

# L'OFFICE DU LÉGISLATEUR

**Par Michel TROPER**

*Professeur émérite de droit public  
Université Paris-Nanterre*

## SOMMAIRE

- I. – LES BIENFAITS DE LA LÉGISLATION**
  - A. – *La liberté définie comme soumission à la loi***
  - B. – *Les limites des bienfaits de la législation***
- II. – LA RECHERCHE D'UNE BONNE LÉGISLATION**
  - A. – *La modération***
  - B. – *La rationalité, la science de la législation***

Monsieur le Président, chers Collègues, chers étudiants, Mesdames, Messieurs,

J'ai été très honoré, heureux, flatté, d'avoir été invité à participer à cette journée d'étude et à réfléchir avec vous sur l'office du législateur<sup>1</sup>. D'ordinaire, une telle invitation est adressée à un expert de la question ou tout au moins à quelqu'un qui, sans être expert, l'aurait abordée au détour d'une recherche, ce qui n'est pas mon cas. Je suis donc reconnaissant aux organisateurs de prendre un risque en me donnant l'occasion de tenter de découvrir une question, qui pour moi est nouvelle.

À vrai dire, elle n'est pas nouvelle seulement pour moi. En effet, alors qu'on parle fréquemment de « l'office du juge », l'expression « l'office du législateur » se rencontre rarement et la première question est de comprendre les raisons pour lesquelles elle n'est guère employée et pour lesquelles on peut être tenté aujourd'hui de parler en ces termes du pouvoir législatif.

Commençons par le terme « office ». Dans son sens organique, il désigne un emploi, une charge à laquelle est attachée une certaine dignité, par exemple, sous

---

<sup>1</sup> Dans ce qui suit, le terme de législateur sera employé exclusivement pour désigner l'autorité habilitée à produire des lois objectivement valables et obligatoires, celle qui dispose d'un pouvoir décisionnel et qui possède par conséquent la qualité d'auteur de la loi au sens juridique. Ne sont pas législateurs en ce sens, ceux qui participent à un titre quelconque, par exemple en tant qu'experts, conseillers ou par leur influence politique à la préparation des projets de loi, mais sans pouvoir contraindre ou empêcher le législateur.

l'Ancien Régime l'office de président du Parlement de Paris<sup>2</sup>. Mais il désigne aussi au sens fonctionnel par métonymie, l'ensemble des tâches que doit accomplir le titulaire de cet office, donc, sa fonction.

Cependant, « office » n'est pas tout à fait synonyme de « fonction », ce qui ressort clairement du récit de la mort de DANTON. Avant même de prononcer la fameuse phrase « *bourreau, montre ma tête au peuple. Elle en vaut la peine* », il avait dit, en montant sur l'échafaud, « *Allez, citoyen bourreau, fais ton office !* » Il n'a pas besoin de préciser en quoi consiste l'office du bourreau, parce que c'est un geste précis sans aucune marge d'appréciation. L'office consiste donc à exécuter dans tous les sens de ce terme. Le bourreau n'est pas maître d'apprécier la valeur de la sentence, ni de déterminer les modalités ou le moment de l'exécution ; il doit seulement accomplir le geste prescrit. Quelques années plus tard, dans un passage célèbre des *Trois Mousquetaires*, DUMAS écrit que, après avoir retrouvé et condamné l'abominable Milady, les mousquetaires remettent une bourse au bourreau, mais celui-ci la jette à l'eau en disant « *je ne fais pas un métier, mais mon devoir* »<sup>3</sup>. L'office est donc un devoir lié à un emploi, qui ne laisse aucune marge d'appréciation et dont l'accomplissement a une valeur morale.

On comprend alors pourquoi l'on parle de l'office du juge : pas seulement pour définir sa fonction, mais pour nier son pouvoir discrétionnaire. La question a en réalité une double dimension : descriptive et normative et dans les deux cas, elle est lourde de sens politique. D'un point de vue descriptif, ce qu'on demande c'est si le juge se borne à appliquer le droit ou s'il est aussi producteur de droit, d'un point de vue normatif, s'il est normal qu'il en produise ou au contraire, comme sous la Révolution française, s'il faut à tout prix l'en empêcher, notamment parce qu'il empiéterait ainsi sur le pouvoir législatif et usurperait la souveraineté de la nation.

