

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

École doctorale : EDSJ - Ecole Doctorale Sciences Juridiques

Spécialité : Histoire du droit

Unité de recherche : Centre d'Etudes et de Recherche sur la Diplomatie, l'Administration Publique et le Politique

Un égalitarisme radical enté sur une philosophie matérialiste: La théorie juridique de Joseph Rey (1779-1855)

A radical egalitarianism rooted in a materialist philosophy: Joseph Rey's legal theory (1779-1855)

Présentée par :

Mathilde REGAD-PELAGRU

Direction de thèse :

JÉRÔME FERRAND

Maître de conférences HDR, Université Grenoble Alpes

Directeur de thèse

Rapporteurs :

Nader HAKIM

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université de Bordeaux

Ludovic FROBERT

DIRECTEUR DE RECHERCHE, ENS Lyon

Thèse soutenue publiquement le **28 juin 2022**, devant le jury composé de :

Jérôme FERRAND

MAITRE DE CONFERENCES HDR, Université Grenoble Alpes

Directeur de thèse

Nader HAKIM

PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université de Bordeaux

Rapporteur

Ludovic FROBERT

DIRECTEUR DE RECHERCHE, ENS Lyon

Rapporteur

Jean-Louis HALPERIN

PROFESSEUR AGREGÉ, ENS Paris

Président

Claire COURTECUISE

MAITRE DE CONFERENCES HDR, Université Grenoble Alpes

Examinatrice

Amélie IMBERT

MAITRE DE CONFERENCES HDR, Université Grenoble Alpes

Examinatrice

Invités :

La Communauté Université Grenoble Alpes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur autrice.

REMERCIEMENTS

Je remercie mon directeur de recherche, Jérôme Ferrand, sans qui je n'aurais jamais pu entreprendre ni mener à bien ce travail de thèse. Il a su m'accompagner pendant ces longues années en contribuant à ma formation intellectuelle et philosophique grâce à tous nos échanges. Les nombreuses heures passées à me relire et à travailler avec moi ont été essentielles, et toutes les formules existantes ne rendront jamais compte de la gratitude que je ressens à son égard.

Je remercie mon laboratoire, le CERDAP², pour avoir toujours accordé une place centrale aux doctorant.e.s et avoir su créer une atmosphère bienveillante et amicale. Merci à Bigué pour tout le travail qu'elle réalise chaque jour et la bonne humeur qu'elle apporte. Merci à Bénédicte Fischer pour tout le temps qu'elle a consacré à faire vivre ce centre. Merci à toutes celles et tous ceux qui ont rendu cet espace si chaleureux et m'ont aidé à y prendre mes aises.

Merci à Amélie Imbert pour avoir adouci l'entrée (brutale) dans le monde de l'enseignement et de la recherche. Merci à Anne-Sophie Chambost. Ses remarques et ses conseils m'ont été d'une aide précieuse pour préciser mes orientations méthodologiques. Merci de m'avoir aidé à comprendre que Joseph Rey ne pouvait être un esprit sans corps. Je remercie encore Albane Geslin pour toutes les conversations stimulantes et bienveillantes que j'ai pu partager avec elle.

Merci aux ami.e.s que j'ai eu la chance de rencontrer durant mon parcours de thèse : Guillaume Gormand, Oriane Sulpice et Danielle Morais. Que nos échanges aient été « universitaires » ou personnels, vous m'avez aidé sous tous les aspects pendant ces années. Merci à Anil, Lou, Pierre-André, Thomas, Alicia, Lison, Marine, Sonia et à tou.te.s les autres doctorant.e.s avec qui j'ai partagé ces années.

Merci à Pierre.

Et il y a les remerciements pour toutes celles et tous ceux qui, bien qu'extérieur.e.s au monde universitaire, m'ont aidé à avancer durant ces années.

Je remercie mes parents qui m'ont offert un cadre idéal pour réaliser cette thèse. Sans eux, ce travail n'aurait jamais vu le jour. Merci à ma sœur.

Mille remerciements à Yorick. C'est lui qui m'a donné l'amour de la philosophie et qui m'a poussé à croire en moi quand l'angoisse m'envahissait. Je le remercie pour le soutien sans faille qu'il m'a apporté pendant mes six premières années de thèse et toutes celles d'avant. Merci Joëlle. Merci Alain.

Merci à mes ami.e.s : Anaïs, David et Maud.

Merci à celles et ceux qui ont été à mes côtés pendant les derniers mois. Et j'envoie encore des remerciements jusqu'à Capri. Merci de m'avoir offert une échappatoire et tant de bonne humeur quand la fin de thèse devenait trop pesante.

Merci à toutes celles et tous ceux que j'oublie...

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AN : Archives nationales

BMG : Bibliothèque municipale de Grenoble

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

P.U. : Presses universitaires

P.U.F. : Presses universitaires de France

s.l.n.d : Sans lieu ni date

Titres des ouvrages de Joseph Rey abrégés :

DBC : Des bases d'une Constitution, ou de la balance des pouvoirs dans un État

DBOS : Des bases de l'ordre social

DIJAF : Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France et de quelques autres États anciens et modernes

DLRAP : De la responsabilité des agents du pouvoir, d'après nos lois actuelles, et du droit de défense et d'indemnités des citoyens envers les agents du pouvoir

JGLJ : Journal général de législation et de jurisprudence

LSCM : Lettres sur le système de la coopération mutuelle et de la communauté de tous les biens, d'après le plan de M. Owen

MSR : Mémoires sur la Restauration

PCMF : Projet de constitution monarchique pour la France en 1815

TPGD : Traité des principes généraux du droit et de la législation

SOMMAIRE

Introduction générale.....	11
 Partie 1. L'ancrage de la théorie juridique de Joseph Rey : la connaissance de l'homme et de son milieu	61
Chapitre 1. Les soubassements philosophiques de la théorie juridique de Joseph Rey : l'héritage matérialiste.....	65
Section 1 : Le matérialisme méthodologique de Joseph Rey.....	69
Section 2 : Les fondements de la morale ou l'utilitarisme hédoniste de Joseph Rey.....	109
Chapitre 2. Les fondements de l'ordre social et politique : une adaptation des thèses de Rousseau.....	165
Section 1 : Comment (re)faire société après la Révolution ?	169
Section 2 : L'affirmation de l'égalité comme exigence sociale.....	231
Section 3 : Les principes de l'ordre politique : une démocratisation du régime représentatif.....	275
Conclusion de la Partie 1.....	361
 Partie 2. Du droit à la législation : la réalisation de l'égalité sociale.....	365
Chapitre 1. La théorie reyienne du droit, ou l'égalité par le droit.....	369
Section 1 : Une théorie relationnelle du droit.....	373
Section 2 : La référence au droit (naturel) comme instrument d'évaluation et de critique de l'ordre juridique positif	415
Section 3 : Le droit de propriété, topos significatif d'une théorie relationnelle du droit	443
Chapitre 2. Les principes de la législation : une recherche de perfection législative dans une perspective démocratique.....	489
Section 1 : La figure du législateur : un génie démiurgique ?	493
Section 2 : L'élaboration de la loi : une perspective universaliste.....	537
Section 3 : L'abrogation de la loi : un mode d'intervention démocratique.....	581
Conclusion de la Partie 2.....	635
 Conclusion générale.....	637

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le 15 avril 1804, Stendhal écrit : « Rey, philosophe, se propose de publier un système où il prouvera que le bonheur particulier est toujours lié au bonheur général. C'est ce que je lui souhaite¹ ». À l'époque où l'écrivain consigne ces lignes dans son journal, Joseph Rey, alors âgé de seulement vingt-quatre ans, se présente comme un jeune homme sérieusement résolu à consacrer tous ses efforts pour faire émerger une théorie sociale n'ayant d'autre fin que le bonheur humain. Baigné depuis l'adolescence dans la philosophie, passionné par toutes les études propres à lui faire acquérir une connaissance scientifique de l'homme, Rey sera prêt à tous les sacrifices pour remplir « la noble mission de servir l'humanité² ». Force est pourtant de constater que *l'humanité* est restée largement indifférente à ses efforts. En effet, qui, aujourd'hui, a déjà entendu parler de Joseph Rey ?

En 1944, Fernand Rude ouvrait une conférence qui lui était consacrée par ces mots :

« Il existe à Grenoble une rue Joseph Rey. Mais vous demanderiez en vain à un Grenoblois moyen, voire même à un habitant de cette rue, qui est ce personnage. Seuls quelques érudits pourraient vous répondre.³ »

Près d'un siècle plus tard, ce constat demeure largement valable. Il est effectivement bien rare de trouver un interlocuteur pour qui le nom de Joseph Rey n'est pas entièrement inconnu. Son parcours de vie comme sa production intellectuelle ne manquent pourtant pas d'intérêt. C'est pourquoi il a semblé nécessaire de sortir cet auteur de l'oubli en proposant une thèse centrée sur sa théorie juridique, quoique replacée dans son contexte intellectuel.

Juriste, philosophe, militant libéral puis propagateur des idées coopératives, philanthrope ou encore théoricien de l'éducation, Rey a multiplié les casquettes. Né sous l'Ancien Régime et mort au début du Second Empire, il fut par ailleurs le témoin d'une époque riche en bouleversements politiques, sociaux et économiques. Son désir d'œuvrer pour le bonheur de l'humanité s'inscrit alors dans l'héritage des idées développées par les philosophes des Lumières, héritage qu'il entend continuer à faire vivre après l'épisode révolutionnaire. Nourri par la philosophie matérialiste du XVIII^e siècle, par la théorie politique de Rousseau et par les principes

1 STENDHAL, *Journal (1801-1805)*, Paris, Le Divan, 1937, p. 101.

2 Joseph REY, *Ma biographie morale et politique depuis l'époque de ma naissance en 1779, jusqu'en 1820*, p. 23 (abrégé *Ma biographie morale et politique* par la suite) (Bibliothèque municipale de Grenoble (abrégé BMG par la suite), T. 3940).

3 Fernand RUDE, *Un socialiste "utopique" oublié, Joseph Rey (1779-1855), conférence faite à la Faculté des Lettres de Grenoble le 13 mars 1844*, Grenoble, Imprimerie Allier, 1944, p. 3, extr. des *Annales littéraires de l'Université de Grenoble*, t. 20, 1944.

de la Révolution française, Joseph Rey s'est en effet employé, sa vie durant, à leur donner une postérité théorique mais aussi très pratique. Bien que son intérêt pour la philosophie ne date que de son adolescence, ses questionnements sur les causes du malheur des hommes remontent à sa plus tendre enfance. C'est ce dont il témoigne dans sa *Biographie morale et politique*, lorsqu'il cherche à rendre compte des événements ayant déterminé la formation de son caractère.

Joseph Philippe Étienne Rey naît à Grenoble le 24 octobre 1779 de Jean Rey, un confiseur-liquoriste de la ville et Françoise-Marie Chenavier. Il rapporte avoir grandi dans une famille ayant « quelque aisance⁴ ». Mais cette situation confortable sur le plan économique ne l'empêche pas de connaître rapidement un premier événement douloureux. Sa mère décède en effet quelques années après l'avoir mis au monde, et, alors que Rey n'a que cinq ans, son père fait un second mariage qui sera pour lui « la source de mille chagrins⁵ ». Il grandit en mauvaise entente avec sa belle-mère et avec un père trop enclin à la punition, un père que l'« inexpérience du cœur humain », malgré de bons principes, a conduit « aux plus grandes erreurs en fait d'éducation »⁶. Cela explique sans doute l'intérêt que Joseph Rey portera par la suite aux questions d'éducation. Il rapporte également d'autres événements marquants de son enfance qui contribuent à expliquer l'orientation de ses réflexions. Il évoque par exemple une « tentative infâme⁷ » dont il fut victime de la part de l'un de ses premiers instituteurs, un moine Augustin. Sans comprendre précisément ce qui se jouait à ce moment, Rey affirme avoir résisté « par un instinct naturel de pudeur⁸ ». Il allait en subir les conséquences. En effet, l'instituteur habile ayant pris les devants pour accuser Rey de violence à son égard, il conseilla encore à son père de le punir avec rigueur afin de lui éviter la damnation éternelle. Joseph Rey décèle alors dans cet événement et dans « cette sorte de pronostic satanique » posé par le moine l'origine de « l'inflexibilité » de son père dans les châtiments qu'il lui infligeait, mais aussi et surtout la source de sa propre haine de l'« injustice » et des « abus de force »⁹. Sans doute cette expérience a-t-elle encore contribué à former en lui certaines préventions à l'encontre des religions tout autant qu'à l'égard de la logique punitive¹⁰. Quoi qu'il en soit, il est certain que Rey a été amené très tôt à constater combien le malheur des hommes est tributaire d'une méconnaissance de la nature humaine et des moyens de les rendre heureux. Le récit de ses malheurs d'enfance se voit alors

4 *Ma biographie morale et politique*, p. 2.

5 *Ibid.*, p. 8.

6 *Ibid.*, p. 10-11 ; « mon pauvre père avait les idées les plus exagérées sur cette partie du dogme catholique, qui fait considérer les punitions comme l'unique soutien de toute morale » (*ibid.*, p. 11).

7 *Ibid.*, p. 10.

8 *Ibid.*, p. 10.

9 *Ibid.*, p. 10-11.

10 Sur les critiques formulées par REY à l'égard de la logique punitive et du droit pénal, voir Mathilde REGAD, *Attaquer le droit pénal par la philosophie, Le cas Joseph Rey*, Meylan, Éditions Campus Ouvert, 2015.

complété par celui d'autres événements qui ont, au contraire, contribué à adoucir son caractère. Acquis au déterminisme philosophique, il cherche ainsi à interroger son passé afin de comprendre et de faire connaître les impressions qui ont marqué sa formation morale et intellectuelle. C'est ainsi qu'il évoque par exemple les relations qu'il entretenait avec l'une de ses tantes, dont la bienveillance et les attentions à son égard sont présentées comme décisives pour le reste de son « existence morale¹¹ ».

Les événements de la Révolution française ont un impact également déterminant, voire plus encore, sur la formation de son caractère et de ses convictions politiques. Scolarisé au collège de Grenoble, où il dit avoir puisé « le germe des idées républicaines¹²», Rey assiste avec émotion à la Journée des Tuiles alors qu'il n'est âgé que de 8 ans. La radicalité de ses opinions politiques doit beaucoup à cet épisode. Dans sa *Biographie morale*, il évoque en effet les « vifs tressaillements » que suscitent en lui cette journée de juin 1788, journée qui confirme sa « haine profonde contre tout agent de la Tyrannie »¹³. Lorsque la Révolution éclate, et malgré son jeune âge, Rey apparaît donc déjà largement convaincu par la nécessité de réformer l'organisation politique de la France.

Alors que les hommes et les femmes du premier XIX^e siècle ont tendance à penser l'épisode révolutionnaire avec une certaine méfiance, Joseph Rey se remémore au contraire l'enthousiasme qu'il a suscité en lui. Il a pourtant été témoin de la violence révolutionnaire de la Terreur durant l'hiver 1793-1794, alors qu'il se trouvait à Lyon suite à une fugue du domicile paternel¹⁴. Mais Rey demeure entièrement acquis à la cause de la Révolution française. Tout en déplorant les actes de violence des révolutionnaires, il insiste sur la nécessité qu'il y avait alors de protéger la Révolution contre ses adversaires, mettant en avant la pureté des principes des hommes de 1793. Sa représentation de la Révolution n'est donc pas celle d'un événement violent et créateur de désordre. Cet aspect n'est qu'accessoire par rapport aux efforts réalisés pour mettre en place des institutions destinées à « faire sortir l'homme de la sphère fatale de l'égoïsme, en ralliant tous les membres de la société dans des sentiments harmoniques élevés¹⁵ ». À partir de là, Rey se déclare acquis « à la grande cause de notre admirable révolution¹⁶ », qu'il continuera en effet à soutenir tout au long de son existence.

Ce sont également des lectures qui ont contribué à la formation intellectuelle et morale

11 *Ma biographie morale et politique*, p. 13.

12 *Ibid.*, p. 3. Sauf indications de notre part, tous les soulignages, italiques et recours aux majuscules sont de l'auteur.

13 *Ibid.*, p. 3-4.

14 *Ibid.*, p. 18-19.

15 *Ibid.*, p. 6 *bis* et p. 7.

16 *Ibid.*, p. 22.

du jeune homme, notamment *Don Quichotte* et *Télémaque*. Dans l'ouvrage de Cervantès, Joseph Rey est ainsi séduit par les conseils de gouvernement que Don Quichotte prodigue à son fidèle écuyer¹⁷. Alors que Sancho Panza s'apprête à recevoir le gouvernement de la chimérique île de Barataria, le chevalier lui recommande l'humilité, l'hospitalité, la compassion envers les pauvres, la justice envers tous. Il lui conseille encore la bienveillance et la pitié envers les condamnés, la miséricorde, de faire primer l'équité sur la rigueur de la loi¹⁸... Toutes ces qualités morales séduisent Rey, qui rêve alors de pouvoir « imiter ce bon gouverneur¹⁹ ». L'effet produit par la lecture de *Télémaque* est encore plus déterminant pour le jeune homme, qui rapporte que « les notions plus développées sur la morale et la politique, laissèrent » dans son « esprit des traces ineffaçables »²⁰. Il est intéressant de noter que le roman de Fénelon constitue également l'une des lectures marquantes de la jeunesse de Jeremy Bentham. Cela mérite d'être souligné car le jurisconsulte anglais et son homologue français partagent une même adhésion aux principes de l'utilitarisme, quoiqu'ils prennent avec Rey une physionomie différente de celle que l'on trouve chez Bentham. Ce dernier dit avoir puisé dans *Télémaque* le premier germe du principe d'utilité²¹, là où Rey y a plutôt trouvé un tempérament, écrit-il, au « stoïcisme, parfois trop âpre, des vertus grecques et romaines, ou de celles qui devaient trouver leur nécessité dans le cours de la crise révolutionnaire²² ». Dans des notes destinées à l'écriture d'une *Histoire critique des tentatives d'amélioration sociale*, Rey renvoie alors au passage de *Télémaque* concernant le gouvernement de la Bétique²³. Fénelon y décrit une société frugale, établie sur une terre offrant des fruits en abondance aux hommes, lesquels vivent sous un régime de communauté. Cette communauté de biens et ce refus du luxe font qu'« ils n'ont point d'intérêts à soutenir les uns contre les autres » et vivent tous en frères²⁴. Il ne fait aucun doute que la lecture de cette fiction et la découverte de cette forme d'organisation sociale ont exercé un poids déterminant sur les travaux de notre auteur. Outre ces romans, Joseph Rey indique encore avoir dévoré « les philosophes » et avoir été ainsi amené dès l'adolescence à former « des plans de traités sur les moyens de rendre l'homme plus heureux, en le rendant meilleur »²⁵. Il lui faudra toutefois attendre de rencontrer Destutt de Tracy pour que sa formation philosophique acquiert une consistance plus solide.

La jeunesse de Joseph Rey, que l'on ne peut certes approcher qu'à travers son propre

17 *Ibid.*, p. 16-17.

18 Miguel DE CERVANTÈS, *Don Quichotte de la Manche*, t. 2, Paris, Flammarion, 1981, p. 289-291.

19 *Ma biographie morale et politique*, p. 17.

20 *Ibid.*, p. 17.

21 Jeremy BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, t. 10, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, p. 10.

22 *Ma biographie morale et politique*, p. 17.

23 J. REY, « Notes autographes pour l'histoire critique des tentatives d'amélioration sociale » (BMG, T. 3980, liasse n° 4).

24 FÉNELON, *Les aventures de Télémaque*, Paris, Dunod, 1994, p. 266.

25 *Ma biographie morale et politique*, p. 23.

récit, témoigne ainsi d'un intérêt certain pour les questions d'amélioration sociale. Elle est également marquée par une curiosité déçue de l'état des connaissances, plus précisément de l'absence de connaissances véritablement positives sur l'homme. À 17 ans, il cède à l'appel de la capitale, « foyer trop exclusif des lumières du pays²⁶ », en espérant y trouver de quoi nourrir sa curiosité intellectuelle. Mais il est rappelé deux ans plus tard à Grenoble sans avoir pu se prêter aux études qu'il envisageait. Par la suite, chassé du foyer familial du fait de certaines manipulations de sa belle-mère, il commence alors un second séjour à Paris qui sera plus fructueux. D'abord pourvu d'une « faible pension » accordée par sa famille et rapidement retirée par la suite, il se décrit comme un étudiant « décidé à mourir plutôt que de [s]'arrêter un seul moment, tant [qu'il n'aurait] pas jeté un coup d'œil sur toutes les sciences »²⁷. S'il n'en est pas mort, il semble toutefois que la charge de travail qu'il s'est imposée pendant ces années ainsi que le manque d'aliments adéquats soient à l'origine de troubles gastriques et nerveux qui l'indisposeront toute sa vie. Les années d'études de Rey à Paris sont en effet marquées par une certaine misère économique, malgré l'aide que l'un de ses frères ainsi que Stendhal lui apportent. Il occupe de petits emplois, mais refuse par exemple « une place très avantageuse qui [l'aurait] trop détourné de [ses] études²⁸ ». Si le jeune homme accepte l'aide financière de ses proches, il n'est pas prêt à sacrifier ses aspirations et son indépendance d'esprit à n'importe quel prix. Il rapporte encore avoir travaillé chez un avoué qui lui confiait certaines de ses affaires. Mais Rey n'entendait pas accepter toutes les causes sans un examen préalable, afin de s'assurer qu'il ne plaide qu'en faveur de celles conformes à ses convictions²⁹. Il a par ailleurs appris assez tôt les bienfaits d'une vie frugale et la nécessité de savoir modérer ses besoins :

« j'avais vu de près combien sont faciles à satisfaire ceux de nos besoins matériels qui sont indispensables ; et, lorsque, bientôt, je vis à combien de bassesses et de crimes on pouvait être conduit par leur exagération, j'eus le bonheur de conclure, avant l'âge des plus grandes passions, que l'homme ne peut jamais être sûr de rester vertueux s'il ne sait restreindre avec sagesse la somme des exigences de sa vie physique³⁰ ».

Loin de signifier un désintérêt pour l'argent, Rey a au contraire conscience de la dépendance dans laquelle sont placés ceux qui ne savent modérer leurs besoins matériels. Il préfère donc s'en remettre aux jouissances de l'ordre intellectuel et affectif qu'il juge inépuisables.

C'est alors en 1802 qu'il retourne une seconde fois à Paris pour commencer à étudier. Il débute, dit-il, par l'examen des sciences naturelles et physiologiques³¹. Celles-ci se voient ensuite complétées par des études juridiques, qui, malgré la « répugnance » de Rey à leur égard, lui

26 *Ibid.*, p. 24.

27 *Ibid.*, p. 28.

28 *Ibid.*, p. 30.

29 *Ibid.*, p. 51-52.

30 *Ibid.*, p. 15.

31 Aucun élément ne permet de savoir dans quel cadre il fit ces premières études

apparaissent néanmoins nécessaires à un bon examen des institutions sociales³². Ne se bornant pas aux lois positives, le jeune provincial s'intéresse aussi à leurs motifs, à leur histoire, et procède en outre à des études comparées, sur le plan géographique comme temporel, tout en continuant à satisfaire son attrait pour la philosophie. C'est d'abord à l'Académie de législation que Joseph Rey acquiert les premiers éléments du droit et de la législation. Créée à la suite de la fermeture des facultés de droit³³, cette institution parisienne avait la particularité de présenter un programme d'études relativement vaste en comparaison de l'Université impériale qui lui succéderait³⁴. Cela n'est sans doute pas sans lien avec les appels multipliés de Rey pour ouvrir le champ des études juridiques à des disciplines telles que la physiologie, l'Idéologie, voire plus simplement la philosophie du droit ou le droit naturel³⁵. Différents juristes ont présidé à la création de l'Académie de législation, dont Portalis et Target, mais c'est Lanjuinais qui apparaît comme le « véritable créateur de l'Académie³⁶ ». Guy Thuillier a listé ce qu'il nomme les quatre « principes pédagogiques » de cette école : (1) un vaste champ d'étude qui ne se limite pas à la jurisprudence, (2) un recrutement des professeurs parmi les professionnels, principalement des administrateurs et des législateurs, (3) la mise en place de conférences, « afin de développer l'étude pratique de la science de la législation civile », et enfin (4) des exercices destinés à préparer les étudiants à la pratique judiciaire, avec notamment un « tribunal des élèves »³⁷. Joseph Rey s'y dépeint comme un étudiant sérieux, dont l'assiduité aurait même été remarquée par Lanjuinais³⁸ qui y professait le latin – et qui, avec Tracy, intercédera ensuite en sa faveur pour lui obtenir une place dans la magistrature. Entre temps, l'École de droit de Paris ayant rouvert ses portes, Rey y termine sa formation de juriste par l'obtention d'une licence en droit à l'été 1807³⁹. Mais en

32 *Ma biographie morale et politique*, p. 33.

33 Il faut toutefois rappeler que si les facultés de droit furent fermées en 1793 (décret du 15 septembre 1793), la loi du 25 octobre 1795 était venue instaurer des cours de législation dans les écoles centrales, destinés aux élèves de seize à dix-huit ans (Jean-Louis HALPÉRIN, « Une enquête du ministère de l'intérieur sous le Directoire sur les cours de législation dans les écoles centrales », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 3, 1986, p. 57-82 ; Jean IMBERT, « L'enseignement du droit dans les écoles centrales sous la Révolution », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 3, 1986, p. 37-56).

34 En l'an XII, onze cours répartis sur trois années étaient professés, dont notamment ceux de « Droit naturel et inter-national », d'« Économie publique et de Statistique », d'« Histoire et des antiquités du droit », de « Logique, de Morale et d'Éloquence », ou encore, un cours de « Questions médico-légales » (Mémoires de l'Académie de Législation, t. 1, Paris, C. F. Patris, s.d., p. 694-695) ; Guy Thuillier, « Aux origines de l'École libre des sciences politiques : L'Académie de législation en 1801-1805 », *La Revue administrative*, vol. 38, n° 223, 1985, p. 25.

35 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

36 G. THUILLIER, « Aux origines de l'École Libre des Sciences Politiques », *art. cit.*, p. 24 ; Philippe RÉMY juge toutefois que « la lecture du *Bulletin de l'Académie de législation*, qui publie les cours et conférences, est assez décevante » (« Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, 1985, p. 97).

37 G. THUILLIER, « Aux origines de l'École Libre des Sciences Politiques », *art. cit.*, p. 25-27.

38 *Ma biographie morale et politique*, p. 53.

39 Antoine DEMOUGEOT, *Le philosophe Rey de Grenoble*, s.n.l.d, p. 2 (BMG, Vh. 3141).

raison du programme fort limité et de l'absence de toute perspective critique dans les enseignements dispensés par l'École de droit parisienne, ce n'est sans doute pas là que Rey aura puisé les germes de sa théorie du droit et de la législation. Comme le remarque André-Jean Arnaud, « l'Empire se montre peu disposé à former des juristes critiques⁴⁰ ». Le rôle premier de l'Université impériale, telle que Napoléon la conçoit, était de faire connaître le Code civil et de former des praticiens⁴¹ « à l'école de l'obéissance, de la discipline et de la fidélité, hors de toute possibilité de critique⁴² ». Or, si Rey fut bien un praticien du droit, il n'aborde jamais la législation en simple commentateur. C'est en théoricien critique et en philosophe qu'il approche les questions juridiques. Cela tient probablement à son passage à l'Académie de législation mais, plus encore, à la culture philosophique qui est la sienne et qu'il cimente durant ces mêmes années.

En effet, c'est également à cette époque, en 1804 plus précisément, qu'il fait la rencontre la plus déterminante de sa vie, celle de Destutt de Tracy. Suite à la lecture des *Éléments d'Idéologie* de Tracy, Joseph Rey entreprend des démarches pour le rencontrer à l'automne 1804⁴³. Nous aurons l'occasion de nous attarder longuement sur les principes de l'Idéologie⁴⁴, mais il convient de s'en faire une idée dès maintenant, car c'est là un élément tout à fait essentiel dans la formation philosophique de Rey. L'« Idéologie » est un néologisme formé par Destutt de Tracy en 1796⁴⁵ par opposition à la *psychologie*, alors conçue comme une science de l'« âme ». Elle se présente comme la science des idées, c'est-à-dire l'étude des mécanismes par lesquels les hommes acquièrent des idées. Alors que la psychologie renvoie immédiatement à la philosophie spiritualiste de l'âme, l'Idéologie s'inscrit dans le prolongement de la philosophie matérialiste du XVIII^e siècle⁴⁶ et du *Traité des sensations* de Condillac, ayant pour axiome fondamental que toutes les idées découlent de sensations physiques. C'est une philosophie que l'on peut ainsi qualifier de sensationniste. La réflexion des Idéologues⁴⁷ est placée sous l'égide du *paradigme des rapports du*

40 André-Jean ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, P.U.F., 1975, p. 31.

41 P. RÉMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 94.

42 A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 47 ; Myriam BISCAY, « Utilité et pratique dans l'enseignement du droit dans la première moitié du XIX^e siècle : un vieux débat », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 34, 2014, p. 207-230.

43 Lettre de REY à DESTUTT DE TRACY, 12 octobre 1804 (BMG, T. 3956).

44 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, I.

45 Gérard RAULET, « Idéologie », in Michel BLAY (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse/CNRS Éditions, 2003, p. 531.

46 Nous ne rejoignons pas l'opinion de Georges GUSDORF, qui considère que « [l]a plupart des Idéologues ne sont pas des matérialistes », car « en matière politique et sociale » ils mettraient « en œuvre un idéalisme rationnel » (*La conscience révolutionnaire : Les Idéologues*, Paris, Payot, 1978, p. 42). S'ils ont bien un *idéal* politique et social, au sens commun du terme, ils ne sont pas idéalistes au sens philosophique.

47 DESTUTT DE TRACY avait introduit l'expression d'« idéologistes », mais celle-ci n'a pas eu un grand succès, de sorte que, malgré la connotation péjorative qui accompagne le terme « idéologue », nous l'utiliserons malgré tout (Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française* t. 2, Paris, Dictionnaire le Robert, 4^e éd., 2012, p. 1674).

physique et du moral développé par Cabanis. Lorsque Tracy présente Joseph Rey à Cabanis, il le fait d'ailleurs en ces termes : « Votre maître et le mien⁴⁸ ». Avec Stendhal et quelques amis, notre auteur forme alors un petit cercle de jeunes hommes qui discutent les principes de l'Idéologie, Rey se faisant en quelque sorte l'instructeur de ses compagnons. Par ailleurs, le projet des Idéologues n'est pas seulement philosophique. Il revêt également une portée politique. Réunis dans le salon de Mme Helvétius et dans la seconde classe de l'Institut national⁴⁹ (classe des sciences morales et politiques), les Idéologues sont en effet présentés comme « les intellectuels "organiques" du régime républicain mis en place après la chute de Robespierre⁵⁰ ». Selon eux, « à partir de l'étude des facultés intellectuelles et des lois physiologiques, il est possible d'interroger la plus ou moins bonne adéquation entre les "besoins" des individus et les contraintes qui pèsent sur lui (*sic*) [...] et de mesurer le rôle joué par les "influences" de l'environnement social et politique dans le perfectionnement des sociétés humaines⁵¹ ». En substance, il s'agit, à partir d'un questionnement épistémologique, de déterminer une axiologie permettant d'évaluer ensuite les diverses institutions publiques et d'avancer des propositions d'amélioration. On comprend que de telles prétentions aient pu susciter quelques alarmes et, dès le début du XIX^e siècle, les Idéologues tombent rapidement en discrédit. Rapportant une discussion avec Cabanis et Destutt de Tracy, Maine de Biran formulera la remarque suivante : « L'Idéologie, m'ont-ils dit, doit changer la face du monde, et voilà justement pourquoi ceux qui voudraient que le monde demeurât toujours bête (et pour cause) détestent l'Idéologie et les Idéologues⁵² ». Napoléon est en effet l'un des premiers à prendre les armes contre les Idéologues, lesquels avaient pourtant joué un rôle important dans les événements de brumaire an VIII⁵³. Il procède à l'épuration du Tribunal qui comportait de nombreux partisans de l'Idéologie, puis ferme la classe des sciences morales et politiques dès 1803⁵⁴. À une vision de la science comme instrument de perfectionnement social se substitue alors celle d'une science conçue comme un « outil de contrôle et de domination⁵⁵ ». En 1812, l'Empereur porte le coup de grâce en attribuant « tous les malheurs qu'éprouve notre belle France » à l'Idéologie, qualifiée de « ténébreuse

48 Propos rapportés par STENDHAL dans son *Journal (1801-1805)*, *op. cit.*, p. 242.

49 Gérard GENGEMBRE, « Fréquentation et sociabilité mutuelles », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 18, 2003/2, p. 262.

50 Jean-Luc CHAPPEY, *La Société des Observateurs de l'homme (1799-1804), Des anthropologues au temps de Bonaparte*, Paris, Société des études robespierristes, 2002, p. 49.

51 J.-L. CHAPPEY, « De la science de l'homme aux sciences humaines : enjeux politiques d'une configuration du savoir », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 15, 2006/2, p. 47.

52 Pierre MAINE DE BIRAN, cité par Henry DENEYS, « Le crépuscule de l'Idéologie : sur le destin de la philosophie "idéologiste" de Destutt de Tracy », *Corpus*, n° 26/27, 1994, p. 99.

53 J.-L. CHAPPEY, *La Société des Observateurs de l'homme*, *op. cit.*, p. 83-84.

54 J.-L. CHAPPEY, « Héritages républicains et résistance à "l'organisation impériale des savoirs" », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 346, 2006, p. 101-102.

55 *Ibid.*, p. 106.

métaphysique »⁵⁶. Bien avant Marx, Napoléon est ainsi le premier à avoir donné au terme d'Idéologie la connotation péjorative qui lui est aujourd'hui associée⁵⁷. L'entreprise visant à discréditer ce groupe de penseurs se poursuivra sous la plume des nombreux adversaires de tout ce qui s'apparente à une philosophie matérialiste. Et ceux-ci sont nombreux dans le premier XIX^e siècle. De la droite à la gauche de l'échiquier politique, le matérialisme fait l'objet d'un rejet quasi-unanime. Sous la Restauration et la monarchie de Juillet, les philosophes et les juristes groupés autour de Victor Cousin mènent l'assaut contre cette philosophie radicale, désormais disqualifiée sous l'étiquette équivoque de « sensualisme »⁵⁸. Se revendiquant d'une philosophie qualifiée de spiritualisme éclectique, ils dominent le paysage intellectuel de l'époque et constituent alors pour Rey de sérieux adversaires philosophiques. Un tel contexte n'allait pas favoriser la réception de ses idées.

Il faut cependant préciser que si l'Idéologie suscite une méfiance grandissante, ses représentants restent toutefois bien installés dans les cercles proches du pouvoir. C'est ainsi qu'en 1807, Tracy et Lanjuinais peuvent intercéder en faveur de Rey auprès du Ministre de la Justice⁵⁹. Fraîchement licencié en droit, Rey fait en effet ses premières armes dans la magistrature grâce au concours de ses deux aînés. Il obtient d'abord un poste de substitut du procureur impérial à Plaisance en 1807. Trois ans plus tard, toujours aidé par Tracy, il part occuper les mêmes fonctions à Mayence. Le jeune magistrat désirait en effet obtenir sa mutation afin de pouvoir multiplier ses observations dans divers lieux. Aussi ne reste-t-il que peu de temps en place. Dès 1812, il devient président du tribunal des douanes de Lunebourg⁶⁰, avant d'assurer la fonction de président du tribunal de première instance de Rumilly lors de la première Restauration.

L'année 1814 marque également le début de Rey en tant qu'auteur. Il commence par une petite brochure sur *l'état actuel de la France sous le rapport des idées politiques*⁶¹, et poursuit l'année

56 Apostrophe de BONAPARTE au Conseil d'État, 1812, citée par Émile BREHIER, *Histoire de la philosophie*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 2004, p. 1250.

57 C'est-à-dire une « croyance dogmatique, fondée sur des principes rigides peu conformes au réel » (« Idéologie », Élisabeth CLÉMENT, Chantal DEMONQUE et al., *La Philosophie de A à Z*, Paris, Hatier, 2000, p. 212).

58 Pierre-Frédéric DALED, *Le matérialisme occulté et la genèse du « sensualisme »*. *Écrire l'histoire de la philosophie en France*, Paris, J. Vrin, 2005, p. 10.

59 Lettre de TRACY et LANJUINAIS au grand juge REGNIER, 5 février 1807 (Archives nationales (abrégé AN par la suite), BB/5/302).

60 REY explique dans sa biographie qu'il a obtenu le poste dans un tribunal spécial avec l'intervention maladroite de TRACY, et accepté en raison de l'insistance de DE SCHONEN (*Ma biographie morale et politique*, p. 74 et s.) ; mais il est plus vraisemblable que ce soit un tribunal ordinaire, puisque c'est ce qui est indiqué dans les documents des Archives nationales, notamment dans une lettre signée par REY « Président du tribunal ordinaire des douanes de Lunebourg » (Lettre de REY au ministre de la justice, 9 mai 1813 (AN, BB/1/134)).

61 J. REY, *De l'état actuel de la France sous le rapport des idées politiques*, Paris, Delaunay, 1814. L'ouvrage paraît d'ailleurs de façon (plus ou moins) anonyme ; il est seulement indiqué « Par M. J. R... de Grenoble ».

suivante avec *Des bases d'une Constitution*⁶² ainsi qu'une *Adresse à l'Empereur*⁶³ rédigée durant les Cent Jours. Il élabore encore un *Projet de constitution* qui restera à l'état de manuscrit⁶⁴. Son *Adresse* est en revanche publiée et cet écrit participera d'ailleurs à son éviction de la magistrature. En effet, alors que Rey est encore en poste à Rumilly, le second traité de Paris du 20 novembre 1815 vient retirer intégralement la Savoie à la France, ce qui le laisse sans emploi. Or, pour être réintégré dans la magistrature sous la seconde Restauration, il lui est demandé de renier son *Adresse* en raison de certains propos tenus contre les Bourbons et de témoigner de son attachement à la famille royale. Considérant que cette déclaration serait contraire à l'impartialité qui doit être celle du juge, Joseph Rey refuse et consent donc à ne pas être réintégré dans la magistrature pour le moment⁶⁵.

Désormais libéré de ses obligations, il s'engage alors plus concrètement dans la lutte politique aux côtés des libéraux français et européens. Il retourne en effet dans sa ville natale en 1816 où il fonde l'Union, une société secrète destinée à la défense et à la propagation des principes libéraux. Cette époque est marquée par l'éclosion d'une foule de sociétés secrètes⁶⁶, dont la plus connue est sans aucun doute la Charbonnerie⁶⁷. Les complots contre le pouvoir vont bon train, même si tous échouent. Le juriste œuvre également pour la défense de ses idées en intégrant le barreau. Devenu avocat à Grenoble, puis à Paris, ses préoccupations politiques – comme ses principes juridiques – s'affirment en effet à l'occasion de diverses affaires. C'est ainsi qu'il entreprend par exemple des démarches afin de faire condamner le général Donnadieu, accusé d'avoir fait assassiner certains de ses compatriotes suite à leur participation dans le cadre de la Conspiration de Didier en 1816⁶⁸. Rey engage alors un combat sur plusieurs fronts contre la garantie accordée aux fonctionnaires par la Constitution de l'an VIII. L'année précédente, il avait effectivement fait paraître un petit ouvrage sur *la Responsabilité des agents du pouvoir*⁶⁹, dans lequel il puise la plupart des arguments juridiques mobilisés pour appuyer ses prétentions. Ses prises de

62 J. REY, *Des bases d'une Constitution, ou de la balance des pouvoirs dans un État*, Grenoble, Baratier Frères, 1815 (abrégé DBC par la suite).

63 J. REY, *Adresse à l'Empereur*, Paris Eymery, 1815.

64 J. REY, *Projet de constitution monarchique pour la France en 1815* (abrégé PCMF par la suite) (BMG, T. 3973).

65 *Ma biographie morale et politique*, p. 116-118.

66 Jean-Noël TARDY, *L'âge des ombres. Complots, conspirations et sociétés secrètes au XIX^e siècle*, Paris, Les Belles Lettres, 2015.

67 Alan Barrie SPITZER, *Old Hatreds and Young Hopes, The French Carbonari Against the Bourbon Restoration*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

68 Jean LUCAS-DUBRETON, « Une conspiration sous Louis XVIII », *Revue des Deux Mondes*, vol. 18, 1933, p. 118-152 et 399-430.

69 J. REY, *De la responsabilité des agents du pouvoir, d'après nos lois actuelles, et du droit de défense et d'indemnités des citoyens envers les agents du pouvoir*, Paris, L'Huillier, 1818 (abrégé DLRAP par la suite). La même année, il publie également un *Catéchisme de la Charte constitutionnelle, à l'usage de toutes les classes de citoyens*, Paris, L'Huillier, 1818 (abrégé *Catéchisme* par la suite).

position et ses écrits sur l'affaire⁷⁰ lui vaudront alors d'être radié du barreau à l'été 1819⁷¹. Joseph Rey dérange car il n'est pas prêt à abandonner ses principes pour se conformer aux attentes de ses collègues avocats. On raconte même qu'après sa radiation, Rey aurait joué la carte de la provocation en continuant « de se montrer [...] au Palais en robe, mais sans essayer de plaider⁷² ». Depuis le début de l'année 1819, il a toutefois d'autres occupations. On le voit en effet évoluer parmi la nébuleuse des opposants libéraux. Il participe ainsi aux réunions de la Société des amis de la liberté de la presse créée par de Broglie et Staël, au cours desquelles sont discutés divers projets de lois⁷³. Il est question de la liberté de la presse, mais aussi de projets de lois sur l'organisation du jury, sur les municipalités et sur la responsabilité des ministres⁷⁴.

Le juriste a encore d'autres projets et il travaille alors à une grande étude sur les principes généraux du droit et de la législation, auxquels il consacrera de nombreux écrits. En 1819 paraissent les *Préliminaires du droit*⁷⁵, suivis par des *Leçons* presque identiques publiées dans une nouvelle revue juridique qu'il fonde avec d'autres avocats libéraux, le *Journal général de législation et de jurisprudence*⁷⁶. En 1828, ces premières publications sont complétées par un *Traité des principes généraux du droit et de la législation*⁷⁷, qui reprend et complète les idées élaborées antérieurement. Enfin, en 1836, Rey livre ses *Bases de l'ordre social*⁷⁸, destinées à former le préliminaire indispensable à toutes les sciences sociales, dont participe l'étude du droit. Nous présenterons de façon plus détaillée ces différentes publications, mais il convient ici de soulever quelques interrogations quant à ce nouvel intérêt pour la diffusion des principes juridiques. On sait que Rey se préparait à ouvrir un cours public sur les principes généraux du droit en mars 1820⁷⁹.

70 J. REY, *Plainte adressée à M. le Procureur du Roi près le tribunal de la Seine, contre M. le Lieutenant-général Donadien et ses complices, accusés d'assassinat*, Paris, 3 mai 1819 ; *Requête à M. le Garde des Sceaux, tendant à décliner la juridiction du Conseil d'État*, s.l.n.d.

71 J. REY, *Mémoire pour Joseph Rey, de Grenoble, Avocat à la Cour royale de Paris, Contre une décision du Conseil de discipline des Avocats près la même Cour*, s.l.n.d ; « Copie de la décision de radiation prise par le Conseil de discipline de l'ordre des avocats contre Joseph Rey » (AN, CC/518).

72 Georges WEILL, « Les mémoires de Joseph Rey », *Revue historique*, n° 157, 1928, p. 297.

73 J. REY, *Mémoires politiques*, p. 118-126 (BMG, T. 3939) ; *Procès des la société dite les Amis de la liberté de la presse*, Paris, Librairie constitutionnelle de Brissot-Thivars, 1820.

74 On peut trouver les projets de lois sur la liberté de la presse et sur la responsabilité des ministres aux Archives nationales (AN, BB/30/254).

75 J. REY, *Préliminaires du droit ou Introduction à un traité de législation générale*, Paris, Poulet, 1819 (abrégé *Préliminaires* par la suite).

76 J. REY, « Essai d'un cours sur les principes généraux du droit et de la législation » (abrégé *Leçons* par la suite), *Journal général de législation et de jurisprudence* (abrégé *JGLJ* par la suite), t. 1, 1820, p. 1-26, 129-158, 257-287 et 385-415 ; *ibid.*, t. 2, 1820, p. 5-24, 121-144 et 245-269.

77 J. REY, *Traité des principes généraux du droit et de la législation*, Paris, Alex-Gobelet, 1828 (abrégé *TPGD* par la suite).

78 J. REY, *Des Bases de l'ordre social*, Angers, Ernest le Sourd, 1836, 2 t. (abrégé *DBOS* par la suite).

79 Il reviendra sur ce projet plus de quinze ans après, en affirmant qu'il fût alors empêché de dispenser ses leçons (*DBOS*, t. 1, p. x).

Désormais sans emploi, n'aurait-il pas en plus brigué un poste à l'Université ? Il publie en effet ses *Préliminaires* très peu de temps après l'ordonnance du 24 mai 1819 qui venait de créer de nouvelles chaires pour la faculté de droit de Paris. Or, les cours d'histoire philosophique du droit, de droit naturel et de droit des gens l'intéressent tout particulièrement. C'est ce qu'il affirme dans ses *Préliminaires*, lorsqu'il écrit que le cours de droit naturel et droit des gens « peut, à quelques égards seulement, rentrer dans le cadre [qu'il se] propose », ce qui lui donne « un motif de plus de présenter [ses] idées à ce sujet »⁸⁰. Certes, Rey n'a pas atteint le grade de docteur en droit, condition pour accéder au concours permettant de devenir enseignant. Mais il existait des chemins de traverse qui lui auraient malgré tout permis d'être nommé professeur, comme ce fut le cas pour Degérando ou Portets⁸¹. Même si l'on ne peut pas en conclure que Rey visait alors l'Université, ces quelques éléments permettent néanmoins d'étayer notre hypothèse. D'ailleurs, si Rey ne parvient ni à ouvrir son cours public, ni à obtenir une place à l'Université, il ne désespère pas. En 1830, lorsque les libéraux arrivent au pouvoir, il affirme en effet avoir clairement ambitionné d'obtenir un des cours prévus par l'ordonnance de 1819⁸².

Mais pour l'année 1820, Joseph Rey se trouve compromis dès l'été en raison de sa participation aux préparatifs de la Conspiration dite du Bazar français⁸³. Alors que depuis le début de la Restauration les tentatives pour renverser les Bourbons vont bon train, la réaction liberticide qui suit l'assassinat du duc de Berry le 13 février 1820 donne encore de nouveaux motifs de mécontentement aux opposants politiques. C'est dans ce contexte qu'éclot ce nouveau projet de conspiration, qui réunit de nombreux libéraux (Victor Cousin, le général Lafayette, Voyer d'Argenson ...) ainsi qu'un contingent de militaires. Jusque-là, Rey n'envisageait que des moyens légaux d'opposition, mais les troubles parisiens qui ont accompagné la discussion sur le

80 *Préliminaires*, p. 6.

81 Selon la loi du 22 ventôse an XII, les cours nouvellement créés n'étaient pas attribués par concours mais par nomination. C'est ainsi que DEGÉRANDO a obtenu celui de droit administratif (J.-L. HALPÉRIN « Un gouvernement de professeurs : réalité ou illusion ? », in J.-L. HALPÉRIN (dir.), *Paris capitale juridique (1804-1950)*, *Études de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Paris, Éditions Rue d'Ulm, 2011, p. 55). PORTETS quant à lui, alors tout jeune licencié, avait obtenu la permission de se présenter au concours pour la chaire de droit romain (Jérôme FERRAND, « Tout change parce que rien ne change. Introduire au droit du XIX^e siècle à nos jours », in Anne-Sophie CHAMBOST (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J./Lextenso Éditions, 2014, p. 118). Après son échec, il fut nommé professeur suppléant du cours de droit naturel par DELVINCOURT (Madeleine VENTRE-DENIS, « La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de droit de Paris (1819-1822) », *Revue historique de droit français et étranger*, 1975/4, p. 607).

82 J. REY, *Mémoires sur la Restauration*, t. 2, p. 117 (abrégé MSR par la suite) (BMG, T. 3938) .

83 Sur l'activité de REY dans l'Union et sa participation à la conspiration, voir A. B. SPITZER, *Old Hatreds and Young Hopes*, *op. cit.*, p. 212-217. Aucune étude n'a été consacrée spécialement à la conspiration du Bazar française, sauf un article de Vivien FARAUT, « Les outils de représentation graphique de l'espace relationnel face au secret : le cas des conspirateurs du 19 août 1820 », *Les Cahiers de Framespa*, n° 18, 2015 [En ligne : <https://journals.openedition.org/framespa/3233?lang=en>, consulté le 12.03.2020].

projet de loi électorale (la loi dite du double vote) et l'étrange répression menée par les hommes de Charles X le conduisent à faire évoluer sa position. Il accepte désormais de dépasser la légalité⁸⁴. Le but des conjurés, celui de Rey du moins, était de renverser le gouvernement et de provoquer des élections pour former une nouvelle « assemblée nationale sur les bases les plus libérales⁸⁵ ». Joseph Rey avait encore projeté diverses mesures à adopter immédiatement que nous aurons l'occasion d'évoquer çà et là dans notre étude. Mais l'entreprise est découverte par les autorités, qui procèdent alors à des arrestations. Apprenant cela, Rey fuit la France pour se retrouver, après divers périples, sur le sol britannique. Il n'entend d'ailleurs pas se faire juger par la Cour des Pairs, qu'il estime illégale et inconstitutionnelle⁸⁶. L'année suivante, il sera donc jugé par contumace devant cette Cour et condamné à mort⁸⁷.

À partir de son séjour en Angleterre, « laboratoire monstrueux de la modernité politique⁸⁸ », ses convictions politiques se précisent. Une certaine distance par rapport au libéralisme des premiers Idéologues se fait alors sentir. Bien que déjà sous-jacente dans ses publications antérieures, la revendication d'égalité se fait de plus en plus présente sous la plume de Rey. Un certain nombre d'éléments le conduisent en effet à prendre conscience de la nécessité, mais surtout de la possibilité, de créer une société plus égalitaire et donc plus harmonieuse. Rey devient tout à la fois plus radical dans ses revendications et plus pacifique quant aux modes d'action qu'il privilégie. C'est d'abord, à n'en pas douter, l'observation des conditions de vie de la classe ouvrière anglaise qui le conduit sur cette voie. À ce sombre constat de la misère s'ajoutent alors certaines découvertes qui vont le rendre profondément optimiste quant à la possibilité d'un ordre meilleur. Tandis que Rousseau affirmait qu'il n'était pas permis d'éduquer les enfants en commun dès le plus jeune âge⁸⁹, Rey découvre que les salles d'asiles fonctionnent pourtant parfaitement en Angleterre. Il constate à Spitafields (Londres) que l'école maternelle ne présente aucun inconvénient⁹⁰. S'il est envisageable de donner une bonne direction dès le plus jeune âge à tous les membres de la société, alors s'amointrissent les obstacles à

84 MSR, t. 1, p. 35.

85 *Ibid.*, p. 127.

86 Dans une lettre du 26 octobre 1820 adressée au procureur général de la cour royale de Paris, REY explique que cette juridiction, prévue par la Charte, aurait du faire l'objet d'une loi. Or, « [i]l n'a été statué à cet égard que par des ordonnances, système qu'on doit regarder comme le fléau de toute législation, et la source de tout arbitraire, comme subversif de tout système constitutionnel, et par conséquent, de tout véritable ordre social, système que je ne balance point à considérer comme le plus grave de tous les crimes de haute-trahison et de véritable lèse-majesté, puisqu'il est une révolte constante et régulièrement organisée contre la base de toute sécurité publique et de toute stabilité du pouvoir » (AN, CC/518).

87 Cour des Pairs, *Affaire du 19 août 1820, Arrêt de la cour des Pairs du lundi 16 juillet 1821*, s.l.n.d., p. 9.

88 Pierre ROSANVALLON, *La société des égaux*, Paris, Éditions du Seuil, 2011, p. 111.

89 J. REY, *Pétition à la chambre des députés pour l'adoption d'un nouveau plan d'éducation nationale*, Paris, Mesnier, 1830, p. 37-39 (abrégée *Pétition* par la suite).

90 MSR, t. 2, p. 24-26.

l'harmonie sociale. Dès ce moment, l'éducation devient l'une de ses préoccupations les plus sérieuses. Sans qu'il soit possible de dater précisément l'ouvrage, il publie ainsi dans les années 1820 une courte brochure pour présenter les principes de l'enseignement universel tels que développés par Joseph Jacotot⁹¹. En 1830 et 1831, il propose encore une *Pétition à la chambre des députés pour un plan d'éducation nationale*, avant de participer à la fondation des salles d'asile d'Angers et de publier un petit ouvrage sur ce thème⁹². Il va même jusqu'à rédiger un important *Traité d'éducation physique, intellectuelle et morale*⁹³.

C'est encore en Angleterre que Rey se familiarise avec les nouvelles doctrines des premiers socialistes, notamment celles de Robert Owen, de Joseph Fourier et des saint-simoniens. Le contexte explique dans une très large mesure l'apparition de ces premiers socialismes et l'intérêt que notre auteur leur porte. Les premières doctrines socialistes naissent effectivement en réaction aux effets délétères du capitalisme industriel qui se font alors durement sentir et qui touchent tout particulièrement la classe ouvrière. Rey a pu observer la misère des travailleurs anglais. Les projets de réforme sociale, aussi différents qu'ils soient les uns des autres, visent alors à améliorer le sort des ouvriers et à créer une société harmonieuse où les relations économiques et sociales ne soient plus marquées par la concurrence. On cherche à remplacer l'*individualisme* – terme qui s'impose en France dans les années 1820⁹⁴ – par la *fraternité*, l'*association*, la *communauté*⁹⁵. Bien que disqualifiés ensuite par Marx et Engels qui jugeront utopiques tous les projets socialistes formulés avant le leur, les réformateurs du premier XIX^e siècle envisagent pourtant le socialisme comme une entreprise scientifique : il s'agit de fonder une véritable science sociale⁹⁶. C'est d'ailleurs en partie ce qui fait leur spécificité par rapport aux auteurs qui leur ont ouvert la route. Car les bases du socialisme et du communisme ont été jetées bien avant le XIX^e siècle. Sans remonter jusqu'à Platon, on trouve cet idéal égalitaire chez certains philosophes du XVIII^e siècle tels que Étienne-Gabriel Morelly ou l'abbé Gabriel Bonnot de

91 J. REY, *De la méthode Jacotot*, Grenoble, Prudhomme, s.d. ; sur la méthode de l'enseignement universel, voir Jacques RANCIÈRE, *Le maître ignorant, Cinq leçons sur l'émancipation intellectuelle*, Paris, Arthème Fayard, 1987.

92 J. REY, *Lettres à ma femme sur les écoles de la première enfance, dites Salles d'asile*, Grenoble, Prudhomme, 1835.

93 J. REY et J. A. BARRÉ, *Traité complet d'éducation physique, intellectuelle et morale, suivi d'essais de cours sur les diverses branches de l'enseignement du premier et du second degré*, t. 1, Grenoble, Prudhomme, 1841 ; *Traité complet d'éducation physique, intellectuelle et morale*, Paris, Librairie classique de Dezobry et E. Magdeleine, 1852. Voir également G. WEILL, « Un éducateur oublié, Joseph Rey », *Revue internationale de l'enseignement*, t. 49, Janvier-Juin 1905, p. 65-69.

94 Et ce notamment par le biais du journal saint-simonien *Le Producteur* (Marie-France PIGUET, « Débats politiques sur la liberté individuelle et raisons langagières dans l'émergence du mot *individualisme* », in Jean-Louis FOURNEL, Jacques GUILHAUMOU et Jean-Pierre POTIER (dir.), *Libertés et libéralismes. Formation et circulation des concepts*, Lyon, END Éditions, 2012, p. 180).

95 P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.*, p. 155-158.

96 Claude NICOLET, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, Paris, Gallimard, 1994, p. 288 ; Nathalie BRÉMAND, « "Socialistes utopiques", les mal-nommés », *Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique*, n°124, 2014, p. 13-24.

Mably. Jean-Jacques Rousseau a aussi été considéré comme un précurseur du communisme par certains – là où d'autres affirment au contraire qu'il est le théoricien d'un système ultra-individualiste⁹⁷.

En héritier de Rousseau, il n'est donc pas surprenant que Rey soit alors fasciné par les nouvelles théories sociales qui voient le jour dans le premier XIX^e siècle. Il faut toutefois remarquer que chez le Genevois – comme chez la plupart des socialistes – le socle philosophique matérialiste fait défaut, ce qui oblige notre auteur à adapter ces idées pour les rendre compatibles avec les principes qui sont les siens⁹⁸. C'est pourquoi il substitue par exemple au contrat social de Rousseau un quasi-contrat social qui lui permet de penser la réciprocité des échanges sociaux et d'avancer sur le terrain de l'égalité⁹⁹. Mais c'est un terrain qui est désormais miné. Dans la France post-révolutionnaire, le spectre d'un Rousseau associé aux malheurs de la Terreur complique en effet la réception des discours qui cherchent à s'inscrire dans son héritage politique. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de se revendiquer du citoyen de Genève pour susciter des alarmes. Les projets égalitaires portés par les premiers socialistes sont souvent regardés avec suspicion par ceux qui entendent se faire les gardiens de ce que André-Jean Arnaud a pu qualifier de « paix bourgeoise¹⁰⁰ ». Et les juristes sont ici des acteurs privilégiés de ce maintien de la *paix*. Joseph Rey se singularise ainsi par rapport aux juristes de son temps en raison de l'intérêt qu'il porte aux nouvelles doctrines socialistes et qui l'amène à construire une véritable théorie relationnelle du droit. En cela, il se distingue également des premiers socialistes qui refusent assez unanimement de mobiliser les instruments du droit pour organiser la société¹⁰¹.

Parmi les divers projets de réformes qui voient alors le jour, Rey signale une préférence marquée pour le modèle des communautés coopératives développé par Robert Owen. Owen et Rey partagent déjà des vues analogues quant à la nature humaine. Tous deux insistent sur le déterminisme auquel sont soumis les hommes et, par conséquent, sur l'importance du milieu dans le développement des pensées, des mœurs, des comportements et autres habitudes des

97 Paul JANET (philosophe héritier de l'éclectisme cousinien) affirme que « Jean-Jacques est assurément le fondateur du communisme moderne » (cité par Célestin BOUGLÉ, « Rousseau et le socialisme », *Revue de métaphysique et de morale*, t. 20, n° 3, 1912, p. 341), là où Karl KAUTSKY (socialiste allemand) considère au contraire que seul « un critique superficiel » peut voir dans la théorie de ROUSSEAU une couleur communiste (*La lutte des classes en France en 1789*, trad. Édouard Berth, Paris, Librairie G. Jacques & C^{ie}, 1901, p. 72).

98 Eddy DUFOURMONT a été confronté à une problématique similaire lorsqu'il a étudié Nakae CHÔMIN, qui se présente à la fois comme un « adepte de Rousseau » et comme un penseur « matérialiste et athée » (« Nakae Chômin a-t-il pu être à la fois un adepte de Rousseau et un matérialiste athée ? », *Ebisu – Études japonaises*, n° 45, 2011, p. 5-25).

99 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1.

100 A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français, La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, préface de Michel VILLEY et postface de Georges MOUNIN, Paris, L.G.D.J., 1973.

101 Georges GURVITCH, *L'Idée du Droit Social. Notion et système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1931, p. 288-323.

individus. Avant même de rencontrer la pensée de Owen, Rey est effectivement déjà acquis à l'idée que l'on ne peut changer les individus qu'en changeant le milieu dans lequel ils évoluent. Mais c'est avec la découverte du projet coopératif que Rey acquiert une vision plus nette du modèle social adéquat à la nature humaine et à l'harmonie sociale. Entrepreneur, philanthrope et réformateur gallois, Robert Owen est en effet connu pour son projet de société rationnelle fondée sur la coopération et la communauté des biens¹⁰². Rey présente sa pensée à la France en 1826 dans des *Lettres sur le système de la coopération mutuelle et la communauté de tous les biens, d'après le plan de Robert Owen*¹⁰³. Par cette publication, il devient le principal promoteur des idées coopératives en France¹⁰⁴ et passe d'ailleurs pour l'introducteur du terme *coopération* en français¹⁰⁵. Ces lettres « inoubliables et pourtant tellement oubliées¹⁰⁶ », d'après les mots de Henri Desroches, paraissent d'abord au nombre de deux dans le journal saint-simonien le *Producteur*, avant d'être augmentées d'une troisième et de faire l'objet d'une publication autonome en 1828¹⁰⁷. Elles sont encore largement reprises dans les *Bases de l'ordre social*. Le *London Co-operative Magazine*, l'un des organes de presse de la pensée coopérative outre Manche, les considère d'ailleurs comme l'un des meilleurs résumés de la doctrine de Owen¹⁰⁸. En France, la *Revue Encyclopédique* n'y voit cependant qu'une « nouvelle utopie¹⁰⁹ ». Celles-ci vont effectivement bon train dans ce premier XIX^e siècle et ne se cantonnent d'ailleurs pas au monde des idées¹¹⁰. À la demande de l'oweniste Jules Gay, un projet de réédition des *Lettres* est amorcé en mars 1837. Mais l'entreprise tourne cours pour des raisons inconnues¹¹¹. En 1827-1828, Joseph Rey fonde encore une société

102 Pour les détails biographiques, on peut se référer notamment à Nathalie ROSSET, « Owen l'utopiste », introduction de Robert OWEN, *Nouvelle vision de la société*, Lyon, Atelier de création libertaire, 2012, p. 13-30 ; voir aussi Henri DESROCHE, *Le projet coopératif*, Paris, Les Éditions ouvrières, 1976 ; Serge DUPUIS, *Robert Owen, Socialiste utopique 1771-1858*, Paris, CNRS, 1991.

103 J. REY, *Lettres sur le système de la coopération mutuelle et de la communauté de tous les biens, d'après le plan de M. Owen*, Paris, Sautet et Cie, 1828 (abrégé LSCM par la suite).

104 Mickael DROLET et Ludovic FROBERT, « Kindness as the foundation to community : For a "radical equality tempered by benevolence" : Joseph Rey of Grenoble (1779-1855) », *English historical review*, n° 136 (578), 2021, p. 131.

105 H. DESROCHE, *Le projet coopératif, op. cit.*, p. 49.

106 *Ibid.*, p. 7.

107 La publication du *Producteur* ayant pris fin avant que la troisième lettre ne puisse y paraître.

108 « We do not recollect to have seen a better summary of the system » (*The London Co-operative Magazine*, t. 3-4, 1828-1830, réimpression, Wesport, Greenwood Reprint Corporation, 1970, p. 119).

109 *Revue encyclopédique, ou Analyse raisonnée des productions les plus remarquables dans les sciences, les arts industriels, la littérature et les beaux-arts*, t. 40, Paris, Au Bureau central de la Revue Encyclopédique, octobre 1828, p. 187.

110 Michèle RIOT-SARCEY, *Le réel de l'utopie. Essai sur le politique au XIX^e siècle*, Paris, Albin Michel, 1998. Joseph REY refuse toutefois ce qualificatif, dans lequel il ne voit qu'une manière de dénigrer les réformes proposées : « On croit avoir tout dit contre un système nouveau lorsqu'on a prononcé d'une manière tranchante que c'est un plan inexécutable, une pure chimère, une UTOPIE en un mot. Cette manière de discuter est fort commode, il est vrai, car elle dispense de tout examen sérieux, de tout effort pour vaincre d'anciens préjugés » (*Pétition*, p. 170-171).

111 Lettre de Jules GAY à Joseph REY, 31 mars 1837, et brouillon de réponse de Joseph REY, 5 avril 1837 (BMG, T. 3980, liasse n° 7).

coopérative à Paris. Cependant, s'étant marié en province avec Marie-Julie Delorme durant l'hiver 1826-1827¹¹², et, par conséquent, obligé de quitter fréquemment la capitale, il préfère mettre fin à l'association par crainte que ses principes ne soient dénaturés par les autres membres durant son absence¹¹³. La trajectoire provinciale de Joseph Rey semble ici avoir constitué un obstacle à son entreprise de diffusion des principes coopératifs.

Le séjour de Rey en Angleterre ne l'a pas seulement mis en contact avec les idées sociales. Par l'entremise de Lafayette, il y rencontre également Jeremy Bentham avec qui il partage, dans une certaine mesure, les principes de l'utilitarisme. Bentham et Lafayette ont d'ailleurs soutenu Rey financièrement pendant cette période, permettant ainsi au jeune juriste de poursuivre ses recherches. Il profite alors de sa présence sur le sol britannique pour consacrer « quatre ans de recherches presque exclusives¹¹⁴ » aux institutions judiciaires de l'Angleterre, et publie, une fois de retour en France, un ouvrage en deux volumes intitulé *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France*. Cette étude connaît un relatif succès et sera suivie d'une réimpression puis d'une seconde édition en 1839¹¹⁵. Bentham est tellement charmé par la qualité des deux volumes qu'il désire même les faire traduire en anglais¹¹⁶. Nous n'avons toutefois trouvé aucune trace d'une telle traduction¹¹⁷. Après cette publication, Rey affirme en avoir fini avec tout ce qui tient à sa « qualité de jurisconsulte¹¹⁸ ». Il n'abandonne pas pour autant ses recherches en droit. Au contraire, il poursuit son examen des questions juridiques et entame alors ce qu'il décrit comme « l'ouvrage [...] le plus important de [sa] vie, puisqu'il s'agit de déterminer d'une manière vraiment scientifique, c'est-à-dire en s'appuyant sur des faits avérés et non sur de simples hypothèses, quels sont les véritables besoins de l'homme et quels principes doivent éclairer les moyens de satisfaire ces besoins¹¹⁹ ». Il s'agit du *Traité des PGD* paru en 1828, qui devient *Bases de l'ordre social* lorsque Rey entreprend de le rééditer en 1836¹²⁰. Il ouvre à cette occasion un cours auquel il convie les hommes qu'il juge les plus éclairés parmi les proscrits européens et les

112 Nous ne connaissons pas la date précise de ce mariage, mais une lettre d'ENFANTIN datée du 10 décembre 1826 évoque le projet de mariage de REY (BMG, N.4).

113 MSR, t. 2, p. 75-85.

114 Ibid., p. 23.

115 J. REY, *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France et de quelques autres États anciens et modernes*, Paris, Charles-Béchet, 1828, 2 t. (abrégé *DIJAF* par la suite, nous citerons essentiellement cette édition, sauf à préciser lorsque nous puiserons dans la réédition) ; *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France et de quelques autres États anciens et modernes*, 2^e éd., Paris, G. Thorel, 1839, 2 t.

116 Lettre de BENTHAM à LAFAYETTE, 11 mai 1827 (BMG, T. 3958).

117 Même constat dans *The Correspondence of Jeremy Bentham*, vol. 12, Clarendon Press, 2006 (éd. Luke O'SULLIVAN et Catherine FULLER), p. 362.

118 MSR, t. 2, p. 24.

119 Ibid., p. 29.

120 Mais les *Bases de l'ordre social* n'ont en réalité plus grand chose à voir avec le *TPGD*, puisque les éléments proprement juridiques sont tout à fait mis de côté, pour se concentrer sur les sciences qui doivent, selon REY, précéder toute étude du droit et de la législation.

citoyens anglais, dans le but de discuter les principes qu'il croit avoir découverts¹²¹. En février 1826, le *London Co-operative Magazine* annonce ainsi un cours des « principes généraux de la Législation, fondés sur la philosophie morale et l'économie politique », professé par Rey tous les mercredis soirs¹²². Les recherches du juriste ne s'arrêtent pas là, puisqu'il met encore à profit le temps passé en Angleterre pour élaborer une brochure sur le *Perfectionnement des études légales*¹²³ à partir d'une comparaison des systèmes en place dans différents États. À cette époque, Rey multiplie en effet ses relations avec les étrangers et profite de leurs connaissances pour nourrir sa soif de savoir. Par ailleurs, alors qu'il était en route pour l'Angleterre, Rey a traversé différents États européens, dont l'Allemagne, où il a pu recueillir des matériaux sur l'enseignement du droit dans ce pays.

Ses activités politiques se poursuivent également. Rey entretient des relations avec les libéraux européens, se décrivant comme une sorte de « chargé d'affaires des réfugiés libéraux qui débarqueraient [...] en Angleterre¹²⁴ ». Sa correspondance révèle en outre qu'il a rencontré Bernardino Rivadavia, futur premier président de la République argentine¹²⁵. Il a également côtoyé John Bowring¹²⁶, l'un des disciples de Bentham et membre du parlement britannique, qui sera ensuite gouverneur de Hong-Kong. Lorsqu'il rentre en France, Rey a ainsi accumulé les connaissances et les expériences.

C'est à l'été 1826 qu'il décide enfin de retourner dans son pays natal, probablement pour éviter la mort civil qu'encourt tout condamné à mort par contumace passé un délais de cinq années. Amnistié par Charles X qui ne voyait en lui qu'un « rêveur fort inoffensif¹²⁷ », il s'attelle alors à la publication des divers ouvrages commencés durant son exil. Le temps des conspirations est fini pour Joseph Rey. Son militantisme actif en faveur des idées sociales peut commencer. Il noue d'abord des relations avec les saint-simoniens et assurera même un temps la propagande de leur doctrine (1830-1832). Il est encore en contact avec différents communistes, socialistes ou partisans d'une plus grande égalité sociale, tels que les fouriéristes¹²⁸ ou Philippe Buonarroti, avec qui il avait débuté une correspondance lorsqu'il était encore en exil outre

121 MSR, t. 2, p. 29.

122 *The London Co-operative Magazine*, t. 1, 1826, réimpression, Wesport, Greenwood Reprint Corporation, 1970, p. 42.

123 J. REY, *Du perfectionnement des études légales dans l'état actuel de la société*, Paris, Treuttel et Wurtz, 1827 (abrégé *Du perfectionnement des études légales* par la suite).

124 MSR, t. 1, p. 241.

125 Lettre du 25 juillet 1825, par laquelle REY est convié à venir dîner chez RIVADAVIA (BMG, T. 3957).

126 MSR, t. 2, p. 236.

127 Adolphe ROCHAS, *Biographie du Dauphiné*, t. 2, Paris, Charavay, 1^{ère} éd., 1860, p. 343-346 ; « Condamnés amnistiés (Q-V), 1825-1830 » (AN, F/7/6775).

128 J. REY, « Résidu de documents sur mes relations avec l'école phalanstérienne, et comptes courants » (BMG, T. 3952).

Manche, avant de le rencontrer en personne après 1830¹²⁹. S'il penche résolument en faveur du projet coopératif de Robert Owen, il ne cesse pas pour autant d'étudier les propositions de réforme de ses contemporains. Son but premier est moins d'instaurer immédiatement une communauté idéale conforme à ses principes, que de trouver le moyen de faire progresser les idées et les expériences réformatrices pour améliorer graduellement la situation concrète des hommes. À la fin de sa vie, il tentera ainsi de persuader les divers courants socialistes de marcher de concert en publiant un *Appel au ralliement des socialistes*¹³⁰.

En 1830, Rey est enfin réintégré dans la magistrature. C'est alors à contrecœur qu'il se résout à revenir à ses anciennes fonctions, lorsqu'il comprend qu'il n'entrera jamais à l'Université. Après des démarches laborieuses et grâce au concours apporté par Lafayette, il obtient une place de conseiller à la Cour royale d'Angers¹³¹. C'est avec une légère déception qu'il part pour le Maine-et-Loire, alors que ses vœux se portaient sur la capitale où ses idées auraient sans doute pu être mieux relayées. Dans sa correspondance, il se décrit ainsi comme un « pauvre exilé en province¹³² ». Bien que les portes de l'Université lui restent fermées, Rey n'abandonne toujours pas ses projets éducatifs. En 1831, il participe à la fondation des premières salles d'asile à Angers¹³³. En 1834, il publie d'ailleurs des *Lettres à ma femme sur les salles d'asile*, dans lesquelles il développe les principes devant présider à la création de ces institutions destinées aux très jeunes enfants. Rey participe également à la propagande saint-simonienne dans le Maine-et-Loire. Lors de son séjour à Angers, Rey s'est encore intéressé à la question du système pénitentiaire et de la réforme des prisons, qui était alors un sujet d'actualité¹³⁴. Mais même s'il a de quoi s'occuper utilement à Angers, tous ses vœux demeurent tournés vers Paris, où il demande en vain une mutation¹³⁵. Par ailleurs, ses relations avec certains magistrats angevins ne sont pas des plus amicales et il est rappelé à l'ordre pour quelques unes de ses prises de position. En effet, en 1836, suite à l'attentat d'Alibaud, Rey refuse de signer l'adresse des magistrats de la cour royale

129 MSR, t. 2, p. 177 ; lettre de BUONARROTI adressée à REY, 28 décembre 1830 (BMG, T. 3958). Jean-Louis MARÇOT fait savoir que BUONARROTI a été assigné à résidence à Grenoble entre mars 1813 et mai 1814, et suggère que c'est peut-être dans ces circonstances qu'il a rencontré Joseph REY (*Comment est née l'Algérie française? (1830-1850). La belle utopie*, Paris, La Différence, 2012, p. 194), mais le récit fourni par REY dans ses *Mémoires* ne correspond pas. Mickael DROLET et Ludovic FROBERT suggèrent quant à eux que REY et BUONARROTI auraient été mis en contact par l'intermédiaire de Joachim DE PRATI, dont REY n'a fait la connaissance qu'à la fin de l'été 1820 (M. DROLET et L. FROBERT, « Kindness as the foundation to community », *art. cit.*, p. 135).

130 J. REY, *Appel au ralliement des socialistes*, Paris, Librairie phalanstérienne, 1847.

131 F. RUDE, *Un socialiste "utopique" oublié, Joseph Rey (1779-1855)*, *op. cit.*, p. 17.

132 Brouillon de lettre de Joseph REY à Jules GAY, 19 janvier 1839 (BMG, T. 3980, liasse n° 7).

133 MSR, t. 2, p. 127.

134 M. REGAD, *Attaquer le droit pénal par la philosophie*, *op. cit.*, p. 155-175.

135 En avril puis en décembre 1832, REY sollicite le ministre de la justice ainsi son secrétaire général afin d'obtenir une mutation à Paris (AN, BB/6/188 et BB/5/246).

d'Angers, et publie l'année suivante une adresse en son nom propre dans le *Journal du Maine-et-Loire*. Nous n'avons pas réussi à la consulter, mais d'après la lettre de blâme que lui envoie le premier président de la cour, Desmazière, il apparaît que les magistrats d'Angers avaient unanimement repoussé les doctrines qui y étaient professées. Dans cette même lettre, il est encore reproché à Rey certaines idées développées dans son ouvrage sur les *Bases de l'ordre social*, considérées comme subversives¹³⁶. Bien qu'intégré à la vie locale angevine, Joseph Rey a donc des difficultés pour s'entendre avec ses collègues. Il n'entend pas finir ses jours là-bas, ni même sa carrière.

En décembre 1839, il obtient enfin une mutation désirée pour Grenoble¹³⁷. Jusqu'en août 1844, date de sa mise à la retraite, il y occupe le poste de conseiller à la cour royale¹³⁸. Il poursuit ses projets de réforme sociale et continue de s'intéresser aux diverses institutions de bienveillance et autres tentatives d'amélioration sociale¹³⁹. Rey participe alors à différents projets locaux et fait connaître ses idées au public par le biais du *Courrier de l'Isère*. Il écrit par exemple sur l'« Éducation des sourds-muets par la parole¹⁴⁰ » ou présente le fonctionnement de la « Colonie agricole de Metray¹⁴¹ ». Sur la fin de sa vie, Rey a alors entrepris de nombreuses démarches pour que soient créées de telles institutions, soit pour aider à l'extinction de la mendicité, soit pour assurer la prise en charge des jeunes détenus, soit pour les orphelins¹⁴². Avec l'aide de J. A. Barré, un professeur de sciences physiques, il élabore enfin un *Traité d'éducation* dont le premier tome est publié en 1841. Il faut toutefois attendre 1852 pour qu'il paraisse dans sa version complète, Rey ayant peiné à réunir les fonds nécessaires pour cette publication¹⁴³.

En août 1848 il est élu conseiller municipal à Grenoble, après s'être présenté sur la liste

-
- 136 Lettre du Premier président de la Cour royale d'Angers, M. DESMAZIÈRES, 9 janvier 1837 (AN, BB/6/188).
- 137 MSR, t. 2, p. 116
- 138 Henry DUMOLARD, « Joseph Rey, de Grenoble (1779-1855) et ses mémoires politiques », *Annales de l'Université de Grenoble*, t. 4, n° 1, 1927, p. 108.
- 139 Il participe par exemple à la création d'un restaurant sociétaire à Grenoble en 1851 (Anne LHUISSIER, « Le restaurant sociétaire de Grenoble sous la Seconde République », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 26-27, 2003, p. 85-110).
- 140 *Courrier de l'Isère*, 18 août 1840.
- 141 *Courrier de l'Isère*, 15 décembre 1842.
- 142 J. REY, « Projet de transformation en colonie agricole de l'institution existante à Grenoble pour l'extinction de la mendicité » (BMG, T. 3961) ; « Projets de colonies agricoles pour jeunes détenus », (BMG, T. 3962) ; « Projets de colonie agricole pour les enfants trouvés et autres orphelins pauvres du département de l'Isère », (BMG, T. 3963) ; voir également M. DROLET et L. FROBERT, « Kindness as the foundation to community », *art. cit.*, p. 144. REY qualifiait apparemment ces différents projets de « socialisme de transition » (*ibid.*, p. 144).
- 143 La correspondance de REY révèle effectivement qu'il a entrepris des démarches infructueuses pour faire publier son ouvrage. Il a notamment proposé aux rédacteurs de *La Phalange* d'insérer ses *Mémoires politiques* en feuilleton dans le journal en leur abandonnant les droits, sous condition qu'ils publient à leurs frais son *Traité d'éducation*. Mais ces derniers ont refusé (Lettre de refus du 21 décembre 1845 (BMG, T. 3952)). REY a encore cherché l'aide de ses amis, soit pour lui trouver un éditeur, soit pour l'aider pécuniairement à financer la publication du *Traité* (BMG, T. 3955).

républicaine de la ville¹⁴⁴. Il occupe cette fonction jusqu'à ce que son âge et son état de santé le conduisent à cesser cette activité¹⁴⁵. Entre temps, avec certains de ses compatriotes grenoblois, il forme un comité électoral républicain et démocratique, dont il est vice-président¹⁴⁶, afin de soutenir la candidature de Ledru-Rollin aux prochaines élections présidentielles¹⁴⁷. L'année suivante, il tente même, mais en vain, de se faire élire député à la représentation nationale¹⁴⁸.

Pas un seul instant de sa vie, Joseph Rey n'a cessé d'œuvrer pour le bonheur de ses semblables. Son parcours, dont nous n'avons d'ailleurs retracé que les éléments les plus importants, est d'une richesse vertigineuse. Il décède alors le 18 décembre 1855, laissant derrière lui une quantité impressionnante de publications et de manuscrits. De son vivant, Rey avait déjà fait don à la Bibliothèque municipale de Grenoble d'une partie des ouvrages qu'il possédait¹⁴⁹. Après sa mort, c'est encore une foule de documents manuscrits qui seront conservés dans cette même bibliothèque. Joseph Rey a même pris le soin de classer ses papiers, ajoutant parfois des notes pour que celui ou celle qui entreprendrait de les étudier puisse s'y retrouver. Nous sommes ainsi face à un homme qui travaillait pour le présent, mais aussi pour la postérité.

Il est surprenant qu'un personnage ayant eu un parcours si riche n'ait pas suscité plus d'intérêt et soit resté dans l'ombre de l'histoire¹⁵⁰. Il présente pourtant un intérêt historique indéniable. Joseph Rey n'est en effet pas seulement un témoin de son temps. Il est un passeur, dans le sens où il est l'un des derniers représentants de la tradition philosophique du XVIII^e siècle qu'il cherche à faire vivre dans la France du premier XIX^e siècle. C'est ce qui se révèle à la lecture de ses différentes publications, notamment celles qui concernent les principes généraux du droit et de législation.

144 Archives municipales de Grenoble, 1D17, feuillet 42 ; F. RUDE, « La Révolution de 1848 à Grenoble », in Edmond ESMONIN, Henri BLET, Georges ARGENTON et *al.*, *La révolution de 1848 dans le département de l'Isère*, Grenoble, Imprimerie Allier, 1949, p. 192-193.

145 Archives municipales de Grenoble, 1D19, feuillet 124.

146 F. RUDE, « La Révolution de 1848 à Grenoble », *op. cit.*, p. 199-201.

147 G. ARGENTON et Philippe VIGUIER, « Les élections dans l'Isère sous la Seconde République », *La Révolution de 1848*, *op. cit.*, p. 41.

148 J. REY, *Profession de foi électorale du citoyen Joseph Rey*, Grenoble, Imprimerie de N. Maisonville, 30 avril 1849.

149 Un article du *Patriote des Alpes* nous apprend qu'en février 1851, REY a déjà fait don de plus quatre cents « volumes ou brochures » à la BMG (*Patriote des Alpes*, 11 février 1851).

150 « Les idées qui intéressent l'historien, écrit Marc ANGENOT, sont celles que ne sont pas restées dans des manuscrits ou des livres, celles, dit-on, qui ont exercé une *influence* » (*L'histoire des idées*, Liège, P.U. de Liège, 2014, p. 219). Une telle conception de l'histoire (des idées) permettrait d'expliquer l'oubli historiographique dans lequel Joseph REY est tombé. Mais elle apparaît réductrice et regrettable. Par ailleurs, à partir de *quand* peut-on considérer qu'une idée ou un auteur n'a exercé aucune influence ? Peut-être que la théorie juridique de Joseph REY n'a simplement pas *encore* produit tous les effets qu'elle pourrait être amenée à produire.

Entre 1819 et 1828, Rey a en effet publié les *Préliminaires du droit* sous-titrés *Introduction à un traité de législation générale*, l'« Essai d'un cours sur les principes généraux du droit et de la législation », paru en 1820 et 1821 dans le *Journal général de législation et de jurisprudence* et son *Traité des principes généraux du droit et de la législation*. L'auteur ouvre ces diverses publications par un exposé des principes de l'Idéologie qui est, selon ses propres mots, « le tronc de l'arbre vraiment encyclopédique » dont les autres sciences ne sont que des « branches »¹⁵¹. Il lui apparaît absolument fondamental de faire connaître et surtout de défendre ces principes contre les attaques qu'ils subissent alors, notamment sous la plume des spiritualistes éclectiques. Ici se révèle l'importance de la philosophie pour Joseph Rey. Le juriste a en effet toujours considéré les éclectiques comme ses adversaires directs sur le plan philosophique. Cela ne l'a toutefois pas empêché d'entrer en relation avec eux lorsqu'ils poursuivaient des fins identiques, comme dans les années 1820 où ce fut le cas lorsque chacun s'employait à défendre les libertés menacées par la restauration monarchique. Le *Journal général de législation et de jurisprudence* fut ainsi une entreprise éditoriale à laquelle les éclectiques participèrent, et notamment Victor Cousin¹⁵². Cette publication mérite qu'on lui consacre une attention particulière, car sa naissance et sa disparition demeurent assez énigmatiques.

On sait que le journal fut fondé en 1820 par trois avocats : Dupin le jeune, Debeaufort d'Angoulême et Joseph Rey lui-même. Ce dernier, en sus des leçons qu'il fournissait pour chacune des livraisons (sept leçons au total), était encore chargé de corriger ou de traduire les articles soumis par des rédacteurs étrangers¹⁵³. Parmi ses collaborateurs se trouvaient en effet un certain nombre de jurisconsultes et de publicistes étrangers, mais également des personnalités françaises importantes telles que Lanjuinais, Cousin, ou encore les avocats libéraux Barthe, Mérilhou et Odillon-Barrot. Loin de se limiter à n'être qu'un simple journal de législation et de jurisprudence, comme le suggère son titre, les thèmes abordés par la revue étaient très variés. Le journal était effectivement loin de se cantonner à l'étude du droit positif. Il avait encore pour objet de développer l'esprit critique des lecteurs en leur faisant connaître les « principes d'éternelle justice sur lesquels doivent reposer les lois positives pour devenir légitimes »¹⁵⁴. Les rédacteurs estimaient qu'elles ne pouvaient plus simplement être imposées aux hommes sans chercher à recueillir leur assentiment. Ainsi, comme le remarque Gérard Dufour, « sous couvert d'une publication scientifique, cautionnée par les titres éminents de la plupart des publicistes

151 *Préliminaires*, p. 14.

152 Aucun article n'est toutefois signé par COUSIN. C'est son élève CARIOL qui se charge d'exposer la philosophie de Victor COUSIN (Jules CARIOL, « Faculté de l'académie de Paris. Cours de M. Cousin », *JGLJ*, t. 1, p. 492-504 et *ibid.*, t. 2, p. 112-119).

153 *MSR*, t. 1, p. 12.

154 *Ibid.*, p. 1.

recrutés », il s'agissait en fait d'une nouvelle revue d'opposition libérale¹⁵⁵. Par ailleurs, le public visé ne se limitait pas aux hommes baignés dans la science du droit. Sous un régime représentatif, les rédacteurs jugeaient nécessaire de mettre la science de la législation à la portée de tous les citoyens. Le prospectus annonçait en effet que « [l']étude des lois positives devrait être partout une étude populaire¹⁵⁶ ». C'était donc aussi l'occasion pour Rey de donner plus de publicité à ses idées. Mais l'entreprise a rapidement tourné court et sa faible durée de vie explique sans doute qu'elle n'ait pas, jusqu'à présent, suscité l'intérêt des historiens et des historiennes¹⁵⁷.

Si l'on compare le *JGLJ* avec la revue *Thémis*, sa devancière, on est effectivement surpris de constater que le premier disparaît après seulement huit livraisons compilées en deux volumes, alors que la seconde a perduré de 1819 à 1831, comptabilisant ainsi dix volumes¹⁵⁸. Les deux revues présentent pourtant quelques ressemblances. Fondée par Athanase Jourdan en 1819, la *Thémis* aborde également le droit et la législation sous un angle philosophique, et entend viser un public plus large que celui constitué par les seuls praticiens. Ces deux revues ont d'ailleurs certains collaborateurs en commun tels que Cousin ou Dupin. Toutefois, là où le *JGLJ* se signale par la diversité des points de vues qui y sont exprimés¹⁵⁹, la ligne éditoriale de la *Thémis* est fortement marquée par le spiritualisme éclectique. Alors que le *Journal* offre à la fois aux lecteurs l'exposé de la philosophie matérialiste de Rey et celui de la philosophie spiritualiste développée par Cousin, la *Thémis* n'aborde les opinions du premier que pour les critiquer et les discréditer¹⁶⁰.

Bien que l'on puisse être tenté d'expliquer la disparition anticipée du *Journal général* par son côté peu conventionnel, l'explication est certainement beaucoup plus prosaïque. Les événements d'août 1820 forcent en effet Joseph Rey à quitter le territoire français. Certes, certains collaborateurs du journal avaient également participé au projet de conspiration à l'instar de Barthe ou de Cousin. Mais quoique seul Rey ait été compromis dans cette affaire, il était sans doute préférable pour ces hommes de ne pas persévérer dans une entreprise qui pouvait attirer

155 Gérard DUFOUR, *Juan Antonio Llorente en France (1813-1822) : contribution à l'étude du libéralisme chrétien en France et en Espagne au début du XIX^e siècle*, Genève, Droz, 1982, p. 220.

156 Prospectus en tête du premier volume, p. 1.

157 Alors qu'on trouve par exemple des études consacrées spécialement à la revue *Thémis* (Julien BONNECASE, *La Thémis (1819-1831). Son fondateur, Athanase Jourdan*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1914 ; P. RÉMY, « "La Thémis" et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n°4, 1987, p. 145-160 ; J. FERRAND, « Le droit pénal dans les revues juridiques spécialisées du premier XIX^e siècle. Le cas de la *Thémis* », *l'IRASCible, Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles*, n° 4, novembre 2013, p. 163-215).

158 *Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte ; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats*, Paris, Au Bureau de la Thémis, 1819-1831, 10 t. (abrégé *Thémis* par la suite, avec le numéro du tome).

159 Augustin THIERRY, d'ailleurs mentionné au titre des collaborateurs du *Journal*, le décrit comme « le centre et le point de ralliement des doctrines diverses » sur le droit (*Lettres sur l'histoire de France. Dix ans d'études historiques*, Paris, Garnier Frères, 1826, p. 496).

160 Auguste SAUTELET, « Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey », *Thémis*, t. 2, 1820, p. 63-76.

l'attention des autorités. Il faut encore ajouter que le rétablissement de la censure au printemps 1820 ne devait pas favoriser une telle publication. Le journal commence en effet à paraître au moment même où la loi de censure est adoptée¹⁶¹. Ses effets ne se font pas attendre : outre la fin du *Journal général*, elle précipite également celle d'autres périodiques libéraux tels que *La Minerve* ou *La Bibliothèque historique* qui ont d'ailleurs cessé d'eux-mêmes de paraître¹⁶². Si le départ de Rey hors des frontières nationales pourrait expliquer la très courte durée de vie de son journal, le contexte de répression des idées libérales a sans doute également joué. *La Thémis*, quant à elle, continue néanmoins de paraître et de diffuser les idées du spiritualisme éclectique, alors que celles de Rey ne peuvent plus bénéficier d'un mode de diffusion qui semblait adapté au public qu'il espérait toucher.

Il faudra attendre 1828 pour que le juriste expose de nouveau sa théorie du droit et de la législation dans son *Traité des PGD*. Cette dernière publication est considérablement enrichie par rapport aux deux premières. La réfutation du spiritualisme y occupe bien plus de place, de même que les principes du droit et de la législation. Enfin, son ultime contribution sur le sujet consiste dans la parution d'un ouvrage que nul juriste autre que lui n'aurait pu considérer comme participant d'une théorie du droit. Il s'agit de ses *Bases de l'ordre social*, parues en 1836 après des années de recherches sur le sujet¹⁶³. La singularité des deux tomes qui les composent, et spécialement du premier, mérite qu'on s'y arrête. Celui-ci est en effet intégralement consacré à ce que Rey nomme les « principes généraux de L'ANTROPOBIOLOGIE dans ses rapports avec la théorie de l'ordre social¹⁶⁴ ». En mobilisant la production scientifique de son époque, Rey part de l'étude de la physiologie du corps humain, pour énoncer sur cette base les principes de l'Idéologie, de la morale et de l'économie (deuxième tome). Si cela est déjà suffisamment audacieux, l'originalité du penseur redouble quand il en vient à sous-titrer ses *Bases*, « ou Fondements du droit et de la législation¹⁶⁵ ». Il va sans dire qu'une telle publication a suscité des réactions controversées. Alors qu'Auguste Comte félicite son auteur¹⁶⁶, les rédacteurs de *La Phalange* lui reprochent de trop longs développements sur la physiologie¹⁶⁷. D'autres enfin iront jusqu'à accuser Rey de vouloir renverser toutes les bases de l'ordre social en raison des

161 Il est déclaré par la Veuve JEUNEHOMME le 4 mars 1820 et la première livraison est imprimée le même mois (G. DUFOUR, *Juan Antonio Llorente en France*, op. cit., p. 219).

162 Albert CRÉMIEUX, *La censure en 1820 et 1821 : étude sur la presse politique et la résistance libérale*, Paris, Édouard Cornély et C^{ie}, 1912, p. 20.

163 Pour une présentation plus détaillée de cet ouvrage, voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, I.

164 *DBOS*, t. 1, p. 49.

165 Ce sous-titre est la mention manuscrite qu'il avait inscrite sur son exemplaire personnel, dans l'intention probable de réaliser la seconde édition de ses *Bases* (BMG, X. 98). Dans les papiers personnels de REY, on trouve en effet un ensemble de notes relatives à ce projet de réédition (BMG, T. 3980, liasse n° 10).

166 Lettre de Auguste COMTE à Joseph REY, 23 octobre 1836 (BMG, N. 11).

167 *La Phalange. Journal de la science sociale*, 1^{ère} année, t. 1, n° 29 (juin 1837), p. 933.

propositions de réforme émises dans le second volume¹⁶⁸.

Outre ces écrits spécialement consacrés à la théorie du droit et de la législation, et qui constituent pour nous les principales sources mobilisées dans ce travail, Joseph Rey a encore publié divers ouvrages sur des questions de droit public, les institutions judiciaires, les principes coopératifs ou encore l'éducation¹⁶⁹.

Nous sommes face à un homme qui avait vraiment à cœur de faire porter sa voix auprès du public et de contribuer aux débats de son temps. Loin d'avoir obtenu le succès qu'il espérait de son vivant, ses espoirs semblent s'être portés sur les générations futures. C'est du moins ce que ses archives personnelles laissent présumer.

Disponibles à la Bibliothèque municipale de Grenoble, les archives de Joseph Rey réunissent différents types de documents. On y trouve tout d'abord un ensemble de manuscrits que l'auteur projetait de publier et qui permettent de retracer sa trajectoire personnelle. Rey a en effet composé dans sa vieillesse une *Biographie morale et politique*¹⁷⁰ qui retrace son cheminement jusqu'en 1820, ainsi que des *Mémoires politiques*¹⁷¹ et des *Mémoires sur la Restauration*¹⁷². Si l'on retient la distinction entre l'autobiographie comme écriture axée sur la « vie individuelle » et les mémoires, dans lesquels l'auteur « met l'accent sur sa vie publique » et « prétend témoigner sur l'époque, faire connaître une vérité sur les événements historiques auxquels il a été mêlé »¹⁷³, tous ces textes rentrent en réalité dans cette seconde catégorie. Rey cherche en effet à faire connaître au public ce qui a déterminé la formation de son caractère et de sa pensée, tout en inscrivant son histoire dans le contexte particulier de la Restauration et de la monarchie de Juillet. Il n'a

168 Lettre de M. DESMAZIÈRES, 9 janvier 1837 (AN, BB/6/188).

169 Dans cette vaste production éditoriale qui s'étale sur près de quatre décennies, il faut prendre garde de ne pas lui attribuer l'ouvrage de son homonyme Joseph-Auguste REY, auteur d'un livre en trois volumes intitulé *Théorie et pratique de la science sociale* (Paris, Prudhomme, 1842). Joseph-Marie QUÉRARD avait déjà mis en garde contre cette confusion trop souvent faite dès le milieu du XIX^e siècle (*La France littéraire*, t. 12, Paris, Didot, 1859, p. 230), avant que Fernand RUDE ne le fasse à son tour un siècle plus tard (« La Révolution de 1848 à Grenoble », *op. cit.*, p. 95). En dépit de ces mises en garde, les deux auteurs ont toutefois continué à être confondus, ce qui s'explique aisément. En plus de porter les mêmes patronymes, les deux Joseph REY sont natifs de Grenoble, ont été avocats dans cette même ville (*ibid.*, p. 128) et partagent encore certaines références (notamment leur intérêt pour les nouvelles doctrines socialistes). Le site de Bibliothèque nationale de France a même suggéré pendant longtemps que Joseph (Philippe Étienne) REY usait d'une « supercherie littéraire » en publiant sous le nom de Joseph-Auguste REY. La piste était intéressante mais s'est avérée erronée. Jusqu'au 21 février 2021, c'est ce qu'indiquait la notice consacrée à Joseph Philippe Étienne REY à l'adresse http://data.bnf.fr/12136713/joseph_rey/. Le malentendu semble aujourd'hui dissipé et permet de ne plus attribuer à Joseph REY l'ouvrage de son homonyme.

170 *Ma biographie morale et politique depuis l'époque de ma naissance en 1779, jusqu'en 1820* (BMG, T. 3940).

171 *Mémoires politiques* (BMG, T. 3939).

172 *Mémoires sur la Restauration*, 3 parties (BMG, T. 3938).

173 Damien ZANONE, « Les mémoires comme genre ? La mémoire historique en quête d'une forme stable dans la première moitié du XIX^e siècle français », *Intercambio, Revue d'études françaises*, n° 11, 2002, p. 35.

toutefois pas réussi à les publier par défaut d'éditeur et de finances¹⁷⁴, et seuls certains morceaux qui ne le concernent pas directement ont été mis à la portée du public par la presse locale grenobloise¹⁷⁵. Face à l'impossibilité d'éditer ces textes, Rey choisit alors d'en faire don à la Bibliothèque municipale de Grenoble¹⁷⁶. Il lui a encore légué une bonne partie de sa correspondance, qu'il a lui-même classée dans des dossiers thématiques¹⁷⁷. Ses archives se composent ensuite de différents dossiers aux contenus divers, portant par exemple sur des projets d'institutions philanthropiques et de bienfaisance¹⁷⁸. On trouve également un *Projet de constitution*¹⁷⁹ rédigé en 1815, que Rey a ensuite renoncé à publier après avoir élaboré un *Traité de droit constitutionnel* exprimant bien mieux ses vues sur la question¹⁸⁰. Malheureusement, ce dernier n'a jamais été publié et le manuscrit est aujourd'hui introuvable. Sans prétendre à une présentation exhaustive de ses archives, il faut encore mentionner l'énorme dossier constitué par Rey en vue de la rédaction d'une *Histoire critique des tentatives d'amélioration sociale depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours* ainsi que le manuscrit inachevé de celle-ci¹⁸¹. Pas moins de dix liasses de notes manuscrites, dont certaines correspondances de Rey avec des socialistes ou des communistes, composent cet impressionnant dossier¹⁸².

Enfin, un heureux hasard nous a fait découvrir des *marginalia* de l'auteur sur un certain nombre d'ouvrages conservés au fonds dauphinois de la bibliothèque municipale de Grenoble¹⁸³. Rey a en effet fait don de plus de plus quatre cents « volumes ou brochures » à cette bibliothèque

174 Brouillon d'une lettre de REY adressée à BONNEMÈRE, 4 avril 1849 (BMG, T. 3955).

175 J. REY, « Notice historique sur les sociétés secrètes », *Patriote des Alpes*, 26 et 28 octobre, 4, 9, 11 13, 16, 18, 20 et 25 novembre, et 7, 11, 14 et 16 décembre 1847.

176 Note manuscrite de Joseph REY en date du 3 juillet 1849 (BMG, T. 3955).

177 « Correspondance St-Simonienne » (BMG, T. 3951) ; « Résidu de documents sur mes relations avec l'école phalanstérienne, et comptes courants » (BMG, T. 3952) ; « Correspondance avec Grégoire Bordillon, d'Angers, ancien préfet de l'Isère, et avec A. Guépin, de Nantes, appartenant à l'école de médecine de la dite ville. Principalement sur l'ouvrage de ce dernier intitulé Philosophie du socialisme » (BMG, T. 3953) ; « Correspondance avec le préfet de l'Isère au sujet d'établissements philanthropiques, ou autres objets analogues » (BMG, T. 3954) ; « Correspondance avec M. Coignet, et M. Marius Chastaing, tous deux de Lyon, principalement au sujet d'ouvrages socialistes » (BMG, T. 3955) ; « Correspondance avec M. de Tracy et M. Lanjuinais » (BMG, T. 3956) (sa correspondance avec DESTUTT DE TRACY a été publiée par Claude JOLLY, *Destutt de Tracy, Lettres à Joseph Rey 1804-1814*, Genève, Librairie Droz, 2003) ; « Lettres et billets reçus en Anglet. » (BMG, T. 3957) ; « Correspondance reçue 1821-1830 » (BMG, T. 3958) ; « Correspondance avec Mme Sirey du Saillant » (BMG, T. 3959). D'autres correspondances de REY sont encore éparpillées dans divers dossiers qu'il a constitués sur des thèmes plus précis. REY a par ailleurs conservé les brouillons de certaines lettres qu'il a lui-même envoyées.

178 On les trouve à la BMG sous les cotes T. 3954 et T. 3960 à T. 3971.

179 J. REY, *Projet de constitution monarchique pour la France en 1815* (abrégé PCMF par la suite) (BMG, T. 3973).

180 C'est ce que REY indique sur le manuscrit du PCMF, par une note datée d'avril 1830 (PCMF, f. 1)

181 « Notes autographes pour l'histoire critique des tentatives d'amélioration sociale » (BMG, T. 3980) ; « (1er brouillon) Histoire critique etc. » (BMG, T. 3977) ; « Histoire critique des tentatives d'amélioration sociale depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours. 1ère copie » (BMG, T. 3978).

182 Voir *infra*, Annexes, Illustration n° 3.

183 Voir *infra*, Annexes, Illustrations n° 1 et 2.

de son vivant¹⁸⁴. Il est sans doute probable qu'il ait répété l'opération au moment de sa mort. Après avoir compulsé tous les manuscrits de Joseph Rey et nous être familiarisé avec son écriture, il a ainsi été possible de reconnaître cette même plume dans les notes découvertes sur certains volumes. Par ailleurs, nous avons pu obtenir la confirmation que ces *marginalia* sont effectivement celles de Rey car il renvoie parfois à ses propres écrits. Ainsi, par exemple, sur le *Traité de législation* de Charles Comte, où Rey signale vouloir modifier un passage de son *Traité des principes généraux du droit*¹⁸⁵. Il s'agit donc vraisemblablement de livres ayant appartenu à Rey. Ceux-ci n'ayant toutefois jamais fait l'objet d'un recensement, nous n'avons pour l'instant pu reconstituer que partiellement sa bibliothèque¹⁸⁶ car ce travail s'est avéré particulièrement

-
- 184 H. GARIEL, bibliothécaire, annonce en 1851 dans le *Patriote des Alpes* que REY vient de faire un don à la BMG, qui « consiste en 140 volumes ou brochures sur divers sujets d'économie sociale, politique et pédagogique ». Il ajoute que « [c]es 140 volumes, ajoutés à ceux précédemment donnés, font monter à plus de 400 le nombre de volumes ou brochures dont M. Rey a enrichi notre bibliothèque » (*Patriote des Alpes*, 11 février 1851).
- 185 On trouve des remarques comme « modifier le passage emprunté de Tracy dans le chap [...] de la 2e partie des principes généraux » (BMG, F. 11454, Charles COMTE, *Traité de législation ou Exposition des lois générales suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent ou restent stationnaires*, Paris, Sautetlet, 1826, t. 1, p. 119).
- 186 Parmi les ouvrages consultés à la BMG, nous avons pu acquérir la certitude que les suivants appartenaient à REY, quoique certains ne comportent aucune *marginalia* : E. 26855, Victor CONSIDÉRANT, *De la politique nouvelle convenant aux intérêts actuels de la société*, Paris, Renouard, 1843 ; E. 26894, *La phalange*, 2^e série, t. 1 et 2 et 3^e série, t. 1, 2, 3, 4 et 6 ; E. 26907, Robert OWEN, *Le livre du nouveau monde moral*, Paris, Paulin, 1847 ; E. 26915, Étienne CABET, *Voyage en Icarie*, Paris, Au bureau du populaire, 1845 ; E. 26985, Constantin PECQUEUR, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique, ou études sur l'organisation des sociétés*, Paris, Capelle, 1842 ; E. 26998, Marius CHASTAING, *Des causes du malaise social et de leurs remèdes ou Astréologie*, Lyon, Rodanet et comp., 1848 ; E. 27000, Louis BLANC, *Le socialisme. Droit au travail. Réponse à M. Thiers*, Paris, Michel Lévy Frères, 1848 (cet ouvrage contient également des notes anonymes, certaines répondant aux *marginalia* de REY) ; E. 27024, Charles FOURIER, *Le Nouveau monde industriel et sociétaire*, Paris, Bossange père, 1829 ; E. 27053-27057, *S. Simonisme, Exposition générale* (ensemble de brochures saint-simoniennes que REY a fait relier) ; E. 27110, *Cooperative magazine*, t. 1, 1826 ; E. 27111-27116, ensemble de brochures en anglais sur Robert OWEN que REY a fait relier en un volume ; E. 27118, Robert OWEN, *Report of the proceedings at the several public meetings, held in Dublin*, Dublin, 1823 ; E. 27134, Nicolas MASSIAS, *Observations sur les attaques dirigées contre le spiritualisme, par M. le docteur Broussais, dans son livre sur l'irritation et la folie*, Paris, Firmin Didot, 1828 ; E. 27135, Nicolas MASSIAS, *Lettre à M. le docteur Broussais, sur sa réponse aux observations du baron Massias* Paris, Firmin Didot, 1829 ; E. 27140, William THOMPSON, *An inquiry into the principles of the distribution of wealth most conducive to human happiness*, London, 1824 ; E. 27167-27174, série de tracts en anglais de Robert OWEN que REY a fait relier en un volume ; F. 51189, Armand MARRAST, *Examen critique du cours de philosophie de M. Cousin*, Paris, J. Corréard jeune, 1829 ; F. 5194, Victor COUSIN, *Fragmens philosophiques*, Paris, Sautetlet, 1826 ; F. 5206, Pierre LAROMIGUIÈRE, *Leçons de philosophie sur les principes de l'intelligence, ou sur les causes et sur les origines des idées*, 4^e éd., Paris, Bruno-Labbe, 1826, t. 1 et 2 (le 3^e manque) ; F. 5245, Richard PHILLIPS, *Des pouvoirs et obligations des jurys*, trad. et discours préliminaire de Charles COMTE, Paris, Au bureau du Censeur européen, 1819 ; F. 5364, Thomas BROWN, *Lectures on the philosophy of the human mind*, 2^e éd., Edinburgh, 1824, 4 t. ; F. 5370, Dugald STEWART, *Esquisse de philosophie morale*, trad. et préface de Théodore JOUFFROY, Paris, Johanneau, 1826 ; F. 5371, François PERRON, *Essai d'une nouvelle théorie sur les idées fondamentales ou les principes de l'entendement humain*, Paris, Ladrangé, 1843 ; F. 11433, Friedrich Carl VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814 ; F. 11454, Charles COMTE, *Traité de législation ou Exposition des lois générales suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent ou restent stationnaires*, Paris, Sautetlet, 1826, 4 t. ; F. 11455-11456, Jeremy BENTHAM, *Codification proposal, addressed by Jeremy Bentham to all nations professing liberal opinions*, London, 1822 ; F. 11878, Jeremy BENTHAM, *Rationale of judicial evidence, specially applied to english practice*, London, Hunt and Clarke, 1827, 5 t. ; X. 117, Joseph-Auguste REY, *Théorie et pratique de la*

chronophage.

