire triompher une rai-

⁴⁷*Traité des Lois*, *supra*, note 3, I, para. 1 : « La société a besoin de lois qui règlent et la conduite de chacun en particulier et l'ordre de la société qu'ils forment ensemble ».

⁴⁸*Ibid.*, XI, para. 1.

⁴⁹*Ibid.*

⁵⁰Cicéron, *De legibus*, I, 10-12 ; *De Republica*, III, 22.

⁵¹Art. 212 C.C.

⁵²Art. 601 C.C.

⁵³Art. 1134 C.C.

⁵⁴Art. 1133 C.C.

⁵⁵*Supra*, note 44, I, I à la p. 223.

⁵⁶*Traité des Lois*, *supra*, note 3, XII, para. 1.

son autonome enflée d'illusions créatrices. Il faut donc — tel est « l'esprit des lois » et tel est l'esprit du *Code civil* — que les lois naturelles, que Domat identifiait au juste en soi, demeurent l'archétype transcendant que la justice des hommes doit prendre pour modèle. « S'il y a un Dieu, écrivait Montesquieu faisant écho à Domat, il faut nécessairement qu'il soit juste »⁵⁷ ; selon Portalis, il faut « rattacher les lois des hommes aux lois de l'humanité »⁵⁸ : admirable formule en laquelle se condense la philosophie du *Code civil*, à condition de ne pas oublier « la misère de l'homme sans Dieu ».

Ces accents très classiques font résonner dans les oeuvres de Domat, de Montesquieu et de Portalis de nombreuses réminiscences : Domat, jansémiste un peu marginal, mêle à son christianisme des thèmes augustinien et thomistes auxquels, parfois, se superpose l'influence de la scolastique espagnole ; Montesquieu a beaucoup médité Aristote et Cicéron et la philosophie de Malebranche l'a fort impressionné ; chez Portalis, surtout rôdé au droit de Justinien et aux *Coutumiers* de Beaumanoir, les influences philosophiques sont plus difficiles à cerner ; mais son perpétuel souci de l'ordre et de l'équité le rattache également à la tradition de la sagesse classique dominée par la loi naturelle et divine.

Pendant si, par leur ancrage philosophique, ces auteurs sont plutôt des « anciens » que des « modernes », cela ne signifie pas qu'ils sont passéistes ou rétrogrades. Certes, ils croient à « l'ordre du monde » et à « la nature des choses » ; leur conception du « droit naturel » s'inscrit dans un cadre cosmologique et ne se réclame pas de la vision anthropologique que l'individualisme devait faire triompher dans la philosophie des « droits de l'homme ». Mais l'idée qu'ils se font de la raison révèle en eux un humanisme dont la tonalité délicate, toute en nuances, est riche d'autant de promesses que de devoirs.

Pour en comprendre le sens et en mesurer la portée, il convient d'examiner le statut qu'ils accordent à la raison humaine. À cet égard, la position de Montesquieu, une fois de plus, est caractéristique par sa vertu de médiation : en exploitant la puissante intuition de Domat, il fait de la normativité de la raison l'une des clefs de sa philosophie du droit, une clef dont se sert Portalis pour définir les pouvoirs et les devoirs caractéristiques de la sphère juridique.

C. *La raison et le droit*

Domat avait appris de Cujas, à travers ses commentaires du *Corpus juris civilis* et des *Institutes*, que le droit romain était « la raison écrite ». Aussi bien les livres du droit romain constituaient-ils à ses yeux « le dépôt des règles naturelles de l'équité » que veut la *recta ratio*⁵⁹. De surcroît, son maître l'avait con-

⁵⁷ Montesquieu, *Lettres persanes*, Lettre LXXXIII.

⁵⁸ Frédéric Portalis, « Essai sur l'utilité de la codification », dans Portalis, *supra*, note 22 à la p. XLV.

⁵⁹ *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, *supra*, note 3, « Préface ».

vaincu que la méthode des jurisprudents avait pour âme la raison elle-même. Cette raison, dont il pensait que les glossateurs de Padoue et de Bologne, ainsi que les juristes de Bourges et d'Orléans, l'avaient altérée, le grand dessein de Domat est, en accord avec la *Logique* de Port-Royal et l'entreprise de Pothier, de la restaurer. En ce projet, il n'hésite pas à s'opposer à son ami Pascal et, loin de déplorer, comme lui, « le désert de la raison », il prend au contraire la défense de l'« esprit de géométrie », pourvu que l'éclaire « la lumière naturelle »⁶⁰. Celle-ci fait sentir à tous les hommes les règles communes de la justice et de l'équité ; elle leur tient lieu de loi de manière si intense et si permanente qu'elle est même « restée dans tous les esprits au milieu des ténèbres que l'amour-propre y a répandues »⁶¹. C'est donc par la lumière naturelle de la raison que les hommes

ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces lois naturelles : qu'il ne faut faire tort à personne, qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient, qu'il faut être sincère dans les engagements, fidèle à exécuter ses promesses⁶².

Bref, la connaissance de ces « lois » qui rappellent les maximes d'Ulpian, mais qui sont aussi celles sans lesquelles le droit n'aurait pas sa vertu régulatrice et normative, « est inséparable de la raison ou plutôt la raison n'est elle-même que la vue et l'usage de toutes ces règles »⁶³.

La raison possède donc selon Domat un caractère à la fois ontologique et axiologique, dont Montesquieu répercute en l'amplifiant l'écho profond : dès les premières lignes de *L'Esprit des Lois*, il écrit : « La loi en général est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre », si bien que « les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine »⁶⁴. Depuis le temps où le jeune Montesquieu se passionnait pour l'histoire de Rome et pour le droit romain jusqu'à l'époque où il cherche les causes de la grandeur puis de la décadence des Romains et où il scrute les révolutions des lois romaines sur les successions, les lumières de la raison ont, sans relâche, éclairé son chemin. La pente épistémologique de sa recherche et la tonalité philosophique de sa postulation fondamentale expriment les gloires d'une raison qui ne faillit pas et dont la force déontologique domine l'univers juridique tout entier puisque la légalité est, dit Montesquieu, de la matière à Dieu lui-même, universelle.

Domat et Montesquieu ont assez de réalisme pour reconnaître que la lumière rationnelle « ne règne pas en chacun de telle sorte qu'il en fasse toujours la règle de sa conduite »⁶⁵. Mais ils ont la certitude que les hommes, grâce à la lumière naturelle de leur raison, comprennent que ce qui n'est pas conforme

⁶⁰*Traité des Lois*, *supra*, note 3, IX, para. 4.

⁶¹*Ibid.*, IX, para. 5.

⁶²*Ibid.*

⁶³*Ibid.*, IX, para. 6.

⁶⁴*Supra*, note 44, I, III à la p. 237.

⁶⁵Domat, *Traité des Lois*, *supra*, note 3, I, para. 6.

à la « loi » éternelle de la « raison primitive » de Dieu ne peut être juste. Éteindre les lumières naturelles comme le font les Réformistes et les Jésuites, c'est oublier la loi de Dieu. D'ailleurs, les lois humaines et civiles « sont faites pour annoncer les ordres de la Raison à ceux qui ne peuvent les recevoir immédiatement d'elle »⁶⁶. La législation civile médiatise donc pour les hommes l'ordre rationnel de la Création divine.