On peut d'ailleurs multiplier les questions descriptives et normatives : si le juge est créateur de droit, par quels moyens peut-il créer du droit alors qu'il est censé se limiter à l'application de la loi à des cas concrets et se borner à trancher des litiges ? Quel genre de droit peut-il créer, des normes individuelles ou des règles générales ? Qu'est-ce qui peut le justifier au regard de la théorie démocratique ?

On comprend du même coup pourquoi l'on parle si rarement de l'office du législateur, pour qui ce type de problèmes ne se pose pas, en tout cas, pour le législateur dans un système étatique classique, comme celui que nous connaissons en France depuis la Révolution. On sait bien que sa fonction découle de son titre même, au point que la constitution ne le précise pas toujours : elle consiste à faire des lois, qui sont évidemment du droit et l'on sait bien qu'il les produit autrement que le juge est censé le faire (ou prétend le faire), c'est-à-dire en appliquant des règles supérieures au moyen d'un raisonnement déductif, qu'il indique (ou prétend indiquer) en donnant les motifs de ses décisions, car le législateur produit quant à lui ses décisions tout simplement en exprimant sa volonté et pour des motifs

<sup>2</sup> R. DESCIMON, « Offices », in S. RIALS et D. ALLAND, *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris, PUF, 2010.

<sup>3</sup> A. DUMAS, *Les Trois Mousquetaires*, chapitre LXVI, « L'exécution », Paris J.-B. Follens et L.-P. Dufour, 1849.

d'opportunité. Il peut certes indiquer ses raisons, mais il n'a pas l'obligation de le faire et la qualité de son raisonnement, lorsqu'il l'a communiqué, n'affecte en rien la qualité de la loi. La volonté suffit. C'est pourquoi l'on parle au XVIII<sup>e</sup> siècle de pouvoir législatif ou de puissance législative, alors que, comme l'écrit MONTESQUIEU « *la puissance de juger est en quelque sorte nulle* »<sup>4</sup>.

On trouve pourtant l'une des rares occurrences du terme « office » associé au législateur ou à la loi, dans le *Discours préliminaire au Code civil* par PORTALIS. Rien d'étonnant à cela : PORTALIS veut préserver le rôle du juge dans la production du droit et donc limiter le rôle du législateur. Il écrit donc que « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.* »<sup>5</sup> Voilà donc le pouvoir législatif transformé en devoir du législateur.

PORTALIS amorce ainsi une distinction entre les règles les plus générales et la détermination des détails, par l'administration et la magistrature, une distinction qui correspond à l'esprit de l'Ancien Régime, en tout cas, tel que le concevaient les rois<sup>6</sup>.

Cette distinction marque donc une volonté de rupture avec la vision de la Révolution française. Pour les révolutionnaires, la question de l'*office* du législateur ne se posait pas. Les seules questions qui se posaient ne concernent pas la nature de la fonction ou ses limites. La fonction consistait à faire des lois, c'est-à-dire à exprimer la volonté générale, la volonté du souverain et par définition elle ne pouvait connaître aucune limite. On recherche seulement les règles de procédure qu'il convient d'adopter pour avoir de bonnes lois, ou bien le contenu qu'il faudrait donner à ces lois. En d'autres termes, ce sont des questions de politique, politique constitutionnelle dans le premier cas, politique législative dans le second.

C'est que l'exercice de la volonté – et la législation n'est que l'exercice de la volonté du souverain – est distinct de la raison<sup>7</sup>. La législation peut être vue

<sup>4</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1<sup>ère</sup> édit. 1748), Paris, Flammarion, 2005, XI.6.

<sup>5</sup> J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, [http://classiques.uqac.ca/collection\\_documents/portalis/discours\\_1er\\_code\\_civil/discours.html](http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours.html).