De bien moindre importance que les archives personnelles de Rey conservées à Grenoble, on trouve pour finir quelques matériaux intéressants aux Archives nationales de France. Ils concernent essentiellement le procès de la conspiration de 1820¹⁸⁷ et le parcours de Rey au sein de la magistrature¹⁸⁸. On y découvre par exemple des détails sur les relations difficiles que le magistrat a pu entretenir avec certains de ses collègues angevins en raison de ses convictions politiques¹⁸⁹. Ces quelques documents viennent ainsi compléter notre important corpus.

Cet ensemble de textes, qu'il s'agisse d'écrits publics ou d'archives personnelles, n'a toutefois été que peu exploité jusque-là. Les mémoires de Joseph Rey ont fait l'objet de quelques articles¹⁹⁰ et ont été étudiés par Nicolas Boisson dans le cadre d'un mémoire en sciences politiques¹⁹¹. Ils n'ont toutefois jamais été publiés et nous avons dû entreprendre de les retranscrire intégralement pour pouvoir les exploiter au mieux. La correspondance avec Destutt de Tracy a en revanche été éditée par Claude Jolly¹⁹² et celle que Rey a entretenue avec les saint-simoniens a été étudiée par Pierre Avril dans le cadre d'un court article¹⁹³. On trouve encore quelques articles dans le domaine de l'histoire des idées politiques ou de l'éducation, quelques notices biographiques ou d'anecdotiques mentions de Joseph Rey dans des études relatives au système coopératif ou aux sociétés secrètes sous la Restauration¹⁹⁴. Enfin, récemment, Mickael

science sociale, Paris, Prudhomme, 1842, 3 t. Lorsque nous citerons les *marginalia* de REY présentes sur ces ouvrages par la suite, nous ne mentionnerons que la cote.

187 Cour des Pairs, Complot du 19 août 1820 (AN, CC/518).

188 « Justice. Personnel. Tribunaux ordinaires des douanes, départements étrangers, 1810-1814 » (AN, BB/1/134) ; « Magistrats et personnel judiciaire, organisation judiciaire, 1790-1912 (Pra à Roz) » (AN, BB/5/246) ; « Cours et tribunaux, Cours royales et Cour de Cassation » (AN, BB/6/188).

189 Lettre du Premier président de la Cour royale d'Angers, M. DESMAZIÈRES, 9 janvier 1837 (AN, BB/6/188).

190 G. WEILL, « Les mémoires de Joseph Rey », *art. cit.* ; H. DUMOLARD, « Joseph Rey, de Grenoble (1779-1855) et ses mémoires politiques », *art. cit.*

191 Nicolas BOISSON, *Les figures de Joseph Rey de Grenoble (1779-1855) : conspirateur libéral, « philosophe » et socialiste « utopique »*, Mémoire de troisième année réalisé sous la direction d'Olivier IHL, IEP Grenoble, 2001 [En ligne : <https://www.memoireonline.com/06/12/5950/Les-figures-de-Joseph-Rey-1779-1855-conspirateur-liberal-philosophe-et-socialiste-utopique.html>, consulté le 02.04.2020].

192 C. JOLLY, *Destutt de Tracy, Lettres à Joseph Rey 1804-1814*, *op. cit.*

193 Pierre AVRIL, « Un magistrat socialiste sous Louis-Philippe, Joseph Rey de Grenoble, et sa correspondance Saint-Simonienne (1779-1855) », *Revue politique et parlementaire*, t. 52, n° 156, 1907, p. 554-559.

194 G. WEILL, « Un éducateur oublié, Joseph Rey », *art. cit.* ; A. DEMOUGEOT, *Le philosophe Rey de Grenoble*, *op. cit.* ; F. RUDE, *Un socialiste "utopique" oublié, Joseph Rey (1779-1855)*, *op. cit.* ; J.-M. QUÉRARD, *La France littéraire*, t. 12, *op. cit.*, p. 230-232 ; A. ROCHAS, *Biographie du Dauphiné*, t. 2, *op. cit.*, p. 343-346 ; Jean MAITRON (dir.), *Dictionnaire biographique du mouvement ouvrier français, première partie : 1789-1864*, t. 3, Paris, Les Éditions ouvrières, 1966, p. 304-306 ; Jean-Jacques MEUSY (dir.), *La Bellevilloise (1877-1939), Une page de l'histoire de la coopération et du mouvement ouvrier français*, Paris, Créaphis, 2001, p. 15 ; Jacques GANS, « Robert Owen à Paris en 1837 (coup

Drolet et Ludovic Frobert ont étudié les publications et les archives de Rey sous l'angle des idées politiques et économiques, en mettant notamment en avant la dimension radicalement égalitaire de ses vues politiques¹⁹⁵.

Ces rares et souvent brèves études sont intéressantes mais apparaissent insuffisantes¹⁹⁶. Il y a pourtant une riche matière à exploiter. Les préoccupations de Rey sont extrêmement diverses, et rien que cela mériterait d'être travaillé pour pouvoir dresser la biographie intellectuelle de ce penseur. Toutefois, tel n'est pas là notre objet. Ce travail portera avant tout sur les apports jusque-là méconnus de Joseph Rey dans le champ du droit et de la législation. Car même si son nom a pu apparaître récemment sous la plume de certains chercheurs en droit¹⁹⁷, ses contributions théoriques sur les principes généraux du droit n'ont jamais fait l'objet d'une étude systématique.

Il convient donc de mettre en lumière les apports théoriques de ce juriste. C'est là que se révèle toute l'originalité de sa réflexion, qui s'inscrit dans une sorte d'exigence philosophique fondamentale et fondatrice. Pour Joseph Rey, il n'y a pas de théorie du droit sans une prise de position très forte sur le plan philosophique. Quelles que soient d'ailleurs ses préoccupations, il adopte un point de vue matérialiste qui lui apparaît seul capable d'offrir les clefs pour comprendre l'homme et la société, et, partant, pour envisager les réformes nécessaires à l'instauration d'une société harmonieuse. Afin de saisir le plus fidèlement possible comment Rey construit sa théorie juridique, il est donc apparu nécessaire d'adopter la même grille de lecture philosophique que lui. C'est pourquoi ce travail passe d'abord et avant tout par une analyse interne de l'œuvre du juriste, afin d'en restituer le plus fidèlement possible la substance. Pour l'essentiel, il s'agira de se concentrer sur les textes qui ont fait l'objet de publications, et principalement les *Préliminaires*, les *Leçons* et le *Traité des principes généraux du droit et de la législation*.

d'œil sur le groupe des Owenistes Parisiens) », *Le Mouvement Social*, n° 41, 1962, p. 35–45 ; J.-N. TARDY, *L'âge des ombres*, *op. cit.* ; A. B. SPITZER, *Old Hatreds and Young Hopes*, *op. cit.*, p. 212-217.

195 M. DROLET et L. FROBERT, « The "science of education" and Owenism : the case of Joseph Rey (1779-1855) », *History of European ideas*, n° 47 (2), 2021, p. 216-230 ; M. DROLET et L. FROBERT, « Kindness as the foundation to community », *art. cit.*

196 Même constat de Mickael DROLET et Ludovic FROBERT en matière d'histoire des idées politiques : « Rey's writings languish in the shadows of French political thought » (« Kindness as the foundation to community », *art. cit.*, p. 118).

197 Yannick FALELAVAKI, *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 2016 ; J. FERRAND, « Promulguer la loi sous la Révolution », *Clio@Themis*, n° 6, 2013, §57 [En ligne : <https://www.cliothemis.com/Promulguer-la-loi-sous-la>, consulté le 10.08.2021] ; J. FERRAND, « Tout change parce que rien ne change », *op. cit.*, p. 111-131 ; M. REGAD, *Attaquer le droit pénal par la philosophie*, *op. cit.* ; Sylvain SOLEIL, « Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830) », *Revista Brasileira de Direito processual penal*, vol. 7, n° 2, 2021, p. 763-800.

Ses *Bases de l'ordre social*, sa *Pétition en faveur d'un plan d'éducation nationale*, ainsi que ses brochures sur le droit public viendront également compléter ce corpus analytique. Par ailleurs, les archives disponibles présentent un intérêt non négligeable pour éclairer son parcours intellectuel et la construction de son discours sur le droit.

Pour exploiter cette matière, nous ne pourrons toutefois accorder la même valeur à des éléments si disparates. Ainsi, par exemple, les différents mémoires des Rey ont été indispensables pour dresser sa biographie. Pourtant, étant destinés à être publiés, il convient de traiter avec une certaine circonspection le portrait que l'auteur brosse de lui-même. Certes, l'image d'un homme dévoué aux études et au bonheur de ses semblables qu'il donne de lui n'est pas très éloignée de celle que renvoie le témoignage de ses contemporains. Ceux-ci vantent en effet ses « principes fermes » ou sa « grande rectitude »¹⁹⁸ et le décrivent comme un homme « d'un accès facile et très-obligéant, [...] dont toutes les pensées sont dirigées vers le bien public¹⁹⁹ ». Mais qu'il s'agisse des mémoires de Rey ou des appréciations de ses contemporains, on ne saurait prendre pour argent comptant ces témoignages empreints de subjectivité. En revanche, ses *marginalia* comme les divers dossiers que Rey a composés à partir de notes de lectures et de réflexions personnelles sur des thématiques variées apparaissent plus aisément exploitables. Cette matière permet de se faire une idée de la formation de sa culture et de mieux comprendre comment il construit son propos. En fait, l'étude de ces documents participe d'une analyse interne de l'œuvre de Joseph Rey tout en facilitant le travail de contextualisation que nous entendons mener.

L'invitation à ne plus limiter l'étude des œuvres (politiques en l'occurrence) à une approche purement interne a été lancée par les historiens de l'école dite de Cambridge à partir des années 1960²⁰⁰. Resituer les textes dans leurs contextes s'avère en effet nécessaire pour en comprendre à la fois le sens et la portée. Un auteur n'évolue jamais simplement dans le monde des idées. Il construit son propos par rapport à des discours et des problématiques qui lui sont contemporains. Ainsi, on remarque par exemple que l'évolution économique de la société consécutive à l'introduction du capitalisme industriel conduit Rey à porter un intérêt accru à la question de l'égalité sociale. Il conviendra donc de faire des allers-retours entre le texte et le contexte. Cela apparaît d'ailleurs nécessaire pour saisir ce que Quentin Skinner nomme, à la suite d'Austin, « la force illocutionnaire » ou « illocutoire » d'un énoncé, c'est-à-dire pour comprendre

198 Lettre de Ange GUÉPIN à Joseph REY, 6 août 1850 (BMG, T. 3953).

199 FROMENT, *La police sous la Restauration*, t. 2, Paris, Lemonnier, 1829, p. 362-363. Les rédacteurs de la *Bibliothèque historique* évoquent encore le « courage » et le « patriotisme » dont REY « a donné déjà tant de preuves » (*Bibliothèque historique, ou recueil de matériaux pour servir à l'histoire du temps*, t. 8, 1819, p. 79).

200 Arnault SKORNICKI et Jérôme TOURNADE, « L'"école de Cambridge" et le contextualisme », *La nouvelle histoire des idées politiques*, Paris, La Découverte, 2015, p. 9-32.

ce que l'auteur « fait en disant ce qu'il dit »²⁰¹. Car si l'intention est parfois évidente, lorsqu'elle est explicitement formulée, il est d'autres cas où les énoncés ne sauraient être compris sans les réinscrire dans leur contexte de production. Précisons que par intention, nous entendons moins ce que l'auteur a en tête que ce qu'il fait. Skinner définit en effet l'intention comme « ce qu'un orateur ou un auteur a pu faire en développant sa ligne de pensée particulière²⁰² ». Par conséquent, cela suppose d'aborder les textes comme une forme d'« intervention dans une conversation ou un débat préexistant²⁰³ ». Cela ne veut pas dire qu'il est impossible de déterminer ce qu'un auteur a en tête mais se retient d'exprimer. Toutefois, c'est encore en connaissant le contexte qu'il convient d'avancer dans ce travail d'interprétation. Ainsi, lorsque Rey évoque par exemple des droits reconnus par la loi, « mais que l'autorité n'est pas en mesure de faire respecter », il n'est pas téméraire, vu le contexte, d'affirmer que l'auteur a en tête les problèmes liés à la justice administrative²⁰⁴. Pour revenir à la notion d'intention, il faut, explique Jean-Fabien Spitz, « distinguer entre l'intention qu'un acteur a de faire une chose et l'intention qui est la sienne en faisant ce qu'il fait²⁰⁵ ». Lorsque Rey choisit par exemple de souligner certains passages de son texte par le recours aux majuscules ou à l'italique, on comprend qu'il cherche à produire un effet sensible sur ses lecteurs. Et l'on saisit d'autant mieux cette intention lorsque l'on réinscrit le texte dans son contexte de production, car les enjeux d'une telle mise en avant apparaissent plus clairement. On comprend alors mieux ce que Rey veut *faire en écrivant* ce qu'il écrit. Ainsi, sans se revendiquer pour autant de la méthode des historiens de Cambridge, nous suivrons néanmoins leur invitation à étudier le contexte pour comprendre le texte et les effets qu'il entend produire.

C'est ici que les archives de Rey en général et ses *marginalia* en particulier s'avèrent précieuses. Elles éclairent d'abord les influences intellectuelles qui sont les siennes. Plutôt que de s'en tenir à des suppositions sur la circulation des idées, ce qui demeure parfois inévitable, nous pourrions souvent nous référer à ces preuves matérielles qui attestent des lectures de Rey et de la connaissance qu'il avait des différents auteurs. Même si certains livres ne font pas l'objet de

201 Jean-Fabien SPITZ, « Quentin Skinner », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 40, 2014/2, p. 359.

202 « [I]n speaking about intentionality we are asking what the author may have been doing in developing his particular line of thought » (Quentin SKINNER, « Lectures. Part two : Is it still possible to interpret texts ? », *International journal of psychoanalysis*, n° 89, 2008/3, p. 651).

203 « We are describing, in other words, a kind of writing that always takes the form of an intervention in a pre-existing conversation or debate » (Q. SKINNER, « Lectures. Part two : Is it still possible to interpret texts ? », *art. cit.*, p. 651).

204 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, B, 2.

205 J.-F. SPITZ ajoute : « Définir l'intention de l'action en ce sens, ce n'est pas définir quelque chose qui est indépendant de l'action ou qui la précède dans la tête de l'acteur, mais c'est définir l'action elle-même ; la caractérisation de l'action est incomplète sans la définition de cette intention » (« Quentin Skinner », *art. cit.*, p. 366).

véritables commentaires en marge, diverses notes manuscrites, notamment sur les reliures, permettent de reconstituer en partie la bibliothèque de Joseph Rey, ce qui n'est pas sans intérêt pour cerner les sources de sa pensée. L'étude de ses *marginalia* révèle encore que le juriste est en dialogue constant avec certains de ses contemporains. Cela confirme la nécessité qu'il y a de compléter l'analyse interne par une approche comparée, en inscrivant les discours de Rey dans leur paysage intellectuel. On ne saurait en effet comprendre l'importance de certains passages sans montrer à qui et à quoi Joseph Rey répond lorsqu'il écrit. Comme le remarque Quentin Skinner, l'interprétation et la compréhension d'un texte requièrent de mettre en lumière « les relations et les interconnexions entre [celui-ci] et certains autres textes²⁰⁶ ». De la même manière, si l'on ignore la mentalité ou l'imaginaire de ses lecteurs, on pourrait facilement être conduit à prendre certaines assertions au pied de la lettre, là où Rey ne fait que mobiliser des conventions langagières plus aptes à faire admettre son propos²⁰⁷. L'auteur construit en effet son discours comme une sorte de dialogue avec différents interlocuteurs. Aussi doit-il parfois tenter de trouver des voies médianes pour se faire entendre, ce qui explique certaines des ambiguïtés apparentes de son propos. Le *contexte* envisagé sera donc moins celui de la réalité sociale, économique, politique ou juridique, que celui des énoncés en circulation au moment où notre auteur s'en saisit. Et l'on remarque alors rapidement que ce sont avant tout les textes philosophiques qui l'intéressent. En effet, si Rey adapte bien entendu certaines de ses propositions par rapport au contexte événementiel, ce n'est pas ce qui est le plus déterminant dans la construction de son discours. C'est *cum texte*, avec les textes de l'époque, qu'il faudra comparer les écrits de Joseph Rey²⁰⁸.

Les *marginalia* laissées par Rey permettent ainsi de reconnaître ses interlocuteurs et de mesurer toute l'importance qu'il accordait aux questionnements philosophiques. En effet, même si les ouvrages pour lesquels nous avons la certitude qu'ils aient appartenu à Rey concernent des sujets assez divers, les *marginalia* laissées sur les publications de Victor Cousin, Théodore Jouffroy et Pierre Laromiguière sont les plus éclairantes pour comprendre comment Rey a élaboré son discours. La lecture des spiritualistes éclectiques participe en effet du travail préparatoire accompli par Rey en vue de la rédaction de son *Traité des PGD* et de ses *Bases de l'ordre social*. Il partage avec eux un même intérêt pour l'étude de l'être humain, bien qu'à y regarder de près, ils ne parlent pas du même *homme*. Néanmoins, Rey comme les éclectiques partent des facultés

206 « [I]t is [...] a matter of pointing out a series of relationships and interconnections between [a] texte and certain other texts » (Q. SKINNER, « Lectures. Part two : Is it still possible to interpret texts ? », *art. cit.*, p. 652).

207 C'est ce qu'explique Jean-Fabien SPITZ lorsqu'il écrit : « Nous avons besoin d'une carte du paysage argumentatif, de ce que Castoriadis appelle "l'imaginaire social", la gamme complète des symboles hérités et des représentations qui constituent la subjectivité de l'époque » (« Quentin Skinner », *art. cit.*, p. 364).

208 Quentin SKINNER parle ainsi d'établir l'*intertextualité* (« Lectures. Part two : Is it still possible to interpret texts ? », *art. cit.*, p. 653).

intellectuelles et morales de l'homme – ce qui signale d'ailleurs qu'ils s'inscrivent tous dans les voies tracées par l'Idéologie –, pour penser ensuite les questions d'organisation sociale et politique. L'éclectisme est en effet une école de pensée « toujours préoccupée de politique au cœur même des spéculations métaphysiques » selon les mots de Lucien Jaume²⁰⁹. Rey a donc vu en eux des interlocuteurs privilégiés, dans lesquels il décèle d'abord suffisamment de bonne foi pour se croire en mesure de les faire revenir de leurs erreurs philosophiques²¹⁰. S'il les attaque sur le terrain de la philosophie, il a d'ailleurs pu voir en eux des alliés politiques. Il mettra du temps à comprendre qu'aucun dialogue n'est possible sur le terrain philosophique. Ce n'est qu'après 1830, lorsque certains éclectiques accèdent à des fonctions politiques, que Rey signale sa déception – ce qui ne l'empêche toutefois pas de continuer à réfuter leurs principes dans ses publications. Mais ils lui paraissent désormais avoir oublié toutes les valeurs qu'ils défendaient dans les deux décennies précédentes (liberté, intérêt pour l'instruction, etc.). En 1836, Rey reproche ainsi à la « prétendue école *éclectique* française » de s'être « bien gardée, comme le suppose le sens du mot *éclectisme*, de recueillir ce qu'il y a de bon dans chaque système »²¹¹. Cependant, lorsqu'il compulse leurs ouvrages et rédige son *Traité* dans les années 1820, Rey est encore convaincu qu'il peut trouver les bonnes formules pour les faire adhérer à ses principes philosophiques. C'est pourquoi il prend la peine, dans ses *marginalia*, de réfuter page après page leurs assertions dogmatiques et métaphysiques.

La lecture de ces notes manuscrites permet alors d'accéder à un aspect plus intime de la pensée de Rey. On voit d'abord ce qui l'interpelle et cela permet d'expliquer les développements qu'il y consacre ensuite dans ses publications. Comme le remarque Martin Mulsow, « [l]es notes manuscrites nous offrent une voie d'accès privilégiée aux strates du savoir implicite : lorsqu'un savant réagit immédiatement à ce qu'il lit sous formes de notes, écrites parfois d'une main tremblante, ou lorsqu'il exprime sa réaction d'enthousiasme ou de rejet dans des notes marginales inscrites dans le livre même, son appropriation de ce qu'il lit se donne à voir dans toute sa dimension cognitive émotionnelle²¹² ». Une sorte de spontanéité ressort effectivement des *marginalia* et montre l'auteur sous un autre jour. À côté des réfutations sérieuses qu'il oppose aux philosophes spiritualistes, Joseph Rey place des remarques moqueuses voire sarcastiques²¹³, allant

209 Lucien JAUME, « Préface. Des questions que nous avons oubliées », in Tristan POUTHIER, *Au fondement des droits. Droit naturel et droit individuel en France au XIX^e siècle*, Paris, Classiques Garnier, 2019, p. 11.

210 TPGD, p. 33.

211 DBOS, t. 2, p. 95.

212 Martin MULSOW, *Savoirs précaires, Pour une autre histoire des idées à l'époque moderne*, Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2018, p. 16.

213 Ainsi, lorsque COUSIN évoque ce qui constitue selon lui les trois grandes idées indépassables (l'homme, la nature et Dieu), Joseph REY rétorque en marge : « Le ver de terre ou le singe dirait aussi qu'il n'y a que trois grandes idées dans le monde, celle du ver ou du singe, celle de la nature et celle de Dieu. Vous pouvez ainsi faire des millions de groupes différents par trois, si vous aimez ce nombre, par quatre, cinq, &, si vous

parfois jusqu'à signaler son exaspération²¹⁴. La plus-value herméneutique qu'apportent ces *marginalia* est décisive. À la lecture de ces notes, il devient plus aisé de circonscrire l'intention de l'auteur lorsqu'il entreprend de rendre publiques ses idées. L'étude des *marginalia* met encore en évidence le fait que le socle philosophique de sa réflexion est d'une importance capitale à ses yeux. Dans ses publications, le soin qu'il met à réfuter le spiritualisme, et particulièrement l'éclectisme, le laissait déjà supposer. Ces notes de lecture ne font que le confirmer. Elles justifient ainsi la place que nous accorderons, dans ce travail, à la philosophie en général et à celle des spiritualistes en particulier, avec une attention spéciale pour l'école de Victor Cousin.

D'autres types d'ouvrages sont également annotés. Rey ne se limite pas à l'étude de la philosophie. On trouve ainsi des annotations sur des publications juridiques et sur un certain nombre d'écrits politiques et sociaux, notamment ceux des premiers socialistes. Ces derniers ne sont d'ailleurs pas épargnés par la critique philosophique de Rey, spécialement lorsqu'il trouve sous leurs plumes divers postulats métaphysiques et théologiques. Néanmoins, alors que Rey prend ouvertement les éclectiques comme adversaires philosophiques dans ses publications, il n'attaque jamais les socialistes sur ce terrain. L'étude de ces *marginalia* permet ainsi de remarquer une certaine bipolarité entre ce que l'auteur rend public et ce qu'il garde pour lui. S'il a pu précédemment s'associer avec Victor Cousin pour défendre les principes du libéralisme tout en procédant à une critique publique des thèses philosophiques de l'éclectisme, il se montre bien plus indulgent quand il décèle la marque du spiritualisme sous la plume des socialistes. Lorsqu'il s'agit d'avancer sur le terrain des réformes sociales et de l'égalité, l'heure n'est plus aux querelles philosophiques : le philosophe cède le pas à l'homme d'action. Sacrifiant à la cause commune, il sait taire les querelles philosophiques qui les opposent. Par ailleurs, conscient que les projets encore trop inégalitaires des fouriéristes et des saint-simoniens ont plus de chances de succès dans l'opinion publique que celui de Robert Owen, il consent à s'allier avec eux pour faire progresser les idées et les projets réformateurs. En revanche, il n'est pas question de céder un pouce de terrain lorsqu'il s'agit de définir le but ultime de ses efforts, c'est-à-dire l'égalité radicale²¹⁵.

Si l'on voulait schématiser, on pourrait alors repérer deux grands groupes d'interlocuteurs qui se dessinent à lecture de ces *marginalia* : les spiritualistes éclectiques d'abord ; les socialistes par la suite. Cette schématisation apparaît toutefois un peu rapide. Le paysage intellectuel de

préférez. Que tout cela est peu rationnel !.. » (BMG, F. 5194, p. xxxix).

214 Joseph REY s'exaspère par exemple du « langage mystique » de Victor COUSIN (BMG, F. 5194, p. xvi), de son « extravagance » (*ibid.*, p. xxii) et n'y voit que « de la poésie métaphysique, et rien de plus » (*ibid.*, p. xvii). Selon lui, COUSIN se perd dans les « nuages les plus élevés » (*ibid.*, p. xxv) et ne produit qu'un « tissu de sottises » (*ibid.*, p. xlv).

215 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II.

l'époque est plus varié et Rey est sommé de prendre position face à d'autres auteurs. On constate par exemple une pénétration des idées de l'École historique allemande chez les juristes français, dont certains mobilisent l'histoire du droit à l'appui de leurs explications et de leurs interprétations dans le champ juridique. Notons que c'est d'ailleurs dans la revue *Thémis* que cet intérêt se révèle, bien que les principes de l'éclectisme et la conception historique du droit d'un Savigny ne fassent pas forcément bon ménage²¹⁶. Ainsi, Rey construit également certains de ses développements contre l'approche historique du droit de Savigny, qu'il a pris la peine de lire en allemand à défaut de traduction disponible²¹⁷. Les archives de Rey permettent donc de connaître avec certitude certaines de ses lectures et de déterminer ainsi ses interlocuteurs. Toutefois, il a parfois été nécessaire de se contenter de simples suppositions liées au contexte. En effet, le juriste peut bien affirmer qu'il refuse de perdre son temps à réfuter les hommes de mauvaise foi, les « partisans décidés des privilèges et du pouvoir absolu, ainsi que des systèmes de déception et de violence²¹⁸ », autrement dit les branches Ultra-royalistes et Ultra-catholiques, le contexte l'oblige malgré tout à se positionner par rapport à leurs discours. Il est certes vrai que là où les éclectiques et les partisans de l'École historique apparaissent à la fois comme des adversaires et comme des interlocuteurs que Rey peut espérer rallier à ses vues, il ne fonde aucun espoir sur les Ultras qui sont alors des adversaires irréductibles. Interlocuteurs et adversaires forment ainsi un groupe hétérogène avec lequel Rey dialogue, compose ou ferraille.

Au regard de l'importance que Rey leur accorde, les écrits des spiritualistes éclectiques seront donc largement mobilisés dans notre étude. Étudier les controverses qui opposent notre juriste aux philosophes et juristes éclectiques apparaît en effet nécessaire pour comprendre tout à la fois la singularité des vues de Rey et, par conséquent, la faible réception qu'elles ont connue. Certes, comme le remarque Olivier Jouanjan à la suite d'André-Jean Arnaud²¹⁹, « [l]es juristes de cette époque citent rarement leurs sources philosophiques, les doctrines des philosophes ne pénètrent pas telles quelles dans le discours juridique où elles sont digérées et modifiées pour les besoins de la cause, et elles forment souvent une ambiance qui impose des thèmes, des concepts, des problèmes plus que des doctrines proprement dites²²⁰ ». Pourtant, on peut reconnaître l'adhésion des juristes à la philosophie éclectique, soit par leurs professions de foi explicites en faveur de l'éclectisme, soit, de façon plus implicite, lorsqu'ils affirment que l'homme est un être

216 Le fondateur de la revue, Athanase JOURDAN, ou encore Eugène LERMINIER, ont toutefois tenté des synthèses entre le *jusnaturalisme* spiritualiste de Cousin et les apports de l'École historique (Georges NAVET, « Eugène Lermnier (1803-1857) : la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 4, 2001, p. 33-56).

217 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2.

218 TPGD, p. 32.

219 A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 60-61.

220 Olivier JOUANJAN, « Sur une réception française de Savigny », *Droits*, n° 46, 2007/2, p. 168.

doué de raison et de libre-arbitre – deux aspects dont nous verrons de quelle manière et pour quelles raisons ils sont contestés par Rey²²¹. Les principes de l'éclectisme ou, *a minima*, des convictions spiritualistes, se révèlent ainsi sous les plumes de Charles Bonaventure Marie Toullier²²², Firmin Laferrière²²³, Émile-Victor Foucart²²⁴, Xavier Portets²²⁵, Honoré Torombert²²⁶, Joseph Marie Degérando²²⁷, Pellegrino Rossi²²⁸, Raymond-Théodore Troplong²²⁹, Frédéric Taulier²³⁰ ou encore Jean-Baptiste-Victor Proudhon²³¹ pour ne citer qu'eux. Quoique ces hommes ne forment pas une école de pensée homogène, ils partagent néanmoins des convictions et des principes que les travaux de Tristan Pouthier ont rendu explicites, en témoignant de la présence affirmée de la philosophie éclectique au cœur de la doctrine juridique du premier XIX^e siècle²³².

Si le travail de contextualisation passe avant tout par l'étude des controverses qui opposent Rey à ses adversaires, il ne faut cependant pas réduire sa pensée à sa dimension polémique car cela reviendrait à construire l'image d'un penseur solitaire en lutte contre l'intégralité de la communauté des juristes. Ce serait là, en effet, une représentation déformée de la réalité. Bien que Rey soit singulier et n'ait pas encore trouvé sa place parmi les « grands juristes²³³ » de l'époque, des proximités intellectuelles apparaissent dès lors que l'on élargit le

221 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, I, A et III, B.

222 Charles Bonaventure Marie TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 1, 4^e éd., Paris, Warée, 1824, p. 3-13).

223 Firmin LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, 2^e éd., Paris, Joubert, 1841, p. 11.

224 Émile-Victor FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, 3^e éd., Paris, Videcoq, 1843, p. 5. Sur FOUCART, voir l'ouvrage de Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860)*, Paris, L.G.D.J., 2007.

225 Xavier PORTETS, *Cours de droit naturel, des gens et public*, Paris, J.-P. Aillaud, 1830, p. 26.

226 Honoré TOROMBERT, *Principes du droit politique*, Paris, Rey et Gravier, 1825, p. 9-10.

227 DEGÉRANDO a un position quelque peu ambiguë puisque François PICAVET le place parmi les représentants de l'« Idéologie spiritualiste » (*Les Idéologues, Essai sur l'histoire des idées et des théories scientifiques, philosophiques, religieuses, etc., en France depuis 1789*, Paris, Alcan, 1891, p. 499 et s.), mais son spiritualisme ne fait néanmoins aucun doute (voir par exemple *Thémis*, t. 1, p. 66-89).

228 Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, Louis Hausman et Compagnie, 1829, p. 149-150.

229 Raymond-Théodore TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, Paris, Firmin et Didot Libraires, 1848.

230 Frédéric TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 1, Paris, Alphonse Delhomme, 1840, p. 21.

231 D'après LAFERRIÈRE, « [l]a philosophie » de PROUDHON, « c'est le spiritualisme de l'école moderne dans toute sa chaleur et son élévation » (*Histoire du droit français*, t. 2, Paris, Joubert, 1838, p.552).

232 T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, *op. cit.*

233 C'est une expression à prendre avec bien des pincettes. « La "grandeur" dépend de la réception qui est faite à un texte ou à une œuvre ; or celle-ci n'est pas linéaire ni forcément immédiate, elle s'opère parfois à distance du temps de l'écriture, voire de la première réception de l'œuvre publiée. Il y a donc dans la qualification du grand auteur un jugement *a posteriori* dont l'historien du droit doit méditer les enjeux épistémologiques. Les premières analyses bibliométriques en droit témoignent ainsi de ce que de nombreux auteurs, souvent des praticiens aujourd'hui sortis des radars de l'histoire de la pensée juridique, étaient de véritables autorités pour les rédacteurs des recueils, alors que ceux qui sont aujourd'hui considérés comme les grands noms de la doctrine du XIX^e siècle (les professeurs) y étaient beaucoup plus modestement référencés ; cet état de fait dure jusque dans les années 1880, soit le moment où les recueils sont massivement investis par la doctrine,

champ d'investigation et de comparaison à des auteurs dont l'envergure intellectuelle est largement reconnue²³⁴. Rey partage effectivement de nombreuses vues avec Jeremy Bentham. Outre le penseur anglais, on peut encore voir apparaître des proximités entre Rey et des juristes français tels que Lherbette, Lepage, Grenier ou encore Charles Comte. Il faut d'ailleurs garder à l'esprit que « la masse considérable de textes » juridiques produits à cette époque « complique singulièrement la compréhension de l'espace intellectuel dans lequel les juristes évoluaient alors, et dans lequel il convient pour l'historien de se repérer²³⁵ ». Qui plus est, le fait que le spiritualisme ait alors dominé le paysage intellectuel a sans doute eu pour corollaire de faire tomber dans l'oubli d'autres façons de se représenter le monde et donc de penser le droit.

C'est ici que se révèle encore l'intérêt de cette étude. L'objet de ce travail n'est pas uniquement d'éclairer la théorie du droit de Joseph Rey. Il s'agit également de comprendre comment celle-ci a pu être reçue dans la France du premier XIX^e siècle. Il y a en effet des enjeux historiques que la seule approche interne de l'œuvre empêche de saisir. La question qui se pose à cet égard est de savoir s'il est encore possible d'être un matérialiste radical et égalitaire dans la première moitié du XIX^e siècle. L'affirmation d'une telle posture philosophique n'était sans doute pas une chose aisée dans les siècles précédents, mais on ne saurait faire comme si la philosophie n'avait pas été traversée par une tension structurante entre le spiritualisme (ou l'idéalisme²³⁶) et le

qui va s'attacher à refaire les généalogies. » (Frédéric AUDREN, A.-S. CHAMBOST et J.-L. HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2020, p. 250). Voir également Pierre-Nicolas BARENOT; « De quelle pensée juridique faisons-nous l'histoire ? Réflexions autour de quelques données bibliométriques », *Clio@Themis*, n° 14, 2018 [En ligne : <https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=771>, consulté le 15.03.2022].

234 Par ailleurs, il serait également possible de remarquer un certain nombre de convergences entre les propositions de REY et celles d'auteurs, juristes ou non, ayant évolué à des époques postérieures (nous pensons par exemple à Émile ACOLLAS, Pierre KROPOTKINE ou Léon DUGUIT). Si nous le ferons parfois de façon anecdotique, il n'a toutefois pas semblé pertinent de tracer ce genre de parallèles. D'une part, cela n'apporterait pas grand chose à la compréhension du discours de Joseph REY. D'autre part, tout en reconnaissant que, malgré sa faible notoriété, certaines propositions avancées par REY aient pu pénétrer chez d'autres auteurs postérieurs, il semble impossible d'en présenter des preuves tangibles.

235 F. AUDREN, A.-S. CHAMBOST et J.-L. HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, *op. cit.*, p. 228.

236 Bien que ces deux termes ne renvoient pas tout à fait au même contenu philosophique, ils s'identifient en revanche lorsqu'il s'agit de les opposer au matérialisme. En effet, spiritualistes comme idéalistes adoptent une posture philosophique dualiste. Ils se refusent à n'envisager que le seul réel observable pour se référer à des conceptions métaphysiques telles que l'esprit, l'âme ou les Idées ainsi que les conçoit Platon. L'idéalisme philosophique se définit d'abord comme une « doctrine qui [...] accorde un rôle prééminent aux idées » et leur reconnaît une existence propre (« un statut ontologique ») (E. CLÉMENT, C. DEMONQUE et *al.*, *La Philosophie de A à Z*, *op. cit.*, p. 208) alors que le spiritualisme consiste en une « théorie philosophique selon laquelle il existe deux substances radicalement distinctes, l'esprit et la nature » – nous dirions plutôt l'esprit et la matière – « la première étant caractérisée par la pensée et la liberté, la seconde par l'étendue et le mouvement » (*ibid.*, p. 428). Néanmoins il faut bien constater que « [l]a philosophie idéaliste dans son ensemble admet elle aussi cette opposition catégorique entre l'esprit (principe d'unification et de connaissance) et la matière (étalée et inerte) ainsi que la suprématie du premier » (*ibid.*, p. 428). Clara DA SILVA-CHARRAK considère que « la partition entre monde sensible [...] et monde intelligible » qui est au cœur

matérialisme²³⁷. La chose la plus remarquable à ce sujet réside dans le constat que cette dernière option a toujours suscité une vive opposition²³⁸. Marcel Conche parle même, au sujet du matérialisme, d'une « philosophie dominée²³⁹ ». Celle-ci avait toutefois réussi à acquérir une plus grande publicité dans la dernière moitié du XVIII^e siècle²⁴⁰, avant d'être de nouveau discréditée après la Révolution. Ainsi, nous aurons l'occasion de constater que la reconfiguration des termes du débat après la Révolution française complique encore la possibilité de porter et de faire entendre un tel discours. En développant une théorie du droit et de la législation qui puise à la fois ses origines dans le matérialisme du XVIII^e siècle, dans le *Contrat social* de Rousseau et dans les principes de la Révolution française, Rey nous offre alors la possibilité de voir si, et le cas échéant comment, cet héritage pouvait encore continuer à vivre dans la France post-révolutionnaire. Or, on sait déjà que la réception de ses idées n'a pas été facile et il est difficile de déterminer jusqu'à quel point elles ont pu pénétrer les esprits de ses contemporains. La faible publicité qu'elles ont connue de son vivant et l'oubli historiographique dans lequel Rey est tombé par suite laissent supposer qu'elles n'auront pas produit les fruits qu'il en escomptait. L'étude du contexte doit donc éclairer à la fois la construction de son discours et les raisons de son audience limitée.

En adoptant cette grille de lecture, on observera que la controverse philosophique qui oppose le spiritualisme et le matérialisme a des ramifications dans les sphères juridiques et politiques. Philosophie, droit et politique apparaissent en effet intimement liés. Lerminier le reconnaît d'ailleurs de manière très explicite lorsqu'il écrit, dans sa *Philosophie du droit* :

« De la philosophie d'un siècle dépendent ses réformes en législation ; les idées que se fait le publiciste sur la nature humaine décident de la direction de sa politique.²⁴¹ »

Ceux qui avancent sur le terrain de la critique philosophique du matérialisme et jettent

de la philosophie de Platon constitue le « dualisme inaugural » qui « détermine [...] toute l'histoire de la philosophie » (« Idéalisme », in M. BLAY (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, op. cit., p. 328).

237 PLATON parlait déjà d'une sorte de « combat de Géant » entre ceux qui « soutiennent opiniâtement que cela seul existe qui offre de la résistance et se laisse toucher » (les matérialistes) et ceux qui reconnaissent « certaines idées intelligibles et incorporelles pour la véritable essence » (les idéalistes) (PLATON, *Sophiste – Politique – Philèbe – Timée – Critias*, Paris, Garnier Frères, 1969, p. 98).

238 Anne HOURCADE fait remonter à PLATON la « longue tradition critique » envers le matérialisme (« Matérialisme », in M. BLAY (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, op. cit., p. 666). « Sauf exception, la tradition philosophique a toujours considéré le matérialisme comme un mode de pensée inférieur et dégradant. Elle s'est révélée incapable d'y voir autre chose qu'une conception prosaïque de l'existence » (Pascal CHARBONNAT, *Histoire des philosophies matérialistes*, Paris, Éditions Syllepse, 2007, p. 35).

239 Marcel CONCHE, « Athéisme et matérialisme », *Raison présente*, n° 16, 1970, p. 20.

240 Jonathan ISRAEL, *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; *Une révolution des esprits. Les Lumières radicales et les origines intellectuelles de la démocratie moderne*, trad. M. DUMONT et J.-J. ROSAT, Marseille, Agone, 2010.

241 E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, t. 2, Paris, Paulin, 1831, p. 300.

l'anathème sur tous ceux qui s'en font encore les portes-voix²⁴² sont bien conscients de sa portée politique subversive. En insistant sur les dangers du matérialisme, en accusant le sensationnisme d'être « démagogique »²⁴³, ils s'attaquent aussi aux conséquences morales, juridiques et politiques de cette philosophie. S'ils lui attribuent parfois des conséquences abusives²⁴⁴, à l'instar de ce que certains adversaires des Lumières faisaient au siècle précédent, il est vrai que cette philosophie possède une « charge subversive inférentielle²⁴⁵ ». S'intéressant aux *savoirs précaires*, Martin Mulsow affirme qu'« un savoir est inférentiellement subversif quand son intégration dans l'état général du savoir conduirait à y renverser un nombre significatif de vérités établies²⁴⁶ ». Nous pouvons transposer cette idée à notre objet, en reconnaissant que le parti pris philosophique de Rey le conduit à saper un certain nombre de « vérités » socialement admises sur lesquelles se fonde la société du premier XIX^e siècle. Parce qu'il ente tout son propos sur un socle matérialiste, Joseph Rey peut ainsi apparaître comme un véritable perturbateur de l'ordre établi, comme cela a pu lui être reproché. Il est vrai qu'il l'est dans la mesure où il juge que la société du premier XIX^e siècle, en rejetant l'héritage philosophique comme politique du XVIII^e siècle et de la Révolution, n'est pas encore fondée sur ses véritables bases. Son approche apparaît par conséquent radicale. Il s'agit de remonter à la *racine* de toutes les idées, concepts, ou institutions pour interroger leur degré de conformité avec la nature humaine, c'est-à-dire leur capacité à assurer le bien-être des hommes. Cette investigation conduit alors Joseph Rey à remettre *radicalement* en cause l'organisation sociale, politique et juridique de la France du premier XIX^e siècle. Ce que d'aucuns qualifient d'ordre social apparaît plutôt à ses yeux comme « l'organisation systématique d'un véritable désordre social²⁴⁷ ». Une telle radicalité ne se retrouve pas chez ceux qui, tels les

242 L'accusation de « sensualisme » permet même de discréditer des auteurs qui n'ont pourtant aucune attache avec la philosophie matérialiste. Athanase JOURDAN reproche par exemple à TOULLIER d'adopter des vues proches de celles de VOLNEY, et ainsi de reprendre « les thèses du sensualisme » en affirmant que l'obligation qui incombe au voleur de rendre à autrui son bien est une création de la loi (*Thémis*, t. 6, p. 268). TOULLIER s'en défendra vivement, allant jusqu'à l'exhorter par les mots suivants : « je le supplie de vouloir bien m'épargner la qualification de *sensualiste*, que des consciences scrupuleuses pourraient prendre en très-mauvaise part » (*Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, t. 11, 4^e éd., Paris, Warée, 1824, p. 7-9).

243 V. COUSIN, cité par Patrice VERMEREN, *Victor Cousin, Le jeu de la philosophie et de l'État*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 119.

244 Martin MULSOW écrit que « [l]es penseurs de Lumières ont souvent reproché aux élites de l'orthodoxie de faire ce qu'ils appelaient de la *Konsequenzenmacherei*, de la fabrication abusive de conséquences, quand ces élites accusaient un auteur de défendre des thèses conduisant à des idées athées, hérétiques ou socialement dangereuses. Et en effet, ce type d'accusation a souvent été pratiqué à l'excès afin de définir le plus étroitement possible l'orthodoxie en place et de la défendre sans compromis ». Il reconnaît toutefois que « [l]a *Konsequenzenmacherei* contenait néanmoins une part de vérité : ce qui était subversif, bien souvent, ce n'était pas telle ou telle affirmation hétérodoxe isolée que ses conséquences sur l'état du savoir dominant » (*Savoirs précaires*, *op. cit.*, p. 17).

245 M. MULSOW, *Savoirs précaires*, *op. cit.*, p. 18.

246 *Ibid.*, p. 18.

247 *JGLJ*, t. 2, p. 252.

éclectiques, insistent sur la nature spirituelle de l'homme pour mettre en avant la liberté humaine, conçue comme libre-arbitre. À la suite de Victor Cousin, ils peuvent bien plus facilement se satisfaire de la législation et de l'organisation politique des gouvernements post-révolutionnaires qui consacrent, dans une certaine mesure, un régime de liberté. Certes, cela va passer par un travail d'interprétation libérale de la Charte par exemple, mais pour conclure qu'elle est la consécration d'un droit parfait. Il en ira en même avec le Code civil. Dans cette optique, il s'agit tout à la fois d'en finir avec la Révolution et de sauvegarder un ensemble de libertés individuelles compatibles avec la paix bourgeoise ; ce qui n'est pas sans satisfaire les attentes des gouvernements napoléonien, bourbonien ou orléaniste. Inscrire Rey dans ce *con-texte*, c'est donc aussi dévoiler pourquoi son discours ne peut se voir accorder une place dans le *corps de texte* et demeure toujours recalé à la *marge*²⁴⁸.

Texte et contexte en premier lieu sont ainsi nécessaires pour comprendre le discours de notre auteur et sa réception. Mais cela ne doit pas faire oublier le travail de construction et de reconstruction du chercheur ou de la chercheuse. Joseph Rey se présente à nous avec un ensemble de textes qu'il a produit et nomme même explicitement l'école éclectique à laquelle il s'oppose, fournissant ainsi une bonne partie du contexte qui nous intéressera. Il convient néanmoins de reconnaître les limites de notre sélection parmi les sources de l'époque. Celle-ci est nécessairement partielle, du fait l'impossibilité humaine de compulser l'ensemble des textes qui sont parvenus jusque nous. Cette impossibilité est liée à leur densité, et ce, d'autant plus que Rey ne dialogue pas exclusivement avec les juristes français. Par ailleurs, bien que l'historien ou l'historienne qui s'intéresse au XIX^e siècle dispose d'un riche corpus de textes et d'archives, il ou elle n'aura jamais accès à l'intégralité de la production de l'époque²⁴⁹. Et si certains documents ont pu disparaître de la circulation, on peut poser l'hypothèse que ce sont ceux des auteurs les plus marginaux, c'est-à-dire ceux qui ne méritent ni une recension d'ouvrage ni même l'annonce de leur parution. Que dire encore de ceux qui n'ont peut-être rien publié, tout en développant oralement des idées qui ont pu résonner chez Joseph Rey... On sait par exemple qu'il a assuré un cours public sur les principes généraux du droit à Londres, afin de recueillir des avis en vue de la rédaction de son *Traité des PGD*. Or, la forme orale empêche d'avoir accès à tous les bénéfices que Rey a pu tirer de ces échanges et de ces discussions. Ces contraintes doivent donc pousser à

248 C'est ce que constatent également Mickael DROLET et Ludovic FROBERT lorsqu'ils s'intéressent aux vues politiques développées par REY dans *DBOS* : « Falling to fall neatly into any of the ideological parties that forged, and were being forged by, French politics in the first half of the nineteenth century, Rey's ideas were relegated to the margins of the battles of ideas » (« Kindness as the foundation to community », *art. cit.*, p. 118).

249 F. AUDREN, A.-S. CHAMBOST et J.-L. HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, *op. cit.*, p. 229.

une certaine réserve dans l'affirmation de la singularité d'un auteur. Sans doute Rey a-t-il également développé sa réflexion juridique au contact de certains de ses collègues juristes et dans le cadre de divers réseaux de sociabilité que nous ne pouvons retracer.

En outre, l'approche méthodologique qui tend à privilégier les sources du spiritualisme éclectique présente des limites. Il s'agit surtout d'aborder ce courant philosophique et la doctrine qui l'accompagne dans leurs grandes lignes, puisqu'il n'est pas dans notre objet d'en proposer une étude détaillée. Or, cela peut conduire à passer sous silence certains des aspects les plus intéressants de la pensée de ces hommes. Tel est toujours le risque que l'on court lorsqu'on cherche à englober le particulier sous le général, à subsumer un groupes de penseurs sous l'étiquette d'un courant doctrinal ou d'une école. Si, appréciées à la lumière de Joseph Rey, cette philosophie et ses conséquences juridiques s'éclairent d'un jour nouveau, nous ne saurions prétendre à une analyse systématique de l'éclectisme. C'est le discours produit par Joseph Rey qui nous intéresse en tout premier lieu. D'ailleurs, l'étude du discours juridique porté par les représentants de l'éclectisme a déjà été réalisée par Tristan Pouthier dans sa thèse de doctorat²⁵⁰. Et si nos vues divergent parfois de celles qu'il exprime dans son ouvrage, c'est avant tout en raison des choix méthodologiques et du point de vue qu'ils favorisent. Ce n'est pas pour eux-mêmes que nous étudierons les philosophes et les juristes éclectiques, mais à partir du point de vue et de la position que Rey adopte à leur égard. Plus encore, il faut bien reconnaître l'impossibilité d'adopter un autre point de vue que le nôtre. Comme l'écrit l'historien américain Howard Zinn, « [t]oute description du monde ne peut être qu'une description partielle, et l'on choisit bien souvent l'aspect de la réalité dont on pense qu'il mérite d'être décrit²⁵¹ ».

Malgré tous les efforts pour lire les textes du passé le plus fidèlement possible, en tentant de ne pas projeter sur eux nos préoccupations actuelles et de ne pas les lire à l'aune de nos concepts et de nos représentations, ces biais semblent difficiles, sinon impossibles, à conjurer. Si la quête d'une vérité historique se dérobe sous nos pieds, il importe en revanche de se prémunir contre les séductions de l'anachronisme et de savoir apprécier les discours dans leur historicité, de « saisir le sens social des textes du passé²⁵² ». Mais, là encore, une sorte de « présentisme » demeure malgré tout inévitable : « le regard porté sur le passé est surdéterminé par les obsessions envahissantes du présent »²⁵³. Il ne s'agit pas de revendiquer, de façon paradoxale, une lecture contextuelle et une lecture actualisante tout à la fois, mais d'admettre les nécessaires limites de toute lecture contextuelle. Yves Citton est ici d'une précieuse aide pour préciser ce que l'on

250 T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, op. cit.

251 Howard ZINN, *Désobéissance civile et démocratie. Sur la justice et la guerre*, Marseille, Agone, 2010, p. 18.

252 F. AUDREN, A.-S. CHAMBOST et J.-L. HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, op. cit., p. 138.

253 *Ibid.*, p. 7.

entend par là. Bien qu'il vise les études littéraires consacrées aux œuvres de fiction en particulier, une partie de son propos peut aisément être transposée à toute étude de textes. S'il affirme positivement l'intérêt des lectures actualisantes, il rappelle également que, même sans vouloir s'adonner à ce type d'interprétation, on ne saurait l'éviter entièrement. Il est en effet évident « [q]u'un texte littéraire ne continue à exister que pour autant qu'il *nous parle*, et qu'il ne nous parle que *par rapport à nos pertinences actuelles*²⁵⁴ ». En outre, lorsqu'un individu entreprend une lecture quelconque, il part toujours avec un « stock de préjugés », constitué d'attentes sur le contenu du livre, mais également de conceptions plus personnelles sur ce qui est « vrai, beau, dangereux, noble », juste, etc²⁵⁵. Autrement dit, ce *stock de préjugés* peut être défini, de façon très large, comme la « réalité mentale singulière du moment²⁵⁶ ». Ces préjugés vont ainsi *informer* la lecture, mais « le travail de la lecture consistera à *corriger* et à *infléchir* ces préjugés, de façon à les rendre compatibles avec les informations que me donne le texte²⁵⁷ ». Il est impossible de se présenter devant un texte en observateur impartial, parfaitement neutre et dépourvu d'affects. Il est également impossible d'abolir entièrement la distance, notamment temporelle, qui nous sépare de ce texte. Le chercheur ou la chercheuse en histoire, pas moins que le lectorat le plus profane, « est condamné [...] à ne voir le monde qu'à travers ses propres yeux (produits, informés et entretenus en vie par ce monde actuel, et non par le monde passé de l'auteur)²⁵⁸ ». S'il nous importait d'apporter des précisions quant à l'impossibilité de procéder à une lecture purement historiciste²⁵⁹, il convient de préciser mieux encore l'approche qui sera la nôtre.

Texte et contexte apparaissent également, dans une certaine mesure, comme des *pré textes*. Ils *précèdent* le texte que nous sommes actuellement en train de produire, et servent également, d'une façon ou d'une autre, à nourrir des réflexions liées à nos préoccupations actuelles. Il est certain que lorsque nous décidons de mettre en avant tel ou tel aspect de la pensée de Joseph Rey, tels ou tels auteurs du premier XIX^e siècle, nous effectuons un choix qui, comme tout choix, est en partie dicté par des sensibilités et des affects – dont il est d'ailleurs souvent impossible de rendre un compte exact. De plus, bien qu'il s'agisse principalement de participer à la construction

254 Yves CITTON, *Lire, interpréter, actualiser. Pourquoi les études littéraires ?*, Paris, Éditions Amsterdam, 2017, p. 31.

255 *Ibid.*, p. 61.

256 *Ibid.*, p. 61.

257 *Ibid.*, p. 61.

258 *Ibid.*, p. 63.

259 Sous réserve de précisions, nous prenons le terme d'historicisme dans le sens que lui donne Hans-Georg GADAMER : « "l'hypothèse naïve de l'historicisme" » consiste, d'après lui, à considérer que « la "bonne" interprétation d'un texte passé doit "se transporter dans l'esprit de l'époque, penser selon ses concepts, selon les représentations, et non selon sa propre époque, pour atteindre de cette façon à l'objectivité historique" » (Y. CITTON, *Lire, interpréter, actualiser, op. cit.*, p. 62). Nous nous accordons avec GADAMER, non pas tant sur la question de la bonne interprétation, mais surtout sur l'impossibilité d'atteindre l'objectivité historique. Autrement dit, il nous importe de pouvoir nous rapprocher autant que possible de cette objectivité, mais en ayant clairement conscience que celle-ci demeurera toujours inaccessible.

de l'histoire du droit et des discours juridiques du premier XIX^e siècle, nous pensons qu'il est également permis de puiser dans les auteurs du passé pour faire avancer le droit ou la science juridique actuelle. Les choix sont donc encore dictés par un ensemble de questionnements actuels sur les fondements du droit et de la justice, sur la question de la justice sociale, de l'égalité, etc.

Ceci étant dit, nous n'avons pas pour intention de juger l'actualité du droit et de la science juridique à l'aune de la théorie de Joseph Rey, mais bien de faire un travail d'historienne. Il s'agit donc, d'une part, d'offrir une analyse détaillée de la théorie juridique de Joseph Rey ; et, d'autre part, de contribuer à enrichir les connaissances que l'on a des juristes et de leurs réflexions sur le droit dans le premier XIX^e siècle.

L'analyse des discours de Rey et les hypothèses que l'on sera conduit à formuler sur les raisons de son rejet pourront éventuellement offrir une nouvelle manière d'envisager les soubassements de la science juridique française post-révolutionnaire, ou ce qu'il est convenu d'appeler l'histoire de la *pensée juridique* du premier XIX^e siècle. Ce n'est toutefois pas exactement là que nous entendons nous situer.

Si l'histoire du droit est bien ancrée dans les Facultés de droit depuis au moins la fin du XIX^e siècle, l'histoire de la pensée juridique est, en comparaison, un champ d'études relativement nouveau. Depuis une quarantaine d'années²⁶⁰, il a néanmoins connu une expansion importante, de sorte que certains considèrent aujourd'hui l'histoire de la pensée juridique comme une véritable « sous-discipline » de l'histoire du droit²⁶¹. Fatiha Cherfouh et Nader Hakim la définissent ainsi comme « une histoire tant des acteurs que de leurs œuvres, de leurs idées, de leur culture ou encore de la littérature et des formes littéraires dont ils usent pour exprimer leurs opinions et exposer leurs constructions²⁶² ». Ils ajoutent encore que « [c]ette dénomination sous-entend que le droit est objet de pensée et peut, à ce titre, provisoirement être comprise comme l'histoire des représentations relatives au droit et des moyens par lesquels ces dernières sont exprimées²⁶³ ». Dans une certaine mesure, ce travail s'inscrit bien dans une *histoire des représentations relatives au droit* – celles de Joseph Rey – *et des moyens par lesquels* il a entrepris de les *exprimer*. Toutefois, le choix du syntagme « histoire de la pensée » – qu'il s'agisse de la pensée

260 Les premiers travaux en histoire de la pensée juridique sont même plus anciens puisqu'on peut les faire remonter à Michel VILLEY (Géraldine CAZALS et Nader HAKIM, « L'histoire de la pensée juridique : historiographie, actualité et enjeux, *Clio@Themis*, n° 14, 2018 [En ligne : <https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=676>, consulté le 15.03.2022].

261 Fatiha CHERFOUH et N. HAKIM, « L'histoire de la pensée juridique contemporaine : hétérogénéité et expansion », in Jacques KRINEN et Bernard D'ALTEROCHE (dir.), *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Garnier, 2014, p. 117-119.

262 *Ibid.*, p. 120.

263 *Ibid.*, p. 120.

juridique, politique, économique, etc. – pose quelques difficultés.

Parler d'histoire de la pensée pourrait d'abord suggérer l'idée d'une pensée qui, depuis l'Antiquité gréco-romaine, se développerait de façon linéaire, par l'ajout successif de nouvelles connaissances, tout en gardant un socle de base, une unité, un corps cohérent. Or, comme les travaux de Thomas Kuhn²⁶⁴ l'ont bien fait apparaître, le développement des sciences – si tant est encore que l'on puisse parler de science juridique – ne résulte pas seulement de l'accumulation successive de connaissances. Il a ainsi mis en avant l'importance des révolutions scientifiques qui substituent un paradigme à un autre dans l'évolution des sciences. Parler d'une *pensée juridique* au singulier apparaît donc problématique car l'expression suppose une sorte de continuité qui exclut, ou, du moins, présente le risque d'occulter les ruptures épistémologiques qui traversent ce champ. Par ailleurs, le singulier ne rend pas compte de la diversité des manières de penser le droit et qui ont d'ailleurs pu coexister à la même époque. Pour s'en tenir à la première moitié du XIX^e siècle, on distingue différentes écoles ou courants de pensées, même si les catégorisations font débat. Sans nous engager à donner un panorama exhaustif des courants et des travaux les concernant, on pourra se contenter de remarquer que les études consacrées à l'École de l'Exégèse²⁶⁵, à l'École historique allemande (et la pénétration de ses idées en France)²⁶⁶ ou encore au groupe des juristes éclectiques²⁶⁷ ne manquent pas. C'est sans doute parce que ces travaux révèlent la diversité des manières de penser le droit à cette époque que Fatiha Cherfouh et Nader

264 Thomas KUHN, *La structure des révolution scientifiques*, Paris, Flammarion, 2016.

265 J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1924 ; P. RÉMY, « Éloge de l'exégèse », *art. cit.* ; P. RÉMY « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, 1985, p. 91-105 ; Mikhaïl XIFARAS « L'École de l'Exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1796-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny », in Heinz MOHNHAUPT et Jean-François KERVÉGAN, *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 2001, p.177-209 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, P.U.F., 2012, p. 35-76.

266 On pense notamment aux travaux d'Olivier JOUANJAN (entre autres : *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918*, Paris, P.U.F., 2005 ; « Sur une réception française de Savigny », *art. cit.*) ; Zdenek KRYSTUFEK, « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne », *Revue historique de droit français et étranger*, 4^e série, t. 44, 1966, p. 59-75 ; Yann-Arzel DURELLE-MARC, « La Revue bretonne de droit et de jurisprudence de Firmin Laferrière (Rennes, 1840-1842) et l'école historique française du droit », in Jacques POUMARÈDE (dir.), *Histoire de l'histoire du droit*, Toulouse, P.U. de Toulouse 1 Capitole, 2006, p. 373-387 ; Jean GAUDEMET, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 19, 1998, p. 87-124.

267 J. BONNECASE, *La Thémis (1819-1831)*, *op. cit.* ; P. RÉMY, « "La Thémis" et le droit naturel », *art. cit.* ; G. NAVET, « Le droit naturel des éclectiques », *Corpus, Revue de philosophie*, n°33, 1997, p. 115-130 ; T. POUTHIER, « Le droit naturel des "Éclectiques" et la doctrine publiciste des libertés sous la Monarchie de Juillet », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, [En ligne : <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-naturel-des-Eclectiques-et-la-doctrine-des-libertes-sous-la-Monarchie-de-Juillet-287.html>, consulté le 15.10.2020] ; T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, *op. cit.*

Hakim semblent préférer l'expression d'« histoire des pensées juridiques »²⁶⁸. Si nous jugeons cette proposition particulièrement bienvenue, nous aimerions faire un pas de plus en affirmant qu'il pourrait exister d'autres histoires des pensées juridiques que celles qui nous sont communément proposées. En toute rigueur, il nous faut reconnaître que, de même qu'il existe autant de pensées juridiques que de penseurs, il existe autant d'histoires du droit que d'historiens et d'historiennes. Il n'en demeure pas moins que, pour le premier XIX^e siècle au moins, c'est toujours un peu la même histoire qui nous est racontée à partir des grandes écoles ou grands courants de pensée, de la doctrine et des juristes faisant autorité. Malgré un certain nombre de réflexions et de travaux récents qui tentent de renouveler l'histoire du droit et de la pensée juridique²⁶⁹, les points de vues dissidents, voire tout simplement marginaux, sont encore bien souvent relégués dans l'ombre, faisant seulement l'objet de commentaires anecdotiques.

Proposer une autre histoire de la pensée juridique du premier XIX^e siècle, c'est-à-dire raconter cette époque en mobilisant d'autres auteurs (ou d'autres supports²⁷⁰) que ceux généralement mis en avant, n'est pourtant pas sans enjeu sur le plan historiographique. Éclairer les versants négatifs de la construction du droit et de la théorie juridique – ce contre quoi il s'est construit –, n'est pas seulement novateur. Cela est une nécessité d'autant plus grande qu'elle ouvre de nouvelles perspectives heuristiques, des horizons de sens et de nouvelles possibilités herméneutiques. Ainsi, alors que le plupart de celles et ceux qui contribuent au renouveau de la discipline considèrent que le droit conserve une certaine autonomie par rapport aux autres champs, l'étude de Joseph Rey invite à casser ces frontières. Là où leurs objets d'études les conduisent à reconnaître une rationalité et des méthodes propres au champ juridique, et à adopter par conséquent un regard « modérément externe²⁷¹ », l'examen de la théorie reyenienne force à décroiser entièrement le droit. En adoptant l'approche philosophique qui est la sienne, nous pouvons donc contribuer à porter un nouveau regard sur les représentations du droit qui avaient cours à cette époque, tout en offrant de nouvelles pistes pour faire avancer la réflexion sur ce qu'est le droit.

268 F. CHERFOUH et N. HAKIM, « L'histoire de la pensée juridique contemporaine », *art. cit.*, p. 122. Pierre-Nicolas BARENOT penche également en faveur du pluriel afin d'« insister [...] sur le caractère hétéroclite des auteurs susceptibles de développer une pensée juridique (juristes comme non juristes, praticiens du droit, historiens, philosophes, politiques, écrivains, etc.) ainsi que sur le vaste panel des modes d'expression de cette pensée, qui déborde très largement des genres habituellement admis par la doctrine (essai, roman, pamphlet, littérature de vulgarisation, etc.) » (« De quelle pensée juridique faisons-nous l'histoire ? », *art. cit.*).

269 F. AUDREN, A.-S. CHAMBOST et J.-L. HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, *op. cit.* ; J.-L. HALPÉRIN, « Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 30 | 2017, p. 31-48.

270 On pense par exemple aux travaux sur la littérature populaire du droit (Laetitia GUERLAIN et N. HAKIM (dir.), *Le sacré et le profane : les littératures populaires du droit*, Paris, Lextenso, 2018).

271 Selon l'expression proposée par F. AUDREN, A.-S. CHAMBOST et J.-L. HALPÉRIN (*Histoires contemporaines du droit*, *op. cit.*, p. 3).

Mais bien qu'il soit nécessaire, de notre point de vue, de renouveler ce champ d'études qu'est l'histoire de la (ou des) pensée(s) juridique(s), notre travail ne poursuit pas ce but. Notre intention n'est pas de proposer un nouveau récit de la construction de la pensée juridique dans la première moitié du XIX^e siècle. Quoique cette étude nous amène à présenter un panorama des discours juridiques alors en circulation, notre ambition se limite à l'étude des singularités propres à un auteur. Et si nous rejetons également le syntagme d'histoire *des* pensées juridiques, c'est seulement en raison de préoccupations sémantiques. Il apparaît en effet préférable de recourir le moins possible à la formule *la pensée juridique de ...* car il existe de bonnes raisons de mettre en doute la possibilité de connaître la pensée d'un auteur. La commodité de l'expression et les habitudes langagières nous ferons parfois écrire qu'untel *pense* quelque chose ou recourir à l'expression *la pensée* de tel auteur. Mais s'il est certain qu'une pensée précède l'acte d'écriture, on peut en revanche douter que l'écrit produit traduise fidèlement cette pensée et que nous puissions en rendre un compte exact. Un écart existe nécessairement, et c'est seulement le discours produit dont nous pouvons avoir une connaissance certaine.

D'autres dénominations, pour qualifier ce genre d'approches, ont également été proposées : « [h]istoire de la doctrine juridique, histoire de la science juridique, histoire des idées²⁷² ». Le singulier employé dans les deux premières expressions reste problématique. Par ailleurs, bien que celle de *doctrine juridique* puisse être intéressante au regard de notre objet d'étude, elle apparaît trop restrictive. En effet, il faut d'abord remarquer que, « si l'on veut être rigoureux, [cela] implique de limiter la pensée juridique aux membres de la doctrine juridique qui est le plus souvent définie comme les opinions des juristes et plus particulièrement des professeurs de droit²⁷³ ». Qui plus est, le terme de *doctrine* renvoie souvent trop spontanément à l'idée d'un juriste qui parle sur le droit existant et fait autorité dans son domaine en étant reconnu par ses pairs. Or, Rey est certes un juriste, mais son objet principal n'est pas le droit positif. Son propos n'a, par conséquent, jamais fait vraiment autorité dans le champ juridique. Reste enfin le syntagme *histoire des idées*. Distinguant histoire de la *pensée politique* et histoire des *idées politiques*, Anne-Sophie Chambost précise que, « [d]u singulier au pluriel, le choix du terme *pensée politique* apparaît [...] sous-tendu par la démonstration d'une articulation des idées autour d'un thème particulier, alors que l'étude des *idées politiques* [...] ne prétend pas a priori à l'unité, mais opte pour une approche plus individualisée, centrée sur les écrits d'auteurs²⁷⁴ ». Nous serions alors plus proche d'une *histoires des idées* (juridiques en l'occurrence) puisqu'il s'agit bien d'adopter une *approche individualisée* en focalisant sur les écrits d'un auteur en particulier.

272 F. CHERFOUH et N. HAKIM, « L'histoire de la pensée juridique contemporaine », *art. cit.*, p. 120.

273 *Ibid.*, p. 121.

274 A.-S. CHAMBOST, « "Ce n'est pas du droit..." L'histoire des idées politiques est-elle utile en droit ? », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 35, 2015, p. 503.

Pourtant, les critiques que Michel Miaille a formulées à l'égard de l'expression *histoire des idées politiques* rejoignent celles que nous avons proposées au sujet de l'*histoire de la pensée*. « Dans son sens le plus profond, écrit-il en effet, tout se passe comme si l'histoire était le lieu d'une métamorphose progressive qui, de l'aube de l'humanité à nos jours, déroulerait un fil ininterrompu : celui d'événements qui ne seraient que la forme de réalités, d'essences, existant en soi, de toute éternité²⁷⁵ ». Précisons toutefois qu'Anne-Sophie Chambost et Michel Maille se rejoignent pour dénoncer une telle conception de l'histoire des idées. La première déclare être sceptique « à l'égard de la méthode qui consiste à s'emparer d'une idée *transhistorique* pour en suivre les avatars dans des époques et des codes de pensées successifs²⁷⁶ ». Poursuivant en quelque sorte le mouvement initié par l'École de Cambridge, elle entend bien réinscrire les idées dans leur contexte car « les concepts n'ont pas un développement organique à travers le temps », mais sont au contraire « constamment (re)modelés par » l'histoire²⁷⁷. C'est d'ailleurs pourquoi elle estime que l'histoire des idées politiques est indispensable à l'histoire du droit, pour sortir de l'illusion d'une prétendue neutralité du droit, afin de comprendre les enjeux politiques qui président à son élaboration et à son application. Nous rejoignons parfaitement son point de vue quant au lien entre droit et politique : l'autonomie prétendue du droit par rapport à la politique n'est qu'une chimère. Au contraire, il est certain que le droit procède de la politique. Ce sont des convictions politiques – elles-mêmes souvent tributaires de certains parti pris philosophiques –, qui animent les choix législatifs des hommes d'État, quoiqu'ils aient beau jeu d'invoquer les arguments de la nécessité, de la technique, etc²⁷⁸. Il en va de même à l'échelle d'un auteur en particulier, et il peut parfois même s'avérer délicat de séparer nettement ses idées politiques d'une part et ses idées juridiques d'autres part. Bien que partageant la position d'Anne-Sophie Chambost sur la nécessité de ne pas séparer le droit de la politique, nous pensons toutefois avec Michel Miaille que la dénomination *histoire des idées* présente le risque de prendre celles-ci pour des réalités autonomes ayant une existence indépendamment des individus, qui ne feraient alors que les actualiser, leur donner forme. Loin de rejeter les méthodes qui sont celles de l'histoire des idées, notamment des idées politiques, c'est plutôt l'ambiguïté du syntagme que nous récusons.

275 Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 58. Si cette manière de concevoir l'histoire des idées est de plus en plus remise en cause, notamment depuis les travaux de l'École de Cambridge, il n'en demeure pas moins que la discipline a en effet longtemps consisté « à s'emparer de quelque chose qui apparaît comme une "une idée" trans-historique [...] qui évoluerait à un rythme lent [...] et à suivre les avatars de celle-ci dans les époques et les "écoles de pensée" successives en confrontant des définitions, des images, des cas de figure tout en prétendant dégager du foisonnement évolutif soit un noyau permanent, soit une progression et les linéaments d'un aboutissement » (M. ANGENOT, *L'histoire des idées*, op. cit., p. 125).

276 A.-S. CHAMBOST, « "Ce n'est pas du droit..." », art. cit., p. 535.

277 *Ibid.*, p. 535.

278 Voir notamment J. RANCIÈRE, *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique, 2005.

Aussi, puisque aucune des expressions jusque-là usitées ne paraît pertinente pour spécifier l'objet de cette étude, il nous faut donc apporter certaines précisions.

Le droit est, d'une part, un ensemble de discours – assorti, bien entendu, d'institutions et d'acteurs qui le mettent en œuvre –, et, d'autre part, un objet de discours. Joseph Rey prend justement le droit comme objet de discours. L'ensemble de sa production juridique est bien un discours sur le droit, parfois sur le droit positif, plus généralement sur le droit tel qu'il *devrait être*. Plus qu'un discours *sur* le droit, il faudrait même dire que c'est un discours qui *construit* l'objet *droit*. Et bien que Rey se place sous l'égide d'une méthode d'observation qui se veut, à bien des égards, neutre et descriptive²⁷⁹, il ne fait aucun doute que le juriste construit son objet plus qu'il ne le décrit. Par conséquent, l'expression qui semble devoir s'imposer est celle d'« histoire des discours juridiques²⁸⁰ ». Marc Angenot estime toutefois que les termes d'*idées* et de *discours* se confondent « pour qui n'entretient pas l'idéaliste intuition qu'une Pensée transcendante aux prises avec la Chose-en-soi est dissimulée dans un discours qui l'envelopperait, qui l'"exprimerait" en la dissimulant²⁸¹ ». Nous espérons que les remarques formulées précédemment préviennent contre ce type de lecture. Loin de croire à l'existence d'idées ou de pensées transcendantes, nous considérons au contraire que ces termes renvoient à des processus cognitifs purement immanents et internes au sujet qui pense ou conçoit des idées. Or, celles-ci apparaissent insondables à la différence des discours qui se présentent à nous dans leur matérialité. L'objet de cette recherche est, par conséquent, d'étudier le discours que Joseph Rey porte sur le droit et la manière dont il le construit, ainsi que, dans une moindre mesure, les discours que les hommes du premier XIX^e siècle tiennent à leur tour sur cet objet. Tout en rejetant l'expression de *pensée juridique*, on parlera ainsi du *discours*, de la *théorie* ou de la *doctrine* de Joseph Rey.

Un ensemble de qualificatifs peuvent alors s'appliquer avec pertinence au discours porté par notre auteur : c'est un discours matérialiste, sensationniste, utilitariste, hédoniste, égalitariste et (dans une certaine mesure) démocratique. L'ordre dans lequel on a choisi de les énoncer n'est pas arbitraire mais retrace au contraire le cheminement qui va de la philosophie au droit et à la politique. Michel Virally remarque que « tout ordre juridique positif repose en définitive sur une représentation globale de l'homme et de la société, sur laquelle la philosophie peut seule nous

279 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, II.

280 Une recherche sur Google a permis de trouver seulement deux occurrences de l'expression « histoire des discours juridiques ». On la trouve en effet dans le titre d'une intervention de Anne-Claude AMBROISE-RENDU, « Pédophilie, histoire des discours juridiques, médicaux et médiatiques », pour le séminaire du CeRIAVSif « Société et pédophilie », ayant eu lieu le 21 mai 2015 à l'Université Paris Descartes, ainsi que dans l'ouvrage de Amir BIGLARI (dir.), *La sémiotique en interface*, Paris, Kimé, 2018, p. 234.

281 M. ANGENOT, *L'histoire des idées, op. cit.*, p. 68.

renseigner²⁸² ». De même, toute théorie juridique repose également sur une *représentation globale de l'homme et de la société*. Tel sera donc l'angle d'attaque principal de ce travail. Il s'agira de montrer comment la philosophie matérialiste de Joseph Rey le conduit à développer des vues démocratiques et égalitaires qui déterminent sa théorie du droit, théorie que l'on peut qualifier de relationnelle et qui se situe en réalité aux confins du droit et de la politique. Fondamentalement philosophique à sa base, la théorie reyienne du droit est en effet éminemment politique dans ses conséquences.

Les vues de Rey ayant somme toute peu varié au cours de sa carrière, une approche chronologique serait tout à fait dénuée de pertinence. Même si l'on remarque que ses idéaux égalitaires prennent de l'ampleur à partir du milieu des années 1820, tout son discours repose toujours sur le même socle philosophique. En effet, celui-ci est fondamental, et le juriste insiste justement sur l'enchaînement des diverses sciences ou connaissances qui répond selon lui à un ordonnancement logique et nécessaire. C'est ce chemin que nous emprunterons.

Joseph Rey déplore le manque de fondements scientifiques du droit et de la législation tels qu'ils ont été élaborés jusque-là. Les hommes ont « fait du prétendu droit et de la législation arbitraire avant d'avoir déduit les principes sociaux de la connaissance exacte de l'homme et des véritables conditions de sa nature²⁸³ ». Il entend donc régler ces lacunes, en partant de la connaissance de la nature humaine, pour découvrir les principes de l'ordre social. C'est seulement une fois ce savoir sur l'homme et son milieu acquis (**partie 1**) qu'il devient possible de déterminer les principes du droit et de la législation.

Ces études préliminaires lui permettent alors de reconnaître l'égalité comme le rouage central pour assurer le bon fonctionnement de la machine sociale. Une égalité qui se veut à la fois matérielle, dans le sens où il s'agit de s'intéresser à la répartition des richesses, mais également politique, quoique dans une moindre mesure. En remontant aux fondements de l'ordre social, Rey propose en effet une organisation politique d'orientation démocratique. Si les concepts juridiques ne sont pas totalement absents de ces premiers développements, c'est seulement à l'issue de ces recherches préliminaires que le juriste se croit en mesure de conceptualiser les notions de droit et de devoir. Enfin, une fois déterminés les principes du droit, il convient de les mettre en œuvre par le biais de la législation positive. Si tout peut se ramener, en dernière analyse, à la nécessité d'assurer le bonheur des hommes en société, on remarque que celui-ci passe plus précisément par la réalisation de l'égalité sociale et d'une certaine forme d'émancipation (**partie 2**).

282 Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. xxiii-xxiv.

283 TPGD, p. 12.

PARTIE 1. L'ANCRAGE DE LA THÉORIE JURIDIQUE DE JOSEPH REY : LA CONNAISSANCE DE L'HOMME ET DE SON MILIEU

Il n'est pas rare de lire que Kant aurait posé les bases d'une séparation entre le travail du juriste et celui du philosophe en distinguant les questions du *quid ius* et celle du *quid juris*. Il reviendrait ainsi au philosophe de répondre à la première, là où le juriste devrait se cantonner à la seconde²⁸⁴. Cette répartition des tâches et cette séparation entre la philosophie et le droit va devenir progressivement effective à partir du XIX^e siècle. Mais dans la première moitié du siècle, la distinction est loin d'être si nette. Certes, les juristes développent une approche de plus en plus technicienne du droit, qui se dégage peu à peu des contingences de la morale et du droit naturel – assez souvent pensés de paire²⁸⁵. L'impulsion est donnée par l'entreprise de codification napoléonienne et l'intérêt se porte de plus en plus sur le droit positif avec une préférence toute particulière pour le Code civil. On voit naître ce qui sera ensuite qualifié d'École de l'Exégèse²⁸⁶. Cette histoire est bien connue. Mais sa simplicité trahie malgré tout la richesse de la production juridique du XIX^e siècle. Tous les juristes ne renoncent pas à aborder le droit dans sa dimension philosophique et politique²⁸⁷. Les exégètes eux-mêmes, comme le souligne Julien George, ne sont pas indifférents aux questions politiques. Leur enseignement sur le droit de propriété, par exemple, ne saurait être détaché de la question sociale, et peut même être considéré comme « un moyen de lutter contre les doctrines socialistes²⁸⁸ ». Quant à la dimension philosophique, elle est loin d'être absente du camp des juristes. Si certains revendiquent explicitement une approche

284 Cela résulterait notamment de son « Introduction à la doctrine du droit », « §B *Qu'est-ce que le droit ?* » (Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit, Doctrine de la vertu*, Paris, Flammarion, 1994, p. 16) ; Jean-Baptiste DONNIER, « Le droit naturel des juristes », *Les Cahiers Portalis*, n° 2, 2015/1, p. 27. Jean-Pascal CHAZAL avance même que KANT considère qu'« il existe une rupture épistémologique fondamentale » : « le juriste doit se contenter de rechercher le juste dans les lois officiellement promulguées ; c'est au philosophe qu'il appartient de critiquer, au nom de la raison, les lois existantes ». Et l'auteur remarque que « [c]ette division du travail a connu un succès considérable », puisqu'« [à] partir du XIX^e siècle, la philosophie du droit [est] de fait réservée aux philosophes, les juristes se cantonnant, sauf rares exceptions, à la technique » (« Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, 2001/45, p. 308).

285 Ainsi FOUCART identifie les lois morales au droit naturel, lui-même conçu comme un droit divin, car émanant de Dieu (*Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 2).

286 J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, *op. cit.*

287 J.-L. HALPÉRIN indique par exemple, au sujet de TOULLIER, que ses « conceptions jusnaturalistes [...] l'ont [...] amené à dépasser le cadre étroit d'un commentaire purement exégétique du Code civil » (*Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 53).

288 J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique*, *op. cit.*, p. 27.

philosophique du droit, comme Lerminier ou Oudot par exemple, la philosophie du droit est certes majoritairement traitée par les philosophes qui s'intéressent au droit naturel et à la morale²⁸⁹. Il est pourtant certain que les partis pris philosophiques des juristes, qui sont d'ailleurs bien souvent formulés de façon assez explicite, déterminent leurs conceptions du droit, et notamment du droit naturel. Cependant, il reste assez rare de voir les juristes français s'adonner à une véritable critique des lois. Mais cela n'implique pas une séparation nette entre la philosophie et la science juridique et certains la refusent franchement. C'est le cas, outre Manche, de Jeremy Bentham qui, tout en mettant de côté la notion de droit naturel, cherche à « construire un pont », à « réunir » le juriste et le philosophe, persuadé que la « combinaison de ces deux sciences [...] rendra un grand service à l'humanité »²⁹⁰.

Cette conviction est largement partagée par Joseph Rey. En effet, c'est d'abord en philosophe qu'il entreprend d'accéder aux premiers éléments du droit et de la législation, qui résident, selon lui, dans l'Idéologie, c'est-à-dire dans l'analyse des facultés intellectuelles et morales de l'homme. Par la suite, notre auteur juge toutefois nécessaire de faire précéder les recherches idéologiques par une étude de la physiologie humaine. Mais cela doit encore s'apprécier comme une conséquence de son adhésion à un certain type de philosophie, une philosophie du corps qui n'entend pas s'en remettre aux abstractions métaphysiques pour accéder à la connaissance de la nature humaine. Qu'il débute par l'Idéologie ou qu'il remonte à la physiologie, cela aboutit dans tous les cas à l'affirmation d'une épistémologie sensationniste qui se prolonge dans une morale utilitariste faisant du plaisir, du bonheur ou de l'utilité la valeur cardinale. Ces premiers soubassements de la théorie juridique de Joseph Rey dévoilent alors l'héritage matérialiste dans lequel il s'inscrit (**chapitre 1**).

Accéder à un savoir rigoureux sur l'homme, ses facultés intellectuelles, ses affects et ses divers besoins est un prérequis indispensable pour proposer une théorie du droit, car celui-ci ne se trouve ni dans les codes, ni dans le droit romain, ni dans l'histoire, mais dans la nature de l'homme. Cependant, l'être humain n'évolue pas seul, et penser le droit uniquement à partir de l'individu conduirait à une sorte d'aporie. Rey entend alors mettre en avant l'interdépendance des hommes, voués à prendre place et à agir au milieu de leurs semblables. Déterminer les conditions du droit requiert par conséquent une observation du milieu pour parvenir à découvrir les principes qui doivent régir l'ordre social. Pourtant lorsqu'il entreprend d'étudier la société, Rey dépasse la simple observation pour développer une conception plus normative que descriptive

289 Tristan POUTHIER remarque ainsi que le droit naturel est, dans la France du XIX^e siècle, « une affaire de philosophes » (*Au fondement des droits, op. cit.*, p. 89).

290 Jeremy BENTHAM cité et traduit par Mohamed EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 10.

des principes sociaux. Les relations entre les hommes sont ainsi présentées comme des relations essentiellement juridiques, le droit jouant précisément le rôle de liant entre les individus. Comme nous le verrons, Joseph Rey pense que c'est *par* le droit que les êtres humains peuvent faire véritablement société. Il trouve alors dans les idées exprimées par Jean-Jacques Rousseau au siècle précédent une piste intéressante pour penser l'organisation sociale et politique. Mais poursuivre les thèses de Rousseau n'est pas sans difficultés. Outre son rejet quasi-unanime par tous les penseurs du premier XIX^e siècle, l'auteur du *Contrat social* ne fonde pas son propos sur un socle matérialiste. Joseph Rey doit ainsi chercher à rendre l'idée de contrat social compatible avec la philosophie matérialiste qui est la sienne, tout en tempérant les préventions que ses contemporains nourrissent à l'égard de Rousseau. Avec un succès mitigé, notre auteur tente alors d'adapter les thèses du philosophe genevois lorsqu'il entreprend de présenter les fondements de l'ordre social et politique (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LES SOUBASSEMENTS PHILOSOPHIQUES DE LA THÉORIE JURIDIQUE DE JOSEPH REY : L'HÉRITAGE MATÉRIALISTE

« Restons [...] sur terre au lieu de nous perdre dans la région des nuages. La fable d'Icare est plus philosophique qu'on ne le pense.²⁹¹ »
(Joseph Rey)

Dans un passage où il s'attache à prouver le sincère spiritualisme de Théodore Jouffroy, son biographe, Tissot, invoque à l'appui le témoignage de « [l']un des partisans les plus ardents du sensualisme à notre époque²⁹² ». Il fait référence à Joseph Rey et, plus précisément semble-t-il, à une note de bas de page où ce dernier explique ce qui distingue la psychologie de l'Idéologie²⁹³. Tissot est préoccupé par les accusations de matérialisme portées à l'encontre de Jouffroy dont il cherche en quelque sorte à sauver l'honneur. Dans le premier XIX^e siècle, en effet, alors que l'étiquette de spiritualisme – et plus encore s'il est éclectique – promet un succès certain, la qualification de *sensualisme* tient lieu d'anathème. Pour les philosophes d'alors, ces distinctions résultent d'abord de divergences quant à la question de l'origine des idées.

Cette question préoccupe tous ceux qui s'intéressent à ce que l'on nomme alors les « sciences morales et politiques ». La réponse apportée est décisive pour l'orientation épistémologique et méthodologique des penseurs car elle détermine leurs différentes écoles philosophiques. Une schématisation rapide conduit ainsi à discerner deux options philosophiques fondamentales dans les années 1800-1850 : le spiritualisme – à visages multiples – alors largement dominant et le matérialisme – souvent un crypto-matérialisme²⁹⁴, qui se dévoile dans l'empirisme et les doctrines sensationnistes. Cette ligne de fracture, ainsi que la faible estime portée au matérialisme, n'est pas neuve en ce début de siècle²⁹⁵. Une tension comparable se

291 BMG, E. 26985, p. 33.

292 Joseph TISSOT, *Th. Jouffroy, sa vie et ses écrits*, Paris, Didier et Cie, 1876, p. 81.

293 En fait, TISSOT renvoie à la p. 5 du *TPGD*, mais il s'agit vraisemblablement d'une erreur car la première référence à JOUFFROY que l'on trouve dans cet ouvrage n'arrive que p. 17.

294 Les penseurs matérialistes, comme nous le verrons avec REY, affirment en effet rarement haut et fort leur rattachement à cette école.

295 Franck SALAÜN signale par exemple que « la réfutation du matérialisme » est omniprésente dans l'œuvre de Jean-Jacques ROUSSEAU. Elle lui permet de se démarquer des philosophes de ce courant, avec lesquels il partage certaines similitudes, et par conséquent de se défendre des reproches de matérialisme qui lui sont faits (« Les larmes de Wolmar. Rousseau et le problème du matérialisme », in Jean SALEM et André CHARRAK (dir.), *Rousseau et la philosophie*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2004, [En ligne : <http://books.openedition.org/psorbonne/18656>, consulté le 21.11.2020]).

remarque également dans les XVII^e et XVIII^e siècles entre Lumières Radicales et Lumières Modérées²⁹⁶. D'aucuns considèrent d'ailleurs que les Idéologues sont les héritiers des philosophes radicaux et que leur avènement sur la scène politique sous le Directoire constitue une « brève restauration des Lumières radicales²⁹⁷ » après l'épisode de la Terreur.

Dans les dernières années de la Révolution, les Idéologues pouvaient en effet apparaître comme les philosophes officiels ou les intellectuels « organiques » de la République²⁹⁸. Pourtant, les choses changent rapidement pour ce groupe de savants. En 1804, la classe des sciences morales et politiques de l'Institut national, jusqu'alors dominée par les Idéologues, est fermée. Progressivement l'analyse idéologique et physiologique de ce qu'on appelait les « facultés intellectuelles et morales » de l'homme est taxée d'immoralisme. Joseph Rey parle d'ailleurs, en 1828, de la « réaction antiphilosophique » de certains moralistes qui s'élèvent contre le système « physiologico-idéologique » de Cabanis notamment²⁹⁹. Apparaît aussi, dès 1801, le terme de « sensualisme » pour désigner ceux qui ne sont rien moins que des matérialistes³⁰⁰.

Dans son ouvrage *Le matérialisme occulté et la genèse du « sensualisme »*, Pierre F. Daled a parfaitement mis en lumière les enjeux qui sous-tendent la formation de ce néologisme par les adversaires de cette philosophie (Degérando et Villers) qui, de leur côté, se font nommer *rationnels, psychologues, spiritualistes, éclectiques*. Ces derniers s'opposent avant tout à l'épistémologie sensationniste qui fait dériver toutes les idées des sensations. Ils considèrent que ramener toutes les idées à des sensations physiques revient à dégrader l'homme, à le rabaisser au statut d'animal. Les Idéologues admettent en effet que l'analyse des facultés intellectuelles et morales de l'homme est une partie de la zoologie. Ils portent ainsi un intérêt soutenu à la physiologie et à l'examen du système nerveux. Et c'est en partant de ces connaissances que Rey va penser la morale puis le droit. Refusant cette approche, les spiritualistes préfèrent reconnaître dans l'homme une ou plusieurs facultés toutes spirituelles permettant d'accéder à certaines vérités indémonstrables par les sens et l'expérience. Alors que ceux qualifiés de *sensualistes* parlent d'Idéologie, de philosophie de la sensation, de philosophie physiologiste ou encore expérimentale, et qu'ils étaient jusque-là généralement identifiés comme *matérialistes*³⁰¹, les spiritualistes dits éclectiques les requalifient

296 J. ISRAEL, *Radical Enlightenment*, *op. cit.* ; *Une révolution des esprits*, *op. cit.*. Voir *infra*, Conclusion générale pour plus de développements sur ce point.

297 J. ISRAEL, *Une révolution des esprits*, *op. cit.*, p. 229. Yves CITTON affirme également que les Idéologues sont « les héritiers de cette tradition radicale » (« Le moment idéologique », in Y. CITTON et Lise DUMASY (dir.), *Le moment idéologique, Littérature et sciences de l'homme*, Lyon, ENS Éditions, 2013, p. 26).

298 J.-L. CHAPPEY, *La société des observateurs de l'homme*, *op. cit.*, p. 49.

299 TPGD, p. 11.

300 P. F. DALED, *Le matérialisme occulté*, *op. cit.*, p. 10.

301 Évoquant HELVÉTIUS d'après qui « sentir et juger sont une même chose » – affirmation que l'on retrouve sous la plume de TRACY comme de REY – ROUSSEAU considère que cela revient « évidemment [à] établir le matérialisme » (cité par F. SALAÜN, « Les larmes de Wolmar. Rousseau et le problème du matérialisme », *art.*

pour les disqualifier. Il n'est qu'à voir le terme choisi pour comprendre leur intention. Le *sensualisme* n'évoque en effet pas seulement la philosophie de la *sensation*, mais une philosophie *sensuelle*, ce qui ne pouvait conduire qu'à heurter la morale d'alors. Il est d'ailleurs assez remarquable de constater que le terme soit encore absent du champ de la philosophie morale (témoignant possiblement d'un oubli durable que l'on pourrait peut-être attribuer à la force du discrédit qu'il essuya notamment dans le premier XIX^e siècle)³⁰². Joseph Rey, qui se revendique de cette école, a bien conscience de la portée de ce procédé, lorsqu'il parle des « philosophes qu'on a voulu flétrir par la dénomination de *sensualiste*³⁰³ ». Pour ne pas avoir à utiliser un terme marqué au sceau d'une infamie qui n'a peut-être toujours pas cessé, il apparaît préférable de recourir à l'expression de philosophie *sensationniste*, qui exprime bien mieux l'idée. On aurait aussi pu opter pour l'expression de *sensitisme*, introduite par Jean-Louis Seconds en 1815³⁰⁴, mais celle-ci a connu un succès plus limité encore que la précédente. Pour éviter de mobiliser la qualification de matérialisme, Rey, quant à lui, recourt surtout aux termes d'Idéologie, de physiologie, voire de philosophie expérimentale.

Pour faire accepter ses idées, le juriste est en effet bien conscient de l'impossibilité de les situer dans l'héritage du matérialisme philosophique. Aussi justifie-t-il toujours son refus des thèses spiritualistes par un souci méthodologique. Si Rey ne peut revendiquer publiquement son matérialisme, l'examen de ses publications et plus encore de ses *marginalia* laisse toutefois peu de doute sur son appartenance à ce courant. Mais il considère que « [c]e sont définitivement les idées qui gouvernent les hommes³⁰⁵ », ce qui justifie de prendre certaines précautions lorsqu'il s'agit de les exposer.

Par ailleurs, outre ces précautions, Rey développe une forme d'écriture qui mérite que l'on s'y arrête. Le recours à l'italique ainsi qu'aux majuscules est assez interpellant lorsqu'on le lit, et il peut s'expliquer par référence à son sensationnisme. Du moins peut-on l'interpréter ainsi. En effet, il est permis de considérer que, lorsque Rey fait ressortir certains termes ou certains passages de ses écrits avec des caractères italiques ou des majuscules, il cherche, à proprement parler, à impressionner ses lecteurs et lectrices. En jouant sur ces effets visuels, il s'agit d'imprimer plus fortement dans l'esprit de ses lecteurs certaines idées ou associations d'idées. Le sensationnisme de notre auteur s'exprime donc également dans la matérialité de son écriture.

cit.

302 Le *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* ne comporte aucune entrée relative au sensationnisme (ni *sensualisme*, ni *sensation*), Monique CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^e éd., Paris, Quadrige/P.U.F., 2004, 2 t.

303 *DBOS*, t. 2, p. 15.

304 Jean-Louis SECONDS, *Le sensitisme, ou la pensée et la connaissance des choses replacées dans les sens, traitées historiquement dans l'ordre de nos sensations, et réduites à l'histoire naturelle de l'homme sentant et du monde sensible*, Paris, 1815.

305 *Ma biographie morale et politique*, p. 89.

Cela peut apparaître d'autant plus nécessaire que la majorité de son lectorat est baignée depuis l'enfance dans les concepts de la philosophie spiritualiste, sans même que cela soit nécessairement tout à fait conscientisé. On trouve encore, dans la majorité de ses ouvrages, des tableaux. Dans sa brochure sur la responsabilité des fonctionnaires, il propose ainsi un tableau de toutes les infractions qu'il considère de nature à engager leur responsabilité. Dans son *Traité des principes généraux du droit*, il offre un tableau de classification des objets du droit. Quant à son *Traité d'éducation*, il comporte de nombreux tableaux ainsi que des planches lithographiées destinées à servir de supports aux enseignants. Cela méritait d'être souligné.

Le contexte intellectuel dans lequel Rey évolue est donc marqué par une tension forte entre ces deux options philosophiques qu'il convient de mettre en lumière. Ainsi, l'enjeu des sections qui vont suivre est double. Il s'agit d'abord de mettre à jour les soubassements philosophiques de la théorie du droit de Joseph Rey, mais aussi de tracer la ligne de front qui le sépare du spiritualisme, avec une attention toute particulière pour sa version éclectique. Car à partir de ces deux philosophies, ce sont également deux anthropologies qui s'affrontent. C'est pourquoi après avoir présenté le matérialisme méthodologique de Joseph Rey (**Section 1**), on s'intéressera à la théorie morale qu'il a développée en conséquence, une théorie utilitariste et hédoniste (**Section 2**).

SECTION 1 : LE MATÉRIALISME MÉTHODOLOGIQUE DE JOSEPH REY

Les enjeux que soulèvent les questions de méthode dans le premier XIX^e siècle pourraient facilement passer inaperçus si l'on se référait exclusivement à ce que professe la majorité des penseurs. Il semble en effet que la méthode dite analytique, d'observation ou encore expérimentale fasse l'objet d'un quasi-consensus³⁰⁶. Bien que Locke et Condillac n'aient, d'après Victor Cousin, développé qu'une « triste philosophie », ce dernier juge leur méthode « irréprochable »³⁰⁷. Mais cet apparent consensus sur la méthode analytique mérite pourtant d'être interrogé, notamment en étudiant les controverses que l'analyse des « facultés intellectuelles » de l'homme fait naître.

Cette question est primordiale pour les penseurs du premier XIX^e siècle. Elle renvoie en effet à l'épistémologie au sens large ou théorie de la connaissance humaine et doit former la base de toutes les autres sciences. Il s'agit donc d'abord d'une enquête sur les procédés cognitifs de l'être humain. En réalité, les diverses thèses épistémologiques sont souvent ancrées sur des partis pris philosophiques, mais l'on ne distingue alors pas vraiment la philosophie et la question de l'origine de l'idée. Pierre F. Daled relève en effet un nombre impressionnant de penseurs ayant traité de cette problématique : « la production philosophique des trente premières années du XIX^e siècle [donne] l'impression que l'on n'a alors parlé *que* de Condillac et de la question de l'origine des idées³⁰⁸ ». Jouffroy le confirme d'ailleurs en écrivant que « toute la philosophie était là³⁰⁹ ». Degérando considère quant à lui que « fixer *les principes des connaissances humaines* » est la « question première et fondamentale, qui est comme le pivot de la philosophie toute entière »³¹⁰. Il ajoute que « les systèmes relatifs aux principes des connaissances humaines » déterminent les doctrines philosophiques, qu'ils referment, « si l'on peut dire ainsi, *la législation* de ces doctrines »³¹¹. L'expression choisie par Degérando est en effet très pertinente.

306 Il faut mettre de côté ceux qui se réunissent alors autour de la détestation d'un philosophe comme DESCARTES et qui correspondent, d'après François AZOUVI, à la droite Ultra (« Chapitre VII. Descartes relu par les Ultras », *Descartes et la France. Histoire d'une passion nationale*, Paris, Athème Fayard, 2002, p. 145-161). On peut encore signaler le courant antirationaliste dont LAMENNAIS est une figure de proue. Ce dernier présente l'originalité de juger la raison encore plus dangereuse que les passions (*Essai sur l'indifférence en matière de religion*, t. 1, Paris, Tournarchon-Molin et H. Seguin, 1817, p. 318-319).

307 V COUSIN, *Fragments philosophiques*, Paris, Sautet, 1826, p. v et viii.

308 P. F. DALED, *Le matérialisme occulté*, *op. cit.*, p. 19.

309 Théodore JOUFFROY, *Nouveaux mélanges philosophiques*, Paris, Joubert, 1842, p. 120-121 ; cité par P. F. DALED, *Le matérialisme occulté*, *op. cit.*, p. 19.

310 Joseph Marie DEGÉRANDO, *Histoire comparée des systèmes de philosophie, relativement aux principes des connaissances humaines*, t. 1, Paris, Henrichs, 1804, p. xviii-xix.

311 *Ibid.*, p. xx-xxi.

L'analyse des idées est donc, sous la Révolution et pendant le premier XIX^e siècle, la science des sciences : « toutes les autres émanent d'elle³¹² », écrit Tracy. C'est seulement en examinant comment nous percevons des idées que l'on peut « apprendre en quoi consiste notre connaissance, sur quoi elle s'étend, quelles en sont les limites, et quelle méthode nous devons suivre dans la recherche des vérités de tout genre³¹³ ». Digne successeur de Destutt de Tracy en la matière, Joseph Rey signale son intérêt pour la question de l'origine des idées à de très nombreuses reprises.

L'intérêt du penseur grenoblois pour la philosophie commence à son adolescence, pendant cette période révolutionnaire de bouillonnement intellectuel. Jusqu'à ses 25 ans pourtant, Rey se dit sous « l'influence trop puissante des préjugés de l'éducation vulgaire », errant dans le vague, « sans méthode » et à la recherche d'un « bon plan »³¹⁴. C'est avec Condillac, mais plus encore avec Destutt de Tracy, qu'il acquiert alors les bases philosophiques du sensationnisme, qu'il poussera encore plus loin à la fin de sa vie par l'étude de la physiologie. Avec Condillac, écrit-il, « un nouveau jour s'était offert à mes yeux, les objets se présentaient sous un face différente³¹⁵ ». Il lui reproche toutefois des « expressions vagues » et certaines « idées fausses », qu'il impute au défaut de « connaissances physiques » de l'époque³¹⁶. La découverte des *Éléments d'Idéologie* met alors fin à sa tourmente intellectuelle. Tracy présente en effet un système analogue à celui de l'auteur du *Traité des sensations*, mais considérablement simplifié³¹⁷. Rey ne manque pas de le noter lorsqu'il écrit à Tracy pour la première fois après avoir lu ses *Éléments* : « Dès lors, plus d'incertitude, plus d'obscurité dans les notions précédemment acquises, l'ordre qui semblait les fuir est venu s'y rétablir sans effort, j'ai commencé à entrevoir la liaison et la marche des connaissances humaines³¹⁸ ». L'Idéologie présente ainsi un caractère structurant dans toute la construction intellectuelle de Joseph Rey.

Ce terme de « Idéologie » renvoie à un contenu complexe. Avant d'être pensé comme un courant philosophique, il est avant tout une discipline et une méthode qui entretiennent un rapport circulaire. La discipline, c'est l'analyse de l'entendement, de l'esprit humain ou encore des sensations ; la méthode, c'est l'analyse ou l'observation des faits³¹⁹, à l'instar des sciences

312 Antoine DESTUTT DE TRACY, « Mémoire sur la faculté de penser », *Mémoires de l'Institut national des sciences et des arts. Sciences morales et politiques*, t. 1, Paris, Baudouin, an 6, p. 286.

313 *Ibid.*, p. 286.

314 Lettre de Joseph REY à DESTUTT DE TRACY, 12 octobre 1804 (BMG, T. 3956).

315 *Ibid.*

316 *Ibid.*

317 Laurent CLAUZADE, *L'idéologie ou la révolution de l'analyse*, Paris, Gallimard, 1998, p. 138.

318 Lettre de Joseph REY à DESTUTT DE TRACY, 12 octobre 1804 (BMG, T. 3956).

319 L. CLAUZADE, *L'idéologie ou la révolution de l'analyse*, *op. cit.*, p. 24.

physiques. Entendue comme école philosophique ou courant de pensée, l'Idéologie est peut-être encore plus difficile à circonscrire. Picavet a tracé à la fin du XIX^e siècle une histoire de l'Idéologie qui fait entrer dans ce courant une multitude de penseurs aux vues souvent bien différentes, ce qui ne permet pas toujours de rendre compte de son unité première. Il y place notamment Degérando et Laromiguière comme composant la génération la plus tardive, celle de l'« idéologie spiritualiste et chrétienne³²⁰ ». Si les diverses catégories d'Idéologues que propose Picavet ne sont pas dépourvues de pertinence, elles demeurent toutefois peu fidèles à l'intention qui anima Destutt de Tracy et les premiers Idéologues. Comme le remarque Claude Nicolet « les vrais Idéologues, et les plus grands, étaient, sinon absolument matérialistes, du moins parfaitement sceptiques, agnostiques³²¹ ». Aussi ne comprendrons-nous sous ce terme que les savants qui, sans être forcément fondamentalement matérialistes, rejettent du moins toute métaphysique. Il faut donc se détacher de cette historiographie de l'Idéologie afin de l'apprécier dans les termes qui furent ceux de Tracy et Cabanis lorsqu'ils en posèrent la première formulation, et plus encore de Rey qui en revendique l'héritage et se positionne en continuateur.

Rey trace une généalogie des savants ayant appartenu à l'école idéologique, qu'il nomme également école de la sensibilité et qu'il associe à la philosophie expérimentale. Ce qui réunit d'après lui les penseurs autour de ce courant, bien que tous avant Tracy aient été imparfaits dans leur marche, c'est d'abord qu'ils « se montrèrent moins assujettis aux préjugés reçus [que leurs contradicteurs spiritualistes], et moins entraînés par les prestiges de l'imagination. En général ils se regardèrent comme *de simples observateurs* des phénomènes, sans vouloir faire fléchir les faits devant leurs systèmes. Généralement aussi ils ne furent point arrêtés dans une telle marche par la crainte de trouver des résultats contraires à des idées préétablies³²² ». La spécificité de cette école tiendrait ainsi dans le recours à l'observation et le refus de tout raisonnement *a priori*. Pourtant, si l'on regarde les auteurs mobilisés par Rey, force est de constater qu'il partage certaines références avec les éclectiques.

Il débute sa généalogie avec Aristote, reconnaît Bacon comme fondateur de la méthode d'observation, puis, contre l'opinion dominante, mais à la suite de Tracy, mentionne Descartes comme celui qui fut, « à certains égards, le restaurateur de *l'école de la sensibilité*³²³ ». Les références aux penseurs tels que Bacon et Descartes³²⁴ par les hommes du premier XIX^e siècle peuvent être

320 F. PICAVET, *Les Idéologues*, op. cit., p. 499 et s.

321 C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit., p. 118.

322 TPGD, p. 37.

323 *Ibid.*, p. 36-37.

324 Sur la réception de DESCARTES en France à l'époque de Joseph REY, voir F. AZOUVI, « Troisième partie : L'ère des révolutions (1789-1848) », *Descartes et la France*, op. cit., p. 129-211. Seuls les Ultras sont dans un rejet total

surprenantes. Les catégories ne sont pas fixes, et chaque appropriation d'un auteur est aussi une réinvention de celui-ci. Alors que Bacon est invoqué par Degérando comme fondateur de la méthode expérimentale, en opposition à celle qu'il nomme « empirique » et qui relèverait plus du « sensualisme », Cousin le range au contraire parmi les sensualistes, en l'opposant à l'idéaliste Descartes³²⁵. Même si Cousin les unit tous deux sous l'étiquette de la philosophie « moderne », car ils « débutent par l'analyse », il les distingue néanmoins car « l'un appuie d'abord l'analyse sur l'observation extérieure des phénomènes de la nature, l'autre sur l'observation intérieure de la pensée ; l'un se fie davantage au témoignage des sens, l'autre à celui de la conscience »³²⁶. Aussi Cousin peut-il faire de Descartes le « premier psychologue français³²⁷ », et se présenter comme son successeur³²⁸. C'est une illustration brillante de l'importance de la réception d'une œuvre par les lecteurs en fonction de leur communauté interprétative³²⁹. On voit donc que se réclamer de Descartes est un enjeu dans ce premier XIX^e siècle. Les travaux de François Azouvi permettent d'éclairer cette référence partagée, en signalant que la mobilisation de Descartes, au moins sous la Restauration, marque la ligne de fracture entre la droite et la gauche, celle-ci témoignant de son respect pour le philosophe « national », alors qu'« un Ultra se reconnaîtra à sa haine du cartésianisme »³³⁰. Sous la Restauration, en effet, Descartes est mobilisé par ceux qui revendiquent des idées libérales, et c'est d'ailleurs précisément à cette époque que Rey et Cousin se rejoignent dans leurs revendications de liberté politique³³¹.

Rey poursuit sa généalogie. Après Descartes viennent Locke et Condillac, mais c'est seulement sous la Révolution et avec Tracy que l'Idéologie a pu recevoir sa formulation la plus aboutie³³², une fois les préjugés religieux affaiblis, une fois, écrit-il, « qu'une entière liberté de

de l'héritage du philosophe « national ».

325 Dans les années 1815, COUSIN avait toutefois proposé une interprétation plus critique de DESCARTES. Il en faisait un sceptique, dont la philosophie aurait expiré devant l'œuvre de l'écossais REID (F. AZOUVI, *Descartes et la France*, *op. cit.*, p. 169).

326 V. COUSIN, « Cours d'histoire de la Philosophie », *Œuvres*, t. 1, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1840, p. 213.

327 Pierre-François MOREAU, « Traduire Spinoza : l'exemple d'Émile Saisset », *Spinoza au XIX^e siècle : Actes des journées d'études organisées à la Sorbonne (9 et 16 mars, 23 et 30 novembre 1997)*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008 [En ligne : <http://books.openedition.org/psorbonne/201>, consulté le 12.03.2019].

328 Selon Théodule RIBOT, cette référence à DESCARTES dans la philosophie cousinienne sert surtout à lui « donner un caractère patriotique et national » (« Philosophie et psychologie en France (1877) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 2, 2000/1, p. 107), en sus de son caractère transnational (voir notamment X. LANDRIN « L'"éclectisme spiritualiste" au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 29-65 ; voir aussi Lucie REY, « Avant-propos. L'instrumentalisation de Descartes et Leibniz au XIX^e siècle : Victor Cousin », *Corpus, Descartes et Leibniz au XIX^e siècle*, n° 68, 2015, p. 5-24).