Portalis, peu enclin aux constructions philosophiques de type spéculatif, ne s'attarde ni à l'analyse de la loi naturelle ni à l'étude des lumières de la raison humaine. Il présuppose leur existence exactement comme le faisaient Lycurgue et Solon dans la Grèce antique, Gaïus dans le monde romain ou comme, à l'époque moderne, le fait le Président Lamoignon. D'une part, une telle prémisse est ontologiquement nécessaire pour étayer « les grands changements » qu'il s'agit désormais d'entreprendre afin que le droit civil soit véritablement élaboré selon les exigences de l'équité naturelle. Sans cette référence, la législation ne saurait prétendre exprimer les requêtes de l'universelle justice. D'autre part, Portalis, qui est bien fils de son siècle, estime que le temps est venu où la législation doit faire partie intégrante des connaissances humaines. Dépouillée de mystères, elle doit être accessible aux lumières de la raison, ce qui d'ailleurs, ne peut, remarque-t-il, qu'élargir le jugement de l'homme et lui être profitable. Le *Discours préliminaire* au *Code civil* montre que les prescriptions de la loi, loin d'être arbitraires ou portées par la contingence de l'histoire, doivent se rattacher aux maximes principielles du droit, c'est-à-dire aux exigences que la loi de Dieu impose à la conscience des hommes. Telle est même, selon Portalis, la condition *sine qua non* pour que le droit des hommes échappe non seulement aux déséquilibres et aux écarts qu'engendrent les passions, mais aussi aux mirages d'un utilitarisme dont il n'aime pas les vues prosaïques et étroites. « Les lois, dit-il, ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison », à tel point que « le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce »⁶⁷. Ce sont la morale et l'équité, donc la raison, droite et raisonnable, qui réclament que les lois soient les mêmes pour tous les citoyens ; « la vérité, surtout en matière de législation, est le bien de tous les hommes »⁶⁸ ; l'observance des ordres de la raison forge de surcroît l'union, la fraternité et la puissance d'un peuple, en l'ouvrant aux promesses de l'avenir : l'ordre et la morale sont des gages de paix et de progrès.

[L]a seule existence d'un Code civil uniforme est un monument qui atteste et garantit le retour permanent de la paix intérieure de l'État. Que nos ennemis frémissent [...] en voyant plus de trente millions de Français autrefois divisés par tant de préjugés et de coutumes différentes, consentir solennellement les mêmes sacrifices et se lier par les mêmes lois⁶⁹.

⁶⁶Montesquieu, *Mes Pensées*, III, f. 110, 1859, dans Montesquieu, *Oeuvres*, t. II, Paris, Pléiade, 1951 à la p. 1042.

⁶⁷*Supra*, note 22, « Discours préliminaire » à la p. 4.

⁶⁸*Ibid.*, « Discours de présentation » à la p. 91.

⁶⁹Portalis, *supra*, note 22, édition de 1844, « Exposé de motifs du projet de loi » à la p. 302.

La sagesse du *Code civil* repose sur les lumières naturelles de la raison. Portalis, implicitement et sans polémique, récuse l'idéologie révolutionnaire, dogmatique dans sa volonté d'absolu et alourdie d'ambitions attisées par la passion, donc, déraisonnable. Contre le fanatisme de l'égalité à tout prix, « sans limites et sans mesure », que réclamaient les assemblées révolutionnaires, Portalis en revient, comme Montesquieu, à l'idée d'une justice distributive⁷⁰ respectueuse des différences. Par exemple, il est nécessaire, explique-t-il, d'établir une distinction entre les enfants illégitimes et ceux nés du mariage⁷¹ ; ou bien encore, il faut, dit-il, adapter les lois « au caractère, aux habitudes et à la situation du peuple pour lequel elles sont faites »⁷². En effet, il appartient au droit de « remplir les vues de la nature »⁷³ et c'est pourquoi il « est moralement obligatoire »⁷⁴. Par conséquent, tout se passe comme si le droit civil était placé sous le signe des règles transcendantes de la morale. Dans ce contexte, la conception qu'il a de la propriété, en la liant à la théorie des contrats et en soulignant « l'obligation morale qui en est la substance » et « l'obligation légale qui en est l'effet »⁷⁵, prend à cet égard une valeur symbolique. Seule, la raison — raisonnable comme l'était celle dont se réclamaient Pufendorf, Cumberland et Locke — imprègne l'esprit de justesse ; c'est elle seule qui découvre le fondement des institutions ou qui inspire l'ordre judiciaire. Donc, selon Portalis comme selon Domat ou Montesquieu, « les législateurs humains ne doivent être que les respectueux interprètes [des principes de l'équité naturelle] »⁷⁶. Cela est d'autant plus important que les lois civiles sont « souvent l'unique morale du peuple »⁷⁷, lui tenant lieu de la « raison naturelle dans les affaires de la vie »⁷⁸. Ainsi, dans « le sanctuaire des lois »⁷⁹, se projettent, comme en un miroir, les principes du droit naturel, à telle enseigne que le *Code civil*, conformément au grand dessein de Domat, expose la « place naturelle de toutes les lois destinées à former un tout »⁸⁰. Lors même que la prévoyance du législateur est limitée, elle n'est jamais prise en défaut puisque les maximes fondamentales du droit inspireront toujours une jurisprudence nouvelle ou une jurisprudence inédite. C'est bien pour cela que le juge, à l'office de qui Portalis consacre quelques pages éloquentes, lumineuses pour la philosophie du droit, peut, « dans le silence, l'opposition ou

⁷⁰*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 13.

⁷¹*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 40 ; « Discours de présentation » à la p. 105.

⁷²*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 5.

⁷³*Ibid.*, « Discours de présentation » à la p. 103.

⁷⁴*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 15.

⁷⁵F. Portalis, *supra*, note 54 à la p. XLV.

⁷⁶Portalis, *supra*, note 22, « Discours préliminaire » à la p. 4.

⁷⁷*Ibid.*

⁷⁸*Ibid.* à la p. 7.

⁷⁹*Ibid.* à la p. 8.

⁸⁰*Ibid.*, éd. de 1844, « Exposé des motifs du projet de loi » à la p. 292.

l'obscurité des lois positives », « consulter l'usage ou l'équité » qui est le « retour à la loi naturelle »⁸¹.

Rien donc n'est plus clair :

Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers⁸².

« Il sert de boussole, et les lois, de compas »⁸³. Jamais la loi ne peut « nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité »⁸⁴. La loi civile incline donc plus vers l'équité que vers la « raison d'État »⁸⁵.

À l'instar de Domat et de Montesquieu pour qui Dieu est, dans l'univers, principe, fin et modèle, Portalis associe la finalité du droit aux aspirations d'une sagesse pétrie de raison et soucieuse de morale civile. Très proche de Montesquieu, il déclare dans son *Discours de présentation* du *Code civil* :

On n'a pas perdu de vue qu'il ne suffit pas, en législation, de faire des choses bonnes ; qu'il faut encore n'en faire que de convenables ; que *l'esprit de modération est le véritable esprit du législateur et que le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites*⁸⁶.