<sup>6</sup> F. DI DONATO, *L'ideologia dei rois nella Francia dei Lumi: costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime, 1715-1788*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2003.

<sup>7</sup> Kelsen a même pu soutenir qu'il n'y a pas de possibilité même logique de syllogisme pratique. En effet, alors que dans le syllogisme théorique la conclusion est déjà contenue dans la majeure : pour dire que « *tous les hommes sont mortels, je dois savoir que Socrate est mortel* » la déduction ne sert à rien. Mais si le législateur dit que tous les voleurs doivent être punis, ce n'est pas parce qu'il sait d'avance que tel ou tel voleur, qui n'est pas encore né, doit être puni. Cette théorie a pu être contestée et en partie réformée par Letizia GIANFORMAGGIO : L'inférence « *tous les voleurs doivent être punis ; X est un voleur ; donc X doit être puni* » est certes valide, logiquement valide, mais la décision « *le voleur Dupont doit être puni* » n'est pas juridiquement valide pour cette raison, mais seulement si et parce qu'elle émane d'un juge compétent. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch.

comme transposition du droit naturel, mais elle ne peut en être déduite. Pour le dire autrement : quand bien même il y aurait un principe de droit naturel proclamant que tous les hommes sont égaux en droit, le législateur doit encore exprimer sa volonté pour qu'ils le soient et s'ils le sont ce sera seulement parce que le législateur l'aura voulu et non parce qu'il se sera conformé à une obligation de transposer le droit naturel dans le droit positif. Ajoutons que la volonté du législateur aura été nécessaire non seulement pour donner des droits égaux, mais aussi et surtout pour déterminer en quoi consiste l'égalité.

Il est donc entendu sous la Révolution que, puisque la loi est l'expression de la volonté générale, ceux qui l'énoncent ne peuvent être que les représentants du souverain – c'est pourquoi dans la Constitution de 1791 les représentants sont le corps législatif et le roi, qui dispose d'un droit de veto – et que puisque la souveraineté est un pouvoir absolu, *absolutus*, qui n'est soumis à aucune loi, le souverain et donc ses représentants, peuvent tout.

Il n'y a donc pas sous la Révolution d'office du législateur, mais seulement une puissance suprême. ROBESPIERRE a même pu dire qu'il n'y a qu'une seule puissance, celle de la loi. Il ne faisait d'ailleurs que répéter MONTESQUIEU pour qui « *des trois puissances, celle de juger est en quelque sorte nulle* »<sup>8</sup>.

Mais aujourd'hui, puisque nous parlons d'une crise de la loi, d'une crise de la représentation, d'une limitation des pouvoirs du Parlement national et d'une limitation évidemment encore plus étroite des pouvoirs des autres législateurs, les idées de PORTALIS peuvent paraître à certains plus proches des réalités et surtout des idéaux contemporains.

Il faut pourtant prendre conscience d'une contradiction fondamentale entre l'attente des bénéfices qu'on peut attendre de la législation et la tentation de soumettre le législateur à la raison.

## I. – LES BIENFAITS DE LA LÉGISLATION

Il s'agit du bénéfice qu'on doit attendre d'une législation quelle qu'elle soit, tout simplement en raison des qualités de la loi, la généralité et la fixité. Ce bénéfice, qui détermine avant tout la liberté des sujets, est pourtant paradoxalement limité en raison de ces qualités mêmes.

### A. – *La liberté définie comme soumission à la loi*

C'est MONTESQUIEU qui définit ainsi la liberté : Ce n'est pas le droit de faire ce qu'on veut, mais « *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 vouloir* »<sup>9</sup>. Il faut souligner que c'est la définition de la liberté « dans une société où il y a des lois », car ce qu'on doit vouloir, n'est pas ce que la morale ordonne, mais ce que la loi prescrit. Mais

---

EISENMANN, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1962 ; L. B. GIANFORMAGGIO, *In difesa del sillogismo pratico, ovvero, alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milano, Giuffrè, 1987.