329 Stanley FISH, *Quand lire c'est faire : l'autorité des communautés interprétatives*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007.

330 F. AZOUVI, *Descartes et la France*, *op. cit.*, p. 145.

331 Mais entre un libéralisme de gauche et un libéralisme de droite, la différence de conception de l'idéal égalitaire vient malgré tout tracer une frontière certaine.

332 Un médecin matérialiste, Jean-André ROCHOUX, trace vers la même époque une généalogie similaire – qui ne

penser permit de scruter dans toute leur étendue les questions philosophiques de tout genre³³³ ». Nulle référence à Hobbes en revanche sous sa plume, ce qui peut surprendre de prime abord. Tracy lui-même le considère par endroit comme le fondateur de l'Idéologie, et tous s'entendent pour en faire un père de la philosophie de la sensation et de la morale des intérêts³³⁴. Le philosophe anglais ouvre en effet son *Léviathan* par l'affirmation que « toutes les pensées » ont pour origine des sensations, sont engendrées « par les organes des sens »³³⁵ – ce qui constitue bien le point de départ de l'Idéologie. Mais, d'une part, l'écart de vues politiques entre Rey et Hobbes explique cette omission, certainement volontaire. D'autre part, il s'agit pour Rey d'éviter toute référence à un penseur qui, sous la plume des éclectiques, passe pour l'archétype du philosophe matérialiste. Se réclamer d'un Descartes est en effet plus respectable.

Tel est le patrimoine philosophique dans lequel Rey revendique son inscription. Il faut maintenant s'intéresser à la façon dont il développe une épistémologie sensationniste dans la tradition de l'école Idéologique (I), laquelle vient justifier le recours exclusif à la méthode d'observation (II). Il convient ensuite de mesurer tout ce qui sépare cette approche de celle des éclectiques, qui revendiquent pourtant, tout comme Rey, le recours à l'observation et à l'expérience (III).

II/ L’AFFIRMATION D’UNE ÉPISTÉMOLOGIE SENSATIONNISTE HÉRITÉE DE L’IDÉOLOGIE

L'origine des idées et l'étude des facultés intellectuelles et morales de l'homme est l'objet premier de l'Idéologie entendue comme discipline. Analyser les moyens par lesquels l'être humain acquiert ses connaissances afin de comprendre l'origine de ses idées apparaît en effet comme un préalable nécessaire pour ne pas errer dans les nuages de la métaphysique. Dans le même temps, l'Idéologie doit également définir la bonne méthode : « L'analyse doit servir à étudier l'entendement afin de définir la bonne méthode, à savoir l'analyse³³⁶ ». C'est « le prix à

comprend pas DESCARTES, mais BACON, GASSENDI, LOCKE, CONDILLAC, les Encyclopédistes, TRACY, LAROMIGUIÈRE et VALETTE. Cependant, à la différence de REY, il remarque un affaiblissement progressif de la philosophie de BACON, une « progression décroissante » (J.-A. ROCHOUX cité dans Delphine ANTOINE-MAHUT, « Cartésianisme dominant et cartésianismes subversif. Le cas de l'infirmier de Bicêtre Jean-André Rochoux », *Corpus, Descartes et Leibniz au XIX^e siècle*, n° 68, 2015, p. 35).

333 TPGD, p. 38. Joseph REY signale également, à l'occasion d'une note de bas de page, un Idéologue italien, Melchiorre GIOIA (TPGD, p. 40 en note).

334 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'Idéologie, III, Logique*, 2^e éd., Paris, Veuve Courcier, 1818, p. 102.

335 THOMAS HOBBS, *Léviathan, ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard, 2000, p. 71.

336 L. CLAUZADE, *L'idéologie ou la révolution de l'analyse, op. cit.*, p. 24.

payer dès lors que l'analyse de l'entendement [...] est pensée comme un savoir empirique, dérivé de l'observation des phénomènes et des opérations de l'esprit. Le lien établi entre la connaissance empirique de l'entendement et l'établissement de la méthode rend ce cercle inévitable³³⁷ ».

Empruntant une métaphore de Destutt de Tracy, Rey écrit dans ses *Préliminaires du droit* que « l'idéologie doit être considérée comme le tronc de l'arbre vraiment encyclopédique, et les autres sciences comme les branches de cet arbre³³⁸ ». Toutes les sciences ont leurs premiers principes dans l'Idéologie, dont l'axiome de base se résume par ces mots attribués à Aristote selon lesquels « il n'y a rien dans l'intellect qui n'ait été dans le sens (*sic*)³³⁹ ». Rey précise toutefois que son acception du terme « sentir » est

« *bien plus étendue* que dans l'usage commun ; [...] toutes les opérations de l'entendement, quels que soient leurs phénomènes, se résolvent en définitive dans cette faculté générale de *sentir*, dont elles ne sont véritablement que des *modes divers*. Ainsi, dès qu'on y songe bien attentivement, l'on doit finir par conclure que *penser* c'est SENTIR ; que *se ressouvenir, juger, désirer* même n'est encore que SENTIR ; en un mot QUE TOUTE NOTRE EXISTENCE INTELLECTUELLE ET MORALE RÉSIDE ABSOLUMENT DANS NOTRE SENSIBILITÉ³⁴⁰ ».

Une telle approche conduit dès lors à exclure toute entité immatérielle et/ou transcendante par le biais de laquelle les individus pourraient acquérir des connaissances sur les objets qui les entourent. Par ailleurs, il n'existe pas non plus d'idées innées³⁴¹. L'homme intellectuel, pour reprendre l'expression consacrée, n'est rien de plus qu'un corps matériel et des facultés qui y sont attachées. Les pensées, les vérités, les concepts même les plus complexes ne sont formés que par la combinaison et la comparaison de plusieurs sensations. Or, ces dernières opérations « ne peuvent avoir lieu que par de *nouvelles sensations*, et notamment par celles de la *mémoire* et du *jugement*, qu'on *retrouve toujours* dans les opérations intellectuelles les plus compliquées, ainsi que dans celles que l'on regarde comme le plus dégagées d'impressions matérielles³⁴² ». Dans le vocabulaire reyien, le terme de sensation renvoie donc tout autant aux sensations proprement dites (celles liées aux cinq sens, auxquels Rey va ajouter la sensation de mouvement), qu'à celles issues de la modification de ces premiers matériaux, c'est-à-dire à l'intellect : « je sais est un mot qui exprime une des espèces du mot sentir³⁴³ ». Ceci complique parfois la compréhension et la

337 *Ibid.*, p. 24.

338 *Préliminaires*, p. 14.

339 TPGD, p. 36.

340 *Ibid.*, p. 80 ; propos similaires dans *Préliminaires*, p. 9-10 et JGLJ, t. 1, p. 10.

341 Lorsque Constantin PECQUEUR parle d'« idées innées » (*Théorie nouvelle d'économie sociale et politique, ou études sur l'organisation des sociétés*, Paris, Capelle, 1842, p. 48), REY rétorque par une note marginale : « Des innées idées ! vieille chimère ressuscitée de l'obscur métaphysique. Dites : des facultés innées qui nous conduisent à avoir des idées, à la bonne heure » (BMG, E. 26985, p. 48).

342 TPGD, p. 81.

343 BMG, E. 27135, p. 39.

réception de son propos, et explique qu'il s'attarde, dans ses *Bases* notamment, à clarifier certains termes.

Dès la parution des *Préliminaires*, en effet, la critique ne s'est pas faite attendre. Le juriste Auguste Sautelet, élève et disciple de Victor Cousin, publie l'année suivante dans la revue juridique *Thémis*, un article au titre évocateur : « *Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey*³⁴⁴ ». Les spiritualistes s'opposent à l'épistémologie sensationniste car ils considèrent qu'elle rabaisse l'homme à un mécanisme passif sur lequel le monde extérieur viendrait s'imprimer. Rey nie ce caractère purement passif, même si on trouve sous sa plume l'expression de « machine humaine³⁴⁵ ». Sautelet cherche alors à démontrer que l'analyse de l'être humain et de ses facultés intellectuelles et morales proposée par Rey est incomplète. Outre la faculté de sentir, il existerait « un élément actif qui réagit sur cette sensation », ce que l'école éclectique nomme personnalité, liberté, volonté, individualité, ou encore « le moi »³⁴⁶. Il s'agit plus précisément du libre-arbitre, dont dépend selon eux la moralité humaine. De plus, Rey aurait également manqué de reconnaître un autre fait de conscience, celui qui consiste dans « la perception de la vérité ; perception irrésistible, et qui m'éclaire invinciblement³⁴⁷ », écrit Sautelet. Il s'agit de la raison, conçue comme une sorte de faculté quasi-magique permettant de percevoir immédiatement certaines idées ou certains axiomes. Cette raison va ensuite jouer un rôle essentiel dans leur théorie politique et juridique. D'après le juriste éclectique, l'observation de l'auteur des *Préliminaires* serait donc « exclusive, et par-là fausse³⁴⁸ ». Dans ses *Leçons* parues la même année que la recension de Sautelet, Rey consacre alors quelques développements à la notion de personnalité, ce qui suggère qu'il n'est pas ignorant de telles critiques³⁴⁹. Il s'attaque encore à diverses reprises à la notion de libre-arbitre ainsi qu'à l'idée que les éclectiques se font de la raison³⁵⁰. Nous y reviendrons, mais il importe de signaler d'emblée cette tension, car c'est en connaissance des obstacles qu'il a à affronter que Rey maintient son adhésion à l'épistémologie

344 *Thémis*, t. 2, p. 63-76.

345 *TPGD*, p. 17 en note. L'expression de « machine » pour qualifier l'homme revient aussi plusieurs fois dans *DBOS* (*DBOS*, t. 1, p. 30, 53, 178 et 347, et *DBOS*, t. 2, p. 5 et 378). Il faut noter qu'on ne trouve aucune référence à LA METTRIE chez REY, ni dans ses publications, ni dans ses papiers personnels.

346 *Thémis*, t. 2, p. 64.

347 *Ibid.*, p. 64.

348 *Ibid.*, p. 64.

349 Les mêmes développements se retrouvent également dans *TPGD*, p. 84-85. Les passages sur la notion de personnalité ne doivent toutefois pas être compris comme une simple réponse aux éclectiques. Elle revêt en effet une réelle utilité pour REY, qui la mobilise afin de conceptualiser les notions de propriété, de droit et de devoir (voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II, A et Section 3, I, A).

350 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, III et Section 2, III, B.

sensationniste et s'évertue à l'asseoir sur un socle scientifique. Joseph Rey connaissait d'ailleurs personnellement Sautet, auprès duquel il fut introduit par Cousin dans l'été 1820³⁵¹. C'est donc en toute conscience qu'il affirme de nouveau dans son *Traité*, en mobilisant le vocabulaire éclectique, que « [n]otre sensibilité est vraiment la même chose que notre *moi*, et nous n'avons pas d'autre moi que celui-là³⁵² ».

À travers l'Idéologie et le sensationnisme, c'est en fait une forme de matérialisme qui nourrit la réflexion philosophique de l'auteur sur les facultés intellectuelles et morales de l'homme.

Le terme d'Idéologie (rationnelle ou physiologique) est en effet mobilisé dans une logique de rejet de celui aujourd'hui consacré de *psychologie* et qui est alors employé par les éclectiques. Déjà refusé par les Idéologues³⁵³, le juriste réitère la condamnation car le terme de *psychologie* renvoie à *l'âme*. C'est donc une notion incertaine, mais qui évoque néanmoins « l'idée que l'âme n'est point une simple propriété de notre organisation, un principe *inhérent* à cette organisation, mais un être *indépendant*, un être *à part*, qui aurait une existence *à lui propre*, qui, avant d'être uni au corps, existerait ailleurs qu'avec ce corps, et qui s'en irait de nouveau dans un autre lieu après la dissolution du corps³⁵⁴ ». Un tel mot s'oppose à une véritable investigation scientifique puisqu'il « *préjuge vraiment* cette question » de l'origine et des mécanismes de la pensée³⁵⁵, alors que celui d'Idéologie « ne s'attache qu'à indiquer l'ordre des faits intellectuels appelés idées, sans rien préjuger sur leur principe³⁵⁶ ». Ce refus de la psychologie est également partagé par Auguste Comte, qui lui reproche entre autres de n'accorder aucune place à la physiologie³⁵⁷. L'*Encyclopédie Moderne* du magistrat Courtin définit en effet la psychologie comme la « Science de *l'âme* ou du *principe intelligent* », lequel « ne s'arrête pas à la superficie des choses », mais « s'introduit dans un monde caché que notre œil ne voit point, que notre main ne saurait toucher »³⁵⁸. Puis, identifiant ce *principe intelligent*, le *moi* et *l'homme*, l'auteur précise qu'il ne faut pas « en conclure que la psychologie est la science de ce composé de matière et de forces diverses, que le même nom

351 C'était au cours de l'été 1820, dans le cadre de la mise en place de la « conspiration » d'août 1820 (MSR, t. 1, p. 45).

352 TPGD, p. 100.

353 A. DESTUTT DE TRACY, « Mémoire sur la faculté de penser », *art. cit.*, p. 324 ; L. CLAUZADE, *L'idéologie ou la révolution de l'analyse*, *op. cit.*, p. 22 et 27.

354 TPGD, p. 17-18.

355 *Ibid.*, p. 18.

356 DBOS, t. 2, p. 37-38.

357 Auguste COMTE, *Cours de philosophie positive*, t. 1, Paris, Rouen Frères, 1830, p. 34.

358 Eustache-Marie COURTIN, *Encyclopédie Moderne, ou Dictionnaire abrégé des sciences, des lettres et des arts*, t. 19, Paris, Au Bureau de l'Encyclopédie, 1830, p. 335.

d'*homme* sert à distinguer des autres êtres organisés. Il y a dans ce composé deux choses distinctes : l'*homme* proprement dit, et l'*animal*. La physiologie étudie l'*animal* ; la psychologie, l'*homme*³⁵⁹ ». Or, pour les Idéologues, l'analyse de l'entendement doit être assise sur celle des sensations, de l'organisation biologique et donc du physique. À ce titre, elle n'est qu'une partie de la zoologie³⁶⁰, alors que la psychologie constitue à bien des égards une négation des *rapports du physique et du moral*. C'est pourquoi Rey préfère résolument le terme d'Idéologie, qui n'exclut pas l'étude du corps humain. Il entend ainsi se démarquer de tous les « métaphysiciens et psychologues » anciens ou modernes, « qu'on peut » toujours, selon lui, « opposer à l'école idéologique »³⁶¹.

L'Idéologie, telle que l'entend Tracy, se subdivise en fait en deux branches principales : Idéologie rationnelle et Idéologie physiologique³⁶². Le principe de la sensation est commun aux deux, mais chacune a aussi un objet propre. L'Idéologie rationnelle se limite à l'observation des effets des facultés intellectuelles, sans prendre en compte les causes de ces facultés, lesquelles sont l'objet de l'Idéologie physiologique³⁶³. La première était du ressort de Tracy, tandis que la seconde revenait au médecin Cabanis. Dans les faits, Tracy prêtera de plus en plus d'intérêt à la partie physiologique, de sorte que ce seront « les observations de Cabanis qui donneront à l'Idéologie rationnelle l'assise expérimentale qui faisait défaut à Condillac³⁶⁴ ». Rey quant à lui, tout en partant d'une approche rationnelle à l'instar de Tracy, va également porter de plus en plus d'intérêt aux mécanismes physiologiques de la pensée.

La philosophie sensationniste de Rey le conduit ainsi à voir dans la physiologie une science fondamentale. Une théorie de la connaissance qui se fonde essentiellement sur les sensations ne saurait effectivement se passer de l'étude du corps humain et de son système nerveux. Et c'est à partir de là que pourront être pensées les bases de la morale et du droit. Une telle approche implique en effet que l'ensemble des idées, des concepts, mais aussi des valeurs et des normes, ne peuvent être que le produit du jeu de nos organes affectés sensiblement. La connaissance de l'homme moral suppose donc préalablement la connaissance de l'homme physique. Or, déplore Rey, toute l'histoire de l'étude des facultés intellectuelles et morales est marquée par le refus d'étudier l'organisation biologique de l'homme :

« On a cru [...] long-temps pouvoir étudier l'homme *moral* indépendamment de l'homme

359 *Ibid.*, p. 336.

360 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'Idéologie, I, Idéologie proprement dite*, 3^e éd., Paris Veuve Courcier, 1817, p. xiii.

361 DBOS, t. 2, p. 95.

362 A. DESTUTT DE TRACY, « Mémoire sur la faculté de penser », *art. cit.*, p. 344.

363 L. CLAUZADE, *L'idéologie ou la révolution de l'analyse*, *op. cit.*, p. 30.

364 *Ibid.*, p. 136.

physique, et c'est à peine de nos jours qu'on est arrivé à cette idée si simple que l'on ne peut étudier avec fruit notre intelligence sans avoir des notions justes sur les organes qui en sont le siège, et sur les principaux phénomènes de notre existence organique. Cabanis, médecin et philosophe tout à la fois, [...] a le premier fait voir toute l'importance de cette étude simultanée. Il a démontré [...] combien l'histoire de nos facultés morales sera toujours insuffisante et fautive tant qu'elle ne sera point basée sur la *physiologie*.³⁶⁵ »

Mort trop tôt, Cabanis, qui regrettait également cette séparation³⁶⁶, n'a cependant pas donné à la science « un système complet, un corps entier de doctrine » ; il n'est que « le précurseur de l'idéologie physiologique »³⁶⁷. Il convient donc de poursuivre les recherches en *Idéologie physiologique* et d'en livrer les résultats à la méditation des moralistes et des législateurs.

C'est à la réalisation de cette synthèse que Rey s'est attelé pendant plusieurs années, en compulsant les travaux concernant l'organisation biologique du corps humain : Gall, Pinel, Adelon et les plus de 2000 pages de sa *Physiologie de l'homme*³⁶⁸, mais aussi Broussais, ou encore le relativement méconnu Dutrochet³⁶⁹. Rey en livre le résultat en 1836 dans ses *Bases de l'ordre social*. Ce travail, écrit-il dans ses Mémoires, est le plus important de sa vie, « puisqu'il s'agit de déterminer d'une manière vraiment scientifique, c'est-à-dire, en s'appuyant sur des faits avérés, et non sur de simples hypothèses, quels sont les véritables besoins de l'homme, et quels principes doivent éclairer les moyens de satisfaire ces besoins³⁷⁰ ». Tel est le préalable indispensable à toute détermination du droit, puisque le droit est tout ce qu'« il convient d'exiger pour notre bonheur³⁷¹ ». Le terme de physiologie laisse alors place à celui d'anthropologie ou anthropobiologie, dans un souci d'exactitude sémantique. « Toute science se réduit à une langue bien faite³⁷² », écrivait Tracy. Rey explique pour sa part que les raisons de cette substitution lexicale sont d'ordre étymologique³⁷³.

Des *Bases de l'ordre social* est composé de deux tomes : le premier est consacré à

365 JGLJ, t. 1, p. 3-4 ; TPGD, p. 10.

366 « [D]epuis qu'on a jugé convenable de tracer une ligne de séparation entre l'étude de l'homme physique, et celle de l'homme moral, les principes relatifs à cette dernière étude, se sont trouvés nécessairement obscurcis par le vague des hypothèses métaphysiques » (Pierre Jean Georges CABANIS, *Préface des rapports du physique et du moral*, cité dans L. CLAUZADE, *L'idéologie ou la révolution de l'analyse*, *op. cit.*, p. 67).

367 JGLJ, t. 1, p. 4 ; TPGD, p. 10.

368 Nicolas-Philibert ADELON, *Physiologie de l'homme*, 2^e éd., Paris, Compère Jeune, 1829, 4 t.

369 Jacques BOLARD, « L'osmose et la vie selon Dutrochet », *Bibnum*, Sciences de la vie, [En ligne : <http://journals.openedition.org/bibnum/508>], consulté le 18.12.2018].

370 MSR, t. 2, p. 29.

371 TPGD, p. 202.

372 A. DESTUTT DE TRACY, « Mémoire sur la faculté de penser », *art. cit.*, p. 326.

373 Ce sont les physiologistes allemands et BLAINVILLE après eux qui l'y ont déterminé par des considérations étymologiques. En effet, dans le terme physiologie, précise REY, « la racine grecque de la première partie signifie la *nature en général* », alors qu'il est ici question de la vie, ce que rend mieux le terme de biologie (*Pétition*, p. 123-124). REY signifie-t-il par là qu'il classe BLAINVILLE parmi les physiologistes, alors même qu'il en exclut GALL ? (voir L. CLAUZADE, « La théorie cérébrale d'un naturaliste spiritualiste, Henri-Marie Ducrotay de Blainville », *Revue d'histoire des sciences*, t. 65, n° 2, 2012, p. 237-257).

l'« Exposition des principes généraux de L'ANTROPOBIOLOGIE dans ses rapports avec la théorie de l'ordre social³⁷⁴ » ; le second s'emploie à poser les principes fondamentaux de l'Idéologie, de la phrénologie (terme censé remplacer celui de morale) et de la praxéologie (économie). On peut noter que Rey prend soin de choisir un nouveau vocable pour exposer ses idées, ce qui s'explique par une volonté d'éviter de recourir à des expressions déjà galvaudées. Il s'agit toujours de jouer sur les affects et la sensibilité de son lectorat, comme lorsque l'auteur module la typographie. Le premier tome s'intéresse à l'étude du système nerveux, du système locomoteur, au sommeil, aux différences entre les individus liées à divers critères, aux traits distinctifs de l'espèce humaine, au principe vital et enfin au plaisir et à la douleur. On y retrouve des thèmes très similaires à ceux développés par Cabanis dans ses douze mémoires sur les *Rapports du physique et du moral de l'homme*. Ce premier tome apparaît comme une tentative pour fixer l'état d'avancement de la physiologie et prouver toujours plus positivement les principes de base de l'épistémologie et de la morale sensationnistes ou idéologiques, qui sont développés dans le second tome. Cela sert également à justifier son approche du droit et des questions d'organisation politique et sociale. Rey prévoyait en effet, en vue d'une seconde édition de ses *Bases*, de sous-titrer l'ouvrage « ou Fondements du droit et de la législation³⁷⁵ ».

Dans son *Traité*, Rey s'interrogeait déjà sur « les organes » de la « sensibilité », sur « les agens de nos sensations », et trouvait la réponse dans les « idées fondamentales de la physiologie »³⁷⁶, « science d'observation de *tous* les phénomènes de la machine humaine³⁷⁷ ». Dans ses *Bases*, l'approfondissement des principes physiologiques le conduit alors à marquer une légère distance par rapport à Tracy. Malgré toutes les qualités des *Éléments d'Idéologie*, Rey lui reconnaît le défaut de n'être pas remonté jusqu'à la physiologie³⁷⁸. L'issue de telles recherches ne change toutefois rien au fond de la théorie de la connaissance, mais en constitue seulement un prolongement et un approfondissement. L'étude du règne végétal, notamment, conduit Rey à constater que la sensation seule ne peut produire une idée, les plantes étant affectées mais non pensantes³⁷⁹. Il ajoute donc à sa théorie une nouvelle notion, celle d'aperceptibilité. Il s'agit d'une faculté propre au règne animal – elle n'est pas l'attribut exclusif de l'homme – qui vient prendre la place de ce que les spiritualistes appellent la conscience ou le sentiment³⁸⁰. Mais, alors que Jouffroy par exemple, note que « rien de ce que les sens peuvent saisir n'est perceptible à la

374 DBOS, t. 1, p. 49.

375 BMG, X. 98.

376 TPGD, p. 81.

377 *Ibid.*, p. 17.

378 DBOS, t. 2, p. 2-3.

379 DBOS, t. 1, p. 301.

380 DBOS, t. 2, p. 18.

conscience³⁸¹ », Rey définit au contraire l'aperceptibilité comme la faculté qu'ont les animaux « d'avoir conscience d'une partie des impressions faites sur eux, de cette partie d'où résultent les idées et les affections³⁸² ». Finalement, il revient à son point de départ en identifiant la sensation et son aperception, ou conscience de cette sensation, comme « un seul et même fait, dont une partie est le commencement et l'autre la fin du phénomène³⁸³ ». Dans une note en vue de la seconde édition de ses *Bases*, Rey précise que le terme idée n'a « d'autre sens que celui d'aperception d'une impression quelconque³⁸⁴ ». À partir de 1836 (en fait sans doute dès 1826, suite à la lecture de Laromiguière) et de cette *découverte* de l'aperception, Rey va alors réduire une distinction qu'il adoptait jusque-là entre sensations internes et externes. Toutes les sensations sont en fait internes car toujours *perçues de l'intérieur*³⁸⁵. Cette précision est importante car elle permet de repousser la qualification dégérandienne de matérialiste³⁸⁶. Elle offre par ailleurs la possibilité de s'exprimer de façon plus claire que ne l'ont fait Bichat ou Tracy, lorsqu'ils utilisent l'expression « sentir une sensation »³⁸⁷.

Aussi Descartes a-t-il eu raison de dire « *Je pense, donc j'existe* », quoique Rey en propose une interprétation personnelle : « Par ce peu de mots, si expressifs, n'a-t-il pas établi en effet qu'il doit suffire de constater que nous *percevons* des impressions, pour affirmer que nous sommes une faculté *percevante*, et que nous existons, au moins comme tels ?³⁸⁸ » Tracy, plus explicite encore, évoquait ce principe cartésien en écrivant que Descartes « aurait dû dire plus exactement : *Je sens, donc j'existe*³⁸⁹ ». Finalement c'est Voltaire qui, aux yeux de Rey, a la plus « profonde sagesse » lorsqu'il écrit ces mots : « Je suis corps, et je pense ; voilà tout ce que je sais »³⁹⁰.

La notion d'aperception conduit alors Joseph Rey à donner une définition de

-
- 381 T. JOUFFROY, Préface de la traduction de D. STEWART, *Esquisse de philosophie morale*, Paris, Johanneau, 1826, p. xviii.
- 382 DBOS, t. 1, p. 301.
- 383 DBOS, t. 2, p. 18.
- 384 BMG, T. 3980, liasse n° 9.
- 385 DBOS, t. 2, p. 16-17.
- 386 Pour DEGÉRANDO, les matérialistes sont ceux qui « n'admettent de réalité que dans les objets de nos sensations externes » (J.-M. DEGÉRANDO, *Histoire comparée des systèmes de philosophie*, t. 2, *op. cit.*, p. 380).
- 387 REY renvoie ici aux *Éléments d'Idéologie*, I, *Idéologie proprement dite*, *op. cit.*, p. 24 (DBOS, t. 2, p. 25-26). On trouve l'expression à d'autres reprises chez TRACY, par exemple dans son *Projet d'Éléments d'Idéologie*, Paris, Didot et Debray, 1801, p. 103. Pourtant, dans son *Mémoire sur la faculté de penser*, il identifie également penser et percevoir, et liste les « facultés de percevoir des sensations, de percevoir des souvenirs, de percevoir des rapports et de percevoir des désirs » (« Mémoire sur la faculté de penser », *art. cit.*, p. 327).
- 388 DBOS, t. 2, p. 77.
- 389 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'Idéologie*, III, *Logique*, *op. cit.*, p. 116.
- 390 VOLTAIRE cité par LAROMIGUIÈRE (*Leçons de philosophie sur les principes de l'intelligence, ou sur les causes et sur les origines des idées*, 4^e éd., Paris, Bruno-Labbe, 1826, t. 1, p. 253) et commenté en marge par REY (BMG, F. 5206, t. 1, p. 253).

l'intelligence qui la réduit à un simple résultat de notre organisation biologique, tout en insistant sur le caractère interne des sensations. Il exclut par là tous les *a priori* spiritualistes sur la nature de l'intelligence, et prévient dans le même temps une partie de leur critique.

C'est en effet avec cette nouvelle notion que Rey explique le mot *intelligence*, lequel « n'exprime que la résultante de tous les actes de notre *aperceptibilité* » dont la coordination se fait dans le cerveau, « mais que notre langage, trop accoutumé aux abstractions métaphysiques, personnifie presque toujours, en lui faisant représenter un être qui existerait à part des phénomènes »³⁹¹. Penser n'est rien d'autre qu'« UNE FONCTION DU CERVEAU, comme respirer est une fonction des poumons, comme digérer est une fonction de l'estomac³⁹² ». Aussi, à celles et ceux qui invoquent un principe entièrement distinct de la matière et des sensations, une faculté spirituelle « si supérieure, si indépendante de nos vils organes », Rey, à la suite de Cabanis³⁹³, rappelle la réalité du corps : les cauchemars liés aux digestions difficiles ou les pensées incohérentes dans la phase d'endormissement sont liés à l'affaiblissement progressif des sens³⁹⁴. Ce sont les spiritualistes et métaphysiciens de tous bords qui sont ici visés. Reformulant la conclusion de ses écrits antérieurs, l'auteur indique désormais dans ses *Bases*, « d'une part, que TOUTE notre existence INTELLECTUELLE a sa base dans la faculté que nous avons de PERCEVOIR une partie des impressions qui se font en nous, et d'autre part, que l'exercice de cette faculté, ou ce qu'on nomme L'INTELLIGENCE, est entièrement dépendant des ORGANES dans lesquels cet exercice a lieu³⁹⁵ ». Il s'agit toujours, d'après Rey, de « la fameuse proposition d'Aristote », selon laquelle *il n'est rien dans l'intelligence qui n'ait d'abord été dans les sens*³⁹⁶. L'intelligence n'est ainsi que le résultat du fonctionnement de nos organes et principalement du système nerveux, et n'a donc pas de réalité autonome en dehors du corps. Elle n'est pas cette entité spirituelle qu'évoquent les spiritualistes.

Or, Rey constate que ce type d'abstraction conduit à hypostasier des concepts tels que l'intelligence et peut par conséquent se révéler funeste si l'on en abuse. C'est ce qui a « tant nui jusqu'à présent au progrès des véritables sciences³⁹⁷ ». Ce procédé, s'il n'est pas justement apprécié, conduit à créer ce que Rey nomme des *êtres imaginaires*³⁹⁸. D'Holbach avait déjà mobilisé

391 DBOS, t. 2, p. 4.

392 *Ibid.*, p. 12.

393 Pierre-Jean-Georges CABANIS, « Septième Mémoire. De l'influence des maladies sur la formation des idées et des affections morales », *Rapports du physique et du moral de l'homme*, 3^e éd., Paris, Caille et Ravier, 1815, p. 409-471.

394 DBOS, t. 2, p. 10-11.

395 *Ibid.*, p. 12-13.

396 *Ibid.*, p. 13.

397 DBOS, t. 1, p. 251.

398 REY utilise l'expression d'« être imaginaire » ou celle d'« être d'imagination » à diverses reprises (*TPGD*, p. 100-101 ; DBOS, t. 2, p. 16, 100 et 126).

cette expression au siècle précédent. Sous la plume de l'auteur du *Système de la nature*, celle-ci revêt un sens plus restreint car elle ne vise que les divinités imaginées par les hommes. « Faute de connoître la nature », affirmait-il, les hommes ont inventé des Dieux pour s'expliquer les phénomènes naturels : « ils n'ont point vû que c'étoit dans la nature elle-même & dans ses propres forces que l'homme devoit chercher ses besoins, des remèdes contre ses peines & des moyens de se rendre heureux ; ils ont attendu ces choses de quelques êtres imaginaires »³⁹⁹. On sait que Rey a lu cet ouvrage. Ses archives comportent en effet quelques feuilles de notes de lecture où l'on voit qu'il s'intéresse à la façon dont d'Holbach critique le(s) dualisme(s)⁴⁰⁰. Joseph Rey porte en effet une attention soutenue aux passages dans lesquels le philosophe dénonce l'attitude qui consiste à chercher hors de la nature l'explication des phénomènes de ce monde. Certes, l'expression *êtres imaginaires* n'est pas retranscrite dans les notes de lecture. Il est en outre impossible de déterminer l'époque à laquelle Rey a découvert le *Système de la nature*. On sait seulement qu'il a lu l'édition londonienne de 1770, ce qui permet d'avancer l'hypothèse qu'il ait pu trouver ce syntagme chez d'Holbac. Par ailleurs, même si notre auteur adopte une conception plus large que le philosophe de ces *êtres imaginaires*, car il ne s'agit pas exclusivement des Dieux, les critiques qu'il formule le rapprochent encore de son prédécesseur.

Rey s'inquiète en effet de voir les hommes prendre ces abstractions pour des entités réelles. Cette habitude néfaste a surtout eu de dangereuses conséquences en morale et en politique, considère-t-il, car « elle a fait confondre toutes les idées » et « chercher les bases de la morale ailleurs que dans la vraie nature de l'homme »⁴⁰¹. C'est elle qui « a enfanté l'intolérance politique et religieuse, qui, partout où elle a cessé d'être violente, a du moins poursuivi les hommes pensans par l'accusation d'une prétendue immoralité [...]. C'est encore là qu'on doit chercher le principe de l'accusation de démagogie, devenue si grave de nos jours, et qu'on ne cesse de diriger contre ceux qui cherchent les fondemens de la société dans les rapports naturels des hommes, et non dans des notions fantastiques et arbitraires⁴⁰² ». Aussi, quoique cette capacité d'abstraire soit à bien des égards favorable en ce qu'elle facilite les actes de l'intelligence par la création d'« idées COMPOSÉES⁴⁰³ », ou encore parce que la sociabilité humaine en dépend en

399 Paul Thiry D'HOLBACH, *Système de la nature, ou Des lois du monde physique et du monde moral*, (édition parue sous le nom de MIRABAUD) t. 1, Londres, 1770, p. 6 ; voir aussi *ibid.*, p. 185 et 295 et *ibid.*, t. 2, p. 321, 345 et 380.

400 BMG, T. 3980, liasse n° 4.

401 TPGD, p. 102.

402 *Ibid.*, p. 102.

403 DBOS, t. 2, p. 47. « [L]es deux opérations opposées, *concraine* et *abstraire*, se trouvent toujours réunies et sont nécessaires toutes deux dans la formation de toute idée *composée* quelconque ; car toutes les fois que je forme une idée nouvelle avec divers élémens pris çà et là, si je sépare chacun de ces élémens de circonstances que je néglige, parce qu'elles ne sont pas nécessaires à mon objet, si je les en *abstrais* par cette opération, je les *concrains* en même temps lorsque je les réunis pour en former l'idée nouvelle » (DBOS, t. 2, p. 42-43).

partie⁴⁰⁴, cet avantage n'existe que sous réserve de ne pas oublier que « l'opération d'abstraire nous sert à former [...] des groupes d'idées dont le modèle n'existe dans aucun objet déterminé⁴⁰⁵ ». Le décryptage des mécanismes de l'intelligence conduit ainsi le philosophe à se situer au carrefour du nominalisme et du conceptualisme, dans un rejet total du réalisme. En effet, explique-t-il à la suite de Locke ou de Bentham⁴⁰⁶, « une rose en général, abstraction faite des circonstances particulières qui distinguent chacun de ces individus roses, une telle idée de rose, dans son ensemble, n'existe que dans notre esprit⁴⁰⁷ ». Il en va de même des qualités et des valeurs. L'erreur consiste en ce qu'après avoir senti que différentes choses nous font, par exemple, du bien, « nous extrayons l'idée de bonté, et nous employons cette idée comme si c'était une chose qui existât indépendamment des êtres dans lesquels elle se trouve⁴⁰⁸ ». Cela s'applique pareillement, poursuit Rey, aux notions d'utilité ou de beauté. L'esprit lui-même, d'ailleurs, n'est pas une entité, ainsi que le pensent les spiritualistes, mais seulement « une simple faculté de nos organes⁴⁰⁹ », à l'instar de la digestion. La formation de toute idée composée répond ici à un procédé que l'on peut qualifier de mathématique : « il ne s'agit jamais que de percevoir des impressions simples, d'observer des rapports, de les ajouter, de les retrancher, de les réunir, de les diviser, et d'en former de nouveaux groupes⁴¹⁰ ». De plus, le juriste note que ces concepts ou idées composées n'ont jamais, ou alors très rarement, la même résonance dans l'esprit de deux individus. L'analyse de la formation des idées est donc fondamentale puisque, en fin de compte, les qualités et les valeurs elles-mêmes ne sont que des idées abstraites, qui peuvent mériter d'être réinterrogées au prisme de l'expérience sensible pour en sonder les origines et en apprécier le bien-fondé. Nous verrons ainsi que Rey, lorsqu'il aborde les concepts juridiques, porte un intérêt soutenu à la détermination de l'origine des idées, telles que celles de droit, de devoirs⁴¹¹ ou de propriété⁴¹² notamment.

Par conséquent, loin de conclure de l'épistémologie sensationniste que toute idée perçue est le miroir de la réalité, Rey entend au contraire mettre en lumière le mécanisme de l'erreur. C'est ce qu'il fait déjà dans son *Traité*, où il reprend de Tracy « qu'aucune de nos sensations, prise isolément, n'est susceptible d'erreur ; car il est toujours certain que nous les éprouvons telles que nous en

404 DBOS, t. 1, p. 252.

405 DBOS, t. 2, p. 40.

406 Emmanuelle DE CHAMPS, « La déontologie politique » ou la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham, Genève, Droz, 2008, p. 65 et s.

407 DBOS, t. 2, p. 40-41.

408 *Ibid.*, p. 42.

409 BMG, F. 5364, p. 103.

410 DBOS, t. 2, p. 47.

411 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II, A.

412 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 3, I, A.

avons la conscience immédiate⁴¹³ ». En revanche, c'est par la comparaison de plusieurs sensations isolées, que nous jugeons comme identiques, que l'erreur devient possible. Ce ne sont donc pas les sensations simples qui nous égarent : « ce qui est faux, ce sont les *jugemens* que nous portons sur leurs rapports⁴¹⁴ ». Sont ici visés Cousin⁴¹⁵, Jouffroy⁴¹⁶ et tous les philosophes ou juristes spiritualistes⁴¹⁷. Et Rey de considérer « qu'il n'existe dans le fait d'autre certitude et d'autre erreur que la certitude et l'erreur *logiques*, c'est-à-dire la certitude ou l'erreur qui se démontrent par l'exercice légitime du *raisonnement*⁴¹⁸ ». Il formule alors la condition du raisonnement *légitime* : « DANS TOUTES LES IDÉES COMPLEXES, nous devons toujours examiner avec le dernier scrupule SI TOUS NOS SOUVENIRS SONT EXACTS, ou, en d'autres termes, si les élémens ACTUELS de cette idée complexe SONT VRAIMENT TOUS LES MÊMES QUE CEUX DE TELLE AUTRE IDÉE ANTÉRIEURE, que nous croyons être parfaitement semblable à cette idée dont il s'agit de connaître la justesse⁴¹⁹ ». Dans ses *Bases*, Rey reproduit le même type d'explication du mécanisme de l'erreur. Il ajoute toutefois des développements sur les différentes causes d'erreurs : faillibilité de la mémoire, multiplication du nombre d'idées complexes, imperfection des langues permettant de fixer la pensée, etc⁴²⁰.

Joseph Rey note enfin, à la suite de Tracy⁴²¹, qu'un grand nombre des idées composées sont reçues toutes faites par l'individu, qu'il ne les forme pas lui-même sur la base d'une comparaison de ses sensations. Elles lui sont transmises par les mots, par les langues, et l'opération nécessaire à leur formation « est souvent restée incomplète ; de là bien des erreurs, bien des fausses liaisons⁴²² ». Ceci n'a rien de surprenant puisque dès la première enfance « nous mettons dans nos têtes la plus grande partie des idées qui ont été créées depuis l'origine du genre humain⁴²³ ». Or, ces idées reçues présentent toujours le risque d'être prises pour des êtres réels alors qu'elles ne sont que des êtres d'imagination. Aussi, bien que l'apprentissage des langues et du vocabulaire soit nécessaire, un bon système d'éducation gagnerait à faire également intervenir

413 TPGD, p. 86.

414 *Ibid.*, p. 87.

415 Lorsque COUSIN écrit qu'il faut « se séparer de ce monde extérieur » pour parvenir à la certitude (*Fragmens philosophiques*, *op. cit.*, p. 298-299), REY indique en note : « À citer et à combattre à propos de ce que je dis que nos sensations, loin d'être une source d'erreurs, sont le seul moyen de les rectifier. C'est cet isolement du monde extérieur, cette concentration trop grande en vous-mêmes, qui vous fait déraisonner, qui vous exalte l'imagination, et vous prive des moyens de rectifier vos rêveries » (BMG, F. 5194, p. 298-299).

416 BMG, F. 5370, p. xvi.

417 PORTETS parle ainsi des « illusions des sens » (*Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 38).

418 TPGD, p. 87.

419 *Ibid.*, p. 89.

420 DBOS, t. 2, Première partie, Chapitre V : « De ce qui constitue pour nous la *certitude* ou les idées de *vérité* et d'*erreur* », p. 77 et s.

421 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'Idéologie*, I, *Idéologie proprement dite*, *op. cit.*, p. 105-106.

422 DBOS, t. 2, p. 48.

423 *Ibid.*, p. 48.

l'analyse et non à se borner à la présentation de la synthèse⁴²⁴. Cela est d'autant plus indispensable lorsque l'on sait l'importance que Rey attribue aux idées dans la marche du monde.

Une telle approche de l'intelligence humaine, bien qu'elle ait quelques partisans, fait alors l'objet d'un rejet massif dans la France du XIX^e siècle. On lui reproche de tout rapporter aux sensations et à un mécanisme physique. Par là, elle mutilerait l'esprit humain⁴²⁵. Face à cette théorie physiologique de l'intellect, on trouve une doctrine spiritualiste à plusieurs visages, mais dont tous renvoient au même fonds d'idées : à savoir, l'existence d'un principe qui ne se résout pas dans la matière et permet d'acquérir avec certitude certaines vérités qui ne se découvrent pas à l'occasion de la sensation, ou qui se découvrent à cette occasion, mais grâce à l'intervention d'un instrument supérieur – et immatériel, il va sans dire. Réduire la pensée à la matière, l'âme au corps, reviendrait à dégrader la nature humaine, à mépriser sa dignité, à nier sa destination divine... en bref, à réduire l'homme à l'animal. Pire encore sont, pour les contempteurs du sensationnisme, les conséquences morales d'une telle anthropologie. Si l'on suit certains penseurs de l'époque, tout le mal vient du corps, de la matière⁴²⁶. C'est ainsi sur un arrière-fond chrétien encore très marqué que l'anathème est lancé contre toute doctrine à tendance matérialiste⁴²⁷.

Rey ne revendique donc jamais franchement une position radicalement matérialiste, et prétend même, dans ses *Bases*, qu'il n'existe aucun matérialisme rigide, mais plutôt une forme de spirituo-matérialisme. « Je dis les *spirituo*-matérialistes, précise-t-il, car, à bien prendre, la plupart de ceux qu'on a nommés matérialistes n'ont pas nié qu'à ce qu'on appelle matière, dans les corps *animés*, ne fût attaché un principe *vivifiant tout particulier*, un *esprit* ou une *âme*, n'importe le nom ; mais seulement ils soutiennent que ce principe est *intimement lié* à cette matière.⁴²⁸ » S'il y a une part de compromis dans cette assertion, Rey considère également qu'il y aurait un manque de rigueur à nier tout bonnement l'immatérialité. Il suffit de dire que celle-ci n'est pas constatée⁴²⁹. Il faut cependant rapporter une note manuscrite qui témoigne de l'absence de volonté de faire des recherches dans cette direction. Rey y indique, à l'attention des spiritualistes, que « l'existence d'un être à part de l'organisation, ou qui n'en soit pas le résultat, n'est pas prouvée. On ne peut même en concevoir l'idée, et ce qu'on ne peut concevoir ne peut même être l'objet d'une

424 J. REY, *De la méthode Jacotot*, *op. cit.*, p. 16.

425 Nous avons vu que SAUTELET accuse REY de faire une analyse incomplète de l'homme. COUSIN porte la même accusation contre CONDILLAC (*Fragments philosophiques*, *op. cit.*, p. 60).

426 Ainsi de X. PORTETS qui écrit : « Tout mal, toute passion tire son origine de l'élément physique et matériel » (*Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 13).

427 J. FERRAND, « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique », *art. cit.*, n° 9.

428 DBOS, t. 2, p. 3.

429 BMG, E. 27135, p. 16.

preuve⁴³⁰ ».

Le juriste ainsi refuse toute possibilité de réflexion à partir des entités spirituelles qui abondent sous la plume de ses adversaires. Mais ne pouvant publiquement revendiquer un matérialisme radical haut et fort, il se cache le plus souvent derrière un matérialisme méthodologique :

« *je ne sais rien* absolument sur la *nature*, sur *l'essence* d'un principe quelconque des objets ou phénomènes de la création. Tout ce dont j'ai l'idée c'est de ce que nous nommons la *matière*, plus des actions *qui lui sont attachées*. Or d'après cette notion, je ne puis, il est vrai, dire que le *principe de l'intelligence*, ni celui de toute autre fonction vitale quelconque soit de la *matière* [...] ; mais je répéterai éternellement que ce principe est, quant à son aperception par nous, attaché à la matière, et que nous ne pouvons en avoir aucune espèce d'idée sans le fait de son inhérence avec elle⁴³¹ ».

Aussi, malgré la posture *spirituo-matérialiste* qu'il affecte, le refus de toute distinction entre le corps et l'esprit, l'insistance sur – voire l'intérêt exclusif pour – les sensations et le système nerveux dans l'étude des facultés intellectuelles de l'homme, le rangent pourtant résolument du côté des matérialistes. C'est encore une preuve de son adhésion à cette philosophie lorsqu'il écrit dans des *marginalia* que l'esprit, les fonctions intellectuelles « ne sont qu'une partie de la physiologie générale de notre individu [...] constitué tel qu'il est, c'est-à-dire de chair et d'os, ou autrement dit de ce qu'on appelle matière⁴³² ». Avant que Degérando (ou Villers) ne créent le néologisme français de « sensualisme », de telles pensées étaient systématiquement qualifiées de « matérialistes », du moins depuis Leibniz⁴³³.

Cette brève présentation de la théorie reyienne de la connaissance permet de prendre conscience de l'importance que porte le juriste à l'analyse des sensations dans le cadre de ses recherches sur l'organisation sociale. Ce n'est pas un intérêt anecdotique ni une simple curiosité érudite qui le conduisent à l'Idéologie et à la physiologie, mais la conviction que la connaissance de l'homme – de son organisation biologique – est absolument primordiale pour le moraliste et le législateur. Ceux-ci doivent en effet partir de ces données premières pour penser les modes d'organisation de la vie sociale. La physiologie est essentielle car elle doit permettre d'éviter les spéculations métaphysiques sur la nature de l'homme et de comprendre ses véritables besoins. Cela explique, par exemple, pourquoi Rey porte une attention plus soutenue qu'un spiritualiste aux besoins matériels des individus dans sa conception des principes sociaux et du droit. Mais avec de tels développements sur la physiologie, on comprend également que Rey ait pu faire

430 BMG, E. 27134, p. 5.

431 DBOS, t. 2, p. 21.

432 BMG, F. 5364, t. 1, p. 8.

433 P.-F. DALED, *Le matérialisme occulté, op. cit.*, p. 18.

perdre patience à certains de ses lecteurs. Il faut bien reconnaître que ses *Bases de l'ordre social* ne sont pas d'une lecture facile. Ainsi, si Auguste Comte félicite Rey pour son ouvrage⁴³⁴, les rédacteurs de la revue fouriériste *La Phalange*, pourtant largement acquis à ses idées, lui reprochent au contraire les trop longs développements sur l'anthropologie⁴³⁵. Il est vrai qu'un tel luxe de détails sur ces questions ne devait pas faciliter la réception de son propos..

C'est pourtant à partir de la connaissance du mécanisme d'acquisition des idées qu'il devient possible de déterminer la méthode à mettre en œuvre dans les travaux scientifiques. Rey la qualifie alors de méthode d'observation, la seule qui permette selon lui d'éloigner toute spéculation et toute métaphysique.

II/ UN APPARENT CONSENSUS AUTOUR DE LA MÉTHODE D'OBSERVATION

Pour les Idéologues, la méthode d'observation consiste dans l'analyse et l'observation des faits, seule bonne manière, considère Tracy, d'employer nos facultés intellectuelles⁴³⁶. Paradoxalement, cette méthode est revendiquée par presque tous les camps philosophiques – exception faite du parti théologique –, ce qui conduit à s'interroger sur les modalités et conditions de cette commune adhésion. Il existe en effet une sorte de consensus, au moins dans les termes, quant au recours à la méthode d'observation dans les sciences morales et politiques, parfois appelée méthode analytique ou encore méthode expérimentale⁴³⁷. C'est ce que remarque notamment Victor Cousin dans la préface de ses *Fragmens philosophiques*⁴³⁸. Sautelet peut ainsi commencer sa critique des *Préliminaires du droit* en annonçant que sa méthode « sera celle de M. Rey », c'est-à-dire fondée sur « l'expérience » et sur « l'analyse de l'homme »⁴³⁹. Mais cette adhésion commune à une même méthode est souvent plus artificielle que réelle. Ainsi, alors que Joseph Rey s'intéresse à l'observation fondée sur l'Idéologie et la physiologie pour l'associer à la philosophie expérimentale⁴⁴⁰, Cousin identifie à l'inverse l'observation avec la méthode

434 Peut-être parce qu'il ne l'a « point encore » lu « avec toute l'attention qu'il mérite (Lettre de Auguste COMTE à Joseph REY, 23 octobre 1836 (BMG, N. 11)).

435 *La Phalange. Journal de la science sociale*, 1ère année, t. 1, n° 29 (juin 1837), p. 933.

436 A. DESTUTT DE TRACY, « Mémoire sur la faculté de penser », *art. cit.*, p. 386.

437 Il faut toutefois noter que certains refusent cette méthode pour les sciences morales, en considérant que cela reviendrait à confondre le fait et le droit, à faire « dépendre la justice et le droit du fait » (H. TOROMBERT, *Principes du droit politique*, *op. cit.*, p. 10-11).

438 V. COUSIN, *Fragmens philosophiques*, *op. cit.*, p. v-viii.

439 A. SAULET, « Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey », *art. cit.*, p. 63.

440 TPGD, p. 37-38.

psychologique⁴⁴¹. C'est en effet dans la lignée de l'Idéologue Tracy que Rey entend poser les conditions d'une rigoureuse analyse, laquelle, comme le note Laurent Clauzade, est comprise « non seulement comme la méthode générale pour l'établissement de la vérité, mais aussi comme identique à la marche effective de l'esprit⁴⁴² ».

Établir la vérité grâce à une bonne méthode est le but des différents penseurs qui espèrent ainsi donner une légitimité scientifique à leurs publications. En exposant sa méthode au public, il s'agit de signaler le caractère scientifique de ses propres théories et, par conséquent, les faiblesses de celles qui s'en distinguent. La finalité de telles présentations ne tient donc pas seulement à une volonté d'expliciter sa démarche scientifique. On y devine un objectif sous-jacent : légitimer le savoir présenté, voire même revendiquer l'exclusivité du savoir scientifique et prétendre ainsi à une certaine forme d'autorité. Il y a plus encore lorsque la méthode en question affirme reposer sur l'observation des faits, se voulant seulement descriptive. Il convient d'abord de remarquer, comme le signale Michel Mialle, que les scientifiques vont toujours rencontrer « la réalité » avec une « information »⁴⁴³. Aussi considère-t-il que c'est « une idée bien fautive de croire que l'observation est source de découverte. On ne découvre que ce que l'on était prêt intellectuellement à découvrir⁴⁴⁴ ». « Aucun fait, ajoute-t-il, ne s'impose par lui-même ; c'est le chercheur ou la chercheuse qui, avec un ensemble de précautions scientifiques, construit, reconstruit intellectuellement les faits et en propose une explication.⁴⁴⁵ » En effet, il est certain, pour ce qui nous intéresse, que les « faits » observés par Joseph Rey et ceux observés par l'école éclectique ne sont pas les mêmes. De plus, il faut bien reconnaître avec Julien George que, « dans les sciences humaines et sociales dont le savoir juridique fait partie, le descriptif est toujours déjà du normatif, explicitement ou implicitement⁴⁴⁶ ». Si Rey propose dans toutes ses publications des développements méthodologiques, ce n'est donc pas seulement pour faire science, mais parce que faire science revient à faire autorité.

Dans une petite brochure de 1818, Rey parlait déjà d'une « juste observation des faits » comme « devant fonder toute bonne méthode »⁴⁴⁷. Mais c'est surtout à partir du *Traité des principes généraux du droit* qu'il consacre des développements étendus à ce sujet. À cette occasion, il se

441 J.-P. COTTEN, « Spinoza et Victor Cousin », *Spinoza au XIX^e siècle*, op. cit.

442 L. CLAUZADE, *L'idéologie ou la révolution de l'analyse*, op. cit., p. 214.

443 M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, op. cit., p. 29.

444 *Ibid.*, p. 29.

445 *Ibid.*, p. 339.

446 J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique*, op. cit., p. 6. Voir également Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, op. cit., p. 39-43 pour une critique de la méthode empirique dans la recherche en droit.

447 J. REY, *Quelques vues sur l'équilibre politique des nations et de l'Europe en particulier*, Paris, L'Huillier, 1818, p. 3.

réfère presque essentiellement à Charles Comte, « le premier qui ait insisté d'une manière formelle sur l'application de la méthode d'observation à la science du droit⁴⁴⁸ ». Ce dernier est un journaliste, avocat libéral et juriste français. Entre 1826 et 1827, il publie un *Traité de législation* en quatre volumes dans lequel il précise les conditions de ce qu'il nomme la méthode *analytique* « appliquée aux sciences de la législation et de la morale⁴⁴⁹ ». Rey possédait ces ouvrages et il a procédé à une lecture particulièrement attentive du premier des quatre tomes. On trouve en effet dans l'exemplaire qui est le sien de nombreuses notes manuscrites marginales. Dans son *Traité des Principes généraux du droit*, il cite alors presque intégralement les pages 1 à 25 du premier volume, dans lesquelles Comte explicite les conditions de la méthode analytique. Ce dernier part du constat que cette méthode est celle qui a le plus contribué aux progrès des sciences naturelles, de l'économie politique ou encore de l'étude de l'entendement. Il remarque pourtant qu'elle est généralement dédaignée en morale et en législation, que ce soit par les théologiens, par certains philosophes ou par la plupart des jurisconsultes. Or, « [i]l n'y a qu'une seule manière d'arriver à la connaissance de la vérité, écrit le publiciste, c'est l'observation des faits⁴⁵⁰ », peu importe que l'on soit botaniste, anatomiste ou moraliste :

« Tous décrivent les choses ou les phénomènes qu'ils ont sous les yeux ; la méthode est la même [...]. Si les descriptions qu'ils nous donnent sont exactes et complètes, ils forment véritablement des sciences ; si, au lieu de décrire des faits, il nous donnent des suppositions ou des hypothèses ; si, au lieu de nous faire connaître simplement ce que les choses sont et ce qu'elles produisent, ils cherchent à nous inspirer de l'affection ou de l'éloignement pour telle chose, telle forme particulière ou tel genre d'actions, on ne peut plus les considérer comme des hommes qui étudient une science, et qui veulent lui faire faire des progrès.⁴⁵¹ »

Comte partage ainsi avec Rey l'exigence d'une certaine neutralité du savant, dans le sens où ses convictions ou préférences personnelles n'ont pas à intervenir dans le domaine de la recherche. Il s'agit donc de procéder sur la seule base de l'observation des faits, sans aucun système arrêté d'avance, sans aucun principe antérieur à l'examen.

Sur ce point, Joseph Rey rejoint intégralement Charles Comte et cela s'inscrit parfaitement dans sa théorie sensationniste de la connaissance. Si l'homme n'a d'autre moyen de connaître les objets qui l'entourent que par l'exercice de ses sens, rien ne préexistant aux perceptions, c'est seulement à partir de l'observation des faits qu'il peut acquérir ou produire une connaissance véritable, certaine. Il ne doit se fonder sur aucune idée qu'il aurait admise *a priori*,

448 TPGD, p. 52-53.

449 C'est le titre du Livre Premier : « De la méthode analytique appliquée aux sciences de la législation et de la morale, et des divers systèmes sur lesquels on a cherché à fonder ces deux sciences » (C. COMTE, *Traité de législation ou Exposition des lois générales suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent ou restent stationnaires*, t. 1, Paris, Sautélet, 1826).

450 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 11.

451 *Ibid.*, p. 11-12 ; cité dans TPGD, p. 62. Le passage relatif au fait de chercher à inspirer de l'affection ou de l'éloignement n'est pas entièrement admis par REY, ainsi que les développements suivants le signaleront.

sur aucun système préétabli, mais procéder à des séries d'observations et d'expériences, afin de voir les objets soumis à l'analyse dans le détail et sans filtre. Cela « consiste à ne jamais admettre comme principe aucune proposition qui ne soit déduite rigoureusement de l'observation des faits⁴⁵² ». Il faut donc partir du particulier avant d'arriver au général, de l'observation d'une rose pour aboutir à l'idée générale de rose ; ce qui revient aussi à remettre en cause la logique aristotélicienne qui entend partir du général pour penser le particulier⁴⁵³.

Le recours à cette méthode emporte d'importantes conséquences sur la conception du droit. Bien que Joseph Rey se sépare de Charles Comte en greffant une axiologie particulière à la méthode analytique, ils adoptent néanmoins tous deux une approche de la loi qui présente quelques analogies. Si les lois positives peuvent bien entendu s'apprécier comme des faits observables, tous deux pensent qu'elles ne constituent pas les données premières sur lesquelles peut se construire une théorie juridique. Appliquée à la science juridique, la méthode d'observation telle que conçue par Rey ou Comte suppose l'existence de lois qui ne sont pas produites par le législateur, mais qui sont pensées comme des sortes de régularités qu'il doit s'agir de découvrir par l'observation. C'est bien ce qu'exprime le sous-titre du *Traité* de Comte (*exposition des lois générales suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent ou restent stationnaires*). Il s'agit donc de décrire les lois qui existent dans le monde moral comme dans le monde physique : d'observer les faits et d'analyser leurs causes et leurs effets, afin de déterminer certaines régularités. Les sciences morales et politiques sont ainsi envisagées d'après une épistémologie (au sens contemporain du terme) descriptiviste⁴⁵⁴, mais un descriptivisme qui n'est pas celui des

452 *Ma biographie morale et politique*, p. 35.

453 En effet, écrit REY, « quand on croit qu'aucune proposition ne peut se prouver que par une proposition plus générale, il s'ensuit que les plus générales de toutes sont NÉCESSAIREMENT DÉNUÉES DE PREUVES » (*DBOS*, t. 2, p. 119).

454 Albane GESLIN à partir des travaux de J.-L. LE MOIGNE, définit l'épistémologie descriptiviste comme suit : « À la question de savoir ce qu'il y a à connaître (question gnoséologique), les épistémologies descriptivistes répondent en prenant appui sur une double hypothèse, ontologique et déterministe : d'une part, l'objet préexiste à celui qui le pense ; la discipline scientifique a donc pour mission de décrire et expliquer "un morceau de réalité objective" ; d'autre part, la réalité est animée d'une forme de détermination interne, dont la forme la plus familière au chercheur est le causalisme ; en d'autres termes, "la réalité connaissable a un sens en elle-même, sens qui ne dépend pas nécessairement des préférences personnelles des observateurs modélisateurs, qui s'efforcent de l'enregistrer sous forme de détermination (qu'elles soient lois, principes, causes, conjonctures ou théories)" » (Albane GESLIN, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in Bertrand SERGUES, *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, L.G.D.J., Lextenso éditions, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2016, <halshs-01228870>). Il convient de préciser ce qui distingue ici REY et COMTE de la doctrine positiviste actuelle qui se réclame du descriptivisme. Alors que les positivistes ont pour seul objet de décrire la loi positive, légiférée, les deux juristes vont observer des régularités présentes dans la nature, qui tiennent lieu de lois, et qui peuvent donc être en opposition avec les textes législatifs. Encore développeront-ils des conceptions somme toute largement différentes des lois (voir *infra*. Partie 2, Chapitre 2, Section 1, II, B, 1).

juristes positivistes. Dans ses *Mémoires*, notre auteur revient sur le travail préparatoire du *Traité* et des *Bases*. Il se dit alors

« convaincu intimement que, dans les sciences morales, aussi bien que dans les sciences physiques, il n'y a qu'une seule bonne méthode pour en asseoir avec certitude les éléments, celle qui consiste, d'abord à bien en constater les faits, ainsi que leurs véritables causes et leurs véritables conséquences, puis, alors seulement, à déduire les principes généraux dont l'ensemble coordonné constitue ce que l'on nomme une théorie⁴⁵⁵ ».

Il s'agit donc de fonder le droit et la législation sur l'observation de l'homme, en commençant par les lois de son organisation physiologique, et en poursuivant par celles du fonctionnement des sociétés humaines. C'est seulement en partant de l'observation de ces lois de la nature auxquelles les hommes sont soumis qu'il sera possible de déterminer leurs droits et leurs devoirs⁴⁵⁶, et d'élaborer par conséquent des lois positives vraiment conformes à la nature humaine, autrement dit vraiment scientifiques.

Quoique certains considèrent que chaque époque a produit la méthode qui lui convenait⁴⁵⁷, Rey comme Comte soutiennent que l'observation est universellement et de tout temps la seule convenable. C'est elle que les Bacon, Locke ou Condillac, en « repoussant la lueur trompeuse de l'imagination », ont mise en œuvre⁴⁵⁸. Rey qualifie également la méthode d'observation de « méthode positive », pour l'opposer à ce qu'il nomme la « méthode imaginative »⁴⁵⁹ ou « méthode a priori »⁴⁶⁰. Or, le juriste constate justement une réaction récente contre sa méthode et la philosophie empirique/expérimentale qui en est le corollaire : « on délaissa la vraie philosophie pour retourner à une vaine et obscure métaphysique⁴⁶¹ », écrit-il en 1828. Cela n'altère pourtant pas son optimisme, qui se fait parfois même prophétique. Malgré la réaction, il pense en effet que

« les vérités encore contestées finiront par devenir inébranlables, comme tant d'autres longtemps méconnues et enfin généralement consacrées. Un jour viendra, n'en doutons pas, où l'on aura peine à concevoir qu'on ait pu les combattre. Nos neveux croiront à peine que l'erreur ait pu jouir d'un triomphe aussi constant, aussi universel. Oui, j'ose en croire un pressentiment qui ne peut m'égarer : ce pressentiment consolateur me découvre l'avenir, je vois à grand pas s'avancer

455 MSR, t. 2, p. 29.

456 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, B.

457 REY vise ici les « écrivains du *Producteur* », c'est-à-dire les saints-simoniens (TPGD, p. 52).

458 TPGD, p. 27.

459 *Ma biographie morale et politique*, p. 35-36.

460 Cette méthode « consiste à s'emparer arbitrairement de tel ou tel principe, qu'on suppose, ou prouvé de toute éternité, ou bien non susceptible de l'être, mais néanmoins incontestable, ou bien encore au-dessus de tout examen, comme émanant d'une autorité supérieure, et sur lequel on construit tout un système, sans s'embarrasser d'établir si vraiment ce principe est assis sur de véritables bases » (DBOS, t. 2, p. 113).

461 TPGD, p. 28.

l'ère définitive de la vérité⁴⁶² ».

L'emploi d'une bonne méthode peut seul assurer « la véritable valeur des jugements qu'on porte sur le fond des choses⁴⁶³ » et Rey est persuadé que la méthode d'observation finira par faire briller l'éclat d'une vérité que nul ne pourra plus contester. C'est ici que notre auteur se sépare de Comte quant aux implications d'une telle méthode. S'il s'agit avant tout de bien observer pour bien décrire, Rey y joint également une approche normative.

Le rédacteur du *Censeur* considère que la science de la législation, conçue selon la méthode analytique, « n'a besoin ni d'imposer des devoirs, ni même de tracer des règles de conduite⁴⁶⁴ ». Selon lui, il faut se contenter d'analyser les lois et de les décrire, sans les juger ni imposer une marche au législateur. Rey n'est pas de cet avis. Il commente en marge de la publication de Comte : « Tout traité qui ne donne pas des règles n'est pas complet ; ce n'est qu'un préliminaire⁴⁶⁵ ». Et même les *Préliminaires* de Rey s'aventurent déjà à imposer des devoirs au législateur en énumérant les caractères essentiels de la loi. Pour faire un traité complet de la science de la législation selon la méthode d'observation, il faut donc faire remarquer « et les véritables *principes* de la science des lois, et les véritables *devoirs* de ceux qui sont chargés de les faire, de les appliquer, ou de les interpréter, et les *règles* les plus sûres pour arriver d'une manière convenable au but de la société⁴⁶⁶ ». Pour Joseph Rey, la science d'observation des faits positifs ne se conçoit pas sans une axiologie qui permet alors d'apprécier la conformité des faits à une valeur centrale : le bonheur, le plaisir ou l'utile⁴⁶⁷. En fait, il faut bien faire remarquer que la différence entre les deux juristes n'est pas si fondamentale que ça quant à la question des valeurs. Si Comte refuse de poser des règles ou des devoirs, c'est simplement parce qu'il considère que montrer les résultats, bons ou mauvais, d'une action, conduit nécessairement les individus à la désirer ou à la rejeter⁴⁶⁸. Rey pense de même. Il va seulement plus loin que Comte en considérant qu'il est du devoir de l'homme d'accomplir les actions propres à lui procurer du plaisir. Maximiser son plaisir est en effet un devoir pour tout animal sensible, car cela est conforme aux lois de son organisation. De même, la société ayant un but précis – lui aussi déterminé grâce à cette méthode –, Rey n'admet pas que l'on puisse simplement décrire les lois de son fonctionnement, sans porter dans le même temps un jugement sur la conformité de ces lois au but social. C'est ici que se séparent les deux juristes : Comte doute du volontarisme législatif. Selon lui, le législateur doit se contenter de décrire les régularités qu'il observe, de traduire les faits en mots. C'est plus en

462 *Ibid.*, p. 28-29.

463 *Ma biographie morale et politique*, p. 37.

464 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 258.

465 BMG, F. 11454, t. 1, p. xii.

466 TPGD, p. 75.

467 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, II, A.

468 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 56-57.

sociologue qu'en juriste qu'il envisage les lois. Si le texte (de loi) élaboré ne décrit pas le réel, mais exprime une volonté, alors ce n'est pas, à proprement parler, une loi. La volonté du législateur exprimée dans un texte apparaît inapte à modifier le réel par elle-seule⁴⁶⁹. Chez Rey au contraire, la loi se révèle comme l'instrument adéquat, si ce n'est même idéal, pour agir sur le monde et modifier la conduite des hommes et l'organisation de la société. Nous verrons que lorsque Joseph Rey parle, par exemple, des lois constitutives des sociétés, il est loin de faire une simple description des mécanismes sociaux. Il propose au contraire de passer par un schème juridique afin de penser les meilleures conditions de la vie sociale⁴⁷⁰. L'observation de la nature humaine et des faits sociaux a donc vocation à créer une science sociale à valeur prescriptive pour ceux qui entendent prendre en charge l'organisation de la société. C'est précisément l'intention de Rey lorsqu'il élabore ses magistrales *Bases de l'ordre sociale*. Il s'agit de découvrir les *véritables* bases de l'ordre social afin d'indiquer les moyens propres à refonder la société sur celles-ci. Le juriste revient encore une dernière fois sur la question de la méthode dans cet ouvrage. Il parle désormais de méthode positive à la suite d'Auguste Comte, autre grand adversaire de l'éclectisme⁴⁷¹. Il la résume alors en des termes qui dévoilent une philosophie utilitariste :

« les procédés de l'esprit humain sont toujours les mêmes, quels que soient les objets sur lesquels il s'exerce, tout se réduisant, dans les opérations intellectuelles de l'homme, à des *observations* de *phénomènes*, et aux *conclusions qu'il peut en tirer* pour la satisfaction de ses intérêts, physiques ou moraux⁴⁷² ».

Joseph Rey rattache cette méthode à la philosophie expérimentale de Bacon, mais il rejette l'*accusation* d'empirisme portée par les philosophes allemands contre l'école de la sensibilité⁴⁷³. On trouve en effet sous la plume de Warnkoenig l'identification des Idéologues, de la philosophie sensationniste et de l'empirisme⁴⁷⁴. S'ils utilisent l'expression, prévient Rey, « par opposition à l'idée d'un système lié dans toutes ses parties, et se rattachant à quelques premières vérités communes à tout le système⁴⁷⁵ », rien n'est plus mal fondé. Degérando semble être, en France du moins, à l'origine de la distinction entre expérimental et empirique. Il a effectivement contribué à la dévalorisation de l'empirisme en attribuant à tort à Bacon une distinction entre la

469 *Ibid.*, p. 282 et s. Pour plus de détails voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, I, B, 1 et 2.

470 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1.

471 Voir l'étude de Walter M. SIMON, « The « two cultures » in nineteenth-century France : Victor Cousin and Auguste Comte », *Journal of the History of Ideas*, vol. 26, n° 1, 1965, p. 45-58 [En ligne : www.jstor.org/stable/2708399, consulté le 02.06.2019].

472 *DBOS*, t. 1, p. 20.

473 REY ne précise pas à quel(s) philosophe(s) il fait référence. Il s'agit peut-être de LEIBNIZ qui attribue à LOCKE, dans ses *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, la qualification d'empirique.

474 Léopold Auguste WARNKOENIG, « État de la philosophie du droit » (second article), *Nouvelle revue germanique*, t. 3, 1829, p. 67.

475 *TPGD*, p. 42 en note.

vraie science – qui fonde les connaissances humaines sur l'expérience – et l'étroit empirisme⁴⁷⁶ ; Dans son *Histoire comparée des systèmes de philosophie*, le Baron Degérando définit ainsi l'empirisme comme une méthode qui se fonde bien sur les faits, à l'instar de la méthode expérimentale, mais qui ne les envisage que de façon isolée. Dans un tel système, « aucune vérité générale ne vient s'interposer entr'eux, les transformer, et étendre leurs résultats. [...] L'Empirisme ne voit que l'extérieur du temple de la nature ; l'expérience pénètre son sanctuaire. [...] L'Empirisme ne voit que des phénomènes, l'expérience remonte des effets aux causes⁴⁷⁷ ». En d'autres termes, Degérando associe l'empirisme à une sorte de marche aveugle qui s'arrête uniquement sur les faits sans en chercher l'explication et sans procéder à leur généralisation⁴⁷⁸. Rey est sans doute tributaire de cette écriture degérandienne de l'histoire de la philosophie.

Sous sa plume, le terme est en effet assorti de la même connotation péjorative. Lorsqu'il taxe quelque chose d'empirisme, cela renvoie à un manque de réflexion théorique, à une pratique sèche, dépourvue de théorie ou de philosophie. Bien que les catégories de la philosophie qui sont les nôtres aujourd'hui ne permettent pas de classer l'œuvre de Rey en dehors de l'empirisme, il ne s'en revendique donc jamais et repousse au contraire cette qualification. Lorsqu'il réfléchit par exemple au perfectionnement des études juridiques, il écrit que l'enseignement de la morale ne doit pas se limiter « à quelques règles empiriques sur la manière de se conduire. Pour qu'elle s'élève à la dignité d'une véritable science, il faut absolument qu'elle comprenne l'analyse de nos sentiments, et qu'elle indique leurs vrais mobiles⁴⁷⁹ ». L'*analyse* doit donc venir compléter l'affirmation de ces *règles empiriques*. De même, le juriste applique le qualificatif à Dunoyer dans une logique proche de celle qui lui fait rejeter les conséquences de la méthode analytique selon Charles Comte. En effet, le tort de Dunoyer est « de penser qu'on doive se borner à rechercher d'une manière empirique et isolée *ce qui est*, sans chercher à trouver des règles qui puissent nous faire juger quand ce qui est *est bien*, c'est-à-dire quand les choses sont disposées d'une manière conforme à nos vrais besoins⁴⁸⁰ ». Rey reproche donc également à l'empirisme une absence de perspective critique. En d'autres endroits, il désapprouve « les doctrines du Producteur » [c'est-à-dire des saints-simoniens, et Rey vise alors principalement Auguste Comte⁴⁸¹], notamment « l'*optimisme continu* qui leur fait trouver bien tout ce qui a existé, et leur fait prétendre qu'on a

476 P.-F. DALED, *Le matérialisme occulté*, op. cit., p. 34-35.

477 J.-M. DEGÉRANDO, *Histoire comparée des systèmes de philosophie*, t. 1, op. cit., p. 359-360.

478 P.-F. DALED, *Le matérialisme occulté*, op. cit., p. 33-34.

479 *Du perfectionnement des études légales*, p. 65.

480 TPGD, p. 207.

481 Auguste COMTE écrit ainsi : « Tout ce qui se développe spontanément est nécessairement légitime pendant un certain temps, comme satisfaisant par cela même à quelque besoin de la société » (*Le producteur, journal de l'industrie, des sciences et des beaux-arts*, t. 1, Paris, Sautelet, 1825, p. 601).

tort de se récrier contre les systèmes et les institutions passées⁴⁸² ». Il leur oppose la « méthode critique » qui est « non seulement très-fondée en raison, mais encore *indispensable*, tant qu'il restera le moindre vestige de l'ancien système, ou seulement la moindre crainte d'y retomber »⁴⁸³. Même s'il souscrit à l'idée d'une *méthode positive* à la suite d'Auguste Comte, Rey s'en démarque donc par la dimension critique qu'il lui confère. Quel que soit le nom qu'il lui donne, la méthode adoptée par Rey est ancrée dans des considérations axiologiques et politiques : il s'agit de mettre à nu le faux ordre existant afin de contribuer à sa ruine, tout en promouvant un nouveau modèle fondé sur les vrais besoins humains.

Enfin, l'affirmation de l'analyse comme première étape nécessaire à toute recherche scientifique permet encore à Rey de critiquer l'ordre d'enchaînement des disciplines qui a existé jusque-là. C'est pour n'avoir pas débuté par l'analyse que le progrès des sciences a été tant retardé. Le juriste philosophe constate en effet que l'on a fonctionné, notamment dans les sciences morales et politiques, à partir de principes *a priori*, au lieu d'observer scrupuleusement les objets de ces sciences :

« on a cru pouvoir tracer des règles à la pensée avant d'avoir étudié suffisamment l'origine et le mécanisme de nos impressions ; on a cru pouvoir enseigner la morale avant d'avoir observé la source et les mobiles de nos sentimens ; on a cru pouvoir faire des systèmes d'économie publique ou particulière avant d'avoir observé la vraie nature et les résultats de nos moyens productifs ; enfin, l'on a cru pouvoir, au nom de la société, imposer aux citoyens des règles de direction avant d'avoir des idées justes sur les fondemens de la société et sur les véritables droits et devoirs des citoyens. Ainsi, l'on a fait de la métaphysique avant l'idéologie, ou science d'observation de nos idées ; on a fait de la morale théologique avant la véritable science morale, ou science d'observation de nos sentimens ; on a fait de l'économie empirique avant l'étude de notre puissance productrice et de ses effets sur notre bonheur ; enfin l'on a fait du prétendu droit et de la législation arbitraire avant d'avoir déduit les principes sociaux de la connaissance exacte de l'homme et des véritables conditions de sa nature⁴⁸⁴ ».

Parmi les différentes disciplines qui font l'objet de la critique, une en particulier subit des assauts répétés : la théologie. C'est en effet « la fatale manie de faire toujours intervenir le ciel dans les discussions humaines qui a ensanglanté la terre⁴⁸⁵ ». À Laromiguière qui, dans ses *Leçons de philosophie*, évoque l'action de Dieu sur les hommes, Rey ne peut s'empêcher de demander : « Pourquoi raisonner affirmativement sur un être dont nous ne comprenons pas la nature ?⁴⁸⁶ » Il ne peut rien y avoir de positif dans des raisonnements de cet ordre car ils ne sont fondés sur aucun fait observable, et ne conduisent qu'à la création d'*êtres d'imagination*. L'opposition à tout

482 TPGD, p. 29.

483 *Ibid.*, p. 30.

484 *Ibid.*, p. 11-12 ; JGLJ, t. 1, p. 4-5.

485 BMG, E. 26985, p. 22.

486 BMG, F. 5206, t. 2, p. 417.

argument fondé sur la nature de Dieu et la religion est d'ailleurs extrêmement récurrente dans les *marginalia* que Rey a laissés sur les ouvrages de ses contemporains. De plus, le problème des idées théologiques est qu'elles ne peuvent être prouvées selon les saines lois du raisonnement et sont donc « généralement imposées à la raison⁴⁸⁷ ». Leur intervention est par conséquent toujours nuisible à l'acquisition de véritables connaissances. Or, le juriste remarque qu'elles sont toujours bien présentes. Alors que la majorité des penseurs revendiquent pourtant une commune adhésion à la méthode expérimentale, Rey souligne en 1836 qu'il est encore « peu d'hommes qui ne soient pas influencés par un reste d'idées théologiques ou qui ne se laissent entraîner par le besoin d'appuyer leurs systèmes sur la création d'entités imaginaires, [...] qui n'existent vraiment que dans leur imagination, et qui sont le fruit de fausses abstractions métaphysiques⁴⁸⁸ ». Ces *idées théologiques* et ces *abstractions métaphysiques* ne sont donc pas l'apanage des théologiens. Elles se retrouvent également sous la plume de nombreux penseurs du premier XIX^e siècle, dont certains sont pourtant des proches de Rey, à l'instar des saints-simoniens. C'est toutefois le spiritualisme éclectique qui est principalement dans sa ligne de mire. Un reste d'idées métaphysiques ou *a priori* demeure très présent dans cette école, ce qui témoigne, aux yeux de Rey, d'un défaut de rigueur. Ses représentants se revendiquent néanmoins de la méthode d'observation, et force est de reconnaître la puissance de leur parti dans la lutte pour la crédibilité et la scientificité. Comme le note Pouthier, le spiritualisme éclectique, sous la monarchie constitutionnelle, est apparu comme un « vecteur de *renouveau scientifique*⁴⁸⁹ ».

C'est pourquoi il convient d'apprécier la définition qu'en donne Cousin en 1828. Cette méthode, écrit-il, retient du siècle passé « le goût des recherches *à posteriori*, l'observation et l'induction jointe à l'observation, enfin l'analyse : mais elle ne rejette pas la vieille synthèse, et elle donne à l'analyse pour support une synthèse primitive, qui devenant la base de l'analyse lui fournit une matière sur laquelle elle peut s'exercer⁴⁹⁰ ». C'est donc bien une synthèse première qui constitue la base de l'analyse, ce qui est une aberration de l'ordre préconisé Joseph Rey. La réfutation qu'il propose du spiritualisme et principalement de l'éclectisme est alors très éclairante pour comprendre ce qui sépare leur épistémologie et leur méthodologie de celles adoptées par l'Idéologue.

487 TPGD, p. 102-103.

488 DBOS, t. 1, p. 11. Il entend ainsi nuancer la stricte délimitation des trois états d'Auguste COMTE.

489 T. POUTHIER, *Au fondement des droits, op. cit.*, p. 195.

490 V. COUSIN, « Cours de l'histoire de la philosophie », *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 103.

III/ PREMIÈRE RÉFUTATION DU SPIRITUALISME : UNE DÉFENSE DU SENSATIONNISME

Joseph Rey est un lecteur compulsif. Après la parution des *Préliminaires* et des *Leçons*, il s'est beaucoup intéressé aux écrits spiritualistes, et notamment aux théories éclectiques relatives aux facultés intellectuelles et morales de l'homme. Les archives qu'il a laissées à la Bibliothèque municipale de Grenoble en témoignent. Divers ouvrages de philosophie spiritualiste sont annotés par le juriste, et leur étude permet de voir que Rey écrit en partie pour combattre les propositions qui s'y trouvent. La lecture de ses adversaires lui permet encore de préciser certaines de ses opinions sur les sensations comme matériaux de la pensée. On constate ainsi dans les publications qui suivent les *Préliminaires du droit*, que certains passages font directement écho à ses lectures antérieures. Ce sont notamment ceux dans lesquels il s'attache à prouver le bien fondé de l'épistémologie sensationniste en réfutant celle des spiritualistes.

Dans la conclusion de ses *Leçons* de 1820, Rey propose déjà une première réfutation du spiritualisme en matière de théorie de la connaissance⁴⁹¹. Il vient alors tout juste de lire *l'Introduction à l'étude philosophique du droit* de Lherbette. Ce dernier considère que les seules règles du raisonnement ne peuvent parvenir à établir le libre-arbitre. Au contraire, elles conduisent même à le nier et c'est pourquoi Lherbette propose de recourir au *sens intime* pour reconnaître la liberté morale de l'homme⁴⁹². Joseph Rey entreprend alors pour la première de réfuter l'hypothèse d'une faculté intellectuelle indépendante de la sensibilité. S'il le fait d'abord à l'occasion d'une querelle sur la question du libre-arbitre, il va ensuite développer son propos dans publications ultérieures grâce à une connaissance plus approfondie des thèses spiritualistes. Les conséquences en matière de morale, d'organisation sociale et de théorie du droit sont trop importantes pour laisser cette question hors du débat.

Dans son *Traité*, Joseph Rey évoque de façon détaillée l'idée centrale de la philosophie spiritualiste, qu'il fait remonter à Platon après avoir rattaché l'Idéologie à Aristote :

« L'idée dominante de cette école est qu'il existe un principe *particulier*, tout-à-fait *indépendant* des sens, qui présiderait aux autres facultés intellectuelles, et qui, selon quelques-uns, ne serait qu'une espèce particulière de ces facultés, mais une espèce *supérieure*, tandis que d'autres l'identifient avec ce que l'on appelle communément *l'âme*.⁴⁹³ »

Outre Platon et ses disciples, Rey comprend dans cette école les philosophes écossais Reid et Dugald-Stewart, « la presque universalité des philosophes allemands » et enfin « la prétendue école éclectique française »⁴⁹⁴. Il réunit ces penseurs sous cette bannière parce qu'ils

491 JGLJ, t. 2, p. 254-258.

492 Armand-Jacques LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, Paris, Delaunay, 1819, p. 209-211.

493 TPGD, p. 44-45.

494 DBOS, t. 2, p. 95.

reconnaissent tous comme « principe *dominant*, celui de l'existence supposée d'un être *à part*, tout-à-fait *indépendant* de nos sens », qu'ils ont toujours admis comme « un point *reconnu d'avance* qu'il ne leur *était pas permis de contester* »⁴⁹⁵. Joseph Rey signale ici le dogmatisme de cette école, qui se caractérise par le recours, au moins partiel, à un raisonnement *a priori*. S'il consacre quelques brefs développements à Leibniz, Kant, Shilling et Jacobi, ce sont bien sûr les spiritualistes français et principalement les éclectiques qui l'intéressent le plus. On conçoit aisément qu'ils constituent des interlocuteurs privilégiés, dans la mesure où ils rejettent la philosophie matérialiste et de l'anthropologie sensationniste du XVIII^e siècle⁴⁹⁶. Par ailleurs Cousin domine véritablement la philosophie universitaire française en cumulant les postes clefs, notamment à partir de 1830⁴⁹⁷. Ainsi, la popularité grandissante de l'éclectisme et l'intérêt porté par cette école aux facultés intellectuelles et morales de l'homme doit certainement inciter Rey à développer une stratégie de défense du sensationnisme.

C'est donc la question des facultés intellectuelles et morales de l'homme qui est au fondement de l'opposition entre spiritualistes et sensationnistes au XIX^e siècle. En substance, les premiers se signalent par la croyance que l'homme est doué d'une faculté toute spirituelle, indépendante du corps et apte à faire saisir certaines vérités de façon immédiate, évidente et nécessaire. C'est la raison pour Cousin et les éclectiques. D'autres spiritualistes parlent de l'âme, du sentiment intime, du sens moral, du sens commun ou encore du simple bon sens⁴⁹⁸. Les représentants de ce courant considèrent donc qu'il est impossible de rapporter toutes les idées à des sensations et aux mouvements organiques, et font du sensationnisme leur principal ennemi. Ramenant tout à la matière, cette philosophie leur paraît contraire à la dignité humaine, car « la chose », le « corps », la « matière » sont « sans valeur et sans dignité », selon les mots de Cousin⁴⁹⁹. Pour ce qui est de la théorie éclectique, nous avons déjà entrevu avec Sautelet son idée maîtresse. On la retrouve également exprimée par Cariol dans le *Journal général de législation et de jurisprudence*

495 TPGD, p. 45.

496 Victor COUSIN accorde d'ailleurs une place de choix à ce courant lorsqu'il développe son récit de l'histoire de la philosophie. Il consacre en effet toute la première partie de son *Cours d'histoire de la philosophie morale* de l'année 1819-1820 à l'école « sensualiste » (« Cours d'histoire de la philosophie morale du dix-huitième siècle », *Œuvres*, t. 2, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1841, p. 384-456). Mais c'est essentiellement pour la discréditer en mettant en avant les prétendues conséquences (im)morales et politiques du sensationnisme – ce qu'il fait en mobilisant HOBBS qui lui donne, il est vrai, des arguments sérieux.

497 P. VERMEREN, *Victor Cousin, op. cit.*, p. 175-176.

498 OUDOT affirme par exemple que le *sens commun* donne à l'homme des « vérités toutes trouvées, formes inhérentes à son intelligence, qu'il faut qu'il accepte, ne pouvant les répudier » (Julien-François OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit*, Paris, Joubert, 1846, p. 23), mais il refuse en revanche l'hypothèse du sens moral (*ibid.*, p. 44).

499 V. COUSIN, « Cours d'histoire de la philosophie morale au dix-huitième siècle », *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 386.

fondé par Rey. La doctrine de Cousin sur les facultés intellectuelles et morales est ainsi résumée :

« Aussitôt que je rentre en moi même et que j'examine ma nature intérieure, l'observation me révèle l'existence de trois phénomènes : je sens, j'agis volontairement, je juge : sentir, vouloir, juger, trois faits auxquels correspondent trois facultés, l'activité, la sensibilité, la raison.⁵⁰⁰ »

Le concept majeur des cousinien est celui de raison. Tout en admettant la part de la sensibilité dans l'acquisition des connaissances, les éclectiques pensent que l'individu est également doué d'une faculté qu'ils nomment raison et qui lui permet d'accéder à des vérités d'un ordre supérieur. C'est pourquoi ils se qualifient eux mêmes de philosophes *rationnels* au grand dam de Rey⁵⁰¹. Cabanis et les Idéologues revendiquaient également une démarche rationnelle⁵⁰². Mais il faut bien comprendre comment cette raison est appréciée par les éclectiques.

Dans son étude sur les Lumières, Jonathan Israel signale l'existence de deux conceptions de la raison ayant cours au XVIII^e siècle : « Pour les modérés, la raison était immatérielle et divine par essence ; c'était un don que le Ciel offre aux hommes et qui les élève au-dessus de tout le reste. Pour la pensée radicale, au contraire, l'homme n'était qu'un animal parmi d'autres [...], et, comme l'écrit d'Holbach en 1770, la raison n'est ni au-delà ni au-dessus de la matière : elle est simplement "notre nature modifiée par l'expérience, le jugement et la réflexion"⁵⁰³ ». Si la conception reyienne de la raison se rapproche de celle du Baron d'Holbach, les éclectiques partagent au contraire la thèse des modérés. Aussi, lorsque Cousin parle de la raison comme du « souffle divin » qui révèle des vérités à « l'humanité en masse », Rey n'y voit qu'un « tissu de sottise⁵⁰⁴ ». C'est par elle, explique le philosophe, et non par la sensibilité, que l'individu acquiert la connaissance des axiomes mathématiques ou moraux⁵⁰⁵. « La sensibilité, écrit-il, est la

500 Jules CARIOL, « *Faculté de l'académie de Paris, Cours de M. Cousin. Premier article* », *JGLJ*, t. 1, p. 495.

501 Il fait observer, dans une note de bas de page, « que ces dénominations d'école *rationnelle* et d'école de la *sensibilité* ont été introduites par les partisans de la première école, qui nécessairement ont dû attacher quelque défaveur à la dénomination employée pour l'école adverse, tandis qu'ils adoptaient pour eux-mêmes celle qui semble exclusivement supposer *l'exercice de la raison*. On verra plus tard s'il n'est pas des cas où la proposition devrait être entièrement renversée, c'est-à-dire dans lesquels les philosophes *rationnels*, n'écoulant que la voix de l'imagination, se montrent fort impatients *d'une raison sévère*, tandis que les *sensitifs*, prenant à tâche de revendiquer les seules lois du *raisonnement*, pensent que toute autre méthode n'est propre qu'à égarer les meilleurs esprits » (*TPGD*, p. 33-34).

502 CABANIS parle ainsi de « philosophie rationnelle » (*Œuvres complètes*, t. 1, Paris, Bossange Frères, 1823, p. 345) et l'Idéologie comporte une branche dite « Idéologie rationnelle ».

503 J. ISRAEL, *Une révolution des esprits*, *op. cit.*, p. 39.

504 BMG, F. 5194, p. xlv. COUSIN définit parfois la raison comme une révélation divine. Voir notamment V. COUSIN, *Fragmens philosophiques*, *op. cit.*, p. xlii-xliii. Aussi n'est-il pas étonnant que ses *Fragmens* soient salués par un proche de LAMENNAIS, l'abbé GERBET qui y voit un grand service rendu à la religion (F. AZOUVI, *Descartes et la France*, *op. cit.*, p. 150).

505 V. COUSIN, « Cours de philosophie sur le fondement des idées absolues du Vrai, du Beau et du Bien », *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 436. Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, III.

condition extérieure de la conscience ; la volonté en est le centre et la raison, la lumière.⁵⁰⁶ » Soulignée par Rey, cette phrase est perçue par l'Idéologue comme « de la poésie métaphysique et rien de plus⁵⁰⁷ ». Dans ce passage, Cousin ajoute encore que cette raison est « impersonnelle » et qu'elle a les caractères de « l'universalité et [de] la nécessité, puisque c'est à elle que nous devons la connaissance des vérités nécessaires et universelles, des principes auxquels nous obéissons tous, et auxquels nous ne pouvons pas ne pas obéir »⁵⁰⁸. Ce que la raison révèle serait antérieur à tout raisonnement⁵⁰⁹ et s'impose nécessairement à l'homme. Voilà une opinion largement partagée à l'époque. Ainsi Lerminier, malgré sa position critique face à l'éclectisme, adhère cependant à son postulat de base lorsqu'il écrit qu'« avant le raisonnement il y a l'intelligence », c'est-à-dire des sortes de conceptions innées telles que « *il n'y a pas d'effet sans cause* »⁵¹⁰. Ces vérités acquises spontanément par la raison constituent alors pour Cousin la synthèse primitive sur laquelle l'analyse doit ensuite s'appliquer⁵¹¹. De la même manière Lherbette, spiritualiste non éclectique, considère que les révélations du sens intime sont « les matériaux » sur lesquels doit ensuite s'appliquer le raisonnement⁵¹². Elles n'ont pas à être prouvées puisqu'il s'agit d'axiomes qui seraient en quelque sorte perçus de façon aussi évidente qu'une sensation de faim pourrait l'être. Mais pour notre auteur, partir de vérités préconçues revient précisément à adopter une méthode *a priori*, tout à fait opposée à l'observation et à l'analyse. C'est pourquoi lorsque Cousin accuse Condillac d'avoir mutilé l'esprit humain en le réduisant aux seules sensations, Rey lui rétorque par une *marginalia* : « Vous dites qu'il mutilait l'esprit humain parce qu'il ne voyageait pas dans les nuages. [...] Il n'est point parti de quelques idées adoptées d'avance sans examen suffisant, et qu'on veut justifier à tout prix, comme votre école le fait trop souvent⁵¹³ ». Pour notre auteur, le spiritualisme de Cousin présente en effet une forme de dogmatisme qui frôle même le mysticisme lorsque celui-ci s'embarque dans des considérations sur l'unité de Dieu⁵¹⁴.

On retrouve le même type de considérations chez Théodore Jouffroy et Philibert Damiron⁵¹⁵, mais encore chez la plupart des juristes⁵¹⁶. Pour n'en donner que deux exemples,

506 V. COUSIN, *Fragmens philosophiques*, *op. cit.*, p. xviii.

507 BMG, F. 5194, p. xviii.

508 V. COUSIN, *Fragmens philosophiques*, *op. cit.*, p. xviii.

509 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 124.

510 E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 35.

511 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 52.

512 Chez LHERBETTE, le sens intime est toutefois limité au domaine de la morale (*Introduction à l'étude philosophique du droit*, *op. cit.*, p. 209).

513 BMG, F. 5194, p. 60.

514 V. COUSIN, *Fragmens philosophiques*, *op. cit.*, p. xxxviii.

515 Jean-Philibert DAMIRON, *Essai sur l'histoire de la philosophie en France au dix-neuvième siècle*, 2^e éd., t. 1, Paris, Schubart et Heideloff, 1828, p. 102-105.

516 On peut se référer à la liste des juristes spiritualistes donnée en introduction et aux références qui l'accompagnent.

Ortolan affirme ainsi que « l'homme, considéré dans ses facultés psychologiques, est tout en ces trois mots : sensibilité, intelligence, activité⁵¹⁷ ». L'intelligence, c'est-à-dire la raison, est alors définie comme « le pouvoir de s'élever à la conception de vérités absolues, nécessaires et immuables⁵¹⁸ ». Dupin aîné parle quant à lui des « premières notions du droit naturel que la raison seule découvre sans le secours de la science » ou de ces « lois que nous savons et que nous n'avons jamais apprises »⁵¹⁹. Ce genre de discours est d'autant plus irritant pour Rey lorsque ses partisans revendiquent le recours à la méthode d'observation des faits⁵²⁰. Les éclectiques avancent en effet que l'activité libre et la raison sont des faits de conscience qu'il suffit d'observer. Comme tous les « faits », ils ne sont donc pas de nature à être prouvés, mais seulement propres à être perçus. Rey n'entend pas s'arrêter à une justification si péremptoire.

Armé des principes de la science idéologique selon lesquels il n'est de faits que ceux qui tombent sous les sens, Rey décompose et analyse alors la raison pour en faire ressortir la vraie nature. Telle que Cousin la conçoit, la raison est loin d'être un élément simple. Elle est au contraire « le résultat très-complexe de toutes les facultés qui nous servent à raisonner⁵²¹ ». Faute de bien l'avoir bien analysée, certains hommes en sont néanmoins venus à l'hypostasier et à lui attribuer des caractéristiques extraordinaires. Rey pense au contraire que l'exercice de la raison ne conduit pas nécessairement les hommes à l'acquisition d'un savoir véritable. Il ajoute même qu'« il n'est souvent que trop notoire que ce que la raison d'un individu prend pour la vérité n'est souvent que le comble de l'absurdité pour la raison d'un autre. Il y a plus : la raison du même individu varie souvent à l'infini, en sorte que ce qui lui semble aujourd'hui vrai peut lui paraître faux demain⁵²² ». Aussi sera-t-il toujours insuffisant d'invoquer la raison ainsi envisagée au titre de principe de la connaissance ; on sera toujours dans l'erreur tant que l'on n'analysera pas les divers éléments sensibles qui sont à l'origine des idées et que d'aucuns croient ressortir uniquement d'une raison immatérielle. Rey entend donc montrer que les idées que les éclectiques et autres spiritualistes attribuent à une faculté immatérielle doivent toutes être rattachées à des sensations primitives.

517 Joseph Louis Elzéar ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, Plon Frères, 1855, p. 117-118.

518 *Ibid.*, p. 105.

519 André-Marie DUPIN, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats*, Paris, Joubert, 1835, p. 324.

520 J. FERRAND, à la suite de P.-F. DALED, propose de qualifier la pensée juridique du premier XIX^e siècle par le syntagme « positivisme spiritualiste », qu'il juge « plus suggestif, dans la mesure où il recèle une tension dialectique fondamentale. [...] Tous sont positivistes, au sens où ils prétendent tirer leurs conclusions de l'observation des faits. Mais chaque fait ou série de faits s'inscrit dans un schème anthropologique qui façonne un récit dont la consistance spiritualiste n'échappe à personne » (« La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique », *art. cit.*, §103).

521 *TPGD*, p. 94.

522 *Ibid.*, p. 94.

Il semble que la philosophie sentimentale de Pierre Laromiguière lui ait donné une piste pour affronter le spiritualisme. Professeur de philosophie compris parmi les Idéologues spiritualistes et chrétiens par Picavet, Laromiguière n'est certes pas un éclectique, mais il est profondément spiritualiste. Rey le connaît à travers ses *Leçons de philosophie sur les principes de l'intelligence* qu'il a attentivement annotées et dans lesquelles il décèle la trace de « la vieille métaphysique⁵²³ ». Dans cette « philosophie ne blessant aucune conviction⁵²⁴ », le juriste trouve toutefois une idée qu'il mobilise ensuite dans ses *Bases* pour réfuter l'opinion spiritualiste d'une prétendue distinction du corps et de l'esprit. Sans entrer dans le détail de la philosophie de Laromiguière, qui ne nous intéressera pas dans la suite de ce travail, il faut simplement voir ici ce que Rey en tire. Lorsque le philosophe écrit refuser la notion de sensations externes pour ne reconnaître que des sensations internes se rapportant toutes à l'âme, le juriste indique en marge vouloir modifier certains passages de son *Traité*⁵²⁵. Cette modification n'apparaît toutefois que dans ses *Bases de l'ordre social*. Dans son *Traité*, Rey signale seulement la méconnaissance de Laromiguière quant au contenu du terme de « sensation » (ce qu'il nomme le *sentiment-sensation*), en le limitant à celles causées par les objets extérieurs. Si le professeur de philosophie refuse le terme de sensation externe, il considère en revanche que la sensation se rapporte exclusivement « aux organes du corps, ou aux objets extérieurs⁵²⁶ ». C'est l'une des erreurs fondamentales des spiritualistes, selon Rey, car elle les conduit à penser que les phénomènes qui se passent à l'intérieur de l'être, c'est-à-dire le jeu des facultés intellectuelles et morales, ne sont pas du domaine sensible⁵²⁷. Ceci expliquerait alors la distinction qu'ils font entre la psychologie et la physiologie. Partant, on conçoit aussi pourquoi ils trouvent le sensationnisme si réducteur. Cependant, dans son *Traité*, Rey est encore ambigu puisqu'il maintient la dichotomie de Tracy entre sensations internes et externes, ce qui peut suggérer l'existence de deux principes sensibles de natures différentes. C'est seulement en 1836 que l'apport de Laromiguière se fait sentir. Rey soutient désormais qu'il n'existe que des sensations internes, car « le siège de l'aperception est

523 BMG, F. 5206, t. 1, p. 6. C'est ce qui lui fait d'ailleurs concevoir pourquoi le professeur n'a pas été « frappé d'anathème (comme M. de Tracy) par les nouveaux dominateurs », visant par là le gouvernement impérial (*ibid.*, p. 6). PICAVET confirme le jugement en notant que LAROMIGUIÈRE paraissait irréprochable aux yeux du clergé, et que ses *Leçons* étaient conseillées aux jeunes gens sous la monarchie de Juillet comme sous l'Empire (F. PICAVET, *Les Idéologues*, *op. cit.*, p. 521).

524 F. PICAVET, *Les Idéologues*, *op. cit.*, p. 521.

525 BMG, F. 5206, t. 1, p. 316.

526 Dans la philosophie de LAROMIGUIÈRE, le sentiment est premier et la sensation « consiste dans le sentiment rapporté aux organes du corps, ou aux objets extérieurs. La sensation douloureuse qu'occasionne la goutte est un sentiment de l'âme rapporté au pied » (*Leçons de philosophie*, t. 1, *op. cit.*, p. 214).

527 TPGD, p. 91. Théodore JOUFFROY écrit par exemple : « Rien de ce que nous sentons au dedans de nous n'est perceptible pour les sens ; rien de ce que les sens peuvent saisir n'est perceptible à la conscience » (« Préface », D. STEWART, *Esquisse de philosophie morale*, *op. cit.*, p. xviii).

toujours INTERNE, puisqu'il réside dans la masse encéphalique⁵²⁸ ».

Il faut à présent prendre toute la mesure d'une telle modification. Elle permet en effet à Rey de réfuter avec plus de rigueur la dichotomie spiritualiste entre le corps et l'âme, la matière et l'esprit, le physique et le moral. Joseph Rey s'oppose ainsi à l'idée d'une double nature « qui existerait en nous quant à la perception des idées, l'une n'admettant pour agent que les sens *extérieurs*, tandis que l'autre aurait pour instrument exclusif ce qu'ils nomment tantôt le *sens* ou *sentiment* intime, tantôt la *conscience*⁵²⁹ ». Cette dualité de l'être, derrière laquelle l'anthropologie chrétienne est toujours à l'œuvre, Rey n'a de cesse de la combattre car elle est encore présente chez les éclectiques⁵³⁰. Il impute cette erreur à défaut d'observation et à une conception partielle de la sensation. Et en réduisant toutes les sensations à une intériorité, que Laromiguière rapportait à l'âme, Rey écarte en même temps l'objection que Degérando adressait aux matérialistes qui, d'après lui, « n'admett[ai]ent de réalité que dans les objets de nos sensations externes⁵³¹ ». Loin de nier l'existence des faits intérieurs et des phénomènes intellectuels, Rey suggère plutôt de les apprécier comme des faits sensibles. Si notre auteur n'est pas matérialiste au sens degérandien, il est certainement physiologiste et refuse ainsi d'étudier les phénomènes de l'intelligence en psychologue, c'est-à-dire en partant du présupposé d'une distinction du spirituel et du matériel.

Cette rhétorique dualiste, au fondement de toute philosophie spiritualiste, irrite sérieusement Joseph Rey, car elle s'accompagne toujours d'un mépris pour le corps et les besoins ou plaisirs qui s'y rapportent. C'est pourquoi il s'emploie à montrer que les théories spiritualistes sont erronées par défaut d'analyse. Sensible à ce que toutes leurs entités spirituelles ne sont que des êtres imaginaires, Rey entend mettre au jour la source de telles erreurs. Il réfute la prétendue spontanéité et la certitude qui seraient attachées aux idées découvertes par le biais d'entités immatérielles telles que la raison, le sentiment, l'âme ou ses avatars. Il s'agit toujours du « résultat TRÈS-COMPLIQUÉ d'une MULTITUDE DE JUGEMENTS, dans lesquels sont entrées toutes les autres opérations élémentaires de la pensée⁵³² ». C'est encore une fois une hypostase, un *être*

528 DBOS, t. 1, p. 335.

529 DBOS, t. 2, p. 17.

530 Bien qu'en face de la matière, c'est-à-dire de la sensibilité, les éclectiques placent la Raison et la Liberté, c'est toujours au dualisme chrétien qu'ils se réfèrent. Ainsi COUSIN écrit : « L'homme est un être double, à ne le considérer que superficiellement : en lui coexistent l'esprit et la matière, l'âme et le corps, la liberté et la fatalité, la personne et la chose », et d'ajouter que « l'essence propre de l'homme réside toute entière dans l'esprit, l'âme, la liberté et la personnalité » (*Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 387).

531 J.-M. DEGÉRANDO, *Histoire comparée des systèmes de philosophie*, t. 2, *op. cit.*, p. 380.

532 TPGD, p. 98.

*imaginaire*⁵³³, dont une analyse rigoureuse permet de mettre en lumière les divers éléments constitutifs, c'est-à-dire une multitude de sensations.

Par conséquent, puisqu'il s'agit d'une *sensation complexe*, pour reprendre le vocabulaire reyen, aucun caractère de certitude ne s'y attache nécessairement, à la différence des sensations simples. Pourtant, ceux qui se réfèrent à ces *êtres imaginaires* considèrent ces moyens de connaissance comme infaillibles. Voilà bien des instruments d'une « étrange commodité », s'étonne le juriste⁵³⁴. Il n'y aurait plus besoin de recourir à la réflexion. Nulle preuve à apporter dès lors que l'on énonce que l'on sent telle chose, que telle chose nous est évidente⁵³⁵ ! En effet, remarque Rey, ces « mots magiques de *sentiment intime*, de *raison supérieure*, etc. » sont mobilisés par leurs théoriciens pour servir de preuves à certains préjugés, à certains « principes a priori » qui ne sauraient autrement être prouvés⁵³⁶. Ces divers systèmes sont ainsi résumés par Rey : « Outre l'observation des phénomènes de notre aperceptibilité, outre les solutions de la logique, il existe encore en nous un moyen *tout particulier* de connaître, un moyen SUPÉRIEUR aux deux autres, qui doit s'appliquer exclusivement à la compréhension des vérités d'un ORDRE SUPÉRIEUR ; et cet instrument particulier, c'est le *sentiment intime*, selon les uns, *l'évidence*, d'après les autres, ou même, selon d'autres encore, c'est le simple *sens commun*⁵³⁷ », à quoi on peut ajouter la raison de Cousin. Il identifie encore ces diverses notions à celle de Lamennais sur « *l'infailibilité prétendue* de l'opinion du *genre humain*⁵³⁸ », autre avatar du sens commun reidien. Il s'agit en effet généralement de se cacher derrière l'invocation d'un prétendu consensus, ainsi que le fait Cousin avec sa raison universelle. Mais « les erreurs les plus grossières » ne sont-elles pas « précisément celles qui frappent quelquefois le plus la multitude ? »⁵³⁹, demande Rey. Pour le juriste en effet, l'assentiment général n'a aucune valeur de preuve ou de vérité dans le domaine des sciences. Bien qu'il accorde ensuite une place centrale à la notion de majorité dans sa théorie politique, il ne la justifie jamais par référence à une quelconque infaillibilité⁵⁴⁰. Si encore il s'agissait d'un véritable consensus émergeant d'une population instruite et éduquée à la méthode positive, cela pourrait s'entendre. Mais il s'agit plus généralement de dogmes imposés par les diverses autorités religieuses, philosophiques et politiques, et qui contredisent parfois les faits eux-mêmes⁵⁴¹.

533 DBOS, t. 2, p. 100.

534 TPGD, p. 95 ; DBOS, t. 2, p. 96.

535 TPGD, p. 95 ; DBOS, t. 2, p. 96.

536 DBOS, t. 2, p. 114 et 120-121.

537 *Ibid.*, p. 96. X PORTETS paraît identifier le « sens intime » et « l'évidence » lorsqu'il s'interroge sur la manière de reconnaître la vérité, et parle de « l'évidence qui nous frappe et qui nous force à croire ; l'évidence, cette vue claire et distincte des choses » (*Cours de droit naturel, op. cit.*, p. 27-28).