Ainsi, ce qui rapproche les trois penseurs est leur commune défiance envers les idées nouvelles qui tendent à séparer l'homme, imbu de ses gloires, de ses divines racines. Explicite chez Domat, implicite chez Montesquieu et plus encore chez Portalis, survit en leur pensée la tradition augustinienne et janséniste selon laquelle il ne saurait y avoir de césure entre le surnaturel et le naturel : par conséquent, comme tout ce qui relève de la nature de l'homme, les lois par lesquelles il régit les sociétés doivent être, pour répondre à leur essence, imprégnées de la dimension de sociabilité qui est la marque du Créateur sur sa créature. La loi des hommes et la loi de Dieu ne sauraient être disjointes. Domat avait trouvé la formule qui résume cette philosophie : les lois civiles, disait-il, expriment « l'ordre naturel » que peut « sentir notre raison »⁸⁷ car « elles ont toutes leurs fondements dans les lois naturelles ». Aussi bien composa-t-il un magistral traité qu'il intitula *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

Montesquieu trouvera de même dans la loi de toutes les lois, voulue du « grand Jupiter » qui a créé et qui conserve l'univers⁸⁸, l'esprit que doit porter en elle la législation des hommes.

⁸¹*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 13.

⁸²*Ibid.* à la p. 15.

⁸³*Ibid.*

⁸⁴*Ibid.* aux pp. 53-54.

⁸⁵*Ibid.* à la p. 58.

⁸⁶*Ibid.*, « Discours de présentation » à la p. 99.

⁸⁷*Traité des Lois, supra*, note 3, I, para. 2.

⁸⁸*Supra*, note 44, I, I.

Quant à Portalis, il mettra en oeuvre l'esprit des lois en insistant, par son travail de codification, sur le merveilleux instrument de travail qu'est la raison, dont les capacités à la fois théoriques et pratiques permettent d'établir les rapports nécessaires entre la loi naturelle et les lois humaines.

Pourtant, malgré l'inspiration méta-juridique commune qui porte la conception des lois de Domat à Montesquieu et à Portalis, celle-ci n'a pas exactement le même enjeu chez les trois juristes : c'est ce qu'enseigne tout particulièrement leur théorisation du rapport de l'État et du droit.

II. Les enjeux politiques de la législation

La référence au droit naturel permet à Domat, à Montesquieu et à Portalis de donner au droit positif, ainsi que nous venons de le voir, un ancrage ontologique et axiologique qui assure la solidité de ses racines. Mais, juristes avant que d'être métaphysiciens, les trois auteurs savent toute l'importance du droit des Cités et ne peuvent éluder la dimension « politique » qui s'attache à un ordre de droit. Ainsi Domat, sur les bases théologico-anthropologiques qui sustentent les lois civiles, élabore-t-il une conception de la société politique dont l'ordre divin est la clef. Montesquieu, en dégagant l'esprit des lois, a découvert du même coup les assises du régime politique qui, pour ne point porter atteinte à la liberté, s'ordonne conformément à la sagesse que reflète la nature des choses. Et, si Portalis semble particulièrement discret en matière politique, il sait néanmoins, comme nombre d'hommes de son temps, que les enjeux politiques de la codification à laquelle il travaille sont immenses et portent en eux, au delà de l'avenir de la France, le progrès des États.

Toutefois, si la parenté philosophique de Domat, de Montesquieu et de Portalis s'affirme une fois de plus en ces perspectives politiques, elle laisse place à des constructions doctrinales dont les nuances manifestent des préoccupations sensiblement différentes. On n'en saurait évidemment tirer argument pour inscrire la pensée de ces auteurs dans un historicisme réducteur dont ils ne soupçonnent même pas d'ailleurs l'éventualité. Il reste que l'examen de leurs conceptions politiques porte la marque d'un temps et montre de manière exemplaire combien chacun est « fils de son siècle ». En effet, tandis que Domat enracine sa doctrine politique dans la tradition du droit divin des rois, Montesquieu s'interroge sur les moyens constitutionnels susceptibles d'arrêter dorénavant le despotisme qui envahit son siècle et Portalis cisèle les assises de la politique de l'avenir.

A. *L'autorité civile et le droit divin selon Domat*

Reprenant à son compte le vieil adage *Ubi societas, ibi jus*, Domat affirme, dès le début du *Traité des Lois*, que « les lois règlent et la conduite de chacun en particulier et l'ordre de la société qu'ils forment ensemble »⁸⁹. Il est donc

⁸⁹*Traité des Lois*, *supra*, note 3, I, para. 1.

amené non seulement à étudier la nature des lois qui régissent la société mais à s'interroger sur l'autorité de ceux qui la gouvernent.

D'une part, on ne peut comprendre la société politique si l'on ne se rappelle que Dieu a instillé à la nature humaine un principe d'amour. Domat n'ignore certes pas que les hommes ne pratiquent pas toujours la règle de l'universel amour et que leur désobéissance compromet l'ordre social : à l'amour mutuel par lequel la loi naturelle et divine unit les hommes dans la recherche du bien commun, ils ont tendance à substituer « un autre amour », tout opposé, qui s'appelle « l'amour-propre »⁹⁰ et qui n'est rien de moins qu'« une peste universelle » dont le venin est la source d'un déluge de maux.

Le janséniste Domat retrouve ainsi le thème augustinien des deux amours, auquel Pascal fait écho : l'un de ces amours « est pour Dieu, l'autre pour soi-même ». Mais, tandis que pour Pascal, le « moi lâssable » conduit l'homme à sa perte, pour Domat, l'amour-propre a beau désorganiser les plans de la sagesse divine, il ne met pas la socialité en péril : la nature humaine en effet est faite par Dieu de telle sorte que, quoi qu'il advienne, la loi naturelle demeure, comme le redira Montesquieu, « l'esprit » ou « l'âme » de toutes les lois. Autrement dit, dans les lois de la Cité des hommes, la loi naturelle et divine est toujours présente. La Cité terrestre n'est donc pas le lieu d'exil de la Cité céleste. Entre les deux Cités, la différence est, à coup sûr, immense, mais, dans la politique des hommes, les lois civiles renvoient toujours à l'ordre naturel. Les « lois arbitraires »⁹¹, qui sont positives et humaines — « celles qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir selon le besoin » — ont beau être relatives et muables, elles sont impossibles et impensables si l'on n'en rapporte le concept aux « lois immuables » par lesquelles « Dieu, destinant les hommes à la société, a formé les liens qui les y engagent »⁹². Antérieurement à toutes règles, ordonnances ou conventions, les décrets divins, décidés une fois pour toutes, s'imposent partout et toujours à tous sans avoir besoin d'être publiés⁹³. S'ils sont aisément reconnaissables dans le droit privé qui, comme le droit de la famille, des contrats ou des successions, s'enracine directement dans la nature humaine, ils sont présents aussi dans le droit public où ils fournissent un substrat et un principe recteur à la coutume, aux ordonnances royales et à la législation positive⁹⁴. Toutes les lois de la Cité manifestent l'union du spirituel et du temporel⁹⁵. Domat, pas davantage que Bodin, ne peut penser une séparation ontologique entre le monde naturel voulu de Dieu et le monde humain lors même que s'y déploient l'intelligence et la volonté. Ces deux mondes n'en sont qu'un. Le manichéisme est vide de sens ; la dualité est exclue de l'être et les différences ne sont pas altérité. En la

⁹⁰*Ibid.*, IX.