<sup>8</sup> *Loc. cit.*

<sup>9</sup> *De l'Esprit des lois*, XI, 3.

qu'est-ce qui peut justifier de réduire la liberté à la soumission à la loi ? C'est une analogie entre la liberté de l'homme dans la nature et sa liberté dans la société. Dans la nature, notre liberté vient de la permanence des lois du monde physique, qui nous permet de connaître et de prévoir les conséquences de nos actions. C'est grâce à la connaissance des lois de la gravitation que nous ne sautons pas par la fenêtre pour tenter de voler comme des oiseaux. Il en va de même dans la société, dans laquelle nous ne serions pas libres si nous étions soumis à des commandements particuliers et imprévisibles, tandis que la généralité et la fixité des lois nous permettent de savoir quelles sont les conduites permises et interdites et d'exercer un choix éclairé.

Notons que, selon cette conception, nous sommes libres, même si nous n'avons eu aucune part à la confection de la loi, même si celle-ci est sévère, voire injuste, mais bien entendu notre liberté s'accroît si nous participons, au moins indirectement, à la production de la loi, parce que nous sommes alors soumis à notre propre volonté.

Mais en tout cas, tout serait perdu si, au moment de l'exécution, la loi pouvait être modifiée au gré des caprices de l'autorité d'application, administration ou juge, ou si cette autorité pouvait refuser de l'appliquer ou émettre des commandements particuliers qui ne seraient pas l'application d'une loi antérieure. La liberté exige donc la séparation des pouvoirs. Mais, c'est là que le bât blesse.

#### B. – *Les limites des bienfaits de la législation*

Il y a des limites qui tiennent à la forme même de la législation, d'autres qui tiennent à son contenu.

La liberté du citoyen présuppose que la loi est non seulement générale, mais aussi claire et fixe de telle manière que chacun puisse connaître à l'avance les conséquences de ses actions. Or, elle ne peut être réellement ni claire, ni fixe et l'on parle d'une crise du principe de légalité<sup>10</sup>.

La première raison en est qu'elle s'énonce dans le langage ordinaire, qui est nécessairement vague et ambigu, de sorte que, avant d'être appliqué, il doit nécessairement être interprété. Or, l'interprétation n'est ni une science, ni une technique exacte. Elle est fonction de la volonté et nul ne peut jamais prévoir comment une loi sera interprétée, ni combien de temps l'interprétation sera maintenue. On a même pu dire que le véritable législateur n'est pas celui qui a adopté la loi, mais celui qui l'interprète. C'est pourquoi, sous la Révolution française, on avait voulu interdire l'interprétation, ce qui s'est immédiatement révélé impossible et a même entraîné des effets pervers<sup>11</sup>. On n'est donc pas soumis à la loi, mais à des interprétations de la loi<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> G. ACOCELLA (éd.), *Materiali per una cultura della legalità*, 2022.

<sup>11</sup> M. TROPER, « La forza dei precedenti e gli affetti perversi del diritto », *Ragion pratica*, juin 1996, p. 65.

<sup>12</sup> M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in M. TROPER, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, 2001, p. 69-84.

Une deuxième raison est que le législateur ne peut lui-même connaître toutes les situations qu'il lui faut régir. Il est donc tenté soit, comme le préconisait PORTALIS, de s'en tenir à des principes généraux et de laisser le soin de régler les détails à des administrateurs ou à des juges, dont on ne peut prévoir le comportement, soit de faire des lois particulières en très grand nombre, qui risquent de n'être que des lois de circonstances, d'ailleurs trop nombreuses, confuses et mal rédigées, parce qu'il lui manque la maîtrise technique et qu'il lui faudra les changer rapidement.