538 DBOS, t. 2, p. 97.

539 TPGD, p. 96 ; DBOS, t. 2, p. 97.

540 Voir *infra*. Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, B.

541 DBOS, t. 2, p. 98.

Ainsi revêtues d'une forme absolue d'autorité, ces entités fictives, et spécialement la raison de Cousin, peuvent devenir un puissant instrument de légitimation du pouvoir et de contrôle du peuple, et ce d'autant plus qu'il est aisé de comprendre que les oracles de cette raison sont avant tout les philosophes et autres hommes publics⁵⁴². Nous dépassons ici le propos de Rey pour souligner certains aspects politiques de l'éclectisme sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir⁵⁴³. Cousin pense en effet que les vérités découvertes par la raison, n'étant pas personnelles et émanant même de Dieu, peuvent être imposées aux autres⁵⁴⁴. Qualifier cette raison d'universelle revient donc à dire qu'il est permis de l'imposer à tous ceux dont la raison particulière peinerait à s'élever jusqu'à elle. Et Damiron d'appliquer le modèle du régime représentatif à la philosophie ; les philosophes étant en quelque sorte les représentants de l'opinion du peuple⁵⁴⁵. Il y aurait par conséquent une forme de raison spontanée en chacun (un sens commun à vrai dire), que seule une élite pourrait formuler. Les éclectiques entendent d'ailleurs réserver la philosophie (comme la politique) à *l'aristocratie légitime*, laissant à la religion le soin d'instruire les classes populaires et plus encore de les moraliser⁵⁴⁶. La philosophie française universitaire assure alors une véritable fonction politique, et ce dès l'Empire avec Royer-Collard. Il ouvre en effet son cours de 1813 en dénonçant le scepticisme qui résulterait de la philosophie de Condillac et ses effets « destructeurs des lois des sociétés, et des droits et des devoirs qui constituent la morale publique et privée⁵⁴⁷ ». Il entend s'opposer à la *démagogie* de l'école *sensualiste*, autant qu'à l'absolutisme des Ultramontains⁵⁴⁸. Cousin suivra la même chemin.

On comprend dès lors qu'une telle opposition au sensationnisme ait pu constituer un

542 « Quand ceux qui se croient eux-mêmes plus avisés que tous les autres réclament et exigent la droite raison comme juge, ils n'en cherchent pas moins à faire en sorte que les choses soient déterminées par nulle autre raison que la leur propre » (T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 112).

543 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, II, A, 1, β.

544 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 124.

545 DAMIRON écrit ainsi : « les philosophes ne font qu'un avec le peuple : leur pensée n'est que sa pensée, leurs doctrines ne sont que sa foi [...] c'est comme l'unité qui règne en politique entre les électeurs et les élus ». Les philosophes « sont les représentans d'une opinion qu'ils ont comme tout le monde, mais que seulement ils entendent avec plus de savoir que tout le monde. Ainsi déjà, dans ce point de vue, la philosophie peut être considérée comme l'expression du sens commun » (*Essai sur l'histoire de la philosophie au XIXe siècle*, t. 1, *op. cit.*, p. 3-4). Voir également P. VERMEREN, *Victor Cousin*, *op. cit.*, p. 129.

546 La philosophie et la religion sont toutefois présentées comme recouvrant le même fond, ne différant que par la forme. COUSIN écrit par exemple que « la philosophie est dans la masse sous la forme naïve, profonde, et admirable, de la religion et du culte » (cité par P. VERMEREN, *Victor Cousin*, *op. cit.*, p. 160, voir aussi p. 157-159.)

547 P. VERMEREN, *Victor Cousin*, *op. cit.*, p. 10.

548 *Ibid.*, 119-120.

obstacle majeur à la réception du discours de Joseph Rey. Il discerne bien, par ailleurs, une alliance tacite entre la philosophie spiritualiste de toutes les sectes et de toutes les époques et le pouvoir politique. Il remarque en effet que cette école « n'éprouva presque jamais aucun obstacle de la part des dépositaires du pouvoir, qui presque toujours, au contraire, se sont servis de ses dogmes comme d'un auxiliaire, qui fut quelquefois bien terrible⁵⁴⁹ ». Dans le premier XIX^e siècle, l'éclectisme s'est ainsi donné pour tâche de légitimer la monarchie constitutionnelle, qui n'est pas loin d'être présentée comme un idéal de perfection. On peut discerner encore dans cette philosophie une volonté de lutter contre les aspirations démocratiques et égalitaires. Partageant les vues Cousin, Guizot écrit par exemple : « Je ne crois ni au droit divin, ni à la souveraineté du peuple [...]. Je crois à la souveraineté de la raison⁵⁵⁰ ». Cette instrumentalisation politique de la philosophie est aujourd'hui généralement reconnue. Xavier Landrin ne voit dans l'éclectisme qu'une « métaphysique » qui soumet « à une Raison totale ou universelle, [...] un ensemble de connaissances limitées, singulières et datées qui renvoient à des intérêts spécifiques »⁵⁵¹. En 1829, Armand Marrast reproche déjà à Cousin et à sa philosophie de s'être chargés « d'absoudre la puissance et tous ses actes⁵⁵² ». En effet, certains passages du philosophe justifient pleinement le propos du journaliste. Cousin écrit par exemple que « le vaincu est toujours celui qui doit l'être » ; il « doit être vaincu et a mérité de l'être »⁵⁵³. Dans une conception dialectique et progressive de l'histoire puisée chez Hegel, il peut alors affirmer que le vainqueur « sert la civilisation », qu'il est le « meilleur » et le « plus moral, et que c'est pour cela qu'il est vainqueur »⁵⁵⁴. Tel est le paradoxe d'une philosophie qui se veut portée par et vers un idéal métaphysique de rationalité et de liberté, mais qui s'avère bien prompte à justifier la domination de la force.

Si nous avons beaucoup insisté sur cette querelle épistémologique, c'est d'abord parce qu'elle permet d'apprécier comment Rey écrit et surtout qui sont ses adversaires. Cela a aussi permis de montrer la difficulté qui pouvait être la sienne pour se faire entendre dans une atmosphère intellectuelle dominée par le spiritualisme. En signalant les réactions que suscitent, voire les passions que déclenchent, les penseurs jugés matérialistes, on commence à comprendre ce qui a pu rendre le discours de Rey si peu audible pour ses contemporains. La singularité des vues de notre auteur, qu'elles soient philosophiques, juridiques ou politiques, trouvent donc ici

549 TPGD, p. 45.

550 F. GUIZOT, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration et du Ministère actuel*, 3^e éd., Paris, A la librairie française de Ladvocat, 1820, p. 201.

551 X. LANDRIN, « L'éclectisme spiritualiste au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 43.

552 Armand MARRAST, *Journal de la langue française*, t. 4, Paris, 1829, p. 43.

553 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 72.

554 *Ibid.*, p. 72.

leur première explication. Idéologues et éclectiques ne parlent pas du même homme et développent par conséquent des conceptions différentes de la morale, du droit, de la liberté ou de l'égalité entre autres⁵⁵⁵. Mais avant de voir les implications en matière politique et juridique, il faut préalablement s'arrêter sur la « morale » qui découle de l'épistémologie reyienne et la confronter, de nouveau, avec celle des spiritualistes.

555 C'est ainsi que, là où REY insiste sur la liberté et l'égalité dans leur dimension matérielle, COUSIN exalte la vie spirituelle de l'homme pour expliquer que la liberté est d'abord celle de l'esprit ou que l'égalité est une égalité dans liberté (voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, III).

SECTION 2 : LES FONDEMENTS DE LA MORALE OU L'UTILITARISME HÉDONISTE DE JOSEPH REY

La querelle épistémologique qui vient d'être éclairée à l'aune de la position de Rey se reproduit sous une forme analogue lorsqu'il s'agit d'interroger les fondements de la morale. La simple définition du terme de « morale » ne réunit d'ailleurs aucun consensus. S'il a le plus souvent été question d'indiquer à l'homme un « devoir-être », certains, à l'instar de Tracy, l'envisagent d'abord comme la science qui étudie et analyse la volonté et les affects de l'homme. En Idéologue, Rey définit donc la morale comme étant avant tout l'« étude de notre volonté, de nos désirs, de nos passions⁵⁵⁶ » ou encore la « science de nos sentiments⁵⁵⁷ ». C'est une approche qui est toutefois plutôt partagée dans le premier XIX^e siècle, ce qui se signale par l'intérêt porté à l'analyse des « facultés intellectuelles et *morales* de l'homme ». Mais la question centrale des sciences morales reste celle de la détermination du critère du bien et du mal. Donc, d'une part, recherche des mécanismes de la volonté afin de comprendre comment elle s'oriente et donc comment l'orienter ; et d'autre part, détermination du critère de la moralité, c'est-à-dire de la valeur à partir de laquelle porter un jugement sur un objet quelconque. La morale est ainsi le préalable indispensable à tout questionnement en matière de droit et de législation, puisqu'elle s'interroge sur le principe présidant à la détermination des droits et des devoirs. C'est pourquoi, tout en nous limitant ici à ce qui concerne exclusivement la morale et en renvoyant à plus tard les conséquences en matière de droit et de législation, il importe de bien faire apparaître les différentes options en présence.

Le spiritualisme et le matérialisme, parce qu'ils reposent sur des visions opposées de la nature humaine, aboutissent en effet à des conceptions largement antagonistes des fondements de la morale. Schématiquement, on peut dire que rapporter toutes les facultés intellectuelles et morales de l'homme à la sensation conduit à insister sur le plaisir et la nécessité, là où ceux qui exaltent une raison ou une autre faculté toute spirituelle se concentrent plutôt sur les notions de devoir au sens fort et de liberté. On peut également constater que le sensationnisme se couple souvent à une approche utilitariste de la morale et du droit. S'opposent ainsi des morales déontologiques soutenues par la philosophie spiritualiste et des morales conséquentialistes qui se rattachent le plus souvent à une philosophie sensationniste.

Hédonisme, déterminisme et utilitarisme, voici des étiquettes qui conviennent

556 *Préliminaires*, p. 12.

557 *DBOS*, t. 1, p. 28.

effectivement à la philosophie morale de Joseph Rey. Celle-ci s'inscrit dans une tradition dont le XVIII^e siècle, lorsqu'il n'est pas passé au filtre kantien⁵⁵⁸, apparaît comme l'âge d'or. Des matérialistes tels qu'Helvétius, d'Holbach, La Mettrie ou encore Diderot, en rattachant les idées morales aux sensations ou au physique de l'homme, développaient en effet une réflexion centrée sur les idées de plaisir et d'intérêt. Rejetant la distinction traditionnelle entre le physique et le moral pour faire prévaloir le caractère « purement physique⁵⁵⁹ » de l'homme, d'Holbach refusait par conséquent l'idée de libre-arbitre. Nécessairement déterminé par le jeu de ses sensations physiques, sur lesquelles il n'a aucune prise, l'individu ne saurait trouver de critère de la moralité ailleurs que dans celles-ci. Et, mu par l'amour de soi ou le désir de se conserver, sa volonté tendra toujours vers les actions qu'il jugera les plus aptes à assurer la satisfaction de ses intérêts. Telle est, en substance, la morale que développaient un certain nombre de philosophes et moralistes du XVIII^e siècle.

C'est aussi celle de Rey. On retrouve en effet dans la théorie morale du juriste grenoblois, quoique avec une radicalité moindre, le substrat philosophique d'un d'Holbach, et plus encore d'un Helvétius. Il est toutefois malaisé de déterminer si ces sources anciennes ont été directement décisives pour Rey et dans quelle mesure. On sait qu'il connaît le *Système de la nature* de d'Holbach, sans pouvoir dater cette lecture. Ayant fréquenté Tracy, il est encore permis de penser que la philosophie d'Helvétius ne lui était pas étrangère. Celle de Bentham lui est également familière, quoique l'utilitarisme de Rey en diffère sur certains points, notamment en raison de l'intérêt du Grenoblois pour la question de la liberté morale. Les réflexions de Joseph Rey sur la liberté le conduisent en effet à refuser le dogme du libre-arbitre pour développer une conception déterministe de l'homme. Or cette approche de la liberté constitue déjà un premier obstacle pour faire admettre sa doctrine morale, car il est alors généralement admis par les hommes de tous bords que la moralité dépend du libre-arbitre (I). Cela ne désarme pas le juriste, qui considère que c'est seulement en comprenant comment s'oriente la volonté qu'il devient possible de déterminer la loi morale à laquelle l'homme est soumis. Il affirme sur cette base que l'homme est mu par son intérêt, guidé par le jeu des plaisirs et des peines, et que la morale, pour être efficace et ne pas faire violence à l'individu, doit donc se fonder sur l'intérêt (II). S'il reconnaît l'importance de la bienveillance, de la fraternité ou encore de la justice pour la morale, ces notions sont impuissantes à elles seules pour justifier les devoirs qui découlent. C'est par le biais de l'utilité et du rapport entre les plaisirs et les peines que Joseph Rey explique ces préceptes moraux.

558 On pense notamment à l'image que donne KANT des Lumières dans « Qu'est-ce que les Lumières ? » (*Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, Flammarion, 1991, p. 43-51).

559 P. T. D'HOLBACH, *Système de la nature*, t. 1, *op. cit.*, p. 2.

En affirmant qu'une morale utilitariste et hédoniste – le terme n'est pas employé par Rey lui-même mais apparaît adéquat pour qualifier sa morale – est la seule conforme aux lois de l'organisation biologique du corps humain, le juriste devait se préparer à subir les assauts des spiritualistes. En proposant une morale que l'on peut encore qualifier de physiologique, il développe ainsi une axiologie fondée sur les plaisirs et les peines. Or, ces notions apparaissent aux éclectiques beaucoup trop contingentes pour asseoir la morale. Ils vont donc préférer celles de devoir et de liberté. Les spiritualistes éclectiques sont encore une fois les principaux rivaux de l'utilitarisme hédoniste. Ils sont toutefois loin d'être les seuls à faire de la morale de l'intérêt leur bête noire et sont ici rejoints par de nombreux socialistes. C'est ainsi à une multitude d'opposants et d'interlocuteurs de tous bords que Joseph Rey doit répondre pour signaler l'inanité de leurs théories morales ou montrer comment celles-ci se résolvent toujours dans la morale de l'intérêt bien entendu (III).

I/ UNE CONCEPTION DÉTERMINISTE DE LA VOLONTÉ

L'épistémologie sensationniste à laquelle Rey adhère en dit déjà long sur l'anthropologie qui est la sienne. Dès ses *Preliminaires du droit*, alors même que la question de la liberté de la volonté n'est pas explicitement évoquée, il reprend les bases de l'Idéologie de Tracy en énonçant qu'

« [o]n peut bien concevoir un être doué seulement de la faculté de percevoir des idées, sans qu'aucun acte de volonté, aucun désir fût la suite de ces perceptions ; mais l'on ne peut concevoir un être *voulant, désirant*, sans une perception quelconque ; car il ne peut exister d'effet sans cause, et l'on ne peut *vouloir, désirer* une certaine chose, sans qu'on ait auparavant perçu l'idée que cette chose était bonne à vouloir, à désirer⁵⁶⁰ ».

Comme un sous-entendu, cette citation contient en germe l'idée d'une causalité dans laquelle est enfermée la volonté. À partir de l'Idéologie puis de la physiologie, Rey développe en effet une approche déterministe de l'homme (A), qu'il va ensuite s'attacher à justifier dans ses publications ultérieures. S'il revient à la charge à de nombreuses reprises, c'est parce que, dans l'esprit de ses contemporains, l'idée de moralité suppose nécessairement le libre-arbitre. Le nier revient par conséquent à faire le lit de l'immoralisme. Courante depuis le XVIII^e siècle chez les antiphilosophes et les apologistes, cette accusation fait plus que jamais consensus en ce premier XIX^e siècle (B).

560 *Preliminaires*, p. 11-12.

Dans la mesure où, pour désirer un objet quelconque, il faut d'abord en avoir perçu l'idée, il est évident pour Rey que « *notre volonté n'est pas libre de naître, INDÉPENDAMMENT DES IMPRESSIONS ANTÉRIEURES QUI AGISSENT SUR ELLE*⁵⁶¹ ». Autrement dit, notre volonté est *entièrement dépendante* « des causes dont les objets nous environnent de toutes parts, ou bien qui résultent de notre organisation, dont la *création* et la *modification* continuelle *ne dépendent point de nous*⁵⁶² ». C'est l'énoncé du principe de nécessité de la volonté, d'où découle conséquemment celui de nécessité des actions. Le libre-arbitre est dès lors exclu de la théorie reyenienne de la morale – et du droit. « Tout dans la nature est également soumis à des lois nécessaires.⁵⁶³ »

Si pour Rey la liberté est « LA MÊME CHOSE QUE NOTRE BONHEUR » et la contrainte « NOTRE SEUL MAL »⁵⁶⁴, c'est donc à la condition de la redéfinir. Le juriste propose ainsi une conception de la liberté que l'on peut qualifier de matérielle et non métaphysique. Rey puise alors chez John Locke les éléments de sa définition :

« Le *libre arbitre*, la liberté de l'homme, si l'on veut donner un sens raisonnable à ce mot, ne peut être que la *puissance d'exécuter sa volonté*, QUAND ELLE EST NÉE, comme nous l'avons dit précédemment d'après Locke, *mais non celle de la faire naître* SANS MOTIFS DÉTERMINANTS, c'est-à-dire d'après NOTRE PLEINE ET ENTIÈRE PUISSANCE, indépendamment de toute impression extérieure ou intérieure.⁵⁶⁵ »

Cette définition n'est pas proprement lockienne. C'est celle de la plupart des matérialistes et de Thomas Hobbes notamment⁵⁶⁶. Mais dans le premier XIX^e siècle, il est plus avantageux de se placer sous l'autorité de Locke que sous celle de l'auteur du *Léviathan*. Cette définition est également conforme à celle formulée par Tracy, par exemple dans son *Commentaire sur l'Esprit des Lois*⁵⁶⁷. Le juriste poursuit en expliquant que les motifs qui déterminent la volonté peuvent être « raisonnables ou déraisonnables », mais découlent toujours de diverses causes qui « nous y asservissent inévitablement »⁵⁶⁸. Elles « se rapportent d'une manière, *également inévitable*, à nos deux

561 JGLJ, t. 1, p. 21 ; TPGD, p. 113.

562 TPGD, p. 116.

563 BMG, F. 5194, p. 399.

564 JGLJ, t. 1, p. 19.

565 Ibid., p. 21-22 ; TPGD, p. 113.

566 « UN HOMME LIBRE est celui qui, pour ces choses que selon sa force et son intelligence il est capable de faire, n'est pas empêché de faire ce qu'il a la volonté de faire. Mais, quand les mots *libre* et *liberté* sont appliqués à autre chose qu'à des *corps*, c'est un abus de langage ; [...] on ne peut pas déduire de l'emploi des mots *volonté libre* [*free will*], une quelconque liberté de la volonté, du désir ou de l'inclination, mais la liberté de l'homme consistant en ceci qu'il ne rencontre pas d'obstacle pour faire ce qu'il a la volonté, le désir ou l'inclination de faire » (T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 337-338).

567 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'esprit des lois de Montesquieu*, Paris, Th. Desoer, 1822, p.127-133.

568 JGLJ, t. 1, p. 24 ; TPGD, p. 116.

ordres de sensations, *internes et externes*⁵⁶⁹ », écrit-il avant d'avoir supprimé cette distinction. Il précise alors que ce sont les sens extérieurs qui « déterminent sans cesse notre conviction, et avec elle notre volonté⁵⁷⁰ ». Si l'homme est d'abord conditionné par les lois de son organisation biologique, l'influence du milieu dans lequel il évolue n'est pas moins essentielle. Qu'il s'agisse des influences exercées par l'organisation sociale, politique, économique ou juridique, Joseph Rey tient ainsi largement compte de ces déterminants pour expliquer les comportements individuels⁵⁷¹.

Bien qu'il n'y ait pas de liberté au sens métaphysique, tout mouvement n'est pas le produit de déterminations instinctives. Rey ne nie pas qu'une part de raisonnement puisse intervenir dans le cadre du processus de décision⁵⁷². Ceci ne doit toutefois pas être compris comme l'intervention d'une raison souveraine. D'ailleurs, Rey n'hésite pas à admettre la possibilité, au sujet des animaux, que ce que nous considérons comme des actions instinctives soient en fait rationnelles⁵⁷³. Pour un spiritualiste comme Xavier Portets, une telle opinion relève en revanche d'une *observation superficielle*⁵⁷⁴. On trouve dans les *Leçons* de 1820 un passage qui explicite l'idée que Rey se fait du rôle de la raison, lorsqu'il aborde le prétendu combat entre raison et passion. On voit ainsi s'ouvrir une marge de volontarisme dans le déterminisme reyen, et l'on découvre de plus une conception originale du rapport entre raison et passion. Alors qu'un spiritualiste considère que les passions égarent la raison⁵⁷⁵, que l'homme doit faire un choix « entre les vérités de la raison [...] et les passions⁵⁷⁶ », l'Idéologue estime au contraire que toute rivalité entre elles est impossible puisqu'elles interviennent à deux moments différents dans le processus de décision. D'abord, l'idée d'un combat intérieur entre raison et passion est erronée car il s'agit toujours d'« un conflit entre des aperçus divers sur le *bien* ou le *mal*, que chaque détermination doit vraisemblablement nous procurer⁵⁷⁷ ». Ce sont toujours, poursuit-il,

« des raisonnemens opposés qui se balancent, qui se combattent, et dont l'un finit par avoir le dessus. Lorsqu'on s'est déterminé dans un sens plutôt que dans un autre, ce n'est point une victoire de la passion sur la raison ; mais, si je puis m'exprimer ainsi, c'est la victoire *d'une raison sur une autre raison*. La passion ne commence son empire qu'à l'instant où la détermination est prise. Auparavant, on ne saurait trop le répéter, il n'y avait qu'un conflit de divers raisonnemens,

569 JGLJ, t. 1, p. 24 ; TPGD, p. 116.

570 JGLJ, t. 1, p. 24 ; TPGD, p. 116.

571 Et la réduction des deux ordres de sensations n'y change rien puisque Rey maintient une distinction quant aux phénomènes qui les causent entre ceux externes et ceux internes.

572 DBOS, t. 2, p. 169.

573 *Ibid.*, p. 172.

574 X. PORTETS, *Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 14.

575 Augustin-Charles RENOUD, *Éléments de morale*, Paris, Ant. Aug. Renouard, 1818, p. 130.

576 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 438.

577 JGLJ, t. 1, p. 141.

plus ou moins rapides, plus ou moins vagues, mais réellement perçus. [...]

Si l'on voulait absolument, dans le langage métaphorique, parler du combat des passions, il faudrait dire qu'elles se combattent entr'elles, mais non qu'elles combattent la raison ; car dans ces prétendus combats de la passion et de la raison c'est *toujours une passion qui l'emporte sur une autre*, même lorsque notre détermination est raisonnable⁵⁷⁸ ».

Raison contre raison, passion contre passion, mais jamais l'une contre l'autre. Dans la tradition spinoziste⁵⁷⁹, qui sera ensuite poursuivie par Nietzsche⁵⁸⁰, Rey affirme donc que seule une passion est en mesure de contrarier une autre passion. En situant la passion dans la continuité de la raison, sans les opposer, il évite ainsi de faire de l'être humain le théâtre d'une lutte, où une raison toute spirituelle devrait inévitablement dominer les passions du corps. Cette « morale du cocher⁵⁸¹ », ainsi que la nomme le philosophe Baptiste Morizot, est en revanche celle de la plupart des spiritualistes. Elle est encore reprise par les juristes qui adhèrent à l'éclectisme. La raison apparaît alors comme le cocher qui devrait « [m]ater, dominer, contrôler⁵⁸² » les passions, conçues comme des chevaux fougueux, comme des animaux intérieurs féroces et débridés. C'est ce qu'on trouve par exemple chez Firmin Laferrière, qui identifie les passions à « la sensibilité organique » et la raison à « l'intelligence », pour affirmer que l'homme doit user de sa liberté afin de soumettre ses passions à sa raison⁵⁸³.

On comprend également que Rey n'identifie pas nécessairement la raison, le raisonnement, à ce qui est raisonnable. Il faut se souvenir de la conception qu'il se fait de la raison⁵⁸⁴. Le raisonnement qui intervient dans les actions volontaires n'est donc que la mise en balance de diverses raisons entendues au sens de motifs. Le juriste donne l'exemple, certes trivial, du désir de *posséder* une femme. Si je pense que cela me conduira au plus grand bonheur et que je cède à cette détermination, à cette raison, alors je suis subjugué par la passion de l'amour. Au contraire, si j'en viens à réfléchir et à conclure que cette jouissance est illusoire, et que je pense en outre aux risques que cette union me fait courir, de telle sorte que je m'y refuse en raison de ces

578 *Ibid.*, p. 141.

579 « Un affect ne peut être contrarié que par un affect contraire et plus fort que l'affect à contrarier » (Baruch SPINOZA, *Éthique*, Partie IV, proposition VII, cité par Baptiste MORIZOT, *Manières d'être vivant*, Paris, Acte Sud, 2020, p. 199). Certes, par affect, SPINOZA n'entend pas uniquement les passions mais également les actions.

580 NIETZSCHE écrit en effet que « *vouloir effectivement* combattre la violence d'une pulsion n'est pas en notre pouvoir [...]. Au contraire, dans tout ce processus, notre intellect n'est de toute évidence que l'instrument aveugle d'une *autre pulsion*, rivale de la première et dont la violence nous tourmente : qu'il s'agisse d'une pulsion cherchant la tranquillité, de la crainte de la honte ou d'autres conséquences néfastes, ou qu'il s'agisse de l'amour » (Friedrich NIETZSCHE, *Aurore*, Paris, Flammarion, 2012, p. 107).

581 « J'entends par "morale du cocher" cette carte de la vie intérieure où une Raison doit *contrôler d'une main de maître* les passions et désirs, qui sont ainsi assimilés à des bêtes irrationnelles, incapables de se conduire seules » (B MORIZOT, *Manières d'être vivant*, *op. cit.*, p. 180).

582 B. MORIZOT, *Manières d'être vivant*, *op. cit.*, p. 180.

583 F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 12.

584 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, III.

risques, alors ce sera la passion de la crainte qui l'emportera sur celle de l'amour⁵⁸⁵. Quoique dans le second cas, la détermination soit raisonnable, c'est malgré tout à la passion de la crainte que je céderais en définitive. En écrivant qu'une passion peut tout à fait découler d'une détermination raisonnable, Rey signale donc qu'il n'est pas forcément question d'excès ou d'intempérance lorsque l'on évoque les passions. La *détermination raisonnable* est simplement celle dont il résultera plus de bien que de mal, celle qui est conforme à l'intérêt bien entendu. Sans doute aurait-il été plus pertinent de parler de détermination éclairée pour éviter les inconvénients de la polysémie. Quoiqu'il en soit, cette conception de la raison, sans ouvrir une brèche à la notion de libre-arbitre, fraye cependant un chemin au volontarisme. Le raisonnement, puisqu'il revient à balancer entre plusieurs raisons conçues comme motifs et comme mobiles, peut en effet être orienté en jouant justement sur cet équilibre. Ce qui ne paraît pas être le cas si l'on reconnaît à l'homme un libre-arbitre.

En réfutant la notion de libre-arbitre qui se situe au fondement de la morale et du droit français du premier XIX^e siècle, Rey s'inscrit dans un champ d'autant plus marginal que les détracteurs de la philosophie du XVIII^e siècle cherchent encore à le stigmatiser en raison des prétendues conséquences d'une telle doctrine. Mais pour notre auteur, c'est au contraire leur conception de la liberté morale qui crée les effets sociaux les plus pernicioeux. Le dogme du libre-arbitre est perçu par le juriste comme l'une des sources principales des sentiments d'hostilité qui perturbent l'harmonie sociale, alors que l'admission du principe de nécessité produirait des effets opposés. Bien loin d'aboutir aux résultats déplorables que lui imputent ses contempteurs, le principe de nécessité conduirait, d'après Rey, à la généralisation de la tolérance et de la bienveillance.

C'est ce qu'il explique à la suite de Robert Owen. Ce dernier considère en effet que l'homme est déterminé, que son caractère « est formé *pour* et non *par* l'individu⁵⁸⁶ », et que celui-ci n'est donc pas maître de ses déterminations et de sa volonté. Par conséquent, il tient le principe du libre-arbitre – et la responsabilité qui en est le corollaire – comme l'un des maux principaux de la société puisqu'il « détruit entre les hommes toute charité, toute affection⁵⁸⁷ ». Le juriste français partage cette critique. Il est en effet « bien certain, écrit-il, que dès l'instant qu'on considère un être qui nous a nui comme ayant pu autrement diriger sa volonté, on doit bien plus s'irriter contre ses actes que s'il était regardé comme enchaîné malgré lui par tout ce qui

585 JGLJ, t. 1, p. 142.

586 R. OWEN, *Le livre du nouveau monde moral*, trad. Thornton, Paris, Paulin, 1847, p. 25.

587 R. OWEN, *Courte exposition d'un système social rationnel*, Paris, Marc-Aurèle, 1848, p. 1.

l'entoure⁵⁸⁸ ». L'adhésion au dogme du libre-arbitre explique ainsi une large part des sentiments exagérés des hommes, qu'il s'agisse de l'« idolâtrie » et de l'« extase » ou de « sentiments cruels »⁵⁸⁹. À l'inverse, « lorsqu'on réfléchit qu'aucun de nous n'est vraiment maître d'agir autrement qu'il ne l'a fait, on se sent pénétré d'un profond sentiment d'indulgence qui éloigne toute *haine*, dans le sens extrême de ce mot⁵⁹⁰ ». D'Holbach parlait également de « cette tolérance universelle qui devrait être une suite de l'opinion que tout est nécessaire⁵⁹¹ ». L'introduction du principe de nécessité n'est certes pas la panacée universelle de tous les sentiments hostiles, reconnaît Joseph Rey. Animal jouissant et souffrant, l'homme sera toujours affecté en bien ou en mal, attiré ou repoussé par tel ou tel objet ou individu. Néanmoins la puissance des sentiments d'hostilité serait ainsi tempérée. De tels sentiments ne seraient guère plus exacerbés en face d'un autre homme qu'en face d'un animal ou d'un objet inanimé.

Guère plus puissants, mais toutefois légèrement différents car les sentiments qu'inspirent les actions des hommes ne sont pas totalement indépendants de la volonté qui les précède et des motifs qui les déterminent. Rey adopte en effet une approche conséquentialiste qui tient compte des effets moraux de la volonté de l'agent, en mobilisant la notion de sympathie.

Dans la recherche de l'harmonie sociale, l'admission du principe de nécessité constituerait donc un puissant vecteur de moralisation : cela « changerait les bases du monde moral de la manière la plus désirable⁵⁹² ». C'est là que le déterminisme de Rey peut vraiment être qualifié de vertueux et de volontariste. Le philosophe grenoblois rejette loin de sa réflexion tout fatalisme. Le fatalisme avance qu'il est impossible pour les hommes d'agir sur les circonstances qui les déterminent. Le déterminisme, au contraire, considère généralement que c'est en connaissant les divers déterminants qu'il est envisageable de changer les choses. Si la volonté des hommes est déterminée, il devient en effet possible d'agir sur ses différents ressorts. Une telle approche conduit ainsi le penseur à chercher l'organisation sociale la plus apte à favoriser l'éclosion des habitudes, des sentiments et des passions les plus harmonieuses.

Elle l'amène également à remettre en cause la logique pénale fondée sur le libre-arbitre⁵⁹³. Il y a en effet une antinomie entre le principe de nécessité et l'idée de punition. Si Rey reconnaît malgré tout à la société un droit de punir les individus, c'est seulement en raison de l'effet

588 TPGD, p. 140.

589 *Ibid.*, p. 143.

590 *Ibid.*, p. 143.

591 P. T. D'HOLBACH, *Système de la Nature*, t. 1, *op. cit.*, p. 243.

592 DBOS, t. 2, p. 255.

593 Pour une analyse complète de cet aspect de la pensée de Joseph REY, voir M. REGAD, *Attaquer le droit pénal par la philosophie*, *op. cit.*

dissuasif de la menace des châtements. Dans ses *Bases de l'ordre social*, il suggère même que le système pénal est amené à être dépassé : les punitions ne sont que des « tristes palliatifs » et seul un défaut de connaissance des « principes vraiment constitutifs de l'harmonie humaine » explique que le législateur se soit « arrêté [...] à ce genre de moyens »⁵⁹⁴. C'est pourquoi, conformément à la philosophie déterministe, Rey propose de mettre place une politique criminelle, plus que pénale, qui se veut apte à prévenir les désordres en attaquant « la racine du mal »⁵⁹⁵ au lieu de ne se réserver que le triste privilège de la punition. Sous sa plume se révèlent ainsi les germes d'une posture abolitionniste.

Par ailleurs, le juriste fait remarquer que, pour un penseur conséquent, l'admission du dogme du libre-arbitre rend stérile et inutile les prescriptions de toute législation :

« En effet, si la volonté est *entièrement libre et maîtresse d'elle-même*, c'est en vain qu'on chercherait à la diriger vers le bien lorsqu'elle se porterait vers le mal, puisque dans ce cas, il serait impossible de lui imprimer une autre direction. Ainsi toutes les lois civiles, pénales, et mêmes religieuses, *seraient absolument des moyens inutiles*.⁵⁹⁶ »

Mais puisque tel n'est pas le cas, il est possible de modifier les comportements individuels en agissant sur l'environnement en général et sur l'organisation sociale en particulier. Il s'agit alors d'orienter la volonté des individus en leur donnant des raisons de se porter vers le bien – bien qui reste encore à déterminer –, ou de se détourner des actions nuisibles. Si l'on veut influencer les hommes, le système des *peines et des récompenses factices* peut s'avérer utile, mais il convient avant tout d'agir sur leur milieu, faire de la « mésopolitique »⁵⁹⁷. L'homme n'étant ni un être purement instinctif, ni un être doué d'une capacité d'autodétermination, le législateur, l'éducateur ou le moraliste a donc une marge de manœuvre pour guider sa volonté en jouant sur les motifs qui la déterminent. C'est pourquoi il doit avoir une connaissance complète des lois de la nature humaine, afin d'orienter efficacement les actions individuelles et collectives :

« Le véritable moraliste, l'homme qui mérite seul ce nom, est celui qui saisit avec discernement les diverses tendances de notre être, pour les faire servir, autant que possible, au bonheur de chacun, ainsi qu'à l'harmonie sociale, sans laquelle le bonheur individuel ne peut être que bien précaire.⁵⁹⁸ »

594 DBOS, t. 2, p. 220.

595 DBOS, t. 2, p. 255.

596 JGLJ, t. 1, p. 20.

597 « Le philosophe Ferhat Taylan appelle mésopolitique (littéralement "politique par le milieu") une manière de conduire les citoyens sans les commander, simplement en transformant les milieux de vie, de manière à influencer les comportements » (B. MORIZOT, *Manières d'être vivant*, op. cit., p. 194). Jérôme LAMY précise à son tour que le terme mésopolitique s'entend « d'une combinaison fluide des manières d'envisager le milieu comme un investissement politique pour gouverner les conduites humaines » (« L'Empire des milieux », *Zilsel*, n° 5, 2019/1, p. 476), et signale d'ailleurs que Ferhat TAYLAN a remarqué l'émergence d'une telle manière d'envisager les rapports entre l'homme et son milieu dans l'œuvre des Idéologues (*ibid.*, p. 475).

598 DBOS, t. 1, p. 239.

Ce déterminisme se double alors, à l'instar de ce qu'on trouve chez d'Holbach par exemple⁵⁹⁹, d'une sorte de refus de la séparation entre nature et culture ou artifice. Joseph Rey demande en effet dans ses *Bases* : « à prendre les mots dans leur rigueur, ne peut-on pas dire que tout ce qui est dans la nature est naturel ? Et dès-lors pourquoi donner exclusivement cette qualification à tels ou tels rapports de la nature ?⁶⁰⁰ » Certes, le corps humain a ses propres lois contre lesquelles il serait inutile de lutter. Mais l'individu est également extrêmement malléable – « l'habitude est une seconde nature⁶⁰¹ » – et il est possible de jouer sur l'organisation sociale pour orienter son comportement. C'est précisément le rôle de la législation, qui « *n'est que l'art de bien diriger les pensées, les sentimens et les actions de l'homme*⁶⁰² ». Certes, Rey admet par endroit de distinguer *naturel* et *anti-naturel*. Mais cette distinction ne se fonde pas sur une quelconque référence à l'artifice ; ces deux termes renvoient simplement à l'idée d'une aptitude à favoriser le bien-être des individus (ce qui sera dit *naturel*) ou non (*anti-naturel*)⁶⁰³. Lorsqu'il écrit en substance que tout ce qui existe peut-être dit naturel, c'est pour s'opposer à l'idée que l'intervention des hommes, en matière d'organisation sociale ou de législation par exemple, serait nécessairement arbitraire. Autrement dit, ce n'est pas parce que le législateur adopte des mesures qui vont contre certaines tendances *naturelles*, telles que la tendance à l'inégalité, que ces mesures sont arbitraires, non naturelles – comme le pensent un certain nombre de juristes. Au contraire, elles seront éminemment naturelles si elles tendent à favoriser le bonheur des individus. Ce qui est naturel, dans le sens de primitif, donné, peut ainsi être modifié par les lois humaines, qui seront dites naturelles si elles favorisent le bien-être. Il convient donc de procéder à l'analyse des déterminations morales des hommes afin de comprendre quels sont les différents ressorts sur lesquels les éducateurs du genre humain peuvent appuyer, ainsi que la direction qu'ils doivent chercher à imprimer aux hommes. Tel est l'objet premier de la science morale. Mais bien que le déterminisme de Rey soit résolument vertueux et volontariste, il est toutefois condamné par l'immense majorité de ses contemporains.

599 Par exemple lorsqu'il écrit : « Pour un être élevé au dessus de notre globe, & qui du haut de l'atmosphère contemplerait l'espèce humaine avec tous ses progrès & changemens, les hommes ne paroitraient pas moins soumis aux loix de la nature lorsqu'ils errent tout nus dans les forêts pour y chercher péniblement leur nourriture, que lorsque vivant dans des sociétés civilisées, c'est-à-dire enrichies d'un plus grand nombre d'expérience, & finissant par se plonger dans le luxe ils inventent de jour en jour mille besoins nouveaux & découvrent mille moyens de les satisfaire » (P. T. D'HOLBACH, *Système de la nature*, t. 1. *op. cit.*, p. 3).

600 *DBOS*, t. 2, p. 184.

601 *DBOS*, t. 1, p. 237.

602 *TPGD*, p. 21.

603 Voir *infra* Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, B, 2.

B/ LA CONDAMNATION DU DÉTERMINISME COMME IMMORALISME

Lorsque nous avons présenté la critique des *Préliminaires du droit* formulée par Sautelet, la question de la liberté de la volonté a été laissée en suspens. Il est temps de l'aborder car elle constitue un bon archétype de la thèse éclectique. Comme tous ceux qui adhèrent aux principes de Victor Cousin, Sautelet reconnaît trois phénomènes en l'homme : sensibilité, raison et ce qu'il nomme individualité. C'est l'individualité qui nous intéresse ici, car c'est elle qui se confond avec les notions d'activité, de volonté, de liberté ou encore de personnalité. Elle est encore synonyme du *moi*. Cette portion de l'être, explique le juriste éclectique, est supérieure à sa sensibilité mais inférieure à la raison, envers laquelle l'individualité est obligée⁶⁰⁴. Cette soumission de la force libre de l'homme à la raison ne conduit cependant pas à une dévalorisation de la liberté⁶⁰⁵ comme c'est pourtant le cas pour la sensibilité. Bien au contraire Sautelet écrit que la « loi de l'homme » consiste dans la « conservation de cette force libre qui le constitue. Là est la vertu », car cette conservation est un devoir imposé par sa raison⁶⁰⁶. L'affirmation de Sautelet résume en fait le point de départ à partir duquel les éclectiques vont théoriser le droit⁶⁰⁷. Cette liberté sert avant tout de fondement à l'obligation morale.

C'est pourquoi la philosophie reyienne est perçue comme destructrice de toute morale. En effet, Sautelet considère qu'il ne peut exister de devoir sans « liberté qui le subisse et le comprenne comme obligatoire⁶⁰⁸ ». Autrement dit, à défaut de libre-arbitre, l'homme n'est soumis qu'à la loi de ses besoins, besoins qui ne sauraient constituer des devoirs aux yeux de Sautelet. C'est de la raison seule que proviennent les devoirs et c'est la volonté libre seule qui peut les accepter, afin de soumettre la sensibilité conformément aux exigences de la raison. Cette logique est exprimée par Cousin dans ses *Fragmens philosophiques*, qui estime que souvent la volonté combat la sensation⁶⁰⁹. « La loi morale ne peut commander qu'à une volonté libre⁶¹⁰ », écrit-il. Mais « celui qui obéit n'est pas libre⁶¹¹ », répond alors Joseph Rey, puisque le

604 A. SAUTELET, « *Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey* », art. cit., p. 65.

605 Du moins pas pour ce qui nous intéresse. Mais la raison domine la liberté, et c'est ce qui conduit les éclectiques à refuser les conceptions volontaristes de la loi. Puisque la volonté, synonyme de liberté, doit être soumise à la raison, ils vont affirmer que la souveraineté réside dans la raison et que, par conséquent, la loi doit exprimer la raison et non une quelconque volonté (voir *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 3, II, A, 1, β).

606 A. SAUTELET, « *Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey* », art. cit., p. 66.

607 Voir *infra* Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, A.

608 A. SAUTELET, « *Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey* », art. cit., p. 70.

609 V. COUSIN, *Fragmens philosophiques*, op. cit., p. xiv.

610 *Ibid.*, p. 173.

611 BMG, F. 5194, p. 173.

commandement et la liberté sont deux termes qui « se repoussent⁶¹² ».

L'association de la liberté au devoir passe pourtant, sous les plumes de la plupart des spiritualistes, pour la condition même de la moralité. Si toutes les actions humaines étaient déterminées, alors il n'y aurait plus de notions de mérite et de dé mérite, et par conséquent, nulle morale⁶¹³ : « Il n'y a pas de moralité dans la nature humaine à moins que l'homme ne soit libre et soumis à une loi obligatoire⁶¹⁴ ». En mettant à mal les notions de liberté et de responsabilité telles qu'elles sont communément conçues, le déterminisme porte ainsi atteinte aux fondements du droit et de la justice car, écrit Renouard,

« ce qu'il faut voir dans la justice c'est l'obéissance à une voie intime qui déclare à l'homme qu'il a reçu sa liberté, pour dompter et non pour servir sa nature instinctive⁶¹⁵ ».

On retrouve la même idée chez Molinier lorsqu'il affirme que la « faculté de vouloir », c'est-à-dire le libre-arbitre, est « le fondement de tout droit »⁶¹⁶. N'est moral que l'être libre qui a lutté contre lui-même, et plus encore contre les appels de son corps, ce qui ne saurait être le cas de celui qui agit irrésistiblement. Les juristes spiritualistes, qu'ils soient éclectiques ou non, sont ainsi nombreux à prendre part à la critique du déterminisme et à défendre farouchement le dogme du libre-arbitre qu'ils jugent indispensables. Rey constate d'ailleurs l'embarras que cela suscite chez certains d'entre. Alors que le raisonnement conduit à nier l'existence du libre-arbitre, ils s'en remettent « *au sens intime, à l'instinct naturel, au sens commun* » pour appuyer leurs assertions⁶¹⁷. Joseph Rey vise ici Lherbette⁶¹⁸, mais c'est également le cas de Foucart⁶¹⁹, Renouard⁶²⁰ ou Belime⁶²¹ entre autres. Au lieu de procéder selon la méthode analytique, Lherbette sait d'avance à quel résultat il souhaite aboutir, même si cela doit faire violence au raisonnement. En effet, alors que le raisonnement met « hors de doute » l'idée que « l'organisation dépend de l'être

612 Ibid., p. 173.

613 « Le libre arbitre [...] est la source de [la] responsabilité morale, du mérite et du dé mérite » (P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 149-150) « C'est [du] libre arbitre que dépendent la moralité et le mérite de nos actions » (Bénigne PONCET, *Traité élémentaires de législation et de procédure, Premier Traité, Des actions*, Dijon, Bernard-Defay, 1817, p. 17).

614 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel, professé à la faculté des lettres de Paris*, t. 1, Paris, Prévost-Crocius, 1834-1835, p. 66.

615 *Thémis*, t. 3, p. 201.

616 Victor MOLINIER, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. 1, Paris, Arthur Rousseau, 1893, p. 21.

617 *JGLJ*, t. 2, p. 254.

618 LHERBETTE considère en effet qu'il est de toute nécessité de reconnaître la liberté morale de l'homme et c'est pourquoi il s'en remet au « sens intime » (*Introduction à l'étude philosophique du droit, op. cit.*, p. 7).

619 Voir J. FERRAND, « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique », *art. cit.*, §107.

620 « Chacun sent au fond de son âme que les déterminations de sa volonté sont libres » (A.-C. RENOARD, *Éléments de morale, op. cit.*, p. 129).

621 William BELIME écrit que « nous regardons comme établi, par le seul fait du sentiment intime, le dogme de la liberté de l'homme » (*Philosophie du droit, ou cours d'introduction à la science du droit*, t. 1, Paris, Joubert, 1844, p. 54).

organisateur et non de l'être organisé, que dès lors nous sommes assujettis par cette organisation comme une machine par sa construction, et gouvernés par nos passions comme une machine l'est par son moteur »⁶²², il se refuse néanmoins à l'admettre au nom de la morale. Rey ne s'y trompe pas quand, à la suite de Dunoyer⁶²³, il reproche aux « philosophes dits *rationnels* [...] d'être dogmatiques dans l'affirmation des notions de liberté⁶²⁴ ».

Renouard s'afflige encore de voir l'Idéologue Volney traiter des « principes physiques de la morale » :

« on s'étonne de cette alliance qui montre la liberté de l'homme asservie à la nature matérielle, et obligée de prendre pour son guide et sa règle ces lois de la sensibilité dans lesquelles une doctrine plus généreuse ne veut reconnaître, au contraire, qu'un obstacle imposé à la tendance de notre âme (*sic*) vers le souverain bien, afin de nous faire acheter le mérite de la victoire par la difficulté et la perpétuité du combat⁶²⁵ ».

Cette *généreuse doctrine* de la liberté sert pourtant à justifier la domination du corps. Il y a en arrière fond tout l'héritage chrétien du combat de l'esprit contre le corps, qui s'exprime aussi de façon différente dans l'idée d'un combat de la raison contre les passions. Aussi n'est-il pas étonnant de retrouver une foule d'arguments théologiques expliquant la liberté de l'homme par analogie avec celle de Dieu⁶²⁶. Ce dogme du libre-arbitre a en effet des racines religieuses bien marquées, notamment depuis l'anathème jeté contre tous ses négateurs lors du Concile de Trente⁶²⁷. Bien conscient de tout ceci, Rey se plaît à rappeler l'aporie ou mène « l'idée d'un créateur *tout-puissant* et celle d'une créature *entièrement libre* de faire et de vouloir à sa guise⁶²⁸ ». De façon audacieuse, il va jusqu'à évoquer la possibilité que le dogme du libre-arbitre puisse constituer un blasphème envers la toute puissance divine. La rhétorique qui associe le libre-arbitre aux dogmes religieux n'est cependant par l'exclusivité des théologiens proprement dits ni des éclectiques

On la retrouve en effet sous la plume de certains socialistes comme Constantin Pecqueur. Selon lui, la volonté libre est un don de Dieu dont l'homme doit faire un bon usage. Tirailé dans son intériorité par une lutte entre le bien et le mal, l'individu ne saurait mériter qu'en choisissant le bien, c'est-à-dire en sacrifiant ses désirs et ses besoins dès lors qu'ils apparaissent

622 A.-J. LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, *op. cit.*, p. 193.

623 Charles-Barthélemy DUNOYER, *L'industrie et la morale considérées dans leurs rapports avec la liberté*, Paris, Sautelet, 1825, p. 21.

624 TPGD, p. 206.

625 *Thémis*, t. 2, p. 289.

626 COUSIN parle, par exemple, de « l'être intelligent et libre que Dieu a fait son image » (*Fragments philosophiques*, t. 1, 3^e éd., Paris, Ladrangé, 1838, p. xiii).

627 « Canon V : Si quelqu'un dit, que depuis le péché d'Adam, le libre Arbitre de l'homme est perdu & éteint ; que c'est un être qui n'a que le nom, ou plutôt un nom sans réalité ; Ou enfin, une fiction, ou une vaine imagination, que le Démon a introduite dans l'Église ; Qu'il soit Anathème » (*Le Saint Concile de Trente acuminé et général*, trad. de l'Abbé Chanut, Paris, Sébastien Mabre-Cramoisy, 1674, p. 59).

628 LSCM, p. 152.

incompatibles avec ses devoirs⁶²⁹. Envisager le libre-arbitre comme la condition même de la moralité est ainsi un topos de l'époque qui réunit ceux qui se présentent pourtant comme des adversaires politiques. Même des fouriéristes, pourtant enclins à reconnaître et à valoriser le jeu des passions, peuvent écrire qu'« [il] n'y a pas de moralité sans liberté⁶³⁰ ». Certains des communistes plus radicaux se font encore partisans du libre-arbitre, quoiqu'il n'y ait plus nécessairement de référence à Dieu. C'est le cas des rédacteurs de *La Fraternité* de 1841. Tout en reconnaissant les déterminations qui pèsent sur les individus, ils signalent en effet à Rey leur désaccord avec sa conception de la liberté. Dans une lettre qu'ils lui adressent en juillet 1841⁶³¹, ils admettent qu'il existe autour de l'homme un « cercle infranchissable », mais ce cercle, disent-ils, est suffisamment large pour que l'individu « doué de libre arbitre » puisse s'y mouvoir « à volonté ». Cela leur permet de professer « le principe de la responsabilité humaine », contrairement à Robert Owen. Il est clair que leur position est beaucoup moins absolue que celle des spiritualistes, moins axée sur un rapport de lutte, et non théologique. Mais elle produit inévitablement des conséquences en termes de responsabilité et de culpabilité. Et Rey de remarquer que ces néo-babouvistes ne mentionnent le libre-arbitre que par crainte de ne savoir comment justifier autrement la répression des actions nuisibles⁶³². Certains auteurs vont d'ailleurs très loin dans cette logique. C'est par exemple le cas du Baron Nicolas Massias. Celui-ci refuse tout simplement que l'on puisse apporter la preuve que la volonté est déterminée. Dans une brochure en forme de lettre adressée à Broussais, il affirme que si le médecin pouvait prouver que la volonté résulte d'une modification des organes, il ferait mieux « de ne pas en donner la preuve ; car si ce fait était certain, quel juge oserait condamner celui qu'une *modification d'organes* aurait forcé à vouloir malgré lui égorger effectivement son père ?⁶³³ » La question des conséquences, en termes de responsabilité, d'une anthropologie sensationniste et donc déterministe est en effet un des points les plus épineux⁶³⁴. Joseph Rey répond à Massias que cela n'est que « trop facile à prouver⁶³⁵ ». Quant aux rédacteurs de la *Fraternité*, il leur rappelle à la suite de Tracy⁶³⁶ et conformément à la méthode d'observation, qu'on ne peut refuser de reconnaître un fait parce que ses conséquences nous déplairaient ou seraient prétendument *immorales*.

629 C. PECQUEUR, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique*, op. cit., p. 43-44.

630 *La Phalange, Revue de la science sociale*, 1ère série, t. 9, Paris, 1849, p. 344.

631 Lettre retranscrite par REY dans ses *Mémoires sur la Restauration*, t. 1, page annexée entre les pages 192 et 193.

632 Brouillon de réponse de REY aux rédacteurs de *La Phalange* (BMG, T. 3951).

633 Nicolas MASSIAS, *Lettre à M. le Docteur Broussais, sur sa réponse aux observations du baron Massias* Paris, Firmin Didot, 1829, p. 24.

634 Nous avons déjà traité cette question en matière pénale dans un autre ouvrage (*Attaquer le droit pénal par la philosophie*, op. cit.).

635 BMG, E. 27135, p. 24.

636 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie, IV et V, Traité de la volonté et de ses effets*, 2^e éd., Paris, Veuve Courcier, 1818, p. 548-549.

« Existe-t-il ou n'existe-t-il pas ?⁶³⁷ » Telle doit être la seule question de départ. Il s'agira ensuite de rechercher, si les conséquences sont mauvaises, les moyens de les détruire ou de les diminuer.

Rey admet ainsi pour base de ses recherches morales que la volonté de l'homme est déterminée. Elle est déterminée par des idées antérieures, elles-mêmes produites par la voie des impressions sensibles. Les sensations sont donc au cœur de la théorie morale de Joseph Rey et c'est à partir de là qu'il va énoncer que l'homme est nécessairement et invariablement mu par son intérêt.

II/ LA RECONNAISSANCE DE L'INTÉRÊT COMME CLEF DE VOÛTE DU MONDE MORAL

La science morale, qui consiste dans l'étude de la volonté et des sentiments, doit permettre de comprendre les lois auxquelles la volonté est assujettie. Le but est double. Il s'agit, à partir d'une analyse des mécanismes de la volonté, des « ressorts de l'action⁶³⁸ » pour parler comme Bentham, ainsi que des mécanismes d'approbation et de désapprobation, de faire émerger le critère de la moralité. Or, dans une approche sensationniste, toutes les idées trouvant leur origine dans les sensations, il est conséquent de reconnaître l'importance du rôle joué par les jouissances et les souffrances (plaisirs et peines) dans les jugements moraux. C'est pourquoi Rey énonce que l'homme est mu par la recherche du bonheur, du plaisir, de la jouissance, termes tous synonymes qui se résument dans la notion d'intérêt. Si personne ne nie ce penchant hédoniste, rares sont toutefois ceux qui ne cherchent pas à le combattre en affirmant que la moralité humaine suppose le devoir de lutter contre l'intérêt personnel. Rey, quant à lui, n'a aucun mal à lier les notions de devoir et de plaisir. Il considère ainsi que la seule morale possible doit se fonder sur les intérêts. Dans la lignée de Tracy, il envisage alors la morale comme l'art « de régler nos désirs et nos actions de la manière la plus propre à nous rendre heureux⁶³⁹ ».

Cependant, Rey suggère à plusieurs reprises que la morale utilitariste serait incomplète si elle n'était pas doublée de la reconnaissance de la sympathie, ce qui vient jeter un doute sur l'importance de la notion d'intérêt dans sa théorie morale. Si l'analyse de ce qui se cache derrière son concept de sympathie permet facilement de concevoir la sympathie dans les termes de

637 Brouillon de réponse de REY aux rédacteurs de *La Phalange* (BMG, T. 3951). C'est une façon de répondre aux sectateurs du libre-arbitre que l'on retrouve aussi dans *TPGD*.

638 J. BENTHAM, *La table des ressorts de l'action*, trad. J.-P. CLÉRO, Paris, L'Unebêvue, 2008.

639 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie*, I, *Idéologie proprement dite*, *op. cit.*, p. 72.

l'intérêt, il importe toutefois de mettre à jour cette ambiguïté pour éviter les malentendus qui pourraient résulter d'une lecture superficielle. Aussi s'agira-t-il, après avoir présenté la morale des intérêts **(A)**, d'apprécier la conception que Rey se fait du principe de sympathie **(B)**, afin de s'assurer que l'intérêt, sous ses diverses appellations, est bien le centre névralgique de toute la philosophie morale du juriste.

A/ L'AFFIRMATION D'UNE MORALE DES INTÉRÊTS ...

Pour désirer un objet, d'après Rey, il faut d'abord en avoir perçu l'idée, et plus précisément « l'idée que cette chose était bonne à vouloir, à désirer⁶⁴⁰ ». Un critère de jugement apparaît : la bonté d'une chose. Or, comme nous l'avons vu précédemment, la bonté est une idée composée, une abstraction qui n'a de réalité qu'au titre de la pensée et qui est susceptible de recevoir une infinité d'acceptions. Il convient donc de comprendre ce qui conduit l'individu à considérer qu'une chose est bonne ou mauvaise, désirable ou non. Loin de spéculer sur le bien absolu, le bien en soi, « mots vides de sens⁶⁴¹ », Rey cherche le critère du bien dans l'individu. C'est ainsi qu'il est amené à reconnaître l'hédonisme intrinsèque de l'être humain.

En effet, puisque l'homme appréhende le monde à travers ses sens, il va alors se trouver assailli par des sensations agréables ou désagréables, des jouissances et des douleurs, qui se nomment plaisirs et peines dans leur versant moral. Il résulte de là que sa volonté sera toujours dirigée vers ce qui est conforme à sa nature sensible, car « à la suite [d'une] impression en bien ou en mal, il est de notre nature que nous éprouvions un sentiment d'attraction ou de répulsion pour l'être que nous croyons l'avoir causée⁶⁴² ». Partant, Rey admet que ces sensations soient, pour l'individu, la mesure du bon, le critère de la moralité. Autrement dit, il confère aux sensations agréables et désagréables une dimension axiologique. Loin de se récrier contre cette quête de jouissance, il l'admet au contraire comme base de la moralité car elle est conforme aux lois de l'organisation biologique de l'homme. Cette recherche du plaisir et cette fuite de la douleur, qui peut se résumer en termes de *besoins*, forme même chez notre auteur le fond des notions de droit et de devoir⁶⁴³. Plaisirs et peines sont ainsi au centre du système axiologique de Joseph Rey et se voient même dotés d'une portée normative. Malgré une tentation certaine de se démarquer de Hobbes, c'est ainsi avec des accents très hobbesiens qu'il écrit :

640 *Préliminaires*, p. 12.

641 BMG, X. 117, t.1, p. 37.

642 DBOS, t. 2, p. 32.

643 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II, A.

« Considérons l'homme pris isolément. Il a, bien certainement, le *droit* de faire tout ce qui peut lui procurer un bien-être quelconque ; car la prétention d'éprouver du bien-être *est conforme* aux lois, aux principes de son organisation, d'après lesquels il est appelé à vouloir éprouver des sensations agréables. Il aurait, au contraire, *tort* de vouloir faire ce qui lui procurerait un mal-être, parce que cette prétention ne *serait pas conforme* aux lois de cette même organisation.⁶⁴⁴ »

Les lois de son organisation vont jusqu'à lui imposer « le *devoir* de faire tout ce qui lui est possible, dans cet état d'isolement, pour satisfaire à ses besoins⁶⁴⁵ ». Le premier devoir (et le premier droit) de l'homme est donc de se conserver ; il lui est imposé par sa nature même. Une telle approche de la normativité ne distingue pas le devoir-être de l'être. Le devoir n'est pas extérieur à l'homme, mais inscrit en lui, car le corps humain dispose de ses propres lois. Or, il est conforme à ces lois que l'individu cherche à se procurer des jouissances et à éviter les souffrances ; c'est ainsi que sa volonté est orientée et qu'il assure sa conservation. Les notions de devoir comme de droit se rattachent alors à celle de besoin, qui, au sens large, s'entend comme le besoin de satisfaire ses désirs. Aussi Rey peut-il écrire, bien que cela appelle ensuite un commentaire pour apprécier la nature des désirs, que « *la liberté de satisfaire nos désirs EST TOUJOURS UN BIEN, tandis que l'empêchement de cette satisfaction EST TOUJOURS UN MAL*⁶⁴⁶ ». Voilà pour la loi qui gouverne la volonté humaine. Le besoin d'être heureux est une conséquence de la sensibilité. L'individu est mu par son intérêt, et bien qu'il puisse se tromper sur ce qu'il croit être son intérêt ou sur les voies à suivre pour le réaliser, la science morale doit partir de cette donnée première.

Bentham parlait du plaisir et de la douleur comme des « deux maîtres souverains⁶⁴⁷ » sous le gouvernement desquels l'humanité est placée. Rey quant à lui évoque la quête de plaisir comme « le seul mobile inaltérable » de l'homme qui peut le mener à la vertu⁶⁴⁸. Certes, une telle opinion fut toujours frappée d'anathème depuis Épicure, mais le juriste considère que cela n'est du qu'à une acception trop étroite de la notion de plaisir⁶⁴⁹. En effet, loin de se limiter à la reconnaissance des plaisirs physiques, comme le faisait par exemple Helvétius⁶⁵⁰, l'hédonisme de Rey prend également en compte toute la gamme des plaisirs intellectuels et affectifs, dont l'intensité n'est d'ailleurs pas des moindres. Encore faut-il rappeler que la distinction entre les

644 *Préliminaires*, p. 96.

645 *TPGD*, p. 166.

646 *Ibid.*, p. 110. Alors que PORTETS écrit à l'inverse que « [s]e livrer à tous ses désirs, [...] c'est se plier à l'empire des passions, c'est se soumettre à l'esclavage le plus avilissant » (*Cours de droit naturel, op. cit.*, p. 68).

647 J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham coordonnée par J.-P. CLÉRO et E. DE CHAMPS, Paris, Vrin, 2011, p. 25.

648 *DBOS*, t. 1, p. 342.

649 *Ibid.*, p. 342.

650 « Tout en nous est passion factice, à l'exception des besoins, des douleurs et des plaisirs physiques » (Claude-Adrien HELVÉTIUS, *De l'Homme, Œuvres d'Helvétius*, t. 3, Paris, Briand, an II (1793), p. 292).

plaisirs physiques et les plaisirs moraux n'est qu'une abstraction. Joseph Rey prend en effet soin de préciser que, « dans toute sensation *perçue*, il a toujours un effet MORAL, c'est-à-dire un phénomène intellectuel ou affectif, tandis que, d'un autre côté, [...], il y a toujours un effet PHYSIQUE, puisqu'il y a toujours un organe MATÉRIEL *impressionné*. Il ne peut donc encore être ici question d'aucune distinction absolue, ni d'aucune opposition de nature⁶⁵¹ ». Certes, Rey ne parle jamais de morale hédoniste, mais évoque seulement à l'occasion la « loi du plaisir⁶⁵² ». Il préfère l'expression déjà usitée en son temps de « morale des intérêts » ou d'« intérêt bien entendu », lesquels intérêts se ramènent à une tension dialectique : rechercher les jouissances/fuir les souffrances. En bref, l'intérêt de tout homme est d'assurer son bien-être physique comme moral ou intellectuel. Il y a donc toujours un

« caractère FONDAMENTAL » dans l'idée de moralité, « celui de CONVENANCE des actes avec les LOIS DE NOTRE ORGANISATION, c'est-à-dire avec les exigences de notre nature par rapport au BONHEUR, soit de l'individu seul s'il est isolé, soit de la masse en général des hommes, dès qu'ils se trouvent en contact »⁶⁵³.

Cette définition de l'idée de moralité, comme nous le ferons voir, est en fait analogue à celle que Rey donne de la notion de *droit*⁶⁵⁴.

On pourrait considérer que, puisque la volonté de l'individu est nécessairement tournée vers ce qu'il croit conforme à son intérêt, celui-ci agit donc toujours très moralement, ce qui annihilerait finalement toute moralité et rendrait inutile toute législation. Mais ce n'est pas la conclusion qu'en tire Rey. Il faut en effet prendre en compte l'ensemble des circonstances et toute la chaîne causale dans laquelle s'insère une action pour en apprécier les effets globaux et pouvoir la juger. Ce sont les conséquences totales d'une action qui en déterminent le caractère moral ou immoral – et comme l'homme est un être de société, ces conséquences doivent encore s'apprécier d'un point de vue qui dépasse le seul individu. Bien que la règle de suivre son intérêt soit d'un énoncé extrêmement simple, son application est donc sujette à milles erreurs. Comme le note Bentham, « [on] peut faire du mal, en croyant suivre le *Principe de l'Utilité*⁶⁵⁵ ». En effet, il n'est pas toujours aisé d'entrapercevoir toutes les conséquences d'une action « parce que la conscience du plaisir qu'entraîne la satisfaction est immédiate, simple et bien déterminée, tandis que celle des conséquences fâcheuses est souvent éloignée, complexe et vague⁶⁵⁶ ». Il faut par ailleurs se rappeler que les raisons qui déterminent l'individu ne sont pas toujours *raisonnables*, et

651 DBOS, t. 2, p. 19-20.

652 DBOS, t. 1, 348.

653 DBOS, t. 2, p. 236.

654 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II.

655 J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 1, Paris, Bossange, 1802, p. 27.

656 JGLJ, t. 1, p. 140.

qu'il peut donc se tromper sur son véritable intérêt. La « *loi même du plaisir* », considère Rey, « nous convie à la sobriété »⁶⁵⁷, afin de ne pas transformer le plaisir en douleur. La recherche du plaisir est ainsi inséparable de « LA VERTU de la tempérance »⁶⁵⁸, ce que l'homme doit apprendre par expérience.

Par conséquent, même seul au monde, l'homme est déjà soumis à certaines « exigences morales », quoiqu'il ne s'agisse encore que d'« un froid calcul d'intérêts tout matériels, réduits même aux proportions toutes rétrécies de l'individualité »⁶⁵⁹. S'il peut ici donner libre cours à son égoïsme exclusif tout en restant moral, il serait par exemple immoral pour lui de s'alimenter jusqu'à l'indigestion. Les choses changent déjà nettement lorsque l'homme est au contact d'animaux car il a désormais des intérêts affectifs. Mais c'est au contact des êtres de son espèce que les exigences morales qui pèsent sur lui vont s'accroître. Ceci, cependant, est toujours pensé par Rey comme conforme à l'intérêt individuel puisque l'harmonie qui doit résulter du respect de ses semblables est une source de plaisir.

Un temps d'arrêt sur le rapport de Rey à l'égoïsme s'impose. L'une des critiques récurrentes formulée contre la morale des intérêts est de favoriser l'égoïsme et d'être ainsi impuissante à fonder une morale sociale. Il est intéressant de constater que si le philosophe assimile dans un premier temps l'égoïsme à un vice, sa position évolue par la suite. Dans le *Traité* de 1828, il refuse toute identification de l'intérêt à l'égoïsme car il voit dans celui-ci un caractère éminemment antisocial⁶⁶⁰. Ce « désir d'une satisfaction exclusive de l'intérêt particulier » est d'ailleurs « tout-à-fait l'opposé du véritable intérêt individuel »⁶⁶¹. En effet, le véritable intérêt de chacun implique de concilier ses intérêts avec ceux des autres, et même de « donner des secours à autrui dans l'attente de la réciprocité⁶⁶² ». Dans la philosophie de Joseph Rey, l'individu n'est pas pensable indépendamment du tissu social dans lequel il prend vie et se développe⁶⁶³ ; ses véritables intérêts ne sont donc pas ceux « de l'individu libéral hors sol, délié⁶⁶⁴ », pour reprendre les mots de Baptiste Morizot. Les intérêts d'un être social, d'un être marqué par sa dépendance aux autres, ne sauraient être exclusifs de ceux d'autrui. D'une part, l'individu ayant souvent besoin du concours de ses semblables pour atteindre ses fins, il doit au moins les ménager afin

657 DBOS, t. 1, p. 343.

658 *Ibid.*, p. 343. Il en va de même concernant les plaisirs intellectuels et affectifs dont l'excès est toujours un mal.

659 DBOS, t. 2, p. 180.

660 Il le décrit comme « le plus antisocial des sentimens » (TPGD, p. 146).

661 TPGD, p. 146.

662 *Ibid.*, p. 146.

663 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, B, 1.

664 B. MORIZOT, *Manières d'être vivant*, op. cit., p. 273.

d'obtenir leur coopération. Mais, d'autre part, l'égoïste se priverait encore de toutes les jouissances liées à la sympathie, ce qui fait dire à Rey qu'« un égoïste parfait serait le plus malheureux des hommes⁶⁶⁵ ». En 1836, ce n'est toutefois plus l'égoïsme qui est stigmatisé, mais l'« égoïsme exclusif ». Aussi le premier terme peut-il être réhabilité⁶⁶⁶. Il ne signifie rien d'autre, explique désormais l'Idéologue, que l'« amour de soi⁶⁶⁷ ». Loin d'y voir un « démon qui tente notre pauvre genre humain⁶⁶⁸ » comme Renouard ou « le mortel ennemi de l'amour des autres⁶⁶⁹ » à l'instar de Bonald, Rey le définit comme « un sentiment inévitable, et par conséquent très-légitime⁶⁷⁰ ». En effet poursuit-il, ce sentiment n'est pas condamnable « puisque le créateur en a fait la condition même de notre existence, puisqu'il en a fait le mobile général de nos actions⁶⁷¹ ». Rey n'est pas le premier à proposer une telle distinction. On la trouve notamment chez Rousseau, qui mobilise d'ailleurs précisément le syntagme « amour de soi », forme positive de rapport à soi qu'il oppose à l'« amour propre »⁶⁷². Cependant, la définition qu'il donne de l'amour-propre ne recoupe pas précisément celle de l'égoïsme exclusif. Selon le philosophe genevois, l'amour-propre résulte de la comparaison avec autrui et du désir qu'autrui nous préfère à lui-même. Robespierre propose en revanche de distinguer deux formes d'égoïsme dans des termes plus proches de ceux de Rey. On sait par ailleurs que notre auteur en avait connaissance puisque, dans ses notes personnelles, on trouve recopiés ou résumés certains passages du rapport de l'Incorruptible sur les fêtes nationales. Rey indique ainsi : « 2 sortes d'égoïsme, l'un qui concentre tout dans l'individu en faisant chercher le bien-être dans la misère d'autrui, l'autre qui confond notre bonheur avec celui des autres⁶⁷³ ». Il est toutefois impossible de dater précisément ces notes et de savoir si le discours de Robespierre a pu joué un rôle déterminant dans cette réhabilitation de l'égoïsme. Rey a encore pu se fonder sur l'Idéologue Volney, qui affirme également qu'il est faux de voir dans l'égoïsme l'idée d'un « penchant à nuire à autrui⁶⁷⁴ ». Ce

665 TPGD, p. 146.

666 Cela n'empêche pas Joseph REY de continuer à mobiliser le terme d'égoïsme dans son acception péjorative.

667 DBOS, t. 2, p. 187.

668 A.-C. RENOARD, *Éléments de morale, op. cit.*, p. 134.

669 Louis DE BONALD, *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social, ou du pouvoir, du ministre et du sujet dans la société*, Paris, 1800, p. 123.

670 DBOS, t. 2, p. 187.

671 *Ibid.*, 187.

672 Jean-Jacques ROUSSEAU, *Émile ou De l'éducation*, Paris, Garnier Frères, 1866, p. 229.

673 BMG, T. 3980, liasse n° 5. ROBESPIERRE, 18 floréal an II : « Il y a deux sortes d'égoïsme : l'un, vil, cruel, qui isole l'homme de ses semblables, qui cherche un bien-être exclusif acheté par la misère d'autrui ; l'autre, généreux, bienfaisant, qui confond notre bonheur dans le bonheur de tous, qui attache notre gloire à celle de la Patrie. Le premier fait les oppresseurs et les tyrans ; le second, les défenseurs de l'humanité. Suivons son impulsion salutaire ; cherchons le repos acheté par de glorieux travaux ; ne craignons point la mort qui les couronne, et nous consoliderons le bonheur de notre patrie, et même le nôtre » (*Gazette nationale, ou le moniteur universel*, n° 229, p. 929).

674 VOLNEY, *La loi naturelle ou Principes physiques de la Morale*, Paris, Baudouin Frères, 1826, p. 20.

penchant n'est que « la haine des autres », qu'il convient de distinguer de l'égoïsme, lequel renvoie à « l'amour de soi »⁶⁷⁵.

Il faut aussi signaler que dans ce même ouvrage sur les *Bases de l'ordre social*, Rey pousse très loin sa critique des inégalités et propose en outre des manières de repenser la propriété dans un sens favorable à la communauté. Sa revalorisation de l'amour de soi est-elle une façon de se défendre des adversaires du communisme, en signalant que ce système ne contredit pas l'« instinct naturel » qui porte l'individu « à se préférer aux autres dans ses jouissances »⁶⁷⁶ ? Dans ce sens, on peut noter que cette distinction se retrouvera encore, en 1842, sous la plume du juriste à tendance fouriériste, Joseph Auguste Rey, qui différencie l'« égoïsme solitaire » de l'« égoïsme épuré »⁶⁷⁷. Contre les écoles philosophiques qui prônent l'abnégation, il s'agit de rappeler que l'individu est toujours mu par son intérêt, et ce même dans les actions en apparence les plus dévouées. Seulement, dans l'*égoïsme épuré*, l'individu ajoute à la considération de son intérêt exclusif « des considérations fondées sur l'intérêt, l'estime et l'amour d'autrui »⁶⁷⁸. Joseph Rey, qui trouve le propos de son homonyme « parfaitement juste »⁶⁷⁹, oppose également l'égoïsme à l'abnégation, laquelle est parfaitement impossible car « radicalement en contradiction avec la nature humaine »⁶⁸⁰. C'est par amour de soi que l'homme cherche à maximiser ses jouissances et à fuir la douleur ; ce sont là les ressorts du monde moral (mais aussi du monde physique puisque c'est ce qui assure la conservation des individus et des espèces). Comme l'écrivait Tracy : « Jouir et souffrir est tout pour nous »⁶⁸¹. Et Rey pourrait sans doute dire avec Helvétius que « le sentiment de l'amour de soi est la seule base sur laquelle on puisse jeter les fondemens d'une morale utile (*sic*) »⁶⁸². Enfin convient-il encore de noter qu'on trouve une défense de l'égoïsme dans le premier numéro de la *Revue républicaine*, paru en 1834, que Rey a probablement lu. L'auteur, Jean François Dupont, alors avocat, redéfinit l'égoïsme en y incluant le souci des autres, dans la mesure où l'homme dont l'éducation n'a pas corrompu « la nature, ne peut voir souffrir son semblable sans éprouver sympathiquement le contre-coup de cette douleur »⁶⁸³. L'homme est un être tellement sociable, selon cet auteur, que son égoïsme trouve

675 *Ibid.*, p. 20.

676 Selon les mots qu'emploiera par la suite Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, Bruxelles, Société typographique belge, 1841, p. 5.

677 J.-A. REY, *Théorie et pratique de la science sociale*, t. 1, *op. cit.*, p. 36.

678 *Ibid.*, p. 36.

679 BMG, X. 117, t. 1, p. 37.

680 DBOS, t. 2, p. 187

681 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie*, I, *Idéologie proprement dite*, *op. cit.*, p. 245.

682 C.-A. HELVÉTIUS, *De l'Esprit, Œuvres d'Helvétius*, t. 1, Paris, Briand, an II (1793), p. 320. Lorsque COUSIN écrit qu'il est complètement arbitraire de faire reposer la morale sur le bien-être, comme le fait HELVÉTIUS (*Fragments philosophiques*, *op. cit.*, p. 152), REY rétorque que « [c]'est au contraire ce qu'il y a de moins arbitraire, car ce désir est fondé sur une loi inaltérable de notre nature » (BMG, F. 5194, p. 152).

683 *Revue Républicaine*, t. 1, Paris, Au bureau de la Revue républicaine, 1834, p. 8.

bien souvent à se satisfaire « par la réalisation du bien-être des autres hommes⁶⁸⁴ ». Cette proposition est extrêmement proche de la conception reyenienne de la sociabilité naturelle⁶⁸⁵ et de la sympathie⁶⁸⁶.

La morale des intérêts est d'abord une règle descriptive. Mais, comme le principe d'utilité de Bentham, elle revêt en réalité deux formes qui s'interpénètrent : « *indicative* » en tant que « loi de la nature humaine » et « *prescriptive* » en tant que « précepte moral »⁶⁸⁷. C'est pourquoi elle impose par exemple la tempérance dans les plaisirs. À l'échelle sociale, il s'agit alors de savoir concilier les divers intérêts en présence. C'est sans doute ce qu'exprime plus précisément l'expression d'« intérêt bien entendu » que Rey utilise parfois pour qualifier sa morale⁶⁸⁸. Il convient par conséquent « de trouver une règle pour apprécier la conformité de nos désirs avec nos besoins, ainsi que nos devoirs de relation envers les êtres qui ne sont pas nous, devoirs qui, nous espérons le prouver, rentrent dans l'ordre même de nos véritables besoins⁶⁸⁹ ». Cette règle de morale individuelle et sociale repose évidemment et « tout simplement sur le *bien* ou le *mal* que nous éprouvons ou faisons éprouver, selon que nous avons pris une vraie ou une fausse route⁶⁹⁰ ». Dans une optique conséquentialiste, il faut donc juger les désirs et les actions qui s'ensuivent « dans leur *résultat total*⁶⁹¹ ». Ainsi, écrit Rey, « quoique la satisfaction de tel ou tel désir me soit toujours agréable, on pourra conclure avec justesse que ce désir était *mauvais* [...] si la masse totale du mal occasionné par ces conséquences l'emporte sur la masse totale du bien causé⁶⁹² ». L'inverse est également vrai, et si les jésuites avaient eu pour but le bonheur des hommes, leur morale aurait été irréprochable, ajoute-t-il⁶⁹³. Mais juger sainement du résultat global d'une action et de sa conformité avec le véritable intérêt n'est pas instinctif⁶⁹⁴, surtout à l'échelle sociale. Néanmoins, à la différence de Bentham, Rey ne va pas détailler les plaisirs et les peines pour les mesurer ou les calculer. Il pose seulement la règle suivante dans ses *Bases* :

« le bien ou le mal que nous faisons est plus ou moins grand à mesure qu'il s'étend à plus ou

684 *Ibid.*, p. 8. Par la suite, l'auteur admet de conserver au terme d'égoïsme son sens commun et de nommer l'égoïsme altruiste « dévouement » (*ibid.*, p. 10).

685 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, B, 3.

686 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, II, B.

687 Élie HALÉVY, *La formation du radicalisme philosophique*, t. 3, Paris, P.U.F., 1995, p. 179-180.

688 TPGD, p. 127 ; DBOS, t. 1, p. 348.

689 TPGD, p. 110.

690 *Ibid.*, p. 111.

691 *Ibid.*, p. 111.

692 *Ibid.*, p. 111.

693 *Ibid.*, p. 135.

694 Si tel était le cas, cela reviendrait en quelque sorte à valider l'hypothèse d'un « sens moral », ce que REY prend bien soin d'écarter ; voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, III, B.

moins de personnes, indépendamment du degré plus ou moins grand aussi de sa propre intensité⁶⁹⁵ ».

Par ailleurs, il faut remarquer que Rey se sépare de Bentham lorsqu'il précise l'application du principe d'utilité en matière de législation. Il en propose effectivement une conception plus égalitaire lorsqu'il affirme que l'objet de la législation ne doit pas être, comme le pense le jurisconsulte britannique, *le plus grand bonheur du plus grand nombre* mais *le plus grand bonheur de tous*⁶⁹⁶.

La morale n'est pas une science toute faite et c'est l'expérience des siècles qui doit amener son perfectionnement. De plus, Rey dénonce les préjugés de son temps qui rendent l'homme ignorant de ses véritables intérêts, ainsi que les institutions qui mettent sans cesse les hommes et leurs intérêts en concurrence. C'est à l'éducateur et au législateur – lequel n'est qu'un genre particulier d'éducateur – qu'il revient d'éclairer les hommes sur ce point et d'organiser la société de façon à limiter les intérêts divergents. C'est pourquoi ils doivent avoir une connaissance parfaite des rouages de la machine humaine. Il y a, au fond de tout ça, l'idée qu'en agissant sur le ressort de l'intérêt, en parlant aux hommes le langage des intérêts, il est possible d'orienter la volonté humaine et donc d'organiser la société harmonieusement en réduisant la contrainte à une peau de chagrin.

L'intérêt, l'utilité, le bonheur ou le plaisir apparaissent en fin de compte comme des termes interchangeables qui constituent le critérium à partir duquel se détermine la volonté, mais aussi celui à partir duquel il est possible de porter un jugement moral, un jugement de valeur⁶⁹⁷. Seule la tendance à augmenter la quantité de plaisir et/ou à diminuer la douleur permet de juger bon un objet ou une action. Aussi est-ce une doctrine morale qui admet une large part de contingence du fait de son rapport à la sensibilité humaine. En effet, elle consiste moins en un ensemble d'énoncés normatifs précis qu'en un précepte général qui nécessite d'être interprété à la lumière des circonstances. Nous verrons ainsi que dans la théorie juridique de Joseph Rey, les droits et les devoirs de l'homme doivent toujours être appréciés en fonction des circonstances⁶⁹⁸.

Comme l'écrivait Helvétius au siècle précédent, « le désir du plaisir est le principe de toute nos actions »⁶⁹⁹. Cette philosophie morale du plaisir, qui a su se faire une place au XVIII^e siècle, perd cependant du terrain tout au long du premier XIX^e siècle. En pister les traces n'est pas aisé. Les penseurs, philosophes ou juristes qui ont admis le plaisir ou l'intérêt comme

695 DBOS, t. 2, p. 235.

696 TPGD, p. 233-234. Voir également sur ce point M. DROLET et L. FROBERT, « Kindness as the foundation to community », *art. cit.*, p. 126-127.

697 Il faut entendre cette expression au sens large, comme par exemple lorsqu'il s'agit d'apprécier une institution.

698 Voir *infra* Partie 2, Chapitre 1, Section 1.

699 C.-A. HELVÉTIUS, *De l'Esprit, Œuvres d'Helvétius*, t. 1, *op. cit.*, p. 102.

fondement ou du moins comme élément de la morale restent méconnus, à l'instar de Rey. Bentham est sans aucun doute le plus célèbre. En fouillant chez les juristes de l'époque, certaines proximités apparaissent toutefois. On retrouve en effet le critérium de l'utile sous la plume de Charles Comte, bien que celui-ci ne le rattache pas à un rapport sensible mais sentimental⁷⁰⁰. De même, le jurisconsulte Pierre Lepage propose une conception de la morale et du droit qui repose en bonne partie sur l'idée que l'homme est guidé par son intérêt, et qui, sans chercher à s'y opposer, joue au contraire sur ce ressort⁷⁰¹. Mais il mobilise en revanche toute une logique spiritualiste, évoquant les « devoirs prescrits par la conscience, par ce sentiment commun à tous les hommes, et qui leur fait distinguer le bien et le mal⁷⁰² ». On est donc loin d'une véritable morale utilitariste et hédoniste fondée sur une épistémologie sensationniste. Son homologue et compatriote Joseph-Auguste Rey offre encore une théorie morale de l'intérêt bien entendu dans son ouvrage *Théorie et Pratique de la science sociale*, laquelle recueille par ailleurs tous les compliments de son aîné.

Mais c'est sans doute le méconnu Grenier⁷⁰³, avocat-général, qui, parmi les juristes contemporains de Rey, se situe au plus près de la pensée de notre auteur. Sur Grenier, nous ne disposons quasiment d'aucune information, mais l'on connaît son approche de la philosophie du droit par une série d'articles qu'il fait paraître dans la *Revue de législation et de jurisprudence* entre 1836 et 1838⁷⁰⁴. À l'occasion d'une étude sur la controverse qui oppose les différentes écoles de philosophie du droit, et principalement l'école spiritualiste à celle expérimentale, il dévoile sa préférence pour la seconde et adopte la plupart des idées de la philosophie sensationniste et de l'utilitarisme. À l'instar de Rey, sa théorie morale et juridique prend pour point de départ la nature sensible de l'homme. « Fuir la douleur », écrit-il, « rechercher le plaisir, voilà donc la loi de la gravitation humaine » et, par conséquent, celle de la morale et du droit « qui ne doivent se

700 Il évoque en effet « le sentiment qui nous fait approuver ce que nous jugeons utile au genre humain, et condamner ce que nous croyons lui être funeste », et précise que « [la] méthode analytique n'est point exclusive de ce sentiment » (C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 109-110).

701 « La nature ayant destiné l'homme à vivre avec ses semblables, veut par conséquent qu'il emploie (*sic*) les facultés qu'elle lui a données, non-seulement à choisir ce qu'il trouve bon, et à fuir ce qui lui est nuisible, mais encore à procurer à la société dont il fait partie, tous les avantages qui dépendent de lui, son propre intérêt étant lié à celui de ses semblables. C'est vers ce seul but que nos actions doivent être dirigées. Le chemin pour y atteindre est fortement tracé dans le for intérieur par un sentiment qui ne serait qu'un instinct, comme chez les animaux, s'il n'était pas éclairé par une faculté de raisonner susceptible de perfectionnement » (Pierre LEPAGE, *Éléments de la science du droit à l'usage de toutes les nations et de toutes les classes de citoyens, ou Sources des devoirs de l'homme social, tant dans le for intérieur que dans le for extérieur*, t. 1, Paris, G. C. Hubert, 1819, p. 52).

702 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 17.

703 Il est d'ailleurs tellement méconnu que l'on ignore même son prénom. Il signe seulement ses articles B. GRENIER.

704 B. GRENIER, « De la controverse du droit, considérée dans la philosophie, dans la loi et dans l'application », *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 4, Paris, Bureau de rédaction, 1836, p. 321-331 ; *ibid.*, t. 5, 1837, p. 297-316 ; *ibid.*, t. 7, 1838, p. 81-104 ; *ibid.*, t. 8, 1838, p. 53-63, 191-202, 274-286 et 420-441.

proposer d'autre fin que la fin même de l'homme »⁷⁰⁵. Sans référence métaphysique et transcendante, le bien est alors ramené à l'utile. Néanmoins défendre de telles conceptions de la morale et du droit dans la France du premier XIX^e siècle est une posture tout à fait marginale. Grenier le sait. Et comme le note Tristan Pouthier, son travail sur les différentes écoles de philosophie du droit est « révélateur de la domination qu'a acquise le spiritualisme éclectique dans la doctrine juridique de la monarchie de Juillet⁷⁰⁶ ». L'utilitarisme benthamien est loin d'y jouir d'une popularité semblable à celle qui est la sienne outre Manche, et les philosophes et juristes qui s'en sont fait les porte-paroles demeurent aujourd'hui méconnus.

Malgré certaines convergences de vues avec Joseph-Auguste Rey, Lepage, Grenier, ou Charles Comte⁷⁰⁷, le juriste grenoblois apparaît bien en marge de la doxa du premier XIX^e siècle en matière de morale. Il s'inscrit en revanche dans une tradition philosophique marquée par de grands noms, ceux d'Helvétius, d'Holbach, Bentham ou Tracy. Citant ce dernier⁷⁰⁸ sans l'indiquer expressément, Joseph Rey résume ainsi le premier précepte moral : « tout ce qui tend au bien de l'humanité est louable ou vertueux, tout ce qui tend au mal est vicieux et répréhensible⁷⁰⁹ ». La vertu et le vice, le bien et le mal, le juste et l'injuste s'identifient ainsi à l'utile et au nuisible. Telle est « *la morale des intérêts*, contre laquelle il est inutile et ridicule de déclamer, puisqu'elle existe en vertu de notre organisation ; mais qui, cependant, comme nous le verrons bientôt, ne peut satisfaire à toutes les données de cette organisation même⁷¹⁰ ». C'est pourquoi Rey juge utile de lui adjoindre la sympathie.

B/ ... COMPLÉTÉE PAR L'INTRODUCTION AMBIGUË DE LA NOTION DE SYMPATHIE

La morale des intérêts serait donc lacunaire si elle ne prenait pas en compte la sympathie. Ses partisans auraient manqué de distinguer en l'homme « deux genres de vie » : « la vie *organique ou de conservation*, correspondant [...] aux besoins matériels, et la *vie animale ou de relation*, qui fait

705 B. GRENIER, « De la controverse du droit », 4^e article, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 8, art. cit., p. 58.

706 T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, op. cit., p. 219.

707 On pourrait encore évoquer le publiciste portugais Silvestre PINHEIRO-FERREIRA, qui publie en France, en 1830, un *Cours de droit public interne et externe*. Dans cet ouvrage, il reprend les bases de la morale sensationniste tout en adoptant la maxime utilitaire de BENTHAM. Cependant, PINHEIRO-FERREIRA évoque également par endroit la « raison universelle », ce qui l'éloigne fortement d'un REY ou d'un BENTHAM (*Cours de droit public interne et externe*, Paris, Rey et Gravier, 1830, 2 t.).

708 TRACY écrit plus précisément : « Tout ce qui tend au bien est louable et vertueux ; tout ce qui tend au mal est vicieux et répréhensible : voilà la base de toute moralité. » (*Éléments d'idéologie*, IV et V, *Traité de la volonté et de ses effets*, op. cit., p. 526).

709 JGLJ, t. 1, p. 143.

710 *Ibid.*, p. 143.

surtout la base de nos besoins moraux »⁷¹¹. Voici comment Rey explique la sympathie dans ses *Leçons* de 1820 :

« La faculté respective de nous mouvoir nous fait rapprocher les uns des autres ; l'emploi de nos sens, qui nous donne des idées et des désirs, des jouissances et des souffrances, uni à la faculté de parler ou de communiquer autrement nos pensées, nous fait mettre en contact et souvent en commun nos idées et nos désirs, nos jouissances et nos souffrances. Telle est l'origine de ce qu'on nomme *la sympathie*, qui, dans son acception la plus générale, signifie, non-seulement SOUFFRIR *avec*, d'après l'étymologie du mot, mais SENTIR *avec*, puisqu'elle s'étend à toutes les facultés de notre être moral.⁷¹² »

Et Rey d'ajouter que :

« Si l'intérêt *bien entendu* nous porte froidement à respecter celui des autres, la douce et entraînante sympathie nous inspire l'abandon même de nos intérêts.⁷¹³ »

Cette assertion du juriste mérite toutefois d'être sagement mesurée à l'aune du reste de son propos. Il convient avant tout de préciser que la distinction entre vie organique et vie animale n'est pensée que comme une abstraction⁷¹⁴. De plus, dans ses *Leçons*, Rey évoque cette sympathie en termes de besoins. Il parle de « besoins moraux », du « *besoin de sympathiser* », lequel est « souvent très-impérieux » et parfois même « aussi essentiel que les besoins organiques »⁷¹⁵. C'est « par lui », poursuit-il en plagiant Tracy⁷¹⁶, que « le spectacle de la douleur est une peine pour nous, et celui de la joie un plaisir » et que « le sentiment d'aimer nous est agréable à éprouver et à inspirer, tandis que celui de haïr et d'être haï est si triste et si pénible »⁷¹⁷. Or, s'il s'agit d'un besoin de l'individu, il est par conséquent dans son intérêt d'y satisfaire et il est difficile de comprendre pourquoi Rey ne l'intègre pas à l'intérêt bien entendu, pour préférer en faire une classe à part. Toujours en 1820, il écrit encore, après avoir évoqué les besoins qui découlent de la vie de relation :

« Ainsi, la nature a compensé la disposition qui tend à diviser les hommes, celle de l'intérêt personnel, par une modification même de ce principe, et de plus par les besoins de la vie de relation, ces besoins de *sympathie*.⁷¹⁸ »

Pourquoi ce « et de plus » ? Cela suggère qu'il existerait une modification de l'intérêt personnel, dont Rey ne parle nullement dans le texte qui précède et qui ne serait pas la sympathie. Pourtant, il y écrit, au contraire, que l'intérêt personnel lui-même est un facteur de sociabilité. Nous pensons qu'il faut plutôt comprendre que la sympathie est pensée comme une modification du principe de l'intérêt personnel, une façon d'élargir le champ de l'intérêt personnel pour y inclure

711 JGLJ, t. 2, p. 260-261.

712 JGLJ, t. 1, p. 146.

713 *Ibid.*, p. 147.

714 TPGD, p. 125.

715 JGLJ, t. 1, p. 146-147.

716 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie, IV et V, Traité de la volonté et de ses effets, op. cit.*, p. 515.

717 JGLJ, t. 1, p. 146-147.

718 *Ibid.*, p. 149.

celui de nos semblables⁷¹⁹. C'est ce que semble encore indiquer un passage où Rey évoque les « dispositions sympathiques » comme constituant « des intérêts individuels très-précieux »⁷²⁰.

Dans son *Traité* de 1828, le juriste reprend presque mot pour mot l'un des passages précités de ses *Leçons*, mais il apporte une modification significative. Il précise désormais que « la douce et entraînante sympathie nous inspire l'abandon même de nos intérêts matériels⁷²¹ ». Il ajoute encore le qualificatif de « matériels » lorsqu'il explique que la sympathie ne saurait « détruire et suppléer entièrement la morale des intérêts matériels⁷²² ». Si le complément apporté dans le *Traité* éclaire un peu ce qui a pu motiver Rey à distinguer une faculté sympathique, cela ne met pas pour autant fin à l'ambiguïté de son propos. Dans le cours de l'ouvrage, Rey continue à opposer l'intérêt à la sympathie, par exemple lorsqu'il écrit « qu'outre le calcul de nos vrais intérêts, il existe en nous un besoin de sentiment, celui de la sympathie⁷²³ ». À prendre ce passage au pied de la lettre, la satisfaction du besoin de sympathie ne serait pas dans l'intérêt de l'individu. Le philosophe semble ici se perdre dans ses distinctions. Ceci devient on ne peut plus flagrant lorsqu'il en vient à écrire que les « dispositions sympathiques [...] constituent aussi des intérêts individuels », ou encore que les jouissances morales « sont aussi *des intérêts* qu'on a trop négligés ou trop dénaturés jusqu'à ce jour »⁷²⁴.

L'introduction de la notion de sympathie apparaît alors, non comme un complément de la morale de l'intérêt bien entendu, mais comme une façon de préciser son application pour ce qui concerne les intérêts moraux, les jouissances affectives. Ainsi fait-t-il appel à cette notion lorsqu'il cherche à expliquer le dévouement. La sympathie apparaît alors comme le moyen de concilier le prétendu dévouement avec l'intérêt personnel. Par une note manuscrite sur l'ouvrage de Joseph Auguste Rey, il explique en effet que

« c'est en vertu d'un penchant individuel à une forte sympathie pour nos semblables que nous éprouvons le besoin individuel de faire pour eux des efforts extraordinaires, et nous éprouvons en ce cas un bonheur individuel à faire abnégation, pour atteindre ce but, de certains autres moyens de jouissance. Il est même des cas où ce sentiment est si impérieux que nous n'hésitons pas à mourir plutôt que de ne pas faire ou tenter ce que nous croyons utile à nos semblables. Mais, dans ce cas, il y a un mouvement individuel qui nous y pousse également, car l'idée de voir

719 Mickael DROLET et Ludovic FROBERT attribuent cette acception élargie de la notion d'intérêt à la vision reyienne de la perfectibilité humaine. Celle-ci « directs human action in the properly educated and bounded individual toward a form of self-interest that saw the person recognise his interconnectedness with, and dependance on, others. Instead of the limited liberal vision of "self-interest rightly understood", Rey presented a conception of self-interest that had mutuality as its defining characteristic ». (« Kindness as the foundation to community », *art. cit.*, p. 141). Pour des développements sur la manière dont REY conçoit l'interdépendance des hommes, voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, B, 3.

720 *JGLJ*, t. 1, p. 387.

721 *TPGD*, p. 127.

722 *Ibid.*, p. 127.

723 *Ibid.*, p. 149.

724 *Ibid.*, p. 235 et 237.

souffrir nos semblables [...] est une souffrance pire que la pensée de la mort⁷²⁵ ».

Comme on le voit, la sympathie sert ici à expliquer comment il peut se faire que l'individu soit personnellement intéressé au bonheur de ses semblables – ce qui n'est pas négligeable en termes de conciliation des intérêts. Cependant, bien que Rey soit un peu confus et contradictoire dans ses propos, une analyse rigoureuse de l'ensemble de sa production permet de faire rentrer tout ce qui est en rapport avec la sympathie dans le cadre de la notion d'intérêt. Il s'agit de montrer que l'harmonie sociale est réalisable sans que l'individu n'ait besoin de faire violence à ses intérêts ; ou, autrement dit, que le véritable bonheur individuel se concilie parfaitement, et même suppose le bonheur de tous.

En dépit de ses faiblesses, et spécialement de l'absence de justification satisfaisante de la séparation de l'intérêt et de la sympathie, cette notion demeure importante pour comprendre l'utilitarisme de Rey et la mission du législateur. C'est pourquoi il convient de présenter les effets ou les conséquences que l'auteur attache à cette faculté animale. Celle-ci est d'abord l'une des bases de la sociabilité humaine, ce qui permet d'éviter les reproches d'égoïsme trop souvent portés contre les philosophies sensationnistes. Elle conduit à adoucir le choc des intérêts et à favoriser leur conciliation, tout en ouvrant à l'homme un vaste espace de jouissances affectives. Ces dernières, comme celles de l'ordre intellectuel, ont d'ailleurs un avantage sur les jouissances matérielles : celui d'être inépuisables et de « s'accroître par le partage⁷²⁶ », ce qui en fait un puissant facteur d'harmonie sociale. Un bon système de morale (et par conséquent de législation) doit donc chercher à concilier les intérêts des individus, mais également à « *augmenter* les besoins de *sympathie* » si favorables au rapprochement des individus et à la conciliation de leurs intérêts divergents⁷²⁷. Quoique Rey se refuse à prendre des *sentiments* pour principe de la morale, il admet parfaitement qu'une action dictée par l'intérêt bien entendu redouble de moralité « lorsqu'elle est encore le résultat de la bienfaisante sympathie », ce qu'il nomme le « sentiment » ou le « cœur »⁷²⁸.

La présence de cette faculté sympathique témoignerait encore de la bonté intrinsèque de l'être humain. Rey plagie à nouveau Tracy⁷²⁹ lorsqu'il écrit que « [l']existence seule de la sympathie

725 BMG, X. 117, t. 1, p. 164-165.

726 DBOS, t. 1, p. 351.

727 JGLJ, t. 1, p. 149.

728 TPGD, p. 132.

729 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie, IV et V, Traité de la volonté et de ses effets*, op. cit., p. 514-515. Une telle assertion contribue à mettre à mal l'opinion de Xavier MARTIN, reprise par Tristan POUTHIER, selon laquelle les Idéologues auraient développé une anthropologie pessimiste, voyant dans l'homme de nature « un animal barbare et agressif que la société avait pour mission de civiliser » (T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, op. cit., p. 102 ; X. MARTIN, « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1987, n° 4, p. 97).

suffit pour prouver [...] que le désir du mal » n'est dans l'homme « qu'une exception, qu'un trouble passager », et qu'au contraire, son « état habituel, c'est la *bonté* »⁷³⁰. D'abord énoncée de façon péremptoire dans les années 1820, Rey développe ensuite cette idée dans ses *Bases de l'ordre social*. Il aborde désormais ce thème en s'intéressant à la « disposition qui fait que nous sommes attirés par nos semblables, ou que nous sentons de l'éloignement pour eux, qui fait aussi que nous les aimons et les haïssons, et que, par conséquent, nous sommes portés à leur être utiles ou à leur nuire⁷³¹ ». Rey vise ici la « *sympathie* » et l'« *antipathie* ». Or, des impressions agréables que produit la première, il conclut que celle-ci est plus conforme aux lois de l'organisation humaine que l'antipathie et que l'homme est donc « *plus naturellement* porté à être bon qu'à être méchant⁷³² ». Cela n'est pas sans satisfaire certains socialistes, à l'instar des hommes de la *Phalange* qui croient reconnaître ici un signe d'adhésion au principe « de la bonté native de l'homme⁷³³ ». Mais bien que la sympathie soit mise en exergue, le fait de poser dos à dos sympathie et antipathie laisse entendre que la faculté sympathique n'est qu'un des versants de la faculté plus générale d'être affecté en bien ou en mal par nos semblables. Ceci ne doit cependant pas être confondu avec la thèse qui voudrait que l'homme soit mu par deux principes contradictoires qui le feraient tendre soit au bien, soit au mal. Si l'homme est plus naturellement bon que mauvais, ce n'est pas en vertu d'une « *double nature* »⁷³⁴, prévient Rey. Il sait en effet que la référence à une double nature morale s'est souvent confondue avec les « idées mystiquement désespérantes d'un prétendu combat ÉTERNEL entre *l'esprit* et la *chair*, ou *l'âme* et la *matière* »⁷³⁵, combat par lequel cette dernière devait céder aux inspirations de l'esprit.

La théorie morale de Rey pourrait enfin apparaître comme une perversion de l'utilitarisme benthamienne, du fait de l'introduction de la notion de sympathie. Bien que le juriconsulte anglais reconnaisse la « sensibilité sympathique » comme « la propension de quelqu'un à tirer plaisir du bonheur et douleur du malheur d'autres êtres sensibles⁷³⁶ », il refuse en effet de lui reconnaître le rôle de principe moral. Dans son *Introduction aux principes de morale et de législation*, il remarque que rares sont les hommes qui ont admis sans réserve le principe d'utilité⁷³⁷. Si certains le rejettent de front pour se complaire dans l'ascèse, d'autres se contentent de lui

730 TPGD, p. 127 ; JGLJ, t. 1, p. 147.

731 DBOS, t. 2, p. 175.

732 Ibid., p. 178.

733 *La Phalange. Journal de la science sociale*, 1^{ère} année, t. 1, n° 29 (juin 1837), p. 933.

734 DBOS, t. 2, p. 266.

735 Ibid., p. 267.

736 J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, op. cit., p. 78.

737 Ibid., p. 28.

opposer, « de temps à autre [...] le principe de *sympathie* et d'*antipathie*⁷³⁸ ». C'est bien ce que certaines assertions de Rey indiquent clairement, qui placent la sympathie en parallèle de l'intérêt. Pour le jurisconsulte anglais, ces approches ne sauraient être considérées comme utilitaristes par le seul fait qu'elles opposent la sympathie à l'utile. Rey ne serait donc pas un partisan de l'utilité au sens benthamien du terme, car il évoque parfois pour justifier certaines mesures le « principe de sympathie » et même le « principe fondamental d'équité » ou encore la bienveillance⁷³⁹. Il écrit par exemple, après avoir présenté diverses institutions philanthropiques, que le principe ayant présidé à leur création « est évidemment le même que celui sur lequel j'ai fondé toutes les obligations morales, le principe d'un sentiment de bienveillance universelle⁷⁴⁰ », ce qui revient à reconnaître un autre principe moral que l'intérêt. Mais il précise immédiatement après « indépendamment même des considérations d'intérêt bien entendu⁷⁴¹ », ce qui implique par conséquent que ces obligations morales ne sont pas justifiées exclusivement par la bienveillance ou la sympathie mais peuvent, en dernière analyse, être rattachées à l'intérêt bien entendu. Or, il faut voir comment Bentham définit le principe de sympathie et d'antipathie. C'est celui, écrit-il,

« qui approuve ou désapprouve certaines actions, non parce qu'elles tendent à augmenter, ou à diminuer, le bonheur de la partie dont l'intérêt est en cause, mais simplement parce que quelqu'un se trouve disposé à les approuver ou à les désapprouver, tenant cette approbation ou cette réprobation pour une raison suffisante par elle-même, et contestant la nécessité de rechercher un fondement extrinsèque⁷⁴² ».

Voilà bien une façon de discourir que Rey ne fait jamais sienne. À chaque fois que la sympathie – ou l'un de ses avatars – est invoquée à titre de principe ou de justification, le juriste mobilise dans le même temps la rhétorique utilitariste. Comme le note Emmanuelle de Champs, « Bentham fait appel au principe de sympathie pour montrer le lien entre l'intérêt individuel et l'intérêt de tous⁷⁴³ ». C'est également le seul véritable rôle qu'on peut lui reconnaître dans la théorie reyenienne de la morale. Rey est partisan du principe de l'Utile et non de ces systèmes de morale sans *fondement extrinsèque* que Bentham caricature sous le terme d'« ipsedixitisme »⁷⁴⁴. Bentham subsume en fait sous le principe de sympathie et d'antipathie une infinité de systèmes moraux qui se sont partagés l'histoire, notamment ceux fondés sur le « sens moral » et le « sens commun »⁷⁴⁵. Or, ceux-ci sont expressément dénoncés par Rey qui en démontre l'inanité.

Certes, le juriste français n'a peut-être pas la rigueur discursive que son homologue

738 *Ibid.*, p. 33.

739 Par exemple dans *DBOS*, t. 2, p. 538-539.

740 *DBOS*, t. 2, p. 426.

741 *Ibid.*, p. 426.

742 J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, p. 38-39.

743 E. DE CHAMPS, « La déontologie politique » ou la *Pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham*, *op. cit.*, p. 84.

744 J. BENTHAM, *La table des ressorts de l'action*, *op. cit.*, p. 80.

745 J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, p. 42.

britannique attend d'un partisan de l'Utile. Mais il faut bien comprendre qu'il s'adresse à un public déjà empreint de préventions contre la philosophie matérialiste, un public qui juge inenvisageable de découvrir des vertus sociales à partir d'une anthropologie sensationniste. Ainsi, plutôt que de défendre exclusivement ses vues dans les termes de l'intérêt ou du plus grand bonheur, Joseph Rey utilise en parallèle un champ lexical plus conventionnel dans le domaine des sciences morales. On peut par conséquent l'interpréter comme une stratégie du philosophe pour mettre sa doctrine morale à l'abri des attaques des contempteurs de l'égoïsme. Il indique d'ailleurs dans ses *Leçons* que, faute d'avoir bien conçu la sympathie et les besoins moraux de l'homme, les partisans de la morale des intérêts ont fourni « à leurs adversaires tant de moyens spécieux de les combattre⁷⁴⁶ ». Cette stratégie apparaît cependant peu efficace.

Il faut d'abord noter que Rey lui-même fournit des armes pour combattre sa morale, comme le signale Hyacinthe Blondeau, futur doyen de la Faculté de droit de Paris. Dans la recension qu'il fait du *Traité des principes généraux du droit* en 1828, il note à juste titre que Rey n'a « point été conséquent avec son système⁷⁴⁷ », c'est-à-dire avec sa philosophie hédoniste. Blondeau ne s'intéresse pas directement à la notion de sympathie, mais il avance l'idée que Rey s'est mépris sur le contenu du principe de l'intérêt bien entendu. Il aurait eu tort de dire que le droit qu'a l'individu isolé de tout faire pour augmenter son bonheur est modifié en société. Blondeau suggère alors que le propos de Rey conduit à considérer qu'un individu peut trouver de l'intérêt à nuire à ses semblable. Il aurait mieux fait d'établir « que *le bonheur d'un individu bien organisé ne peut exiger le malheur des autres, qu'au contraire le bonheur de nos semblables est une condition du nôtre*⁷⁴⁸ ». Et l'auteur de la recension de demander : « Ainsi complété, le système de l'intérêt sera-t-il encore appelé un système dangereux et désolant ?⁷⁴⁹ » En indiquant à divers endroits que la sympathie intervient en parallèle de l'intérêt, Rey ne désarme donc pas la critique. Blondeau, qui publie sa recension dans la très éclectique *Thémis*, semblait pourtant enclin à tendre une main en direction de l'utilitarisme. Il n'en va généralement pas de même pour les autres penseurs éclectiques. En effet, si l'on prend un Cousin ou un Jouffroy, l'intervention de la sympathie ne change rien à l'immoralisme, ou du moins à l'amoralisme de l'intérêt bien entendu. Or, Rey avait connaissance de cet aspect de la philosophie éclectique : il a lu les *Fragmens philosophiques* de Cousin avant la publication de son *Traité*. Il devrait donc savoir que ce dernier ne considère pas comme un « être moral » celui qui se sacrifie par sympathie, car c'est une « impulsion de l'organisation » et non un devoir⁷⁵⁰. Jouffroy, qui s'avère toutefois plus compréhensif et moins prévenu contre la morale

746 JGLJ, t. 2, p. 261.

747 Hyacinthe BLONDEAU, « *Traité des principes généraux du droit et de la législation*, par Joseph Rey », *Thémis*, t. 9, p. 403.