⁹¹*Ibid.*, XI, para. 1.

⁹²*Ibid.*, II, para. 3 ; XI, para. 32.

⁹³*Ibid.*, XII, para. 1.

⁹⁴*Ibid.*, XIII, para. 9.

⁹⁵*Ibid.*, XIV, paras 1 et 2.

volonté profonde de Dieu, tout est lié, donc, tout est un. La loi naturelle est un commandement universel à quoi rien n'échappe. Domat ne saurait donc admettre, comme Grotius, que le droit des hommes serait ce qu'il est « même si Dieu n'existait pas »⁹⁶. Son oeuvre n'est traversée ni par la pensée théorique d'une autonomisation du droit par rapport à la religion⁹⁷ ni par une volonté pratique de laïcisation de l'État et de ses structures juridiques. Elle manifeste une adhésion sans partage au classicisme chrétien.

D'ailleurs, dès lors qu'il s'interroge sur l'autorité civile et la puissance publique, Domat, très proche de Pierre Nicole, s'écarte des options radicalistes de Saint-Cyran et de Pascal et ne cache pas sa volonté d'unir jansénisme et thomisme. Il enseigne donc que Dieu, ayant voulu la nature humaine sociable et créé la société sur des fondements naturels, a également établi les pouvoirs qui ont vocation à la gouverner : *Non est potestas, nisi a Deo*⁹⁸. Comme Pierre Nicole, Domat loue « l'ordre politique » et demande que l'on s'élève à « la juste reconnaissance que l'on doit à Dieu pour les biens que l'on reçoit de Lui par le moyen de tout gouvernement réglé »⁹⁹.

Dans son traité du *Droit public*, Domat en effet expose d'abord la nécessité naturelle du gouvernement des sociétés : de même, dit-il, que, dans la famille, s'impose naturellement la puissance paternelle¹⁰⁰, de même que l'exercice des emplois requiert un chef pour les coordonner et les unir¹⁰¹, de même aussi qu'il faut, pour maintenir l'ordre des sociétés, « punir ceux qui le troublent »¹⁰², de même l'existence d'un gouvernement appartient à la nature des choses. De cette prémisse, il conclut que Dieu étant « le souverain naturel des hommes, c'est aussi de Lui que tiennent leur puissance et toute leur autorité tous ceux qui gouvernent »¹⁰³. « C'est Dieu même qu'ils représentent dans leurs fonctions »¹⁰⁴ : maintenir l'ordre public et la paix civile, rendre la justice, pourvoir au bien commun est l'office que Dieu leur a confié¹⁰⁵. En effet,

comme c'est Dieu qui est le seul Dominateur naturel des hommes, leur Juge, leur Législateur, leur Roi, il ne peut y avoir d'autorité légitime d'un homme sur d'autres qu'il ne la tienne de la main de Dieu¹⁰⁶.

Leur légitimité est fondée en Dieu et leur puissance est « participation de celle de Dieu »¹⁰⁷, à telle enseigne que Dieu lui-même voit des dieux en ceux qui ont

⁹⁶Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1625, Prolégomènes, XI.

⁹⁷Domat, *Traité des Lois*, XI, para. 34.

⁹⁸Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II, ae q.93 a.3.

⁹⁹P. Nicole, *Essais de morale*, t. II, Paris, 1701 à la p. 193.

¹⁰⁰*Supra*, note 9, titre I, s. I, para. 2.

¹⁰¹*Ibid.*, para. 3.

¹⁰²*Ibid.*, para. 5.

¹⁰³*Ibid.*, para. 6.

¹⁰⁴*Ibid.*, para. 6.

¹⁰⁵*Ibid.*, para. 7.

¹⁰⁶*Ibid.*, titre II.

¹⁰⁷*Ibid.*

reçu de Lui le droit de gouverner et de juger les hommes¹⁰⁸.

Cette conception du pouvoir divin des souverains, que Domat appuie sur de nombreuses références aux *Textes sacrés*, le situe aux antipodes de Hobbes : il ne pense jamais l'autorité civile en termes contractualistes. Seule, selon lui, « la main de Dieu » guide le Pouvoir et cela entraîne, dit-il, deux conséquences. La première est que, des diverses sortes de gouvernement qui font « la police générale d'un État », le régime monarchique est « le plus naturel et le plus utile »¹⁰⁹. Dans la monarchie en effet, chacun est à sa juste place ; à la différence de ce qui se passe dans les républiques, « les sujets ne s'avisent pas d'aspirer à la place du souverain ». Dieu n'appelle même les princes qu'à raison de leur naissance, évitant ainsi, dans la monarchie héréditaire, « les grands inconvénients » des régimes électifs, toujours secoués par des brigues et des cabales ; de surcroît, la loi salique, qui écarte les femmes de la succession au trône, y est véritablement une loi naturelle¹¹⁰. Cependant, on ne saurait affirmer sans nuances que « le gouvernement des républiques blesse l'ordre naturel et soit opposé à l'esprit de Dieu »¹¹¹ : la République, à Rome, fut grande et les apôtres, lorsqu'ils ont trouvé une république, n'y ont point touché. C'est donc que l'essence divine du Pouvoir (que révèle, lors du sacre, le geste du Prince prenant sur l'autel l'épée que « lui donne immédiatement la main de Dieu »¹¹²) entraîne une seconde conséquence, à savoir que la Justice « doit être l'âme du gouvernement »¹¹³, quel qu'en soit le régime. Dieu étant lui-même Justice et Vertu règne sur l'esprit et le cœur des hommes par l'intermédiaire des gouvernements souverains. Et comme la Justice est « le caractère essentiel » des gouvernements, « l'ordre divin en est le principe et en règle l'usage » : par elle et par elle seule, ceux que Dieu élève au rang de souverains ont pouvoir et devoir de légiférer et d'administrer en vue du bien public¹¹⁴. Par leur ministère, ils font régner la loi de Dieu sur les sociétés civiles. En contrepartie, ils ne méritent véritablement le titre de souverains que si leurs droits sont conformes à l'usage que Dieu leur commande de faire de la divine puissance dont ils sont dépositaires. L'exercice de la Justice dans l'État signifie ainsi que le Prince chrétien a des devoirs¹¹⁵ : reconnaître qu'il tient sa puissance de Dieu¹¹⁶ ; étudier et respecter la loi divine¹¹⁷ ; n'employer son autorité que pour le bien commun¹¹⁸.

¹⁰⁸*Traité des Lois*, *supra*, note 3, IX, para. 7.

¹⁰⁹*Droit public*, *supra*, note 9 à la p. 3.

¹¹⁰*Ibid.* à la p. 5.