Mais, bien évidemment, la principale limite aux bienfaits de la législation, provient de ce qu'ils tiennent exclusivement à la généralité et à la fixité de la loi, c'est-à-dire à la forme, si bien qu'ils s'effacent lorsque la loi est tyrannique, même si ce n'est pas une loi de circonstance, même si elle ne laisse aucune marge d'appréciation. En d'autres termes, la liberté politique garantie et mal garantie, comme on vient de le voir, par la séparation des pouvoirs n'est qu'une illusion, comme le montrent d'ailleurs les nombreux exemples de démocraties illibérales, qui peuvent opprimer leurs citoyens dans le respect formel des principes de l'État de droit.

C'est pourquoi, certains voudraient non seulement des lois, mais aussi et surtout de bonnes lois.

## II. – LA RECHERCHE D'UNE BONNE LÉGISLATION

Dès l'époque des Lumières, le constitutionnalisme se rattache au libéralisme, qui vise à garantir, au-delà de la liberté politique conçue comme simple soumission aux lois, une liberté politique définie cette fois, par MONTESQUIEU lui-même, comme « *cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté* »<sup>13</sup>. Cette liberté-là, on ne peut l'attendre que de bonnes lois, c'est-à-dire d'un bon législateur et un bon législateur est un législateur modéré et rationnel.

### A. – *La modération*

La modération, qui avait depuis toujours été perçue comme une vertu morale de l'individu, liée à la tempérance et à la tolérance est, à l'époque des Lumières, et tout particulièrement chez MONTESQUIEU, un concept permettant de distinguer les formes de gouvernement : d'un côté, le gouvernement modéré, de l'autre le gouvernement despotique. Le gouvernement modéré est celui qui est le plus propre à respecter l'autonomie des sujets<sup>14</sup>. Il faut donc que la constitution favorise une législation dont le contenu sera modéré et le moyen d'y parvenir est qu'aucun pouvoir ne soit sans contrôle.

Dans la Constitution d'Angleterre, la modération de la législation est attendue de la structure même du pouvoir législatif, qui est, non pas divisé, mais exercé

<sup>13</sup> EDL, XI, 6 ; cf. C. LARRERE, « Le civique et le civil. De la citoyenneté chez Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n° 3, 2010, p. 41-61, <https://montesquieu.ens-lyon.fr/spip.php?article332>.

<sup>14</sup> G. BENREKASSA, « Modération », *Dictionnaire Montesquieu*, <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/fiche-consultation>.

conjointement par trois autorités, la Chambre des Communes, la Chambre des Lords et le Roi, qui ont des intérêts opposés. Comme aucune loi ne peut être faite sans le consentement de ces trois organes, ils seront contraints de faire des compromis. C'est ce type d'organisation, appelé au XVIII<sup>e</sup> siècle « *balance des pouvoirs* », qui est repris dans de nombreuses constitutions jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avec, bien sûr, quelques variantes, certaines font du pouvoir exécutif l'une des autorités législatives en lui accordant un droit de veto, l'une des chambres, la chambre haute, peut être aristocratique ou non, mais l'essentiel est que toute loi nouvelle exige des compromis. Cette structure est celle que l'on rencontre par exemple dans la Constitution des États-Unis, Constitution française de 1791, celle de la Charte de 1814, de la Constitution belge de 1830, etc.

Mais la balance des pouvoirs n'est pas le seul instrument dont on attend qu'il procure une législation modérée. On attend aussi de règles de procédure qu'elles empêchent l'adoption trop rapide de lois au contenu extrême, ainsi l'examen des projets ou propositions en commission avant la délibération en séance plénière, la multiplication des lectures, l'obligation de respecter des délais entre les lectures, les modulations de la liberté d'amendement ou encore des exigences de majorité qualifiée pour certains types de lois.

La loi électorale qui contribuera à déterminer la composition politique du Parlement peut, elle aussi, avoir pour effet de modérer la législation en incitant au compromis. L'un des arguments de KELSEN en faveur de la représentation proportionnelle était qu'il n'y aurait probablement pas de majorité au Parlement, de sorte que les partis seraient contraints de s'accorder pour adopter des lois et de céder sur leurs exigences les plus radicales.