748 *Ibid.*, p. 403.

749 *Ibid.*, p. 403.

750 V. COUSIN, *Fragmens philosophiques*, *op. cit.*, p. 177-178. Cette vue est partagée par JOUFFROY qui écrit dans son

des intérêts et l'égoïsme⁷⁵¹, reproche à Hobbes de n'avoir pas compris la complexité de l'égoïsme, en ne prenant pas en compte « cette classe de plaisirs dus à la sympathie⁷⁵² ». À vrai dire, Hobbes n'exclut pas la sympathie de sa théorie morale. Il la considère comme l'une des passions humaines. Cependant, il ne l'appréhende que comme source de douleur et non de plaisir⁷⁵³. Quoi qu'il en soit, si c'est une stratégie de Rey que de faire intervenir la sympathie, celle-ci est donc très mal fondée.

Pourtant, comme nous espérons l'avoir démontré, il n'est pas non plus permis de voir dans la sympathie un principe parallèle qui viendrait contredire, ou même seulement compléter la morale des intérêts. Cela serait en contradiction avec l'ensemble de la philosophie reyenienne. Si la démonstration que la « faculté sympathique » de Rey n'est qu'une façon de parler le langage des intérêts ne suffisait pas, sa manière de réfuter les morales non utilitaristes devrait finir d'en apporter les preuves.

III/ DE L'IMPOSSIBILITÉ D'UNE MORALE NON UTILITARISTE

De façon prévisible, le procès fait à l'épistémologie sensationniste s'accompagne d'une critique tout aussi féroce de la morale hédoniste qui en découle. Après avoir connu un succès tout relatif dans la fin du XVIII^e siècle, la morale utilitaire subit des assauts de toutes parts au XIX^e siècle (A). Les éclectiques sont les premiers sur le front. Cousin ouvre son cours d'histoire de la philosophie du premier semestre 1815 en parlant de cette morale des intérêts qui a dominé pendant la Révolution : « Nous voulions être libres avec la morale des esclaves⁷⁵⁴ ». Dans la France du premier XIX^e siècle, réactionnaire à bien des égards, encore fortement imprégnée des dogmes chrétiens marqués par la mortification de la chair, toute référence aux sensations et au plaisir comme notions morales est exclue par l'immense majorité des auteurs. Ils n'y voient souvent qu'un appel à l'égoïsme et une exaltation des plaisirs corporels. Plutôt isolé par sa position, Rey cherche pourtant à faire admettre sa théorie morale tant bien que mal et consacre à cette fin un grand nombre de pages à l'appréciation des doctrines qui en divergent. Il envisage

Cours de droit naturel : « quand je suis sollicité à agir par la sympathie que m'inspire une personne, cette impulsion est un pur mouvement de ma nature », mouvement qu'il oppose aux actions dictées par le devoir, et même par l'intérêt (*Cours de droit naturel*, t. 1, *op. cit.*, p. 113).

751 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, III, B.

752 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 1, *op. cit.*, p. 333.

753 « La douleur éprouvée face au malheur d'autrui est la PITIÉ ; elle vient de ce que l'on imagine qu'un malheur semblable pourrait nous arriver. Elle s'appelle alors COMPASSION et, dans notre langage actuel, SYMPATHIE » (T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 135)

754 V. COUSIN, cité dans T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 101.

ainsi l'hypothèse du sens moral, dont l'analogie avec la raison universelle de Cousin est frappante, puisqu'il s'agit dans les deux cas de reconnaître un moyen spécial pour l'acquisition de certaines idées, morales en l'occurrence. Cette hypothèse est alors réfutée par référence à l'Idéologie (B). Derrière ces théories morales se dévoile la quête d'un moyen permettant à l'homme de soumettre sa sensibilité afin de dépasser son intérêt au nom d'une loi morale qui se veut plus digne de sa nature spirituelle. Refusant les notions de plaisir, jouissance ou intérêt, les contemporains de Rey se réfèrent au bien en soi, à la justice, à la vertu ou encore au dévouement. Tous ces concepts font de la lutte de l'individu contre ses penchants une condition de la moralité. « Il y a lutte pour qu'il y ait mérite⁷⁵⁵ » écrit ainsi Foucart. Bien loin de nier la haute valeur morale et sociale de certaines de ces notions, Joseph Rey cherche surtout à insister sur leur impuissance à guider les comportements humains. Ce n'est pas le devoir de bienveillance ou celui de respecter la justice que nie le juriste, mais la possibilité d'en faire une loi qui se justifierait par elle-même, indépendamment de toute référence à l'intérêt (C).

A/ UN APERÇU SUBSTANTIEL DE LA CRITIQUE DE L'UTILITARISME MORAL

Nous avons déjà vu que l'éclectisme se construit en partie sur le rejet de la philosophie matérialiste du XVIII^e siècle. Refusant l'épistémologie sensationniste et le déterminisme qui l'accompagnent nécessairement, la morale de l'intérêt subit le même traitement⁷⁵⁶.

Cousin donne ainsi en 1819-1820 un *Cours d'histoire de la philosophie morale du XVIII^e siècle* dont il consacre toute la première partie à l'« École sensualiste ». Dès sa première leçon, il commence par expliquer la nécessité de trouver un principe absolu pour la morale, qui ne peut se justifier par l'intérêt ou la loi du plaisir. La rhétorique de Cousin et des éclectiques consiste alors à attribuer des conséquences *abusives* à l'utilitarisme moral. L'injonction à rechercher le plaisir et à fuir la douleur constituerait au mieux un bon conseil, mais elle serait impuissante à obliger les hommes, incapable de fonder les notions de devoir et de droit, comme le reproche Sautelet à Joseph Rey⁷⁵⁷. C'est pourquoi la raison désavoue l'hédonisme pour lui substituer une loi morale fondée sur la liberté, ou plutôt sur le devoir de liberté : « Être libre, reste libre » tel que Dieu l'a

755 É.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 5.

756 Voir T. POUTHER, « La critique de la philosophie morale du XVIII^e siècle », *Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 107 s.

757 « Point de devoir, puisque devoir suppose raison qui l'enseigne, et liberté qui le subisse et le comprenne comme obligatoire. Point de droit, puisqu'un droit suppose un devoir, qu'il n'est droit sur un autre, que parce qu'il est devoir pour nous » (A. SAULET, « *Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey* », *art. cit.*, p. 70).

voulu⁷⁵⁸. C'est à partir de cette base que Cousin pourra alors déduire une liste de droits de l'homme, qui tous, en dernière analyse, se résument dans l'exercice de la liberté⁷⁵⁹. Contre Helvétius, il prévient ses étudiants que le « genre humain [...] toujours sérieux et sincère » contredit également la doctrine de l'intérêt en parlant « sans cesse du devoir »⁷⁶⁰. L'intérêt c'est l'égoïsme, et quand bien même il peut se trouver « utile et bienfaisant », l'humanité le « méprise » et le « proscrit »⁷⁶¹. Le philosophe invoque ainsi une forme d'assentiment général pour appuyer son propos et conclut alors que « c'est rabaisser la nature humaine que de la soumettre au joug de l'intérêt personnel ; c'est la calomnier⁷⁶² ». Les droits de l'homme ne peuvent être l'œuvre d'un grossier matérialisme et de sa morale des intérêts. Seule l'anthropologie et la « sainte morale du spiritualisme⁷⁶³ », pour reprendre l'expression de Cousin, sont en mesure de leur donner un fondement solide⁷⁶⁴. La philosophie de la sensation et la morale de l'intérêt sont par essence portées à nier les droits de l'homme, ce qui est presque devenu une vulgate. En réduisant l'homme à un animal, il n'y a plus de socle sur lequel fonder ses droits, aucune personne spirituelle à qui les reconnaître. Alors que Cousin est censé proposer un cours sur la philosophie morale du XVIII^e siècle, il consacre finalement quatre leçons sur neuf au système de Hobbes, comme pour porter un coup fatal à la philosophie qu'il prend si soigneusement à tâche de décrédibiliser.

Il faut soumettre la sensibilité à la raison, considère Sautelet, car la celle-ci est « absolue, invariable, universelle », alors que dans la sensation « tout est relatif, variable et particulier »⁷⁶⁵. Autant de caractéristiques qui ne sauraient convenir aux conceptions spiritualistes de l'ordre, de la morale et du droit. Il y a dans cette philosophie une crainte du potentiel humain qu'il s'agit littéralement de brider. Quoique le courant éclectique clame haut et fort son attachement à la liberté, il faut bien comprendre que c'est une liberté spirituelle avant tout. Une approche somme toute très pessimiste fait ainsi considérer à Cousin qu'une morale fondée sur le bien-être ne peut

758 V. COUSIN, « Cours d'histoire de la philosophie morale au XVIII^e siècle », *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 386.

759 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, A.

760 V. COUSIN, « Cours d'histoire de la philosophie morale au XVIII^e siècle », *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 417.

761 *Ibid.*, p. 417.

762 *Ibid.*, p. 417.

763 *Ibid.*, p. 422.

764 « Cousin propose [...] de *revoir entièrement* la représentation de l'homme qui fonde l'attribution des droits inviolables. Sa conviction est qu'il est possible de rebâtir la philosophie morale et politique sur une analyse plus vraie de la pensée humaine [que celle proposée par les Idéologues] ; cette "psychologie" renouvelée permet notamment, à ses yeux, de retrouver la sphère des principes immuables, celle de la *métaphysique*. C'est en de semblables hauteurs, ou profondeurs, que se trouve d'après Cousin le véritable fondement des droits de l'homme – non dans une morale utilitaire qui conduit invariablement dans les impasses de l'anarchie et du despotisme » (I. POUTHIER, *Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 102).

765 A. SAUTELET, « *Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey* », *art. cit.*, p. 65.

aboutir qu'à l'état de guerre ou au despotisme⁷⁶⁶. Et lorsqu'il envisage la possibilité d'une transaction entre les hommes pour assurer à chacun la satisfaction de ses intérêts, autrement dit d'un contrat social, c'est pour pointer du doigt le risque de rupture dès lors que la transaction ne serait plus conforme à l'intérêt des parties. Alors que cette dernière hypothèse contractuelle est pourtant d'une riche portée politique et sociale, Cousin y voit un obstacle dirimant à l'acceptation d'une telle doctrine⁷⁶⁷. C'est pourquoi les considérations liées à l'intérêt ou au plaisir sont rejetées au profit des injonctions d'une raison qui se veut impersonnelle.

Tous ces discours sacrificiels entés sur une anthropologie pessimiste sont par ailleurs loin d'être le propre des éclectiques puisqu'ils sont, dans une certaine mesure, au cœur même de la conception chrétienne de l'homme. Cette rhétorique est donc également présente dans les écrits des Ultras. Pour n'en citer qu'un seul, Louis de Bonald développe une vision de l'homme comme un être essentiellement corrompu qui ne peut s'en remettre qu'à la religion et au pouvoir politique pour poser des obstacles à ses passions et à sa volonté particulière. Dans son esprit, la morale des intérêts est essentiellement vicieuse car elle ramène tout à l'amour de soi. Lorsque Bonald n'y voit pas « le mortel ennemi de l'amour des autres⁷⁶⁸ », cet amour de soi est néanmoins jugé incapable de mener à l'amour des autres. Il convient donc de le sacrifier, ce que seule la religion rend possible. Et Bonald de prôner le « sacrifice de soi aux autres qu'un être supérieur à l'homme peut seul lui commander, parce que seul il peut en inspirer la force, et en décerner le prix⁷⁶⁹ ».

Sous la plume des éclectiques, la morale de l'intérêt se voit également rejetée au nom de la religion. Lorsque Foucart écrit que le christianisme a substitué à l'intérêt « le devoir qui va jusqu'au sacrifice⁷⁷⁰ », c'est encore une façon de jeter l'anathème sur la morale des intérêts, voire de la signaler comme réactionnaire dans le sens d'un retour à une sauvagerie pré-chrétienne. Le publiciste, qui adhère en même temps aux postulats philosophiques de l'éclectisme, dévoile encore une profonde crainte des hommes :

« Au point de vue de la destinée dernière de l'homme, *l'utile* et le *juste* se confondent, parce qu'il n'y a de vraiment utile que l'observation des règles qui doivent conduire à la possession du souverain bien. Mais au point de vue de la destinée terrestre, l'observation de la loi divine, c'est-à-dire le *juste*, est bien souvent différent de *l'utile*. Nous ne pouvons, en effet, apprécier l'utile qu'avec nos vues bornées, et sous l'influence de nos passions et quelquefois même des besoins les plus légitimes en eux-mêmes. Confondre ici-bas le *juste* et *l'utile*, c'est substituer la volonté incertaine, ignorante, passionnée de l'homme, à la loi divine. Le principe de *l'utile* conduit dans la

766 V. COUSIN, « Cours d'histoire de la philosophie morale au XVIII^e siècle », *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 432-433.

767 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, A, 2.

768 L. DE BONALD, *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social*, *op. cit.*, p. 124.

769 L. DE BONALD, *Du divorce, considéré au XIX^e siècle relativement à l'état domestique et à l'état public de société*, 2^e éd., Paris, Le Clere, 1805, p. 27.

770 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 22-23.

morale à la satisfaction de toutes les passions cupides, dans le droit public à la justification de toutes les tyrannies.⁷⁷¹ »

Parce que l'homme est un être de passions et d'ignorance, il est de toute nécessité de poser une borne à sa recherche de l'utile, borne que Foucart croit pouvoir trouver dans la loi de Dieu à laquelle il faut obéir, même si cela suggère le « sacrifice des besoins de ce monde⁷⁷² ». De toutes façons, le *souverain bien* n'est pas de ce monde ; il ne se goûte pas dans les jouissances terrestres. Le but des actions humaines peut bien être le bonheur, mais à la condition de ne pas viser un bonheur ici-bas⁷⁷³. Poussant l'ascèse à son comble, Renouard accuse quant à lui les « plaisirs du corps » de détourner l'homme des « inspirations de la vertu » et suggère, à l'instar du légitimiste Portets⁷⁷⁴, que les « intérêts des sens » sont la source des vices⁷⁷⁵. S'il ne condamne pas entièrement les appels du corps et le mobile de l'intérêt personnel, c'est seulement parce qu'ils sont nécessaires à la conservation de la vie physique, à laquelle « la vie présente de notre âme » est liée⁷⁷⁶.

Pour Foucart, Portets et une multitude d'auteurs, la morale des intérêts est donc immorale ou au mieux amoral : tel est le cri de ralliement des auteurs du premier XIX^e siècle, qu'ils soient philosophes, juristes ou hommes politiques. Conscient de toutes les critiques auxquelles il doit répondre, Rey leur demande : « Faudra-t-il donc, pour être moral à votre gré, un système qui tende à la fois à nous rendre malheureux nous-mêmes, et à faire le malheur de nos semblables ?⁷⁷⁷ » Les contempteurs de l'hédonisme et de l'utilitarisme cherchent avant tout à soustraire les questions morales à tout rapport sensible. Les cousinien brandissent la raison, là où d'autres parlent par exemple de sens moral. La finalité est toujours identique : il s'agit revendiquer le recours à un instrument de connaissance séparé du corps et des sensations.

B/ LA RAISON COUSINIENNE ET LE SENS MORAL CONTRE L'INTÉRÊT

De la même façon que Cousin fait de la raison une faculté intellectuelle et morale tout à fait indépendante de la sensation, certains moralistes se réfèrent à la notion de « sens moral »⁷⁷⁸.

771 *Ibid.*, p. 6.

772 *Ibid.*, p. 6.

773 X. PORTETS, *Cours de droit naturel, op. cit.*, p. 37.

774 PORTETS considère que ce sont « l'intérêt et les passions » qui conduisent l'homme à violer la loi naturelle car ils « étouffent dans son cœur la voix de la justice et de la vérité » (*Cours de droit naturel, op. cit.*, p. 123).

775 A.-C. RENOUARD, *Éléments de morale, op. cit.*, p. 134-135.

776 *Ibid.*, p. 136. Il tente dans les pages suivantes d'identifier la vertu et l'intérêt, mais c'est pour conclure qu'il est « trop pénible de croire que c'est comme résultat d'un calcul d'utilité que la vertu est adorable » (*ibid.* p. 142).

777 DBOS, t. 2, p. 236-237.

778 Les théories du sens moral émergent au XVIII^e siècle, avec la première utilisation du terme par SHAFTESBURY

La raison universelle et le sens moral présentent en effet une analogie frappante malgré leurs différences. Il s'agit, dans les deux hypothèses, d'expliquer comment l'individu acquiert les idées morales en excluant tout rapport au corps d'une part, et aux procédés ordinaires de réflexion d'autre part. Comme le remarque Grenier, la « *raison objective* » fonctionne comme « le *sens moral* », puisqu'il s'agit toujours de reconnaître une sorte de « notion préconçue du bien et du mal »⁷⁷⁹. Le sens moral a la particularité d'être pensé comme une faculté intervenant exclusivement dans le domaine moral, à la différence de la raison de Cousin qui est une faculté à la fois intellectuelle et morale. Ce sens permettrait alors à l'homme d'approuver ou de désapprouver une action en fonction de sa moralité de façon immédiate, le guidant ainsi dans la détermination de ses choix. De façon plus ou moins similaire, la raison de Cousin permettrait l'aperception spontanée de certaines vérités, dont celles de l'ordre moral. D'autres diront plus simplement et plus traditionnellement que Dieu a gravé certains préceptes dans la conscience humaine, un droit naturel constitué de règles morales et assimilé au droit divin, comme l'affirme Foucart⁷⁸⁰. Ces théories morales rentrent donc dans ce que Bentham qualifie de principe de sympathie et d'antipathie. Il faut maintenant voir comment ces *instruments* sont mobilisés pour s'opposer à l'utilitarisme et plus encore dans sa version hédoniste.

Cousin confère un rôle central à la raison dans sa théorie morale puisque c'est elle qui révèle à l'homme les axiomes du monde moral, ce que la sensibilité est impuissante à faire. Parce qu'elle se rattache à l'individu et à sa jouissance, la sensibilité n'a pas à ses yeux cette portée universelle et impersonnelle qui peut seule faire découvrir la « vérité morale absolue » qui vaut en tout temps et en tout lieu⁷⁸¹.

Jouffroy propose une explication intéressante de l'importance donnée par les éclectiques à la raison en matière de morale. Elle n'est pas en tout point identique à ce que propose Cousin, mais a l'avantage d'être plus facile d'accès et même sensiblement moins féroce à l'encontre de l'intérêt⁷⁸². Jouffroy se présente en effet comme le philosophe éclectique le plus enclin à dialoguer

en 1699, mais peuvent être rapprochées de la notion de « conscience morale » déjà présente chez les philosophes de l'Antiquité. Toutefois, ne seront abordés dans ces pages ni l'histoire du concept, ni les détails des diverses théories. Nous adoptons ici une définition large/souple, en comprenant le sens moral comme capacité d'appréhension spontanée des idées morales et/ou sentiment immédiat d'approbation ou de désapprobation, ce qui permet ainsi de l'identifier à une foule de concepts similaires tels que le sentiment moral, la conscience morale, le sentiment intime, etc..., qui font florès dans les écrits des philosophes et des juristes du premier XIX^e siècle. C'est d'ailleurs ainsi que REY paraît l'envisager. Pour une étude plus rigoureuse du sens moral, voir Laurent JAFFRO (dir.), *Le sens moral : Une histoire de la philosophie morale de Locke à Kant*, Paris, P.U.F., 2000.

779 B. GRENIER, « De la controverse du droit », 1^{er} article, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 4, p. 330.

780 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 2.

781 V. COUSIN, « Cours de philosophie sur le fondement des idées absolues du Vrai, du Beau et du Bien », *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 441-442.

782 Voir T. POUTHIER, *Au fondements des droits*, *op. cit.*, p. 180-182, pour un exposé détaillé de la morale de

et à trouver des points de rapprochement avec la morale des intérêts. C'est d'ailleurs ce que constate Joseph Rey lorsqu'il distingue le système philosophique des Idéologues et celui des spiritualistes. Jouffroy est précautionneux, « [t]oujours clair et précis », « jamais tranchant ni déclamateur »⁷⁸³. C'est pourquoi le juriste considère que si un « rapprochement entre les deux systèmes » est possible, « M. Jouffroy est éminemment appelé à l'opérer »⁷⁸⁴. Ce dernier distingue trois modes d'action différents qui apparaissent successivement chez l'individu. D'abord mu par son instinct, l'homme acquiert en grandissant les premiers germes de raison, une raison qualifiée d'empirique, qui le fait agir sur un mode égoïste. Il ne parvient alors au véritable épanouissement moral que lorsqu'il use enfin de la raison proprement dite⁷⁸⁵. Le philosophe admet bien que les prescriptions de l'égoïsme et celles de la morale puissent être identiques, mais les premières sont, somme toute, impuissantes à fonder la morale. Pour les spiritualistes, en effet, la moralité n'existe que si l'homme est « libre et soumis à une loi obligatoire⁷⁸⁶ » découverte par la raison. Il faut donc passer par la raison pour dépasser la sensation et justifier une loi morale qui n'a aucune attache avec le corps, afin de lui faire jouer un rôle de garde fou.

Fonder exclusivement la morale sur la raison pourrait toutefois présenter une difficulté, car malgré l'exaltation de son caractère universel, il est admis que son développement particulier est loin d'être égal chez tous les hommes⁷⁸⁷. C'est sans doute pourquoi on trouve également chez certains éclectiques la référence à des instruments tels que le sentiment intime ou la « conscience morale » pour ce qui concerne Jouffroy⁷⁸⁸. Cela vient tempérer l'idée première que seule la raison proprement dite permet d'accéder au mode moral. En effet, Jouffroy remarque que les enfants et même un certain nombre d'hommes n'acquièrent jamais une idée véritablement claire de la loi morale. Heureusement, ils sont dotés d'une conscience morale qui leur en donne une idée certes « confuse », mais néanmoins suffisante pour reconnaître l'obligation de faire le bien et d'éviter le mal, et pour approuver ou désapprouver en fonction du bien et du mal⁷⁸⁹. Cela s'inscrit encore dans une logique de responsabilisation, bien que Jouffroy admette une différence de degré entre une conscience confuse et une connaissance claire de la loi morale. Cela permet en outre aux

JOUFFROY.

783 TPGD, p. 51.

784 *Ibid.*, p. 51.

785 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel professé à la faculté des lettres de Paris*, t. 3, Paris, L. Hachette, 1842, p. 132.

786 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 1, *op. cit.*, p. 66.

787 COUSIN écrit ainsi que la « raison, qui, en elle-même, est universelle et absolue, et par conséquent infaillible, tombée qu'elle est dans l'homme, et par là en rapport avec les sens, les passions et l'imagination, d'infaillible qu'elle était en soi devient faillible ». Mais il précise ensuite qu'elle est également partagée par tous les hommes « sous sa forme instinctive et spontanée », forme qui peut donc ressembler à la conscience morale de JOUFFROY (V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 36 et 47).

788 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 1, *op. cit.*, p. 59.

789 *Ibid.*, p. 59.

philosophes d'appuyer leur rôle de représentants de la raison, et de déterminer des obligations morales que le peuple ne pourra qu'approuver, puisque le germe est présent en chacun quoique de façon confuse.

Si les éclectiques font primer la raison, ou la couplent avec une conscience morale comme Jouffroy, d'autres refusent l'intervention de la raison pour lui substituer un instrument moral purement *ad hoc* qu'ils nomment le *sens moral*. La différence – qui est loin d'être substantielle pour ce qui nous intéresse – tient à ce que la raison permet de découvrir les axiomes du monde moral, là où le sens moral serait avant tout une capacité d'apprécier spontanément la moralité d'une action. Il permet ainsi d'expliquer l'origine des jugements moraux par une capacité innée de l'individu à discerner le bien du mal. Il est cependant rare que les auteurs du XIX^e siècle n'y greffent pas en plus la capacité de percevoir des idées morales. C'est ainsi que Torombert en fait « *la lumière qui éclaire tout homme venant en ce monde*⁷⁹⁰ ». L'expression de « sens moral » témoigne aussi d'un mépris peut-être moins prononcé pour le corps. En effet, certains auteurs la rapportent à une sorte de faculté organique. C'est par exemple le cas du fondateur de la phrénologie Franz Joseph Gall, qui identifie la bienveillance au sens moral et évoque « l'organe de la bienveillance⁷⁹¹ ». Mais si son propos présente quelque analogie avec ce que Rey écrit sur la sympathie, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de reconnaître une faculté par laquelle l'appréciation du bien et du mal s'effectue spontanément et avec certitude. Jouffroy parle également de la conscience morale comme d'une sorte de « tact », de « sens » ou d'« instinct »⁷⁹², quoiqu'il n'en fasse nullement un produit de la sensibilité organique, mais la rattache à une sorte de germe de la raison par crainte de retomber dans le domaine de l'intérêt. Comme le note justement Laurent Jaffro au sujet du sens moral, cette thèse épistémologique d'une appréhension spontanée des qualités morales se double généralement d'« une thèse normative qui affirme que cette appréhension est indépendante du jeu des intérêts privés⁷⁹³ ». Lorsque le sens moral approuve une action, ce n'est donc jamais par un motif intéressé. Le professeur de droit naturel Xavier Portets, qui identifie la raison et le sens moral, résume très bien l'idée qui domine la science morale :

« C'est [...] dans le sens moral ou la raison humaine, que le droit naturel a son principe

790 H. TOROMBERT, *Principes du droit politique*, *op. cit.*, p. 11.

791 Franz Joseph GALL, *Organologie*, t. 5, Paris, J.-B. Baillière, 1825, p. 296.

792 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 1, *op. cit.*, p. 59-60. Force est de constater que JOUFFROY n'est pas le plus fidèle disciple de COUSIN sur bien des points, ce qui explique sans doute pourquoi REY le considère « bien supérieur à Cousin par la raison » (BMG, F. 5370, p. clii).

793 L. JAFFRO, « Ambiguïtés et difficultés du sens moral », in Claude GAUTIER et Sandra LAUGIER, *Normativités du sens commun*, Paris, P.U.F., 2009, p. 303-318 [En ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00281360/document>, consulté le 15.12.2018].

nécessaire. La raison consultée dans le silence des passions, déclare le bien et le mal, en vertu d'elle-même, et sans autre règle que son propre jugement. Nous voyons en elle un premier principe qui ne se définit ni ne se prouve, mais que nous sommes forcés d'avouer, parce qu'il est ainsi. Elle prononce indépendamment de tout intérêt physique.⁷⁹⁴ »

En fidèle catholique, Portets parle même de « syndérèse », qu'il définit comme « la faculté qui nous révèle les premiers principes de la morale et de la justice, et qui les fait vivre dans le cœur de l'homme »⁷⁹⁵.

On constate par conséquent une forte analogie entre la conception éclectique de la raison et la philosophie du sens moral : il s'agit à chaque fois d'expliquer l'origine toute spéciale des idées d'ordre moral, afin de trouver un biais permettant de mettre de côté tout rapport avec l'intérêt personnel⁷⁹⁶. Rey ne s'attarde pourtant à critiquer la raison des éclectiques que lorsqu'il évoque les principes de l'Idéologie, et non lorsqu'il traite de la morale. Il note en revanche l'analogie entre le sens moral et la raison pratique kantienne⁷⁹⁷. Encore faut-il signaler que ceux qui se revendiquent de l'éclectisme, ou même simplement du spiritualisme, partagent surtout un fond de croyances communes, même s'ils ne mobilisent pas toujours un vocabulaire identique. Ainsi, après avoir rendu hommage à cette école, Foucart écrit que la loi morale est donnée à l'homme par Dieu et « se manifeste en lui par le sentiment et par le raisonnement⁷⁹⁸ ». Que l'on place l'origine des idées morales dans une raison universelle, dans le sens moral ou encore dans un sentiment intime ou dans le sens commun, c'est tout un. Frédéric Taulier affirme par exemple qu'il entend expliquer le Code civil en s'« adressant à la raison universelle, c'est-à-dire à la loi de Dieu, à ce sens moral commun à tous les hommes⁷⁹⁹ ». Bien que Rey s'attache plus précisément à la critique du sens moral, il attaque par là une idée qui, sous des formes diverses, constitue une croyance générale des hommes et des femmes du premier XIX^e siècle. En réfutant l'existence d'un tel sens, notre auteur s'inscrit en outre dans la continuité de penseurs tels que Helvétius, d'Holbach ou Diderot qui ont combattu au siècle précédent les philosophes anglo-écossais, les « shaftesburistes ». Ils rejetaient en effet une telle conception de l'éthique « parce qu'elle suppos[ait] que l'âme existe comme substance [...] séparée du corps, et parce que la philosophie du sens moral a toujours été associée à des tentatives pour limiter la portée de la raison⁸⁰⁰ ».

794 X. PORTETS, *Cours de droit naturel*, op. cit., p. 10.

795 *Ibid.*, p. 32.

796 J.-F. OUDOT l'affirme expressément : « si la sensation est l'unique source des idées, on arrive à confondre le juste et l'injuste avec le plaisir et la douleur ». C'est pourquoi il préfère placer l'origine des idées de juste et d'injuste dans le sens commun, qui révèle « des vérités dont notre seul garant est une foi nécessaire » (*Premiers essais de philosophie du droit*, op. cit., p. 36).

797 DBOS, t. 2, p. 263.

798 É.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, op. cit., p. 5.

799 F. TAULIER, *Théorie raisonnée du code civil*, t. 1, op. cit., p. 9.

800 J. ISRAEL, *Une révolution des esprits*, op. cit., p. 177.

Lorsque Rey aborde ce sujet en 1836, il parle effectivement du sens moral comme d'un « sens PARTICULIER, indépendant de la raison⁸⁰¹ » – ce qui doit bien entendu être compris simplement dans le sens où il s'agit de soustraire les idées morales à tout raisonnement. Après avoir montré les failles de la théorie cousinienne de la raison, considérée comme un simple être imaginaire, le juriste s'en prend donc au sens moral dont il dénonce pareillement « l'étrange commodité⁸⁰² ». Il assimile d'ailleurs le sens moral avec l'hypothèse d'un sentiment inné du juste et de l'injuste tel que Rousseau en traite dans *l'Émile*. Mais loin d'être spontanés ou innés, Rey avance que les jugements moraux doivent être considérés comme des sensations composées. Si la rapidité avec laquelle les individus forment leurs jugements fait croire à de la spontanéité voire à de l'inné, l'Idéologue pense qu'ils se fondent au contraire sur des idées reçues d'avance ou sur des jugements antérieurs formés à l'occasion d'une action, et que telle ou telle action de même nature rappelle à la mémoire. Ce qui trompe les observateurs, c'est qu'ils s'arrêtent au sentiment d'approbation ou de désapprobation qui est exprimé, sans remonter aux multiples opérations intellectuelles qui l'ont précédées⁸⁰³. Autrement dit, ils ne remontent pas assez loin dans l'analyse. Seuls « l'amour de ce qui nous fait du bien, et la haine du contraire⁸⁰⁴ » sont innés et spontanés. Aussi, bien qu'il ne soit pas question de nier la réalité du sentiment, parce que « l'impression elle-même en est certaine », cela n'implique pas que la sensation soit « nécessairement en rapport avec la réalité des êtres »⁸⁰⁵.

Joseph-Auguste Rey propose une approche similaire du sens moral que notre auteur trouve « très bien analysé⁸⁰⁶ ». Il considère en effet que la promptitude de certains jugements moraux ne s'explique que parce l'individu apprend dès le plus jeune âge « ce qu'il y a de mieux dans son intérêt », et que son esprit se trouve alors rempli « d'une foule de décisions, de jugements sur les faits qui se rencontrent le plus habituellement »⁸⁰⁷. La critique de Joseph-Auguste Rey reste cependant moins rigoureuse que celle de l'Idéologue, car il n'interroge pas le sens commun et félicite au contraire Thomas Reid d'avoir « réconcilié la philosophie avec le sens commun⁸⁰⁸ ». Sa façon de réfuter l'hypothèse d'un sens moral rappelle néanmoins plus explicitement que ne le fait Joseph Rey lorsqu'il traite le sujet, que le critère ultime des jugements de valeur est toujours l'intérêt bien entendu.

801 DBOS, t. 2, p. 258.

802 *Ibid.*, p. 259.

803 *Ibid.*, p. 260-261.

804 BMG, F. 5206, t. 2, p. 98.

805 JGLJ, t. 2, p. 255.

806 BMG, X. 117, t. 1, p. 41.

807 J.-A. REY, *Théorie et pratique de la science sociale*, t. 1, *op. cit.*, p. 40-41.

808 *Ibid.*, p. 144. « Cette réunion de vérités partielles est le sens commun que la saine philosophie a proclamé de nos jours comme l'unique et infaillible criterium de vérité » (*ibid.*, p. xii).

Car c'est bien là que se situe le problème du sens moral. Il ne pose aucun critère puisqu'il niche dans un sentiment intérieur. Dès lors qu'aucun étalon de la moralité n'est posé, on tombe dans ce que Bentham caricature sous le terme d'« *ipsedixitisme*⁸⁰⁹ », et qui, permettant de tout justifier, se révèle très favorable au despotisme. Bien que Gall écrive que « s'abstenir de faire du mal aux autres ; être juste envers tout le monde ; faire son devoir, voilà ce que renferme le sens moral⁸¹⁰ », Joseph Rey tire cependant les conséquences d'une telle philosophie jusqu'à leur extrémité pour en montrer l'absurdité. Le sens moral, avance-t-il avec provocation, peut donc aisément justifier l'esclavage et même le cannibalisme puisque n'y aurait qu'à dire : « Je SENS que telle notion est juste, morale, donc elle l'est réellement⁸¹¹ ». Alors qu'il est commun de dénoncer la contingence des morales fondées sur le plaisir et l'utilité, celles qui renvoient au très subjectif sens moral sont finalement susceptibles des mêmes critiques. C'est sans doute pourquoi Cousin ajoute les qualificatifs d'« universelle » et d'« impersonnelle » à sa raison. De même trouve-t-on parfois la référence à la notion de « sens commun », indiquant par là que les idées découvertes par ce biais sont communes ou du moins accessibles à l'ensemble des hommes. Mais ce ne sont pas là des solutions plus convaincantes pour Rey qui, comme on l'a déjà signalé, n'attribue aucun caractère d'infailibilité aux opinions en raison du nombre de ses partisans.

S'élabore – ou plutôt se continue – ainsi un puissant consensus en faveur d'une origine spirituelle des conceptions morales, et ce même lorsqu'il est question de « sens » moral ou commun. Cet ensemble de discours sans attaches avec le réel a pourtant prise sur lui, par le biais de la morale certes, mais surtout par celui du droit. Tous ces procédés permettent effectivement de considérer qu'il existe des préceptes moraux, des préceptes de justice que l'homme peut toujours connaître et qui ne s'expliquent pas en termes d'intérêts. Il n'est sans doute pas anodin que l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » apparaisse en droit français à la même époque sous la plume de Delvincourt, doyen de la faculté de droit de Paris⁸¹². Doublié de l'idée de libre-arbitre, ce spiritualisme conduit nécessairement à la condamnation de celles et ceux qui auraient cédé à d'autres impulsions que celles du sens moral ou, au choix, de la raison. Cette condamnation est avant tout d'ordre moral. Mais c'est sur cette même base que les criminalistes du premier XIX^e siècle justifient le droit de punir reconnu à la société⁸¹³. Rossi évoque même l'acceptation de la

809 Par exemple dans la *Table des ressorts de l'action*, *op. cit.*, p. 80 et s.

810 F. J. GALL, *Organologie*, t. 5, *op. cit.*, p. 275.

811 Et il n'hésite pas à le faire avec une certaine dose de sarcasme lorsqu'il écrit : « Ainsi le sauvage sent *au fond de son cœur* qu'il doit torturer et manger son ennemi, que c'est une *juste* représaille (*sic*) du mal qu'il lui a fait » (DBOS, t. 2, p. 259).

812 D'après Katia WEIDENFELD, Claude-Étienne DELVINCOURT est le premier à employer cet adage en 1819 pour « proposer une interprétation restrictive des hypothèses de mariage putatif » (« "Nul n'est censé ignorer la loi" devant la justice royale (XIV^e-XV^e siècles) », in *Informes : institutions et communication (XIII^e-XV^e siècles)*, Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2005, p. 165).

813 M. REGAD, *Attaquer la droit pénal par la philosophie*, *op. cit.*

peine par le condamné, car la conscience, avance-t-il, « inspire à plus d'un criminel une résignation vraie » qui « révèle le triomphe, quoique tardif, du sentiment moral »⁸¹⁴.

En dénonçant ces rhétoriques, Rey met le doigt sur certains préjugés anthropologiques qui sont au fondement de la science juridique. Il y a effectivement, pour qui revendique une approche scientifique du droit, de quoi s'étonner et même s'inquiéter lorsqu'on lit par exemple que « [le] rapport de la peine avec le crime est une vérité d'intuition » qui « ne se démontre pas »⁸¹⁵. C'est pourtant une telle philosophie qui imprègne la doctrine juridique sous la monarchie constitutionnelle.

Bentham remarque d'ailleurs que le principe de sympathie et ses avatars favorisent le despotisme des gouvernants puisqu'ils n'ont nullement à justifier leurs législations⁸¹⁶. Cousin, qui impute au contraire le risque de despotisme à la morale des intérêts, confirme pourtant la légitimité de la remarque de Bentham lorsqu'il écrit :

« L'absolu se légitime par lui-même : si l'on me demande pourquoi il y a des devoirs, je répondrai parce qu'il y a des devoirs. Il n'y a point de raison à donner de la raison.⁸¹⁷ »

Il apparaît pourtant que cette quête d'absolu trouve sa raison d'être dans le refus de la contingence d'une loi morale fondée sur les sensations de plaisir et de douleur, dont l'interprétation et l'application sont soumises au hasard des circonstances. Si Cousin s'oppose à l'intérêt bien entendu, c'est donc pour fonder une théorie du devoir moral sans rapport avec les conditions de temps et de lieux, pour trouver cette « règle absolue dont nous avons besoin en morale⁸¹⁸ ».

Bien que tous les contempteurs de l'utilitarisme hédoniste n'aient pas forcément en tête de soustraire la morale à l'incertitude des circonstances, tous visent cependant à la débarrasser du rapport à l'intérêt personnel. Ainsi Belime considère-t-il qu'une fois la morale utilitaire réfutée, la question du système à adopter reste « secondaire, puisque tous ces systèmes tombent d'accord sur cette vérité capitale, que nous tendons à ce qui est bon par une détermination désintéressée⁸¹⁹ ». Ce qui importe, en effet, c'est de trouver une « loi supérieure » qui commande à l'homme « de résister à ses désirs » et de dépasser les considérations fondées sur son intérêt⁸²⁰.

814 P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 430.

815 *Ibid.*, p. 427.

816 J. BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, *op. cit.*, p. 44.

817 V. COUSIN, « Cours de philosophie sur le fondement des idées absolues du Vrai, du Beau et du Bien », *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 435.

818 *Ibid.*, p. 445.

819 W. BELIME, *Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 109.

820 La prétendue impossibilité de fonder une telle loi à partir d'une philosophie matérialiste constitue l'un des reproches que SAUTELET formule à l'encontre de REY (« *Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey* », *art. cit.*, p. 70).

Voilà pourtant qui relève de l'impossible pour le philosophe grenoblois.

C/ LES MORALES DÉONTOLOGIQUES AU PRISME DE LA CRITIQUE REYIENNE

Avant d'en finir avec la question de la philosophie morale et de l'ensemble des controverses qu'elle a pu soulever dans la première moitié du XIX^e siècle, il reste un dernier point à étudier, qui confirmera la place centrale de la notion d'intérêt dans la réflexion de Rey. Il est en effet profondément convaincu que la moralisation des hommes ne peut passer que par une juste appréciation de leurs véritables intérêts. Pour rendre l'homme bon, vertueux, juste ou encore bienveillant, Rey estime qu'il suffit de lui faire comprendre que tout ceci rentre dans son intérêt bien entendu. Bien sûr il faudra encore réformer l'organisation sociale afin de faire véritablement coïncider le bonheur avec l'accomplissement de la justice. Le juriste ne nie pas qu'il existe actuellement une discordance entre les deux, mais cela tient essentiellement à ce que l'ordre social ne repose pas encore sur ses véritables bases. Quoiqu'il puisse toujours exister des intérêts opposés entre les divers membres d'une société, Rey pense pourtant qu'il est possible de les concilier dans une large mesure. Plutôt que de lutter contre la morale des intérêts, il convient de chercher comment les articuler harmonieusement. C'est pourquoi il lui importe de faire accepter la morale utilitariste, afin d'inciter à mettre en œuvre une politique et une législation qui feront coïncider l'intérêt personnel avec l'accomplissement des actions socialement utiles et qui tendront à limiter le choc des intérêts. Affirmer que notre auteur s'oppose aux morales déontologiques n'est pas dire qu'il nie les devoirs de l'homme, mais simplement qu'il refuse des assertions telles que « Fais le bien, sans égard aux conséquences⁸²¹ ». Loin d'écarter l'idée de devoir, Rey, en *Idéologue*, met au contraire un grand soin à en déterminer l'origine, ainsi que celle de l'idée de droit, lorsqu'il propose sa théorie juridique⁸²². Pour déterminer les obligations morales de l'homme et surtout pour l'inciter à s'y conformer, le juriste considère néanmoins qu'il faut nécessairement remonter à l'intérêt. Cela signifie encore, dans une logique conséquentialiste, qu'il est indispensable de justifier les devoirs au regard des conséquences bénéfiques qui résultent de leur accomplissement.

Par conséquent, ceci implique d'abord de repousser toute idée d'une loi morale absolue, universelle et inconditionnée telle que celle que la raison pratique de Kant doit découvrir. On connaît les arguments que Benjamin Constant lui a déjà opposés au sujet du « droit de

821 Selon les mots de COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 422.

822 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II, A.

mentir »⁸²³. Rey considère à son tour qu'une « *loi morale ABSOLUE*, c'est-à-dire qui ne dérive QUE D'ELLE-MÊME, *sans aucun égard aux conséquences de nos actions* »⁸²⁴ est inconcevable. C'est pourtant une conception de la loi morale dont Cousin s'est fait un temps le porte-parole en France, en expliquant que pour « s'approcher aussi près que possible de la vérité morale absolue », il faut « soumettre chacun de nos actes à ce critérium : *Pourrait-il servir de règle éternelle ?* »⁸²⁵ »

Rey envisage plus précisément la morale de l'école *rationnelle* au prisme de la justice comme règle absolue, c'est-à-dire, « qui doit être observée pour toute autre considération que celle de l'intérêt »⁸²⁶. C'est ce qu'on trouve en effet sous la plume de juristes éclectiques⁸²⁷. Or Rey ne peut envisager une règle absolue, c'est-à-dire une règle « *non susceptible de preuve et dénuée de motif* »⁸²⁸. C'est « une *demi-idée*, un *demi-raisonnement* », bref « un véritable *non sens* »⁸²⁹. Cela ne le conduit pas à nier l'obligation de respecter la justice, mais à la justifier. Ainsi, « l'harmonie sociale résultant de la justice est dans notre intérêt même » et cette harmonie est encore « le plus sûr moyen de satisfaire nos affections sympathiques »⁸³⁰. Nos besoins sympathiques nous font d'ailleurs parfois « être justes par cela seul que la justice est un bien pour nos semblables »⁸³¹. « Si tout le monde cessait d'observer la justice, la société ne pourrait exister et nous ne pourrions jouir de ses avantages » ; bref, « la justice est basée sur l'intérêt particulier lui-même »⁸³². Rey ne s'interroge pas, en cet endroit, sur le contenu de la justice. Il ne fait pourtant pas consensus⁸³³ et l'on aurait pu attendre de lui plus de rigueur. Dans le brouillon d'une lettre écrite en 1850 en

823 Voir le recueil de texte Benjamin CONSTANT et Emmanuel KANT, *Le droit de mentir*, Paris, Éditions mille et une nuit, 2003.

824 *DBOS* t. 2, p. 262-263.

825 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 450.

826 *JGLJ*, t. 1, p. 151 ; *TPGD*, p. 148.

827 FOUCART écrit : « la loi morale de la société, comme la loi morale de l'individu, est le juste et non l'utile » (*Éléments de droit public*, t. 1, *op. cit.*, p. 9). De même RENOUARD, s'il ne pose pas explicitement la justice comme règle absolue, en vient à la même idée par le biais du « devoir » en évoquant le « besoin d'obéir à cette voix intérieure : Il faut rendre. Telle est la loi de l'obligation morale : absolue, toute-puissante, indépendante de toute circonstance étrangère » (*Éléments de morale*, *op. cit.*, p. 151).

828 *JGLJ*, t. 1, p. 152 ; *TPGD*, p. 148.

829 *JGLJ*, t. 1, p. 152 ; *TPGD*, p. 149.

830 *TPGD*, p. 148.

831 *Ibid.*, p. 149 ;

832 *Ibid.*, p. 148 ; propos similaires dans *JGLJ*, t. 1, p. 151.

833 P. LEPAGE, par exemple, signale au moins deux définitions différentes qui ont alors cours : celle des *Institutes* de Justinien selon laquelle « la justice est la volonté constante de rendre à chacun ce qui lui appartient » et celle qui définit la justice comme « la conformité de nos actions avec les devoirs qui nous sont imposés, tant par la nature que par les institutions humaines » (*Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 13-14). REY serait sans doute plus enclin à opter pour la première définition, quoiqu'il s'agisse moins de rendre à chacun ce qui lui appartient, que ce qui lui est dû (c'est-à-dire ce qui lui est nécessaire pour satisfaire ses besoins). Finalement les deux définitions se recoupent en quelque sorte sous sa plume. Il se dit en effet partisan d'une justice distributive, qu'il définit comme la « juste distribution des moyens respectifs pour la satisfaction des besoins » (*TPGD*, p. 259).

réponse à Marius Chastaing qui indiquait vouloir poser la justice comme fondement de l'organisation sociale, le juriste signale toutefois le flou de la notion. Après s'être accordé avec son correspondant sur l'importance de cette « base solide » de l'ordre social qu'est la justice, il ajoute cependant qu'il faudrait d'abord « dresser en quelque sorte, l'inventaire des exigences d'application de ce principe »⁸³⁴. Conformément aux principes de l'Idéologie, il ne suffit pas de poser un mot magique qui serait la panacée de tous les maux sociaux, encore faut-il être en mesure de l'expliquer. C'est pourquoi, sans rejeter la question du juste et de l'injuste, Rey préfère néanmoins se référer à la notion d'intérêt qui lui apparaît plus sensible.

Lorsqu'il aborde la thématique de la justice, il n'oublie pas de répondre à la fameuse objection du dépôt. Celle-ci entend montrer que l'intérêt personnel peut se trouver en opposition avec la justice. La situation est la suivante : il s'agit de l'hypothèse où « un dépôt [...] aurait été confié à quelqu'un sans [...] reconnaissance écrite, par une personne qui viendrait à mourir sans que les héritiers fussent instruits du dépôt⁸³⁵ ». À première vue, l'intérêt semble suggérer de garder le dépôt alors que la justice voudrait qu'il soit restitué. Mais Rey constate d'abord, dans une perspective qui rappelle celle d'Épicure, que l'on ne peut s'assurer de n'être jamais découvert. Ainsi « [le] seul moyen d'être entièrement tranquille, c'est de n'avoir rien à se reprocher⁸³⁶ », ce qui est conforme à notre intérêt. Il poursuit ensuite en observant qu'« en général, [...] celui qui brave la justice ne peut avoir l'entière certitude qu'on la respectera à son égard⁸³⁷ ». Et il en tire « la règle générale⁸³⁸, qu'il est de l'intérêt de tous que la justice soit observée⁸³⁹ ». Enfin, la dernière preuve qu'apporte Rey de la nécessité de respecter la justice a de quoi surprendre, car il n'est pas loin d'en appeler au sens commun. Il constate que, sans qu'il s'agisse nécessairement de mauvaise foi, « il n'existe pas une seule réunion d'hommes [...] où l'on ne couvre ses prétentions les plus injustes du masque de la justice⁸⁴⁰ ». Ce masque, remarque-t-il, suffit à convaincre l'opprimé de la légitimité du pouvoir qui s'exerce sur lui – ce qui explique d'ailleurs « le long asservissement d'une partie de l'espèce humaine⁸⁴¹ ». Mais de façon surprenante, loin de le conduire à rejeter la notion de justice en raison de son flou, le juriste en tire une conclusion opposée. Bien qu'il y ait méprise sur « les caractères du juste et de l'injuste », « l'oppresser et l'opprimé [...] reconnaissent également cette vérité que, sans justice, il ne peut exister aucune

834 BMG. T. 3955.

835 *JGLJ*, t. 1, p. 152.

836 *Ibid.*, p. 153.

837 *Ibid.*, p. 153.

838 Une règle *générale*, et non *absolue*, c'est-à-dire une règle susceptible d'exception (*JGLJ*, t. 1, p. 153).

839 *JGLJ*, t. 1, p. 153.

840 *Ibid.*, p. 154.

841 *Ibid.*, p. 154.

sécurité, aucun ordre véritable »⁸⁴². Certes Joseph Rey lie ici, comme toujours, le respect de la justice à des intérêts, à savoir la sécurité et l'ordre. Toutefois, invoquer à l'appui de son propos une vérité reconnue par tous revient à mobiliser une forme d'argumentaire qu'il dénonce pourtant chez les autres philosophes. Quoiqu'il en soit, Rey cherche à montrer qu'une règle ne peut pas être dénuée de preuves et de motifs, lesquels motifs sont toujours des considérations liées à l'intérêt.

D'autres, avance-t-il encore, voudraient fonder la morale sur « *l'amour de la vertu pour elle-même* »⁸⁴³. Cette expression obscure est alors reformulée par l'auteur pour la faire coïncider avec sa morale : « si l'on veut dire par là qu'il faut, *autant que possible*, faire le bien pour le seul plaisir attaché à l'accomplissement d'une action vertueuse, sans attendre toujours un équivalent matériel »⁸⁴⁴, voilà qui est tout à fait conforme à l'utilitarisme. Il fait cependant remarquer qu'il y a dans ce cas satisfaction d'un intérêt moral. Il y a donc bien un équivalent, un plaisir ressenti, « une récompense autant et souvent plus réelle qu'un monceau d'or »⁸⁴⁵. Dans sa *Théorie des sentiments moraux*, Adam Smith se demandait si la vertu consiste à agir convenablement avec nos semblables, dans la bienfaisance ou dans « la recherche prudente et sage du bonheur »⁸⁴⁶. C'est tout un répond Rey, car « pour faire notre propre bonheur, il faut d'abord ne pas troubler celui des autres, et ensuite y contribuer le plus possible »⁸⁴⁷. Le juriste, qui est ici rejoint par Grenier⁸⁴⁸, juge même qu'il est immoral d'opposer la vertu au bonheur, comme le fait par exemple Constantin Pecqueur. En réalité, Pecqueur ne nie pas tout à fait la morale utilitariste, mais il considère qu'énoncer les devoirs en termes de ce qui est individuellement utile n'est qu'une manière « d'équivoquer »⁸⁴⁹. Rey estime quant à lui que cette identification du devoir et de l'utile permet au contraire de sortir du « mysticisme » qui accompagne les morales déontologiques⁸⁵⁰. Il juge donc plus convenable de dire, avec Épicure, que la vertu est « le souverain plaisir »⁸⁵¹. S'il fait

842 *Ibid*, p. 154.

843 *TPGD*, p. 147.

844 *Ibid*, p. 147.

845 *Ibid*, p. 147.

846 ADAM SMITH, *Théorie des sentiment moraux*, Paris, Guillaumin et Cie, 1860, p. 312. REY écrit « bienveillance » au lieu de « bienfaisance » lorsqu'il évoque ce point (*DBOS*, t. 2, p. 240).

847 *DBOS*, t. 2, p. 340.

848 GRENIER juge en effet aberrant de voir certains affirmer que les partisans de l'utile excluent la vertu. Cela revient selon lui « à cette affirmation impie que la vertu est sans utilité » (« De la controverse du droit », 2^e article, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 5, p. 315).

849 C. PECQUEUR, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique*, *op. cit.*, p. 31.

850 PECQUEUR écrit : « À coté du besoin du bonheur, il y a la nécessité de la vertu » (*Théorie nouvelle d'économie sociale et politique*, *op. cit.*, p. 43), et cette assertion fait réagir Joseph REY : « Non, ce n'est pas là équivoquer. C'est ramener les choses à leur juste expression, et sortir d'un mysticisme, qui, loin de conduire pratiquement au bien, nous en éloigne le plus souvent, parce qu'il n'a pas sa portée dans les mobiles naturels du cœur humain » (*BMG*, E. 26985, p. 32).

851 « C'est très peu moral de présenter toujours la vertu comme opposée au bonheur. Épicure était bien plus

ainsi rentrer la vertu dans l'intérêt bien entendu, il faut noter que cela est encore loin de prévenir véritablement la critique, car d'aucuns diront que « la vertu transformée en moyen de plaisir cesse d'être la vertu⁸⁵² ». Cela « ne détruit donc pas l'égoïsme », mais le « perfectionne » seulement en faisant « choisir mieux les plaisirs »⁸⁵³. Rey se méprend par conséquent s'il pense que le plaisir est rejeté de la morale uniquement en raison d'une acception trop étroite du terme qui le limiterait aux plaisirs physiques. La recherche du plaisir, pour ces penseurs, ne peut jamais être un mobile moral par cela seul qu'elle est recherche du plaisir⁸⁵⁴.

Mais pour Rey, cette quête hédoniste étant le seul mobile inaltérable de l'homme, il lui importe plutôt de faire sentir que les plaisirs intellectuels et moraux sont l'une des sources les plus vives de jouissance, afin d'inciter les hommes aux actions vertueuses. Les *marginalia* qu'il a laissées sur certains ouvrages de ses contemporains, principalement ceux des socialistes, sont éclairantes sur sa façon de concevoir des notions telles que la bienveillance, la fraternité, la charité, etc., autrement dit tout ce qui implique un devoir positif envers son semblable. On a déjà signalé plus haut comment Rey, par le biais de la sympathie, reconnaît l'intérêt personnel jusque dans les actions qui témoignent d'une forme de dévouement. Même lorsqu'il s'agit de donner sa vie, comme le fit le chevalier d'Assas, ce *sacrifice* est toujours interprété par Rey en termes d'intérêt⁸⁵⁵. Il est donc inutile de revenir sur ce point. Il est en revanche intéressant de constater que Rey pointe du doigt l'inefficacité des discours qui cherchent à inciter aux actions bienveillantes seulement par l'invocation obscure du dévouement ou pire du sacrifice. Il ne faut pas « exagérer cette idée de dévouement en [suggérant] qu'elle doit amener un véritable sacrifice, ou l'abnégation complète du moi, comme le prétendent plusieurs moralistes⁸⁵⁶ ». C'est sans doute dans ses notes sur la *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique* de Pecqueur que Rey est le plus explicite. Il explique en substance que pour fonder sur ses vraies bases le devoir de contribuer au bonheur de ses semblables, il faut montrer aux hommes que c'est là une condition de leur propre bonheur individuel, condition imposée par les lois mêmes de la nature humaine. Les devoirs envers son prochain, la bienfaisance, servent l'utilité personnelle. Exalter le dévouement ou le

réellement moral en soutenant que la vertu était le souverain plaisir » (BMG, E. 26985, p. 43).

852 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 2, *op. cit.*, p. 96.

853 V. COUSIN, *Premiers essais de philosophie*, 3^e éd., Paris, Librairie Nouvelle, 1855, p. 286.

854 COUSIN écrit ainsi que lorsque l'on « admire une action utile à son auteur », ce n'est pas en raison de son utilité, bien au contraire, mais uniquement « en raison des sacrifices qu'elle a coûtés » (« Cours d'histoire de la philosophie morale au XVIII^e siècle », *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 417).

855 BMG, E. 26985, p. 31. L'exemple du chevalier ASSAS revient souvent à l'époque pour contredire la doctrine de l'intérêt : C. PECQUEUR, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique*, *op. cit.*, p. 31 (c'est ici que REY explique que, sauf à « dénaturer » le mot intérêt, il est impossible de ne pas voir qu'ASSAS a suivi son intérêt) ; H. TOROMBERT, *Principes du droit politique*, *op. cit.*, p. 64 ; V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 418 ; J.-F. OUDOT, *Premiers Essais de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 52.

856 BMG, X. 117, t. 1, p. 282.

sacrifice est inutile car de telles exhortations n'atteignent que ceux qui n'en ont nul besoin pour agir fraternellement. Quant aux hommes « dont la constitution primitive ou l'emprise des circonstances ont conduit au sentiment d'individualisme outré, on ne peut les gagner qu'en leur faisant voir que cet individualisme serait mieux satisfait en combinant sa satisfaction avec celui des autres, qu'en cherchant à y parvenir tout seul, et surtout en le faisant au dépens des autres⁸⁵⁷ ». C'est pourtant ce que refuse Pecqueur, qui, à l'instar de Cousin, distingue le devoir de l'intérêt. Il distingue deux formes de solidarité : l'une de fait et l'autre de droit. Or, selon lui, seule la seconde est obligatoire car elle-seule découle de la loi morale. Quant à la première, Pecqueur la rapproche de l'intérêt pour la considérer comme facultative. Voilà comment elle s'exprime d'après lui : « *c'est votre intérêt de vous unir, FAITES COMME IL VOUS PLAÎT*⁸⁵⁸ ». Il y a pour Rey une antinomie entre les deux propositions, car ce qui est dans l'intérêt de l'individu constitue pour lui un devoir, devoir qui est même assorti d'une sanction naturelle, « positive et efficace, puisque c'est celui qui refuse de s'unir qui en est puni⁸⁵⁹ ».

On trouve une proposition qui présente quelque analogie avec ce qu'exprime Rey chez un juriste comme Lepage. Ce dernier, bien que fondant sa morale sur *la justice* et les devoirs imposés par *la conscience*, appelle à ne pas limiter l'enseignement moral à des idées *mystiques*, mais à montrer qu'en accomplissant ses devoirs, « on trouve nécessairement une première récompense dans ce monde⁸⁶⁰ ». Il faudrait démontrer, écrit-il dans son langage spiritualiste, « que le véritable intérêt des hommes en société est de pratiquer la justice selon le for intérieur⁸⁶¹ ». Il en va de même de tous les autres devoirs, tels que celui de bienfaisance par exemple, « que nous devons remplir pour notre propre utilité⁸⁶² ». Si pour Lepage, les devoirs moraux se découvrent par la conscience et non par la recherche de l'utile, il partage toutefois avec Rey l'idée que leur diffusion doit passer par un discours qui parle aux hommes, c'est-à-dire celui des intérêts. Joseph Rey écrit en effet que pour asseoir de tels préceptes moraux sur des bases solides, il faut faire sentir aux hommes qu'il est « dans notre intérêt de faire ce qui sert l'intérêt de nos semblables », « car personne ne veut, sciemment, faire ce qui nuit à son propre intérêt »⁸⁶³. Aussi ne faut-il pas leur parler de sacrifices, mais, au contraire, des gains attachés au respect du bonheur de ses semblables. En outre, il ne saurait être question de sacrifice, car toute idée de sacrifice est profondément en contradiction avec les principes de l'ordre social⁸⁶⁴.

857 BMG, E. 26985, p. 38-39 et 44.

858 C. PECQUEUR, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique*, op. cit., p. 28.

859 BMG, E. 26985, p. 28-29.

860 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, op. cit., p. 24.

861 *Ibid.*, p. 25.

862 *Ibid.*, p. 94.

863 BMG, E. 26985, p. 28-29.

864 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, B, 2.

Enfin, Rey n'oublie pas de répondre à ceux qui entendent fonder la morale sur la religion. On retrouve en effet presque unanimement l'association de la morale et la religion, qu'il s'agisse de la religion révélée ou de la religion naturelle. Rey s'intéresse toutefois exclusivement aux religions révélées et principalement au christianisme. Ainsi il commence par admettre le mérite du dogme des peines et des récompenses futures en ce qu'il donne à l'homme un mobile, un intérêt supplémentaire pour accomplir ce qui est considéré comme le bien. Mais cela ne résout nullement la difficulté liée à la détermination du bien. La foi de Ravallac n'a pas arrêté son poignard⁸⁶⁵. Les religions, considère d'ailleurs Rey, ont plutôt contribué à obscurcir toutes les notions de bien et de mal, en faisant considérer comme vicieuses des actions socialement utiles, et inversement. Ne présentant aucun élément de certitude, la religion n'a jamais sa place dans les principes que Rey développe. Le juriste lui refuse donc toute intervention en matière de morale, du moins telle qu'on entend communément le terme de « religion ». Il propose en revanche de revenir à l'étymologie propre du mot, comme l'ont fait les saints-simoniens. Il énonce ainsi que le terme de *religion* est « une variante de celui de *religation* (resserrement des nœuds)⁸⁶⁶ ». Aussi ne renvoie-t-il pas seulement aux croyances. Au contraire, il devrait « surtout s'entendre d'un *lien* D'AMOUR entre tous les membres de la communauté⁸⁶⁷ ». Rey n'espère pas pour autant voir s'instaurer un nouveau pouvoir spirituel, contrairement aux saints-simoniens ou à Auguste Comte. La nouvelle religion se réalisera par « la communauté de travail et de jouissance⁸⁶⁸ ». Le juriste prévoyait en effet de conclure sa réédition des *Bases de l'ordre social* en suggérant que la communauté pourrait bien constituer le nouveau principe « qui viendra relier les hommes sous le rapport de leur aspiration continuelle vers le bonheur⁸⁶⁹ ». Il n'y voit d'ailleurs qu'un prolongement « du principe chrétien de la fraternité universelle, étouffé et corrompue depuis des siècles sous l'action délétère d'un sacerdoce infidèle à sa mission primitive⁸⁷⁰ ».

En reconnaissant chez l'homme des besoins affectifs – notamment par le biais de la sympathie – qui rentrent en compte dans le calcul des intérêts, Rey peut ainsi faire dériver de la morale de l'intérêt bien entendu l'obligation de contribuer au bonheur de ses semblables. Loin de conduire à la guerre de tous contre tous comme le pense Cousin, la philosophie sensationniste et la morale hédoniste qui l'accompagne apparaissent au contraire aux yeux de Rey comme la base la plus ferme pour asseoir les devoirs de bienveillance et assurer enfin l'harmonie sociale. En

865 *JGLG*, t. 1, p. 155-157 ; *TPGD*, p. 152.

866 *DBOS*, t. 2, p. 215.

867 *Ibid.*, p. 215.

868 BMG, T. 3980, liasse n° 9.

869 *Ibid.*

870 *Ibid.*

parlant le langage de ses adversaires, Rey se dit ainsi « très-heureux que Dieu ait attaché à notre propre intérêt, à une nécessité de cet être l'exercice même des sentimens de justice, de bienveillance et de générosité⁸⁷¹ ». L'intérêt bien entendu implique d'ailleurs de favoriser le développement de ces doux sentimens, vecteurs de jouissances individuelles et d'harmonie sociale. Persuadé que l'individu a le devoir d'assurer les conditions de son bonheur, que sa volonté est toujours tournée vers les actions qu'il croit apte à le réaliser, et enfin que le bonheur de l'individu est inséparable de celui de ses semblables⁸⁷², Rey a la conviction conséquente que la véritable morale implique d'instruire les hommes sur leur intérêt bien entendu. Aussi, même s'il propose de favoriser le développement des affections sympathiques, des sentimens bienveillants, etc., c'est toujours parce que ceci se trouve dans l'intérêt des individus. Toutefois, il faut préciser que cette identification que l'on pourrait dire naturelle des intérêts n'est jamais pensée comme absolue ; à celle-ci s'ajoutent des formes de conciliations artificielles pour régler et éviter le choc des intérêts divergens. En fait, disons tout de suite que cette distinction posée par Halévy entre identification naturelle et identification artificielle des intérêts⁸⁷³ s'applique assez mal à la théorie reyienne, puisque le juriste estime naturel tout ce qui est conforme au bonheur des hommes. Il faudrait donc plutôt dire que si certains intérêts s'identifient spontanément, d'autres ne le peuvent que par le biais de diverses institutions, et que certains ne peuvent tout simplement pas être conciliés. Il faudra donc favoriser les premiers, organiser les seconds et limiter au possible les derniers. Tel est le véritable intérêt bien entendu et telle sera la tâche du législateur.

871 *DBOS*, t. 2, p. 239.

872 « [J]e ne conçois aucun véritable bonheur sans l'accomplissement de tous les devoirs moraux, et de la part de tous les individus également ; car il ne saurait y avoir de jouissance pure et durable sans harmonie, et il ne saurait y avoir d'harmonie au sein du désordre ou de l'injustice » (*DBOS*, t. 2, p. 323).

873 Élie HALÉVY, *La formation du radicalisme philosophique*, t. 1, Paris, Félix Alcan, 1901, p. 15-24.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Arrivés à la fin de cette première étape, il est déjà possible de commencer à éclairer la position de Rey dans le champ intellectuel, philosophique comme juridique, du premier XIX^e siècle. Comme l'oubli dans lequel il est tombé pouvait le laisser présager, ce juriste est tout à fait singulier. Si l'on peut bien entendu trouver quelque analogie entre sa philosophie, notamment morale, et celle de certains juristes d'alors, ces derniers sont rares et n'ont généralement pas eu plus de succès. On mesure ainsi combien la domination de la philosophie spiritualiste fut importante ainsi que les effets d'occultation qu'elle a produit. Nous avons pu constater que même ceux qui partagent les idées politiques de Rey sont pour une bonne part acquis aux doctrines spiritualistes. Malgré le soin qu'il met dans l'exposé de ses idées, malgré la déconstruction répétée des postulats spiritualistes, ses propositions demeurent difficiles à accepter. Le juriste est d'ailleurs poursuivi pour ses opinions jusqu'au sein même de la magistrature. C'est ce que laisse entendre la lettre de blâme qui lui est adressée par le Premier président de la Cour royale d'Angers. En 1836, suite à la tentative d'assassinat de Meunier sur Louis-Philippe, Rey aurait proposé à ses collègues angevins d'en attribuer la responsabilité au gouvernement. Son supérieur lui reproche en effet, lors de la discussion de l'adresse, d'être venu « froidement proposer à la compagnie [...] d'en attribuer la faute non point au prédicateur d'anarchie, mais au Roi lui-même ou au moins à son système de gouvernement⁸⁷⁴ ». Il aurait ainsi « fait sur la compagnie une impression des plus pénibles⁸⁷⁵ ». Si les mots de libre-arbitre ou de nécessité ne sont pas mobilisés, il est cependant évident que ce sont les vues déterministes de Joseph Rey qui lui valent ces désagréments. En effet, son déterminisme le conduit bien souvent à attribuer la responsabilité des actions individuelles à l'organisation de la société. S'il évite alors la mesure disciplinaire, ses conceptions le placent encore dans une position singulière face aux magistrats de la Cour. Avec l'École comme avec le Palais, Rey entretient donc des relations compliquées.

Certaines de ses idées jetaient tout simplement l'interdit sur l'ensemble de sa doctrine. Quand il évoque par exemple la « machine humaine⁸⁷⁶ », même s'il prend garde de ne pas mentionner La Mettrie, il recourt à un syntagme qui ne peut que créer le malaise et susciter l'opposition de ses contemporains. Warnkoenig ne manque pas de le noter. Il reproche au sensationnisme, dont Joseph Rey serait « le champion le plus moderne », de ne « considérer

874 Lettre du Premier président de la Cour royale d'Angers, M. DESMAZIÈRES, 9 janvier 1837 (AN, BB/6/188).

875 *Ibid.*

876 TPGD, p. 17.

l'homme [que] comme une machine », ce qui est, selon lui, « très favorable au despotisme »⁸⁷⁷. En refusant de concevoir l'homme dans les termes du spiritualisme, les philosophes de tendance matérialiste sont accusés d'être incapables de penser les attributs fondamentaux de la personne humaine et, partant, de justifier le respect qui lui serait dû. En sapant les fondements anthropologiques sur lesquels se construit la doctrine juridique du premier XIX^e siècle, la philosophie de Rey fait véritablement figure de repoussoir. Elle déstabilise. Warknoenig reproche à ce courant philosophique de tomber « dans un eudémonisme grossier » et accuse Tracy de proposer un système « repoussant »⁸⁷⁸. Il s'inquiète aussi de voir les Idéologues ne penser le droit et l'État que comme « des institutions politiques, dépourvues d'un fondement moral et d'un but plus élevé⁸⁷⁹ ». Il faut comprendre que, pour les auteurs spiritualistes, se limiter à penser la morale, le droit ou l'État dans une perspective utilitariste suffit à considérer qu'il n'y a pas de fondement *moral*.

Au spiritualisme et au sensationnisme correspondent en effet deux façons de concevoir la morale : le déontologisme et le conséquentialisme. Si ces deux approches peuvent parfois conduire aux mêmes conclusions, à la reconnaissance des mêmes devoirs, ce sont toutefois deux démarches intellectuelles tout à fait différentes. Alors que le conséquentialisme va insister sur la nécessité de justifier les obligations morales par référence à leurs effets, le déontologisme se contente souvent d'arguments qui n'en sont pas, comme on a pu le voir avec Victor Cousin notamment. Le débat sur ce point est d'ailleurs bien loin d'être éteint aujourd'hui⁸⁸⁰. Le conséquentialisme morale peut encore apparaître comme une théorie effrayante. Avancer qu'un devoir ne peut se justifier qu'en raison des effets bénéfiques qu'il est amené à produire, c'est en effet donner à l'individu la possibilité de se faire juge des diverses injonctions qui pèsent sur lui. À un peuple qui fait peur, l'élite bourgeoise et libérale préfère parler le langage du devoir, en recourant si besoin est au langage péremptoire de la religion. Les Idéologues sont dans une démarche opposée. Ils ont l'ambition de créer une société de citoyens éduqués et éclairés, voire un peuple de philosophes. Il s'agit d'émanciper l'individu en favorisant le développement de ses capacités physiques et intellectuelles. Puisqu'il n'y a pas d'idées innées, puisque l'individu est en grande partie le produit de son éducation, il devient possible d'imaginer des institutions aptes à former des citoyens éclairés et maîtres de leur destin politique. Or, cette tendance démocratique et ces idéaux révolutionnaires rappellent justement trop la Révolution française et les excès auxquels elle a donné lieu. Dans les critiques formulées par les différents auteurs spiritualistes

877 L. A. WARNKOENIG, « État de la philosophie du droit », *Nouvelle revue germanique*, t. 2, art. cit., p. 71.

878 *Ibid.*, p. 68-69.

879 *Ibid.*, p. 68.

880 Comme on peut s'en apercevoir en lisant Ruwen OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine*, Paris, Grasset & Fasquelle, 2011.

mentionnés, leurs préventions sont bien sensibles. On sent que s'éveillent immédiatement en eux des alarmes lorsqu'ils sont confrontés aux thèses anthropologiques comme morales de la philosophie sensationniste.

La référence à Hobbes, souvent présenté comme l'archétype du philosophe sensationniste, est à ce titre significative. Alors que les Idéologues ont pensé la liberté de l'homme comme une émancipation progressive rendue possible, notamment, par l'éducation, l'école éclectique brandit l'épouvantail de Hobbes pour accuser cette philosophie de conduire au despotisme. On comprend d'autant mieux pourquoi Rey ne le mentionne pas dans la généalogie qu'il trace de l'école physiologico-idéologique. Il en va de même, quoique dans une moindre mesure, de penseurs tels que d'Holbach ou Helvétius. Si ces derniers font sans doute couler moins d'encre que Hobbes dans le premier XIX^e siècle, ils sont toutefois également visés par la critique. En rattachant au contraire le sensationnisme à Descartes, Joseph Rey peut revendiquer un héritage intellectuel que ses adversaires directs ne désavouent pas. Malgré l'échec évident de ses tentatives pour créer de nouvelles associations d'idées, pour détacher ses conceptions philosophiques des interprétations galvaudées qui leur ont été associées, il faut remarquer l'effort soutenu que Rey a fourni en ce sens tout au long de sa vie. Établir la connaissance de l'homme sur des fondements positifs est à ses yeux d'une importance telle qu'elle justifie tous ses efforts.

C'est en effet sur cette base que l'ensemble de l'organisation sociale, politique, juridique ou encore économique devra être pensée. Joseph Rey a la conviction profonde que des changements d'ampleur sont proches et ses écrits doivent participer à en favoriser l'avènement en proposant de nouvelles bases pour penser cette organisation. Après s'être intéressé à l'homme d'un point de vue individuel, il faut donc passer à l'examen de ses tendances sociales et découvrir les *bases de l'ordre social*. Car si les systèmes de législation furent si mauvais jusqu'ici, c'est parce qu'« on a fait du prétendu droit et de la législation arbitraire avant d'avoir déduit les principes sociaux de la connaissance exacte de l'homme et des véritables conditions de sa nature⁸⁸¹ ». C'est ainsi que Rey est amené à repenser les fondements de la société dans une perspective rationaliste qui n'est pas sans puiser dans l'héritage des théoriciens du contrat social et de Jean-Jacques Rousseau en particulier.

881 TPGD, p. 12. Dans ses *Leçons*, REY écrit que l'on a fait « du droit et de la jurisprudence arbitraire avant d'avoir déduit les lois des vrais principes sociaux, fondés sur la connaissance de l'homme » (*JGLJ*, t. 1, p. 5).

CHAPITRE 2. LES FONDEMENTS DE L'ORDRE SOCIAL ET POLITIQUE : UNE ADAPTATION DES THÈSES DE ROUSSEAU

En partant de l'étude des facultés intellectuelles de l'individu pour penser la morale, la politique ou le droit, Idéologues comme éclectiques empruntent un chemin analogue et s'exposent par conséquent au même reproche d'individualisme. Après avoir salué l'apport des Idéologues, Auguste Comte les accuse en effet de développer des vues trop axées sur l'individu en raison de leur insistance sur l'analyse de l'entendement. En substance, Comte estime qu'en focalisant sur les « facultés intellectuelles », cela conduit à négliger les « facultés affectives »⁸⁸². Or, c'est sur ce caractère affectif de l'homme que le savant voudrait insister pour inscrire la sociabilité dans la nature humaine, et non sur des calculs d'intérêts égoïstes. Comme le souligne Claude Nicolet, « pour Comte la science des sciences n'est pas celle de l'entendement, qui ramène par force à l'individu, mais celle de la société qui fonde cet individu dans un tout »⁸⁸³. Auguste Comte félicite pourtant Rey pour son ouvrage sur les *Bases de l'ordre social*⁸⁸⁴, ce qui suggère que le juriste aurait réussi à dépasser l'individualisme supposé des premiers Idéologues. En étudiant la physiologie du corps humain, il donne en effet une explication scientifique de la nécessaire sociabilité de l'individu. Rey n'a pourtant pas attendu 1836 pour s'intéresser à la science de la société et penser la dimension sociale de l'individualité. De plus, il faut bien remarquer que c'est chez Tracy lui-même que notre auteur a puisé les germes de sa conception de la société et de la sociabilité naturelle. Il se distingue cependant de Tracy en proposant une critique acerbe de l'individualisme et de la concurrence qui caractérisent les relations sociales comme économiques. S'il partage avec lui le même point de départ lorsqu'il s'agit de penser les fondements de l'ordre social et politique, il n'en tire pas les mêmes conséquences.

Le contexte et le parcours particulier de Joseph Rey permettent d'expliquer cette prise de distance par rapport aux premiers Idéologues. À partir des années 1820 et de son voyage en Angleterre, il se penche en effet sur les doctrines socialistes de Owen, de Fourier et des saint-simoniens.

Joseph Rey n'utilise l'expression de *socialisme* que tardivement, mais l'idée d'une véritable science de la société, sens premier du terme *socialisme*⁸⁸⁵, est présente dès 1830. Distinguant la

882 A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, t. 3, Paris, Bachelier, 1838, p. 778 ; voir plus généralement la 45^e leçon, p. 761-845.

883 C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit., p. 131.

884 Lettre d'Auguste COMTE à Joseph REY, 23 octobre 1836 (BMG, N. 11).

885 C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit., p. 288.

biologie de l'individu et la biologie de l'espèce, il considère cette dernière « indispensable pour fonder la véritable théorie de *la vie sociale de l'humanité* » puisque « les lois du développement de chaque individu, *pris isolément*, ne peuvent être en tout les mêmes que les lois qui régissent les *aggrégations (sic) de plusieurs individus* »⁸⁸⁶. En refusant d'identifier purement et simplement les lois qui régissent l'individu et celles régissant les sociétés, Rey se prononce donc contre une approche individualiste du social. Alors que Cousin assimile en tout point le but et la loi individuelle et le but et la loi sociale⁸⁸⁷, pour faire primer le besoin de liberté, Rey met en avant le besoin d'égalité sociale. Le juriste fait ainsi partie de cette nébuleuse d'hommes qui, faisant l'amer constat d'une société en pleine déliquescence, cherchent à y remédier par une connaissance scientifique du fonctionnement des communautés humaines. Son diagnostic de départ est celui du *désordre social*, et son objectif est alors de trouver les conditions du *véritable ordre social*, puis de construire à partir de ces données une théorie politique et juridique conforme à la nature sociable de l'homme. Cette idée se retrouve dans plusieurs de ses publications, mais s'exprime surtout avec éclat dans ses *Bases de l'ordre social*. Un peu à la façon de Jean-Jacques Rousseau au siècle précédent, Joseph Rey entreprend ainsi de reconstruire théoriquement l'édifice social dans son intégralité.

Le juriste a toujours affirmé que la société est une réunion d'individus qui concourent à un but commun, lequel consiste, entre autres, à réduire les inégalités entre les hommes⁸⁸⁸. Mais cette revendication d'égalité prend de plus en plus d'importance aux yeux de Rey à partir de son exil en Angleterre. Sans modifier radicalement les principes sociaux qu'il avait fait émerger dans ses publications précédentes, ce voyage quelque peu forcé marque pourtant un tournant dans le sens où il revient acquis pour toujours aux idées du communisme égalitaire. L'égalité apparaît ainsi comme un principe moteur pour penser l'organisation de la société.

Pour notre auteur, les questions d'organisation politique sont par ailleurs étroitement liées aux réformes sociales. Il considère en effet qu'un gouvernement organisé « de telle sorte que ses agents soient sans cesse en lutte avec la majorité des gouvernés, pour le maintien de leur pouvoir⁸⁸⁹ » sera toujours opposé à l'amélioration de la société. Développant des intérêts particuliers distincts de ceux de la masse de la société, un tel gouvernement sacrifiera toujours les « intérêts généraux » à ses propres intérêts⁸⁹⁰. Joseph Rey lie ainsi la question de l'organisation politique et celle de la réforme sociale. Ce n'est toutefois qu'à partir du milieu des années 1820 qu'il commence à développer une philosophie politique et sociale de tendance socialiste. Or, l'essentiel de ses réflexions sur l'organisation des pouvoirs et le droit constitutionnel est posé

886 *Pétition*, p. 123-124.

887 P. VERMEREN, *Victor Cousin, op. cit.*, p. 327.

888 Il l'affirme déjà dans ses *Préliminaires*, p. 54.

889 *MSR*, t. 1, p. xii.

890 *Ibid.*, p. xii.

avant cette époque. Du moins, son *Traité de droit constitutionnel* étant perdu, nous ne pouvons savoir de quelle façon il a pu adapter sa théorie constitutionnelle à ses nouvelles convictions. Il annonce seulement, dans son *Traité des PGD*, que la question de la mise en commun de certains biens sera développée dans son *Traité de droit constitutionnel*⁸⁹¹. Mais même à s'en tenir à ses premiers écrits, on ne saurait dire que sa théorie politique est indifférente à la question de l'égalité.

Ce sont donc toutes les propositions de Rey concernant les fondements et les fins de la société civile comme de l'ordre politique qu'il nous faut maintenant aborder. Ce faisant, nous verrons qu'il se situe dans l'héritage de Rousseau, dont il réadapte la théorie du *Contrat social*. En effet, tout en rejetant l'hypothèse d'un état de nature, le juriste reprend pourtant une part de la logique contractuelle qu'il reformule en termes quasi-contractuels. Bien que l'homme soit irrémédiablement voué à vivre avec ses semblables, Rey propose en effet de conférer une dimension morale supplémentaire à la société, à travers le concept de quasi-contrat. On voit alors se nouer un dialogue avec les théoriciens du contrat social, Hobbes et Rousseau en particulier, mais aussi avec les nombreux adversaires de ces théories. L'Idéologue refuse ainsi de penser l'homme dans les termes de l'individualisme libéral et la société comme un artifice, sans pour autant exclure les apports politiques des théories contractualistes. Toutefois, lorsqu'il développe les principes du quasi-contrat social, il n'est pas encore question de fonder la légitimité du pouvoir politique ou du gouvernement. La question qui le tiraille et qui sous-tend la plupart de ses réflexions est celle de savoir comment (re)faire société après la Révolution française (**Section 1**). Il y répond en juriste-philosophe : par un quasi-contrat social. Mais pour parvenir à cimenter la société et à établir l'harmonie sociale, Rey pense encore que la mise en œuvre d'une égalité réelle est nécessaire. Ses réflexions théoriques et ses propositions pratiques sont en effet sous-tendues par un objectif de justice sociale. Ne s'arrêtant pas à l'égalité formelle des juristes, Rey prône alors la mise en œuvre d'une égalité réelle (**Section 2**). Une fois affirmés les fondements du véritable ordre social, il peut alors proposer une théorie politique relativement originale. Moins axé sur l'égalité lorsqu'il s'agit de penser la participation politique des citoyens, le juriste propose toutefois une théorie du régime représentatif à tendance démocratique (**Section 3**), offrant ainsi aux idées de Rousseau un devenir politique adapté au premier XIX^e siècle.

891 TPGD, p. 170.

SECTION 1 : COMMENT (RE)FAIRE SOCIÉTÉ APRÈS LA RÉVOLUTION ?

Comment faire société ? Après la Révolution française, penser la manière de (re)faire société est plus que jamais à l'ordre du jour. Les difficultés soulevées par la nouvelle philosophie politique libérale, qui affirme recomposer la société à partir d'une pluralité d'individus, conduisent en effet nombre de penseurs à s'interroger sur l'articulation de l'individu et du groupe⁸⁹². La Révolution française est accusée d'avoir détruit les solidarités existantes, d'avoir décomposé la société. Cette opinion se retrouve jusque sous la plume de certains proches de Rey, comme les rédacteurs saint-simoniens du *Producteur*⁸⁹³. Le juriste juge au contraire positivement l'œuvre accomplie par les révolutionnaires, même sous la Convention nationale⁸⁹⁴. S'ils sont donc nombreux à se demander comment *refaire* société, il faut toutefois remarquer que notre auteur s'interroge sur la manière de *faire* enfin société. Selon lui, le désordre social n'est pas une conséquence de la Révolution française, mais plutôt la cause de celle-ci et de toutes les révolutions qui peuvent advenir. C'est pourquoi il cherche à poursuivre l'œuvre des révolutionnaires afin de fonder le véritable ordre social. En revanche, bien qu'il ne partage pas le jugement de ses contemporains sur la Révolution, le contexte post-révolutionnaire détermine sérieusement l'orientation de ses réflexions. Désireux de reprendre les apports des théories du contrat social notamment, Rey doit ménager ses lecteurs qui, pour la plupart, voient dans ces fictions politiques la source des maux révolutionnaires. Lorsque Rey se fait plus homme d'action que philosophe, la prudence est alors de mise. Il est bien conscient que pour faire accepter ses idées de réforme de l'organisation sociale, des précautions doivent être prises. Ainsi, lorsqu'il échange par exemple avec le communiste Jules Gay sur la manière de propager les idées de Robert Owen en France, il lui recommande la prudence, en précisant : « [j]'entends pas prudence, dans notre position, non de serviles ménagements ni des concessions de principes, mais une manière de les présenter qui ne blesse pas [...] certains préjugés dominant encore chez des personnes faites d'ailleurs pour nous entendre⁸⁹⁵ ».

892 Dans un article déjà ancien, Marcel GAUCHET témoignait de ses inquiétudes toujours vives quant aux fondements du libéralisme politique : « une fois admis qu'il y a d'abord des individus, qu'il n'y a plus au départ que des individus, comment penser leur coexistence, leur compossibilité à l'intérieur d'une société, comment obtenir, à partir de cette irréductible pluralité d'existences séparées, une somme collective viable ? » (« Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, n° 3, 1980/3, p. 15).

893 Philippe RÉGNIER, « Les premiers journaux saint-simoniens ou l'invention conjointe du journal militant et du socialisme. *Le Producteur* d'Enfantin et Rodrigues et *L'Organisateur* de Laurent et Bazard », in Thomas BOUCHET et al., *Quand les socialistes inventaient l'avenir*, Paris, La Découverte, 2015, p. 42.

894 REY juge en effet que la Convention nationale, « malgré sa position terrible », « a beaucoup édifié » et aurait encore plus « édifié sans sa chute des révolutionnaires (*sic*) » (BMG, T. 3980, liasse n° 5).

895 Il s'inquiète par exemple d'une présentation qui ferait dépendre tout le système communautaire du principe

Pour penser les bases de l'ordre social, Rey adopte alors une position médiane entre l'individualisme libéral et la pensée traditionaliste qui efface toute référence à l'individu : il n'y a pas d'individus sans société, ni de société sans individus, ce qui évite par conséquent de poser les deux termes dans un rapport dialectique. Ainsi, tout en affirmant que la société est l'état naturel de l'homme, Rey ne s'empêche pas de recourir à la notion juridique du quasi-contrat pour fonder une théorie politique émancipatrice qui redonne de l'importance aux individus. Ce faisant, il s'inscrit dans la continuité des principes développés par les penseurs du contrat social : entre Hobbes, avec lequel il partage un même socle philosophique matérialiste, et Rousseau, dont le projet politique est plus conforme à ses intentions. Mais il lui faut également réadapter ces théories pour les rendre recevables auprès d'un public empreint de préventions contre les doctrines contractualistes.

Celles-ci sont multiples et hétérogènes⁸⁹⁶, mais on peut en tracer un portrait à gros traits. Elles supposent d'abord un état de nature, dont les caractéristiques diffèrent selon les auteurs. Pour s'en tenir aux trois plus éminents théoriciens du contrat, Rousseau présente l'individu de l'état de nature dans un isolement presque total. Dans la version hobbesienne, l'état de nature est un état de « guerre de chacun contre chacun⁸⁹⁷ ». Quant à Locke, il en propose une vision plus optimiste puisqu'il admet une forme de sociabilité naturelle entre les individus⁸⁹⁸. Vient alors le contrat qui apparaît comme le moment fondateur de la société civile et/ou politique⁸⁹⁹, et qui détermine les conditions de légitimité du pouvoir. Certains, à l'instar de Hobbes ou de Rousseau, suggèrent encore qu'avant la fondation contractuelle de cette société politique, les individus n'avaient pas de véritables liens sociaux. Certes, l'un comme l'autre affirment par endroit l'existence d'une sorte de société imparfaite, la « cabane » pour Hobbes⁹⁰⁰ et la « famille » pour

trop peu reçu de nécessité de nos actions (brouillon de lettre, 19 janvier 1839 (BMG, T. 3980, liasse n° 7)).

896 Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Éditions du Seuil, 2001 ; Simone GOYARD-FABRE, « Contrat social », dans A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, Lextenso, 2018, p. 106-111 ; Samuel FREEMAN, « Contractualisme », dans M. CANTO-SPERBER, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 1, *op. cit.*, p. 405-415 ; Olivier NAY, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 169-173, 204 et 283-287 ; Victor GOLDSCHMIDT, *Anthropologie et politique. Les principes du système de Rousseau*, Paris, J. Vrin, 1974.

897 « [L]es humains n'éprouvent aucun plaisir (mais plutôt un déplaisir) à demeurer en présence les uns des autres s'il n'y a pas de puissance capable de les tenir tous en respect », par conséquent l'état de nature est un état de guerre, « une guerre de chacun contre chacun » (T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 223-224).

898 O. NAY, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 204.

899 On trouve en effet chez LOCKE un double pacte : les individus forment d'abord la société civile par un premier pacte, avant de créer l'État par un second (O. NAY, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 104). Il en va de même avec Samuel VON PUFENDORF (S. GOYARD-FABRE, « Contrat social », dans A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique*, *op. cit.*, p. 108).

900 HOBBS évoque en effet une forme d'embryon de société avant la création du Léviathan. C'est ce qui résulte par exemple de ce passage où il affirme que les hommes « ne peuvent être réunis sans le secours d'un architecte très compétent, dans rien d'autre qu'une cabane telle qu'elle ne puisse durer plus longtemps qu'eux-mêmes et doive avec certitude s'écrouler sur la tête de leurs descendants » (*Léviathan*, *op. cit.*, p. 477).

Rousseau⁹⁰¹. Ils n'en continuent pas moins d'envisager la nature humaine en dehors de toute inscription dans le tissu des relations sociales. Le rapport à l'autre n'est jamais pensé comme une partie essentielle de ce qui constitue l'être humain. L'altérité est toujours présentée comme une limite, un dévoiement de l'individualité primitive. Et c'est donc à partir de ce prétendu isolement originaire qu'ils envisagent la formation de la société ou de l'État.

C'est contre ce dernier aspect des théories contractualistes que Rey développe d'abord son argumentaire. Si l'État ou les pouvoirs politiques sont bien le produit d'une création des hommes, il n'en va pas de même pour la société. Alors que Rey vise directement les adversaires qu'il entreprend de réfuter lorsqu'il traite d'épistémologie et de philosophie morale, il avance de façon plus masquée quand il développe sa théorie sociale et politique. Mais l'insistance avec laquelle il nie cet état de nature dont les hommes seraient sortis par un acte de pure volonté se comprend aisément et nous pouvons ici deviner ses intentions. À partir de la Révolution française, les adversaires de Rousseau ne manquent pas de lui opposer la réalité historique de la société pour décrédibiliser sa proposition politique. Si Rey veut reprendre une part du projet émancipateur contenu dans le *Contrat social*, il doit par conséquent prévenir ce type de critiques en montrant qu'il se situe sur un terrain plus réaliste que le Genevois. Cela est d'ailleurs parfaitement conforme à ses idées. Loin de penser que l'hédonisme auquel l'homme est inévitablement soumis le conduit à rechercher son bien-être de façon purement individuelle, comme l'affirme Hobbes par exemple, Rey pense au contraire que l'homme est un animal naturellement sociable. Il considère que les êtres humains ont toujours eu une existence sociale, et définit la société, dans la lignée de Tracy ou de d'Holbach⁹⁰², comme étant « tout simplement et uniquement *une série continue d'échanges*⁹⁰³ ». S'il insiste autant sur la sociabilité naturelle des hommes, c'est donc parce qu'il lui faut prendre en compte les lectures qui ont été faites des théoriciens du contrat social par leurs adversaires et montrer qu'il se démarque d'eux : il ne peut s'inscrire dans leur héritage que sous bénéfice d'inventaire (I).

Mais bien que Rey mette en avant l'interdépendance des individus, il ouvre dans le même temps une brèche en introduisant la notion de quasi-contrat social. S'il est évident qu'aucun contrat ne vient fonder *ex-nihilo* la société civile, le juriste entend toutefois maintenir une référence aux individus dans le cadre de l'organisation de la société. Le quasi-contrat social est

901 « La plus ancienne de toutes les sociétés et la seule naturelle est celle de la famille », mais elle ne dure qu'aussi longtemps que les enfants ont besoin des soins paternels pour survivre (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, précédé de Discours sur l'économie politique et Du contrat social, première version et suivi de Fragments politiques*, Paris, Gallimard, 1964, p. 174).

902 « Tout est échange dans la société » (P.-T. D'HOLBACH cité par J. TERREL, *Les théories du pacte social. op. cit.*, p. 89).

903 *JGLJ*, t. 1, p. 130. L'expression est reprise mot pour mot de TRACY, *Éléments d'idéologie, IV et V Parties, op. cit.*, p. 131.

ainsi l'un des instruments juridiques qui s'offrent à lui pour déterminer les finalités de la société et les obligations sociales à partir d'une prise en compte de l'intention (présumée) qui anime les hommes dès lors qu'ils sont en relation. C'est toujours la fin poursuivie par les individus qui doit servir de référence pour déterminer les modalités de l'organisation sociale. La logique est la même lorsque, dans les années 1819-1820, Rey entreprend de découvrir les « lois constitutives » de la société, qui posent les modalités de participation à l'œuvre sociale. L'enjeu est ici de combiner une approche scientifique et historique des sociétés humaines avec une proposition politique émancipatrice et égalitaire. Ainsi, en partant d'une sociabilité naturelle qui contredit l'hypothèse philosophique de l'état de nature, Rey cherche à se donner les moyens de penser une manière d'organiser la société de façon harmonieuse. Les concepts de quasi-contrat social d'une part, et de lois constitutives de la société d'autre part, remplissent alors cette fonction ordonnatrice tout en évitant de verser dans un anti-individualisme foncier. Sa proposition est donc bien celle d'un juriste : il s'agit de faire société par le droit (II).

II/ LES THÉORIES DU CONTRAT SOCIAL : UN HÉRITAGE SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE

Il n'y a peut-être aucun écrivain, affirme Charles Comte, « qui ait établi des maximes plus propres à conduire les peuples à la servitude ou à l'anarchie » que Rousseau⁹⁰⁴. Ce jugement, d'après lequel les doctrines de Rousseau et des théoriciens du contrat social mènent soit au despotisme soit à l'anarchie est loin d'être particulier à Comte. Des libéraux aux contre-révolutionnaires, il est largement partagé. Le philosophe Genevois en particulier fait figure de repoussoir. Après avoir été célébré par les révolutionnaires⁹⁰⁵, il est désormais accusé de tous les maux de la Révolution⁹⁰⁶. Seuls certains des hommes les plus à gauche s'inscrivent encore sous le patronage de Rousseau, présenté comme prophète de la démocratie et de l'égalité⁹⁰⁷. Mais de

904 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 155.

905 François FURET et Isabelle HAUSSE, « Rousseau et la Révolution française », *Commentaire*, n° 140, 2012/4, p. 1101-1110 ; Pierre SERNA, « Politiques de Rousseau et politiques de Robespierre : faux semblants et vrais miroirs déformés », *Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française*, 2015/9 [En ligne : <http://journals.openedition.org/lrf/1413>, consulté le 12.08.2022].

906 Plus tard, ROUSSEAU sera encore accusé par Jacob TALMON d'être à l'origine de l'émergence des « démocraties totalitaires » (M. ANGENOT, *L'histoire des idées*, *op. cit.*, p. 327).

907 BUONARROTI par exemple, fait l'éloge de ROUSSEAU, lui qui « proclama les droits inséparables de la nature humaine », qui reconnut « le peuple entier » comme souverain et proposa un système égalitaire (*Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, t. 1, Bruxelles, À la librairie romantique, 1828, p. 8). Alexandre LEDRU-ROLLIN mobile également ROUSSEAU et les principes *Contrat social* pour défendre le gouvernement direct du peuple en 1851 (*Du Gouvernement direct du peuple*, Paris, 1851). Xavier SAURIAC reprend encore ROUSSEAU pour définir la société idéale : « Celle, comme dit Jean-Jacques Rousseau, qui défend et protège de toute la force commune

telles appréciations demeurent marginales. Dans le premier XIX^e siècle, les idées de Rousseau en général et les théories du contrat social plus particulièrement font en effet l'objet d'un rejet quasi-systématique⁹⁰⁸ (A). Avant de s'inscrire sur les traces des théoriciens du contrat, Rey doit donc rassurer ses contemporains. En dénonçant l'aporie où mène l'hypothèse d'un état de nature originel et asocial (B), il se démarque ainsi des contractualistes et montre qu'il partage bien un terrain commun avec les adversaires de Hobbes ou de Rousseau.

A/ LE REJET DES THÉORIES CONTRACTUALISTES APRÈS LA RÉVOLUTION

Exceptés quelques rares auteurs qui osent encore reprendre le thème du contrat social, comme Lherbette ou Lepage⁹⁰⁹, ceux qui écrivent après la Révolution partagent généralement un même rejet des théories contractualistes. Rousseau se voit en effet accusé des malheurs de la Révolution en général et de la Terreur en particulier. La réédition de ses œuvres sous la Restauration ne fait d'ailleurs qu'augmenter les inquiétudes et les critiques⁹¹⁰. Il n'est certes pas envisageable de relever l'ensemble des objections formulées. Mais celles des traditionalistes contre-révolutionnaires et celles des éclectiques paraissent avoir déterminé la manière dont Rey présente ses idées sur le sujet. C'est pourquoi nous nous en tiendrons pour le moment à la présentation de ces deux courants critiques du contrat social⁹¹¹.

Ainsi, pour les théocrates contre-révolutionnaires, ces théories sont rejetées parce qu'elles ne sont pas conformes à l'histoire des sociétés humaines et qu'elles nient l'antériorité du pouvoir

la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéit pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. C'est la démocratie » (*Catéchisme du prolétaire*, 1834, cité par M. RIOT-SARCEY, *Le procès de la liberté, Une histoire souterraine du XIX^e siècle en France*, Paris, La Découverte, 2016, p. 120).

908 C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit., p. 362 ; S. GOYARD-FABRE, « De la critique à la crise du contrat social », *L'interminable querelle du contrat social*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, p. 255 et s. ; T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, op. cit., p. 72 ; X. MARTIN, « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », art. cit., p. 90 ; Julien BROCH, « Un publiciste libéral contempteur de Rousseau : Édouard Laboulaye (1811-1883) », in Alfred DUFOUR, Victor MONNIER et François QUASTANA (éd.), *Rousseau, le droit et l'histoire des institutions, Actes du colloque international pour le tricentenaire de la naissance de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) organisé à Genève, les 12, 13 et 14 septembre 2012*, Genève, Schulthess, 2013, p. 319-341.

909 Ainsi selon LEPAGE « nous sommes essentiellement destinés par la nature à vivre en société », elle est en quelque sorte de droit naturel. Mais il reconnaît pourtant la nécessité d'une convention par laquelle « l'individu consent à faire partie de l'association » (*Éléments de la science du droit*, t. 1, op. cit., p. 47 et 235). On trouve la même idée chez LHERBETTE (*Introduction à l'étude philosophique du droit*, op. cit.).

910 Philippe LEFEBVRE, *Les pouvoirs de la parole, L'Église et Rousseau (1762-1848)*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1992, p. 100-101.

911 Nous aborderons celle de Benjamin CONSTANT dans un autre temps, car elle ne se situe pas exactement sur le terrain qui nous intéresse ici (voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, C).

et de la société sur l'individu. C'est surtout au *Contrat social* qu'ils s'en prennent, en faisant valoir la primauté du collectif sur le particulier, contre la fiction d'un isolement primitif de l'individu (1). À vrai dire, presque tous les auteurs dénoncent l'hypothèse de l'état de nature et d'un contrat fondateur de la société, contre laquelle ils affirment la sociabilité naturelle des hommes. Pourtant, si la majorité d'entre eux rejettent bien l'idée de contrat, la *dialectique explicative état de nature/état social* est loin d'avoir vraiment disparu. La plupart des libéraux envisagent en effet l'être humain et ses droits à partir d'une approche individualiste qui néglige de prendre en compte la dimension nécessairement sociale de la vie de chacun. Ainsi, on voit souvent réapparaître une référence à l'indépendance primitive des hommes. C'est le cas chez les spiritualistes éclectiques, qui accusent pourtant le matérialisme et l'utilitarisme d'être incapables de penser la sociabilité humaine. À partir d'une dénonciation du matérialisme philosophique et de l'utilitarisme moral, ils en viennent alors à refuser les théories contractualistes, tout en maintenant une référence à une sorte d'individualisme originel. Ils demeurent par conséquent dans une sorte d'entre-deux (2). Mais qu'il s'agisse des théocrates ou des spiritualistes éclectiques, c'est toujours le volontarisme politique qui, en dernière analyse, se trouve dénoncé et écarté. Tous jugent en effet impossible de s'en remettre à la volonté d'individus soucieux de leurs intérêts personnels pour donner de la stabilité à l'organisation sociale.

1. L'anti-rousseauisme des théocrates

Ce sont sans doute les contre-révolutionnaires Louis de Bonald et Joseph de Maistre d'abord, puis Pierre-Simon Ballanche ensuite, qui s'opposent le plus fortement aux doctrines du contrat social⁹¹². Sous la Révolution, de Maistre avait d'ailleurs commencé à rédiger deux textes consacrés à la réfutation de Rousseau : *De la souveraineté du peuple* conçu comme un anti-contrat social et *l'Examen d'un écrit de Jean-Jacques Rousseau sur l'inégalité parmi les hommes*. L'insistance de Maistre à réfuter les idées de Rousseau en dit long sur son anti-rousseauisme mais il est curieux qu'il n'ait pas entrepris de les publier. En effet, restés inachevés, ils ne seront mis à la portée du public qu'en 1870⁹¹³. Ce refus de publication tient peut-être au fait qu'ils n'étaient pas aboutis, mais cela

912 Pour une approche plus détaillée de la pensée des théocrates, voir Philippe NEMO, « Les théocrates », *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, Paris, P.U.F., 2013, p. 1059-1088 ; Jean-Yves PRANCHÈRE, « Totalité sociale et hiérarchie », *Revue européenne des sciences sociales*, 49-2|2011, p. 145-167 ; Georges LEGRAND, « Deux précurseurs de l'idée sociale catholique en France. de Maistre et de Bonald », *Revue néo-scholastique*, n°25, 1900, p. 58-78 ; Massimo BOFFA, « Joseph de Maistre : La défense de la souveraineté », *Le Débat*, 1986/2, n° 39, p. 81-93 [En ligne : <https://www.cairn.info/revue-le-debat-1986-2-page-81.htm>, consulté le 05.02.2021] ; G. GURVITCH, *L'Idée du Droit Social*, *op. cit.*, p. 283-288.

913 Philippe BARTHELET (dir.), *Joseph de Maistre*, Lausanne, L'Âge d'homme, 2005, p. 855 ; Michaël RABIER, « Deus

reste énigmatique⁹¹⁴. Il n'était pourtant pas téméraire d'afficher au grand jour sa détestation de Rousseau mais Maistre semble vouloir rester discret sur ce point. Si ces textes éclairent le contexte en ce qu'ils témoignent de la haine que pouvaient susciter les idées du philosophe Genevois, nous les laisserons toutefois de côté pour nous en tenir aux discours publics des théocrates.

Leur réfutation s'appuie d'abord sur des arguments tirés de l'histoire et de la religion. Le premier geste de ceux qui entendent réfuter Rousseau et ses prédécesseurs consiste en effet à leur opposer l'histoire⁹¹⁵ – du moins une certaine vision de l'histoire. Alors que quelques théoriciens politiques « ont voulu expliquer la société par des hypothèses de leur imagination », Bonald affirme « chercher les principes dans les faits historiques »⁹¹⁶. Pour décrédibiliser Rousseau, certains avancent même qu'il aurait véritablement cru à l'état de nature ou au contrat⁹¹⁷. Sous la plume de Bonald, la dialectique état de nature/société est ainsi remplacée par un récit historique sur le passage de l'état domestique et patriarcal à l'état politique⁹¹⁸. Contre l'individualisme de l'état de nature des philosophes, le théocrate fait valoir que l'homme est un être éminemment social, et ce de toute éternité puisqu'il est avant tout en relation avec Dieu. Pour Ballanche, la « longue enfance » de l'homme est la preuve que la sociabilité humaine est dans l'« intention du Créateur »⁹¹⁹. L'homme naît toujours dans une société qui lui préexiste, à commencer par la société domestique ou familiale⁹²⁰. L'état de nature conçu comme un état d'isolement est donc une aberration⁹²¹ : il est « contraire à la nature [...] de l'homme⁹²² ». Dans le

sive populus. Joseph de Maistre, Jean-Jacques Rousseau et la question de la souveraineté », *Jus Politicum*, n° 11 [En ligne : <http://juspoliticum.com/article/Deus-sive-populus-Joseph-de-Maistre-Jean-Jacques-Rousseau-et-la-question-de-la-souverainete-791.html>, consulté le 31.12.2020] .

914 Robert TRIOMPHE avance que MAISTRE avait fini par estimer « perdre son temps à critiquer le citoyen de Genève » (*Joseph de Maistre, Études sur la vie et sur la doctrine d'un matérialiste mystique*, Genève, Droz, 1968, p. 603).

915 Pierre-Simon BALLANCHE commence ainsi son *Essai sur les institutions sociales* en affirmant qu'il poursuit la « tâche [...] d'un historien » (*Essai sur les institutions sociales dans leur rapport avec les idées nouvelles*, Paris, P. Didot aîné, 1818, p. 7) ; « historiquement, la théorie du contrat n'est pas exacte » (E. LERMINIER, *Philosophe du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 244) ; les principes de ROUSSEAU, demande Charles COMTE, sont-ils « autre chose qu'une suite de déductions tirées d'une supposition évidemment fausse ? Quel est le pays dans lequel des hommes se sont réunis, de propos délibéré, pour former un peuple, et régler, par une convention, les conditions de leur association ? » (*Traité de Législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 154).

916 L. DE BONALD, *Essai analytique*, *op. cit.*, p. 216.

917 P.-S. BALLANCHE, *Essai sur les institutions sociales*, *op. cit.*, p. 259 ; Louis DE HALLER, « Des variations du système libéral », *Le mémorial catholique*, t. 1, 1824, p. 135.

918 L. DE BONALD, *Essai analytique*, *op. cit.*, p. 116 ; G. GENGEMBRE, « Louis de Bonald et la France révolutionnée », *Romantisme*, n° 12, 1976, p. 77-84.

919 P.-S. BALLANCHE, *Essai sur les institutions sociales*, *op. cit.*, p. 215.

920 *Ibid.*, p. 215.

921 Dans un autre ouvrage, BONALD évoque cependant un « état de guerre & de destruction » qui serait le point de départ de l'humanité (*Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, t. 1, s.l., 1796, p. 15).