¹¹¹*Ibid.*

¹¹²*Ibid.*, Titre I, para. 6.

¹¹³*Ibid.*, Titre II à la p. 7.

¹¹⁴*Traité des Lois*, *supra*, note 3, IX, para. 7.

¹¹⁵*Droit public*, *supra*, note 9, s. III.

¹¹⁶*Ibid.*, s. III, para. 1.

¹¹⁷*Ibid.*, s. III, para 2.

¹¹⁸*Ibid.*, s. III, para. 4.

Sans l'observance de ces devoirs, le souverain ne sera pas l'image de Dieu en terre et ne pourra se considérer « comme père du peuple qui compose le corps dont il est le chef »¹¹⁹. Lors même que « la puissance du souverain semble le mettre au-dessus des lois »¹²⁰, elle lui impose, à raison de son essence, d'observer et d'aimer la norme transcendante de Justice que veut universellement la loi naturelle de Dieu. Dans cet impératif, Domat retrouve l'exigence fondamentale du *justum legale* défini par Aristote¹²¹ et par saint Thomas¹²² et il condamne les Jésuites pour avoir établi une césure entre *jus* et *justitia* : cette violation de la loi naturelle conduit à la mort de l'État¹²³.

À l'évidence, Domat célèbre en son siècle la gloire du Roi qu'éclairent, selon lui, les lumières de la raison. Dans l'État que fonde le droit divin, l'ordonnement horizontal des lois des Cités puise sa cohérence et sa valeur dans la verticalité de la clarté divine, de sorte que l'ordre juridico-politique est le miroir de la loi naturelle. Dans le temps même où Louis XIV écrit que « Celui qui a donné les rois aux hommes a voulu qu'on les respectât comme ses lieutenants »¹²⁴, Domat, avant Bossuet, adosse sa conception du monde politique au dogme de l'origine divine du Pouvoir des rois. Il sait bien que, dans ce contexte doctrinal, des inquiétudes se cristallisent autour du thème connexe de la « raison d'État », dont Richelieu et Mazarin ont usé d'abondance. Il n'ignore pas non plus que les mazarinades ou les maximes d'un Claude Joly ont développé l'idée, avancée déjà par les Monarchomaques, d'un Pouvoir d'origine contractuelle et marqué de finitude. Sans nullement confondre, comme le font certains de ses contemporains, l'origine divine de l'autorité civile et le caractère absolu du pouvoir des rois, Domat, fidèle à la doctrine officielle de l'Église catholique romaine, estime qu'*aucun César ne peut se passer de Dieu*. Telle est la condition de l'unité politique d'un royaume et de son prestige : si tout, dans l'État, doit servir la gloire du roi, c'est qu'il est guidé par « la main de Dieu ».

Si Montesquieu, comme Domat, situe les lois civiles et politiques dans l'ordre naturel et sous la lumière de la raison, il donne à sa pensée une inflexion nouvelle.

B. L'horreur du despotisme et le constitutionnalisme libéral de Montesquieu

Le livre premier de *L'Esprit des Lois* est en parfaite concordance avec la philosophie de Domat qui établit une rigoureuse coïncidence entre *jus* et *justitia* : s'il n'en est pas ainsi, la raison défaille et, parce qu'elle viole la loi natu-

¹¹⁹*Ibid.*, s. III, para. 3.

¹²⁰*Ibid.*, s. III, para. 14.

¹²¹Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 7.

¹²²Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia IIae, q. 96, a. 1.

¹²³*Traité des Lois*, *supra*, note 3, XI.

¹²⁴Louis XIV, *Mémoires écrits par lui-même*, t. 2, Paris, Gamery, 1806 à la p. 285.

relle, l'État est menacé de mort. De cette prémisse jusnaturaliste, Montesquieu tire une conséquence dont la logique est indiscutable : un gouvernement est bon, dit-il, lorsque les lois ont du rapport avec la nature et l'ordre des choses sur lesquelles elles statuent¹²⁵. Toutefois, pour fonder l'autorité civile et pour juger de la valeur de l'appareil législatif en l'État, Montesquieu n'en appelle pas explicitement, comme le fait Domat, au décret de Dieu. Au seuil de *L'Esprit des Lois*, il dit qu'« il y a une raison primitive » et que Dieu a, par ses lois mêmes, « du rapport avec l'univers comme créateur et comme conservateur »¹²⁶. Tel est l'axiome fondamental d'une philosophie dont il confie que, vingt années durant, il a cherché les principes¹²⁷. Il ne revient pas, dans le cours de son oeuvre, sur cet énoncé principiel à partir de quoi tout ce qu'il cherchait est venu à lui. Il précise néanmoins que, dans le grand Tout du Monde, l'homme, étant sujet à l'erreur à raison de son intelligence bornée et enclin à des entreprises téméraires à raison des initiatives de sa volonté, « viole sans cesse les lois que Dieu a établies »¹²⁸. Il faut donc que les lois politiques et civiles le rappellent à ses devoirs et elles n'y peuvent parvenir que si la normativité de ces lois positives¹²⁹ n'étouffe pas les accents de la Nature. D'une part, en effet, la nature « est la plus douce de toutes les voix »¹³⁰ ; d'autre part et surtout, la raison oeuvre et doit oeuvrer en elles en établissant entre leurs prescriptions et la nature des choses un « rapport de convenance ».

Montesquieu donne ainsi à la théorie de Domat un prolongement original dont la formulation n'ira pas sans inquiéter les autorités religieuses du moment qui, en se méprenant, crièrent au spinozisme. Il explique que, lorsqu'un gouvernement, par sa nature et par son principe, sait exprimer, au moyen de son appareil législatif, les déterminations nécessaires de la nature des choses, il est un bon gouvernement. Mais ce qui pourrait passer pour une thèse d'épistémologie politique est en fait un engagement doctrinal : si tout ce qui va contre nature est pervers, c'est que dans un régime despotique, où l'anomie défie la loi naturelle et où l'anarchie procède du seul caprice du despote, la souveraineté, essence du politique, est totalement dénaturée. Contre toute raison, l'existence du despotisme contredit l'essence même du politique. Psychologiquement, il installe la crainte ; sociologiquement, il fait naître une uniformité sordide qui est signe de mort : sous la férule d'un maître absolu, la hiérarchie des êtres disparaît et le délire de puissance conduit celui qui se croit tout à considérer ses sujets comme égaux puisqu'en face de lui, ils ne sont rien. En sa déraison, qui défie l'échelle des êtres et des valeurs, le despotisme est un régime monstrueux qui, contre-nature, entraîne la politique hors de son ordre. Lors même que Domat n'a pas

¹²⁵*Supra*, note 44, XXVI.

¹²⁶*Ibid.*, I, I, à la p. 232.

¹²⁷*Ibid.*, « Préface » à la p. 231.

¹²⁸*Ibid.*, I, I à la p. 234.

¹²⁹*Ibid.*, I, III à la p. 236.