La division entre la loi et le règlement d'application peut elle aussi contribuer à la modération. Cette distinction, déjà souhaitée par PORTALIS, entre deux niveaux de généralité (à la loi, les principes, au règlement, l'application) peut faire que, pour faire adopter une loi énonçant un principe, on lui donne une portée qui le rende acceptable par tous, ou bien on lui donne ou bien une formulation très radicale, mais que le gouvernement, l'administration ou les juges, à qui l'on aurait reconnu une marge d'appréciation, pourront l'appliquer avec modération.

De même, le partage du pouvoir législatif entre des autorités nationales ou fédérales et des autorités locales peut avoir un effet semblable. Une législation peut être modérée si elle ne s'impose pas de manière uniforme et si elle s'adapte aux situations locales. On parle aux États-Unis de souveraineté des États, bien qu'ils ne disposent pas d'une puissance absolue, car ils sont soumis à la Constitution fédérale et qu'ils ne disposent pas, comme les États pleinement souverains, de la compétence de la compétence, parce que, dans certains domaines, ils sont maîtres d'adopter des règles de façon autonome. Les membres conservateurs de la Cour suprême justifient ainsi toute une jurisprudence et présentent par exemple la récente décision *Dobbs* sur l'avortement comme une position intermédiaire entre l'interdiction de l'avortement et l'autorisation sans conditions, puisque les États sont libres de légiférer pour l'autoriser ou l'interdire. Ces mêmes juges soutiennent au demeurant qu'ils exercent eux-mêmes leur pouvoir avec modération et prati-

quent le « *judicial restraint* », car n'étant pas élus, ils disent s'efforcer de s'en remettre aux représentants du peuple<sup>15</sup>.

Nous savons bien pourtant que cette décision ne résulte pas réellement du texte de la Constitution, mais d'une interprétation, c'est-à-dire d'une opération de la volonté, que cette interprétation pourrait être toute différente, qu'elle l'a d'ailleurs été dans le passé et que l'argumentation des juges conservateurs n'est qu'une justification destinée à masquer leurs préférences politiques.

C'est pourquoi, les partisans du contrôle de constitutionnalité des lois reviennent parfois, mais avec d'autres termes, à l'idée qu'il serait justifié par la balance des pouvoirs. Reconnaisant que les cours constitutionnelles participent à l'exercice du pouvoir législatif, ils reprennent la formule de MONTESQUIEU selon laquelle il fallait « *que le pouvoir arrête le pouvoir* », et soutiennent que les cours modèrent la législation en s'opposant aux lois qui portent atteinte aux droits fondamentaux ou aux droits des minorités. Cette justification ne va pourtant pas sans difficulté. Si les cours ne peuvent contrôler les lois que par rapport à la constitution, s'il leur faut nécessairement en interpréter le texte et si l'interprétation comporte une marge importante de pouvoir discrétionnaire, alors elles peuvent bien être considérées comme des contre-pouvoirs, mais si des juges non élus peuvent opposer leur propre volonté à celle des élus du peuple, on ne peut plus prétendre que le système est une démocratie<sup>16</sup>.

À défaut d'attendre la modération du compromis, on peut tenter de soumettre la législation à la raison et à la science.

### B. – *La rationalité, la science de la législation*

L'espoir de fonder la législation sur la science est ancien. L'un des premiers à donner ce titre à un livre fut, au siècle des Lumières, le philosophe napolitain FILANGIERI et l'espoir de fonder la législation sur la science s'est prolongé, par exemple avec BENTHAM et au-delà<sup>17</sup>. Depuis quelques années s'est développée une discipline intitulée « *légisprudence* »<sup>18</sup>.

Le terme est évidemment calqué sur celui de « *jurisprudence* » quand celui-ci désigne non seulement une source du droit, le produit d'un ensemble de décisions juridictionnelles, mais aussi les doctrines qui en constituent les fondements et qui proviennent de la science, c'est-à-dire de la sagesse, des juges. Cette sagesse était assimilée à la raison, mais non pas la raison naturelle, le bon sens, commun à tous les hommes, une raison « *artificielle* », qu'on ne peut acquérir par l'étude du droit. Il ne s'agit donc pas de science au sens strict, mais d'un discours défini par son objet et sa relative cohérence interne et qui s'efforce de mettre en relation le conte-

<sup>15</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022).