922 P.-S. BALLANCHE, *Essai sur les institutions sociales*, *op. cit.*, p. 219.

schéma de Bonald, l'État naît ensuite de la réunion des familles, réunion nécessaire à leur préservation. L'homme étant enclin au mal⁹²³, l'autorité est indispensable à sa conservation car il faut réprimer et punir ses passions. Dieu établit alors ce pouvoir et le place hors de portée des hommes. D'après Bonald, c'est d'ailleurs le pouvoir lui-même qui « constitue la société⁹²⁴ ». Il est donc antérieur à la société, tout comme celle-ci est antérieure aux individus. Dans cette structure, la part de l'activité créatrice des hommes est par conséquent infime, sinon impossible. Maistre comme Bonald conçoivent la Providence dans un sens quasi fataliste. Si l'homme est doué d'un libre-arbitre qui lui permet de s'écarter des voies de Dieu, il en paiera toujours le prix et l'ordre divin finira nécessairement par être rétabli à l'issue de crises plus ou moins violentes. Cette théodicée leur permet par ailleurs de réintégrer la Révolution dans le cadre de leur théologie politique⁹²⁵ : elle n'est que le symptôme d'une décomposition du corps social, qui appelle à retrouver son unité organique. C'est pour avoir cru que l'on pourrait réorganiser la société politique à partir des volontés humaines, comme le veut le modèle du contrat social, que la Révolution a éclaté⁹²⁶ – Révolution qui est donc à la fois punition et remède, sanction du désordre et rétablissement de l'ordre⁹²⁷. Le contractualisme et le volontarisme sont donc écartés.

Ils sont d'abord historiquement impossibles comme l'affirme Ballanche : « En remontant à l'origine de la société on ne pourroit trouver de pacte conventionnel, parce que jamais des hommes ne se sont réunis simultanément et volontairement pour se donner des lois *à priori*⁹²⁸ ». Ce n'est pas l'homme qui fait la société, mais la société qui fait l'homme⁹²⁹. Penser que l'effet peut

923 J. DE MAISTRE juge même que l'homme est « horriblement mauvais » (*Les soirées de Saint-Petersbourg, ou entretiens sur le gouvernement temporel de la providence, suivi d'un traité sur les sacrifices*, t. 1, Paris, Librairie grecque, latine et française, 1821, p. 92).

924 L. DE BONALD, *Essai analytique*, *op. cit.*, p. 94-95.

925 « La révolution religieuse et politique à la fois, comme l'ont été toutes les révolutions, est une suite des lois générales de la conservation des sociétés, et comme une crise terrible et salutaire par laquelle la nature rejette du corps social les principes vicieux que la faiblesse de l'autorité y avoit laissé introduire, et lui rend sa santé et sa vigueur première » (L. DE BONALD, *Essai analytique*, *op. cit.*, p. 29) ; G. LEGRAND, « Deux précurseurs de l'idée sociale catholique en France », *art. cit.*, p. 62.

926 Attribuer la paternité de la Révolution française à ROUSSEAU était déjà chose faite dès 1789, sous la plume de l'abbé CAPMARTIN par exemple. Ce dernier écrivait en effet en 1789 que « l'irruption d'une armée de barbares qu'on aurait pu repousser, nous eût causé [...] moins de dommage que ce seul homme » (cité par P. LEFEBVRE, *Les pouvoirs de la parole*, *op. cit.*, p. 250).

927 M. BOFFA, « Joseph de Maistre : La défense de la souveraineté », *art. cit.* Monique CASTILLO parle même, au sujet de MAISTRE d'un « éloge de la violence punitive » de Dieu (« Vrais et faux procès des lumières », in Colas DUFLO (dir.), *Lumières, matérialisme et morale. Autour du cas Diderot*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2016, p. 207).

928 P.-S. BALLANCHE, *Essai sur les institutions sociales*, *op. cit.*, p. 223.

929 « Non seulement ce n'est pas à l'homme à constituer la société, mais c'est à la société à constituer l'homme » (L. DE BONALD, *Théorie du pouvoir politique*, t. 1, *op. cit.*, p. v). « L'homme a trouvé toujours la société existante, n'importe à quel degré de perfection, il n'a pu, par conséquent, fonder primitivement la société. Il n'a pas même été libre de choisir l'état social, car la société lui a été imposée comme les autres conditions de son existence » (P.-S. BALLANCHE, *Essai sur les institutions sociales*, *op. cit.*, p. 219).

déterminer la cause défie ainsi toute logique. L'enfant ne choisit pas ses géniteurs et ne noue aucun contrat avec eux, avance Bonald⁹³⁰. Il en va de même dans la société politique : les gouvernants, en particulier les rois, sont voulus par Dieu, non par le peuple⁹³¹. Qui plus est, toute législation humaine est condamnée dans sa dimension volontariste : seul Dieu ou la nature (ce qui est tout un chez Bonald) peuvent donner des lois aux hommes⁹³².

Le contractualisme est en outre impossible puisque nul homme, d'après Bonald, ne saurait consentir aux sacrifices qu'exige la vie sociale. Il ne faut pas confondre, écrit-il, les sociétés de commerce faites pour satisfaire la cupidité individuelle, et la véritable société qui exige au contraire de canaliser tout ce qui est du domaine de l'individualité⁹³³. Loin de penser que les individus puissent consentir à concilier leurs intérêts particuliers, loin d'envisager que cela puisse être dans leur intérêt bien entendu, il s'en remet à la transcendance divine qui seule peut imposer aux hommes des *sacrifices*⁹³⁴. C'est peut-être là l'élément déterminant de la conception politique des théocrates : le sacrifice de l'individualité sur l'autel de la collectivité, la soumission du particulier au grand tout sur lequel nul individu n'a de prise. Toute forme d'individualisme est bannie⁹³⁵. Pour Ballanche, « la société a des droits antérieurs aux individus qui la composent, des droits primitifs qui dominent et enchaînent les individus⁹³⁶ ». C'est parce que Rousseau « sacrifie sans cesse la société à l'homme⁹³⁷ » que Bonald prend à cœur de réfuter le *Contrat social*. Il faut

930 L. DE BONALD, *Essai analytique*, op. cit., p. 91-92.

931 J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Paris, Société typographique, 1814, p. vii.

932 Puisque « le pouvoir ne doit porter que des lois dont la nature elle-même indique la nécessité, que penser de la profonde ignorance ou de la téméraire présomption de ces hommes qui disent : *Assemblons-nous, et inventons une société* [...] et qui, faisant des lois par cela seul qu'ils sont assemblés pour en faire, font des lois sur tout, font des lois contre tous, et les font nécessairement désastreuses, par cela seul qu'elles n'étoient pas nécessaires » (L. DE BONALD *Essai analytique*, op. cit., p. 149-150).

933 « On a joué sur les mots, et comparé la société politique, société nécessaire, à une société de commerce, qui n'est qu'une association contingente et volontaire, et l'on a prétendu que les hommes avoient mis en commun leurs *intérêts* sociaux, comme ils y mettent leurs *intérêts* pécuniaires, leur *être* comme leur *avoir*. Mais ces politiques de comptoir, qui abondent en Europe, n'ont pas fait attention que, dans une société commerçante, les hommes mettent en commun de la cupidité pour la satisfaire et de l'argent pour en gagner, au lieu que dans la société, ils mettent chacun leur cupidité, leur orgueil, leur ambition, leurs passions enfin, et qu'il doit en résulter un désintéressement général, une obéissance générale, une raison générale enfin qui comprime toutes les passions, et les passions de tous » (L. DE BONALD, *Essai analytique*, op. cit., p. 50-51).

934 « [J]e demanderai qu'on me fasse comprendre quel intérêt personnel peut trouver l'homme à se dévouer au service des autres dans des fonctions obscures, ingrates et périlleuses, lorsqu'on ne suppose à son dévouement aucun motif pris dans l'amour des autres ; sacrifice de soi aux autres qu'un être supérieur à l'homme peut seul lui commander, parce que seul il peut en inspirer la force, et en décerner le prix » (L. DE BONALD, *Du divorce*, op. cit., p. 27).

935 Mona OZOUF, « Ballanche, l'idée et l'image du régicide », *Le Débat*, n° 39, 1986/2, p. 67-80 [En ligne : <https://www.cairn.info/revue-le-debat-1986-2-page-67.htm>, consulté le 30.12.2020].

936 P.-S. BALLANCHE, « Abolition de la peine de mort et de toute loi répressive », *La France littéraire*, t. 12, Paris, Au bureau de la France littéraire, 1834, p. 276).

937 L. DE BONALD, *Théorie du pouvoir politique*, t. 1, op. cit., p. xv-xvi.

partir du général et non du particulier.

C'est justement là que se situerait l'erreur des théories du contrat social et surtout de celle de Rousseau. Ce dernier remplace la volonté générale, conçue par Bonald comme « volonté de l'être le plus général », c'est-à-dire Dieu, par « la volonté *collective* ou populaire »⁹³⁸. Or, au moment où Bonald écrit, ce volontarisme politique, qui s'oppose à l'histoire ordonnée et providentielle des sociétés humaines, vient de montrer ses plus terribles conséquences avec la Révolution. En partant de l'individu pour aboutir à la souveraineté du peuple, cela devait conduire à l'anarchie⁹³⁹ : « l'athéisme place le pouvoir suprême sur les hommes dans les hommes mêmes qu'il doit contenir, et veut ainsi que la digue naisse du torrent »⁹⁴⁰. Mais loin que cette anarchie soit gage de liberté, elle se conclut dans une forme de despotisme démocratique⁹⁴¹. En effet, ajoute Bonald, « les lois les plus oppressives ont été portées, au nom du peuple, contre Dieu et contre l'homme »⁹⁴². Comme le montre l'expérience de la Révolution française, « la volonté du peuple souverain [...] sonne infailliblement la mort » de la société⁹⁴³. Pour Ballanche, Rousseau et toute sa théorie sont en « révolte contre la société » et c'est précisément ce *dégoût de la société*, cette « maladie morale » qui a guidé la Révolution française⁹⁴⁴. Ces jugements sont partagés par la presse catholique qui affirme que « la révolution tout entière, avec ses actes destructeurs et ses lois de sang, semble être sortie des écrits de Rousseau »⁹⁴⁵.

Pour proposer une théorie sociale et politique qui redonne une place à l'individu, Rey doit donc prévenir de telles critiques. Il lui faut démontrer que la référence à l'individu ne s'oppose pas à une pensée de la société, car l'individu est toujours pris dans la trame des rapports sociaux.

938 L. DE BONALD, *Essai analytique*, *op. cit.*, p. 139.

939 *Ibid.*, p. 139.

940 *Ibid.*, p. 50. De façon analogue, BALLANCHE considère que la violence de la Révolution tient au fait que l'on ait « enlevé des digues qui doivent subsister en tout temps, car, en tout temps, il faut que les peuples soient gouvernés », autrement dit, qu'ils ne se gouvernent pas eux-mêmes (*Essai sur les institutions sociales*, *op. cit.*, p. 85).

941 Opinion partagée par les rédacteurs du *Censeur européen* : « Tout homme, après [avoir lu le *Contrat social*], s'est cru en état de donner des lois à un peuple, et une génération presque toute entière s'est ainsi trouvée engagée dans une route qui ne pouvait la conduire qu'à l'anarchie d'abord, et ensuite au despotisme » (*Le Censeur européen*, t. 1, Paris, 1817, p. 65). F. R. DE LAMENNAIS, affirme également que ces théories produisent le despotisme ou l'anarchie (*Essai sur l'indifférence en matière de religion*, t. 1, *op. cit.*, p. 330).

942 L. DE BONALD, *Essai analytique*, *op. cit.*, p. 152.

943 *Ibid.*, p. 70.

944 P.-S. BALLANCHE, *Essai sur les institutions sociales*, *op. cit.*, p. 291-292.

945 Anonyme, « De la propagation des livres irréligieux depuis la Restauration », *Le Mémorial catholique*, t. 3, 1825 p. 278. « Le principe révolutionnaire que *l'insurrection est le plus saint des devoirs*, n'est qu'une traduction énergique et concise de ce passage du *Contrat social*, liv. I, chap. 1 : "L'homme est né libre, et partout il est dans les fers. Tant qu'un peuple est contraint d'obéir et qu'il obéit, il fait bien ; sitôt qu'il peut secouer le joug et qu'il le secoue, il fait mieux" » (*ibid.*, p. 278).

Il lui faut encore montrer que l'ordre tant désiré par les théocrates ne saurait se concevoir sans une adhésion de l'individu à la société dans laquelle il voit le jour. Il doit ainsi procéder à une double démonstration pour rendre son propos audible aux oreilles des traditionalistes : faire voir qu'il part d'une réelle prise en compte de la nature sociale de l'homme et qu'il ne s'agit pas d'une théorie abstraite de plus sur la société ; et montrer que la prise en compte de l'individu, loin d'être un facteur de désordre, est au contraire l'une des conditions du véritable ordre social.

Mais les traditionalistes ne sont pas les seuls adversaires des théoriciens du contrat social. Rey doit encore composer avec l'opinion des juristes et philosophes éclectiques.

2. L'entre-deux éclectique

La position des éclectiques sur le sujet est relativement complexe. Ils affirment comme tous les auteurs de l'époque, que l'homme est naturellement sociable⁹⁴⁶. Pourtant, tout en réfutant les doctrines du contrat, ils peinent néanmoins à sortir de la dialectique état de nature/société et plus encore de l'anthropologie individualiste qui la sous-tend. La référence à une individualité primitive et aux droits naturels, conçus comme droits individuels est en effet présente sous leurs plumes. Mais ils rejettent les doctrines du contrat social, considérées comme un produit du matérialisme philosophique, car ils les jugent inaptes à poser les fondements des droits et des devoirs des citoyens, et à créer une autorité politique stable. En arrière fond, c'est toujours une critique de la référence à l'intérêt personnel qui sous-tend leur propos. On peut d'ailleurs remarquer que les éclectiques partagent certaines des préventions qui sont celles des théocrates, liées à une approche quelque peu pessimiste de l'homme, bien qu'ils n'en tirent pas exactement les mêmes conclusions. Tout en refusant effectivement de placer les intérêts individuels – qu'ils perçoivent essentiellement comme un facteur de division, à l'instar de Bonald – au fondement de l'ordre social, l'individu demeure le point de départ et de référence de leurs constructions théoriques.

Pour les éclectiques, la bête noire est moins Rousseau que Hobbes et sa philosophie matérialiste. Cousin fait ainsi remonter les systèmes de sociabilité conventionnelle à Épicure⁹⁴⁷ et considère « que la théorie morale d'Helvétius ne produit dans ses conséquences que la théorie politique de Hobbes⁹⁴⁸ ». Matérialisme philosophique, utilitarisme moral et

946 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 435 ; C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 167 ; F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 5.

947 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 179.

948 *Ibid.*, p. 432.

contractualisme/volontarisme politique forment ainsi une triade. Rousseau est toutefois difficilement assignable au clan des matérialistes. Certes, en son temps, il fut accusé de matérialisme et de pyrrhonisme, mais sa position demeure ambiguë. Il est facile de puiser çà et là dans son œuvre pour accréditer la thèse d'un Rousseau matérialiste, comme celle d'un Rousseau spiritualiste. Ses oppositions répétées à ce qu'il nomme la « coterie holbachique » le placent néanmoins en opposant des matérialistes⁹⁴⁹. Dans le premier XIX^e siècle, les éclectiques entreprennent alors de réhabiliter une part de Rousseau, tout en maintenant le discrédit sur sa théorie du contrat social. Les éclectiques, juristes comme philosophes, affirment donc que Rousseau est un philosophe spiritualiste⁹⁵⁰, le fondateur d'un « nouvel idéalisme⁹⁵¹ ». Mais sa théorie du contrat repose sur « des principes contraires aux siens⁹⁵² », ceux de Hobbes⁹⁵³, c'est-à-dire sur une philosophie matérialiste. Laferrière considère en effet que « la philosophie de l'état de nature réduit nécessairement l'homme à son organisme corporel⁹⁵⁴ ». Incapables d'envisager le corps humain autrement que comme la citadelle d'intérêts égoïstes nécessairement et exclusivement vecteurs de conflits, les éclectiques jugent d'abord cette philosophie inapte à donner un fondement naturel à la sociabilité.

Nombreux sont ceux qui rattachent l'idée d'une anthropologie égoïste à la philosophie sensationniste ou matérialiste⁹⁵⁵ d'où découle l'utilitarisme. Torombert considère par exemple que la philosophie « sensualiste » conduit inévitablement, par l'importance donnée à l'intérêt personnel, à penser l'état de nature comme « un état d'isolement, d'égoïsme, de guerre entre les individus »⁹⁵⁶. Il est vrai que certains passages de Hobbes accréditent cette thèse : lorsqu'il présente l'état de nature comme un état de « guerre de chacun contre chacun⁹⁵⁷ » ou affirme que « la nature dissocie [...] les humains⁹⁵⁸ ». Une lecture rigoureuse permet pourtant de comprendre que le rapport au corps n'est pas uniquement source de division et d'individualisme. Si le corps est bien le lieu d'où naissent les besoins individuels, voire égoïstes, des hommes, ces besoins sont

949 F. SALAÜN, « Les larmes de Wolmar. Rousseau et le problème du matérialisme », *art. cit.*, p. 71-86.

950 F. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français*, t. 2, *op. cit.*, p. 11 ; E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 236.

951 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 223.

952 F. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français*, t. 2, *op. cit.*, p. 11.

953 *Ibid.*, p. 257.

954 *Ibid.*, p. 258 ; X. PORTETS *Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 17.

955 « Cette philosophie, qui distingue entre l'état de nature et l'état de société, est celle du matérialiste Hobbes [...]. L'homme, dans ce chimérique état de nature, est un être purement *individuel* ; ses actes ne sont que des faits matériels. Tout est borné à sa personne, à ses besoins physiques » (F. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français*, t. 2, *op. cit.*, p. 257-258) ; X. PORTETS *Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 19.

956 H. TOROMBERT, *Principes du droit politique*, *op. cit.*, p. 51.

957 « [L]es humains n'éprouvent aucun plaisir (mais plutôt un déplaisir) à demeurer en présence les uns des autres s'il n'y a pas de puissance capable de les tenir tous en respect », par conséquent, l'état de nature est un état de guerre, « une guerre de chacun contre chacun » (T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 223-224).

958 T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 225.

eux-mêmes à l'origine du désir de sociabilité. Le corps est lui-même vecteur de sociabilité et ceux qui s'opposent au matérialisme sont bien obligés de l'admettre⁹⁵⁹. Certes, chez Hobbes, le rapport au corps génère d'abord une forme d'égoïsme. Mais si les individus hobbesiens entendent sortir de l'état de nature, c'est justement parce qu'il leur importe d'assurer au mieux la préservation de leur vie. L'abandon (ou plutôt la mise à l'écart) du *jus in omnia*, dicté par un désir de paix, trouve bien sa raison d'être dans une forme de rapport égoïste à son propre corps. L'intérêt des individus, leur intérêt bien entendu, ne s'oppose donc pas à la vie sociale : tout au contraire, c'est la société politique qui y est seule conforme. Si le matérialisme de Hobbes explique peut-être sa conception de l'état de nature (ce dont on peut néanmoins douter, puisque cela reste une hypothèse purement fictive et que Hobbes lui-même admet que « de façon générale, il n'en a jamais été ainsi à travers le monde⁹⁶⁰ »), il pose dans le même temps les fondements de la sociabilité humaine. Mais les spiritualistes entendent justement dépasser cette approche matérialiste de l'homme pour prôner ce qu'on pourrait appeler un altruisme bien entendu, car ils conçoivent l'intérêt individuel comme opposé à l'harmonie sociale.

Or, les doctrines du contrat social affirment que la société, le pouvoir et droit doivent résulter d'un contrat que les individus forment librement parce qu'ils y trouvent leur intérêt. Le problème n'est pas de considérer que la société doit réaliser le bonheur de ses membres⁹⁶¹. Mais l'association d'un fondement volontariste et d'une finalité utilitariste de ce contrat suscite en revanche de vives alarmes, puisque cela suggère une possibilité de s'émanciper de la société en rompant le pacte si la fin de l'état social n'est pas remplie. Les alarmes des éclectiques s'expliquent certainement par leur conception de la volonté et son rôle dans la formation du contrat social. En envisageant une volonté libre de toute détermination, ils s'imaginent que le passage à l'état social est un acte de pure volonté qui ne répondrait à aucune nécessité. Partant, on comprend qu'ils puissent craindre qu'un acte de volonté en sens contraire suffise à libérer les individus de leur participation au pacte social. Mais ce faisant, ils mésinterprètent les théories de Rousseau ou de Hobbes qui considèrent l'un comme l'autre que le passage à l'état social n'a rien d'arbitraire et répond à une véritable nécessité⁹⁶².

959 Après avoir rattaché l'hypothèse de l'état de nature à une conception « purement physique » de l'homme, PORTETS écrit néanmoins que « [l]a sociabilité de l'homme s'établit par des preuves directes tirées de l'observation de sa nature. Il naît faible de corps et avec des besoins physiques » (*Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 17).

960 Mais il ajoute néanmoins « qu'il y a beaucoup d'endroits où l'on vit ainsi » (T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 227). Si l'état de nature hobbesien ne constitue pas une époque générale de l'humanité, sa description se veut toutefois fondée sur l'observation de la nature humaine et des conflits qui opposent les individus qui ne se sont pas encore soumis à la puissance d'un État.

961 FOUCART affirme par exemple que « le but de toute société est le plus grand bien-être possible de ses membres » (*Éléments de droit public*, t. 1, *op. cit.*, p. 9).

962 C'est ce qui résulte par exemple de certains passages du *Contrat social*, où ROUSSEAU explique que la sortie de

Certes, la doctrine de Hobbes mène droit à l'absolutisme, affirme Cousin. Mais c'est, selon lui, parce qu'il n'existe aucune autre issue pour forcer les individus au respect des lois, dès lors que l'on fait reposer la société sur un contrat librement consenti. C'est parce que chacun pourrait revenir à l'état de guerre, dès lors qu'il juge l'obéissance aux lois contraire à ses intérêts, que les gouvernements sont forcés d'être les « ennemis-nés des sujets » et d'agir de façon despotique⁹⁶³. Ainsi, si l'on ne verse pas dans le despotisme, ce serait une sorte d'anarchie qui prévaudrait, puisque les individus pourraient toujours sortir du contrat. C'est ce que vise Foucart lorsqu'il évoque le risque que « chaque contractant » puisse s'affranchir du contrat « quand il le jugera convenable »⁹⁶⁴. Victor Cousin se soulève quant à lui contre Épicure⁹⁶⁵, qui fait reposer la société sur un contrat que les parties observent parce qu'elles y ont un intérêt. Il craint également que les doctrines contractualistes fondées sur une morale des intérêts permettent, au nom de l'intérêt, de justifier toutes les violations du contrat. La morale utilitariste est encore une fois accusée d'être incapable de générer de véritables obligations. On sent bien que Cousin peine à croire que l'individu puisse bel et bien trouver son intérêt dans la vie sociale et le respect de ses semblables. Il a beau rejeter l'hypothèse de l'état de nature, sa conception de l'homme suggère un antagonisme entre l'individu et la société. Par conséquent, le philosophe cherche à donner un fondement à l'obéissance qui se situe ailleurs que dans la volonté ou l'approbation des individus. D'où le rejet du contrat. Lorsqu'il s'oppose à Épicure, il tient même des propos qui ne manquent pas de surprendre. Envisageant l'hypothèse où l'individu devrait opter entre l'accomplissement de ses devoirs (le respect du contrat) ou la mort, Cousin s'émue alors de la prévalence donnée à la survie de l'individu sur le respect des devoirs sociaux⁹⁶⁶.

Tout ceci en dit finalement plus long sur la façon dont les spiritualistes envisagent l'homme que sur celle des matérialistes comme Hobbes ou Rey. Ce sont leurs conceptions de l'individu et leurs craintes qui s'expriment ici. En effet, les éclectiques refusent moins l'idée d'une indépendance primitive que les conséquences liées à l'utilitarisme (et au volontarisme) qui sous-tend certaines constructions contractualistes. Tristan Pouthier constate à ce sujet que Cousin a

l'état de nature devient nécessaire à la survie du genre humain. Le « pacte social » intervient en effet au moment où l'« état primitif ne peut plus subsister » et où « le genre humain périroit s'il ne changeoit sa manière d'être » (*Du contrat social, op. cit.*, p. 182). Il en va de même chez HOBBS. Ce dernier affirme certes que « les hommes s'assemblent par accident, et non par une disposition nécessaire de la nature » (*Le citoyen, ou fondements de la politique*, Paris, Flammarion, 1982, p. 90). Mais puisque l'état de nature est un état de guerre, et que l'être humain est mu par un désir de conservation, la sortie de cet état de guerre est bel et bien une nécessité inscrite dans la nature humaine.

963 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 432.

964 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public*, t. 1, *op. cit.*, p. 9.

965 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 179-180.

966 *Ibid.*, p. 179-180.

beau rejeter l'hypothèse de l'état de nature, il en tire « peu de conséquences », puisqu'il n'en fonde pas moins l'ordre social à partir du droit individuel⁹⁶⁷. Il n'y a donc pas un refus en bloc de l'individualisme, comme c'est en revanche le cas dans la pensée traditionaliste.

Lorsqu'il est question du droit naturel, la référence à l'individu pensé comme un être indépendant se retrouve fréquemment. Toullier illustre bien cette manière de penser. Il refuse d'abord l'hypothèse d'un contrat social⁹⁶⁸ et affirme que les hommes sont nés « pour la société⁹⁶⁹ ». Mais il ajoute immédiatement que les individus se trouvaient primitivement dans un « état d'indépendance » marqué par « des combats ou des guerres privées »⁹⁷⁰. Cela le conduit à reconnaître des « droits absolus [...] qui appartiennent à chaque homme [...] considéré comme individu, indépendamment des relations qu'il peut avoir avec d'autres hommes⁹⁷¹ ». Mais quoique la préservation « de ces droits naturels et imprescriptibles » soit « le but de toute association », l'individu doit néanmoins en abandonner une portion pour faire société⁹⁷². Or, on ne saurait s'en remettre à la volonté changeante des individus pour réaliser cet abandon et s'imposer des obligations sociales, mais à la raison souveraine.

Ainsi, là où Rousseau cherchait « une forme d'association [...] par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même⁹⁷³ », les traditionalistes cherchent à plier les hommes à l'obéissance de Dieu et du pouvoir monarchique, et les éclectiques à soumettre la sensibilité et la volonté humaine à l'obéissance des commandements dictés par la raison souveraine.

Lorsque Rey développe sa doctrine du quasi-contrat puis ses principes de politique, il doit donc également prendre en compte le point de vue des éclectiques sur la question. Contre l'individualisme dont ces derniers ne parviennent pas à s'extraire et qu'ils imputent pourtant au matérialisme, il lui faut montrer que la sociabilité des hommes résulte des lois mêmes de leur organisation biologique. Cela permet alors d'écarter toute référence à une nature humaine purement individuelle et aux droits conçus indépendamment des rapports sociaux. Mais s'il partage avec ses contemporains un même rejet de l'état de nature originel et asocial, il cherche toutefois à recueillir les dividendes théoriques et politique des théories du contrat social ; à savoir, que la société et l'état politique peuvent, et, par conséquent, doivent être organisés dans l'intérêt

967 T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, op. cit., p. 267.

968 « Le contrat social primitif est [...] une pure fiction » (C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, op. cit., p. 171).

969 C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, op. cit., p. 167.

970 *Ibid.*, p. 167.

971 *Ibid.*, p. 173.

972 *Ibid.*, p. 176.

973 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 182.

des individus.

B/ L'APORIE D'UN ÉTAT DE NATURE ORIGINEL ET ASOCIAL

Lorsque Joseph Rey aborde les doctrines contractualistes⁹⁷⁴, c'est contre l'hypothèse d'un état de nature distinct de l'état de société qu'il s'élève en premier lieu, et contre les conséquences qu'en tirent les philosophes et les juristes en second lieu. S'il n'est pas avare de développements pour appuyer sa thèse d'une sociabilité naturelle de l'homme (1), c'est parce qu'il poursuit plusieurs objectifs. Il lui faut d'abord prévenir les critiques qui pourraient lui être adressées par les contre-révolutionnaires qui, tels Louis de Bonald, ont décrédibilisé les philosophies émancipatrices du contrat social. Pour tenter de faire accepter son idée de quasi-contrat social, Rey doit insister sur le caractère réaliste de sa proposition en réfutant l'idée d'un état de nature tel que l'ont conçu Hobbes ou Rousseau. Cela lui permet donc de se démarquer de ces derniers. En inscrivant la sociabilité humaine dans le corps même, il montre en outre aux spiritualistes de tous bords que le matérialisme et l'intérêt personnel, loin d'exclure cette sociabilité, en sont les plus solides fondements. Par ailleurs, outre son caractère purement fictif, l'hypothèse d'un état de nature originel et asocial suggère une conception purement individualiste de l'être humain. Or, cette façon d'envisager la nature humaine crée des effets pervers que Rey entreprend de dénoncer (2). Ce faisant, il n'attaque pas uniquement les doctrines professées par les théoriciens du contrat, mais toutes celles construites par référence à un isolement primitif, comme on le trouve chez les éclectiques. Pour Rey, le seul état que l'on puisse dire naturel et le seul à partir duquel on puisse ensuite penser les modalités de l'organisation sociale est un état d'interdépendance entre tous les êtres humains (3).

1. L'impossible état de nature antésocial

D'accord avec la plupart de ses contemporains sur ce point, Rey affirme que l'état de nature tel qu'il a été imaginé par les philosophes est impossible et tout à fait opposé à ce que suggère justement l'étude de la nature humaine. Sans viser spécialement ni Hobbes, ni Locke, ni Rousseau, le juriste s'en prend tout à la fois à chacune de leurs conceptions de l'état de nature. Il

974 Il en traite pour la toute première fois dans un petit écrit de 1817 (*Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon, pour le Concours de 1817*, s.l.n.d.), mais de façon tellement succincte que nous laisserons en grande partie ce texte de côté pour nous concentrer presque essentiellement sur ses ouvrages de théorie du droit.

s'attache alors à démontrer l'impossibilité d'un isolement complet de l'individu et, plus encore, à révéler ses tendances sociales.

Reprenant l'argumentaire classique, Rey affirme que la supposition d'un isolement complet de l'individu est contredite par la faiblesse de l'être humain : le nourrisson ne saurait survivre sans les soins de sa mère⁹⁷⁵. Il refuse ainsi de prendre pour archétype de l'homme de nature l'enfant sauvage abandonné à lui-même⁹⁷⁶. Il serait en effet vicieux de penser les fondements de l'association en supposant que les individus sortiraient « subitement de terre, comme des champignons⁹⁷⁷ » – pour reprendre la métaphore que Jean Terrel propose au sujet de la théorie hobbésienne. Il est évident que tel n'est pas l'état naturel de l'homme, « l'état indiqué par sa nature, c'est-à-dire par la loi de son organisation, comme devant exister généralement⁹⁷⁸ ». C'est donc toujours en se fondant sur les lois de l'organisation biologique du corps humain que Rey cherche à parvenir à la connaissance de l'homme. L'enfant sauvage n'aurait pu survivre sans recevoir, au moins un temps, les secours d'autrui. La faiblesse de l'être humain et sa « longue enfance » sont assurément les premiers signes qui témoignent de son caractère « nécessairement social »⁹⁷⁹. L'argumentaire lié à la faiblesse humaine est classique et largement partagé ; nous l'avons vu avec Ballanche par exemple. Cela se retrouve même sous le plume de ceux qui accusent le matérialisme (par l'importance donnée au corps) de conduire à l'hypothèse de l'état de nature⁹⁸⁰. Cependant Rey va plus loin, puisqu'il reconnaît un caractère sociable à l'ensemble du règne animal. En effet, il considère que la simple union du mâle et de la femelle, « même chez les animaux les plus féroces », constitue déjà un embryon de société, puisqu'il y a, lors de la « copulation, [...] un échange de sentimens sympathiques, et par conséquent un principe de véritables liens sociaux »⁹⁸¹. La société familiale, première entre toutes, pourrait toutefois se dissoudre à l'heure où les enfants n'ont plus besoin des soins de leurs parents, comme l'affirme Rousseau⁹⁸². Mais Rey entend justement se distinguer de la pensée de ce dernier. Selon notre auteur, les relations nouées durant cette époque de la vie se poursuivent et font naître entre parents et enfants « une foule de rapports de bienveillance et d'utilité⁹⁸³ ». Il résume ainsi :

975 *Préliminaires*, p. 15 ; JGLJ, t. 1, p. 134 ; TPGD, p. 194.

976 Un tel cas agitaït alors les esprits suite à la découverte de Victor de l'Aveyron (J.-L. CHAPPEY, *Sauvagerie et civilisation. Une histoire politique de Victor de l'Aveyron*, Paris, Fayard, 2016).

977 J. TERREL, *Les théories du pacte social*, op. cit., p. 140-141.

978 *Préliminaires*, p. 16 ; JGLJ, t. 1, p. 135 ; TPGD, p. 194.

979 *Préliminaires*, p. 18 ; JGLJ, t. 1, p. 135 ; TPGD, p. 194.

980 X. PORTETS, *Cours de droit naturel*, op. cit., p. 17.

981 *Préliminaires*, p. 17 ; JGLJ, t. 1, p. 135.

982 Les enfants ne restent « liés au père qu'aussi longtems qu'ils ont besoin de lui pour se conserver. Sitôt que ce besoin cesse, le lien naturel se dissout. Les enfans, exempts de l'obéissance qu'ils devoient au père, le père exempt des soins qu'il devoit aux enfans, rentrent tous également dans l'indépendance » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 174).

983 *Préliminaires*, p. 18 ; JGLJ, t. 1, p. 136 ; TPGD, p. 195.

« [l']homme est, par son organisation même, appelé irrévocablement à vivre avec ses semblables. La faiblesse de ses moyens, lorsqu'il est isolé, lui fait sentir le besoin de les réunir à ceux des autres hommes, et voilà un premier mobile de sociabilité. Mais il est en outre doué de la faculté et du besoin de sympathiser avec les êtres de son espèce ; ce second besoin tend encore à le rapprocher d'eux, et voilà un second mobile de sociabilité⁹⁸⁴ ».

On retrouve ici deux éléments fondamentaux qui viennent témoigner de la sociabilité humaine et qui font écho à la théorie morale reyenienne : le besoin et la sympathie. Et Rey de rappeler, pour cette dernière, qu'elle est certes une faculté, mais qu'elle implique en outre des besoins. Encore une fois, la sympathie joue un rôle ambigu car elle se résorbe ici en fin de compte dans la notion de besoin⁹⁸⁵.

Dans une seconde version, poursuit Rey, les philosophes ont supposé un état de nature « dans lequel l'homme *vivrait avec ses semblables*, mais sans qu'il existât entr'eux de lien social⁹⁸⁶ ». Il faut bien comprendre ce qu'entend Rey par l'expression de *lien social*. Il évoque une première fois cette thèse en écrivant que l'homme n'aurait avec ses semblables « aucun vrai lien social, aucun droit à réclamer, aucun devoir à remplir⁹⁸⁷ ». Puis, dans un second temps, il en signale l'impossibilité en expliquant que « s'il n'existait entre de pareils êtres aucune règle de dispensation de ce qui sert à leurs besoins, ils s'entre-détruiroient inévitablement, ou se fuiraient à jamais⁹⁸⁸ ». Cet état présumé d'indépendance qui conduirait à l'état de guerre de tous contre tous est donc réfuté par les faits eux-mêmes. Toutefois, bien que Rey nie l'état de guerre entre les individus, nous verrons qu'il ne brosse pas un tableau idyllique de la genèse des sociétés humaines. En d'autres endroits, il signale au contraire que la plupart des sociétés ont commencé par des rapports de force, de violence et de domination⁹⁸⁹, affirmation que l'on trouve d'ailleurs sous la plume de Bonald⁹⁹⁰. Mais pour Rey comme pour Hobbes, le conflit lui-même, ou, plus précisément, le désir humain d'éviter le conflit, est en même temps générateur de sociabilité. C'est alors dans ses *Leçons* et son *Traité*, que Rey fait apparaître de façon plus explicite le caractère potentiellement conflictuel des rencontres humaines – et la nécessité d'éviter ce conflit. Le juriste indique en effet que « [l]a prétention indéfinie des droits de chaque individu », en faisant obstacle à l'exercice de ces mêmes droits par les autres, conduirait nécessairement à un état d'isolement ou de guerre⁹⁹¹.

984 *Préliminaires*, p. 20-21.

985 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, II, B.

986 *Préliminaires*, p. 18 ; JGLJ, t. 1, p. 134 ; TPGD, p. 195.

987 *Préliminaires*, p. 16 ; JGLJ, t. 1, p. 134 ; TPGD, p. 194.

988 *Préliminaires*, p. 18 ; JGLJ, t. 1, p. 136 ; TPGD, p. 195.

989 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, II, A, 1.

990 « La guerre entre les hommes doit nécessairement résulter du dérèglement de leurs *volontés* & de l'*amour* exclusif de soi, qui n'est que le penchant à se préférer aux autres, à les dominer. [...] Je suis d'accord avec l'histoire. Cet état de guerre & de destruction est l'état sauvage, tel qu'il a existé dans les premiers temps, & tel qu'il existe encore sur la terre » (L. DE BONALD, *Théorie du pouvoir politique*, t. 1, *op. cit.*, p. 15).

991 JGLJ, t. 1, p. 15-16 ; TPGD, p. 167.

Il ressort de ces divers extraits que Rey envisage les relations humaines comme nécessairement organisées par le droit, ou du moins par une forme de normativité. Mais des précisions sont nécessaires. Dans la dernière citation, par exemple, Rey a beau parler de « droits », c'est plutôt la question du choc des intérêts individuels qui est ici soulevée – car seul ce qui est conforme aux rapports sociaux des hommes mérite le nom de « droit »⁹⁹². En effet, le droit n'est jamais que le produit des interactions sociales. Bien qu'il évoque ici la nécessité de concilier les droits des individus comme une sorte de fondement de la vie sociale, il ne peut vraiment être question que d'intérêts à ce stade. Certes, il n'est pas exclu de reconnaître plusieurs degrés de perfection dans cette distribution des droits et des devoirs ou des biens de première nécessité. S'il existe toujours quelques normes, au moins implicites, qui régissent cette répartition au sein des sociétés humaines, Rey pense toutefois qu'il faudrait leur en substituer de nouvelles plus conformes à l'harmonie sociale. Le droit véritable n'est pas un fondement, mais un aboutissement, comme l'est son quasi-contrat social. Pour faire véritablement société, il proposera alors les notions de quasi-contrat et de lois constitutives des sociétés, seules à même de fonder un équilibre harmonieux⁹⁹³. Néanmoins, comme on le voit, les questions juridiques sont au cœur de son approche du social. Pour Rey, ce n'est donc pas le pouvoir qui permet de faire société, comme l'affirme par exemple Bonald⁹⁹⁴, mais le droit.

Cette vision juridique des rapports humains marque d'ailleurs la singularité de Rey parmi les socialistes de son temps. Georges Gurvitch remarquait en effet le scepticisme des socialistes quant au droit et à la justice, lesquels ne sauraient selon eux servir de fondement à la société. Pour eux, la société est une « totalité méta-juridique, basée uniquement sur la technique du bien-être matériel, de la production intensifiée, de la puissance et des passions combinées, totalité fondée dans le cas le plus favorable sur l'amour, mais jamais sur la justice et le droit »⁹⁹⁵. Si Pierre-Joseph Proudhon développe par la suite une véritable « pensée juridique »⁹⁹⁶, Joseph Rey peut ici faire figure de précurseur. Il lui apparaît en effet inenvisageable de concevoir les relations sociales en dehors de tout cadre juridique, et c'est pourquoi il opte pour un modèle quasi-contractuel afin de penser le fonctionnement des sociétés humaines.

992 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1.

993 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, II.

994 « [U]ne société ne peut exister sans pouvoir » (L. DE BONALD, *Essai analytique*, *op. cit.*, p. 92), « la société publique est le moyen nécessaire de la conservation du genre humain, puisqu'en elle est le pouvoir qui réprime les passions destructives des hommes » (*ibid.*, p. 51-52).

995 G. GURVITCH, *L'Idée du Droit social*, *op. cit.*, p. 282.

996 A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme, Pensée juridique d'un anarchiste*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

Le conflit latent entre les intérêts individuels n'est donc pas un obstacle à l'association, Rey y voit au contraire l'un des moteurs de la construction sociale. Comme on peut le trouver chez Hobbes d'abord, puis chez certains Idéologues ensuite⁹⁹⁷, Joseph Rey considère que la nécessité de ne pas en venir à cet extrême contribue au caractère sociable des individus. L'objectif est certes d'éviter l'état de guerre, mais il s'agit encore de pallier la faiblesse de l'individu qui serait bien incapable de satisfaire seul à tous ses intérêts et à tous ses besoins. Cette nécessité d'éviter le conflit, affirme alors Rey, constitue l'« une des PREMIÈRES BASES DE TOUTE SOCIABILITÉ⁹⁹⁸ ». Tout en partageant une part de l'argumentaire des traditionalistes concernant la sociabilité, il s'en distingue ainsi en introduisant l'intérêt personnel comme mobile de sociabilité. Il affirme en effet que « l'intérêt personnel, loin d'être un obstacle à la sociabilité, en est un mobile puissant⁹⁹⁹ ». Et, bienheureusement, les individus sont de plus doués de cette précieuse faculté sympathique qui leur permet d'adoucir le choc de leurs intérêts divergents et d'opérer leur conciliation. On retrouve alors l'intérêt personnel et la sympathie. Il y a entre les hommes « un état de balance continuelle entre les dispositions hostiles et celles d'un rapprochement¹⁰⁰⁰ », écrit Rey. Et les uns comme les autres jouent en faveur de la sociabilité des hommes :

« le croisement de leurs intérêts tend sans cesse à faire naître entre eux des difficultés ; mais, d'un autre côté, la nécessité de concilier ces mêmes intérêts, jointe au besoin de se secourir mutuellement, et à l'attrait qui les porte les uns vers les autres, tout cela tend à les rapprocher sans cesse¹⁰⁰¹ ».

En reconnaissant en l'homme une faculté sympathique, source de besoins et de plaisirs, Joseph Rey s'écarte par conséquent du chemin qu'empruntait Hobbes pour penser la société¹⁰⁰². La sympathie permet d'expliquer qu'il est dans l'intérêt même de l'individu de respecter celui des autres et, plus encore, de contribuer à leur bonheur. La prise en compte des intérêts, besoins ou plaisirs liés à la sympathie apparaît donc comme la clef qui permet à Rey d'identifier état de nature et société.

Cette référence à la sympathie demeure toutefois insuffisante pour convaincre certains auteurs spiritualistes, acquis à l'idée qu'une philosophie matérialiste serait incapable de penser la dimension sociale de l'être humain. Nous avons vu que les éclectiques jugent le *Contrat social* de Rousseau discordant avec sa philosophie idéaliste¹⁰⁰³. De façon analogue, dans sa recension des *Preliminaires du droit*, Auguste Sautelet taxe Rey d'inconséquence. Il laisse même entendre que

997 Par exemple chez VOLNEY, qui écrit : « [l']amour de soi, pris dans son vrai sens, [...] n'est pas contraire à la société ; il en est le plus ferme appui, par la nécessité de ne pas nuire à autrui, de peur qu'en retour autrui ne nous nuise » (*La loi naturelle, op. cit.*, p. 20).

998 JGLJ, t. 1, p. 15-16 ; TPGD, p. 166-167.

999 JGLJ, t. 1, p. 148.

1000 TPGD, p. 167-168.

1001 *Ibid.*, p. 167-168.

1002 HOBBS ne voit dans la sympathie qu'une source de douleurs (voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, II, B).

1003 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, A, 2.

notre auteur n'est pas seulement dans l'erreur en affirmant que la société est l'état naturel de l'homme : son sensationnisme devrait encore le conduire à conclure, comme Hobbes, que « l'état de guerre entre tous les individus est le véritable état social¹⁰⁰⁴ ». Lecture originale, il faut le reconnaître, puisque Sautelet ne se limite pas à identifier matérialisme et état naturel de guerre. Il va jusqu'à affirmer qu'avec un tel point de départ, même l'état social ne saurait être pensé autrement que sous la forme d'une lutte des intérêts individuels, et attribue encore cette opinion à Hobbes. Une fois de plus, seul Théodore Jouffroy, parmi les éclectiques, adopte une position plus nuancée. Le philosophe remarque en effet que Hobbes développe une vue lacunaire du plaisir et de l'égoïsme, puisqu'il exclut toute référence à la sympathie. Or, ajoute-t-il, si Hobbes n'avait pas omis « cette classe de plaisirs dus à la sympathie », il aurait abouti au résultat opposé et aurait conclu « que l'état social est l'état naturel »¹⁰⁰⁵. C'est précisément à ce point que parvient Rey, sans renier pour autant la doctrine de l'intérêt. Aussi comprend-t-on qu'il n'est pas tout à fait futile de mettre en exergue la faculté et les besoins de sympathie, quoique ces derniers soient en même temps subsumés sous la catégorie générale de l'intérêt. Cela peut s'avérer d'autant plus nécessaire qu'il n'est pas rare de voir les socialistes partager cette méfiance et ce rejet de toute forme d'égoïsme et de référence à l'intérêt personnel. C'est par exemple le cas des saint-simoniens¹⁰⁰⁶ auxquels Rey se rallie un temps. Inscrire la sociabilité dans la nature humaine et adjoindre la sympathie au seul intérêt personnel lui permet donc également de tendre une main aux socialistes de son temps.

Enfin, dans les *Bases de l'ordre social*, on retrouve à peu près le même type d'explications de la sociabilité humaine. Rey y adjoint seulement des données tirées de la physiologie, comme pour faire un dernier clin d'œil à destination de ceux qui jugent le matérialisme incapable de fonder la sociabilité humaine. L'un des objets de l'ouvrage est en effet « d'examiner quelles sont les tendances sociales qui nous sont imposées par les lois de notre organisation¹⁰⁰⁷ ». Comme le note Claude Nicolet, « intégrer dans la nature même de l'homme son caractère social¹⁰⁰⁸ » était alors l'un des objectifs de toutes les nuances du socialisme. Ce qui est plus particulier à Joseph Rey, c'est sa tentative de rechercher le caractère social de l'homme, non uniquement dans ses tendances affectives, mais également dans la biologie. Il poursuit en fait la réflexion amorcée par

1004 A. SAUTELET, « *Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey* », art. cit., p. 73.

1005 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 1, op. cit., p. 333-334.

1006 « Au lieu de se donner comme objectif la consécration des *égoïsmes* individuels et des *intérêts*, la société, répètent [les rédacteurs de l'*Organisateur*], doit au contraire rechercher l'*unité* que procure un *but* partagé et que traduit une *unité de doctrine* » (P. RÉGNIER, « Les premiers journaux saint-simoniens », op. cit., p. 42).

1007 DBOS, t. 1, p. 54.

1008 C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit., p. 344.

les premiers Idéologues qui, comme Volney, affirmaient déjà que la société est « un besoin, une loi que la nature [...] impose [à l'homme] par le propre fait de son organisation¹⁰⁰⁹ ». Ainsi, il enrichit par exemple son propos sur les rapports de la mère et de l'enfant humains en observant les avantages liés à la position de l'allaitement¹⁰¹⁰. Tout ceci pour conclure que les hommes sont des « êtres sociaux » qui ne trouvent « une existence complète » que dans le cadre des relations sociales¹⁰¹¹.

L'hypothèse d'un état de nature asocial « n'est [donc] qu'une pure chimère, une abstraction prise pour la réalité, et une absurdité complète¹⁰¹² ». Les hommes ont, de tout temps, évolué au sein de sociétés plus ou moins organisées. Rey affirme ainsi, d'accord avec un traditionaliste comme Ballanche¹⁰¹³, le caractère *chimérique* de l'état de nature. Ce faisant, il entend montrer à ses contemporains qu'il se distingue de Rousseau, avant de pouvoir ensuite aller puiser dans la théorie du Genevois. Recourant à l'abstraction, les philosophes ont créé de toute pièce un état de nature qui n'est qu'un être imaginaire de plus. Or, la croyance en cette fiction produit des effets délétères. Rey poursuit alors en dénonçant les conséquences – ou les inconséquences – que les philosophes font découler d'une telle *abstraction prise pour la réalité*. Il accuse en effet cette fiction d'avoir « jeté la plus grande confusion [...] sur les principes du droit et de législation¹⁰¹⁴ ».

2. La dénonciation des effets pervers de la dialectique état de nature / société

Il faut d'abord noter que Rey impute à ces théories l'origine de la distinction entre droit naturel et droit civil, comme le fera plus tard Pierre-Joseph Proudhon¹⁰¹⁵. À tout le moins considère-t-il que sa propre approche de la société comme état naturel de l'homme a pour effet

1009 VOLNEY, *La loi naturelle*, *op. cit.*, p. 18.

1010 « La station bipède, combinée avec la position des bras, et avec celle des mamelles placées au devant de la poitrine, permet à la femme seule, parmi toutes les familles d'animaux, d'établir avec son nourrisson une foule de rapports moraux, [...] de deviner ses premières idées, ses premiers sentiments, de lui donner et d'en recevoir des étreintes, d'échanger avec lui l'expression des sympathies qui les unissent » (DBOS, t. 1, p. 248-249).

1011 DBOS, t. 2, p. 183.

1012 *Préliminaires*, p. 19 ; JGLJ, t. 1, p. 136 ; TPGD, p. 195.

1013 « L'état qu'on a appelé l'état de nature est donc une chimère » (P.-S. BALLANCHE, *Essai sur les institutions sociales*, *op. cit.*, p. 219).

1014 TPGD, p. 193.

1015 A.-S. CHAMBOST, « Proudhon, lecteur critique du *Contrat social* », *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique, Actes du colloque international de l'AFHIP (6-7 septembre 2007)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 462-463.

« de saper par sa base¹⁰¹⁶ » un tel dualisme juridique¹⁰¹⁷. Rey perçoit bien que cette distinction est toujours mobilisée par ses contemporains pour séparer des droits purement individuels d'autres droits qui impliquent une dimension sociale¹⁰¹⁸. Dans cette optique, il ne serait donc pas *naturel* pour l'homme d'avoir une existence *sociale*. Tel est le premier vice des peintures de l'état de nature : elles présentent l'homme naturel comme un atome solitaire sans valences¹⁰¹⁹ et conduisent par conséquent à penser le droit naturel à partir d'une monade sans interactions sociales. Or cela n'est pas le propre des théoriciens du contrat. Les éclectiques partent également de l'individu seul pour penser les droits naturels. De plus, même s'il est généralement affirmé que la société doit garantir ces droits, une telle conception conduit souvent ces auteurs à insister sur la nécessité de poser des bornes à leur exercice, voire de les sacrifier, afin de pouvoir faire société¹⁰²⁰.

L'idée du sacrifice de certains droits naturels est justement un autre point auquel s'attaque Joseph Rey¹⁰²¹. Les théories du contrat impliquent en effet presque unanimement l'idée d'un sacrifice primitif de certains droits naturels de l'individu lors de l'entrée en société : la liberté notamment, comme on le trouve par exemple dans certains passages du *Léviathan*¹⁰²². Il en va de même concernant la prétendue égalité naturelle que la société n'aurait fait que contrarier dans le

1016 *Préliminaires*, p. 19 ; *JGLJ*, t. 1, p. 137 ; *TPGD*, p. 196.

1017 On comprend encore que cette distinction manque tout à fait de pertinence pour qui refuse de distinguer nature et culture.

1018 Jacques BERRIAT-SAINT-PRIX écrit par exemple : « comme l'homme reçoit ses facultés soit de la nature, soit de la société humaine, on pourrait diviser cette science en droit naturel et en droit social » (*Précis d'un cours sur les préliminaires du droit*, Grenoble, J. Allier, 1809, p. 5). PORTETS définit également le droit naturel comme le droit qui est « relatif aux hommes individuellement » (*Cours de droit naturel, op. cit.*, p. 9).

1019 Pour reprendre une image de Peter SLOTERDIJK (*Essai d'intoxication volontaire*, Hachette littérature, 2001, p. 92-93).

1020 Pour ne citer que quelques exemples : « Les hommes en société sont bien décidément réduits à sacrifier une partie de leurs droits pour garantir le reste » (Étienne-Géry LENGLET, *Questions sur le pacte social des Français*, Douai, Mme Wagrez, 1815, p. 1). TREILHARD, présentant devant le Corps législatif le projet de Code civil, affirme que « l'homme sacrifie une portion de son indépendance quand il se réunit en société » (cité dans Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, Paris, Videcoq, 1836, p. 32). Armand DALLOZ écrit que le consentement à vivre en société implique que l'individu « renonce à l'exercice de la partie de sa liberté naturelle dont le sacrifice est essentiel au maintien de la chose publique » (A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation de doctrine et de jurisprudence*, Première partie, t. 2, nouvelle éd., Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1844, p. 209).

1021 Il parle de l'erreur qui « consiste à faire envisager les concessions sociales comme un SACRIFICE de nos droits *naturels*, comme une véritable PERTE que nous faisons de ce qui nous est départi par la *nature* » (DBOS, t. 2, p. 188).

1022 HOBBS écrit clairement que pour établir la paix, ce qui est la fin de l'état social, il faut « délaisser certains droits de nature », ce qui passe par une restriction de la liberté (*Léviathan, op. cit.*, p. 262). Il parle encore des « droits que nous avons abandonnés en construisant l'État » (*ibid.*, p. 345). Mais il affirme néanmoins que tout acte volontaire – et le contrat social est bien un acte volontaire – a pour objet « un *bien pour soi-même* » (*ibid.*, p. 234), ce qui est idée partagée par Joseph REY.

schéma de Rousseau¹⁰²³ ou de Hobbes¹⁰²⁴. Concernant la première de ces notions¹⁰²⁵, certains penseurs et notamment les juristes, ont beau jeu d'expliquer qu'il s'agit d'acquérir une liberté supérieure, ils n'en mobilisent pas moins le champ lexical du sacrifice et de la perte. « Il n'est pas douteux, écrit Pierre Lepage, que la liberté la plus complète nous est donnée par la nature ; ce sont les institutions humaines qui la restreignent¹⁰²⁶ ». Rey affirme au contraire que la société est, ou du moins devrait être¹⁰²⁷, le lieu de réalisation de l'égalité ainsi que de la liberté, qui ne saurait être confondue avec la licence¹⁰²⁸. C'est grâce à la société que l'homme « acquiert [...] le premier élément de toute liberté, la sûreté, qui n'est autre chose que la faculté de n'être point troublé dans l'exercice de sa liberté¹⁰²⁹ ». Il serait donc vicieux de ne pas voir que cette liberté n'est justement possible qu'en société. Par ailleurs, pour un matérialiste comme Rey, la liberté n'est pas une abstraction métaphysique, mais une possibilité réelle d'agir, laquelle serait bien maigre pour un être humain isolé, et bien précaire en l'absence d'une certaine dose de sécurité.

Certes, admet-il avec les contractualistes, une « liberté *illimitée*, c'est-à-dire [...] une liberté d'agir en opposition à la sûreté légitime¹⁰³⁰ » n'a pas sa place en société. Il faut donc poser une limite au libre déploiement de chacun, afin que tous puissent également acquérir et jouir d'une somme plus grande encore de liberté qu'ils n'en auraient sans sûreté. Reconnaissons que c'est là une opinion largement répandue chez les contractualistes. L'association de la liberté et de la sûreté ou sécurité est d'ailleurs fréquente en ce premier XIX^e siècle¹⁰³¹. Comme l'indique Lepage, si l'on est conduit à « sacrifier » une portion de sa liberté, c'est « pour jouir du surplus avec plus

1023 ROUSSEAU ne nie pas entièrement l'inégalité naturelle, mais il considère que « l'inégalité est à peine sensible dans l'état de nature » (*Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Flammarion, 2008, p. 105). Dans la dédicace qui ouvre le *Discours*, il commence immédiatement par évoquer « l'égalité que la nature a mise entre les hommes et [...] l'inégalité qu'ils ont instituée » (*ibid.*, p. 37).

1024 Pour HOBBS, l'égalité naturelle entre les hommes tient au fait que l'individu le plus faible, dans l'état de nature, a toujours assez de force ou de ruse pour tuer l'homme le plus fort. Il affirme ensuite que ce sont « les lois civiles » qui introduisent l'inégalité entre les hommes (*Léviathan, op. cit.*, p. 220 et 261).

1025 Nous aborderons plus tard la critique que REY propose de la thèse de l'égalité naturelle (voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II, B).

1026 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 247.

1027 C'est ce qui ressort de ces mots : « la somme totale de liberté dont on doit jouir dans une société passablement organisée serait infiniment supérieure à celle de l'homme isolé » (*TPGD*, p. 192) ; ce qui suggère en outre que la société n'est même pas *passablement organisée*.

1028 *DBC*, p. 81. Lorsqu'il est question de la liberté en termes juridiques et politiques, REY se réfère à la définition devenue classique de la liberté comme « faculté de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (*DBC*, p. 82). Dans son *Adresse à l'Empereur*, il précise, au sujet de la licence, que celle-ci ne naît « que dans le sein de l'oppression » (*Adresse à l'empereur*, p. 13).

1029 *JGLJ*, t. 1, p. 132.

1030 *TPGD*, p. 192.

1031 Jean-Étienne-Marie PORTALIS résume la liberté en trois éléments : la volonté, le pouvoir et la sûreté (*De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique au XVIII^e siècle*, t. 2, 2^e éd., Paris, Mourardier, 1827, p. 337) ; C.-B. DUNOYER, *De la liberté du travail*, Liège, Librairie scientifique et industrielle, 1846, p. 17 ; voir aussi J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique, op. cit.*, p. 60).

sécurité»¹⁰³². En fait, Rey s'en prend principalement aux manières de l'exprimer. Parler de sacrifice ou de perte, c'est ne rien comprendre aux transactions sociales et surtout user d'un vocabulaire qui ne peut manquer de créer certains affects. En philosophe sensationniste, Rey porte une attention rigoureuse au champ lexical mobilisé, n'ignorant pas les effets et les affects que produisent les mots.

Cette critique de la notion de sacrifice, sous couvert de ne viser que les théoriciens de la dialectique état de nature/société, atteint également les théocrates comme de Bonald ou de Maistre. Tracy lui-même a d'ailleurs parfois eu recours au terme de sacrifice pour qualifier la convention par laquelle les individus se promettent « réciproquement *sûreté*¹⁰³³ ». Rey préfère se limiter à affirmer que la nature des transactions sociales, comme de tout échange, est toujours de procurer un gain à chaque partie. Certes, les deux Idéologues partagent la même conception de la société, mais notre auteur paraît plus averti sur les possibles effets pervers d'une telle rhétorique. Cependant, bien qu'il s'agisse partiellement d'une histoire de mots, c'est aussi l'histoire des maux de la société qui a pu conduire à une telle opinion. Considérer que la vie sociale ne requiert aucun sacrifice, ce n'est pas en nier la réalité mais en refuser la légitimité. C'est refuser de confondre le fait et le droit. Rey suggère en effet que l'idée de sacrifice provient « de l'aperçu des sociétés informes qui nous ont régi jusqu'à ce jour », mais il refuse d'en « conclure que ces maux sont inhérents à l'essence même de *toute* société humaine »¹⁰³⁴. C'est pourquoi il importe de déterminer les véritables bases de l'ordre social afin d'en finir avec cette théorie sacrificielle, laquelle peut d'ailleurs servir à justifier certaines politiques liberticides.

Cette rhétorique est en effet encore présente jusqu'au sein des assemblées législatives dans un sens peu favorable à la liberté. C'est ainsi que l'Ultraroyaliste comte de Kergolay, sous la Restauration, mobilise ce discours pour tenter de légitimer la censure de la presse lors des discussions relatives à la prolongation de la loi du 31 mars 1820. S'il n'admet pas l'idée de droits naturels antérieurs à l'état de société, et préfère parler de facultés naturelles – lesquelles sont d'ailleurs « toutes personnelles, toutes individuelles¹⁰³⁵ », ce qui s'accorde bien avec la façon dont Rey critique la distinction droit naturel/civil –, le sacrifice d'une portion de ces facultés est

1032 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 247. TOULLIER affirme également que l'abandon d'une portion de liberté a pour contrepartie les avantages reçus de la société, et principalement la *sûreté* (*Droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 175). De même pour PORTETS, d'après lequel, en établissant la société, « l'homme ne peut que se trouver heureux d'acheter la propriété, la sûreté, au prix du *sacrifice* d'une partie de sa liberté » (*Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 198 ; nous soulignons).

1033 DESTUTT DE TRACY évoque une « convention formelle ou tacite » par laquelle « chacun renonce à une certaine manière d'employer ses forces, et reçoit en retour le même sacrifice », tout en précisant néanmoins qu'il s'agit d'un « véritable échange » (*Éléments d'idéologie*, IV et V, *Traité de la volonté et de ses effets*, *op. cit.*, p. 132).

1034 TPGD, p. 192.

1035 Chambre des députés, séance du 9 juillet 1821, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, 2^e série, t. 32, Paris, Paul Dupont, 1876, p. 662.

présenté comme le premier acte de sortie de l'état de nature. L'individu reçoit alors ses droits de l'état de société, et, précise de Kergolay, ce n'est pas « pour lui, mais uniquement dans l'intérêt de la société¹⁰³⁶ ». Partant, « la société peut toujours les modifier, les suspendre et même les anéantir » si elle le juge utile¹⁰³⁷. Bien que ce cas soit marginal, il illustre la façon dont la dialectique état de nature/société peut être employée pour légitimer une restriction des droits et des libertés au nom d'un ordre social artificiel.

C'est qu'il en va encore, effectivement, de la conception que les théoriciens de l'état de nature se font de l'homme vivant en société. Certains d'entre eux ont admis que les règles régissant l'état de nature devaient servir de base aux règles sociales, ce qui pouvait « les conduire à quelques bons résultats¹⁰³⁸ », écrit Rey. Mais il n'en va pas de même chez ceux qui ont pensé l'opposition complète entre ces deux ordres de normativité, à l'instar de Rousseau¹⁰³⁹. Dans un tel schéma, cela revient, selon le juriste, à considérer l'homme social comme « un être dégénéré¹⁰⁴⁰ ». À l'époque, ce reproche est adressé à Rousseau de façon récurrente¹⁰⁴¹ et il est loin d'être infondé lorsque l'on lit son célèbre chapitre du *Contrat social* traitant « Du législateur ». Le Genevois indique clairement que l'institution d'un peuple, le passage à l'état social, suppose de « changer [...] la nature humaine », « d'altérer la constitution primitive de l'homme », d'ôter « à l'homme ses forces propres pour lui en donner qui lui soient étrangères et dont il ne puisse faire usage sans le secours d'autrui »¹⁰⁴². Rey ne vise pas précisément Rousseau. Il est toutefois clair que si la métamorphose de l'individu en *Citoyen* suppose le sacrifice de sa nature primitive, alors celui-ci n'est qu'un être dégénéré contraint à une interdépendance artificielle. C'est par exemple la conséquence qu'en tire Sabatier de Castres, lorsqu'il propose son interprétation contre-révolutionnaire du *Contrat social*¹⁰⁴³. Se fondant sur Rousseau, ce dernier écrit en effet que « l'art de civiliser et de gouverner l'espèce humaine est celui de la dénaturiser¹⁰⁴⁴ ». La société ne serait donc qu'un artifice aliénant l'individualité.

1036 *Ibid.*, p. 662.

1037 *Ibid.*, p. 662.

1038 *Préliminaires*, p. 16 ; JGLJ, t. 1, p. 164 ; TPGD, p. 193.

1039 V. GOLDSCHMIDT, *Anthropologie et politique*, *op. cit.*, p. 218-219.

1040 *Préliminaires*, p. 15 ; JGLJ, t. 1, p. 134 ; TPGD, p. 193.

1041 F. LAFERRIÈRE fait une observation analogue lorsqu'il évoque l'homme social de ROUSSEAU comme « un être déplacé » et « un animal dépravé » (*Histoire du droit français*, t. 2, *op. cit.*, p. 258). *Idem* chez PORTETS qui accuse les théoriciens de l'état de nature de ne voir « dans l'homme citoyen qu'un être dégénéré » (*Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 17).

1042 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 203.

1043 Emmanuelle PAULET-GRANDGUILLOT, *Libéralisme et démocratie. De Sismondi à Constant, à partir du Contrat social (1801-1806)*, Genève, Slatkine, 2010, p. 31.

1044 Antoine SABATIER DE CASTRES, *Le véritable esprit de J. J. Rousseau*, t. 1, Metz, Collignon, 1804, p. xxxii.

Au final, le grand problème aux yeux de Rey, est « de faire considérer à certains esprits l'établissement de la société comme *un mal*, en somme totale, et comme un état arbitraire, violemment imposé, dont les lois ne sont nullement obligatoires au fond de la conscience¹⁰⁴⁵ ». Passons sur la dernière référence aux *lois obligatoires au fond de la conscience*, que l'Idéologue emprunte ici au régime discursif spiritualiste, pour nous intéresser au procès fait à la conception de la société comme *un mal* et *un état arbitraire*. Rousseau juge en effet que l'homme aurait été plus heureux s'il était resté dans son indépendance primitive. Il est facile d'en conclure que la société est donc *un mal*. Mais un adversaire des doctrines contractualistes comme Ballanche ne dit pas autre chose lorsqu'il écrit que « la vie sociale est un état de souffrance » et refuse encore de réfléchir à une quelconque amélioration, en arguant de la fatalité¹⁰⁴⁶. Rey entend pour sa part dépasser le fatalisme, sans verser dans un arbitraire qui légitimerait toutes les formes sociales. Or, si l'on considère que l'entrée en société est le produit de la volonté d'individus antérieurement parfaitement indépendants, alors on peut l'interpréter comme une décision ou un acte purement arbitraire. Bien que ce ne soit en réalité ni la position de Hobbes, ni celle de Rousseau, ceux qui reprennent une dialectique état de nature/société pour distinguer droit naturel/droit civil, pensent souvent le second comme une production arbitraire. Ainsi, Lepage par exemple, qui admet pourtant que le droit positif ne doit jamais contredire le droit naturel, parle néanmoins du premier comme du fruit « de la volonté arbitraire des hommes¹⁰⁴⁷ ». Suggérer une nature humaine asociale ne peut donc produire que des conséquences déplorables sur l'organisation sociale. Comment faire société dès lors que l'on prend pour point de départ une conception individualiste de l'être humain ? Construire des théories fondées sur la négation des tendances sociales de l'homme, nier la relation intime qui associe le bonheur de l'individu à celui de chacun de ses semblables et l'en fait dépendre, c'est bien se priver des moyens de penser la véritable harmonie sociale et risquer de créer une organisation sociale qui serait effectivement arbitraire. C'est ce que suggère Joseph Rey lorsqu'il écrit qu'en « [p]artant d'une première idée fausse [l'état de nature], on a dû nécessairement tomber d'erreur en erreur, ou n'arriver par hasard qu'à des vérités isolées, incertaines, dénuées de tout fondement solide¹⁰⁴⁸ ». Ce défaut de connaissance de la véritable condition sociale de l'homme a ainsi conduit certains philosophes « aux systèmes les plus révoltants¹⁰⁴⁹ » ou « les plus extraordinaires¹⁰⁵⁰ ». C'était finalement se priver des moyens de construire une véritable science sociale.

1045 DBOS, t. 2, p. 188-189.

1046 P.-S. BALLANCHE, *Essai sur les institutions sociales*, op. cit., p. 293.

1047 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 2, op. cit., p. 466.

1048 JGLJ, t. 1, p. 134 ; TPGD, p. 193.

1049 *Préliminaires*, p. 20 ; JGLJ, t. 1 p. 137.

1050 TPGD, p. 196.

Rey considère en effet que les penseurs ont eu le tort de confondre les réflexions menées sur l'individu isolé avec celles sur l'homme en société. Sans rejeter toute réflexion sur les droits et devoirs de l'homme seul, il est toutefois d'avis qu'il ne faut pas assimiler ces deux situations. Si l'homme isolé a un droit à tout ce qui peut satisfaire ses désirs, il ne peut plus en être de même dès lors qu'il est au contact de ses semblables, car « [la] prétention indéfinie des droits de chaque individu serait exclusive des droits de chacun des autres, et tous seraient obligés de se fuir, ou de chercher à se détruire réciproquement¹⁰⁵¹ ». La proposition n'est pas sans rappeler le *jus in omnia* de Hobbes. La différence tient essentiellement à ce que le juriste, hors cas de nécessité vitale, refuse d'envisager que ce droit puisse exister dès lors que deux individus se trouvent réunis. En effet, dans cette situation, il y a déjà (ou du moins il devrait y avoir) un quasi-contrat social qui oblige chacun au respect de l'autre. En revanche, l'auteur du *Léviathan* admet premièrement cette situation avant de la dépasser par le contrat social. Néanmoins, pour Rey comme pour Hobbes, le besoin d'assurer la préservation de son existence peut faire ressurgir ce droit même dans le cadre de la société¹⁰⁵². De plus l'un comme l'autre reconnaissent la nécessité d'éviter (ou de mettre fin) à une telle situation comme base de la sociabilité, ou raison d'être de l'État chez Hobbes¹⁰⁵³.

Rey explicite encore son point de vue en abordant la question de la distribution de la propriété et plus précisément des biens nécessaires à la satisfaction des besoins. Sa conception du droit de propriété, qui sera détaillée plus loin¹⁰⁵⁴, est la suivante : il est conforme à la nature humaine que l'homme fasse tout ce qui est en son pouvoir pour satisfaire ses désirs, et si l'on pense l'homme seulement de façon isolée, il faut bien sûr lui reconnaître un droit à tout ce qui peut lui procurer des jouissances. Si l'on y ajoute une théorie de la propriété fondée sur le travail, comme c'est le cas pour Rey, on devrait alors conclure que rien ne fait obstacle à ce qu'un individu soit privé de tout lorsqu'un autre vivrait dans un luxe de superfluité, dès lors que ses biens sont acquis par son travail. Mais le droit de tout faire pour se procurer des jouissances, qui ne peut exister que dans le cas d'isolement, comme pour un naufragé sur une île déserte, n'est plus de mise dans un cadre social. Ce droit se trouve limité par celui, identique, de chacun des hommes, et le devoir de le respecter. Il n'en est pas moins naturel dans un cas que dans l'autre.

1051 JGLJ, t. 1, p. 15-16 ; TPGD, p. 167.

1052 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, C et Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II, B.

1053 « La cause finale, fin ou but des humains (lesquels aiment naturellement la liberté et avoir de l'autorité sur les autres) en s'imposant à eux-mêmes cette restriction (par laquelle on les voit vivre dans des États) est la prévoyance de ce qui assure leur propre préservation et plus de satisfaction dans la vie ; autrement dit de sortir de ce misérable état de guerre qui est, comme on l'a montré, une conséquence nécessaire des passions naturelles qui animent les humains quand il n'y a pas de puissance visible pour les maintenir en respect et pour qu'ils se tiennent à l'exécution de leurs engagements contractuels » (T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 281-282).

1054 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 3.

Ainsi, penser uniquement l'appropriation des biens par rapport à l'individu, c'est être aveugle aux circonstances sociales dans lesquelles il évolue. Or, le droit est toujours dépendant des circonstances. Selon Rey, c'est pour n'avoir pas fait cette différence, et donc finalement pour n'avoir pensé les droits qu'à partir du seul individu, que tant d'erreurs ont été consacrées, notamment sur la question du droit de propriété. D'ailleurs, lorsque le juriste critique la distinction faite entre le droit naturel et le droit civil, il ajoute que « la loi la plus éloignée des principes primordiaux de la législation, une loi de succession, par exemple, sera *très-naturelle*, si elle est convenable à la nature de l'homme social », c'est-à-dire « si elle tend à son bien-être »¹⁰⁵⁵. C'est en effet au regard des modalités de répartition des biens que la référence au droit naturel pensé comme droit individuel de l'état de nature est la plus vicieuse¹⁰⁵⁶. On peut ici, à titre d'illustration, mettre en parallèle ces propos de Portalis – certes très peu favorable à Rousseau – qui, dans son discours de présentation du titre du Code civil relatif à la propriété, s'oppose à l'idée d'un communisme primitif en martelant qu'« il n'y a que des individus dans la nature »¹⁰⁵⁷.

Toute cette critique peut alors être recoupée avec la dénonciation de l'individualisme. Rey ne rattache pas directement sa critique de l'individualisme à celle de l'hypothèse d'un état de nature. On comprend cependant que l'approche individualiste qui sous-tend l'idée d'une condition naturelle pré-sociale favorise cette confusion. Ce philosophème peut d'ailleurs conduire à deux voies contradictoires, mais tout aussi aliénantes : 1/ ne penser l'homme que dans son individualité, prendre l'homme isolé pour l'archétype de l'être humain, et organiser la société en tenant peu compte de ses tendances sociales et de la nécessaire interdépendance des individus ; 2/ penser, à la façon de Rousseau, qu'il faut aller contre la tendance asociale primitive des individus pour réussir à organiser la vie sociale, et finalement chercher à annihiler la part d'individualité de chacun. Adoptant une position médiane, Rey n'entend ni sacrifier l'individualité sur l'autel de la société, ni renoncer à l'harmonie sociale au bénéfice d'un individualisme *exclusif*. Il dénonce ainsi comme source de « presque tous les maux qui affligent l'espèce humaine » l'individualisme « EXCLUSIF », auquel il souhaite substituer le principe « *d'association*

1055 *Préliminaires*, p. 19 ; *JGLJ*, t. 1, p. 137 ; *TPGD*, p. 197.

1056 Voir notamment Caroline GUIBET-LAFAYE, « La naturalisation de l'appropriation privative », *Revue de philosophie économique*, n° 15, 2014/2, p. 35-68.

1057 J.-E.-M. PORTALIS, 17 janvier 1804, devant le Corps législatif, cité dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, *op. cit.*, p. 112. Claude NICOLET évoque, de façon quelque peu différente, « le débat fondamental autour de Rousseau chez les républicains du XIX^e et du début du XX^e siècle : ce qui peut apparaître comme la théorie la plus extrême des droits subjectifs, c'est-à-dire la recherche d'une société civile et d'une société politique qui fasse à la liberté "native" de l'homme sa part la plus grande, n'a-t-il pas abouti, dans les faits, à la théorie la plus totalitaire, la plus contraignante des droits de la société sur l'individu, responsable du même coup du despotisme des comités, des attentats non seulement pratiques mais juridiques (les lois de prairial) contre les droits de l'homme ? » (*L'idée républicaine en France*, *op. cit.*, p. 71).

HARMONIQUE », seul vraiment conforme au bonheur de l'humanité¹⁰⁵⁸. Aussi, lorsque son homonyme Joseph-Auguste Rey distingue deux écoles socialistes, dont l'une, écrit-il, sacrifie la vie individuelle à la vie collective, et l'autre qui « [ne] sacrifiant jamais l'individu à la société, [...] ne sacrifie pas davantage celle-ci à celui-là », l'Idéologue indique appartenir à la seconde¹⁰⁵⁹. En effet, les traditionalistes ne sont pas les seuls à sacrifier l'individu sur l'autel du collectif. Certains des premiers socialistes partagent également ce mépris de l'individu. C'est par exemple le cas d'Étienne Cabet ou de Théodore Dézamy, qui cherchent « à édifier un monde qui [serait] radicalement *désindividualisé*¹⁰⁶⁰ ». Mais pour notre auteur, il n'y a pas à décider si l'individu est fait pour la société ou si la société est faite pour les individus. Individu et société coexistent simultanément et nécessairement : l'individu est un individu social.

3. L'état naturel d'interdépendance, socle de la fraternité

Rey affirme franchement que l'état d'indépendance de l'homme est une chimère¹⁰⁶¹. Dans des *marginalia*, il écrit ainsi que « [l']homme n'est point indépendant de l'homme¹⁰⁶² ». L'espèce humaine se caractérise au contraire par un état d'interdépendance, de réciprocité. Le philosophe grenoblois admet bien qu'il existe « plusieurs degrés, plus ou moins parfaits » de sociétés humaines, « mais il n'y a jamais entre les hommes un entier isolement, ni une guerre continuelle »¹⁰⁶³. La société est le lieu naturel de réalisation du potentiel humain. Rey partage avec certains de ses contemporains, baignés de l'idée de perfectibilité, l'opinion selon laquelle l'état naturel de l'homme est celui qui se trouvera être le plus conforme à son épanouissement et à son bonheur¹⁰⁶⁴. C'est d'ailleurs ce que suggère également Louis de Bonald lorsqu'il distingue « l'état natif ou sauvage » et « l'état civilisé ou naturel »¹⁰⁶⁵. Rey considère ainsi que par le mot de *naturel*,

1058 DBOS, t. 2, p. 401-402.

1059 BMG, X. 117, t. 1, p. 164-165.

1060 P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, op. cit., p. 166.

1061 REY n'évoque l'idée d'une « indépendance première » de l'individu que dans ses *Préliminaires* et ses *Leçons* lorsqu'il s'attache à justifier et à expliquer le mécanisme de l'insurrection politique. Il y écrit que, dans une telle hypothèse, « chaque citoyen revient à son indépendance première » (*Préliminaires*, p. 67 ; *JGLJ*, t. 1, p. 409). Dans son *TPGD*, il reformulera afin de rendre son assertion plus conséquente avec le reste de la théorie, pour écrire désormais que l'individu « devient indépendant », ce qui exclut donc la logique d'un retour à un état primitif (*TPGD*, p. 344).

1062 BMG, E. 26985, p. 183.

1063 *TPGD*, p. 196.

1064 Par exemple C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, op. cit., p. 149 ; dans un sens quelque peu différent, Charles-François POUHAËR, *Thèse pour la Licence (sur la propriété)*, Rennes, 1838, p. 7. Voir également M. ANGENOT, *L'histoire des idées*, op. cit., p. 131-132.

1065 L. DE BONALD, *Essai analytique*, op. cit., p. 6.

il faut entendre « ce qui est *le plus convenable à [la] nature* » de l'homme¹⁰⁶⁶, une nature qui est celle d'un être sentant, jouissant et souffrant. Une loi, par exemple, peut être dite naturelle si elle est « conforme à la nature des choses dans la direction de notre bonheur¹⁰⁶⁷ ». Or, puisque les êtres humains ne pourraient survivre sans s'entraider les uns et les autres, cette interdépendance est conforme à leur bonheur ; elle leur est donc naturelle. En effet, la société a pour causes principales le « *besoin de faire concourir les moyens de plusieurs individus vers un but commun, afin d'obtenir plus de bien-être pour chacun de ces individus* » et le « *besoin que nous avons tous d'éprouver des affections sympathiques avec nos semblables* »¹⁰⁶⁸. Une telle conception de la société implique donc un but utilitariste de maximisation du bien-être sous toutes ses formes. Dans ses *Bases*, après avoir justifié la sociabilité naturelle par tout un argumentaire tiré de la biologie de l'espèce humaine, l'auteur conclut ainsi que les hommes sont des « êtres sociaux » qui ne trouvent « une existence complète » que dans le cadre des relations sociales¹⁰⁶⁹.

Le terme de *fraternité*, largement mobilisé par les socialistes¹⁰⁷⁰, restitue une part de cette idée d'interdépendance. Il peut servir à exprimer le lien qui unit les individus entre eux comme les membres d'une même famille, lien qui est certainement moins effectif qu'à réaliser. Rey parle en effet, par endroit et principalement dans les écrits de la seconde partie de sa vie, de la « fraternité générale » comme d'un « principe supérieur » qui doit régir « toute société vraiment harmonique »¹⁰⁷¹. Qu'entend-t-il par là ? Il s'agit de penser l'humanité comme une grande famille, au sein de laquelle chacun puisse obtenir la satisfaction complète de ses besoins dès lors qu'il participe à l'œuvre commune dans la mesure de ses facultés. Michèle Riot-Sarcey remarque d'ailleurs que, bien que l'on ait aujourd'hui oublié la « signification subversive » de ce terme, en 1848, la fraternité « est indissociable de la pratique coopérative qui réunit des individus égaux »¹⁰⁷². Le terme fait donc également écho à l'idée d'une absence de subordination et d'exploitation des travailleurs. La fraternité a alors une visée plus prescriptive que descriptive, de même que la notion d'association qui abonde sous la plume des premiers socialistes. Elle permet

1066 DBOS, t. 2, p. 183.

1067 TPGD, p. 289. Dans ses *Leçons* de 1820, REY évoquait seulement la conformité « à la nature des choses », sans référence à la question du « bonheur » (JGLJ, t. 1, p. 402).

1068 *Préliminaires*, p. 132.

1069 DBOS, t. 2, p. 183.

1070 Ludovic FROBERT, « What is a just society ? The answer according to the Socialistes Fraternitaires Louis Blanc, Constantin Pecqueur, and François Vidal », *History of Political Economy*, Duke University Press, 2014, 46 (2), p. 281-306 [En ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00992599>, consulté le 21.01.2021, p. 10 (dans les prochaines notes, nous renverrons toujours au numéro de page du document en ligne) ; M. RIOT-SARCEY, *Le procès de la liberté*, op. cit., p. 51.

1071 MSR, t. 2, p. non numérotée intercalée entre les p. 160 et 161.

1072 M. RIOT-SARCEY, *Le procès de la liberté*, op. cit., p. 51.

de qualifier la relation qui devrait unir chaque individu au reste de ses semblables. Si la sympathie est donnée, c'est-à-dire inscrite dans la nature même de l'homme, dans son organisation, la fraternité correspond plutôt à une visée morale.

Dans les écrits les plus tardifs, il faut d'ailleurs remarquer que Rey évoque de plus en plus l'union des hommes dans des termes religieux, ce qui s'explique de deux façons. D'abord, comme nous l'avons déjà signalé, Rey interprète le terme de *religion* comme ce qui doit *relier* les hommes, à l'instar des saint-simoniens¹⁰⁷³. Dans des notes manuscrites, il précise même que la nouvelle religion reposera sur « la communauté de travail et de jouissance¹⁰⁷⁴ ». Mais il s'agit encore, semble-t-il, d'une manière de faire entendre son opinion quant à la nécessité de réformer la société sur des bases véritablement sociales. D'ailleurs, il n'y a pas que les juristes qui sont acquis au spiritualisme et aux idées religieuses. Les premiers courants socialistes naissent en effet dans une atmosphère baignée de religiosité¹⁰⁷⁵. L'exemple des saints-simoniens, qui proposent un « nouveau christianisme¹⁰⁷⁶ » et mettent en place une véritable Église, est à ce titre tout à fait significatif. Dans une recension des *Bases de l'ordre social* parue dans la *Revue de Toulouse*, le saint-simonien Léon Brothier reproche ainsi à Rey l'absence de toute prise en compte de « l'élément religieux¹⁰⁷⁷ ». Son article est presque intégralement consacré à montrer que cette lacune, cette mise à l'écart de Dieu, empêche de penser le véritable lien qui doit unir les hommes. Dans cette nébuleuse de socialistes, rares sont ceux qui, à l'instar de Rey ou des néo-babouvistes, sont de tendance matérialiste. Même Robert Owen finira par développer un discours millénariste, se faisant prophète « d'une authentique religion sociale¹⁰⁷⁸ », la « Religion de la Charité¹⁰⁷⁹ ». Mais bien qu'il ne partage pas les bases philosophiques de la plupart des socialistes, l'horizon fraternel de Rey est substantiellement le même. Et son intention se fait de plus en plus pratique : il s'agit de produire des effets sur le réel, d'œuvrer pour donner une réalité à cette société fraternelle et harmonique. Ceci explique pourquoi nous voyons Rey de plus en plus enclin à employer un champ lexical et des références qui sont celles du spiritualisme et même parfois du christianisme. Ainsi le 3 décembre 1848, lors d'un banquet grenoblois, il porte un toast en commençant par évoquer l'« admirable principe qui couronne la devise républicaine, le principe de la fraternité »

1073 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, III, C.

1074 BMG, T. 3980, liasse n° 9.

1075 M. RIOT-SARCEY, *Le réel de l'utopie*, *op. cit.*, p. 62-68.

1076 Claude-Henri DE SAINT-SIMON, *Nouveau christianisme, dialogue entre un conservateur et un novateur*, Paris, Bossange Père, 1825. Si SAINT-SIMON est à l'origine de l'idée d'un « nouveau christianisme », ce sont surtout ses disciples qui lui donneront la forme d'une véritable religion après sa mort (Pierre MUSSO, *Saint-Simon et le saint-simonisme*, Paris, P.U.F., 1999, p. 102-103).

1077 LÉON BROTHIER, « Quelques aperçus philosophiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Rey, de Grenoble », *Revue de Toulouse*, Toulouse, Au Bureau central des revues-unies, 1837, p. 152.

1078 S. DUPUIS, *Robert Owen*, *op. cit.*, p. 81.

1079 *Ibid.*, p. 205

qui « satisfait si vivement les cœurs », se réjouissant ensuite « de l'empire immense » qu'il pourra enfin exercer « dès qu'il aura plus généralement pris accès dans nos âmes »¹⁰⁸⁰. Ce qu'il faut, répète-t-il d'accord avec les saint-simoniens¹⁰⁸¹, c'est remplacer *l'individualisme* par *l'association*. Et Rey d'évoquer « Dieu qui, pour annoblir (*sic*) notre nature, a pu nous imposer les efforts de la conquête du bien, mais qui ne peut ainsi nous condamner à n'aborder jamais la terre promise¹⁰⁸² ». Pour se faire entendre du plus grand nombre, il ne craint donc plus de se placer sur un terrain qui n'est pas le sien. Mais il ne faut pas se méprendre : ce type de discours ne doit pas être interprété comme le signe d'un reniement ou d'un abandon de ses principes philosophiques. Il y a ici une part de compromis dans le choix des termes. Car lorsque l'on lit son *Traité d'éducation* dans l'édition de 1852, Rey demeure toujours un partisan de l'Idéologie et de la physiologie. Sa volonté de diffuser le plus largement les idées socialistes et de réunir leurs divers représentants malgré leurs divergences pour œuvrer de concert à l'amélioration sociale le conduit seulement à laisser de côté les disputes métaphysiques. Mais si parler de Dieu est certainement une concession faite à ses interlocuteurs, une stratégie discursive, la fraternité n'est pas qu'un mot magique employé par Rey pour promouvoir les doctrines de gauche. À l'instar de Jean-François Dupont, avocat et rédacteur de la *Revue républicaine*¹⁰⁸³, notre auteur semble voir dans la fraternité un véritable moyen de parvenir à la réalisation de l'harmonie sociale. Elle apparaît en effet comme un sentiment d'une très haute utilité sociale qu'il s'agirait de faire germer chez les individus. Les fêtes publiques intéressent d'ailleurs le juriste à ce titre. Mais la fraternité est aussi pensée comme un devoir. Dans une lettre de 1850 écrite à Marius Chastaing, Rey se positionne en faveur de la reconnaissance du devoir de fraternité, tout en considérant qu'il n'a pas besoin d'être assorti d'une peine légale. Il y explique que le principe de fraternité devrait venir compléter « le froid calcul de la seule justice » en créant une « impulsion sentimentale »¹⁰⁸⁴. Il s'agit de favoriser le sentiment d'union, d'amour entre les membres de la société afin de faciliter les rapports sociaux et la conciliation des intérêts. Si une telle obligation ne requiert pas nécessairement une punition légale selon Rey, c'est parce qu'il pense qu'une peine sociale serait ici aussi efficace. Il évoque en effet le « pilori de l'infamie publique¹⁰⁸⁵ », bien plus efficace que toutes les amendes possibles, mais également la possibilité de mettre en place un système de récompenses morales qu'il ne détaille pas.

1080 J. REY, « Toast porté au banquet du 3 X^{bre} 1848. À la conciliation générale des intérêts » (BMG, X. 80).

1081 P. RÉGNIER, « Les premiers journaux saint-simoniens », *op. cit.*, p. 42.

1082 BMG, X. 80.

1083 « En résumé, le but social définitif de l'humanité est la satisfaction complète et égale des facultés physiques et morales de tous les hommes, c'est-à-dire l'égalité et la liberté de tous par la fraternité. » (M. DUPONT, « Introduction », *Revue républicaine*, t. 1, *op. cit.*, p. 14).

1084 BMG, T. 3955.

1085 *Ibid.*

Indépendamment de la réalisation d'une véritable société fraternelle, Rey martèle que, même imparfaite, *la société est l'état naturel de l'homme*¹⁰⁸⁶. En 1837, pour répondre à un second article de Léon Brothier qui critiquait notamment sa conception communiste de la propriété, Rey reproche d'abord au saint-simonien de se placer « uniquement sous le point de vue de l'individualisme ISOLÉ, où l'on supposerait que *chaque* individu, fesant (*sic*) un monde *à part* [...], dans cette position indépendante, peut se suffire complètement¹⁰⁸⁷ ». Rey s'oppose alors à l'idée même d'une pure individualité asociale car :

« TOUT EST SOCIAL dans LE MONDE SOCIAL, [...] la vie de chacun de nous touche par tous les points à celle de tous les membres de la communauté ; [...] par conséquent, tout y est nécessairement COLLECTIF [...]. [Dans] la société, il n'existe pas réellement d'individus entièrement *distincts*, mais seulement des *fractions* de l'être collectif social, dont aucune partie ne peut être considérée entièrement *isolée* de l'autre que par une véritable *abstraction*. Or, c'est précisément cette abstraction, tout à fait désorganisatrice, que seule on peut appeler *un être de raison*, constituant des personnes *purement fictives*, puisque, dans la réalité sociale, il n'existe aucun individu ayant une force qui lui soit exclusivement propre, et pouvant fonctionner sans le concours de tous les membres du même corps¹⁰⁸⁸ ».

En rappelant une nouvelle fois l'interdépendance des individus, Rey entend également avancer l'idée que toute production est issue d'un travail collectif. Au-delà de la question de la propriété et dans une logique déterministe, chaque individu est aussi *produit*, en quelque sorte, par l'ensemble de la société dans laquelle il évolue, tout en contribuant à en déterminer à son tour l'orientation.

Malgré tout, Rey ne se contente pas de subsumer l'individu sous le groupe. Même s'il refuse l'individualisme, en tempérant le caractère fatal de la société, il se distingue des traditionalistes. Du constat que la société est l'état naturel de l'homme, il ne tire pas les mêmes conséquences. Pour Ballanche par exemple, puisque la société est inéluctable, il serait aussi absurde d'en « discuter les avantages et les inconvénients » que de discuter de ceux « de l'atmosphère qui enveloppe notre globe »¹⁰⁸⁹. Ballanche constate bien que « la vie sociale est un état de souffrance¹⁰⁹⁰ », mais il s'en tient à cette fatalité. Très critique sur l'état des sociétés européennes du premier XIX^e siècle, Rey cherche au contraire comment dépasser cet état de fait pour fonder une véritable société harmonieuse. Et c'est en juriste qu'il propose de faire société par le droit.

1086 *Préliminaires*, p. 20 ; JGLJ, t. 1, p. 136 ; TPGD, p. 195 ; DBOS, t. 2, p. 184.

1087 J. REY, « Lettres. En réponse aux deux Articles sur l'Ouvrage des Bases de l'Ordre social », *Revue de Toulouse*, *op. cit.*, 1837, p. 301.

1088 *Ibid.*, p. 302-303.

1089 P.-S. BALLANCHE, *Essai sur les institutions sociales*, *op. cit.*, p. 293.

1090 *Ibid.*, p. 293.

II/ FAIRE SOCIÉTÉ PAR LE DROIT

Rey affirme que les êtres humains sont interdépendants et que leurs rapports sociaux sont toujours des rapports juridiques : il est impossible que les individus vivent ensemble sans qu'il n'existe une certaine forme de normativité régissant leurs rapports, notamment en matière de répartition des biens. Les critiques qu'il formule contre les sociétés de son temps laissent cependant entendre que celles-ci, telles qu'elles sont organisées, ne sont pas conformes au droit. Pour exprimer cette idée, il mobilise alors deux registres différents lorsqu'il aborde ces questions : au registre descriptif employé pour traiter de la nécessaire sociabilité humaine se substitue un registre prescriptif quand il entreprend de théoriser les règles qui *devraient* régir les sociétés humaines. L'interdépendance des individus est certes une nécessité fondamentale que rien ne peut venir altérer. Mais pour faire véritablement société et donner un supplément d'âme à cette agrégation d'individus, le recours au droit est nécessaire. C'est pourquoi Rey propose de cimenter le lien social par un quasi-contrat, puis de déterminer, dans les grandes lignes, la part de chacun des associés à l'œuvre commune. Ainsi, à la différence de ceux qui, refusant la dichotomie entre nature et société, excluent du même mouvement la notion de contrat, Rey va séparer le bon grain de l'ivraie. Sans reprendre exactement le modèle contractuel, qui suppose un volontarisme exacerbé incompatible avec les fondements philosophiques et la théorie sociale de Rey, il propose néanmoins de revenir à l'individu en mobilisant le schéma juridique du quasi-contrat social (A). Dans les années 1819-1820, il théorise en outre ce qu'il nomme les « lois constitutives » de la société, qui précisent les modalités de participation des individus à l'œuvre sociale (B).

A/ LE QUASI-CONTRAT SOCIAL : UNE PROPOSITION THÉORIQUE POUR PENSER L'ARTICULATION DE L'INDIVIDU ET DE LA SOCIÉTÉ

Puisque les êtres humains ont toujours évolué dans un cadre social, toute référence à un contrat social fondateur de la société civile est exclue. Le contrat social présuppose en effet de s'inscrire dans une dialectique état de nature/société. Pourtant, Rey trouve dans les théories contractualistes, et chez Rousseau en particulier, un modèle émancipateur et démocratique qui le séduit. Bien que la société soit tout à fait nécessaire et même absolument fatale pour l'homme, le juriste n'entend pas se limiter à ce simple constat. Il s'éloigne alors du registre descriptif pour adopter un ton beaucoup plus programmatique en usant d'un concept familier chez les juristes :

le quasi-contrat (1). Il s'écarte dans une certaine mesure de l'observation rigoureuse des faits pour adopter la casquette du juriste-législateur qui entreprend de (re)constituer la société sur de nouvelles bases, enfin saines et pérennes. Le modèle juridique du quasi-contrat s'offre ainsi à lui pour penser l'articulation de l'individu et de la société, mais aussi de la nécessité et de la volonté. Rey est hésitant sur le vocabulaire. Il parle en effet de « grand contrat de la société politique¹⁰⁹¹ », de « convention expresse ou tacite¹⁰⁹² », de « contrat *tacite* » qu'il identifie au « *quasi-contrat* »¹⁰⁹³ ou encore de « pacte¹⁰⁹⁴ ». Il semble chercher une notion susceptible à la fois de mettre ses adversaires en défaut et de séduire de nouveaux lecteurs. Mais le recours à l'italique peut nous éclairer sur ce qu'il tient pour essentiel : il signale une préférence marquée pour le caractère tacite ou quasi-contractuel de la convention. Par ailleurs, c'est lorsque Rey propose d'interpréter la théorie rousseauiste, en 1828, qu'apparaissent les expressions de « contrat *tacite* » et de « *quasi-contrat* » :

« c'est un contrat *tacite*, ou comme disent les jurisconsultes, un *quasi-contrat*, résultant du seul fait de rapprochement de plusieurs individus, fait qui indique leur intention respective d'améliorer leur position. [...] Il est évident qu'il existe *tacitement*, entre des êtres qui se rapprochent ou qui ne se repoussent pas complètement, la convention *générale* de s'entraider et de se respecter les uns les autres ; d'où résultent ensuite une foule d'autres conventions *particulières*, tantôt expresses et tantôt tacites, que nous nommons plus spécialement des contrats ou des quasi-contrats, et qui ne sont dans le fait que des articles de détail du grand contrat général et primitif¹⁰⁹⁵ ».

Bien qu'il affirme ici que l'existence de ce quasi-contrat est *évidente*, il ne fait aucun doute que Rey est conscient qu'il s'engage alors dans une fiction. C'est toujours le cas chez les théoriciens du contrat social. Ils revendiquent « une démarche hypothétique dont le but n'est pas de restituer la réalité mais de fonder des critères pour la juger et la transformer¹⁰⁹⁶ ». Cette notion lui permet en revanche d'offrir un horizon plus acceptable que celui offert par le contrat qui exacerbe l'individu et la volonté. Rey formule ainsi une proposition théorique pour envisager une genèse démocratique des sociétés, afin de remplacer la compétition et la domination par l'entraide et le respect mutuel, seuls conformes à l'intérêt bien entendu des individus. L'intérêt constitue toujours la valeur centrale : les individus font société parce qu'ils espèrent y trouver leur compte et cela n'est rendu possible que par l'entraide et le respect mutuel. Pourquoi donc recourir au concept de quasi-contrat, au lieu de s'en tenir à une approche purement utilitariste ? Peut-être parce qu'un tel propos aurait été difficilement audible. Mais ce sont surtout la portée heuristique du quasi-contrat et ses effets politiques qui intéressent Rey. Néanmoins, dans ses *Bases de l'ordre*

1091 *Préliminaires*, p. 22 : JGLJ, t. 1, p. 264.

1092 JGLJ, t. 1, p. 131.

1093 TPGD, p. 168.

1094 *Ibid.*, p. 244.

1095 *Ibid.*, p. 168.

1096 Geoffroy de Lagasnerie, *La conscience politique*, Paris, Éditions Fayard, 2021, p. 26. Même chez Hobbes, l'autorité quasi absolue du Léviathan s'« enracine [...] dans une démocratie originaire » (S. Goyard-Fabre, « Contrat social », dans A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique*, op. cit., p. 108).

social, Rey met de côté le schème quasi-contractualiste, pour proposer une sorte de généalogie fictive et idéale du développement des relations sociales. Nous mobiliserons donc également ces passages pour mieux comprendre le projet de société qui est le sien.

Le quasi-contrat se définit juridiquement comme un « [f]ait licite et volontaire d'où découlent des obligations soumises à un régime s'apparentant à celui des contrats à la charge de son auteur et d'un tiers, non liés entre eux par une convention¹⁰⁹⁷ ». À la notable différence du contrat, il n'y a donc pas d'échange de consentement, pas d'accord formel entre les parties. Tel est le schéma que l'on trouve, en substance, sous la plume de Rey. Il importe toutefois de préciser immédiatement l'usage qu'il fait de ce concept. Comme le suggère la citation précédente, Rey n'est pas particulièrement rigoureux dans l'usage du vocabulaire juridique. Il identifie en effet contrat tacite et quasi-contrat. À certains égards, sa proposition se situe d'ailleurs au croisement des deux notions. Joseph Rey se réfère en effet à l'intention présumée des parties, intention qui n'est certes pas de s'obliger, mais de tirer avantage de la vie sociale. De plus, si le quasi-contrat des juristes est d'abord un outil ou une notion technique qui permet de fonder des obligations, Rey le charge d'un sens philosophique qui lui donne plus de densité. La société soudée par ce quasi-contrat se voit en effet investie d'une finalité morale : l'augmentation du bien-être physique et moral de ses membres. Autrement dit, le juriste ne reprend pas exactement le modèle juridique et technique du quasi-contrat, ni celui du contrat tacite. Il utilise ainsi un vocabulaire et des techniques juridiques connues pour appuyer ses propositions dans des termes qui parlent aux juristes auxquels il s'adresse.

En mettant en avant le caractère tacite ou quasi-contractuel de cet engagement, Rey prévient les critiques formulées par les adversaires de Rousseau quant à l'impossibilité d'un contrat social fondateur de la société. Il réadapte ainsi la proposition du Genevois en tenant compte des lectures qui en ont été faites depuis la Révolution française. En effet, dans la théorie reyenienne, le quasi-contrat n'est pas présenté comme l'acte fondateur de la société. C'est une proposition théorique pour penser les relations humaines selon un schéma juridique générateur d'obligations. Plus précisément, la question qui sous-tend ces développements est la suivante : comment produire l'adhésion des individus à la société qui est la leur¹⁰⁹⁸, et par là, comment

1097 *Lexique des termes juridiques*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 659.

1098 Pour François Rigaux, la volonté ne saurait en aucune manière fonder une société politique. Même dans le cadre d'« un acte révolutionnaire affirmant sa propre radicalité [...], on ne saurait identifier un acte fondateur absolu expressif de la volonté d'instituer une société nouvelle ». En revanche, il juge l'« idée de contrat social [...] adéquate pour désigner une des deux composantes du fondement de tout système normatif, à savoir l'adhésion de la majorité de ses membres. La seule application de la coercition physique ne suffit pas à expliquer le caractère obligatoire d'un ordre normatif : adhésion et contrainte sont les deux éléments nécessaires à la notion même de norme » (« Volonté », in A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique*, op. cit., p. 648 ; c'est nous qui soulignons).

justifier les obligations sociales sans que celles-ci ne soient imposées de manière autoritaire (que l'autorité vienne de la force comme Bonaparte ou le monarque, ou de Dieu) ?

Rey confère en fait double sens au terme de « société », un peu comme Rousseau qui distinguait la simple « aggrégation » (*vis*) de la véritable « association » soudée par le contrat social¹⁰⁹⁹. À la société conçue dans sa réalité historique et nécessaire, il ajoute une dimension volontariste. Rey mobilise ici le vocabulaire de la volonté pour marquer une distance entre une pure situation de nécessité et une forme d'adhésion morale de l'individu à la contingence qui pèse sur lui. Il formule alors sa proposition théorique d'un quasi-contrat social dans des termes qui doivent produire cette adhésion (2), laquelle justifie et conditionne ensuite les obligations sociales. Il confère ainsi une dimension émancipatrice à sa théorie du quasi-contrat social. Mais l'émancipation qui en résulte n'est par conséquent pas celle d'un individu libéré du poids des structures sociales. C'est plutôt celle d'un individu est mis en mesure de donner son approbation à la société dans laquelle il vit. Et cette adhésion étant conditionnelle, il en va de même pour les obligations sociales. Certains auteurs considèrent que les théories du contrat social ont pour objectif de justifier un devoir d'obéissance absolue aux actes du pouvoir social¹¹⁰⁰. Pourtant, même chez Hobbes, considéré comme un théoricien de l'absolutisme¹¹⁰¹, l'obéissance demeure conditionnelle, puisque tout individu dont la conservation est en danger retrouve son droit naturel de tout faire pour assurer sa survie. Il en va de même dans la théorie du quasi-contrat de Rey. Si celui-ci est le fondement légitime des obligations sociales, cela ne vaut que si le but poursuivi par chacune des parties est rempli. Or, dans les termes du quasi-contrat, l'individu ne fait société qu'afin d'améliorer sa condition. Si tel n'est pas le cas, alors il peut, dans une certaine mesure, se libérer de ses devoirs, du moins, cela devient légitime, et la responsabilité de cet acte sera mise sur l'organisation (ou plutôt la désorganisation) sociale, et non sur l'individu (3).

1. Le caractère programmatique du quasi-contrat social

Lorsque Rey propose ses développements sur la sociabilité naturelle de l'homme il se situe surtout dans un registre descriptif. Bien qu'il affirme rester dans ce registre lorsqu'il évoque l'existence *évidente* du quasi-contrat social, il ne fait aucun doute que telle n'est pas sa véritable opinion. Le quasi-contrat social est une fiction à laquelle Rey aimerait offrir un devenir

1099 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 182.

1100 Selon Frédéric GROS, c'est même le « [d]ogme majeur, unique, sacro-saint du contrat social » (*Désobéir*, Paris, Albin Michel/Flammarion, 2017, p. 151).

1101 O. NAY, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 169.

historique, mais qui est bien opposée aux constats qu'il fait sur l'histoire des sociétés humaines. Mais il est bien conscient de toutes les préventions qui animent les hommes de son temps lorsqu'il s'agit de proposer des théories relatives à la *réorganisation* de la société. Les philosophes du XVIII^e siècle et les théories du contrat social en particulier sont en effet accusés d'avoir conduit à une *désorganisation* de la société. Bien que Rey ne partage pas ce point de vue sur la Révolution française, il sait qu'il doit ménager ses lecteurs lorsqu'il avance sur le terrain théorique de la réforme de l'ordre social¹¹⁰². C'est sans doute pourquoi il insiste autant sur le caractère tout à fait désordonné des sociétés qui lui sont contemporaines. Partant du constat du désordre social, il se positionne ainsi en restaurateur – ou plutôt en instaurateur – d'un véritable ordre social.

En effet, l'auteur évoque par endroit l'« épouvantable oppression qui pèse sur tous les peuples connus dans leur enfance¹¹⁰³ » ou encore le « système de force brute, fruit amer de l'esprit de conquête, qui a présidé à la formation et au développement de presque toutes les sociétés connues¹¹⁰⁴ ». Des améliorations ont certes eu lieu depuis les premiers temps de l'humanité. Mais Rey considère que les progrès dans l'organisation sociale sont loin d'avoir atteint leur terme. Lorsqu'il évoque la France ou l'Europe du premier XIX^e siècle, il parle par exemple de « l'organisation systématique d'un véritable désordre social¹¹⁰⁵ », du « prétendu ordre social¹¹⁰⁶ » et même, dans des notes manuscrites, de « nos simulacres de sociétés¹¹⁰⁷ ». Son ambition est donc programmatique. Son but est de proposer une théorie qui permette de modifier les fondements de l'organisation sociale. En mobilisant le champ lexical du désordre pour qualifier les sociétés contemporaines, par opposition à l'organisation sociale qu'il entreprend de théoriser, Rey tente certainement de rassurer ses lecteurs sur ses intentions. Il juge ainsi urgent de trouver l'équilibre pour éviter toute nouvelle commotion sociale. La menace d'une nouvelle révolution est en effet

1102 Lorsqu'il affirme que la vie en société doit procurer à chacun des avantages, il évoque la possibilité qu'on lui reproche de justifier « l'attaque violente de tout système fondé sur d'autres bases ». Il répond alors que c'est au contraire « par ce mode seul qu'on évitera les commotions violentes, tandis qu'elles seront toujours le résultat inévitable d'une compression d'idées à cet égard. Dès l'instant que les individus souffrants verraient, parmi les classes mieux partagées, un désir sincère de remédier à leurs maux, toute irritation cesserait avec l'espérance d'un meilleur avenir, et il n'existerait plus aucun danger d'explosion violente. D'ailleurs, est-il besoin d'énoncés théoriques d'un faux état social lorsque vraiment il existe, pour que les hommes se soulèvent contre l'oppression ? » (*DBOS*, t. 2, p. 190-191).

1103 *TPGD*, p. 172.