¹³⁰*Ibid.*, XXVI, IV, à la p. 754.

insisté sur les maléfices du despotisme, il aurait pu, philosophiquement, aboutir aux mêmes conclusions que Montesquieu. Mais l'analyse que *L'Esprit des Lois* donne du despotisme est lestée d'une combativité politique dont Domat ne soupçonnait pas qu'elle pût un jour devenir nécessaire dans la monarchie française. En effet, dès le temps des *Lettres persanes*, Montesquieu, sous le couvert de la fable et de l'apologue, donnait à son propos une allure polémique et se dressait contre les abus de pouvoir qui ponctuaient alors l'exercice de la Régence. Dans *L'Esprit des Lois*, en quittant le ton de la satire, il laisse entendre que le despotisme transforme la monarchie, qui est *de droit*, en un pseudo-régime politique, qui est *de fait*. C'est là ce que Richelieu¹³¹ et Louis XIV¹³² avaient été bien près de faire. Or, dans ces politiques qui, en bafouant les lumières naturelles de la raison au nom d'un rationalisme abstrait purement spéculatif, bousculent les équilibres naturels, le danger est énorme. Les défis réitérés à l'ordre cosmique préparent la transposition politique de l'idée métaphysique de néant, au bout de quoi ce qu'il y a d'humain en l'homme est anéanti : il est voué à « l'obéissance extrême »¹³³ ; il a « reçu l'ordre, et cela suffit »¹³⁴. Le refus des équilibres ontologiques de la nature va de pair avec le refus des équilibres axiologiques dont l'homme a besoin. Le despotisme est déjà un nihilisme.

La virulence critique de Montesquieu n'avait pas d'égal chez Domat, dont les jugements sur les régimes politiques s'entourent de nuances prudentes. Montesquieu, en lisant Domat, a arraché la raison philosophique à la neutralité politique ou, du moins, a éveillé un sens critique aigu car il a découvert dans l'omniprésence de la loi naturelle les raisons nécessaires de la liberté politique. Au classicisme de Domat, Montesquieu ajoute les hardiesses d'une préoccupation moderne. De l'affirmation du rapport qui unit les divers êtres entre eux et qui les unit aussi à la raison primitive du Créateur, ne peut, selon Montesquieu, se déduire aucun argument susceptible d'étayer l'idée du droit divin des rois. Le souci politique de Montesquieu est manifestement ailleurs. Dans le monde que gouverne Dieu, le gouvernement des hommes est, en définitive, affaire d'hommes. Lorsque Montesquieu élabore méthodiquement la typologie des gouvernements, il cherche leur nature et leur principe respectifs dans les figures de l'histoire concrète, géographiquement élargie, par ses voyages, à l'Europe et, par ses lectures, à l'Orient. Il conclut, certes — proche en cela de Domat — que les bons gouvernements sont ceux qui respectent l'esprit général des nations¹³⁵, donc, la nature des choses et les rapports de l'harmonie universelle, tandis que les mauvais gouvernements sont ceux qui, contre-nature, ignorent dans le monde des hommes le juste équilibre par quoi la loi divine et naturelle a établi

¹³¹*Ibid.*, V, X à la p. 289.

¹³²*Ibid.*, VIII, VI aux pp. 345-355.

¹³³*Ibid.*, III, VIII à la p. 258.

¹³⁴*Ibid.*, III, X à la p. 260.

¹³⁵*Ibid.*, XIX, IV à la p. 558.

et maintient l'harmonie cosmique. Mais, sur cette prémisse méta-politique, c'est à une réflexion *politique* que s'adonne Montesquieu. À la différence de Domat, il n'insiste pas sur l'essence divine du Pouvoir, il n'évoque même pas le geste symbolique du sacre ; il ne s'interroge pas sur les devoirs du Prince chrétien. Un autre souci l'anime, qui l'inscrit dans le mouvement des idées du XVIII^{ème} siècle : le souci de la *liberté*. Non seulement l'exemple de l'Angleterre, qui lui apparaît comme « le pays le plus libre du monde », attise sa réflexion, mais, homme d'un autre siècle que Domat, il cherche moins une théorisation de l'ordre politico-juridique que les principes à partir desquels l'humanité accomplit, dans son aventure politique, sa véritable destination. Au dogmatisme traditionaliste de Domat, il préfère la quête critique et toujours ouverte qui, partie de l'observation des moeurs, remonte à « la certitude des principes » dans la lumière desquels peut s'affirmer la vérité de l'homme.

Si donc il est vrai que, pour Montesquieu comme pour Domat, l'homme sans Dieu est une impossibilité, c'est le destin de l'homme dans son oeuvre politique qui intéresse Montesquieu au premier chef : de ce destin, il pense qu'il appartient à l'homme, dans les voies que Dieu a tracées pour lui donner des principes régulateurs, d'être l'artisan. C'est à lui qu'il incombe d'élaborer la charte de sa liberté en forgeant les clauses constitutionnelles par lesquelles le Pouvoir arrêtera le Pouvoir¹³⁶ : ce dispositif juridique, en distribuant les pouvoirs à des organes aux compétences fonctionnelles complémentaires les unes des autres, sera le palladium de la liberté et la protégera contre les assauts destructeurs des abus de la puissance.

Tandis que Domat cherchait — comme Bodin l'avait fait en son siècle — à asseoir la monarchie absolue de son temps sur des bases théoriques solides et se référait à la loi naturelle divine afin d'écarter les vertiges de l'arbitre humain dont il pressentait l'inflation, Montesquieu cisèle les clauses constitutionnelles d'un régime où la balance des pouvoirs, en reflétant l'équilibre naturel des choses, permettra aux hommes d'assurer la sauvegarde de leur liberté. L'enjeu politique de *L'Esprit des Lois* s'avère de la sorte tout ensemble pratique et théorique. Montesquieu propose un *réformisme* qui, arrêtant les effets de la loi de décadence à l'oeuvre dans l'histoire, rétablisse la connivence des lois civiles et politiques avec les loi naturelles.

C. *Les impératifs juridiques d'un parti de progrès selon Portalis*

La pensée de Portalis ne peut être disjointe des événements qui ont secoué la France durant la période révolutionnaire. Pour avoir pris la défense des Parlements, il avait dû, en 1789, chercher refuge à Lyon ; proscrit en 1797, il avait été contraint d'émigrer. Ces expériences douloureuses lui avaient fait détester, d'où qu'ils viennent, les excès et la violence. Par tempérament, il était

¹³⁶*Ibid.*, XI, VI à la p. 396.