<sup>16</sup> M. TROPER, Chapitre XXI. « *Justice constitutionnelle et démocratie* », in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 329-346.

<sup>17</sup> *La scienza della legislazione*, Napolin 1780-1785 ; J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, 2<sup>e</sup> éd. 1789, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2011.

<sup>18</sup> L. WINTGENS, *Legisprudence: practical reason in legislation*. Applied legal philosophy. Farnham, Surrey, England ; Burlington, VT, Ashgate Pub, 2012.

nu de la législation avec des données extérieures, qu'elles soient physiques, économiques ou sociales. La célèbre définition des lois par MONTESQUIEU, comme les « *rappports qui dérivent de la nature des choses* » pourrait être considérée comme l'origine de légisprudence<sup>19</sup>.

Au Conseil d'État belge, l'usage de ce terme permet de distinguer la production du Conseil d'État selon la fonction qu'il remplit : la jurisprudence désigne les arrêts rendus par le Conseil d'État en tant que juge administratif (section du contentieux administratif) tandis que la légisprudence renvoie aux avis qu'il donne en tant que conseiller des parlements et des gouvernements (section de législation)<sup>20</sup>.

On peut comprendre cette préoccupation de rendre un rôle à la raison dans la production des lois. Elle semble être due au passage d'un système juridique essentiellement dynamique à un système à la fois dynamique et statique. Dans un système dynamique, la validité d'une norme dépend non pas de son contenu, mais seulement de la compétence de celui qui l'émet, une compétence elle-même dérivée de l'habilitation donnée par une autorité supérieure. Dans un système statique une norme est valide si elle a un contenu conforme ou en tout cas compatible avec celui d'une norme supérieure, notamment si son contenu a été déduit de celui de la norme supérieure<sup>21</sup>. Les systèmes juridiques actuels sont à la fois dynamiques et statiques, c'est-à-dire que, pour être valide, une norme doit à la fois avoir été émise par une autorité compétente et avoir un contenu conforme à celui d'une norme supérieure.

La vision dynamique ne permet pas de penser la législation comme le résultat d'un processus rationnel, puisque la volonté est libre. En revanche, si l'on conçoit la relation hiérarchique entre deux normes comme statique, c'est-à-dire comme un rapport entre le contenu de l'une et le contenu de l'autre, alors on peut concevoir la production des normes comme résultant d'un processus rationnel en tout cas non livré à l'arbitraire. En d'autres termes, celui qui produit des normes doit justifier le contenu de cette décision autrement qu'en proclamant comme autrefois le roi de France « car tel est notre plaisir » mais en invoquant soit le contenu d'une norme juridique supérieure, soit une règle de droit naturel ou des lois scientifiques susceptibles de justifier le choix d'un contenu donné à la loi positive par l'idée qu'elle est un moyen nécessaire au service d'une certaine fin.

On s'efforce donc de faire pour la législation ce qui a été fait antérieurement pour la jurisprudence. Le modèle du syllogisme consistait à prétendre que la décision était déduite du texte de la loi, mais lorsque ce modèle a été écarté, les juges

<sup>19</sup> S. COTTA, « Montesquieu et Filangieri. Notes Sur la Fortune de Montesquieu au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Revue Internationale de Philosophie*, n° 33/34, 1955, p. 387.

<sup>20</sup> L. VANCRAVEBECK, « § 7. La légisprudence de la section de législation du Conseil d'État », in Y. CARTUYVELS, I. HACHEZ, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST, et M. VAN DE KERCHOVE (éd.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2 : « Normes internes infraconstitutionnelles », Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2019, p. 269-302, <http://books.openedition.org/puosl/1964>.