1104 *Ibid.*, p. 159. « Au commencement était un crime » écrit Hannah ARENDT, qui souligne la pertinence des théories contractualistes et de l'hypothèse de l'état de nature. Selon elle, en effet, ces théories n'ont rien perdu de leur intérêt, en ce qu'elles mettent en avant l'idée et même le « fait qu'un champ politique ne naît pas automatiquement partout où des hommes vivent ensemble et qu'il existe des événements qui, même s'ils se produisent dans un contexte strictement historique, ne sont pas réellement politiques et peut-être même sans lien avec la politique » (*De la Révolution*, Paris, Gallimard, 2012, p. 24-25).

1105 *JGLJ*, t. 2, p. 252.

1106 *LSCM*, p. 16.

1107 BMG, T. 3980, liasse n° 5.

fréquemment mise en avant pour justifier ses propositions. Ceci ce confirme lorsqu'en 1836, alors que Rey a écarté la rhétorique du quasi-contrat, il écrit

« qu'il n'y aura d'équilibre véritable, ni d'harmonie sociale entre les membres de la société, que lorsqu'ils auront impartialement fixé les termes de leur association. Mais pour les fixer, il faut bien en connaître les vraies conditions ; tout effort vers ce but est donc le seul moyen d'arriver enfin à la transaction si désirable entre les divers intérêts¹¹⁰⁸ ».

De cet examen découle alors la découverte des « lois primordiales de la société¹¹⁰⁹ ». Qu'il s'agisse du quasi-contrat, des lois constitutives ou des lois primordiales de la société, le fond de son propos est toujours le même : il revient à dire que la véritable société repose sur le droit et, plus précisément, sur l'entraide et la coopération mutuelle, seuls moyens pour les individus d'améliorer leur position et d'augmenter leurs sources de jouissance. Le quasi-contrat pose le cadre général des relations et le fondement des obligations sociales, là où les lois constitutives des sociétés apportent des précisions quant à l'équilibre à mettre en œuvre dans la répartition des charges et des avantages sociaux¹¹¹⁰.

Le terme de société apparaît ainsi polysémique sous la plume de Rey. Bien qu'il réserve parfois l'appellation de société au modèle théorique idéal qu'il propose, et qu'il distingue par exemple du « brigandage ou désordre organisé¹¹¹¹ », il ne maintient pas toujours l'acception normative du terme. On pourrait ainsi distinguer entre société de fait et de société de droit¹¹¹². Joseph Rey reproche d'ailleurs à Montesquieu et à ses sectateurs (qu'il ne porte pas dans son cœur¹¹¹³) de « confondre sans cesse le fait avec le droit », lorsqu'ils affirment que « *les lois doivent être relatives à la nature et au principe du gouvernement* »¹¹¹⁴. C'est ce qui distingue et fait la spécificité de la méthode d'observation de Rey : à la différence de Montesquieu¹¹¹⁵ ou de Charles Comte¹¹¹⁶, il n'entend pas légitimer tout ce qu'il observe dans le réel. Passés au filtre d'une axiologie des plaisirs et des peines, les faits méritent d'être jugés selon leur conformité avec la nature humaine.

1108 DBOS, t. 2, p. 191.

1109 *Ibid.*, p. 192.

1110 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, II, B.

1111 JGLJ, t. 1, p. 131.

1112 Ces dénominations nous ont été suggérées par Léon BOURGEOIS. À la fin du XIX^e siècle, ce juriste a également proposé une théorie du quasi-contrat social, dans laquelle il affirme que « c'est de l'association de fait, préexistante, qu'il s'agit de dégager les conditions de l'association de droit » (*Solidarité*, Paris, Armand Colin et C^{ie}, 1996, p. 92). S'il n'est pas question d'effectuer des rapprochements entre REY et BOURGEOIS, cette distinction terminologique est néanmoins utile pour notre exposé.

1113 Évoquant *L'Esprit des Lois*, REY écrit, que cet « ouvrage, qui dans le principe, il est vrai, fut attaqué par les partisans du despotisme monarchique pour quelques maximes favorables à la liberté, n'est presque invoqué de nos jours qu'en faveur du despotisme et de l'aristocratie » (*TPGD*, p. 245).

1114 *TPGD*, p. 244.

1115 Voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 1, I, C.

1116 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, II.

Cela lui permet de dépasser l'état de fait et de sortir d'une approche fataliste et tragique du réel pour reconnaître ou découvrir un certain nombre de principes d'organisation sociale conformes à la nature de l'homme. En effet, demande-t-il à Montesquieu,

« si l'institution primitive est radicalement vicieuse, si elle tend à entretenir non la paix, mais la dissension entre les citoyens, en favorisant une injuste distribution des charges et des avantages, faudra-t-il encore que la législation ultérieure n'ait d'autre but que de développer toujours davantage de semblables tendances ? [...] Le beau idéal de la législation ne sera donc que l'art funeste de perpétuer l'organisation du désordre [...]. On voit jusqu'où peuvent s'égarer les hommes les plus recommandables lorsqu'ils ne fondent point leurs principes sur une saine observation de notre nature. Ils sont alors entraînés, sans s'en apercevoir, à confondre sans cesse le fait avec le droit¹¹¹⁷ ».

Or, Rey affirme à de multiples reprises que *l'institution primitive*, et même la société actuelle, sont bel et bien *vicieuses* et *désorganisées*. Le constat est sans appel lorsque Rey écrit : « nous ne sommes pas encore dans le véritable état social¹¹¹⁸ ».

Distinguant la société du brigandage organisé, il écrit alors :

« Dès que les hommes se rapprochent, j'entends volontairement, car hors de là, ce n'est plus société, c'est brigandage ou désordre organisé, leur but est toujours de se communiquer respectivement quelque chose. Or, cette communication respective, même lorsqu'il ne s'agit que de sentiments moraux, est toujours *un échange* et ne peut être autre chose. Le premier fait social, le rapprochement seul des individus, avec convention expresse ou tacite de ne pas se nuire, ce premier fait est lui-même un échange de *sûreté réciproque*.

Mais, cette espèce de transaction, qu'on nomme *échange*, a une propriété bien admirable, celle de procurer *toujours* un avantage *à chaque* contractant. Cela est vrai, non seulement dans ce qu'on appelle les contrats à titre *onéreux*, mais encore dans les purs actes de *bienfaisance*. En effet, on peut dire avec justesse, en prenant le mot échange dans toute sa généralité, qu'un bienfait est un acte dans lequel *on échange* une portion de sa propriété ou de son temps pour se procurer un plaisir moral très-vif, celui d'obliger ou de se soustraire à la vue de la souffrance. [...]

Cette manière de voir détruit entièrement le système d'après lequel on prétend que l'homme, en entrant en société, sacrifie une portion de sa liberté naturelle. [...] Il est vrai que la convention de ne point attenter à la liberté des autres est une renonciation à l'exercice de certains actes ; mais comme cette renonciation ne peut être appréciée isolément et sans égard à ce qu'on reçoit en échange, on ne peut l'appeler un *sacrifice*. En effet, un sacrifice est une perte *au résumé total*. [...] parcourez toutes les transactions sociales, j'entends toujours celles qui sont volontaires, et vous verrez qu'il n'en est pas une où *chacun* des contractans n'entende gagner quelque chose ; cela est tout simple, car la transaction étant volontaire, il ne la ferait pas s'il ne la croyait pas avantageuse.¹¹¹⁹ »

Force est de reconnaître que cette prétendue description des échanges sociaux est loin de coller à la réalité. C'est ce que Rey affirme dans ses *Bases de l'ordre social*. Il suggère en effet que, tant que la société n'est pas « *ce qu'elle devrait être*, c'est-à-dire constituée sur ses véritables bases », dire que la société est un bienfait général est « d'une cruelle ironie »¹¹²⁰. Or, la citation précédente et le schéma du quasi-contrat pourraient laisser entendre que l'ordre sociale procède d'une transaction

1117 TPGD, p. 244.

1118 Préliminaires, p. 30.

1119 JGLJ, t. 1, p. 131-132.

1120 DBOS, t. 2, p. 189.

volontaire. Mais ce serait se méprendre sur le rôle et le statut de la volonté dans le dispositif du quasi-contrat tel que le penseur Joseph Rey.

2. Le quasi-contrat, ou l'adhésion de la volonté à la nécessité

Afin de donner une sorte de supplément d'âme à la réunion hasardeuse des hommes sur un point du globe, Joseph Rey propose de recourir à la notion juridique de quasi-contrat¹¹²¹. Il l'élève même au rang de concept, puisqu'il le charge d'une dimension politique qui va bien au-delà du contenu technique de la notion. Le quasi-contrat permet alors d'ouvrir une brèche entre fatalité et liberté absolue de la volonté. Dans une certaine mesure, cette option théorique offre en effet la possibilité de prendre en compte les volontés individuelles dans l'organisation des sociétés humaines.

D'après Rey, la volonté comme les actions des êtres humains sont déterminées par un ensemble d'éléments, allant de l'organisation biologique jusqu'aux données les plus extérieures telles que la forme du gouvernement. La volonté est encore tendue vers une fin qui n'est autre que la satisfaction de l'intérêt personnel, qu'il s'agisse de rechercher des plaisirs ou d'éviter des souffrances. C'est cette volonté qui est au cœur de la conception reyenienne de la société dans sa dimension normative et quasi-contractuelle. Contre de Bonald, Rey affirme ainsi que les individus réunis en société, qu'il s'agisse de la « société politique » ou d'une « société de commerce », nourrissent toujours le même objectif : faire concourir leurs « *moyens pour en augmenter la force, à l'effet de procurer à chaque associé une plus grande somme d'avantages* »¹¹²². Le véritable ordre social doit permettre à chaque individu d'atteindre cette fin, ce qui peut ensuite justifier les obligations et les devoirs sociaux qui pèsent sur eux. Mais les hommes ne créent pas une société *ex-nihilo*. Ainsi, à la différence de ce qu'on trouve dans les théories classiques du contrat social, la volonté intervient ici comme une sorte de ratification *a posteriori* d'une situation préexistante.

Lorsque Rey caractérise la société par le rapprochement volontaire, il entend faire valoir que la factualité d'une naissance qui conduit à cohabiter avec d'autres doit être doublée d'une dynamique volontariste qui est la marque de la dimension morale de l'association politique. Dans cet état de choses, la volonté n'est pas fondatrice. Elle est plutôt la marque de l'adhésion à la

1121 On trouve une idée similaire sous la plume de LEDRU-ROLLIN en 1851 : « La société n'est pas seulement un fait, une agglomération fortuite, le produit du hasard : elle est basée sur un contrat tacite, par lequel les hommes ont fait l'échange d'une manière d'être incertaine et précaire contre une autre, meilleure et plus sûre » (*Du gouvernement direct du peuple, op. cit.*, p. 6)

1122 *Préliminaires*, p. 22.

société dans laquelle chacun est appelé à évoluer. Il faut bien distinguer entre la soumission fatale et passive et l'approbation proactive. Aux yeux de Rey, celle-ci n'est possible qu'à la condition que la vie en société soit conforme à l'intérêt des individus. Le quasi-contrat social sert alors de modèle théorique pour penser les conditions et les modalités de cette adhésion. Lorsque les hommes se rapprochent les uns des autres, ce qui constitue le *fait licite et volontaire* du quasi-contrat, Rey en déduit une « intention respective d'améliorer leur position¹¹²³ ». Cette approbation est ainsi soumise à des conditions, et les obligations sociales qui en résultent sont à leur tour déterminées par une cause qui, si elle vient à manquer, libère en quelque sorte l'individu. Cette cause finale, qu'il faut entendre comme le but que poursuivent les individus, réside donc dans l'amélioration de leurs conditions de vie¹¹²⁴.

Dans une petite brochure parue en 1816, Rey affirme déjà : « [p]artout je vois le même principe et le même but, c'est-à-dire le même besoin de réunir des forces pour en augmenter l'énergie et l'étendue ; partout je vois les mêmes conditions du contrat, l'engagement réciproque de jouir des avantages de l'association *en proportion des moyens* apportés pour la faire prospérer¹¹²⁵ ». Ces principes de réciprocité et de proportionnalité seront ensuite formulés, en 1819 et 1820, en termes de *lois constitutives des sociétés*. D'ailleurs, dans ses *Leçons*, on trouve à la fois le concept de quasi-contrat et l'énoncé de lois constitutives des sociétés, sans que Rey ne précise leur articulation. Pour le moment et pour s'en tenir au quasi-contrat, il écrit encore dans ses *Leçons* que le « premier fait social » consiste dans « le rapprochement seul des individus, avec convention expresse ou tacite de ne pas se nuire » ou « de ne point attenter à la liberté des autres »¹¹²⁶. Il parle également d'un « échange de sûreté réciproque¹¹²⁷ ». Puis, en 1828, dans son *Traité des principes généraux du droit*, il ajoute enfin la référence à l'entraide en évoquant la « convention générale de s'entr'aider et de se respecter¹¹²⁸ ». Il s'agit toujours d'une convention qui a pour fin l'avantage respectif des individus. Mais, alors que dans un premier temps, c'est le respect de la liberté individuelle qui en forme le fond, une sorte de solidarité active entre les membres de la société s'y ajoute ensuite. Ce passage d'une formulation purement libérale des termes du quasi-contrat à une formulation en termes d'entraide correspond certainement à la découverte des principes du système coopératif de Robert Owen et des idées socialistes en général. Cela rejoint encore l'évolution de la pensée de Rey sur la question de l'égalité¹¹²⁹.

1123 TPGD, p. 168.

1124 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, II, A, 2.

1125 *Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon, op. cit.*, p. 6-7.

1126 JGLJ, t. 1, p. 131.

1127 *Ibid.*, p. 131.

1128 TPGD, p. 168.

1129 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II.

Dans ses *Bases*, où il n'est plus question de quasi-contrat, Rey propose de retracer l'évolution historique qui aurait dû avoir lieu si les individus s'étaient toujours comportés rationnellement, c'est-à-dire s'ils avaient été guidés « par le simple calcul des véritables intérêts, si bien d'accord avec les principes de l'équité¹¹³⁰ ». Il expose en fait ce qui aurait dû se passer si le quasi-contrat social avait réellement régi les relations humaines. Rey part d'un individu mâle qui élargit progressivement le cercle de ses relations. Il rencontre une femme avec laquelle il fonde ensuite une famille et, de proche en proche, Rey en vient à l'« association UNIVERSELLE des peuples¹¹³¹ ». Il entend montrer par une approche pseudo-historique quel est le comportement le plus rationnel à adopter pour un être qui entend multiplier ses sources de jouissance. Ainsi, plus les relations de l'homme se multiplient, plus il doit fournir d'efforts pour équilibrer ses prétentions avec celles de ses partenaires. En retour, il développe alors de nouvelles sources de jouissances, les plaisirs affectifs, et obtient la sécurité matérielle et l'assistance de ses semblables. Les avantages tirés de l'association augmentent ainsi à mesure que les relations sociales sont plus nombreuses, ce qui accroît simultanément la quantité de devoirs auxquels l'individu est soumis. Mais chaque concession est largement compensée : l'échange est toujours avantageux. Même s'il n'est plus question de quasi-contrat, on retrouve donc sa logique¹¹³² : les obligations sociales naissent des avantages que procurent la vie sociale. Plus précisément encore, les droits et les devoirs sont corrélatifs¹¹³³. Certes, il ne s'agit pas de rendre exactement ce qui a été reçu, mais d'établir ou de maintenir un certain équilibre dans le cadre des échanges sociaux ; ce qu'il nomme réciprocité¹¹³⁴. C'est ici que Rey interrompt ses développements pour réfuter l'idée d'après laquelle le prétendu passage à l'état social nécessiterait un sacrifice des droits naturels. Comme nous l'avons vu, il repousse une telle vue, pour affirmer que le « principe le plus incontestable de l'association humaine » consiste dans « la réciprocité des avantages »¹¹³⁵.

Chercher à quelles conditions la vie en société peut être dans l'intérêt de chacun des individus est l'un des buts poursuivis par toutes les théories du contrat social et l'un des apports

1130 *DBOS*, t. 2, p. 190.

1131 *Ibid.*, p. 197.

1132 En effet, dans les quasi-contrats des juristes, ce qui entraîne « la naissance de l'obligation » c'est « un avantage procuré à autrui : le gérant d'affaire procure un avantage au géré ; celui qui a payé indûment procure un avantage au bénéficiaire du paiement, ou une personne s'enrichit sans cause » (Yvaine BUFFELON-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEURE, *Droits civil. Les obligations*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 653).

1133 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II et III.

1134 À partir de CABANIS et de VOLNEY, Giovanna PROCACCI remarque que « la réciprocité de l'échange » qui marque « les relations interpersonnelles » permet de prévenir « toute dépendance de l'un vis-à-vis de l'autre » (*Gouverner la misère, La question sociale en France 1789-1848*, Paris, Éditions du Seuil, 1993, p. 45).

1135 *DBOS*, t. 2, p. 190.

du volontarisme. En effet, Rousseau qualifie le contrat social d'« échange avantageux¹¹³⁶ ». Quant à Hobbes, il affirme que le transfert ou la renonciation à un droit se fait toujours « ou bien en considération d'un transfert réciproque d'un droit pour soi-même, ou bien parce qu'on en espère un autre bien. Car il s'agit d'un acte volontaire, et l'objet des actes volontaires de chacun est un *bien pour soi-même*¹¹³⁷ ». Puisqu'ils partagent les mêmes bases théoriques et, dans une certaine mesure, morales, il n'est pas surprenant de voir Hobbes et Rey s'accorder sur l'issue avantageuse de tout acte volontaire. Notre auteur se distingue seulement en refusant radicalement toute idée de sacrifice ou d'abandon.

C'est néanmoins chez Lherbette que se trouve peut-être la proposition la plus proche de celle de Rey. Ce dernier a d'ailleurs lu l'Introduction à l'étude philosophique du droit en 1820, et il est permis de penser que la théorie de Lherbette a donné à Rey des pistes pour développer son idée de quasi-contrat social. Lherbette part également de la réalité historique, c'est-à-dire de la nécessité pour l'homme de naître en société. C'est le seul point de départ acceptable pour qui veut tenter de proposer une doctrine contractualiste. Mais il distingue ensuite la « société » librement formée de la « domination »¹¹³⁸, comme le fait Rousseau. La première est régie par un contrat auquel les individus sont supposés consentir dès lors que, parvenus à l'âge adulte, ils continuent de vivre dans la société qui les a vus naître. Lherbette considère donc que chacun a la faculté de sortir de la société sous certaines conditions – opinion que Rey ne partage toutefois pas. Dès lors, pour Lherbette, si l'homme demeure en société, « c'est parce qu'il compte y jouir d'un sort plus doux que dans l'isolement », ce qui n'est rendu possible que par « l'aide de ses semblables »¹¹³⁹. Puisque « toute association se forme sur le motif et à la condition d'aide réciproque », celui qui reste dans l'association « contracte l'obligation d'en aider les autres membres »¹¹⁴⁰. D'après cet auteur, les hommes ne demeurent donc en société qu'« afin d'en tirer des avantages quelconques », lesquels « peuvent exister seulement au moyen de l'aide mutuelle » et « la société ne saurait même s'organiser et se maintenir que par cette aide »¹¹⁴¹. Rey et Lherbette affirment ainsi de concert que l'entraide est le ciment de la société.

Mais que se passe-t-il si ce ciment vient à manquer et si la fin de l'état social n'est pas remplie ? L'ajout d'une dimension conventionnelle de la société permet alors de réfléchir à

1136 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 197.

1137 T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 234.

1138 A.-J. LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, *op. cit.*, p. 58. « [L]'Histoire montre que toujours les grandes sociétés et souvent les petites s'instituent comme elles se dissolvent, au moyen de la violence exercée de la part de quelques individus sur les autres, et non au moyen de délibérations libres de la part de tous » (*ibid.*, p. 57).

1139 *Ibid.*, p. 57.

1140 *Ibid.*, p. 57-58.

1141 *Ibid.*, p. 59.

l'hypothèse d'une rupture ou d'un défaut d'exécution du quasi-contrat, et amène par conséquent la question de la charge de la responsabilité.

3. La dimension émancipatrice du quasi-contrat social

Insister exclusivement sur le caractère inéluctable de l'association crée des effets politiques qui ne seront pas les mêmes que si l'on conditionne la société au respect d'un certain nombre de principes. L'apport de la théorie quasi-contractuelle de Rey n'est finalement pas tant d'insister sur les volontés individuelles, que de mettre en avant le caractère conditionnel de la société et des obligations sociales, tout en posant les fondements d'une responsabilité sociale. Ces différents aspects sont toutefois liés : la véritable société (et donc les obligations sociales) est conditionnelle parce qu'elle doit susciter l'adhésion de ses membres, adhésion qui dépend de la réalisation d'une certaine fin. En effet, Rey affirme que c'est seulement afin de se procurer plus de bien-être que les individus *consentent* à faire société. Certes, le hasard les réunit fatalement et les contraint à vivre ensemble. La société n'est toutefois pas une simple juxtaposition d'individus : c'est une association d'hommes liés par des rapports de droits et d'obligations. Et ces obligations ont une cause : chacun n'est obligé envers ses semblables que parce qu'il espère retirer des rapports sociaux une amélioration de sa condition. Par conséquent, si la fin vient à manquer, on peut considérer que l'obligation est sans cause. L'individu en est alors libéré et il n'a plus à répondre de ses actes.

Le recours au schème du quasi-contrat permet ainsi de valoriser plus fortement l'individu que ne le peut la seule référence à la sociabilité naturelle. Par ailleurs, l'association d'une inévitable vie en société avec la maxime utilitariste pourrait créer des effets pervers que Rey prend garde de prévenir avec son contrat social tacite. S'il reprend parfois la formule de Bentham (*le plus grand bonheur du plus grand nombre*), il précise toutefois dans son *Traité* qu'il ne la fait pas exactement sienne. Ce n'est pas le bonheur du plus grand nombre que la législation doit se donner pour tâche de réaliser, mais le bonheur de *tous* les membres de la société¹¹⁴². Autrement

1142 La différence entre REY et BENTHAM se situe surtout sur ce point. Ce dernier « propose une fin à l'activité du pouvoir étatique. La fin que le gouvernement doit suivre dans toute société politique est "the greatest happiness of all the individuals of which it is composed" [...]. Mais cette fin n'est pas réalisable tant qu'on persiste à l'énoncer sous cette forme générale et universelle. À cause de l'insuffisance constante des moyens de subsistance, il n'est pas possible de réaliser simultanément le bonheur de tous les individus qui composent la société. Il faut donc remplacer, "si l'on veut parler avec rigueur", la formule "le plus grand bonheur de tous" par celle du "plus grand bonheur du plus grand nombre" » (M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham, op. cit.*, p. 323). Moins malthusien que son homologue britannique, Joseph REY est au contraire très confiant dans les progrès de l'industrie et ne semble pas douter de la possibilité d'assurer à tous

dit, aucun individu ne doit, dans la mesure du possible, manquer du nécessaire. Chaque membre de la société, sans exception, doit pouvoir être en mesure de satisfaire à ses besoins essentiels car telle est, *a minima*, la cause de son adhésion à l'état social et des obligations qui en découlent. C'est alors en juriste, brandissant son quasi-contrat social, qu'il écrit :

« tout individu qui, par un effet de l'organisation sociale à laquelle il appartient, n'obtient pas la portion dont il s'agit, est lésé dans ses droits les plus réels ; et, je le répète, cette portion ne peut aller au dessous du nécessaire, tant qu'un seul des autres associés a le moindre excédant. Dans ce dernier cas un tel individu est véritablement mis hors la société par le fait même de la société, et par la plus atroce injustice. C'est elle qui rompt ouvertement le pacte avec lui, c'est elle seule qui doit s'accuser s'il agit ensuite hostilement envers elle¹¹⁴³ ».

Cette citation est d'une grande richesse en termes d'implications juridiques et politiques. Joseph Rey peut d'abord faire reposer la responsabilité de l'indigence et de la misère sur la société. Ainsi, la révolte ou les comportements antisociaux peuvent être tout à fait légitimes et considérés comme un résultat de l'organisation – ou plutôt de la *désorganisation* – sociale. S'explique alors une bonne part des phénomènes criminels, dont le juriste impute la responsabilité à la société plutôt qu'à l'individu¹¹⁴⁴. On voit encore là l'intérêt de penser la société et les devoirs sociaux comme le produit d'un quasi-contrat. Cela permet à Rey de ne pas faire de son utilitarisme un principe qui ferait prévaloir coûte que coûte l'intérêt du plus grand nombre. Par ce biais, il lui est toujours permis de revenir à l'individu et à certaines conditions indispensables pour que sa participation à la société reste volontaire. L'intérêt de l'individu, *a minima* celui de se conserver, ne peut donc jamais légitimement être écrasé sous le poids de l'intérêt d'une majorité¹¹⁴⁵. Hobbes lui-même tenait d'ailleurs un propos semblable. Il accusait en effet celui qui ne partage pas les « choses qui sont pour lui superflues mais seraient nécessaires aux autres », d'être « coupable de la guerre qui s'ensuit »¹¹⁴⁶ inévitablement. Dans cette hypothèse, si l'état social n'assure pas la survie de ses membres, ceux-ci sont réintégrés dans leur *jus in omnia*, afin d'assurer par eux-mêmes la défense de leurs corps¹¹⁴⁷. Ce qui correspond, sous la plume du philosophe anglais, à une rupture du pacte social et à un retour à l'état de nature, c'est-à-dire à l'état de guerre. Toutefois, là où Hobbes évoque une culpabilité individuelle, Rey pense en termes de responsabilité sociale. En dépassant

un minimum de subsistance.

1143 TPGD, p. 234.

1144 M. REGAD, *Attaquer le droit pénal par la philosophie*, op. cit., p. 192-199.

1145 Mais cette proposition demeure difficile à maintenir face à la matérialité des faits et REY est obligé d'admettre que la majorité aura toujours le fin mot (voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, C et Partie 2, Chapitre 2, Section 3, II, A et B).

1146 T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 259.

1147 Plus précisément, l'idée de HOBBS est que les hommes ne renoncent jamais à leur droit de conservation. Seulement, ils s'en remettent à l'État pour assurer leur protection, et si ce dernier est impuissant, alors les individus peuvent user de tous les moyens pour y parvenir. Cette idée revient à de nombreuses reprises dans le *Léviathan* ; par exemple : « personne n'est obligé (lorsque la protection de la loi fait défaut) de ne pas se protéger en utilisant les meilleurs moyens possibles » (*Léviathan*, op. cit., p. 451-452).

le caractère purement naturel de la société pour lui conférer en même temps une dimension conventionnelle, le juriste peut donc répondre positivement à la question de savoir « s'il est dans la nature de la société humaine de pouvoir être [...] dissoute pour cause de violation de ses conditions fondamentales¹¹⁴⁸ ». C'est ainsi qu'il en vient à reconnaître un véritable droit d'insurrection justifié par la violation du pacte social, violation qui *dissout* la société, qui rompt le pacte, c'est-à-dire les liens juridiques qui unissaient jusque-là ses membres et, par conséquent, met fin aux institutions politiques établies pour favoriser l'accomplissement du but commun. C'est la ligne de la plupart des théories du contrat social¹¹⁴⁹. Lorsque Rey évoque le droit d'insurrection, il revendique pleinement dans l'héritage des théories du contrat social. Dans ses *Préliminaires* et dans ses *Leçons*, l'auteur écrit même que, dans une telle hypothèse, « chaque citoyen revient à son indépendance première¹¹⁵⁰ », avant d'adopter une formulation plus conforme au reste de sa théorie dans son *Traité*, où il écrit désormais que « chaque citoyen devient indépendant¹¹⁵¹ ». Mais quoi qu'il en soit de ces formulations, l'homme n'est jamais vraiment *indépendant de l'homme*¹¹⁵². C'est seulement le lien moral ou juridique qui se trouve rompu, et c'est alors sur le terrain de la responsabilité que l'essentiel se joue.

Pour tenter de comprendre la manière donc Rey conçoit la rupture du quasi-contrat, la notion de « cause l'obligation » semble offrir certaines clefs. Ici, quelques remarques préliminaires s'imposent. Tout d'abord, Rey ne parle pas de « cause de l'obligation ». Qui plus est, cette notion participe de la théorie contractuelle, non de celle du quasi-contrat. Enfin, c'est essentiellement sous la plume de la doctrine du XX^e siècle que l'on trouve des développements sur la cause de l'obligation qui permettent d'étayer notre propos. Par conséquent, nous sommes conscient qu'une telle approche présente des limites. Le risque est en effet de tomber dans ce que Marc Angenot qualifie de « sophisme de la disponibilité », qu'il définit comme la supposition « que les humains de jadis avaient accès aux concepts dont dispose l'historien aujourd'hui¹¹⁵³ ». Une telle supposition implique une certaine conception de l'histoire des idées qui n'est pas la nôtre¹¹⁵⁴, puisque cela suggère qu'il existerait de grandes idées éternelles au sein desquelles les hommes de chaque époque pourraient puiser. Marc Angenot formule ainsi une règle méthodologique (qu'il estime cependant impossible à suivre) : « Aucune interprétation historique ne doit [...] attribuer

1148 *Préliminaires* p. 67 ; JLGJ, t. 1, p. 409 ; TPGD, p. 344-345.

1149 Ainsi pour ROUSSEAU, lorsque le pacte est « violé, chacun rentre alors dans ses premiers droits et [reprend] sa liberté naturelle » (*Du contrat social, op. cit.*, p. 182).

1150 *Préliminaires*, p. 67 ; JGLJ, t. 1, p. 409.

1151 TPGD, p. 344.

1152 BMG, E. 26985, p. 183.

1153 M. ANGENOT, *L'histoire des idées, op. cit.*, p. 319.

1154 Voir *supra*, Introduction générale.

aux hommes du passé des pensées qu'ils n'auraient pu concevoir¹¹⁵⁵ ». Néanmoins, face à la difficulté d'expliquer la manière dont Rey a pu concevoir la rupture du quasi-contrat avec les éléments disponibles dans la production intellectuelle de l'époque, nous avons choisi de mobiliser la doctrine du XX^e siècle, malgré les limites qu'une telle approche présente.

La cause a aujourd'hui disparu après avoir occupé longtemps les juristes qui cherchaient à la définir et avoir été l'objet de nombreuses controverses doctrinales¹¹⁵⁶. D'après Jacques Ghestin, « la doctrine dominante » adopte une notion de la cause « objective, abstraite et toujours la même pour chaque type de contrat, par exemple la contrepartie dans les contrats synallagmatiques »¹¹⁵⁷. La cause est ce qui justifie que les individus s'engagent, elle consiste dans la contrepartie attendue, elle est « constituée par l'objet de l'obligation de l'autre¹¹⁵⁸ ». « Dans un contrat à titre onéreux chacune des parties entend recevoir de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Dans ce contrat l'engagement de chaque partie doit être ainsi justifié par un avantage, c'est-à-dire la satisfaction d'un intérêt qui en est la cause finale¹¹⁵⁹ ». Henri Capitant préférerait quant à lui parler de « but »¹¹⁶⁰. Dans la théorie de Rey, il y a effectivement un *but* ou une *cause finale* qui conditionne l'existence du pacte social et qui détermine chacune des transactions sociales : le « seul fait de rapprochement de plusieurs individus [...] indique leur intention respective d'améliorer ainsi leur position¹¹⁶¹ ». En bref, la société est une succession d'*échanges avantageux*. Si des obligations d'entraide et de respect pèsent sur les associés, c'est parce qu'elles doivent leur permettre de réaliser leurs fins. Les obligations de l'individu dépendent donc de sa réalisation et de son respect par les autres parties au contrat. Cela condamne par conséquent les relations trop manifestement déséquilibrées. Dans l'énoncé des lois constitutives de la société ainsi que dans la théorie reyienne des droits et des devoirs, la notion de proportionnalité joue alors un rôle important. Mais cette proportionnalité n'est pas rigoureusement géométrique et correspond plutôt à une sorte d'équilibre dans les relations sociales, équilibre qui doit produire pour chacun un accroissement de son bien-être. Pour Rey, qu'il s'agisse de « contrats à titre onéreux » ou de « purs actes de *bienfaisance* », il doit toujours en résulter un gain pour chacune des parties¹¹⁶². Par conséquent, si la condition de l'homme en société lui apparaît pire que s'il était laissé à ses propres forces, la cause de son engagement

1155 M. ANGENOT, *L'histoire des idées*, op. cit., p. 319.

1156 Jacques GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 6.

1157 *Ibid.*, p. 6.

1158 Muriel FABRE-MAGNAN, *Le droit des contrats*, Paris, P.U.F., 2018, p. 104.

1159 J. GHESTIN, *Cause de l'engagement*, op. cit., p. 8.

1160 *Ibid.*, p. 56.

1161 TPGD, p. 168.

1162 JGLJ, t. 1, p. 131. « En effet, on peut dire avec justesse, en prenant le mot échange dans toute sa généralité, qu'un bienfait est un acte dans lequel *on échange* une portion de sa propriété ou de son temps pour se procurer un plaisir moral très-vif., celui d'obliger ou de se soustraire à la vue de la souffrance » (*ibid.*, p. 131).

disparaît et ses obligations sont frappées de nullité.

En droit des contrats, la cause est d'abord une condition de la validité du contrat et s'apprécie normalement au moment de la conclusion du contrat, l'absence de cause entraînant la nullité du contrat. Ceci ne nous intéresse pas dans une logique quasi-contractuelle. Mais Henri Capitant proposait encore de prendre en compte la cause tout au long de la vie du contrat : « la vie de l'obligation une fois qu'elle est née, reste subordonnée à la réalisation de la fin poursuivie, car si cette fin ne se réalise pas, il n'est pas admissible que l'obligation garde sa force obligatoire¹¹⁶³ ». Pour ce qui nous intéresse, cela peut renvoyer à plusieurs hypothèses. On peut envisager la résolution pour inexécution, dans le cas où l'individu est lésé par l'organisation sociale, puisque cela suppose que les autres parties au quasi-contrat n'exécutent pas leurs obligations. Henri Capitant admet en effet que le « droit pour le contractant de demander la résolution du contrat quand l'autre n'exécute pas son obligation¹¹⁶⁴ » se rattache à la cause. Dans une telle situation, les obligations qui pèsent sur le premier n'ont plus de cause. La caducité du contrat pour disparition de la cause semble également envisageable. En effet, si la situation est telle, écrit Rey, qu'un individu ne puisse « satisfaire à l'un de ses besoins *essentiels*, sans que l'intérêt d'autrui fût sacrifié, alors il aurait le droit de vouloir ce sacrifice¹¹⁶⁵ ». Dans cette hypothèse, ajoute-t-il, « le lien de la société doit se rompre nécessairement¹¹⁶⁶ ». Lorsque les circonstances font que le but poursuivi par chacune des parties au quasi-contrat social ne peut plus être atteint par l'accomplissement des devoirs d'entraide et de respect mutuel (et tout ceux qu'ils impliquent), alors ceux-ci n'ont plus de cause.

Les rares contemporains de Rey qui admettent encore l'idée de contrat tirent également des conséquences qui s'en rapprochent, sans toutefois aboutir à poser une véritable responsabilité sociale. Ainsi Lherbette offre à chaque individu une voie de sortie si l'état social ne lui assure pas un sort *plus doux que dans l'isolement*. Lepage partage l'opinion d'après laquelle le pacte social contient la « condition tacite » que tous les associés trouveront « plus sûrement dans la société les moyens de subsister »¹¹⁶⁷. Par conséquent, il pose le devoir des riches de partager leur superflu avec les indigents et accuse ceux qui manquent à ce devoir de rompre eux-mêmes le pacte. Certes, il considère que ce devoir relève du for intérieur et ne peut être imposé par la société, l'excluant ainsi de la sphère juridique pour le reléguer à la sphère morale. On reste ainsi

1163 Henri CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1927, p. 27.

1164 *Ibid.*, p. 321.

1165 *Préliminaires*, p. 97-98 ; *JGLJ*, t. 2, p. 21.

1166 *Préliminaires*, p. 98 ; *JGLJ*, t. 2, p. 21 ; *TPGD*, p. 210.

1167 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 93.

dans le cadre d'un acte de philanthropie volontaire, puisque c'est une obligation qui ne saurait être sanctionnée. Le juriste admet cependant que si les inégalités sociales conduisent à laisser certains dans l'indigence la plus totale, ces derniers sont légitimes à user de toute leur liberté (à reprendre cette portion qu'ils ont *sacrifiée* pour entrer en société) afin de se procurer ce que leurs associés leur refusent¹¹⁶⁸. D'accord avec Lherbette, Lepage ajoute que chaque associé peut encore rompre le pacte social, mais il s'agit alors de véritablement « quitter la patrie¹¹⁶⁹ ». Il tire enfin une conséquence que Rey se refuse à admettre, puisqu'il ajoute que les associés réunis peuvent décider d'exclure l'un d'eux¹¹⁷⁰. En donnant une assise conventionnelle aux institutions et aux obligations sociales, ces auteurs offrent donc des possibilités d'émancipation qui n'existent pas si l'on pense uniquement la société en termes de nécessité.

Car si la plupart des juristes et des philosophes affirment que l'homme est naturellement sociable et rejettent toute idée de convention, c'est bien souvent pour amoindrir l'importance des volontés individuelles afin d'éviter de reconnaître à chaque membre de la société le droit de se faire juge de l'organisation sociale et, éventuellement, de s'en extraire¹¹⁷¹. Bien entendu, Rey ne légitime pas tout acte hostile envers la société dès lors que la volonté d'un individu aurait été méconnue. Contre Rousseau, Rey s'accorde avec Constantin Pecqueur pour dire que « [l]a société n'est point un pacte où chacun puisse faire ses conditions, entrer et sortir avec armes et bagages¹¹⁷² ». En effet, puisqu'elle n'est pas issue d'un pure acte de volonté, elle se saurait périr par un acte de volonté en sens contraire. La société est une nécessité pour l'individu, dont la survie et le bien-être dépendent de l'aide de ses semblables. Les préventions de ceux qui jugent le contrat dangereux en raison de la possibilité individuelle de le rompre sont donc exagérées bien qu'elles s'expliquent souvent par leur conception de la volonté comme libre-arbitre. Or, ce n'est pas ainsi que Rey envisage les choses, et c'est pourquoi une telle conséquence n'a pas sa place dans son système de pensée. D'une part, il n'est jamais question d'une rupture unilatérale du pacte de la part d'un individu, car c'est la *société* qui est accusée de rompre le quasi-contrat. Ici, il faut bien admettre qu'il y a un certain mysticisme dans l'accusation de *la société*, comme si elle formait une entité dotée d'une volonté ou d'un pouvoir d'action propre. Ce sont les associés, du moins certains d'entre eux, qui violent ou rompent le quasi-contrat. D'autre part, sauf circonstances exceptionnelles, Rey pense que la société est et restera toujours une nécessité pour l'individu, puisqu'elle est dans son intérêt bien entendu. Si le pacte peut se trouver rompu, cela ne

1168 *Ibid.*, p. 94.

1169 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 303.

1170 LEPAGE précise que c'est la nation entière et non ses mandataires (les agents des trois pouvoirs) qui a le droit de rompre le pacte à l'égard d'un individu, par une délibération à la majorité des voix (*Éléments de la science du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 309-311).

1171 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, A, 2.

1172 À ces mots de PECQUEUR, REY écrit en marge : « Il a ici raison contre Rousseau » (BMG, E. 26985, p. 195).

peut être que l'affaire d'un bref instant, car le but de chacun est toujours de revenir à une nouvelle association afin d'assurer au mieux les conditions de son existence¹¹⁷³.

Le recours au schème quasi-contactualiste apporte ainsi plusieurs remèdes aux inconvénients qui pourraient résulter d'une conception fataliste de la société. Il permet d'abord de subordonner et de conditionner la société et les devoirs sociaux à l'accomplissement d'une certaine finalité, *l'amélioration de la position de chacun*. Si un individu se trouve véritablement lésé par l'organisation sociale, il ne peut donc plus être soumis à l'ensemble des obligations qui découlent du quasi-contrat. Nous verrons par ailleurs que cette finalité utilitariste de la société se complète ou se précise lorsque Rey affirme un objectif d'égalité sociale¹¹⁷⁴. C'est encore à partir de la fin poursuivie par chacun que devront ensuite être pensées les règles de l'organisation sociale et politique. Enfin, ce qui n'est à ce stade qu'une sorte de pseudo-volontarisme mute ensuite en un volontarisme plus efficient lorsqu'il s'agit de réfléchir à l'organisation politique : cela permet à Rey de défendre le principe de la souveraineté nationale et de reprendre la maxime de Rousseau qui fait de la loi l'expression de la volonté générale¹¹⁷⁵. Mais avant d'en venir à ce point, il nous faut encore voir comment Rey déduit les *lois constitutives de la société* à partir de la finalité poursuivie par les individus.

B/ LES « LOIS CONSTITUTIVES » DES SOCIÉTÉS : UNE JUSTE RÉPARTITION DES CHARGES ET DES AVANTAGES SOCIAUX

Dans ses publications de 1819-1820, à savoir les *Préliminaires* et les *Leçons*, Joseph Rey affirme que la société est régie par des *lois constitutives*. Dans un texte de 1817 déjà, sans parler de *lois constitutives*, le juriste énonçait ces deux règles comme des « conditions du contrat¹¹⁷⁶ ». Passé 1820, il n'en est toutefois plus jamais fait mention en ces termes. Bien qu'à l'époque de leur formulation, Rey ne pose pas encore l'entraide au cœur du quasi-contrat social, elles semblent pourtant en préciser les modalités. En effet, ces lois ont pour objet de déterminer la part que chacun des associés doit apporter dans l'accomplissement du but commun et les avantages qu'il

1173 TPGD, p. 344 ; voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, II, C.

1174 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II.

1175 Voir *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, B.

1176 REY écrit : « Partout je vois le même principe et le même but, c'est-à-dire le même besoin de réunir des forces pour en augmenter l'énergie et l'étendue ; partout je vois les mêmes conditions du contrat, l'engagement réciproque de jouir des avantages de l'association *en proportion des moyens* apportés pour la faire prospérer » (*Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon, op. cit.*, p. 6-7).

doit en retirer.

La « première loi constitutive [et indispensable] de toute société parmi les hommes¹¹⁷⁷ » pose l'obligation réciproque, pour chacun des associés, d'apporter son concours à l'œuvre sociale et de participer aux avantages sociaux. Conformément à la théorie morale reyienne, cette obligation n'est pas formulée en termes déontologiques, mais conséquentialistes. On retrouve la même question que pour le quasi-contrat reyien : que doivent faire les individus pour parvenir au but qu'ils poursuivent ? La fin poursuivie par les associés étant connue, Rey peut alors poser, de façon générale, l'« obligation de faire tout ce qui peut y conduire¹¹⁷⁸ ». C'est ainsi qu'il énonce le principe de réciprocité comme première loi constitutive de toute société :

« puisque chaque individu en société a des besoins et des moyens de même nature ; puisque *chacun* des co-associés n'entend faire concourir ses moyens que pour les augmenter ; puisque chacun d'eux, sous un autre rapport, n'entend se rapprocher de ses semblables que pour être à portée d'éprouver des affections sympathiques ; puisqu'en un mot il y a RÉCIPROCITÉ *dans le but, dans les besoins et les moyens*, il doit y avoir RÉCIPROCITÉ, toujours sous peine de ne pas atteindre le but, dans *l'apport des moyens à la masse commune*, ainsi que dans *l'application de ces moyens à la satisfaction des besoins [respectifs]*¹¹⁷⁹ ».

Pierre Rosanvallon définit la réciprocité comme une « égalité d'interaction » qui « repose sur un principe d'équilibre dans les relations sociales »¹¹⁸⁰. C'est bien en ce sens qu'on peut la comprendre ici. La réciprocité est pensée sur le mode d'une « égalité d'implication¹¹⁸¹ », ce qui exclut de fait toute société léonine. Nul ne peut revendiquer un quelconque privilège et tous doivent apporter leur concours à l'œuvre commune. En principe, aucun individu ne peut donc prétendre aux bénéfices sociaux sans payer préalablement son tribut – on verra pourtant que Rey n'est pas si affirmatif sur ce point¹¹⁸². Le concept de réciprocité permet ainsi de penser la situation des hommes en société. Parler de *réciprocité* permet de les placer virtuellement sur un pied d'égalité, sans avoir recours à une chimérique égalité naturelle – les hommes n'ayant ni les mêmes besoins, ni les mêmes moyens. C'est en quelque sorte une égalité de dépendance à la société. Cette première base fondamentale de l'ordre social se confond même avec son but, et Rey la résume comme suit : « un concours de moyens pour en augmenter la force, à l'effet de procurer à chaque associé une plus grande somme d'avantages¹¹⁸³ ».

Le juriste parle d'*avantages* ou d'*avantages sociaux*, sans jamais expliciter le sens qu'il confère

1177 *Préliminaires*, p. 22 ; le passage entre crochets est tiré du *JGLJ*, t. 1, p. 263.

1178 *Préliminaires*, p. 21 ; *JGLJ*, t. 1, p. 263.

1179 *Préliminaires*, p. 21-22 ; le passages entre crochets est tiré du *JGLJ*, t. 1, p. 263.

1180 P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.*, p. 373.

1181 *Ibid.*, p. 375. L'auteur souligne également qu'une telle conception du social fondé sur la réciprocité conduit à concevoir les droits comme « toujours *relationnels* » et non plus comme des droits individuels subjectifs (*ibid.*, p. 376). C'est bien ainsi que REY conçoit les droits (voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II, B et III).

1182 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II.

1183 *Préliminaires*, p. 22 ; *JGLJ*, t. 1, p. 264.

à ces expressions. On peut cependant s'en faire une idée en puisant dans ses publications ultérieures. Jugeant qu'aucune production, matérielle comme intellectuelle, ne peut être intégralement attribuée à son producteur puisque celui-ci n'exerce qu'avec le soutien d'une multitude d'auxiliaires et sous la protection de la société, on peut considérer que les avantages sociaux sont constitués de l'ensemble de la production d'une société. Rey écrit dans son *Traité* qu'ils « sont tous, en dernière analyse, compris dans la somme totale de propriété que possède une société¹¹⁸⁴ ». Mais l'on peut également retourner l'assertion et considérer que l'ensemble des propriétés est compris dans les avantages sociaux. Le contenu de la notion d'avantages sociaux ne doit cependant pas être limité à un ensemble de biens matériels. Les grades, les honneurs, les récompenses, l'accès aux institutions publiques, tout ceci peut être compris au titre des avantages sociaux.

Une fois cette première loi découverte, poursuit Joseph Rey, apparaît alors une question d'économie politique. Il s'agit de trouver la règle adéquate pour déterminer la part de chacun dans les charges et avantages sociaux. Idéalement, écrit-il, les individus devraient contribuer de tous leurs moyens et recevoir une part égale des avantages sociaux – en considérant une égalité proportionnelle à leurs besoins, et non une égalité mathématique qui serait cruelle¹¹⁸⁵. Le juriste énonce ici la base même du communisme égalitaire qu'il défendra par la suite. Mais pour le moment, il déclare impossible de déterminer précisément « la quotité de tous les moyens, physiques et moraux¹¹⁸⁶ » de chaque associé et tempère sa réponse. Revenant alors à la considération du but commun des associés, il formule la seconde loi constitutive dans des termes toujours conséquentialistes :

« faire contribuer chaque associé *dans la proportion de ses moyens*, mais SEULEMENT *pour ce qui est nécessaire au but de l'association* ; [...] distribuer les avantages *dans la proportion des moyens que chacun apporte à la société*¹¹⁸⁷ ».

Il passe ainsi en quelques lignes de l'énoncé d'un précepte communiste à la formulation d'un principe à tendance libérale. On pourrait voir là une forme de prévention contre l'intervention de l'État dans la détermination de la quotité de moyens dont dispose chaque individu. Mais peut-être que Rey cherche encore à se démarquer de certains passages du *Contrat social* qui ont pu susciter la critique chez ses contemporains¹¹⁸⁸. Cela revient en effet à dire qu'il n'y a pas

1184 TPGD, p. 200.

1185 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II, C.

1186 *Préliminaires*, p. 24 ; JGLJ, t. 1, p. 265.

1187 *Préliminaires*, p. 25 ; JGLJ, t. 1, p. 266.

1188 Benjamin CONSTANT voit ainsi dans le *Contrat social* « le plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotisme. Il définit le contrat passé entre la société et ses membres, l'aliénation complète de chaque individu avec tous ses droits et sans réserve à la communauté » (« Principes de politique », *Collection complète*

d'« aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté », pas de mise en commun de « sa personne et [de] toute sa puissance »¹¹⁸⁹, comme le voulait le Genevois. La part que chacun doit nourrir dans l'association demeure limitée. Il faut d'ailleurs remarquer que Rey ne justifie pas cette restriction par des arguments relatifs à d'éventuels droits naturels antérieurs à l'état social qui constitueraient une forme de réserve. Ce n'est pas par rapport à une situation antérieure ou première que peut être posée une limite à l'emprise de la société. C'est seulement en fonction du but poursuivi par les associés que doit se mesurer la part attendue de chacun. Or, ce but étant de s'entraider pour augmenter les moyens de bonheur, il est délicat d'envisager par avance où fixer des bornes : les moyens d'y parvenir ne peuvent être fixés une fois pour toutes et dépendront ainsi des circonstances.

Après avoir énoncé cette seconde loi, le juriste indique qu'elle constitue le seul point à partir duquel il est permis de « se former de véritables notions du *juste* et de l'*injuste*, des *droits* et des *devoirs*, de la *légitimité* ou de l'*illégitimité* de nos actions ou de nos désirs ; en un mot, de toute l'harmonie sociale¹¹⁹⁰ ». On comprend encore que les notions de droit et de devoir ne sauraient être pensées par seule référence à l'individu, mais doivent s'envisager dans le cadre de ses relations sociales. En revanche, pour ce qui concerne le contenu de cette loi, il fait peu de doute que cette règle de proportionnalité stricte est en réalité assez éloignée de l'idée que Rey se fait d'une véritable justice sociale. Dans ses *Leçons*, il ajoute d'ailleurs « que l'on a d'autant plus de droits qu'on a plus de besoins¹¹⁹¹ ». Voilà une manière bien différente de penser la proportionnalité, non plus libérale, mais bel et bien communiste. Il ne faut donc pas prendre au pied de la lettre ce qu'écrit le juriste lorsqu'il traite de la distribution des avantages sociaux. Si l'on s'arrêtait à ce qu'il avance ici, on pourrait considérer que Rey défend une approche assez classique de la justice distributive. On retrouve par exemple chez Lherbette cette même exigence de « proportionnalité entre les avantages procurés et les avantages réclamés¹¹⁹² ». Pourtant l'arrière fond n'est pas du tout le même. Chez Lherbette et les autres spiritualistes, c'est le dogme du libre-arbitre qui justifie de récompenser le mérite individuel. Rey avance au contraire des raisons pratiques – qui cachent peut-être des préventions politiques ou une volonté de ménager les craintes de ses lecteurs. Mais ce type de proportionnalité entre les charges et les avantages ne correspond pas à l'égalité. Dès cette époque, il exprime en effet l'idée que l'égalité véritable est celle qui est proportionnée aux besoins des individus et non à leurs moyens. Pour les

des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la Constitution actuelle de la France, formant une espèce de Cours de politique constitutionnelle, t. 1, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1861, p. 10 (abrégé *Cours de politique constitutionnelle* par la suite)).

1189 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 182-183.

1190 *Préliminaires*, p. 26 ; JGLJ, t. 1, p. 269.

1191 JGLJ, t. 1, p. 138.

1192 A.-J. LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, *op. cit.*, p. 46.

spiritualistes, c'est tout à fait l'inverse. C'est une autre vision de la justice distributive qui s'exprime sous leur plume. La distribution proportionnelle aux moyens apportés constitue l'égalité même puisque chacun est également traité en proportion de son mérite personnel¹¹⁹³. Mais si l'on met de côté le fait que, pour Rey, la règle de proportion n'est pas l'égalité, il faut malgré tout admettre qu'il en reconnaît ici la légitimité. C'est aussi l'idée que s'en font les saint-simoniens, et qu'ils expriment avec leur maxime, *à chacun suivant sa capacité, à chaque capacité suivant ses œuvres*. Bien que Rey finisse par s'écarter complètement de cette maxime jugée trop inégalitaire¹¹⁹⁴, il participe cependant à la propagation de la doctrine de Saint-Simon dans les années 1830, alors qu'il a déjà affirmé franchement sa préférence pour une égalité de répartition proportionnelle aux besoins. En étudiant son propos sur les lois constitutives, on comprend en fait que Rey vise ici le refus des privilèges de toutes sortes. En effet, selon le juriste, l'oubli de cette règle de proportionnalité fait partie des « premières causes des révolutions politiques » puisqu'il revient à consacrer le « *droit du plus fort ou du plus fourbe* »¹¹⁹⁵. Rey, comme les saint-simoniens¹¹⁹⁶, a donc en tête la situation des producteurs, de ceux qui, par le travail de leurs mains, font vivre la nation tout en croupissant dans la plus grande misère. Mais à la différence des disciples de Saint-Simon, le juriste va rapidement s'écarter de ce principe, jusqu'à finir par demander l'égalité de répartition des avantages sociaux. Dans des notes marginales postérieures à 1842, il écrit enfin, avec une tonalité rousseauiste, que « [l]a seule règle juste et fraternelle, la seule d'ailleurs qui ait le caractère éminent de simplicité et de facilité d'exécution, est que chacun, donnant à la société la totalité de ses facultés, en reçoive la totalité de satisfaction de ses besoins¹¹⁹⁷ ». Certes, il reconnaît qu'il sera nécessaire de passer par des étapes transitoires avant que cette règle ne puisse généralement prévaloir. Il affirme cependant dès ses *Préliminaires* que l'un des buts de la société doit être de « détruire autant que possible la tendance trop naturelle

1193 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, III.

1194 Dans ses *Bases*, il juge ainsi la seconde partie de cette maxime « trop absolue », tant parce qu'elle revient à exclure certains de tous les avantages sociaux, que parce qu'elle légitime l'excès de richesses des hommes de génie (DBOS, t. 2, p. 458-459). Il écrit encore, dans des notes manuscrites, que « si l'on devait se tenir strictement à la règle que personne n'aura qu'une part proportionnelle à ce qu'il a produit, et que chacun aura toute la part qu'il aura contribué à créer, il en résulterait nécessairement, à supposer un instant que cette répartition puisse avoir lieu d'une manière exacte, que tel individu, dans certains cas, n'aurait pas le nécessaire, tandis qu'un autre serait gorgé d'un superflu immense, au grand détriment de toute la société, et à son propre détriment ». Il juge même que la règle de répartition des avantages proportionnellement aux moyens apportés ne saurait être appliquée avec exactitude, car il est impossible de fixer une échelle de comparaison entre les différents travaux des individus. Finalement, il en vient à affirmer que « tout genre de concours à une œuvre productrice est également utile par cela seul qu'il est également indispensable » (BMG, T. 3980, liasse n° 5).

1195 *Préliminaires*, p. 27 ; JGLJ, t. 1, p. 269-270.

1196 Les saint-simoniens du *Producteur* ont toutefois une conception élargie des producteurs puisqu'ils prennent également en compte la « production morale ou intellectuelle » (Prospectus de lancement du *Producteur*, cité par P. RÉGNIER, « Les premiers journaux saint-simoniens », *op. cit.*, p. 41).

1197 BMG, E. 26985, p. 583-584.

des hommes à l'inégalité de répartition des avantages sociaux¹¹⁹⁸ ». Si, dans les années 1819-1820, il n'adopte pas encore une posture résolument affirmative quant à l'exigence d'égalité, le germe en est toutefois présent. Bien que la règle de distribution occulte le sort de ceux qui se trouvent dans l'incapacité de travailler, nous verrons encore que Rey ne les oublie pas tout à fait dans ses *Préliminaires*.

Dès 1820, le juriste fait d'ailleurs évoluer cette seconde loi constitutive en tempérant la règle de la contribution. Déjà dans ses *Préliminaires*, on comprend que Rey est aussi préoccupé par les problèmes liés à l'imposition, et sans doute plus particulièrement aux contributions indirectes qu'il juge « si immorales dans leurs effets »¹¹⁹⁹. Les charges sociales ne s'y limitent certes pas. Le juriste précise par exemple qu'il conviendrait de considérer les fonctions publiques comme de telles charges¹²⁰⁰. La fiscalité constitue cependant l'essentiel des charges qui pèsent sur les individus. Quant aux taxes indirectes en particulier, restaurées progressivement à partir de 1806 avec le rétablissement de la taxe sur le sel, après avoir été abolies sous la Révolution en raison de leur caractère inégalitaire, elles ne cessent de susciter des contestations¹²⁰¹. Poser l'exigence d'une contribution proportionnelle aux moyens, c'est exclure de fait toute légitimité des taxes indirectes. Rey avait d'ailleurs prévu en 1820, dans l'hypothèse où la conspiration d'août aurait abouti, d'abolir immédiatement ce type de contributions¹²⁰².

Dans ses *Leçons*, le juriste reformule alors la seconde loi constitutive. À l'instar de Rousseau,¹²⁰³ Rey ajoute désormais une exception en matière de contribution, une « *restriction essentielle*¹²⁰⁴ » qui consiste à exonérer ceux n'ayant rien au-delà de ce qui sert à leurs premiers besoins. Bien que l'Idéologue indique qu'une telle règle est dictée par la sympathie, il la justifie en même temps par des considérations pragmatiques et utilitaires, tout en faisant référence à la nature du pacte social. Alors qu'un Macarel par exemple, sans distinguer entre les indigents et les classes privilégiées, considère que toute exonération est un « véritable vol, qui tend, comme toute

1198 *Préliminaires*, p. 54.

1199 *PCMF*, f. 98.

1200 *Préliminaires*, p. 30.

1201 Nicolas DELALANDE et Alexis SPIRE, *Histoire sociale de l'impôt*, Paris, La Découverte, 2010, p. 15. Clément COSTE remarque que les mesures adoptées après la période révolutionnaire « témoignent d'un retour à des choix de politiques fiscales d'un temps que l'on pensait révolu » (« Penser l'impôt au XIX^e. Controverses fiscales et contributions saint-simoniennes dans la France des années 1830 », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 124 | 2014 [En ligne : <https://journals.openedition.org/chrhc/3682?lang=en>, consulté le 21.01.2021].

1202 Il proposait de les remplacer par une augmentation de l'impôt foncier sur les grands propriétaires, augmentation telle qu'elle devait encore conduire à réduire celui pesant sur les petits propriétaires. À cela s'ajoutait des économies sur la liste civile et la disparition de la maison militaire royale. Il prévoyait encore d'établir un système d'impôts sur le revenu (*MSR*, t. 1, p. 128-129).

1203 « Celui qui n'a que le nécessaire ne doit rien payer du tout » (J.-J. ROUSSEAU, « Discours sur l'économie politique », *Œuvres de J. J. Rousseau*, t. 3, Paris, A. Belin, 1817, p. 363).

1204 *JGLJ*, t. 1, p. 268.

injustice, à la dissolution des sociétés¹²⁰⁵ », Rey pose un constat radicalement opposé. Le juriste évoque en effet l'intérêt de la société à « ne point trop exiger des classes indigentes, pour ne point diminuer leur attachement à l'ordre social et pour ne point les forcer à la révolte¹²⁰⁶ ». Au vu de la longue histoire des rébellions contre la fiscalité¹²⁰⁷ et de la persistance des révoltes paysannes jusqu'aux années 1840¹²⁰⁸, on comprend que le propos de Rey n'est pas dépourvu de fondements. Sa proposition d'exonération devait en revanche apparaître bien radicale aux yeux de ses contemporains. Même Robespierre, après avoir proposé une telle exonération, avait fini par faire marche arrière¹²⁰⁹. Dans son *Projet de constitution* de 1815, Rey allait jusqu'à recommander la progressivité de l'impôt en matière de contribution foncière¹²¹⁰. Il reprenait en cela une mesure déjà défendue par Rousseau, ainsi que par Condorcet et les Idéologues dans la *Décade philosophique*¹²¹¹ – et qui ne sera consacrée qu'au XX^e siècle¹²¹². Par la suite, le juriste revient toutefois sur ses pas et, dans ses *Leçons*, il se contente de soulever la question de la progressivité qu'il laisse en suspens. Seuls ceux n'ayant rien au-delà de ce qui est nécessaire à leur subsistance se voient donc affranchis de contribution. Car le « pacte social », poursuit Rey, « est rompu à l'égard de tout homme qui n'y trouverait point à satisfaire ses premiers besoins »¹²¹³. Ainsi, après avoir seulement exonéré d'impôts ceux n'ayant que le simple nécessaire, Rey suggère de manière astucieuse que la société doit subvenir aux besoins de chacun de ses membres, à défaut de quoi se trouverait rompu le quasi-contrat social. Cette idée n'est toutefois pas une nouveauté de 1820. Sans parler de rupture du pacte, un article du *Projet de Constitution* posait le principe des « secours

1205 Louis-Antoine MACAREL, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 95.

1206 JGLJ, t. 1, p. 267.

1207 Jean NICOLAS a compté pas moins de 8 500 mouvements populaires entre 1660 et 1789, dont près de 40% concernaient la fiscalité ; « [l]a rébellion s'en était toujours pris à l'impôt comme cible privilégiée », affirme-t-il (*La Rébellion française, Mouvements populaires et conscience sociale 1661-1789*, Paris, Éditions du Seuil, 2002, p. 37).

1208 N. DELALANDE et A. SPIRE, *Histoire sociale de l'impôt*, op. cit., p. 9 et 25-26.

1209 Julien BOUDON, *Les Jacobins, Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 650.

1210 REY y indique que « [l]a contribution foncière doit être proportionnelle à la quantité de fonds possédée par chaque contribuable », avant de préciser à titre d'exemple « [q]ue celui qui ne possède que dix, vingt ou trente arpents d'une certaine qualité de fonds, ne devra payer que le minimum de la contribution pour chaque arpent. Que celui qui possédera une quotité de dix, vingt ou trente arpents, outre la première quotité, payera pour cette quotité une somme plus forte que pour la première. [...] Et ainsi de suite, toujours dans une progression croissante qui puisse concilier autant que possible l'égalité véritable des contributions entre les grands et les petits propriétaires, avec le respect du à toute propriété légalement acquise » (PCMF, f. 56-57). C'est donc bien un impôt progressif dont il est question.

1211 La proportionnalité des impôts directs, écrivent-ils « paraît très-équitable », mais est en réalité « souverainement injuste ». Ils considèrent que « la proportion de la contribution à la fortune des contribuables, doit augmenter progressivement en même tems que cette fortune » (*La Décade philosophique, littéraire et politique*, an IV, 4^e trimestre, Paris, 1796, p. 443) ; André HENROT, « Philosophie de l'impôt », *Mémoires de l'Académie nationale de Metz*, t. 13, 7^e série, 2010, p. 117.

1212 Un décret de mars 1793 avait bien posé le principe de l'impôt progressif, mais il ne sera jamais exécuté. La progressivité de l'impôt est « l'une des revendications principales du progressisme républicain et socialiste au cours du 19^e siècle » (J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique*, op. cit., p. 108).

1213 JGLJ, t. 1, p. 267-269.

publics », lesquels devaient être organisés de telle façon que quiconque soit incapable d'assurer sa subsistance puisse trouver sur tout le territoire français un « asile »¹²¹⁴. L'idée est également sous-entendue dans les *Préliminaires du droit*, alors que Rey se prononce pourtant en faveur d'une contribution strictement proportionnelle aux charges sociales sans exonération possible. En effet, lorsque le juriste pose la question de la résistance à l'oppression, en plus du thème de la rupture du pacte, il met en avant la nature sensible de l'être humain, qui le poussera toujours à résister à sa destruction. Ne distinguant pas nettement la légitime défense de la résistance à l'oppression, Joseph Rey en admet la légitimité dans toutes les hypothèses où l'existence de l'individu est en jeu¹²¹⁵. C'est bien une reconnaissance implicite de l'obligation qui incombe à la société de garantir à chacun un minimum de subsistance ; obligation car sa violation est sanctionnée par le comportement antisocial de celui qui viendrait à manquer.

Après avoir énoncé ces deux lois, Rey passe à la question de leur mise en œuvre. Nous ne ferons ici qu'évoquer certains points qui seront étudiés dans la suite de ce travail, mais qui méritent toutefois d'être signalés dès à présent. Rey poursuit ses développements en indiquant que les individus ont du nécessairement passer des « *conventions privées* » pour fixer « le mode et la quotité de ce que chacun doit à la société ainsi que des avantages qu'il doit en tirer »¹²¹⁶. La nécessité de régler ce point est ainsi présentée comme l'origine des conventions privées, qui elles-mêmes sont antérieures à toute législation :

« La première idée qui doit se présenter naturellement sur ce point à des êtres égaux en prétentions, égaux dans le droit de jouir chacun de ce qui leur est propre, à des êtres qui n'auraient encore aucune suprématie les uns sur les autres, doit être sans doute celle de convenir entr'eux de telle ou telle base, de tel ou tel mode sur ce point.¹²¹⁷ »

Rey se situe encore dans le cadre d'une fiction normative : cela *doit* être ainsi, pour *des êtres qui n'auraient encore aucune suprématie les uns sur les autres*. S'il se limitait à dire que les individus ont dû convenir de règles de distribution des charges et des avantages cela ne poserait pas trop de difficultés. Mais la seconde loi constitutive, surtout dans sa formulation de 1820, peut difficilement être considérée comme allant de soi. Elle est censée comprendre toute la théorie du juste et de l'injuste, fondée sur l'observation de la nature humaine et des besoins des individus. Or une telle connaissance requiert, d'après le juriste, des savoirs étendus en Idéologie, en morale et en économie, savoirs dont il déplore justement le manque chez la plupart des législateurs¹²¹⁸. Il faut donc encore comprendre que la découverte de cette loi est le fruit d'un travail, d'un

1214 *PCMF*, f. 59.

1215 *Préliminaires*, p. 66-67.

1216 *Préliminaires*, p. 30 ; *JGLJ*, t. 1, p. 270.

1217 *Préliminaires*, p. 28-30 ; *JGLJ*, t. 1, p. 270.

1218 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, II, A.

développement des savoirs, et non la première idée qui serait venue à l'esprit des hommes. Et on comprend encore que la *méthode d'observation* de Rey ne se pense qu'en association avec une axiologie : il se fonde sur l'observation de l'homme et du fonctionnement des sociétés pour en déterminer les modalités d'organisation idéales. Le juriste sait bien que la force a présidé à l'établissement de la plupart des sociétés, qui ont donc commencé par le *droit du plus fort* en méconnaissant la règle de proportionnalité.

S'il déplore l'usage fait des théories du contrat social, cela ne concerne vraiment que l'hypothèse de l'état de nature présocial. Car l'idée de reconstituer théoriquement, intellectuellement, le processus idéal de formation des sociétés est bien présente dans son œuvre.

Il en va de même concernant le pouvoir législatif. Alors que Rey sait pertinemment que les institutions politiques et les législations ont été imposées par « de féroces conquérans [...] le glaive à la main »¹²¹⁹, il suggère ici qu'avant même l'émergence d'un pouvoir législatif d'État les individus ont établi entre eux des règles par le biais de conventions. Cela signifie donc que le pouvoir législatif serait immanent à la société. Force est de constater l'importance que Rey confère au droit dans le fonctionnement social. Sous cet angle, les relations sociales sont essentiellement des relations juridiques. D'ailleurs la répartition des charges et des avantages s'identifie encore à la distribution des droits et des devoirs¹²²⁰. Aussi trouve-t-on une première expression des lois constitutives, formulées en termes de droits, à l'article 9 de son *Projet de Constitution* :

« **Art. 9** : Tous les membres de la société ont droit à une égale protection de l'institution sociale, mais ils doivent, chacun en raison de leurs facultés, contribuer aux charges qu'elle impose ; l'exercice du droit est inséparable de l'accomplissement du devoir.¹²²¹ »

Dans ce projet se trouvent encore deux articles qui posent clairement l'objectif d'égalité sociale :

« **Art. 2** : Est contraire au but de la société tout acte ou institution qui ne tend point à procurer également à chacun de ses membres tous les avantages, et à faire supporter également à chacun d'eux toutes les charges de la société.

Art. 3 : Est contraire au but de la société tout acte ou institution qui contribue à favoriser la tendance naturelle de l'homme vers l'inégalité dans la répartition des avantages et des charges de la société¹²²². »

Ces articles interviennent immédiatement après l'énoncé du but social, lequel ne peut consister

1219 *TPGD*, p. 337.

1220 Dans le *JGLJ*, REY écrit que les notions de juste et d'injuste découlent de la conformité aux « règles de distribution et de conciliation [des] droits et [des] moyens respectifs » (*JGLJ*, t. 1, p. 261). Dans ses *Bases*, il parlera d'une « juste distribution des jouissances » qu'il assimile à la « juste distribution des avantages sociaux » (*DBOS*, t. 1, p. 348-349)

1221 *PCMF*, f. 6.

1222 *Ibid.*, f. 5.

que dans « l'avantage respectif des associés¹²²³ ». Ils forment, avec deux autres dispositions relatives aux fondements des pouvoirs, ce que Rey nomme les « bases de l'association¹²²⁴ ». Dans la logique de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, il s'agit « de rappeler sans cesse aux citoyens et aux magistrats les bases primitives du pacte social, et conséquemment la mesure de leurs droits et devoirs respectifs, afin de prévenir par là l'oubli ou la corruption des principes de tout gouvernement¹²²⁵ ». Des bases qui se confondent donc avec le but de l'association et qui confèrent à celle-ci une visée utilitaire et égalitaire.

1223 *Ibid.*, f. 5.

1224 *Ibid.*, f. 5.

1225 REY ne mentionne pas précisément la déclaration de 1789. Il évoque seulement les « diverses constitutions françaises, antérieures à celle du consulat » et « la plupart de celles des États-Unis d'Amérique », qui « étaient toutes précédées d'une déclaration des droits de l'homme ». Mais lorsqu'il parle de « prévenir l'oubli ou la corruption des principes », c'est bien le texte de 1789 qui est cité (*PCMF*, f. 66).

SECTION 2 : L’AFFIRMATION DE L’ÉGALITÉ COMME EXIGENCE SOCIALE

« Il y a toute une science dans ce mot [*égalité*], une science, encore aujourd'hui obscure et enveloppée de ténèbres ; l'origine et le but de la société sont cachés dans ce mot, comme dans l'énigme du Sphinx [...] ¹²²⁶ » (Pierre Leroux)

Sans même se concentrer exclusivement sur la période postérieure à 1820, force est de reconnaître que la théorie politique et juridique de Joseph Rey est déjà marquée du sceau de l'égalité. Il convient donc désormais de s'arrêter sur l'exigence d'égalité ou de ce que l'on pourrait aujourd'hui nommer justice sociale, qui est au cœur de la vision reyienne de l'ordre social. Le terme d'égalité est flou, indéterminé, sujet à des interprétations illimitées et à des controverses toujours renouvelées¹²²⁷. Depuis que le principe a été posé en 1789, le chemin qu'il a parcouru et les effets qu'il a produit révèlent de façon toujours plus sensible sa richesse et sa portée politique subversive. Il a d'ailleurs servi d'étendard à une myriade d'hommes et de femmes de gauche dans leurs luttes politiques avant même sa consécration révolutionnaire. Mais quelque chose de différent point à l'aube du XIX^e siècle. Alors qu'une majorité de penseurs et d'hommes politiques veulent *en finir avec la Révolution* en brisant les aspirations démocratiques et égalitaires qui se font entendre, on voit naître les premiers mouvements politiques égalitaires ou au moins tournés vers la volonté de réduire les inégalités. C'est ce que l'on considère comme la naissance des premiers socialismes, souvent stigmatisés et discrédités par la dénomination d'« utopiques »¹²²⁸. L'époque est évidemment propice à de telles réflexions car le développement de la misère sociale, sous le coup du capitalisme industriel, conduit bon nombre d'observateurs à s'inquiéter des effets délétères de l'inégalité. Cependant, les propositions de réformes émises par les premiers socialistes peinent à se concrétiser, quand leurs doctrines ne sont pas tout simplement réprimées par le pouvoir en place comme ce fut le cas pour les Saint-simoniens dans les années 1830. Et pourtant, le saint-simonisme n'est même pas, à proprement parler, une doctrine égalitaire. En 1848, la crainte de la bourgeoisie au pouvoir est telle que le gouvernement commande à

1226 Pierre LEROUX, *De l'égalité*, nouvelle éd., Boussac, 1848, p. 4.

1227 M. ANGENOT, *L'histoire des idées*, op. cit., p. 158-163.

1228 Nathalie BRÉMAND, « "Socialistes utopiques", les mal-nommés », *Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique*, n°124, 2014, p. 13-24. Michèle RIOT-SARCEY s'est attachée à montrer le *réel de l'utopie*. Pour ceux qui sont alors qualifiés d'utopistes, « il n'est pas question d'utopie, mais tout simplement de transformations sociales, pensées en termes de réforme de structures et des droits de tous et de chacun ». Le qualificatif permet alors de « conjurer la subversion » (*Le réel de l'utopie*, op. cit., p. 32). Certains, comme Constantin PECQUEUR, mobiliseront cependant le registre de l'utopie de façon tout à fait assumée, affirmant qu'il était « capital » de procéder à une « exploration de l'idéal et même de l'utopie » (*Théorie nouvelle d'économie sociale*, op. cit., p. i) ; L. FROBERT, « What is a just society ? ... », art. cit., p. 7.

l'Académie des Sciences Morales et Politiques une série de « Petits Traités » destinés au grand public, afin de limiter la diffusion des idéaux égalitaires. L'économiste et homme politique Hyppolyte Passy se charge ainsi de persuader ses lecteurs de la nécessité et des bienfaits de l'inégalité de richesse¹²²⁹. Victor Cousin, quoique moins laudatif envers l'inégalité dans son petit traité *Justice et Charité*, participe aussi à cette entreprise de propagande et de lutte contre les idées de réforme sociale. Malgré ces obstacles mis à la diffusion des idées réformatrices de gauche par la bourgeoisie libérale, le pouvoir juge ces publications nécessaires parce que le socialisme et le communisme sont malgré tout parvenus à se faire une place dans l'opinion publique. Ceci explique l'optimisme de Rey quant à la réalisation prochaine d'un changement social d'ampleur. Dans ses *Mémoires*, il écrit par exemple que, « pour tout observateur sérieux, il est évident que la société européenne et même l'humanité entière, est dans un état de fermentation générale qui annonce une rénovation profonde¹²³⁰ ». Une « grande évolution humanitaire [...] se prépare en ce moment¹²³¹ » et c'est pourquoi il juge nécessaire d'apporter son tribut à ce mouvement et de contribuer au progrès des idées égalitaires.

Quoique Rey ne propose pas de plan original de réorganisation de la société comme le font Fourier, Saint-Simon ou Owen, il cherche à les diffuser et à les faire connaître. Le projet coopératif de Robert Owen en premier lieu. Rey comme Owen ont dans leur ligne de mire une bête hybride, un composé d'inégalité et d'individualisme, la première étant favorisée par le second. Le juriste considère en effet que l'état des inégalités sociales est le reflet du principe individualiste « qui nous fait rechercher notre bonheur indépendamment, et trop souvent en dépit des autres membres de la société¹²³² ». Or, cet individualisme est vicieux. Ne prenant pas en compte l'interdépendance des hommes en société, il se fonde sur une vue partielle de leur condition. Il génère de terribles inégalités qui elles-mêmes créent tout un lot d'effets pervers. C'est pourquoi Rey souhaite lui substituer, dans la lignée de Robert Owen, l'esprit de coopération, c'est-à-dire la coopération dans l'acte de travail et la communauté des biens. Il s'agit alors de remplacer la concurrence par l'association. Bien qu'il ne soit pas dans notre objet d'examiner directement la question de la réforme communiste de la société – Rey ne faisant par ailleurs que reprendre le projet de Robert Owen –, il faut toutefois remarquer qu'il présente la société coopérative comme le « véritable ordre social¹²³³ ». La coopération est en effet définie comme le système « dans lequel il y aurait un concert perpétuel de tous les associés vers un seul

1229 Hippolyte PASSY, *Des causes de l'inégalité des richesses*, Paris, Firmin Didot, 1848.

1230 MSR, t. 1, p. ix

1231 *Ibid.*, p. x.

1232 LSCM, p. 32.

1233 *Ibid.*, p. 8.

et même but, l'accroissement du bonheur de tous¹²³⁴ ». On retrouve donc un vocabulaire très proche de celui employé par l'auteur lorsqu'il formule la première loi constitutive de la société. La règle de proportion posée par la seconde de ces lois est en revanche dépassée au profit d'une distribution des biens proportionnelle aux besoins des individus, c'est-à-dire d'une distribution égalitaire.

Pour faire entendre ses revendications Rey doit commencer par en justifier la nécessité. En utilitariste conséquent, il entend d'abord montrer les méfaits du système qu'il combat afin de convaincre ses lecteurs qu'il est urgent d'en changer. Loin d'être contraire au principe d'utilité, comme le suggère Oudot¹²³⁵, l'égalité est au contraire nécessaire pour accroître le bien-être de chacun des membres de la société. Pour comprendre que le besoin d'égalité est dicté par le principe d'utilité, il faut donc voir le tableau que Rey brosse des maux résultant de l'organisation individualiste et ce faisant inégalitaire de la société (I). Mises sur le compte de l'individualisme, les inégalités ne sont toutefois pas réduites à un simple produit de l'organisation économique et sociale. L'Idéologue signale en effet que l'inégalité a un fondement naturel. Mais bien que *fondée en nature*, elle n'est pas pour autant *conforme à la nature* de l'homme puisqu'elle est source de maux. C'est pourquoi Rey considère que la société a pour but de diminuer cette inégalité primitive. Le juriste ne construit donc pas ses développements par référence à une hypothétique égalité naturelle. C'est le lien particulier que Rey noue entre l'idée d'inégalité naturelle et l'objectif d'égalité sociale qui donne sa physionomie particulière au concept reyen d'égalité (II). Ainsi perçu, il devient une sorte de fil d'Ariane qui doit orienter sans cesse la politique et la législation. Partant d'une inégalité naturelle pour aboutir au principe de l'égalité sociale, Rey se retrouve encore une fois relativement isolé parmi les penseurs de son époque. Ceux qui militent alors pour la mise en œuvre d'une égalité réelle ont d'ailleurs souvent tendance à fonder leur argumentaire sur l'affirmation d'une égalité naturelle entre les hommes¹²³⁶. Philippe Buonarroti¹²³⁷ ou Étienne Cabet¹²³⁸ admettent par exemple qu'il existe des différences naturelles, mais ils refusent de parler d'inégalités naturelles. Ce qu'ils craignent, semble-t-il, c'est qu'en attribuant les inégalités à la nature, ils ne puissent ensuite justifier leurs revendications égalitaires. Yolène Dilas-Rocherieux note par ailleurs que « [l']égalité originelle et la perfectibilité des hommes sont à la base de l'utopie communautaire¹²³⁹ ». Malgré quelques divergences, c'est toutefois chez ces

1234 *Ibid.*, p. 32-33.

1235 « L'égalité ! Tel est le principe cher au cœur et sanctionné par la raison, qu'il faut opposer au calcul d'égoïsme et de passion que représente le mot utilité » (J.-F. OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 55-56).

1236 M. ANGENOT, *L'histoire des idées*, *op. cit.*, p. 159.

1237 P. BUONARROTI, *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, t. 1, *op. cit.*, p. 10-12.

1238 É. CABET, *Voyage en Icarie*, Paris, Au bureau du populaire, 1845, p. 384.

1239 Yolène DILAS-ROCHERIEUX, « Utopie et communisme. Étienne Cabet : de la théorie à la pratique », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1993 | 40-2, p. 256.

hommes que l'on peut sentir le plus de proximité avec Rey. Mais les premiers socialistes et communistes, parfois très proches de Rey quant aux idées politiques, ne sont pas des juristes – si l'on excepte Cabet et Joseph-Auguste Rey. Leur conception de l'égalité ne s'inscrit pas dans le cadre d'une théorie du droit comme c'est le cas pour notre auteur et pour les éclectiques. Or, c'est à la doctrine juridique du premier XIX^e siècle qu'il convient de comparer le propos de Joseph Rey si l'on veut mettre en avant sa singularité en tant que juriste. Nous laisserons donc en grande partie de côté les réflexions sur l'égalité formulées par ces réformateurs, pour nous focaliser sur la conception que s'en font les penseurs éclectiques. Car, pour la période qui nous intéresse, c'est bien la philosophie éclectique qui a servi de matériau à l'interprétation juridique du principe d'égalité. De plus, confronter la conception éclectique de l'égalité à celle de Rey doit encore contribuer à jeter un jour nouveau sur la première. Leur anthropologie spiritualiste exaltant la liberté les conduit à une conception de l'égalité comme égalité dans la liberté, une égalité juridique qui vient étouffer l'idée d'une égalité réelle et conforter les inégalités naturelles. Présenter cette conception de l'égalité à la suite de celle défendue par Rey permet ainsi de montrer comment la philosophie spiritualiste et principalement éclectique a pu contribuer à affaiblir son potentiel (III).

I/ LES INÉGALITÉS DÉNONCÉES

Joseph Rey attribue tous les maux sociaux à ce qu'il nomme le principe *d'individualité exclusive*. Celui-ci est déclaré « incompatible avec notre bonheur¹²⁴⁰ » car il est la cause des inégalités. En dressant le constat des maux résultant de l'individualisme et de l'inégalité qui en est la suite, c'est un tableau du désordre social de l'époque que Rey propose et que l'on retrouve chez la plupart des premiers socialistes. Comme eux, il dénonce avant tout les inégalités sociales qui découlent de l'organisation économique, politique et juridique de la société¹²⁴¹. L'individualisme libéral et les inégalités socio-économiques, favorisés par le droit, sont en effet les deux bêtes noires des penseurs de gauche qui s'attachent à étudier les transformations liées à l'accroissement du capitalisme industriel. Il faut immédiatement signaler qu'en arrière fond de son propos, c'est bien le système capitaliste dans son ensemble et l'organisation de la propriété privée, principalement celle des capitaux, qui sont attaqués par Rey. Comme le notait Saint-Simon dans

1240 DBOS, t. 2, p. 402.

1241 Cela ne revient pas à dire que les inégalités naturelles sont un bienfait, comme d'aucuns le soulignent. Mais à l'inverse de ceux que ROSANVALLON étiquette comme participant de l'« idéologie libérale-conservatrice » et qui correspond en partie à l'éclectisme, REY n'insiste pas sur les inégalités naturelles pour « réduire à l'état de peau de chagrin la dimension proprement sociale des inégalités » (*La société des égaux, op. cit.*, p. 126).

sa *Parabole* de 1819, une partie de la société, les « oisifs », vit du travail des autres et spolie les véritables producteurs¹²⁴². Le juriste propose toutefois une critique plus féroce encore que celle des saints-simoniens car elle s'inscrit dans le cadre d'une dénonciation radicale de l'inégalité. Il la développe pour l'essentiel après son retour d'Angleterre, en posant une description systématique des méfaits de ce qu'il nomme le principe « de *concurrence* » ou de « *rivalité* », autrement dit encore « l'esprit D'INDIVIDUALITÉ exclusive »¹²⁴³. On la trouve d'abord dans ses *Lettres sur le système de la coopération mutuelle*, puis la description est reprise et développée dans ses *Bases*¹²⁴⁴. On trouve également de nombreuses critiques dans ses autres écrits, mais nous nous limiterons à retracer brièvement la peinture des maux découlant des inégalités matérielles à partir des *Lettres* et des *Bases*. Pour Rey, les inégalités matérielles mettent en péril le pacte social et empêchent de former une véritable société (A). Concernant les méfaits des inégalités autres que matérielles, il faut alors puiser dans la *Pétition* de Rey *en faveur d'un plan d'éducation nationale*, laquelle synthétise les effets perniciose liés à l'inégalité dans l'éducation, entre les classes sociales comme entre les genres (B). L'objectif est ici de montrer que l'exigence d'égalité qui est au cœur de la théorie sociale de Joseph Rey est appuyée par le constat de ce qu'on pourrait appeler *l'inutilité de l'inégalité*, afin de faire voir que son idéal égalitaire est conséquent avec son utilitarisme. Ceci apparaît d'autant plus nécessaire que telle n'est pas l'idée que s'en fait Bentham¹²⁴⁵. Bien que favorable à une certaine égalisation des fortunes, le jurisconsulte anglais considère que la sécurité doit primer sur l'égalité et que le législateur doit donc maintenir le *statu quo* dans la répartition des biens¹²⁴⁶. L'égalité se voit en effet bien souvent opposée à la sécurité, qui est alors principalement pensée comme protection de la propriété privée. L'utilitariste grenoblois considère au contraire qu'il ne peut exister de sécurité véritable sans un minimum d'égalité. Alors que les hommes du XIX^e siècle voient se creuser le fossé entre la richesse et la pauvreté et craignent que cela ne donne lieu à des mouvements populaires pouvant aller jusqu'à une nouvelle révolution¹²⁴⁷, Rey se plaît à leur

1242 Cette « Parabole » est parue dans *L'Organisateur* en novembre 1819.

1243 LSCM, p. 32.

1244 Dans les *Bases*, REY s'intéresse de façon plus détaillée aux effets de l'individualisme dans l'agriculture et dans l'industrie et à la perte de produit liée au morcellement, qu'il s'agisse d'un morcellement des terres ou du travail en général (DBOS, t. 2, p. 402 et s.).

1245 REY signale d'ailleurs sa différence de conception de l'utilitarisme en l'illustrant par un exemple relatif à la répartition des avantages sociaux : « Bentham ne propose que le bonheur *du plus grand nombre*, tandis que je pense que la société politique doit impérieusement pourvoir au bonheur de *tous* ses membres. On a déjà vu [...] que *tout* membre de la société a le droit incontestable de participer aux avantages sociaux, lesquels doivent atteindre au plus haut degré possible, et qui ne peuvent jamais être *au dessous du nécessaire*, tant qu'il reste dans la masse totale des moyens de satisfaire à tous les besoins » (TPGD, p. 234).

1246 J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 2, *op. cit.*, p. 47-48.

1247 Ainsi que le souligne P. ROSANVALLON dans *La société des égaux*, *op. cit.*, p. 239 et s. Dans son étude sur le *gouvernement de la misère*, G. PROCACCI remarque une distinction qui s'esquisse progressivement, au cours du premier XIX^e siècle entre une pauvreté jugée normale et le paupérisme qu'il convient d'éliminer : « Contre nature, difforme, permanent, séparé de la pauvreté naturelle dont la disparition est impensable, le paupérisme

rappeler la réalité de la menace qui pèse sur eux s'ils ne se décident pas franchement à régler la question des inégalités. Contre Bentham et contre certains de ses contemporains, Rey affirme donc que la sécurité des possessions ne saurait être acquise tant qu'il n'existe pas une certaine dose d'égalité dans leur partage.

A/ LA SOCIÉTÉ MISE EN PÉRIL PAR LES INÉGALITÉS MATÉRIELLES

Les inégalités dans la distribution des biens ou des avantages sociaux sont, à n'en pas douter, les plus pernicieuses des formes d'inégalité en raison des multiples effets qu'elles produisent. D'après notre auteur, elles créent d'abord une hostilité permanente entre les membres de la société : « si une possession exorbitante des moyens d'existence, pour les uns, les met en hostilité constante avec une autre partie de leurs semblables », comment ces êtres pourraient-ils connaître ces jouissances « vraiment inappréciables » que sont celles de la sympathie, demande-t-il de façon rhétorique¹²⁴⁸ ? Cette répartition inégalitaire de la richesse ne peut, d'après lui, se maintenir qu'en gaspillant inutilement les forces sociales. Joseph Rey remarque en effet que seule la force et la violence peuvent soutenir une telle organisation. Il parle ainsi du « faux emploi des forces humaines », rendu nécessaire pour maintenir « tantôt par la violence et tantôt par mille expédients désastreux, tout cet échafaudage du prétendu ordre social, c'est-à-dire, de l'organisation systématique *du désordre* »¹²⁴⁹. Ce sont des « forces perdues pour le bonheur¹²⁵⁰ », conclut-il. Rey indique par là qu'une telle répartition ne peut satisfaire à la tranquillité publique et ne fait que créer des alarmes chez les riches et les puissants eux-mêmes. C'est l'anxiété généralisée. Comparées aux « peuples barbares¹²⁵¹ » qui marchent toujours armés pour se défendre face à ceux qu'ils ont dépouillés, les sociétés modernes ne présentent aucun gage de sécurité pour leurs membres en raison de l'inégale distribution des richesses. La « classe des oppresseurs » elle-même ne connaît pas la « véritable félicité »¹²⁵². En témoigne justement l'emploi de la force pour maintenir ses acquis :

« dans presque toutes les sociétés qu'on nomme *civilisées*, pourquoi ces nombreuses armées

est traité comme une menace qui pèse sur le corps social tout entier ». Le paupérisme renvoie ainsi aux hommes qui sont en révolte contre la société (*Gouverner la misère, op. cit.*, p. 210-211). Malgré l'intérêt de cette présentation de la question de la pauvreté, nous ne reprendrons toutefois pas cette distinction dans notre analyse.

1248 *DBOS*, t.1, p. 349.

1249 *LSCM*, p. 15.

1250 *Ibid.*, p. 15.

1251 *Ibid.*, p. 16.

1252 *Ibid.*, p. 16.

permanentes au sein même de la paix la plus profonde ? Pourquoi ces nuées de sbires, de gendarmes, d'agens de police ? Pourquoi ces cachots et ces tortures judiciaires ? Pourquoi ces échafauds et ces exécutions continuelles ?...¹²⁵³ »

Rey suggère ainsi que la classe possédante a conscience qu'elle ne peut dormir sur ses deux oreilles car ses possessions sont loin d'être assurées et respectées par l'ensemble des membres du corps social. Elle gaspille alors ses forces pour mettre en place tout un arsenal policier et judiciaire afin de maintenir sa situation privilégiée. Cela ne saurait pourtant suffire à canaliser la détresse créée par la misère. Loin de jeter l'opprobre sur les nécessiteux qui se livrent à quelques infractions, Joseph Rey y voit plutôt une conséquence de l'organisation sociale. Ceci est particulièrement sensible lorsqu'il est question d'assurer ses conditions d'existence. En 1836, alors que les révoltes des canuts lyonnais avaient déjà montré combien la misère des ouvriers pouvait être source de désordres, Rey écrit :

« Vainement crierez-vous à des hommes, entièrement déshérités par vos réglemens inhumains, qu'il faut s'abstenir d'attentats envers les personnes et les propriétés ; qu'on doit aimer et respecter ses supérieurs dans la hiérarchie administrative ; qu'il faut pratiquer les vertus de bonté, de douceur, de tempérance ; toutes vos recommandations seront vaines, et elles ne feront que les aigrir toujours davantage, surtout si leur sanction n'est que dans la force, parce qu'ils entendront la voix du besoin qui leur crie plus fort que la vôtre, parce qu'ils feront sans cesse la comparaison de leurs privations et de votre superflu. Elles achèveront même de les corrompre, parce qu'ils n'y verront qu'une hypocrisie de beaux sentimens.¹²⁵⁴ »

L'auteur relaie ici des idées communes aux Beccaria, Servan, Marat et tant d'autres. Mais c'est sans doute avec d'Holbach que la proximité est la plus sensible. On retrouve en effet dans cette citation de Rey des expressions déjà mobilisées par l'auteur du *Système de la Nature* au siècle précédent. En évoquant « l'homme du peuple », d'Holbach écrivait :

« En vain la Loi lui crie de s'abstenir du bien d'autrui, ses besoins lui crient plus fort qu'il faut vivre aux dépens de la société qui n'a rien fait pour lui & qui le condamne à gémir dans l'indigence & la misère ; privé souvent du nécessaire, il se vange (*sic*) par des vols, des larcins, des assassinats ; au risque de sa vie il cherche à satisfaire soit ses besoins réels, soit les besoins imaginaires que tout conspire à exciter dans son cœur. [...] Ainsi la société punit souvent les penchans que la société fait naître, ou que sa négligence fait germer dans les esprits ; elle agit comme ces pères injustes qui châtent leurs enfans des défauts qu'ils leur ont eux mêmes fait contracter.¹²⁵⁵ »

On voit une fois de plus la pensée de Rey s'inscrire dans le prolongement de celle développée par d'Holbach. Désindividualiser la question de la délinquance pour l'appréhender comme un phénomène social, c'est-à-dire comme un effet de l'organisation sociale, est effectivement cohérent avec la philosophie déterministe qui est la leur. Rey considère ainsi qu'une foule d'infractions commises par la classe pauvre s'explique par l'inégale répartition des biens : sans éducation et travaillant de longues heures tous les jours, les prolétaires seraient enclin à entretenir

1253 *Ibid.*, p. 17 ; DBOS, t. 2, p. 413.

1254 DBOS, t. 2, p. 207-208.

1255 P. T. D'HOLBACH, *Système de la Nature*, t. 1, *op. cit.*, p. 234.

des distractions vicieuses pouvant verser dans la délinquance. Dans la logique de l'anthropologie déterministe, et en s'intéressant sérieusement aux conditions réelles d'existence des individus de ce qu'il était convenu de considérer comme la classe *inférieure*¹²⁵⁶, Joseph Rey peut ainsi mettre en lumière les déterminations que l'organisation économique et sociale, mais aussi politique, fait peser sur eux. La « classe malheureuse », écrit-il, « ne doit [ses] imperfections qu'à la coupable incurie de ceux qui la gouvernent »¹²⁵⁷. Aussi est-ce la société qui doit seule répondre d'une situation qu'elle a elle-même générée. Partant, malgré l'emploi de tous les moyens coercitifs, il ne saurait y avoir de véritable sécurité et l'ordre social tout entier n'a aucune stabilité dans de telles conditions. L'inégalité et, plus encore, la pauvreté matérielle de certains qui en est la conséquence, mettent donc en danger la société. Ce constat avait déjà été dressé par les révolutionnaires¹²⁵⁸ et il est encore partagé par les hommes du XIX^e siècle, témoins de l'accroissement spectaculaire des inégalités suite à l'introduction du régime industriel. Les inégalités divisent la société, elles menacent la survie même du « pacte social »¹²⁵⁹. Dans les termes de Rey, on peut considérer que lorsque se creuse l'écart en riches et pauvres, le devoir d'entraide qui découle du quasi-contrat est violé. Joseph Rey explique ainsi les divers complots menés sous la Restauration et les Trois Glorieuses par l'esprit de privilège qui animait le pouvoir en place. Il écrit dans ses *Mémoires* que « le principe du privilège [...] doit nécessairement finir par indisposer toujours fortement ceux qui sont exclus d'une juste participation aux avantages sociaux¹²⁶⁰ ». C'est donc au gouvernement d'assumer la responsabilité des commotions politiques de la Restauration et du régime de Juillet. Si le pouvoir en place était alors tombé en trois jours, c'est, d'après le mémorialiste, non par la faute du peuple, mais parce qu'a été « méconnu le seul véritable principe de gouvernement, l'égle répartition des avantages sociaux¹²⁶¹ ».

1256 Il évoque justement ces « classes qu'on ne rougit pas d'appeler *inférieures* » à l'occasion de son tableau des maux de l'inégalité (*LSCM*, p. 24).

1257 *Pétition*, p. 101.

1258 Dans le plan de travail du Comité de mendicité, il est écrit : « de la misère au désespoir, il n'est qu'un pas, comme de la misère au crime » (cité par Diane ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 42). Comme le note la chercheuse, l'assistance des pauvres « apparaît bien chez les révolutionnaires comme une condition nécessaire non seulement à l'institution du pacte social mais à sa survie même » (*ibid.*, p. 42). En effet, dans son quatrième rapport, le Comité de mendicité note encore que « [l]à où il existe une classe d'hommes sans subsistances, là il existe une violation des droits de l'humanité, là l'équilibre social est rompu » (cité par G. PROCACCI, *Gouverner la misère, op. cit.*, p. 69).

1259 « [C]ar nous sentons tous au fond du cœur que le pacte social est rompu à l'égard de tout homme qui n'y trouverait point à satisfaire ses premiers besoins » (*JGLJ*, t. 1, p. 267). Voir aussi D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté, op. cit.*, p. 42 ; P. ROSANVALLON, *La société des égaux, op. cit.*, p. 109-112.

1260 *MSR*, t. 2, p. 2.

1261 *Ibid.*, p. 98. Parmi les mesures inégalitaires mises en place par les gouvernements, Rey évoque la loi du milliard des émigrés, le projet de loi sur le rétablissement du droit d'aînesse et des substitutions, ainsi que la réduction de l'impôt foncier – que REY analyse comme une volonté de réduire le nombre d'électeurs de la classe moyenne, et non comme une volonté de « soulager le peuple » (*MSR*, t. 2, p. 43-44).

L'association de la pauvreté et du vice est devenue courante en ce premier XIX^e siècle. Mais là où Rey insiste sur la pauvreté comme origine du vice, la tendance générale est plutôt de voir dans la pauvreté la conséquence d'une vie dissolue et de la fainéantise¹²⁶². Ceux qui adoptent cette logique sont en cela conséquents avec leur vision du libre-arbitre et de la responsabilité morale individuelle, comme Rey l'est avec son anthropologie déterministe. Il faut d'ailleurs ajouter que Rey nuance également le tableau relativement sombre qu'il trace du prolétariat, se démarquant en ceci des critiques formulées par la bourgeoisie dominante. Ayant assisté à des discussions sur des questions politiques et sociales « de l'ordre le plus élevé » dans « d'obscurs cafés, destinés exclusivement à la classe ouvrière » de Londres dans les années 1820, il se souvient y avoir entendu « des hommes de beaucoup de sens »¹²⁶³. Le talent et l'« immense instruction » d'un « simple ouvrier imprimeur » comme Proudhon est également incontestable¹²⁶⁴. En 1844, Rey évoque les rédacteurs de l'*Atelier* et de la *Fraternité*, « simples ouvriers », « prolétaires, chez lesquels », écrit-il, « il y a plus d'idées vraiment sociales, vraiment conservatrices, que dans nos deux chambres législatives réunies »¹²⁶⁵. Plusieurs membres de la classe ouvrières, ajoute-t-il encore, « ont une hauteur de vues qui fait vraiment honte à la prétendue science gouvernementale de nos hommes d'État »¹²⁶⁶.

Si *l'oisiveté est la mère de tous les vices*, ce n'est donc pas chez les ouvriers – absorbés par de longues journées de labeur – qu'il faut la chercher, mais bien chez les rentiers. À la suite de Rousseau¹²⁶⁷, et avec les saints-simoniens, Rey identifie en effet l'oisiveté à la richesse et, par conséquent, la richesse au vice. Contre l'avis de ses contemporains qui voient dans l'opulence une présomption de moralité et d'intérêt à la conservation de l'ordre public, le juriste pose un constat inverse¹²⁶⁸. Rousseau dénonçait le luxe qui « corrompt à la fois le riche et le pauvre, l'un par la possession l'autre par la convoitise »¹²⁶⁹. C'est ce que remarque également Joseph Rey. L'excès de richesse comme de pauvreté est incompatible avec le bonheur des individus, qui

1262 J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique*, op. cit., p. 141 ; P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, op. cit., p. 126-131, qui cite notamment E. BURET, dont les propos méritent d'être rapportés. Ce dernier, après avoir décrit les conditions de vie des salariés industriels, conclut : « [L]à, vous apercevrez la misère sous un aspect si horrible qu'elle vous inspire plus de dégoût que de pitié, et vous serez tenté de la regarder comme le juste châtiment d'un crime ».

1263 MSR, t. 2, p. 20.

1264 *Ibid.*, p. 193-195. PROUDHON est en effet un ouvrier, qui a d'ailleurs profité de son travail dans une imprimerie spécialisée en théologie et en philosophie pour y parfaire « sa culture en autodidacte » (A.-S. CHAMBOST, *Proudhon, L'enfant terrible du socialisme*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 14), avant de rentrer à l'Académie de Besançon, où il consacre ses études à la philologie (*ibid.*, p. 18). Il a encore suivi, en tant qu'auditeur libre, les cours de LERMINIER ou de MICHELET (*ibid.*, p. 19), ce qui explique l'*immense instruction* que REY trouve en lui.

1265 MSR, t. 2, p. 101.

1266 *Ibid.*, p. 101.

1267 J. BOUDON, *Les Jacobins*, op. cit., p. 85.

1268 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, A, 1.

1269 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 227.

suppose toujours une certaine tempérance dans les plaisirs. Il parle ainsi de « la punition naturelle de celui qui possède, [sans en faire un usage bienveillant], une fortune hors de proportion avec celle des autres membres de la société¹²⁷⁰ ». Le riche développe des désirs immodérés et vicieux pour compenser l'ennui de sa vie, usant de corruption et de fraude pour les satisfaire, voire de violence : « il contractera toutes les habitudes vicieuses et les sentiments immoraux ; il sera intempérant, débauché¹²⁷¹ » – termes que d'autres plumes appliquent plus volontiers aux indigents¹²⁷². Joseph Rey est certain que l'homme a besoin d'exercer ses facultés, par conséquent « s'il n'est occupé à faire le bien, il le sera d'une manière nuisible¹²⁷³ ». Par ailleurs, les infractions commises par les hommes des classes supérieures sont d'autant plus à redouter que ces derniers disposent de mille moyens pour se soustraire aux poursuites des autorités. De plus, la satisfaction de ses « désirs vicieux, funestes à son bonheur », ne contrebalance pas nécessairement le sentiment de satiété du riche et Rey croit reconnaître une sorte de « dégoût de la vie » qui serait la principale cause des suicides en Angleterre chez les classes aisées¹²⁷⁴. Les vices du riche se diffusent même jusqu'au pauvre qui prendra le goût des « jouissances de vanité », à l'exemple de celui qu'il a « la sottise » de considérer comme son supérieur¹²⁷⁵. Enfin, en faisant descendre l'attrait du luxe jusque dans les classes inférieures, cela conduit à développer l'industrie du luxe en se détournant des productions utiles. Il y a ainsi déperdition du travail¹²⁷⁶.

L'extrême inégalité dans la répartition des biens crée ainsi un détournement des forces productives vers des activités allant de l'inutilité au crime avéré, et ses effets sont loin d'être seulement matériels. En créant dans la société deux classes opposées d'intérêts, elle est encore un obstacle au développement des affections sympathiques. Le riche perd plus ou moins toute sympathie envers ses semblables ; il se persuade que les jouissances du pauvre doivent diminuer

1270 LSCM, p. 20. Le passage entre guillemets est ajouté par REY en 1836 dans ses *Bases* (DBOS, t. 2, p. 415).

1271 LSCM, p. 27.

1272 D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, op. cit., p. 54-55.

1273 LSCM, p. 27. Ce passage sera repris par Jules GAY dans *Le socialisme rationnel et le socialisme autoritaire*, Genève, J. Gay et fils, 1868, p. 122-123.

1274 LSCM, p. 21. Est-ce une réponse à MONTESQUIEU qui affirmait que les suicides des anglais étaient « l'effet d'une maladie » indépendamment « de toute autre cause » ? (*De l'Esprit des lois*, t. 2, Paris, Veuve Dabo, 1824, p. 54).

1275 REY y voit ainsi l'une des causes de la prostitution (LSCM, p. 28).

1276 L'économie politique classique (SMITH, RICARDO) adopte en revanche une position ambiguë sur le luxe, qui est tout à la fois « critiquable » et « indispensable ». Elle affirme en effet qu'il peut être avantageux de développer le désir des hommes pour des objets autres que ceux nécessaires à la satisfaction des besoins parce que cela permet de dynamiser le système économique et d'inciter les individus à travailler (G. PROCACCI, *Gouverner la misère*, op. cit., p. 120-122). REY consacre d'ailleurs quelques mots au paysan irlandais (stigmatisé par MALTHUS qui ne comprend pas pourquoi il se contente de vivre de la production de pommes de terre, sans chercher à accroître sa richesse). REY soutient, « au contraire, qu'il y aurait une bien grande stupidité de sa part s'il travaillait davantage, et s'il s'adonnait à une autre culture qui, peut-être il est vrai, assurerait mieux l'acquittement de toutes ses charges, mais qui lui offrirait moins de sécurité dans les moyens de subsistance » (LSCM, p. 13).

les siennes, ignorant par là que son propre bonheur est dépendant de celui des autres¹²⁷⁷. Parmi les classes laborieuses elles-mêmes, Rey remarque la reproduction des logiques de mépris selon les distinctions hiérarchiques¹²⁷⁸. Il y a donc une « diminution des affections bienveillantes » qui s'accompagne d'un « désir de domination » de la part du riche et d'« un sentiment d'envie et de haine » de la part du pauvre, haine partagée d'ailleurs « car le riche déteste le pauvre qui veut s'élever au-delà d'une certaine sphère »¹²⁷⁹. Pris en étau entre les riches et les pauvres, l'homme de la classe moyenne n'en est pas moins à plaindre. Aspirant à s'élever au niveau du riche, méprisant le pauvre, il est à son tour méprisé par les classes supérieures qui cherchent à lui faire supporter le plus lourd des charges sociales¹²⁸⁰. L'auteur signale encore bien d'autres effets pervers de cette organisation inégalitaire de la société. Il ajoute, peut-être pour éveiller une alarme salutaire, que ce sont les riches pour qui les aléas de la vie, avec une telle organisation sociale, sont les plus nombreux. En effet, lorsque l'homme habitué à l'opulence est confronté à un accident quelconque qui le conduit à la ruine, il est un « être déchu [...] bien plus malheureux que celui qui naquit au milieu des privations¹²⁸¹ ». À destination des classes supérieures qui semblent se satisfaire de leur situation, il rappelle ainsi les contraintes et les risques qui accompagnent leur position sociale. Si Rey parle d'abord en termes de riches et de pauvres, il poursuit plus tard le même constat en distinguant les possesseurs du capital et les producteurs, lorsqu'il entreprend d'interroger le droit de propriété¹²⁸².

Les inégalités dans la distribution des biens ne sont toutefois pas les seules à produire des effets pervers qui mettent en péril la société.

B/ LA DÉGRADATION MORALE DES PAUVRES ET DES FEMMES

Ce ne sont pas seulement les inégalités matérielles qui sont nuisibles et méritent d'être résorbées. Le sort réservé aux pauvres n'est pas dénoncé exclusivement du fait de leur misère économique, mais également en raison des effets moraux qui dérivent des carences dans leur éducation. L'inégalité des intelligences, fait naturel, n'est pas non plus propice à l'harmonie

1277 *LSCM*, p. 25.

1278 « Ah ! ce n'est qu'un *paysan*, ce n'est qu'un *ouvrier*, ce n'est qu'un *petit marchand* ! Et le paysan, et l'ouvrier, et le petit marchand poussent l'absurdité jusqu'à répéter eux-mêmes de telles phrases de mépris ! » (*LSCM*, p. 29).