un modéré, ce qui, à bien des égards, le rapprochait de Montesquieu ; cela explique que, en janvier 1794, il ait été l'un des premiers à dénoncer les positions extrémistes de la Convention ; cela explique aussi que toute sa carrière administrative — il fut chef du Parti constitutionnel sous le Directoire, puis Président du Conseil des Anciens avant d'être appelé par le Premier Consul à siéger dans la Commission de rédaction du *Code civil* — ait été marquée par une volonté modérantiste, faite d'esprit de mesure et de conciliation. À l'heure où, comme il dit, « la France respire »¹³⁷, le cours de l'histoire lui interdit d'être un homme d'Ancien Régime, inconditionnellement attaché au passé. Puisque la Constitution garantit le repos des citoyens, la France doit penser à sa prospérité. Alors, comme il est indubitable aux yeux de Portalis que « le *Code civil* est sous la tutelle des lois politiques [et] doit leur être assorti »¹³⁸, et puisque « les lois [sont] des actes de souveraineté »¹³⁹, on ne saurait établir de césure entre politique et droit¹⁴⁰. C'est une question de sagesse et l'on devine aisément que, sur ce point, Portalis a entendu la leçon de Montesquieu. Ne dit-il pas explicitement, comme lui, que le législateur doit avoir une idée claire des « principes » qui motivent ses projets de lois et des « rapports » que ces projets, en tous domaines (droit de la famille, tutelles, nature des biens, moyens d'acquérir, contrats, etc.) peuvent avoir avec le bien général et les moeurs publiques tout autant qu'avec le bonheur des particuliers et l'état présent des choses¹⁴¹ ? La sagesse du législateur commande que les lois aient du rapport avec « les moeurs, le caractère, la situation politique et religieuse »¹⁴², bref, avec ce qui, selon Montesquieu, détermine « l'esprit général d'une nation ».¹⁴³

Telle est la condition fondamentale pour faire de « bonnes lois civiles » qui préparent, avec le Code, l'avenir de la France. Portalis s'inscrit donc dans le parti du progrès :

Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover. On ne doit point céder à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau¹⁴⁴.

Cependant, Portalis récuse les débordements des prétentions novatrices :
Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changements et les réformes : si, en matière d'institutions et de lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent le théâtre des excès¹⁴⁵.

¹³⁷*Supra*, note 22, « Discours préliminaire » à la p. 4.

¹³⁸*Ibid.* à la p. 16.

¹³⁹*Ibid.* à la p. 17.

¹⁴⁰Cela ne signifie pas que la nature et la finalité des lois politiques et la finalité des lois civiles sont identiques (*ibid.* à la p. 58). Cependant, il y a entre elles un rapport étroit car « ce serait un grand mal qu'il y eût de la contradiction dans les maximes qui fondent le gouvernement des hommes ».

¹⁴¹*Ibid.* à la p. 21.

¹⁴²*Ibid.* à la p. 28.

¹⁴³*L'Esprit des Lois*, *supra*, note 44, XIX, IV à la p. 558.

¹⁴⁴*Supra*, note 22, « Discours préliminaire » à la p. 20.

¹⁴⁵*Ibid.* à la p. 20.

Aussi bien l'essentiel est-il « d'imprimer aux institutions nouvelles le caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes ». Une évolution brutale est un mauvais signe, qu'alourdit la versatilité des opinions et des idées. Portalis lui préfère, avec la prudence des Anciens, la démarche lente qui doit progressivement unifier un droit jusqu'alors diversifié et hétérogène.

Aux critiques de Montlosier qui lui faisaient grief de son attachement au passé, Portalis répond sans ambages : « Il s'agit uniquement, dans le projet de Code, de faire les changements que la force des choses a rendus indispensables ». Et il se fait « un devoir religieux de recueillir avec soin, dans les lois anciennes, tout ce qui peut être adapté à nos mœurs et à l'ordre présent de toutes choses »¹⁴⁶. Réagissant contre les désordres de la Révolution qui voulait briser, de manière abrupte, avec le passé, il entend construire la législation nouvelle en tirant les leçons d'un passé dans lequel — l'exemple romain, à ses yeux, en fait foi — les hommes avaient su allier harmonieusement la raison et la nature. La sage politique n'est donc pas pour Portalis une affaire de régime. Il se garde même d'édifier une typologie des régimes politiques afin de privilégier, parmi les différents modèles de gouvernement, celui qui lui paraîtrait le meilleur. Le bon législateur ne se définit pas par une préférence idéologique ; il est celui qui sait opérer

une *transaction* entre le droit écrit et les coutumes [...] toutes les fois qu'il est possible de *concilier* leur disposition ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général¹⁴⁷.

Cette volonté de conciliation fait de Portalis un réformateur et non un révolutionnaire. Sachant mieux que quiconque que l'ancien droit est désormais inapte à constituer la source formelle du droit positif de la France nouvelle — il sera abrogé en bloc par l'art. 7 de la loi du 30 Ventôse an XII —, il entend, sans renier les apports de l'oeuvre législative et administrative de la Révolution, « ne point répudier le riche héritage de nos pères »¹⁴⁸. Il n'est, selon la formule de Planiol, « ni réactionnaire ni révolutionnaire ». Sa philosophie politique, en laquelle se conjoignent ainsi des idées nouvelles et des maximes anciennes, se condense dans la définition qu'il donne des « bonnes lois civiles » au début du *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* :

De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la prospérité, et la garantie de toute paix publique et particulière : si elles ne fondent pas le gouvernement, elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de la vie, elles le suivent partout ; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté : enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui com-

¹⁴⁶*Ibid.*, « Observations sur le Code civil » à la p. 68.

¹⁴⁷*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 20.

¹⁴⁸*Ibid.*, « Discours de présentation » à la p. 96.

mande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité tout entière¹⁴⁹.

Ainsi, « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison »¹⁵⁰. Voilà pourquoi Portalis, au Conseil d'État, s'efforce, avec Tronchet et Bigot de Préameneu, de convaincre ses pairs et ses collaborateurs de la nécessité des définitions rigoureuses qu'appelle la raison ; voilà pourquoi aussi il expose dans ses *Rapports* que non seulement la publicité, d'ailleurs relative¹⁵¹, des lois, mais la clarté de leur énoncé et la simplicité de leurs termes doivent les rendre accessibles à l'intelligence commune — ce qui est, sans césure ni heurt, une manière de s'éloigner de l'Ancien Régime, des secrets et des mystères qu'il entretenait. Il ne faut point chercher en cela une profession de foi démocratique qui est très loin des idées de Portalis ; mais le respect du peuple impose la reconnaissance de tout citoyen comme sujet de droit : les droits de l'homme, pour Portalis comme pour les auteurs de la Déclaration du 26 août 1789, sont d'abord les droits du citoyen : le justiciable doit donc pouvoir connaître les lois et les règles de droit auxquelles il est soumis. En cette question de déontologie politique qui ne demande rien à l'idéologie, le but à atteindre est « le bien politique de la société »¹⁵² ; comme tel, il correspond, selon Portalis comme selon Montesquieu, à « l'esprit de modération [qui] est le véritable esprit du législateur » parce que « le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites »¹⁵³. On comprend, dans ces conditions, que la gauche du Tribunat ait estimé trop timides les intentions du Code et que l'Europe des émigrés et de la Contre-Révolution les ait vivement réprochées.

Il apparaît cependant que l'individualisme, héritage de la philosophie du XVIII^e siècle, marque nettement la pensée de Portalis : si la protection de la liberté est l'exigence régnatrice dont le *Code civil* ne saurait se détourner, la défense de la propriété individuelle, le droit de la famille et, plus nettement encore, le droit successoral ou le droit de changer de domicile¹⁵⁴ sont des requêtes essentielles du *Code civil*. Si donc « la vérité, surtout en matière de législation, est le bien de tous les hommes »¹⁵⁵, elle passe par les individus. L'individualisme, toutefois, n'a pas, pour Portalis, une figure exclusive ; il convient très probablement de voir en cela, comme chez Domat et chez Pothier, l'empreinte du jansénisme. Les lois, écrit en effet Portalis, fixent les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux les hommes qui appartiennent

¹⁴⁹*Ibid.*, « Discours préliminaire » à la p. 4.