<sup>21</sup> M. TROPER, « The Structure of the Legal System and the Emergence of the State », 2012, [https://www.academia.edu/79393446/The\\_structure\\_of\\_the\\_legal\\_system\\_and\\_the\\_emergence\\_of\\_the\\_state](https://www.academia.edu/79393446/The_structure_of_the_legal_system_and_the_emergence_of_the_state).

ont dû recourir à des justifications extrajuridiques. Les réalistes américains eux-mêmes, après avoir critiqué le modèle du syllogisme, ont tout de même voulu échapper à l'arbitraire et ont donc préconisé de fonder la décision judiciaire sur des réalités objectives, par exemple les nécessités sociales ou économiques.

Le modèle déductif adapté à la législation n'a pourtant pas été abandonné pour autant. SIEYÈS avait déjà songé à calquer la procédure législative sur la procédure judiciaire. Dans ses discours de l'an III, il imaginait une procédure contradictoire devant le Corps législatif : le Gouvernement, représenté par le Conseil d'État, exposerait son projet ; puis les représentants du peuple (le Tribunal dans la future Constitution de l'an VIII) feraient valoir leur point de vue et enfin le Corps législatif trancherait non pas en pure opportunité, mais en appliquant les règles du droit naturel. La loi serait enfin produite conformément à la raison.

Il est inutile de souligner à quel point ce système est irréaliste, car il n'existe aucune règle relevant d'un droit naturel objectif sur laquelle il serait possible d'avoir un accord et quand bien même il existerait de telles règles, elles ne pourraient certainement pas servir de prémisse pour en déduire des lois positives sur des objets concrets.

On rencontre pourtant aujourd'hui une tentation semblable avec le contrôle de constitutionnalité des lois. Les défenseurs de ce système le justifient en effet par l'idée que le contrôle consiste à « appliquer la constitution », soit qu'il prenne la forme d'un syllogisme dont la prémisse majeure serait le texte de la constitution, au moins le sens de ce texte une fois interprété, soit qu'il consiste, comme nous l'assure Robert ALEXY, qui a exercé une si grande influence sur la Cour constitutionnelle allemande et indirectement sur les juges européens et français, en un jugement résultant du calcul des poids respectifs de deux ou plusieurs principes contraires<sup>22</sup>

\*  
\* \*

Tous ces efforts pour préciser un « office du législateur » s'inscrivent dans une longue tradition doctrinale, mais aussi politique, visant à tenter de restreindre et limiter la souveraineté.

Elle procède de plusieurs manières. On peut d'abord partager, sinon la souveraineté elle-même du moins son exercice, c'est-à-dire l'exercice du pouvoir législatif, entre plusieurs autorités capables de s'arrêter les unes les autres ou encore tenter de limiter la volonté du législateur par les textes, ce qui en réalité revient au même puisque les textes devront être interprétés et qu'on ne parvient au mieux qu'à partager le pouvoir législatif entre une autorité formellement appelée « législateur » et un interprète, à moins qu'on n'ait transféré l'essentiel de ce pouvoir aux

---

<sup>22</sup> R. ALEXY, « Constitutional Rights, Balancing and Rationality », *Ratio Juris*, n° 2, 2003, p. 131-40.

juges. On voit bien que ni la souveraineté ni même le pouvoir législatif ne sont véritablement limités par les systèmes de balance. Seules les autorités qui participent à son exercice peuvent se voir limitées, ce qui signifie que lorsqu'une d'elles est démocratique, c'est l'ensemble du système qui cesse de l'être.

On peut aussi tenter de soumettre le législateur à une science supposée neutre, mais là encore, comme la science peut seulement indiquer les moyens de parvenir à une certaine fin et que le choix des fins est politique, le recours à la science et à l'expertise n'est en rien une limite, sans compter que ni la simple description des faits, ni la détermination des moyens n'échappent au débat entre scientifiques et que les prises de position ne sont pas étrangères aux systèmes de valeur.

On ne peut donc concevoir un système juridique, c'est-à-dire un système politique qui nie le rôle de la volonté. Quand on tente de le faire, on ne fait que la masquer.