¹⁵⁰*Ibid.*

¹⁵¹*Ibid.* à la p. 17.

¹⁵²*Ibid.*

¹⁵³*Ibid.*, « Discours de présentation » à la p. 99.

¹⁵⁴« Le droit de changer de domicile est un des plus beaux droits de la liberté humaine », *ibid.* à la p. 102.

¹⁵⁵*Ibid.* à la p. 91.

nent à la même cité¹⁵⁶. Sans doute ne hausse-t-il pas sa philosophie, comme le font Kant et Fichte qui sont ses exacts contemporains, jusqu'à la conception de l'intersubjectivité ; mais il comprend la nécessaire interaction du public et du privé. Les critiques qui lui font grief d'un individualisme exacerbé, donc rétrograde, sont mal fondées. D'ailleurs, Portalis ne cherche pas à choisir entre individualisme et socialisme : « Quand on s'avise de parler au nom de l'intérêt public..., on est sûr de rencontrer tous les intérêts privés »¹⁵⁷. Aussi bien dénoncer dans le Code qu'il a préparé un « produit typique du libéralisme de l'*Aufklärung* » revient-il à lui prêter une intention de militantisme politique qui ne lui appartient pas. L'importance qui lui fut aussitôt reconnue en France et l'influence qu'il exerça hors de France suffirent à prouver que sa pensée transcendait la conjoncture politique de son temps. Loin de s'enliser dans la nostalgie d'un passé dont il aurait aspiré à restaurer les formes et l'esprit, il a préparé la France de l'avenir et il l'a préparée en dehors des considérations politiciennes des régimes et des partis. Les lois civiles ne peuvent certes pas être indépendantes des lois politiques, mais, dans l'État, le droit possède une vocation essentielle et fondamentale : sa finalité n'est pas de favoriser une forme de gouvernement, mais de servir, conformément aux exigences de la raison naturelle, la paix et la justice : la liberté et la prospérité en seront les fruits.

* * *

De Doinat à Montesquieu et à Portalis, se manifeste donc le même souci d'un droit qui, enraciné dans la nature des choses, promeut et sauvegarde la liberté des citoyens. Les trois jurisconsultes oeuvrent à la construction rationnelle d'un droit qui cherche à se systématiser en obéissant à l'inspiration unitaire et unifiante de « l'esprit » qui l'ordonne. Dans leurs oeuvres respectives, le droit prend formellement la figure d'une architecture dont le vaste dispositif subsume, dans les divers domaines de l'existence humaine, la pluralité des cas. Philosophiquement, ce droit positif ne se suffit pas à lui-même comme, d'une certaine manière, l'oeuvre de Grotius et celle de Hobbes en laissaient poindre le pressentiment ; il s'articule à la loi naturelle divine et transcendante qui est antérieure et supérieure à tous les décrets du décisionnisme des hommes. La conception classique du droit naturel inscrit par le Créateur dans le tout du monde sous-tend, comme un dénominateur commun, les trois grandes oeuvres que nous avons explorées. Et il est assez remarquable que, avec la même constance, elles déchiffrent sous les lumières naturelles de la raison les exigences auxquelles doit obéir le droit des hommes pour élaborer « la bonne législation » qui humanisera l'humanité.

¹⁵⁶*Ibid.* à la p. 92.

¹⁵⁷*Ibid.* à la p. 93.

La parenté intellectuelle et philosophique des trois auteurs est donc profonde et explique en grande partie les majestueuses chaînes logiques que déploient leurs oeuvres respectives en insistant sur la valeur des principes qui les fondent et des rapports nécessaires qui les lient. En utilisant un langage qui n'est pas le leur, on pourrait dire qu'ils ont dessiné un ordre normatif dans lequel les vertus de la rationalité permettent au droit, enraciné dans la transcendance de la loi naturelle, de fixer ses clauses prescriptives et de les ordonner en un vaste plan distributif.

L'aspect le plus original de la triade jusnaturaliste que nous avons interrogée, toutefois, n'est pas là. Elle réside dans la signification du rapport qu'entretiennent entre eux le droit et la politique. En effet, Domat, Montesquieu et Portalis sont d'accord pour distinguer, sans les séparer, les lois civiles et les lois politiques. Mais, dans la progression des trois oeuvres, se lit la marche du temps : tandis que « les lois civiles dans leur ordre naturel » se déploient chez Domat, comme un siècle plus tôt chez Bodin, au service de l'idée monarchique fondée dans la croyance au droit divin des rois, Portalis n'a cure ni d'asseoir ni de justifier un régime politique. Conscient de ce que la France anté-révolutionnaire appartient à un passé dépassé, il se tourne vers l'avenir et, comme les philosophes du XVIII^{ème} siècle, parle de progrès, sans renier pour autant l'héritage des temps anciens. Mais dans sa volonté d'élaborer un droit synthétique qui ne préconise ni la restauration d'un ordre caduc ni la nécessité d'une révolution pour préparer l'avenir, il ne s'attarde pas à l'étude des formes politiques. L'altitude du droit civil dépasse le pragmatisme des formes gouvernementales. Elle tient à la fois aux principes dont il procède et aux fins qu'il a vocation à atteindre. La vérité du droit civil ne tient pas à sa valeur instrumentale et transcende toute praxéologie politique.

La philosophie du droit de Montesquieu, dont l'oeuvre est à la mitan du siècle qui sépare Domat de Portalis, tient le juste milieu entre la préférence monarchiste de l'un et le juridisme de l'autre : elle est indissociable de l'espérance libérale par laquelle les « bonnes lois » sont l'oeuvre d'une politique constitutionnelle capable d'arrêter le pouvoir par le pouvoir. Le droit civil est tributaire du droit politique et Montesquieu n'en conçoit la validité — c'est-à-dire la possibilité d'assurer la liberté des citoyens — que lorsqu'il s'inscrit dans le cadre de la Constitution définissant et limitant les compétences des organes de l'État. Montesquieu ne peut penser la téléologie d'un ordre juridique indépendamment du cadre et des moyens que définit la politique.

La parenté et les divergences qui unissent et distinguent ces trois juristes philosophes jettent en pleine lumière la difficulté qu'il y a à préciser l'articulation de l'ordre juridique et de la théorie politique. Entre le traditionalisme de Domat et le réalisme programmatique d'une codification que marque, chez Portalis, la marche de l'histoire, les espérances libératrices du réformisme juridique de Montesquieu répondent fondamentalement au souci politique d'endiguer le nihilisme despotique. Il est assez remarquable que la référence jusnatu-

raliste commune aux trois grandes oeuvres, loin de conférer à la pensée du droit une dimension éternitaire, révèle en chacun des trois jurisconsultes, comme en un miroir, le souci d'arracher l'ordre juridique aux menaces qui pèsent sur leur temps.