1279 *LSCM*, p. 26.

1280 *Ibid.*, p. 21-23.

1281 *Ibid.*, p. 18.

1282 C'est ce qu'il fait dans des notes manuscrites (BMG, T. 3980, liasse n° 5) ; voir *infra* Partie 2, Chapitre 1, Section 3, I, B, 2.

sociale. Or, bien que cette forme d'inégalité ne puisse être entièrement résorbée par l'éducation, l'ignorance dans laquelle sont plongées les classes pauvres résulte néanmoins de choix politiques qu'il est possible de dénoncer. Pour Joseph Rey, le défaut d'instruction d'une bonne partie de la population est un autre facteur de désordre et peut encore expliquer certains comportements de ces laissés-pour-compte. Il pense en effet, d'accord avec l'esprit général de son temps¹²⁸³, que les vices des classes pauvres sont également une conséquence de leur défaut d'instruction. La preuve en est que « les registres des cours criminelles font foi que le très grand nombre des condamnés appartient aux classes ignorantes¹²⁸⁴ ». Rey remarque pourtant que ses contemporains s'opposent à l'instruction des prolétaires de peur que celle-ci ne les mène à la révolte. Il note en effet dans ses *Bases*, pourtant parues après la loi Guizot sur l'instruction primaire, que les « classes privilégiées » s'opposent à l'instruction des masses afin de maintenir « les fausses relations où l'humanité se trouve », en tenant dans l'ignorance ceux dont ont méconnait chaque jour les droits¹²⁸⁵. L'éducation publique telle qu'elle existe lui semble certainement insuffisante, car Rey n'entend pas se limiter à un simple apprentissage de la lecture, de l'écriture ou du calcul. Il n'y voit en effet qu'une sorte d'« introduction¹²⁸⁶ » qui ne pourrait suffire, même aux fils d'ouvriers. S'il admet que l'éducation des masses puisse se limiter aux premiers degrés de l'instruction, ceux-ci doivent néanmoins comporter tous les premiers éléments des diverses sciences, physiques comme morales. Mais le but de ses contemporains est surtout d'« inculquer une discipline¹²⁸⁷ » par l'école, discipline qui doit maintenir chacun à sa place. Le but de ces privilégiés, suggère ainsi Rey, est donc d'éviter de voir éclater des révoltes, lesquelles ne manqueraient pas de légitimité. C'est ce que constate également Chateaubriand, lorsqu'il écrit de façon satirique :

« À mesure que l'instruction descend dans ces classes inférieures, celles-ci découvrent la plaie secrète qui ronge l'ordre social irrégulier. La trop grande disproportion des conditions et des

1283 Voir G. PROCACCI, *Gouverner la misère*, *op. cit.*, p. 242-245. La plupart pensait alors que l'école devait permettre aux enfants d'intérioriser « le modèle hiérarchique des rapports sociaux » (*ibid.*, p. 243), mais REY ne partage pas du tout ce point de vue.

1284 « Partout les registres des cours criminelles font foi que le très grand nombre des condamnés appartient aux classes ignorantes. On voit aussi généralement que les mœurs grossières sont l'apanage des mêmes classes ; et cela se conçoit aisément : il faut en effet une diversion aux travaux habituels de l'homme, surtout quand ces travaux sont pénibles ; or celui qui n'a pas le secours des jouissances intellectuelles, n'aura de ressource à cet égard qu'en se livrant aux passions les plus brutales. D'un autre côté, l'imprévoyance et le peu d'espoir d'améliorer sa condition, qui sont aussi des résultats de l'ignorance, ajouteront à cette malheureuse tendance, et il se plongera sans frein dans la fange des jouissances grossières. [...] À cette dégradation morale viendra nécessairement se joindre l'habitude de la violence et du désordre, ce qui répond suffisamment à ceux qui prétendent que c'est au contraire l'instruction qui donne aux pauvres un esprit d'insubordination. Comment, en effet, des êtres ainsi désordonnés dans leurs mœurs seraient-ils des citoyens paisibles ? [...] Aussi partout l'ignorance rend le peuple féroce et turbulent, et en fait un instrument docile aux desseins des ambitieux. Plus la multitude est éclairée, et moins l'erreur a de prise sur elle. » (*Pétition*, p. 15-16).

1285 DBOS, t. 2, p. 131-132.

1286 *Pétition*, p. 23 ; DBOS, t. 2, p. 143.

1287 G. PROCACCI, *Gouverner la misère*, *op. cit.*, p. 243.

fortunes a pu se supporter tant qu'elle a été cachée ; [...] essayer de persuader au pauvre, lorsqu'il saura bien lire et ne croira plus, lorsqu'il possédera la même instruction que vous, essayer de lui persuader qu'il doit se soumettre à toutes les privations, tandis que son voisin possède mille fois le superflu : pour dernière ressource il vous le faudra tuer¹²⁸⁸ ».

Si Rey suggère dans ses *Bases*, à l'instar de Chateaubriand, que l'instruction des masses pourrait bien les conduire à contester le désordre social, il était toutefois plus précautionneux lorsqu'il écrivait à destination des législateurs. Dans sa *Pétition*, Rey met en effet ces derniers en garde : ce n'est pas l'instruction mais « l'ignorance [qui] rend le peuple féroce et turbulent, et en fait un instrument docile aux desseins des ambitieux¹²⁸⁹ ». Aussi considère-t-il qu'il « n'est pas d'autre moyen [que l'éducation pour] détourner à jamais le danger des commotions violentes, rarement heureuses, et qui naissent inévitablement du défaut d'harmonie dans les idées et les sentiments¹²⁹⁰ ».

Certains craignent en outre que l'éducation des pauvres ne conduise à « la désertion des campagnes et plus encore [à] l'émancipation des travailleurs de la terre¹²⁹¹ ». Cette crainte est encore exagérée, juge Joseph Rey. D'abord, ce serait « un bienfait inestimable » de permettre au « fils du pauvre que distingueraient d'heureuses dispositions » d'accéder aux professions intellectuelles ; et donc de ne plus les réserver au « fils de l'homme opulent qui n'aurait pas su profiter de sa position pour s'élever dans la hiérarchie intellectuelle »¹²⁹². Autrement dit, réduire les inégalités dans l'éducation permettrait de découvrir plus facilement les véritables hommes de talent, ce qui ne peut être qu'utile à la société¹²⁹³. De plus, une éducation faite convenablement mènerait surtout à « un changement avantageux dans les opinions actuelles sur la répartition des travaux et de leurs salaires, ainsi que sur le degré d'estime qu'on doit leur accorder respectivement¹²⁹⁴ ». Il n'y aurait donc pas à craindre de voir les ateliers et les champs désertés.

Dans sa *Pétition*, Rey soulève également la question de l'inégalité entre les genres. Il adhère certes à l'idée d'une différence de nature et de destination entre les hommes et les

1288 François-René DE CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, t. 6, Paris, Penaud frères, 1851, p. 225 ; Ferdinand MOUKETE, *Le discours satirique dans les « Mémoires d'outre-tombe » de Chateaubriand*, thèse de doctorat réalisée sous la direction de Francis CLAUDON, Université Paris-Est, 2001, p. 199-200 [En ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00692007/document>, consulté le 20.01.2021].

1289 *Pétition*, p. 16.

1290 *Ibid.*, p. vi.

1291 Jacques OZOUF, « Le peuple et l'école. La demande populaire d'instruction en France au XIX^e siècle », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, n° 43, 2009 [En ligne : <http://journals.openedition.org/ccrh/3512>, consulté le 05.01.2020].

1292 *Pétition*, p. 20.

1293 « [U]n plus grand nombre d'individus pourrait entrer en concurrence pour les travaux d'un ordre plus relevé » (*Pétition*, p. 19).

1294 *Pétition*, p. 21.

femmes¹²⁹⁵. Cette opinion faisait alors l'objet d'un large consensus¹²⁹⁶ ; elle était d'ailleurs celle de Tracy¹²⁹⁷ comme de Cabanis¹²⁹⁸. Mais reconnaître une différence n'empêchait pas de penser malgré tout une égalité entre les genres. Les saint-simoniens défendent par exemple une égalité entre les genres et souhaitent associer hommes et femmes dans le cadre des processus de décisions, justement parce que chacun d'entre eux apporte ses caractères propres¹²⁹⁹. La différence ne saurait justifier une quelconque inégalité. C'est pourquoi Joseph Rey dénonce l'injuste domination, « l'abus que l'homme a fait de sa force envers un être plus faible que lui¹³⁰⁰ ». Il a détruit par là bien des sources de bonheur que la vie conjugale aurait dû lui apporter en méconnaissant les droits réciproques des deux sexes. Si les femmes ne sont plus dans « un état complet d'esclavage et de dégradation » et que leurs droits sont « un peu plus respectés » aujourd'hui, l'homme se considère toujours comme un « maître » et la femme n'agit que comme une « esclave affranchie », ce qui les placent dans « un état presque continu de dissidences pénibles, de véritables hostilités sans cesse renaissantes »¹³⁰¹. Ces êtres sont pourtant faits pour s'entendre et partager un bonheur mutuel dont ils se privent par l'injuste domination des hommes sur les femmes. Voilà encore une inégalité produite par les rapports sociaux dont nul ne tire un quelconque bénéfice.

C'est seulement après avoir dressé ce triste portrait de la société que Rey propose de

1295 De façon très réductrice, REY refuse d'attribuer l'ensemble des traits *féminins* à la reproduction de certains codes, au mimétisme. S'il admet que les différences entre hommes et femmes sont largement liées à l'éducation, il adhère néanmoins à l'idée d'une différence de nature. La petite fille est « plus délicate, plus mince, plus molle » et même « plus blonde » que le petit garçon ! Elle a un « caractère général de délicatesse et de faiblesse ». Tout ceci, à quoi s'ajoute encore « l'état maladif auquel [les femmes] sont réduites une partie de la vie » - les menstruations – les rendent ainsi « moins propres à tout travail qui exige de longues et fortes méditations » (DBOS, t. 1, p. 179-180 et 209). Mais il ne fait ici que reprendre les idées qui ont cours à son époque, et qui tente d'inscrire la différence des hommes et des femmes sur le fondement biologique d'une différence des sexes, et justifie en grande partie l'infériorité des femmes par leurs menstruations (voir l'excellent ouvrage de Thomas LAQUEUR, *La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, Paris, Gallimard, 1992).

1296 Joan W. SCOTT, *La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998, p. 9-10.

1297 TRACY adhère au postulat d'une différence de destination entre les genres : aux hommes la sphère publique, aux femmes la sphère domestique (*Commentaire sur l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 160).

1298 « Pierre-Jean-Georges Cabanis [...] reconnaît que tous les humains partagent la même sensibilité viscérale aux souffrances d'autrui, et donc une certaine aptitude morale ; mais dans le même temps, il établit une distinction entre la sensibilité profonde et idéale des hommes et les sentiments fluctuants des femmes. Cette opposition est la conséquence de la particularité de leurs organes internes, et détermine leurs rôles dans la société » (J. W. SCOTT, *La citoyenne paradoxale*, *op. cit.*, p. 24).

1299 Voir par exemple l'article « La femme », dans *Le Globe*, VIII^e année, n° 53, 22 février 1832, p. 1 ; P. MUSSO, *Saint-Simon et le saint-simonisme*, *op. cit.*, p. 105 ; J. W. SCOTT, *La citoyenne paradoxale*, *op. cit.*, p. 107-108.

1300 *Pétition*, p. 54.

1301 *Ibid.*, p. 52-54.

remplacer la concurrence et l'inégalité par la « coopération dans les travaux » et « la *communauté* de jouissance des produits, basée sur *l'égalité* »¹³⁰². Cette substitution de la concurrence et de l'individualisme par la coopération, par *l'association*, constitue d'ailleurs l'un des points de ralliement des doctrines socialistes¹³⁰³. Chez Rey, ce projet de réforme de la société sur le modèle coopératif est cependant reporté à une époque où ce type de communautés aura pu donner des preuves de viabilité et montrer ses bienfaits¹³⁰⁴. Ce n'est pas par un mouvement révolutionnaire, ni par une politique liberticide¹³⁰⁵, que la communauté pourra être instaurée et maintenue. Il faut créer une adhésion. C'est pourquoi Rey s'oppose aux communistes qui, tels Babeuf sous la Révolution, souhaitent imposer leur organisation d'un seul mouvement à l'ensemble de la société¹³⁰⁶. Et s'il incite les gouvernements à prendre en charge de telles entreprises, c'est seulement car les moyens dont ils disposent devraient permettre de créer la communauté modèle qui pousserait alors le reste de la société à adopter ce régime¹³⁰⁷. En effet, le juriste cherche d'abord à propager les idées communautaires de Robert Owen – il prévoyait à cette fin une réédition de ses *Lettres* à la demande de Jules Gay¹³⁰⁸ et a également créée à Paris une société coopérative destinée à propager la doctrine¹³⁰⁹.

À défaut de pouvoir persuader sur-le-champ tous les hommes d'accepter ce modèle, Rey tente au moins d'insister sur la nécessité de réduire les inégalités. L'inégalité ne favorise ni les jouissances matérielles ni les jouissances affectives et constitue donc une pure perte. Elle est encore la source de nombreux conflits d'intérêts puisqu'elle crée des classes sociales aux intérêts divergents. Dans une note en marge du *Nouveau monde industriel*, Rey indique pourtant clairement sa préférence pour « l'harmonie » par rapport à l'égalité. Mais il se dit alors justement « adversaire des inégalités sociales » car elles sont « un germe constant de désharmonie »¹³¹⁰. Partant, il est

1302 LSCM, p. 32-33.

1303 P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, op. cit., p. 158 ; S. DUPUIS, *Robert Owen*, op. cit., p. 187 et 197. La communauté de biens est en revanche loin de faire consensus. Signalons encore le point de vue marginal de Charles EMMANUEL, un saint-simonien qui, sans rejeter l'association, entend toutefois *réconcilier* le *socialisme* et l'*individualisme* (M. RIOT-SARCEY, *Le réel de l'utopie*, op. cit., p. 157).

1304 REY se tient d'ailleurs informé des diverses entreprises de Robert OWEN en Angleterre et aux États-Unis.

1305 A l'époque des monarchies post-révolutionnaires, l'égalité est généralement perçue comme nécessairement assortie d'un pouvoir de contrainte pour la mettre en œuvre (P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, op. cit., p. 134). On en trouve par exemple une illustration sous la plume de Raymond-Théodore TROPLONG : « La liberté sera donc toujours un obstacle infranchissable pour l'égalité des biens. Aussi, dans le système hostile au droit de propriété, tient-on fort peu de compte de la liberté » (*De la propriété d'après le Code civil*, op. cit., p. 59).

1306 MSR, t. 2, p. 83. Aux yeux de REY, BABEUF n'en demeure pas moins un homme « animé des intentions les plus pures » (*ibid.*, p. 175).

1307 DBOS, t. 2, p. 435.

1308 Correspondance entre Joseph REY et Jules GAY, 1837 (BMG, T. 3980, liasse n° 7).

1309 MSR, t. 2, p. 75.

1310 BMG, E. 27024, p. 7.

assez sceptique quant à la possibilité d'harmoniser les rapports sociaux tout en maintenant les inégalités. Si l'égalité n'est pas une fin en soi, elle est une condition *sine qua non* de l'harmonie sociale. Or, cette harmonie tant désirée sera toujours détruite par « les prétentions démesurées d'un ou plusieurs membres de la société dans le partage des avantages sociaux » car l'inégalité sera éternellement combattue « par les êtres qu'elle blesse trop vivement »¹³¹¹. Autrement dit, Rey prévient qu'il n'y aura jamais de stabilité ni de sécurité dans une société trop inégalitaire. Telle est la conséquence « nécessaire de la violation des lois de la nature »¹³¹². Aussi peut-il indifféremment écrire, comme on le trouve dans ses *Preliminaires*, que le but de la société est « un concours de moyens pour en augmenter la force, à l'effet de procurer à chaque associé une plus grande somme d'avantages¹³¹³ » ; ou encore que son « but ne peut être que l'accord des intérêts divers, et non la satisfaction exclusive de l'un ou de quelques-uns de ces intérêts¹³¹⁴ » ; mais aussi que « le but principal de la société doit être de détruire autant que possible la tendance trop naturelle des hommes à l'inégalité¹³¹⁵ ». La recherche de l'harmonie sociale et de la plus grande somme de jouissances pour tous les membres de la société est toujours l'objectif visé. Il est en effet « dans l'intérêt bien entendu de tous les membres de la société humaine, grands et petits, qu'une distribution trop inégale [des biens matériels] soit à jamais bannie de son sein¹³¹⁶ ». Rey est ici rejoint par l'un des auteurs de la *Revue républicaine*, M. Dupont, qui considère que « le but social est la satisfaction des besoins moraux, intellectuels et physiques des hommes », ce qu'il juge tout à fait identique à cette seconde formulation : « le but social est l'égalité »¹³¹⁷.

Il ne faudrait cependant par en conclure que les inégalités sont seulement le produit de l'organisation sociale. De façon assez atypique pour un partisan de l'égalité, Rey considère en effet que la situation naturelle des hommes est marquée par l'inégalité. Les hommes sont naturellement inégaux et l'organisation sociale et la législation n'ont fait qu'augmenter plus encore les différences primitives entre les individus, au lieu de les réduire. Il faut donc voir comment Rey passe de l'affirmation de l'inégalité naturelle à la revendication de l'égalité sociale en abordant plus en détail la conception reyienne de l'égalité.

1311 REY précise d'ailleurs que cette prétention sera combattue « d'après la loi immuable de notre organisation » (TPGD, p. 187).

1312 TPGD, p. 188.

1313 *Preliminaires*, p. 22.

1314 *Ibid.*, p. 97.

1315 *Ibid.*, p. 54 ; JGLJ, t. 1, p. 138.

1316 DBOS, t. 2, p. 209.

1317 M. DUPONT, « Introduction », *Revue Républicaine*, t. 1, *op. cit.*, p. 5.

III/ L'IDÉAL ÉGALITAIRE DE JOSEPH REY : DE L'INÉGALITÉ NATURELLE À UNE « PIEUSE INÉGALITÉ¹³¹⁸ »

L'idéal égalitaire vers lequel tend Joseph Rey ne peut se réaliser complètement, selon lui, que dans le système coopératif avec communauté de biens. Dans ses *Lettres*, il explique en effet que dès qu'un partage des biens a lieu, même sur la base de l'égalité, il s'accompagne de la possibilité d'accumuler. L'inégalité peut alors réapparaître avec tous les conflits d'intérêts et tous les maux qui en forment le cortège. C'est pourquoi Rey penche résolument en faveur du système de Robert Owen contre ceux de Fourier et de Saint-Simon. Il apprécie malgré tout les projets de ses compatriotes et participe d'ailleurs un temps à la propagande saint-simonienne à Angers. Entre le saint-simonisme et le fouriérisme, il affirme toutefois sa préférence pour le second, car son projet de société est plus proche de celui de Robert Owen. Rey considère même que le système de Fourier, inégalitaire puisqu'il maintient une part de profit pour le capital, a plus de chance d'accueillir immédiatement les faveurs populaires que celui de la communauté¹³¹⁹. Il fut d'ailleurs actionnaire du journal fouriériste *La Démocratie Pacifique*¹³²⁰. S'il ne s'investit pas davantage dans les projets phalanstériens, c'est seulement en raison de l'opposition de sa femme à tout ce qui a trait aux nouvelles idées sociales¹³²¹. C'est malgré tout le communisme égalitaire qui obtient toutes ses faveurs. Le principe d'inégalité, que l'on retrouve chez Fourier avec la rétribution du capital ou chez les saint-simoniens avec la rétribution selon les œuvres, devrait, écrit Rey dans des notes personnelles, « être banni de toute association qui aura vraiment pour but la justice, la morale et la bienveillance universelle, ou, en d'autres termes, le bonheur commun¹³²² ». En 1847, sentant certainement qu'un changement est proche, il appelle néanmoins au *ralliement de tous les socialistes*¹³²³ afin que, en dépit de certaines vues discordantes, ceux-ci puissent travailler ensemble à la réforme de la société et au soulagement de la misère. Si l'association ne peut être réalisée que par la coopération et la communauté, il n'est pas exclu d'y tendre par d'autres moyens en attendant le moment où une telle organisation sera partout admise et consacrée. L'exigence d'égalité de Rey ne se limite donc pas à projeter dans un au-delà cet

1318 DBOS, t. 2, p. 394.

1319 BMG, E. 26907, p. 20 ; DBOS, t. 2, p. 454-456.

1320 BMG, T. 3952.

1321 « [L]a compagne de ma vie ne partage nullement nos idées, et elle a adopté toutes les préventions de nos adversaires, sans jamais vouloir faire un effort sérieux pour examiner nos principes ». Or, ajoute Rey, « comme une bonne partie de mon modeste revenu vient de son côté, et que toujours été accoutumé à lui rendre compte de toutes mes dépenses, je ne pourrais employer une somme quelconque pour un objet semblable, sans essuyer une scène violente » (brouillon d'une lettre de REY adressée à M. BOISSY, membre du phalanstère de Condé-sur-Vesgre, octobre 1847 (BMG, T. 3952)).

1322 BMG, T. 3980, liasse n° 5.

1323 J. REY, *Appel au ralliement de tous les socialistes*, Paris, Bureaux de la Démocratie Pacifique, 1847.

avenir radieux, mais s'exprime par toute une série de réflexions et de propositions de réformes plus immédiates. Elle imprègne en fait toute sa théorie du droit. C'est pourquoi il importe avant tout d'analyser la conception reyienne de l'égalité afin de cerner et de comprendre ensuite les différentes façons dont il cherche à la mettre en œuvre.

La position de Rey sur l'égalité a subi des variations au fil de ses écrits. Dans ses premières brochures, il défend une conception juridique encore assez classique de l'égalité devant la loi (**A**), avant d'évoluer, à partir de la publication de ses *Préliminaires*, vers une approche plus radicale de l'égalité. C'est parce que les hommes sont naturellement inégaux (**B**) qu'il convient de dépasser la simple égalité devant la loi ou l'égalité en droits, afin de réaliser l'égalité réelle. Pour Joseph Rey, la lutte contre les inégalités ne saurait donc être réalisée par une simple égalité de traitement. L'établissement de l'égalité réelle suppose d'abord de mettre en œuvre ce qu'il nomme une *pieuse inégalité* (**C**).

A/ LES PREMIERS GERMES DE LA RÉFLEXION REYIENNE SUR L'ÉGALITÉ

Dans ses premiers écrits, Rey se positionne contre l'égalité des biens pour faire prévaloir une simple égalité juridique. Il n'admettra d'ailleurs jamais la première forme car il la juge incapable de créer une réelle égalité. Dans son *Projet de Constitution* de 1815, il la qualifie ainsi de « chimère » pour lui préférer ce qu'il nomme l'« égalité civile », c'est-à-dire une « égalité de protection devant le loi »¹³²⁴. Dès cette époque, il propose néanmoins une série de mesures en faveur d'une égalité plus réelle. En effet, parmi les premiers articles du *Projet*, le juriste évoque déjà l'égalité des charges et des avantages sociaux (art. 2) et condamne « tout acte ou institution qui ne tend point à procurer également à chacun de ses membres tous les avantages, et à faire supporter également à chacun d'eux toutes les charges de la société » (art. 3)¹³²⁵. Allant plus loin, Rey pose ensuite le principe de l'impôt progressif en matière de contribution foncière (art. 283). Il précise enfin que « [l]es lois de successions doivent tendre à l'égalité des fortunes » (art. 284)¹³²⁶. Il y a encore loin de cette tendance égalitaire à la revendication de l'égalité réelle.

En 1818, Rey publie alors un *Catéchisme de la Charte* qui se présente sous la forme d'un dialogue entre un *curé vendéen, devenu constitutionnel* et un *grenadier de l'ex-garde, redevenu cultivateur*, et dans lequel il revient sur le thème de l'égalité. Il est difficile de déterminer si l'auteur joue avec

1324 PCMF, f. 66-67.

1325 *Ibid.*, f. 5.

1326 *Ibid.*, f. 56-57.

une forme d'ironie ou s'il adhère vraiment aux mots qu'il prête au curé. Ce dernier affirme d'abord, concernant l'égalité des biens : « rien n'est plus faux et plus dangereux que cette manière de penser sur l'égalité¹³²⁷ ». C'est une dénaturation du principe, explique encore le curé, qui se dit certain que cette façon de présenter l'égalité est le fruit des adversaires de la véritable égalité, c'est-à-dire de l'égalité devant la loi. Celle-ci consiste, explique-t-il, en ce que « tous *les hommes sont égaux devant la loi*, c'est-à-dire qu'elle les protège tous également, le pauvre comme le riche, le simple citoyen comme le premier fonctionnaire¹³²⁸ ». Il s'agit d'une approche devenue assez banale avec la Révolution, qui revient à dire que les supériorités ne sauraient être consacrées comme privilèges juridiques¹³²⁹. C'est ce qu'on peut trouver chez Tracy lorsqu'il explique que la société doit « combattre l'inégalité de pouvoir », et ce notamment en « établissant la sûreté »¹³³⁰. Lorsque Rey (le curé) en vient à traiter de l'égalité des biens, les raisons qui motivent son exclusion sont en revanche plus intéressantes. Le curé juge une telle égalité tout à fait pernicieuse parce qu'elle « ne pourrait durer cinq minutes » – le partage devant être réactualisé à chaque naissance –, et parce qu'elle serait « souverainement injuste »¹³³¹. Ceci de deux façons. Il serait d'abord injuste que l'oisif ou le dépensier puisse s'approprier les fruits du travail ou des économies de l'homme prévoyant. C'est ici qu'on peut se demander si Rey n'est pas en train de singer la posture du curé qui, de fait, aime l'inégalité et néglige l'égalité évangélique. L'affirmation du curé peut certes renvoyer à une condamnation du système de privilèges qui avait lieu sous l'Ancien Régime par exemple, ou au profit des capitalistes. Mais cela témoigne en même temps d'une absence de prise en compte du sort réservé à ceux qui se trouvent dans l'incapacité de travailler. Le deuxième argument avancé par le curé contre l'égalité de biens est que celle-ci serait injuste parce que non adaptée aux besoins de chacun des individus. Les hommes étant inégaux dans leurs facultés et dans leurs besoins, il serait insensé de donner le même habit au grand et au petit, la même nourriture à des hommes ayant des appétits différents, du tabac à celui qui n'en consomme pas, etc. Telle est bien l'opinion de Joseph Rey et il la réaffirmera tout au long de sa vie. Cependant, dans des écrits plus tardifs, il remarque justement que cette manière de présenter l'égalité est le fait de ceux qui entendent la décrédibiliser¹³³². Afin de ne pas surinterpréter (et mal interpréter) l'intention qui anime l'auteur, nous nous contentons de soulever l'hypothèse qu'il s'agit ici d'une forme d'écriture à laquelle se mêle une certaine dose d'ironie.

1327 *Catéchisme*, p. 32.

1328 *Ibid.*, p. 31.

1329 Nous verrons toutefois, en étudiant la conception éclectique de l'égalité, que la transformation des inégalités naturelles en privilèges de droit n'est pas vraiment très éloignée de leur pensée (voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, III, A).

1330 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie*, IV et V Parties, *op. cit.*, p. 320.

1331 *Catéchisme*, p. 33.

1332 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II, C.

Quoi qu'il en soit, une chose est certaine, l'égalité mathématique dans la distribution des biens est condamnée par Joseph Rey dès cette époque. L'égalité stricte de traitement est effectivement absurde et cruelle, parce que les hommes sont inégaux. Elle ne ferait par conséquent qu'accroître l'inégalité primitive. Or tel est justement l'opposé du but social. Dans sa brochure sur *la responsabilité des agents du pouvoir*, parue la même année que le *Catéchisme*, Rey écrit d'ailleurs que « l'idée première » du mot « *ordre public* [...] revient, en dernière analyse à celle-ci : *protection du faible contre l'oppression du fort* »¹³³³. Et l'auteur d'ajouter : « car l'autorité publique serait inutile, si les forces de chaque individu ou de chaque fraction d'individus étaient rigoureusement balancées »¹³³⁴. En effet, si tel était le cas, l'équilibre des divers intérêts se ferait spontanément.

Quoi que le juriste se fasse plus explicite dans ses publications ultérieures, et peut-être plus encore dans ses notes personnelles, on peut toutefois constater que le germe de sa conception de l'égalité est présent en 1818. Si il dénonce l'égalité des biens, et malgré l'éventuelle tournure ironique, c'est en effet parce celle-ci serait incapable de réaliser une égalité réelle. Les hommes étant naturellement inégaux, la même portion de biens ne saurait satisfaire de la même manière deux individus aux besoins différents.

B/ PENSER L'ÉGALITÉ À PARTIR DES INÉGALITÉS NATURELLES

À partir des *Préliminaires du droit*, et dans ses écrits ultérieurs, Joseph Rey explique plus précisément la différence entre l'égalité réelle et l'égalité arithmétique, tout en consacrant de longs passages à l'inégalité naturelle. Alors que certains socialistes, comme Cabet ou Buonarroti, distinguent l'inégalité entre les hommes des différences qui existent entre eux, Rey identifie les deux. En effet, lorsqu'il évoque l'inégalité entre les hommes, il écrit par exemple qu'« il ne peut y avoir aucune similitude *absolue* dans l'organisation des divers individus »¹³³⁵. Le juriste considère ainsi que les hommes sortent « *très-inégaux* des mains de la nature » contrairement à ce qu'ont énoncé « tous les philosophes jusqu'à ce jour » et « toutes les déclarations de droits »¹³³⁶.

Il faut reconnaître que Rey ne rend pas justice aux philosophes passés, qui n'ont bien entendu pas tous adhéré à ce postulat¹³³⁷. Dans son *Traité* de 1828, Rey paraît en avoir pris

1333 *DLRAP*, p. 61.

1334 *Ibid.*, p. 61.

1335 *TPGD*, p. 186.

1336 *Préliminaires*, p. 28-29 ; *JGLJ*, t. 1, p. 137.

1337 P. ROSANVALLON va cependant plus ou moins dans le sens de REY, en notant que « les théories juridiques et philosophiques de l'égalité naturelle [...] ont irrigué tout le XVIII^e siècle » (*La société des égaux*, *op. cit.*, p. 34). Parmi les auteurs ayant adhéré au postulat d'une égalité naturelle, on trouve par ailleurs MONTESQUIEU,

conscience, puisqu'il se contente désormais d'évoquer « plusieurs philosophes¹³³⁸ ». D'ailleurs, ses contemporains embrassent pour la plupart la thèse de l'inégalité primitive¹³³⁹. On trouve bien chez Xavier Portets cette idée d'une égalité naturelle amenée à diminuer progressivement suite à l'usage que l'homme fait de sa liberté¹³⁴⁰. Mais il faut reconnaître que sa position est relativement marginale. On peut d'ailleurs mettre en doute l'apparente méconnaissance de Rey quant aux philosophes passés, et c'est certainement ce qui explique qu'il se limite ensuite à attribuer cette opinion à *plusieurs philosophes*. La façon dont il présente l'inégalité naturelle à partir du milieu des années 1820 est en effet très analogue à certains passages du *Système de la nature* de d'Holbach. Les notes de lecture de Rey ne concernent pas la conception holbachienne des différences entre les individus, et l'époque à laquelle il l'a lu demeure incertaine. Par ailleurs, le constat de l'inégalité (ou *a minima* des différences) entre les hommes découle assez logiquement d'une posture matérialiste. Néanmoins, la similitude dans la façon dont les deux auteurs s'expriment est suffisamment frappante pour être signalée.

D'Holbach écrit qu'il n'est pas deux individus « qui se ressemblent exactement » et que « la seule différence du site doit nécessairement entraîner une diversité plus ou moins sensible [...] dans le système entier des êtres »¹³⁴¹. Suit alors une note où le philosophe souligne que même « deux grains de sable ne sont point strictement égaux¹³⁴² ». De son côté, Rey affirme que dans l'hypothèse où deux individus auraient la même constitution physique « il résulterait toujours que ces deux corps étant placés dans un lieu différent de l'espace, il naîtrait de ce seul fait une source infinie de sensations diverses, et souvent tout-à-fait contradictoires¹³⁴³ ». Mais cette hypothèse demeure quoiqu'il en soit impossible. Et les philosophes se trompent s'ils avancent que les hommes sortent égaux des mains de la nature¹³⁴⁴. Rey le dit à plusieurs occasions. Lorsqu'il entreprend par exemple de défendre l'éducation en commun (dans le cadre des communautés coopératives) contre ceux qui craignent l'uniformité de caractère qui pourrait en résulter, il recourt précisément à l'image des grains de sable pour rappeler qu'il n'y a jamais identité entre deux êtres¹³⁴⁵. Les affirmations et illustrations de d'Holbach et Rey font ainsi

d'après qui l'égalité naturelle cesse lors de l'entrée en société, pour se transformer en état de guerre (*De l'Esprit des lois*, t. 1, Paris, Veuve Dabo, 1824, p. 90). Voir *infra* même § pour des développements sur cette opinion de REY.

1338 TPGD, p. 186.

1339 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, III, A.

1340 X. PORTETS, *Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 77-78.

1341 P. T. D'HOLBACH, *Système de la nature*, t. 1, *op. cit.*, p. 28.

1342 *Ibid.*, p. 28.

1343 TPGD, p. 185. « Le seul fait d'occuper un point *différent* de l'espace amène indispensablement des *différences* de relation » et il ne peut donc « exister deux [êtres] *entièrement* semblables » (*De la méthode Jacotot*, p. 39). La même idée se trouve encore dans *DBOS*, t. 1, p. 231-232.

1344 TPGD, p. 186.

1345 « [L]a crainte d'une uniformité de caractère est tout-à-fait chimérique ; car si, dans la nature inanimée, il n'est

ressortir les causes nécessaires des différences et donc des inégalités entre les hommes. Il est effectivement conséquent, pour qui s'intéresse à l'organisation biologique du corps humain et adhère à une épistémologie sensationniste de reconnaître de telles dissemblances entre les individus. Pas moins de cinq chapitres des *Bases de l'ordre social* sont ainsi consacrés à l'examen des différences entre les hommes, qu'elles soient primitives ou acquises. Rey évoque le tempérament, la race, le sexe, l'âge et les diverses circonstances qui surviennent au cours de la vie et affirme par conséquent qu'« il n'existe de mêmété, si je puis me servir de ce mot, pour aucun des êtres de la nature¹³⁴⁶ ».

À la suite de d'Holbach, Tracy et autres penseurs matérialistes, le juriste considère donc que l'inégalité de facultés physiques et intellectuelles, comme celle des besoins, est un fait qu'il serait « souverainement déraisonnable de nier¹³⁴⁷ ». Cela ne saurait pour autant faire obstacle à une politique égalisatrice. Contre William Thompson¹³⁴⁸, l'un des théoriciens britannique du système coopératif, Rey affirme dans son *Traité* qu'il n'est pas besoin de partir du principe de l'égalité naturelle pour reconnaître un « droit d'égalité [...] dans la jouissance des biens sociaux¹³⁴⁹ ». Il serait en effet « très-malheureux¹³⁵⁰ » de donner pour seule base à l'égalité sociale une fausse supposition. Le « droit d'égalité » ne résulte pas d'une égalité naturelle ; il découle « de la nécessité de maintenir l'harmonie sociale, que détruisent nécessairement les prétentions démesurées d'un ou plusieurs membres de la société dans le partage » des avantages sociaux¹³⁵¹.

pas deux feuilles d'arbres, ou même deux grains de sable qui se ressemblent parfaitement, comment supposer que des êtres aussi compliqués que ceux de l'espèce humaine deviennent jamais assez identiques pour qu'on n'aperçoive pas une infinité de dissemblances entre eux ? » (*LSCM*, p. 164-165 ; *DBOS*, t. 2, p. 502). Il utilise également l'image pour s'opposer à l'égalité des intelligences dans *De la méthode Jacotot*, p. 39.

1346 *DBOS*, I, p. 233.

1347 *JGLJ*, I, p. 138.

1348 William THOMPSON lui dédicace son ouvrage *An inquiry into the principles of the distribution of wealth*, London, 1824 (BMG, E. 27140). Les deux hommes se sont peut-être même rencontrés chez BENTHAM dans les années 1820-25. Voir S. DUPUIS, *Robert Owen, op. cit.*, p. 236. William THOMPSON est un économiste britannique. D'abord baigné dans l'utilitarisme benthamien, il se tourne ensuite vers les idées de Robert OWEN (Ragip EGE, « L'économie politique et les systèmes sociaux pendant la première moitié du XIX^e siècle », in Alain BÉRAUD (éd.), *Nouvelle histoire de la pensée économique, Des premiers mouvements socialistes aux néoclassiques*, t. 2, Paris, La Découverte, 1993, p. 21-22).

1349 *TPGD*, p. 186.

1350 *Ibid.*, p. 186.

1351 *Ibid.*, p. 186-187. De même, contre Joseph JACOTOT et ceux qui s'en revendiquent, REY considère qu'il n'est pas besoin de supposer l'égalité des intelligences pour pouvoir considérer que chacun est apte à s'émanciper intellectuellement. Selon les jacotistes, si l'inégalité était naturelle, elle serait immuable et l'éducation ne serait que d'un faible secours, incapable de produire chez tous l'émancipation intellectuelle qu'ils désirent. Ils rattachent alors l'infériorité intellectuelle à un défaut de volonté auquel, toujours selon eux, il serait possible de remédier. REY signale au contraire que ce qui est natif n'est pas immuable, et ne voit pas dans l'idée d'un défaut de volonté une perspective plus réjouissante que dans celle d'une inégalité native des facultés intellectuelles. Bien au contraire, puisqu'une telle opinion risquerait de conduire à reprocher à l'enfant un défaut de bonne volonté, ce qui ne peut susciter que du découragement (*De la méthode Jacotot, op. cit.*).

Dans ce texte de 1828, Rey affirme donc franchement qu'il existe un *droit d'égalité* ou « *droit d'une certaine égalité de distribution dans nos moyens de bonheur* », lequel ne résulte pas d'une prétendue égalité naturelle, mais « tire son origine de nos rapports inévitables dans l'état de société »¹³⁵².

Force est pourtant de reconnaître que ce *droit* n'a pour l'heure aucune consistance, aucune effectivité. Et Rey accuse, entre autres, les législateurs imprudents. En effet, alors que les lois devraient viser la diminution des inégalités qui existent entre les membres de la société, « les législateurs ont presque toujours agi en sens inverse, et [...] ils semblent n'avoir eu pour but que d'accroître encore cette imperfection de notre nature¹³⁵³ ». Parce qu'il n'est pas possible d'établir une « *égalité parfaite* » entre les hommes, remarque-t-il encore, « l'on a fait précisément des lois qui, loin de combattre au moins cette tendance à l'inégalité, l'établissaient comme un principe respectable et la favorisaient de tout leur pouvoir »¹³⁵⁴. Les législations sont venues consacrer l'inégalité. En donnant une assise juridique aux inégalités naturelles, celles-ci se perpétuent alors sous la forme d'inégalités sociales. Négligeant la tendance qui porte les individus à la sympathie et à la conciliation de leurs intérêts, les législateurs ont été tout à fait aveugles. C'est pourquoi Joseph Rey leur reproche de s'être fondés sur une « *vue partielle de notre nature*¹³⁵⁵ ». Ils ont ainsi « fait perdre à l'espèce humaine une longue succession de bonheur, qu'ils ont remplacé par un amas épouvantable de maux et de désordres de tout genre¹³⁵⁶ ».

C'est pire encore lorsque les privilèges sont attribués tout à fait arbitrairement, indépendamment de ce que les individus apportent à la société en termes d'utilité, comme le riche oisif se repaît de bonne chair pendant que les classes laborieuses gémissent. Ceci pousse Rey à faire la remarque suivante :

« On dirait en vérité que le droit de jouir des biens de la terre soit en raison inverse de la part que les divers individus prennent à leur création.¹³⁵⁷ »

La plupart des gouvernements, constate-t-il encore dans ses *Mémoires*, ont admis pour principe une opposition d'intérêts et de droits entre gouvernants et gouvernés, assorti de l'idée que « les droits et les intérêts des premiers doivent toujours l'emporter¹³⁵⁸ ». Pour maintenir un tel système inégalitaire, ils se sont alors vus contraints de céder une part de leurs privilèges à une classe d'auxiliaires – la noblesse – afin de s'assurer de leur soutien. Les gouvernants ont ainsi créé volontairement « des classes différentes d'individus, dont les uns jouissant d'avantages que n'ont

1352 TPGD, p. 188.

1353 Ibid., p. 186-187.

1354 *Préliminaires*, p. 52-53 ; JGLJ, t. 1, p. 390-391 ; TPGD, p. 237.

1355 TPGD, p. 187.

1356 Ibid., p. 187.

1357 LSCM, p. 11.

1358 MSR, t. 2, p. 142

pas les autres, sont prêts également à soutenir les prétentions du pouvoir contre les autres classes de citoyens¹³⁵⁹ ». Ils sont par conséquent passés tout à fait à côté des règles de la morale utilitariste qui suppose de concilier autant que faire se peut les intérêts de tous les membres de la société. En plus des indéniables inégalités naturelles, les gouvernants ont donc créé des inégalités sociales tout à fait artificielles afin d'asseoir leur pouvoir.

C'est peut-être ce genre de constats qui a conduit certains philosophes à considérer que « tous les hommes, sortant *égaux* des mains de la nature, ne deviennent inégaux *que par la société*¹³⁶⁰ ». C'est une opinion que l'on trouve chez Hobbes¹³⁶¹, mais il est vraisemblable que ce soit ici Rousseau auquel Joseph Rey fasse référence. En effet, lorsque le juriste développe sur ce point, il l'illustre en des termes qui font échos à certains passages du *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. Le philosophe Genevois précisait l'objet de son discours dans ces termes : il s'agit « [de] marquer dans le progrès des choses, le moment où le Droit succédant à la Violence, la Nature fut soumise à la Loi ; d'expliquer par quel enchaînement de prodiges le fort pu se résoudre à servir le faible, et le peuple à acheter un repos en idée, au prix d'une félicité réelle¹³⁶² ». Il concluait alors ce même texte en affirmant que « l'inégalité morale, autorisée par le seul droit positif, est contraire au Droit Naturel, toutes les fois qu'elle ne concourt pas en même proportion avec l'inégalité Physique¹³⁶³ ». Rousseau identifiait « inégalité morale » et inégalité « politique », c'est-à-dire celle établie par convention, laquelle « consiste dans différents Privilèges, dont quelques-uns jouissent, au préjudice des autres, comme d'être plus riches, plus honorés, plus Puissants qu'eux, ou même de s'en faire obéir¹³⁶⁴ ». Le philosophe avançait donc l'idée que l'organisation juridique des sociétés politiques (le Droit, la Loi) aurait pour effet de créer des inégalités tout à fait artificielles et parfois même contraires aux inégalités naturelles. Or, lorsque Rey évoque ces philosophes qui voient dans la société l'origine des inégalités, il l'illustre précisément avec un exemple relatif au renversement des rapports de force *naturels* dans le cadre des relations de pouvoir. Il écrit en effet : « Parce qu'il existe dans la plupart des sociétés connues des rois débiles de corps, ou même d'esprit, et de simple pâtres ou des artisans, forts au physique et souvent au moral, on a de suite conclu que la société n'avait pour résultat que de déranger les lois de la nature qui tendraient à l'égalité¹³⁶⁵ ». Toutefois, il se refuse à en tirer les mêmes conclusions de Rousseau. Le problème ne tient pas au fait que la faible puisse gouverner le fort, mais à l'idée que le rapport entre gouvernant et gouvernés soit un rapport

1359 *Ibid.*, p. 143.

1360 *Préliminaires*, p. 29 ; *JGLJ*, t. 1, p. 138 ; *TPGD*, p. 186.

1361 T. HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 220 et 261.

1362 J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, *op. cit.*, p. 64.

1363 *Ibid.*, p. 148.

1364 *Ibid.*, p. 64.

1365 *Préliminaires*, p. 29 ; *JGLJ*, t. 1, p. 138.

inégalitaire. Il ne s'agit pas d'un résultat nécessaire de la société mais d'une perversion des principes sociaux. Dans le véritable ordre social, le roi devrait toujours être l'égal du pâtre ou de l'artisan. Contre Rousseau, Joseph Rey affirme qu'il n'y a pas, ou du moins qu'il ne devrait pas y avoir d'inégalité morale car les fonctions publiques ne doivent être considérées que comme des charges. Loin de conférer des privilèges, elles seraient plus justement assimilées à une sorte de fardeau. C'est au contraire dans l'hypothèse d'un état de nature, c'est-à-dire, pour Rey, d'un « état d'hostilité constante entre les hommes¹³⁶⁶ » que l'inégalité serait la plus forte. Rey prend alors le contre-pied de Hobbes lorsqu'il affirme que, dans cette supposition, « il y a plus de distance, plus d'inégalité réelle entre deux pâtres, dont l'un peut impunément piller ou massacrer l'autre, qu'il n'en existe dans le véritable ordre social entre le pâtre et le roi¹³⁶⁷ ». Dans ce dernier état, dont nous sommes encore bien loin, « le roi respecte les droits du plus faible individu, qui devient par là fort de toute la protection sociale¹³⁶⁸ ».

Bien que Rey voit dans les inégalités un attribut naturel de l'espèce humaine, cette inscription dans le registre de la nature n'a donc pas vocation à servir de justification ni de fondements aux inégalités sociales. Car il sera toujours vrai que ce qui est le plus conforme à la nature de l'homme, et donc en un sens le plus naturel, est ce qui doit lui apporter la plus grande somme de bonheur. Rien n'empêche alors de fonder une politique égalitaire à partir du constat de l'inégalité naturelle. Il apparaît au contraire que telle est la seule manière d'assurer une égalité véritable, c'est-à-dire qui prenne en compte les différentes situations de départ afin d'ajuster la part à donner à chacun.

C/ L'ÉGALITÉ RÉELLE RENDUE POSSIBLE PAR LA MISE EN ŒUVRE D'UNE « PIEUSE INÉGALITÉ »

Bien que les hommes soient inégaux en besoins et en facultés, Joseph Rey affirme néanmoins dans ses *Préliminaires* que les hommes sont égaux en droits. En 1819, il évoque en effet des « êtres égaux en prétentions, égaux dans le droit de jouir chacun de ce qui leur est propre », en précisant bien qu'ils sont « égaux en prétention, en droits, en non pas égaux par la nature »¹³⁶⁹. Mais dès l'année suivante, cette égalité n'est déjà plus de mise.

Dans ses *Leçons*, il écrit désormais que l'idée d'égalité naturelle peut seulement signifier

1366 *Préliminaires*, p. 29 ; JGLJ, t. 1, p. 138.

1367 *Préliminaires*, p. 29 ; JGLJ, t. 1, p. 138.

1368 *Préliminaires*, p. 29 ; JGLJ, t. 1, p. 138.

1369 *Préliminaires*, p. 28.

que les hommes ont « tous des droits à exercer, et que personne n'a le droit de violer impunément ceux des autres », avant d'ajouter que cela serait encore plus vrai

« si l'on ajoutait que l'on a d'autant plus de droits qu'on a plus de besoins, c'est-à-dire, plus de faiblesse, puisque nos droits viennent tous de nos besoins »¹³⁷⁰.

Nous laisserons pour le moment de côté la question du rapport entre les besoins et les droits sur laquelle nous aurons l'occasion de nous pencher longuement par la suite¹³⁷¹. Il est ici intéressant de constater que la notion d'égalité en droits se transforme en fait en droit à l'égalité, ou en ce qu'on pourrait appeler une égalité *par* le droit. Or, cette dernière forme d'égalité suppose un traitement discriminant. Dans le cadre de la distribution des avantages sociaux, comme le note le juriste dès 1819, une égalité parfaite, arithmétique « pourrait être la plus cruelle des institutions » car elle demeure inadaptée aux besoins réels des individus¹³⁷². L'égalité mathématique n'est pas l'égalité réelle. Elle est bien souvent plus apparente que réelle. Pour réaliser l'égalité, la distribution doit se faire proportionnellement aux besoins de chacun d'une part, et doit encore tenir compte des préférences individuelles d'autre part. C'est une égalité de jouissance que cherche Joseph Rey. À Cabet qui entend donner aux Icariens la même quantité des mêmes aliments, le juriste répond en effet que cela est doublement inégal. Donner la même quantité à des êtres ayant des besoins inégaux crée d'abord une inégalité dans la satisfaction des besoins. Qui plus, les hommes ont des goûts différents et il devrait être loisible à chacun de choisir ses aliments afin d'assurer une égalité de jouissance. « Loin de nuire à l'égalité, cela contribuerait à la rendre plus réelle ; car si mon estomac ou mon goût répugne à un mets qui plaît à un autre, je suis sacrifié, et cet autre est, par cela seul, un privilégié¹³⁷³ ». C'est donc de façon radicale et dans le moindre de ses aspects que Rey pense l'égalité.

Dans ses *Bases*, il reformule alors le principe d'égalité devant la loi. Dans un passage où il s'adonne à une critique du contenu du droit de propriété et de son inégale répartition, le juriste écrit qu'« [il] n'y a véritable égalité de la protection légale, que lorsque toute personne est constamment aidée, soutenue dans l'emploi de ses facultés¹³⁷⁴ ». Rey considère alors que l'inégale répartition de la propriété et la protection juridique qui est accordée aux propriétaires constituent de véritables privilèges puisqu'elles empêchent les autres membres de la société d'acquérir des biens par leur travail. Il estime en effet

qu'« [il] y a monopole, il y a privilège toutes les fois que, directement ou indirectement, les institutions favorisent le bien-être de quelques-uns plus que celui des autres, et surtout quand

1370 *JGLJ*, t. 1, p. 137-138.

1371 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II, A.

1372 *Préliminaires*, p. 23-24 ; *JGLJ*, t. 1, p. 264-265.

1373 BMG, E. 26915, p. 53.

1374 *DBOS*, t. 2, p. 394.

elles rendent son acquisition impossible pour certains individus¹³⁷⁵ ».

Et Rey d'ajouter :

« Non, ce n'est pas en effet la simple égalité de protection que la loi devrait consacrer, dans un état de société où la balance penche déjà tant du côté de ceux qui ont par eux-mêmes une forte position ; car l'institution sociale ne pouvant avoir d'autre but légitime que de tenir l'équilibre entre les divers intérêts, elle doit venir sans cesse en aide au faible contre le fort qui voudrait l'opprimer, ou qui ne lui tend pas une main secourable ; et, dans ce cas, en effet, ce qu'est plus une *égale assistance* qu'elle doit à tous ses enfans, c'est de la *faveur* pour celui qui en a besoin ; c'est pour ce dernier une *plus grande part* à son intervention bienfaisante. Ainsi, tant que l'équilibre dont j'ai parlé n'existera pas, ce n'est pas le principe *d'égalité* dont il faudra réclamer le triomphe, mais celui d'une pieuse *inégalité* en faveur du pauvre, parce que seul il sera conforme à la justice, à la charité, à la satisfaction des plus nobles impulsions morales.¹³⁷⁶ »

Ces mots de *pieuse inégalité* restituent bien la façon dont Rey conçoit la mise en œuvre d'une égalité réelle. Cette inégalité est effectivement loin de contredire le projet égalitaire : elle n'est que le moyen permettant de réaliser l'égalité réelle. Dans une note manuscrite, il précise ainsi qu'il fait partie des « partisans de l'égalité, c'est-à-dire de celle de bonheur pour tous, quoique avec des portions différentes de moyens selon le besoin réel de chacun¹³⁷⁷ ». Puis il ajoute une note à destination de ceux qui défigurent l'égalité en ne parlant que d'égalité mathématique. Pour une fois, Rey affirme se désintéresser de la subversion du vocabulaire : « Appelez-nous, si vous voulez, les sectateurs de l'inégalité, pourvu que vous l'entendiez telle que nous venons de la déterminer¹³⁷⁸ ».

Dans ses *Mémoires*, qui avaient initialement vocation à être publiés, Rey propose alors une version édulcorée de l'égalité telle que la conçoivent les *communistes*. Il en présente une peinture qui joue sur des ressorts moraux communément admis et qui maintient en même temps une dose suffisante d'inégalité pour ne pas effrayer les possédants. Il écrit ainsi :

« nous ne voulons pas qu'un individu quelconque puisse regorger des mets les plus exquis, lorsqu'un seul de ses semblables n'aura pas le nécessaire[...]. En un mot, que les besoins, les vrais besoins de chacun selon sa constitution et les circonstances de sa vie, soient également satisfaits, c'est-à-dire qu'aucun ne souffre par pénurie, tandis que l'autre a plus qu'il ne faut, et qu'il souffre peut-être à son tour par l'excès de satisfaction, voilà notre dogme sacré, voilà le dogme de la véritable justice, de la véritable charité¹³⁷⁹ ».

Quoique cela ne corresponde pas à l'horizon égalitaire qui est au cœur du système de la communauté, c'est une façon pour Rey de faire progresser l'idée communiste en amoindrissant, en apparence, son potentiel révolutionnaire. Il rappelle d'ailleurs à ses riches et puissants contemporains qu'il est possible de limiter la révolte des nécessiteux, non par la répression, mais en témoignant de leur bonne volonté et de leurs sincères efforts pour améliorer les conditions

1375 *Ibid.*, p. 394.

1376 *Ibid.*, p. 394.

1377 BMG, T. 3980, liasse n° 5.

1378 *Ibid.*

1379 MSR, t. 2, p. 82.

d'existence des plus pauvres¹³⁸⁰. Il signale encore par là, contre l'avis dominant de ceux qui publient alors, que le peuple français est loin d'être cette bête féroce prête à céder à tous les excès révolutionnaires. Il faut en revanche se garder d'y voir l'apologie d'une stratégie de manipulation des masses, comme cela peut être le cas dans certains discours¹³⁸¹.

Par quoi passe donc cette égalisation des conditions ? Sans même étudier les actions concrètement menées par Rey au sein des diverses associations de bienfaisance et autres œuvres auxquelles il a participé à la fin de sa vie¹³⁸², on trouve dans sa théorie politique et juridique un ensemble de propositions qui tendent vers l'égalité. Sa conception des fondements de la sociabilité, l'idée de rupture du pacte social à l'égard de celui qui n'aurait pas de quoi subvenir à ses premiers besoins, ainsi que les *lois constitutives de la société* en constituent déjà une illustration minimale. Le droit et le devoir, comme nous le verrons, sont intimement associés à la notion de besoins et à leur satisfaction. Ils sont en outre envisagés dans une perspective relationnelle qui permet d'associer le droit à la faiblesse et le devoir à la force¹³⁸³. Conséquemment à cette manière de concevoir le droit, la tension égalitaire se sent encore très nettement lorsque Rey en vient à théoriser le droit de propriété. Mais le juriste n'entend pas limiter cette recherche d'égalité au seul domaine des possessions matérielles.

Lorsqu'il présente sa *Pétition* en faveur d'un système d'éducation nationale, celui-ci est encore sous-tendu par l'idée d'égalité, qu'il s'agisse de réduire l'écart entre les classes sociales ou entre les genres. L'éducation publique doit en effet être rendue accessible à tous les citoyens et favoriser l'égalité entre eux par une éducation commune. Rey prévoit ainsi la gratuité de l'enseignement, sous condition de revenus¹³⁸⁴. En outre et à contre-courant de l'opinion qui dominait alors, Rey interdit expressément de créer des établissements distincts à destination de ceux bénéficiant de l'enseignement gratuit. Cela irait effectivement contre le but de l'institution, qui doit tendre à réunir tous les individus pour créer des idées et des sentiments communs à l'ensemble des classes de la société. Il faut d'ailleurs rappeler que Rey a fortement œuvré en faveur de l'introduction des écoles maternelles en France, alors nommées salles d'asiles¹³⁸⁵. Il les

1380 *Ibid.*, p. 180.

1381 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, III, la citation de RABAUT SAINT-ETIENNE et l'interprétation qu'en propose Pierre ROSANVALLON.

1382 Pour ne citer que quelques exemples, REY a participé à la création du restaurant sociétaire de Grenoble (A. LHUISSIER, « Le restaurant sociétaire de Grenoble sous la Seconde République », *art. cit.*, p. 85-110). Il a également cherché à fonder une colonie agricole destinée aux mendiants et aux orphelins (BMG, T. 3961), et a encore correspondu avec le ministère de la guerre pour l'établissement d'une colonie agricole en Algérie destinée aux jeunes détenus (BMG, T. 3962).

1383 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II et III.

1384 *Pétition*, p. 140.

1385 Voir notamment les *Lettres à ma femme sur les écoles de la première enfance*, *op cit.*. Georges WEILL qualifie même

considère en effet comme le meilleur moyen de créer, dès le plus jeune âge, une communauté d'intérêts et de sentiments entre les membres de la société. Les salles d'asiles s'inscrivent donc dans une recherche d'égalisation des conditions sociales. Toutefois, dans son plan d'éducation nationale, Rey se positionne contre toute forme d'autoritarisme étatique. Il refuse de pénaliser les parents qui refuseraient l'école publique et n'entend donc pas la rendre obligatoire. Songeant sans aucun doute à certains projets formés durant la période révolutionnaire¹³⁸⁶, il se prononce contre tous les « moyens *coërcitifs directs* », contre toute « contrainte » même indirecte, contre toute « espèce de privation envers ceux qui n'auraient pas suivi les écoles publiques »¹³⁸⁷. Il préfère s'en remettre à d'autres stimulants pour inciter les familles à y avoir recours : « les établissemens publics ne doivent se recommander à la préférence des citoyens que par leur seule perfection »¹³⁸⁸. Tout en incitant les citoyens à renoncer à une éducation exclusivement domestique, Rey préfère maintenir le « principe de liberté¹³⁸⁹ » de l'enseignement.

En matière politique, l'exigence d'égalité se découvre dans la volonté d'élargir le droit de suffrage, même si Rey est réticent à admettre le suffrage universel¹³⁹⁰. On reconnaît aussi cette tendance égalitaire dans divers principes de législation et dans certaines propositions de réforme des institutions. Comme nous pourrions le constater, bien que ce soit parfois de façon discrète, la recherche d'égalité ne semble jamais être tout à fait perdue de vue par le juriste. L'ordre public, ainsi que nous l'avons déjà énoncé, réside dans la « protection du faible contre l'oppression du fort¹³⁹¹ » – ce qui n'est pas sans faire écho à Tracy pour qui « le lois devraient toujours tendre à protéger la faiblesse¹³⁹² ». La visée égalitaire de Rey dépasse toutefois largement celle du maître. Car bien que Tracy partage avec lui l'opinion d'après laquelle l'inégale répartition des biens est « la source de tous nos maux¹³⁹³ », son libéralisme exclut toute notion de *droit d'égalité* et écarte

Joseph REY de « théoricien de l'éducation » et souligne que son travail pour faire réformer le système éducatif était une manière de servir « la cause du progrès démocratique » (« Un éducateur oublié », *art. cit.*, p. 69).

1386 On pense notamment au projet de LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU, qui entendait mettre un terme à l'éducation domestique, et à celui de ROBESPIERRE. Ce dernier souhaitait en effet sanctionner le refus des parents de confier leurs enfants aux établissements publics par un retrait de la citoyenneté et une double imposition directe – qu'il présente d'ailleurs, non pas comme des sanctions, mais comme des *stimulants* (J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 649-651).

1387 *Pétition*, p. 34.

1388 *Ibid.*, p. 33-34. Il ajoute que : « Les gouvernemens ont d'ailleurs tant d'empire moral, par cela seul qu'ils agissent au nom de toute la société, que, même avec un mérite inférieur, il serait encore à craindre que leurs institutions n'obtinssent la préférence » (*ibid.*, p. 35).

1389 *Ibid.*, p. 34.

1390 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, A, 2.

1391 *DLRAP*, p. 61.

1392 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie*, IV et V, *Traité de la volonté et de ses effets*, *op. cit.*, p. 264.

1393 *Ibid.*, p. 329.

toute idée de communauté de biens, considérée comme un synonyme d'une égalité de misère¹³⁹⁴. Pour notre auteur, en revanche, l'égalité et la liberté ne saurait jamais être envisagées dans un rapport antagoniste.

Voici donc ce qui émerge de l'analyse de la conception reyienne de l'égalité. Celle-ci n'est pas un principe dont il faudrait partir pour penser les relations sociales, mais un but à atteindre. Comme l'écrit Rosanvallon, l'égalité « est toujours un combat¹³⁹⁵ ». Certes, Rey suggère par endroit qu'une fois la communauté coopérative instaurée, les législateurs pourraient en quelque sorte se reposer pour longtemps sur ces bases. Mais, sa conception de l'égalité suppose une réévaluation constante des inégalités et une réadaptation continue des politiques ou des législations égalisatrices. Ce qui semble d'autant plus vrai que Rey reconnaît une *tendance naturelle à l'accroissement des inégalités*, tendance contre laquelle il sera donc toujours opportun de lutter. Ceci peut encore se confirmer au regard de la théorie reyienne du droit, lequel est pensé non dans sa fixité, mais dans sa dépendance aux circonstances.

Tel est le sens d'une égalité *par* le droit qui n'est pas nécessairement une égalité *en* droit(s). Or, c'est presque unanimement que la doctrine juridique de l'époque se prononce en faveur de la seconde, entendue comme égalité devant la loi. Et c'est parce que l'égalité reyienne se distingue de celle prônée par les éclectiques qu'il importe à présent de détailler leur conception.

III/ L'ÉGALITÉ SPIRITUELLE DES ÉCLECTIQUES

En 1793, à la barre de la Convention nationale, le député Harmand de la Meuse s'exclamait : « on a beau dire que le pauvre jouit, comme le riche d'une égalité commune aux yeux de la loi, ce n'est là qu'une séduction politique : ce n'est pas une égalité mentale qu'il faut à l'homme qui a faim ou qui a des besoins¹³⁹⁶ ». C'est pourtant une telle égalité mentale, formelle voire spirituelle que les philosophes et juristes spiritualistes vont mettre en avant pour justifier ensuite l'égalité juridique, c'est-à-dire l'égalité devant la loi et elle seule. L'expression qui se

1394 Constatant l'« oppositions d'intérêts » et l'« inégalité de moyens » entre les hommes, problèmes impossibles à solutionner entièrement, Tracy en conclut seulement que le mieux à faire est « de laisser à chacun le plus libre emploi de ses facultés, et d'en favoriser le plus entier développement », à quoi il ajoute toutefois la nécessité d'assurer des salaires décents aux ouvriers et quelques autres mesures en-deçà de l'égalité (Éléments d'idéologie, IV et V, Traité de la volonté et de ses effets, op. cit., p. 288 et 298).

1395 P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, op. cit., p. 167.

1396 Séance du 17 avril 1793, *Archives parlementaires, Première série (1789 à 1799)*, t. 62, Paris, Paul Dupont, 1902, p. 273.

présente sous leurs plumes, et que l'on trouve dès 1789, est celle de l'égalité en liberté. Dans ses *Idées sur les bases de toute constitution*, Rabaut Saint-Etienne écrivait ainsi que les hommes « sont égaux en liberté, et que par conséquent chacun apporte un droit égal à la protection commune¹³⁹⁷ ». Une telle égalité devait conduire à ce que « l'inégalité des fortunes et des conditions [disparaisse] devant le sentiment de fraternité et de concorde¹³⁹⁸ ». Autrement dit, il ne s'agissait pas de faire disparaître l'inégalité dans les faits, mais de la faire oublier à la conscience populaire. Cela revenait à prôner une égalité morale qui, sans réduire les disparités économiques, devait contribuer à en atténuer la perception¹³⁹⁹. Amoindrir le potentiel de l'égalité en cantonnant son champ d'application à ce qui constitue la vie spirituelle des individus, telle est la logique sous-jacente. L'idée d'une égalité pensée comme égale liberté et servant de socle à l'« égale protection de la loi » se trouvait déjà sous la plume de Portalis¹⁴⁰⁰, dont la pensée, comme le remarque Jean-François Niort, est assez proche de celle de Victor Cousin¹⁴⁰¹. Cette conception de l'égalité va alors progressivement s'imposer au XIX^e siècle. C'est précisément cette formule que la doctrine juridique et la philosophie spiritualiste des éclectiques fait sienne. Laissant de côté les auteurs de la période révolutionnaire, nous concentrerons notre attention sur les discours portés par les tenants de l'éclectisme, afin d'éclairer la réduction sensible qu'ils opèrent quant à la portée du principe d'égalité.

Il n'y a rien de nouveau à avancer que l'égalité juridique n'est pas l'égalité réelle et contribue même à *conforter* les inégalités¹⁴⁰². Mais il sera intéressant de voir comment les juristes et les philosophes éclectiques construisent leur démonstration. Comme Rey, ils partent du constat que les hommes sont naturellement inégaux, mais ils considèrent en revanche que l'ordre social doit protéger ces inégalités naturelles car elles reflètent le mérite personnel de chacun (**A**). L'égalité consiste donc en une égale protection de ce que chacun possède. La formule qu'ils adoptent est ainsi celle d'une égalité dans la liberté (**B**), qui occulte en fin de compte les conditions réelles d'existence des individus. Cette conception spiritualiste s'oppose ainsi radicalement à la conception matérialiste défendue par Joseph Rey (**C**).

1397 Jean-Paul RABAUT SAINT-ETIENNE, *Idées sur les bases de toute constitution*, s.l, 1789, p. 5.

1398 J.-P. RABAUT SAINT-ETIENNE, cité par P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.*, p. 83.

1399 C'est ainsi que l'analyse P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.*, p. 83.

1400 Voir à ce sujet la thèse de J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique*, *op. cit.*, p. 63-66.

1401 Jean-François NIORT, « Les Portalis et l'esprit du XIX^e siècle », *Droits*, n° 42, 2005/2, p. 98.

1402 Danièle LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2018, p. 81.

Le point de départ adopté par ces auteurs est analogue à celui de Rey. Presque tous admettent que les hommes sont, par nature, inégaux « dans leurs besoins, leurs sentiments, leurs facultés physiques, intellectuelles et morales¹⁴⁰³ ». Les plus religieux, à l'instar de Foucart ou Degérando, considèrent cette inégalité comme l'« une des vues de la Providence¹⁴⁰⁴ », là où d'autres y voient un vœu de la Nature. L'inégalité permet en effet de créer entre le riche et le pauvre « une sorte d'alliance » que Degérando juge éminemment morale¹⁴⁰⁵. Ce dernier distingue « trois rapports principaux entre les hommes : donner, recevoir, échanger », l'échange étant réservé aux êtres égaux entre eux¹⁴⁰⁶. Contrairement à Rey qui considère que tout rapport social est un rapport d'échange, Degérando se réjouit qu'il n'en soit pas ainsi, car cela aurait détruit « [l']harmonie¹⁴⁰⁷ ». Il dévoile ainsi les soubassements théoriques de la philanthropie¹⁴⁰⁸ : le riche atteint des sommets de moralité lorsqu'il dépasse les vains calculs d'intérêts en accordant « un bienfait volontaire¹⁴⁰⁹ ». Ce secours « volontaire et gratuit¹⁴¹⁰ » accordé aux nécessiteux n'est pas le résultat d'une revendication de leur part puisqu'ils n'ont aucun droit à réclamer. C'est seulement le produit d'une hiérarchie sociale estimée naturelle et qui nécessite par conséquent le recours à la philanthropie. Une telle conception permet ainsi aux élites d'asseoir leur légitimité en la fondant sur la bienfaisance et la charité¹⁴¹¹. En effet, avance Foucart, l'inégalité permet d'établir « une hiérarchie indispensable au bien de la société¹⁴¹² ». Elle contribue à l'établissement d'un ordre méritocratique qui offre à chaque individu la place qui lui revient selon son mérite personnel. C'est pourquoi les lois de la société ne doivent pas chercher à conjurer les inégalités. Ces auteurs suggèrent plutôt qu'il appartient à la société de conforter les inégalités naturelles. De façon paradoxale et assez déroutante, nombre d'entre eux justifient alors cette orientation en recourant au principe d'égalité.

De l'inégalité des facultés physiques, morales et intellectuelles découle, selon eux,

1403 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 8.

1404 J.-M. DEGÉRANDO, *Le visiteur du pauvre*, 3^e éd., Paris, Renouard, 1826, p. 1.

1405 *Ibid.*, p. 2.

1406 *Ibid.*, p. 6.

1407 *Ibid.*, p. 6.

1408 G. PROCACCI, *Gouverner la misère*, *op. cit.*, p. 176-177.

1409 J.-M. DEGÉRANDO, *Le visiteur du pauvre*, *op. cit.*, p. 3.

1410 *Ibid.*, p. 3.

1411 Giovana PROCACCI fait une remarque au sujet de la charité telle qu'elle était pratiquée dans la société d'Ancien Régime, qui convient encore à cette philanthropie du XIX^e siècle : « Entre le riche et le pauvre s'établissait une relation personnelle de l'ordre de l'échange symbolique, le don du premier contre les prières du second. Leurs rôles sociaux en sortaient confirmés, et le soulagement de la misère de l'un rachetait le salut de l'autre, l'allégeait du poids moral de sa richesse » (*Gouverner la misère*, *op. cit.*, p. 37).

1412 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 17.

l'inégalité de conditions, laquelle se voit ainsi naturalisée à son tour. La richesse matérielle étant créée par la force de l'homme, elle se trouve par conséquent inégalement répartie¹⁴¹³. Rey ne le nierait certes pas. Mais de là à affirmer comme Lepage que l'« inégalité dans la répartition des biens est [...] la volonté de cette mère commune [la nature]¹⁴¹⁴ », il y a un écart tout à fait sensible. Bien que ce dernier ne mobilise pas les concepts des éclectiques et n'indique pas expressément se fonder sur le libre-arbitre, il considère néanmoins que celui qui est « réduit à la misère par fainéantise mérite son triste sort¹⁴¹⁵ ». C'est parce que l'individu libre n'a pas su orienter convenablement son comportement qu'il mérite la situation qui est la sienne. Instaurer une égalité de condition reviendrait donc, d'après Rossi, à « fonder le privilège en faveur de ceux qui se trouveraient moins richement dotés sous le rapport de l'énergie de leurs forces individuelles¹⁴¹⁶ ». La même idée se retrouve chez J.-B. Proudhon : les inégalités naturelles justifient les inégalités de richesse, puisque ce sont les « diverses qualités » des hommes, la force, l'« intelligence industrielle », l'« amour du travail », etc., qui sont les « causes efficientes ou productives du droit de propriété »¹⁴¹⁷. Or, loin d'y voir un mal contre lequel il faudrait lutter, ces auteurs vont considérer que cette forme d'inégalité est fondamentalement juste.

La brochure publiée en 1848 par Victor Cousin, *Justice et Charité*, est à ce titre particulièrement intéressante. Après avoir expliqué que les hommes sont inégaux « en force physique, en santé, en beauté, en intelligence¹⁴¹⁸ », le philosophe en conclut qu'il n'est donc

« pas vrai que les hommes aient le droit d'être également riches, beaux, robustes, de jouir également, en un mot d'être également heureux ; car ils diffèrent originellement et nécessairement par tous les points de leur nature qui correspondent au plaisir, à la richesse, au bonheur. Dieu nous a faits avec des puissances inégales pour toutes ces choses. Ici l'égalité est contre la nature et contre l'ordre éternel »¹⁴¹⁹.

Il apparaît évident qu'il n'est pas dans le pouvoir de la société de réduire les disparités physiques, quoique l'éducation puisse tout de même avoir un grand rôle à jouer dans le développement du corps¹⁴²⁰, mais il n'en va pas de même pour ce qui concerne les inégalités économiques. Cousin présente pourtant les choses ainsi en assimilant ces différentes sortes d'inégalités. Le philosophe se montre effectivement indifférent quant à l'effet des institutions politiques et juridiques dans

1413 Nous verrons pourtant qu'ils ne sont pas toujours très conséquents sur ce point et s'éloignent de cette logique méritocratique lorsqu'ils envisagent le droit de propriété (voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 3, I, B, 1).

1414 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 176.

1415 *Ibid.*, p. 176.

1416 P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1866, p. 255.

1417 J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, *op. cit.*, p. 8.

1418 V. COUSIN, *Justice et Charité*, Paris, Firmin Didot, 1848, p. 21.

1419 *Ibid.*, p. 24.

1420 Lorsque REY se fait théoricien de l'éducation, il s'intéresse également à l'éducation physique des enfants, comme en témoigne le titre de son traité : *Traité complet d'éducation physique, intellectuelle et morale*, *op. cit.*

l'accroissement des inégalités. Une telle présentation permet alors de tempérer les aspirations égalitaires qui s'expriment au moment où il écrit, puisque nulle égalité de jouissance ou de bonheur ne serait possible. On retrouve quelque chose de tout à fait analogue dans le « Petit traité » de Troplong, également publié sous les auspices de l'Académie des sciences morales et politiques. Pour décréter l'égalité de conditions, celui-ci considère qu'il faudrait, dans le même temps, « décréter l'égalité des forces, des talents et des salaires¹⁴²¹ ». Comme chez le philosophe, on retrouve une identification assez caricaturale du donné (forces et talents) et du construit, qui exonère l'organisation sociale de toute responsabilité dans la fabrique des inégalités. La plupart de ceux qui attribuent à la nature les disparités économiques n'interrogent pas l'ordre juridique et politique de la société afin de rechercher jusqu'à quel point celui-ci a pu produire ces inégalités ou accroître les inégalités primitives en protégeant les acquisitions des plus forts et ce, de plus, de façon héréditaire. Même lorsque l'idée est exprimée, ce n'est jamais pour considérer que cet accroissement des disparités manquerait de légitimité. Au contraire, cela est déclaré légitime car conforme aux principes de la nature. Autrement dit, si la société accroît les inégalités, c'est parce qu'elle tel est le vœu de la nature ou de la providence qui tend à l'instauration d'un ordre bien hiérarchisé.

Il est bien entendu que ces auteurs ne valorisent pas, pour la plus grande majorité, les distinctions et privilèges féodaux, considérés comme des inégalités tout à fait artificielles. Ce sont les inégalités mises en œuvre dans le cadre du gouvernement constitutionnel qui sont seules légitimes et conformes à la nature. Guizot reconnaît d'ailleurs que s'il faut respecter les inégalités naturelles et leur développement, il serait en revanche contraire à la volonté divine de « leur substituer des inégalités factices et fausses¹⁴²² ». C'est en ceci que consiste selon lui les privilèges. Mais les premières servent d'assises à l'ordre social et ne méritent donc pas d'être étouffées. Lepage remarque également que les « institutions humaines » augmentent les différences primitives « puisque leur but principal est d'assurer à chacun la jouissance des avantages qu'il se procure par l'usage de ses facultés¹⁴²³ ». Ceci lui apparaît tout à fait légitime, à condition cependant de ne pas laisser certains membres de la société mourir de faim. D'autres, comme le professeur de droit civil François-Julien Oudot, vont jusqu'à affirmer qu'il est du *devoir* de la société *d'établir* l'inégalité des conditions sur la base du mérite personnel de chacun. À ses yeux, cette inégalité n'est que « la rétribution proportionnée des efforts moraux plus ou moins soutenus de la conscience de chaque homme¹⁴²⁴ ». C'est même « la sanction idéale indispensable

1421 R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, *op. cit.*, p. 43.

1422 F. GUIZOT, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration*, *op. cit.*, p. xxxviii.

1423 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 58.

1424 F.-J. OUDOT, *Premiers essais de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 60.

du principe de l'égalité des droits¹⁴²⁵ ». Légitimer les inégalités à partir du principe d'égalité, telle est bien la logique qui anime la doctrine juridique de l'époque.

B/ L'ÉGALITÉ DANS LA LIBERTÉ

Il est courant de lire sous la plume des auteurs éclectique que la diversité qui existe parmi les hommes ne fait pas obstacle à une certaine forme d'égalité : tous les individus sont égaux en liberté, avancent-ils pour justifier le maintien d'un traitement égalitaire qui viendra confirmer les inégalités primitives. Bien entendu, il ne s'agit pas d'une liberté conçue comme une véritable puissance d'agir, mais d'une liberté spirituelle. L'égalité est ainsi réduite à une égalité de liberté : être égaux signifie être « également libres¹⁴²⁶ ». L'égalité est l'« attribut fondamental de la liberté¹⁴²⁷ », enseigne Cousin, suivi en cela par les auteurs de la doctrine juridique de son temps. De cette égalité de liberté, le philosophe fait alors dériver le principe du respect de la liberté de chacun, en reconnaissant un droit égal pour tous les hommes « au respect de la personne¹⁴²⁸ ». L'État ne prenant les hommes que comme « êtres libres », c'est-à-dire ne s'intéressant à eux que de façon abstraite et idéalisée, il est par conséquent aisé de les traiter tous en égaux. Telle est, en définitive, la vision portée par la formulation, si communément acceptée, de l'égalité devant la loi ou égalité en droit¹⁴²⁹.

Une fois reconnu le principe d'égalité en droit affranchi de toute considération relative à la situation réelle de chaque individu, il n'est pas permis de considérer comme le fait Rey que la faiblesse est créatrice de plus de droits. En outre, cette égalité en droit, même lorsqu'elle s'écrit égalité en droits, ne consiste pas nécessairement à dire que tous exercent effectivement les mêmes droits. À la lecture de la doctrine spiritualiste, on comprend que l'expression signifie seulement que tous sont libres d'acquérir les mêmes droits par l'exercice de leurs facultés. Étant égaux en liberté et égaux devant la loi, il est dès lors de leur responsabilité d'exercer ou d'acquérir les droits que la loi leur reconnaît. L'« égalité véritable », écrit Cousin, n'exige « que le respect même de ce que chacun possède également en soi, et le jeune et le vieux, et le laid et le beau, et le

1425 *Ibid.*, p. 60.

1426 R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, *op. cit.*, p. 12.

1427 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 8.

1428 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 387.

1429 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 8. Dans une logique tout à fait identique à celle de COUSIN, PORTETS écrit que « chaque homme jouissant de la même liberté, et conséquemment des mêmes droits, le rapport qui s'établit entre les hommes produit l'égalité, ou l'égalité de liberté, l'égalité de droits » (*Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 67).

riche et le pauvre, et l'homme de génie et l'homme médiocre, et la femme et l'homme, tout ce qui a la conscience d'être une personne et non une chose¹⁴³⁰ ». Autrement dit, l'égalité exige seulement de respecter l'état de fait, le statu quo de l'inégalité. Celle-ci est respectable parce qu'elle a pour cause l'usage que chacun fait de sa liberté¹⁴³¹. L'égalité, d'après Troplong, donne à tous les hommes « la liberté du travail, la liberté de l'acquisition, le libre accès à la propriété », et « protège les droits acquis »¹⁴³² par ceux qui ont su les mériter grâce un exercice responsable de leur liberté. Cela revient finalement à consacrer le principe de la concurrence. Taulier ou Lherbette reconnaissent même expressément que les hommes n'ont pas tous les mêmes droits car ceux-ci sont proportionnés au mérite et à la valeur de chaque individu¹⁴³³. C'est la stricte application du principe d'égalité d'après Lherbette¹⁴³⁴.

Il s'agit par ailleurs d'une rhétorique omniprésente lorsqu'il est question des droits politiques. Taulier fait ainsi une distinction entre la jouissance et l'exercice du droit. Tous les citoyens français jouissent également des droits politiques dans le sens où « tout citoyen est ou peut devenir apte à ces droits. La faculté de les exercer est le résultat d'une aptitude présente¹⁴³⁵ ». Dans son ouvrage sur le *Gouvernement de la France depuis la Restauration*, Guizot distingue ainsi clairement les droits appartenant à tous et les droits qu'il qualifie *d'inégaux*. Les premiers consistent, en substance, dans les droits civils et les libertés individuelles et comprennent notamment le droit de propriété. Les seconds sont inégaux car fondés sur les « inégalités naturelles », subordonnés « à la capacité naturelle des individus » et consistent dans les droits politiques¹⁴³⁶. C'est encore une fois sur le mérite personnel de l'individu que se fonde son propos. Il suffit de rappeler sa fameuse formule de 1843 : « enrichissez-vous », laquelle était aussi assortie

1430 V. COUSIN, *Justice et Charité*, op. cit., p. 26.

1431 X. PORTETS, *Cours de droit naturel*, op. cit., p. 78.

1432 R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, op. cit., p. 12.

1433 Frédéric TAULIER écrit : « Les diverses qualités déterminent les divers droits, les divers devoirs, leur nature et leur étendue, c'est-à-dire les diverses capacités, les divers états » (*Théorie raisonnée du Code civil*, t. 1, op. cit., p. 39) ; A.-J. LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, op. cit., p. 10.

1434 « Nous avons vu [...] que du principe d'égalité bien entendu résulte l'inégalité entre les hommes, puisque tous sont doués de qualités inégales ; que cependant cette différence ne donne à aucun des titres sur un autre, tant que ce dernier ne réclame pas l'emploi des facultés du premier, parce qu'auparavant les facultés de celui-ci sont nulles pour l'autre ; qu'ainsi, jusqu'à ce moment, tous les hommes doivent voir en eux des êtres égaux. D'un autre côté, comme la société a besoin des facultés de tous, comme les facultés différentes procurent des avantages différents, comme chacun a le droit d'exiger l'équivalent de ce qu'il donne, il suit que la société, pour être juste, devra prendre en considération les qualités de chacun, lui accorder des avantages différents, proportionnés à ceux que ces qualités occasionneront à la société ; qu'ainsi les rapports de la société aux particuliers et des particuliers à la société, seront basés [...] non sur le principe d'égalité absolue entre les individus, qui est aussi faux en théorie qu'impossible en pratique, mais sur celui d'un droit égal à la proportionnalité entre les avantages procurés et les avantages réclamés » (A.-J. LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, op. cit., p. 45-46 ; c'est nous qui soulignons).

1435 F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 1, op. cit., p. 41-42.

1436 F. GUIZOT, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration*, op. cit., p. xxxvi-xxxvii.

de « éclairez-vous »¹⁴³⁷, c'est-à-dire usez de votre liberté d'action pour atteindre les conditions de l'électorat. Laferrière explique alors cette inégalité des droits politiques en mobilisant la doctrine éclectique : si les hommes sont égaux en liberté, ils ne le sont ni en sensibilité ni en raison. Or c'est la raison, qu'il assimile à l'intelligence ou à la capacité, qui doit déterminer la distribution des droits politiques¹⁴³⁸. Bien que Rey ne soit pas non plus très enclin à admettre le suffrage universel, nous verrons qu'il ne justifie les restrictions à l'exercice des droits politiques qu'à titre d'exception. Il n'entend ni inscrire ces restrictions dans le prolongement de l'égalité, ni faire de l'inégalité politique un principe comme le font ces divers auteurs¹⁴³⁹.

Il est pour l'heure intéressant de constater que l'idée d'une égale liberté, et notamment d'une égale liberté d'exercer ses facultés pour acquérir des propriétés, demeure synonyme d'une égalité des droits. Cette égalité là n'est cependant que virtuelle. Quant à savoir si tous ont, par exemple, un droit égal de propriété ou peuvent réellement exercer leurs capacités pour l'acquérir, la doctrine est unanime dans son refus. Elle admet la liberté du travail, mais non un droit au travail comme cherchent à le faire des auteurs tels que Joseph Rey¹⁴⁴⁰. C'est pourquoi il est bien plus juste de dire que l'égalité qu'ils conçoivent est une égalité *devant la loi*, et non une égalité *en droits*. Rey fait d'ailleurs une remarque fort intéressante lorsqu'il s'intéresse à la question du droit de propriété. S'il admet que toute propriété provient du travail, il refuse cependant d'en tirer toutes les conséquences au sujet de ceux qui demeurent incapables de travailler, car il faut envisager cette question dans une perspective sociale et non individuelle. La théorie de la propriété fondée sur le travail va de paire avec l'idée spiritualiste de rétribution proportionnée au mérite individuel et légitime donc les inégalités. Or, Rey s'émeut justement de voir cette théorie sèchement appliquée et l'accuse de conduire à faire des lois qui ne servent qu'à « protéger de plus en plus le fort contre le faible, le possédant contre celui qui ne possède pas¹⁴⁴¹ ». C'est exactement ce que l'on trouve ici justifié au nom du principe d'égalité.

On pourrait au moins s'attendre à trouver dans cette doctrine du mérite et de la responsabilité personnelle un refus ou *a minima* une interrogation quant à la légitimité de l'hérédité. Celle-ci vient en effet constituer des inégalités qui ne sont pas fondées sur le mérite personnel de l'héritier. Ce n'est pourtant nullement le cas. Comme nous le verrons, les éclectiques développent au contraire un argumentaire bien rodé pour justifier le droit de succession, en le

1437 F. GUIZOT, *Histoire parlementaire de France*, t. 4, Paris, Michel Lévy frères, 1864, p. 68.

1438 F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 15.

1439 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, II, A.

1440 C'est surtout autour de 1848 que la question du droit au travail est la plus présente (G. PROCACCI, *Gouverner la misère*, *op. cit.*, p. 259-279).

1441 DBOS, t. 2, p. 386.

rattachant au respect de la volonté humaine – autre avatar de la liberté¹⁴⁴².

Lorsqu'ils en viennent à traiter de la pauvreté, les juristes spiritualistes sont en revanche conséquents avec leurs postulats de départ. Il n'est jamais question directement de réduire les inégalités ou de mettre en œuvre l'égalité par rapport à une quelconque notion de droit. Le traitement de la pauvreté relève de l'*administration* et non du *droit*, avance ainsi Troplong¹⁴⁴³. Mais c'est surtout la morale ou la philanthropie qui doivent s'en occuper, ce qui permet « de déjouer les risques que comport[e] une vision juridique des relations sociales¹⁴⁴⁴ », note Giovana Procacci. En effet, poursuit-elle, « [l]à où l'intervention juridique créerait de nouveaux droits qui élargiraient le champ de la souveraineté individuelle, la philanthropie [maintient] au contraire sous tutelle des populations dans la détresse, de façon à confirmer leurs besoins plutôt qu'à affirmer leur droit de s'en sortir¹⁴⁴⁵ ». Le pauvre peut certes demander un « bienfait volontaire¹⁴⁴⁶ » d'après Degérando, le riche n'est pas pour autant soumis à véritable devoir juridique. Seule la morale lui enjoint de laisser agir sa générosité. Cousin considère de même que s'il est du devoir de l'État d'agir pour, par exemple, donner du travail aux chômeurs involontaires, ces derniers ne sont pas pour autant légitimes à invoquer un droit. Il y a là un devoir sans droit corrélatif, afin d'éviter que le peuple ne vienne le réclamer le glaive à la main¹⁴⁴⁷. De plus, si l'assistance, en argent ou en fournissant du travail, devenait un droit, cela découragerait toute initiative individuelle des pauvres et contribuerait ainsi à leur démoralisation¹⁴⁴⁸. Soulager la misère est une chose ; instaurer l'égalité par le droit en est une autre.

La liberté veut d'ailleurs quelque chose de plus noble qu'une égalité de conditions¹⁴⁴⁹ : elle veut du spirituel et non du matériel. Si la charité est valorisée par Cousin, il la juge toutefois risquée car celui qui vient au secours de son prochain « efface un peu [la] personnalité¹⁴⁵⁰ » de ce dernier. C'est l'épouvantail de l'égalité réelle comme attentatoire à la liberté qui est alors agité. En se faisant en quelque sorte la « Providence » des miséreux, l'homme charitable risquerait « d'attenter à leurs droits » en s'imposant à eux¹⁴⁵¹. Instaurer l'égalité reviendrait donc à creuser le

1442 Voir *infra* Partie 2, Chapitre 1, Section 3, I, C.

1443 R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, *op. cit.*, p. 48.

1444 G. PROCACCI, *Gouverner la misère*, *op. cit.*, p. 177.

1445 *Ibid.*, p. 177.

1446 J.-M. DEGÉRANDO, *Le visiteur du pauvre*, *op. cit.*, p. 3.

1447 V. COUSIN, *Justice et Charité*, *op. cit.*, p. 41-42.

1448 G. PROCACCI, *Gouverner la misère*, *op. cit.*, p. 229.

1449 *Ibid.*, p. 25.

1450 *Ibid.*, p. 44.

1451 *Ibid.*, p. 44. G. PROCACCI constate que l'idée d'une « dépendance dans laquelle une aide en argent maintient les pauvres » a été invoquée par les économistes pour condamner une telle aide, et faire prévaloir l'idée d'un « secours en travail » (Jean-Baptiste SAY) (*ibid.*, p. 123). C'est oublier que la misère n'est pas seulement le fruit

tombeau de la liberté.

Ce n'est toutefois pas l'avis de tout le monde, et il faut signaler qu'un Degérando, par exemple, est beaucoup plus laudatif sur la charité lorsqu'il met en avant le « bonheur de donner et de recevoir¹⁴⁵² ». C'est plutôt ce type de discours que tiennent ceux qui participent alors aux œuvres philanthropiques. Portalis considérait déjà que l'inégalité naturelle était un bienfait car elle permettait de mettre en œuvre les maximes charitables de la morale¹⁴⁵³. Il en va de même pour Degérando. Le rapport entre des êtres inégaux est, selon lui, d'une plus haute portée morale que la stricte égalité car il permet une sorte de « patronage » : « L'alliance entre les égaux, premier état de la société, a sans doute sa moralité, quoique restreinte et limitée [...]. L'alliance entre le fort et le faible exprime une moralité plus parfaite, parce qu'elle est entièrement désintéressée¹⁴⁵⁴ ». Le publiciste va jusqu'à soutenir que les hommes sont progressivement devenus inégaux afin de répondre aux vœux de la Providence. Mais puisque Degérando adhère au dogme du libre-arbitre, il n'est pas surprenant de le voir ajouter que si le « malheureux souffre », c'est la plupart du temps « par sa faute »¹⁴⁵⁵.

On comprend ainsi que les différentes conceptions de l'égalité qui s'expriment chez les penseurs du premier XIX^e siècle sont largement conditionnées par leurs choix philosophiques. Certes, tout ne s'explique pas par rapport aux parti pris philosophiques des auteurs, notamment en matière d'égalité. Les affects et les sensibilités particulières à chacun d'entre eux jouent à n'en pas douter un rôle non négligeable dans la façon d'envisager les inégalités et dans les émotions

de l'oisiveté, mais également des bas salaires accordés aux ouvriers.

1452 J.-M. DEGÉRANDO, *Le visiteur du pauvre*, *op. cit.*, p. 4.

1453 « Et que l'on ne dise pas que la bonne morale et les bonnes lois ne peuvent avoir pour base solide que le principe d'une égalité absolue entre les hommes. Les plus saintes maximes de la morale, celles qui recommandent la charité, la pitié, l'indulgence, la modération, supposent évidemment que la situation des hommes entre eux est bien différente, et qu'il n'est pas donné à tous d'atteindre au même degré de prospérité et de perfection » (PORTALIS cité par J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique*, *op. cit.*, p. 63). Voir également J.-F. NIORT, « Les Portalis et l'esprit du XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 108.

1454 J.-M. DEGÉRANDO, *Le visiteur du pauvre*, *op. cit.*, p. 9. Le patronage se développe dans divers domaines au cours du XIX^e siècle et suppose toujours l'exercice d'un contrôle d'une certaine élite sur les individus qu'il s'agit de patronner. C'est une logique bien différente de celle des sociétés de secours mutuels ou des associations coopératives qui cherchent au contraire à permettre aux individus de s'organiser entre eux pour répondre à leurs différents besoins – plus proches d'une logique *d'empowerment*. REY est bien plus favorable aux secondes mais il a toutefois joué le rôle de « patron » dans le cadre de la Société de patronage des jeunes libérés du département de l'Isère (c'est ce qu'indique le brouillon du « Rapport fait au Comité de patronage des jeunes libérés du département de l'Isère » (BMG, T. 3971)).

1455 J.-M. DEGÉRANDO, *Le visiteur du pauvre*, *op. cit.*, p. 27. « La lecture morale de la misère a été une constante de la pensée libérale dès ses débuts, note G. PROCACCI. Elle nourrissait bien sûr une attitude charitable qui survivait à sa laïcisation, puisant dans le sentiment religieux le besoin de réconforter par les restes de la richesse les souffrances des pauvres. Mais elle répandait, surtout, l'idée que les pauvres étaient responsables de leur misère, ce qui s'accordait au demeurant à merveille avec le sentiment de charité » (*Gouverner la misère*, *op. cit.*, p. 175).

que suscitent la pauvreté. Néanmoins, en confrontant la version reyenienne de l'égalité à celle défendue par les éclectiques, ce sont bien deux conceptions différentes de l'égalité qui se révèlent.

C/ DEUX CONCEPTIONS DE L'ÉGALITÉ¹⁴⁵⁶

Les spiritualistes cantonnent donc l'égalité à la sphère morale et juridique. Les hommes sont d'abord égaux en liberté et méritent, à ce titre d'être tous respectés dans l'usage qu'ils en font. Cela occulte ainsi la question de savoir si tous les individus disposent effectivement d'une puissance d'action similaire ou du moins relègue au second plan les inégalités physiques et intellectuelles. Partant, les hommes sont également égaux en droit : ils doivent donc tous être traités de façon égale.

Cette conception de l'égalité s'inscrit dans une généalogie que l'on peut faire remonter à Locke. Ce dernier considère en effet que les hommes sont *théologiquement égaux*, égaux devant le Christ, mais nullement dans le cadre de la société. Comme le souligne Jonathan Israel, l'égalité lockienne « est construite de manière à empêcher l'égalité de jouer un rôle social et politique plus vaste¹⁴⁵⁷ ». C'est exactement ce que l'on trouve sous la plume des juristes et des philosophes éclectiques, qui ont ainsi contribué à façonner l'égalité juridique sur un modèle très chrétien faisant abstraction de la réalité matérielle pour mettre en avant la dimension spirituelle des hommes. Elle donne ainsi à l'égalité une dimension morale qui reste sans portée politique.

C'est précisément ce que dénonce Karl Marx dans son texte sur *La question juive*, lorsqu'il écrit que cette « égalité de la liberté » est « dépourvue [...] de signification politique »¹⁴⁵⁸. L'égalité spiritualiste est en effet passée au crible de la critique matérialiste. Marx ne s'intéresse pas précisément aux idées développées par Victor Cousin. Mais sa critique de l'abstraction et du caractère bourgeois des droits de l'homme consacrés par la Révolution atteint tout ceux qui, depuis Locke et même depuis les premières formulations chrétiennes du principe d'égalité, développent une conception spiritualiste de celle-ci. Quand Cousin écrit que l'homme est « l'égal de l'homme précisément par ce qui le fait homme¹⁴⁵⁹ », c'est-à-dire comme être libre et raisonnable, abstraction faite de l'homme en chair et en os, cela ne peut en effet manquer de faire

1456 Ce titre fait écho au texte d'Isaïa BERLIN « Deux conceptions de la liberté », *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1988, p. 167-218.

1457 J. ISRAEL, *Une révolution des esprits*, *op. cit.*, p. 97.

1458 K. MARX, « La question juive », *Philosophie*, Paris, Gallimard, 1982, p. 72.

1459 V. COUSIN, *Justice et Charité*, *op. cit.*, p. 25.

écho à la célèbre critique marxienne. Dans ses *Gloses marginales au programme du parti ouvrier allemand*, parues de façon posthume, Marx précise le problème que soulève le *droit égal*, c'est-à-dire la version juridique de cette égalité spiritualiste. Il dénonce le fait d'employer « une *unité de mesure commune* » pour traiter des « individus inégaux »¹⁴⁶⁰. Ce n'est qu'en faisant abstraction des spécificités individuelles que l'on peut appliquer la même mesure à des individus différents. Le droit (égal) se fonde justement sur cette vision abstraite, « mais il reconnaît tacitement l'inégalité des dons individuels et, par suite, de la capacité de rendement comme privilèges naturels »¹⁴⁶¹. Marx conclut alors que, pour éviter que le droit ne pérennise les inégalités, il « devrait être non pas égal, mais inégal »¹⁴⁶².

On remarque ainsi qu'il existe une conception concordante de l'égalité chez Marx et Rey qui s'enracine dans une philosophie ennemie du spiritualisme et de l'idéalisme, quelle que soit sa forme. L'approche matérialiste les conduit en effet à penser concrètement les conditions d'une égalité réelle et radicale. On constate également que les revendications d'égalité réelle les plus fortes sont généralement portées par des matérialistes ou du moins par des hommes à forte tendance matérialiste, à l'instar de Robert Owen en Angleterre ou de certains communistes néobabouvistes français des années 1840 comme Théodore Dezamy. Il est d'ailleurs de l'avis des hommes de l'époque que le matérialisme conduit au communisme. Telle est l'opinion de personnalités aussi opposées idéologiquement que Guizot¹⁴⁶³ ou Marx¹⁴⁶⁴. Mais quoique l'insistance d'une telle philosophie sur les besoins physiques force l'observateur à étudier les conditions matérielles dans lesquelles évoluent les individus et donc à ne pas limiter l'exigence d'égalité à la sphère spirituelle, des égalitaristes tels que Pecqueur fondent toutefois leurs propos sur des postulats spiritualistes¹⁴⁶⁵. La ligne de fracture qui sépare les spiritualistes éclectiques promoteurs des inégalités de ceux qui les combattent ne se dessine donc pas essentiellement sur le plan philosophique. Si les socialistes matérialistes combattent l'égalité spirituelle au niveau philosophique comme politique, ceux qui adhèrent au spiritualisme luttent essentiellement sur le terrain politique.

Sans rattacher ce sujet aux clivages philosophiques sous-jacents, Pierre Rosanvallon

1460 K. MARX, « Critique du programme du Gotha », in *Œuvres choisies de Karl Marx et Friedrich Engels*, t. 2, Moscou, Éditions du progrès, 1955, p. 16-17.

1461 *Ibid.*, p. 16.

1462 *Ibid.*, p. 17.

1463 Selon GUIZOT, le communisme et le matérialisme dérivent l'un de l'autre (*Méditations sur la religion chrétienne*, Paris, Lévy, 1868, p. xxx).

1464 Dans *La Sainte Famille*, il considère que « le matérialisme français », celui d'HELVÉTIUS notamment, est à l'origine du communisme (K. MARX, « La Sainte Famille », *Philosophie, op. cit.*, p. 281).

1465 Ludovic FROBERT remarque ainsi que PECQUEUR cherche « le fondement de ses idées sur justice et éthique sociales dans la théologie (*sic*) » (« What is a just society ? », *art. cit.*, p. 10). Mais il est bien partisan de l'égalité réelle lorsqu'il écrit « de chacun selon ses forces et ses aptitudes ; à chacun selon ses besoins » (*ibid.*, p. 9).

distingue également deux conceptions de l'égalité. La première est dite « démocratique » et recèle une part d'« indéterminé » dans le sens où elle ne saurait mettre un terme « aux interrogations, aux controverses et aux revendications qu'elle peut susciter »¹⁴⁶⁶. Inversement, dans la « pensée conservatrice », il s'agit toujours de « fixer » l'égalité « dans des catégories qui la [brident] »¹⁴⁶⁷. On peut donc reconnaître qu'ici, les éclectiques, qu'ils soient juristes ou philosophes, s'inscrivent dans une pensée conservatrice – Rosanvallon les qualifie de libéraux-conservateurs. Cantonnée à la sphère juridique, une telle égalité ne doit pas amener à remettre en cause les inégalités réelles. Il s'agit, toujours selon les mots de Rosanvallon, de « briser l'aspiration à un monde plus égalitaire »¹⁴⁶⁸. Cette doctrine va d'ailleurs plus loin, puisque l'égalité de traitement est conçue comme la sanction des inégalités entre les hommes. Le principe perd beaucoup de son potentiel dès lors qu'il est interprété dans les termes de l'éclectisme. Plus exactement, l'égalité se trouve être déjà, si ce n'est entièrement réalisée, du moins complètement consacrée par la législation, de sorte qu'il serait vain et pernicieux de chercher à l'étendre à d'autres sphères. Sans doute animée à parts égales par des vues politiques et par des opinions philosophiques, la doctrine juridique porteuse de ce discours est ainsi unanime dans sa défense de l'ordre bourgeois et méritocratique de la société du XIX^e siècle. Là où Rey et les communistes demandent une égalité proportionnée aux besoins de chaque individu, les juristes spiritualistes s'attachent plutôt à défendre une égalité proportionnée au mérite de chacun, à « la valeur des personnes »¹⁴⁶⁹ selon Toullier. Ce sont deux conceptions opposées de la justice distributive. La pieuse inégalité, pour ces auteurs, prendrait donc un sens tout à fait opposé à ce que Joseph Rey entend par là, en venant sanctionner les disparités produites par l'usage que chacun fait de sa liberté. En étudiant la question du droit de propriété, nous aurons l'occasion de voir plus en détails à quel point leur conception de la volonté libre structure la construction de leur doctrine. Finalement, ces juristes et philosophes s'en tiennent à un discours sur l'égalité qui ressemble fortement à la première formulation que Rey donnait de la seconde loi constitutive de la société : la proportionnalité entre les moyens apportés et les avantages retirés. L'évolution du contexte, de la situation économique de la France et même de l'Europe, les conduit bien à s'intéresser à la question de la pauvreté, mais aucun n'en fait le point de départ d'une interrogation sur le droit et la société. Pour eux, il n'est

1466 P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, *op. cit.*, p. 35.

1467 *Ibid.*, p. 35. Confirmant encore notre propos, ROSANVALLON écrit : « L'idéologie libérale-conservatrice, qui se forge dans les années 1820-1830, s'organisera autour d'une réinterprétation juridique a minima de la révolution de l'égalité. Elle entreprendra simultanément de légitimer les inégalités existantes en les rapportant à l'immoralité du prolétaire ou en prétendant les naturaliser. L'idée communiste, à l'inverse, esquissera (dès les années 1840) le projet d'un nouveau monde communautaire et rationnel reposant sur l'élimination d'une concurrence jugée responsable de tous les dérèglements. L'égalité sera comprise de cette façon sous les espèces de l'édification d'un monde un et harmonique » (*ibid.*, p. 123).

1468 *Ibid.*, p. 105.

1469 C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 7.

pas question de procéder à une réforme radicale de l'organisation sociale, mais de la maintenir telle qu'elle est par de simples ajustements. Sans doute doit-on aussi attribuer ces attitudes intellectuelles au préjugé d'une supériorité de l'esprit sur la matière, doublé de l'idée qu'instaurer l'égalité matérielle serait une violation de l'égalité spirituelle et une mesure liberticide.

L'écart sensible entre les thèses reyennes et celles de l'éclectisme s'exprime encore une fois de façon bien nette. Si, pour Rey, la justice consiste dans la « juste distribution des moyens respectifs pour la satisfaction des besoins¹⁴⁷⁰ », elle est résumée par Cousin dans ces mots : « le respect de la liberté¹⁴⁷¹ ». Mais le juriste est loin d'être indifférent à la liberté, qu'il présente parfois comme le premier des biens. Il s'accorde en revanche avec Dunoyer pour reconnaître que l'affirmation éclectique de la liberté est tout à fait « dogmatique¹⁴⁷² ». D'aucuns considèrent que seul l'éclectisme serait en mesure de défendre le respect de la liberté, identifiée au respect de la personne. Pourtant Rey affirme expressément que la liberté est « toujours un bien » et qu'il faut donc « la chérir » et « la respecter dans les autres hommes »¹⁴⁷³. Seulement, cette liberté-là n'est pas métaphysique, mais « puissance d'exécuter sa volonté¹⁴⁷⁴ ». À Montesquieu, selon qui l'infertilité des montagnes conduit les montagnards à chérir leur liberté plus que tout¹⁴⁷⁵, Rey demande : « [q]ue serait la liberté de ne jouir de rien ou de manquer de tout ?¹⁴⁷⁶ » Ni l'égalité ni la liberté n'ont, dans la sémantique reyienne, le sens que leur imprime alors la doctrine juridique dominante. On trouve en revanche des positions analogues dans la littérature des tenants d'une gauche sociale. Marie d'Agoult, connue sous le pseudonyme de Daniel Stern, partage ainsi les vues notre auteur lorsqu'elle écrit que « ceux qui ne possèdent rien ne connaissent aucune liberté¹⁴⁷⁷ ». « La liberté, c'est le pouvoir d'agir¹⁴⁷⁸ » affirme de son côté Pierre Leroux. De la même façon, sous la plume de Rey, ces concepts d'égalité ou de liberté sont pensés dans leur matérialité, dans leur effectivité. La liberté doit se concevoir comme un pouvoir d'action et non comme une qualité métaphysique de la personne. Il en va de même pour l'égalité, qui n'est pas un

1470 TPGD, p. 259

1471 V. COUSIN, *Justice et Charité*, *op. cit.*, p. 35.

1472 TPGD, p. 206. DUNOYER remarque encore que l'accroissement des inégalités naturelles, résultat nécessaire du « régime industriel » contre lequel il n'y a pas à lutter, produira toujours plus de « différences dans le degré de liberté donc chacun pourra jouir » (*L'industrie et la morale*, *op. cit.*, p. 372).

1473 JGLJ, t. 1, p. 139.

1474 *Ibid.* ; TPGD, p. 113.

1475 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 139.

1476 TPGD, p. 267.

1477 Daniel STERN, *Essai sur la liberté considérée comme principe et fin de l'activité humaine*, Paris, 1846, cité par M. RIOT-SARCEY, *Le procès de la liberté*, *op. cit.*, p. 153.

1478 P. LEROUX, *De l'égalité*, *op. cit.*, p. 2 ; voir M. RIOT-SARCEY, *Le procès de la liberté*, *op. cit.*, p. 78-82, pour une analyse de la conception de la liberté de LEROUX.

attribut de l'espèce humaine, mais un besoin et demande à ce titre des actions concrètes et matérielles pour être satisfait.

L'égalité apparaît ainsi, dans la réflexion sociale de Joseph Rey, comme la clé permettant d'assurer au mieux le bonheur des individus, et ce notamment parce qu'elle a pour effet de limiter les chocs des intérêts. Elle n'est donc pas pensée en dehors de l'utilitarisme, mais se présente comme une de ses modalités, quoiqu'en disent certains de ses contempteurs. L'importance que Rey confère à l'égalité étant posée, il nous faut désormais apprécier la manière dont celle-ci intervient dans le cadre de sa théorie politique et juridique. Nous verrons qu'elle contribue à donner une physionomie singulière à sa réflexion juridique. Les doctrines socialistes qui émergent à l'époque se développent en effet dans des cercles auxquels les juristes se mêlent très peu. Joseph Rey formule en revanche une théorie relationnelle du droit qui a pour finalité la réalisation de l'égalité sociale. Toutefois, bien qu'il n'abandonne pas cette perspective lorsqu'il s'intéresse à l'organisation politique de la société, Rey tempère cette exigence d'égalité. En effet, tout en continuant de s'inscrire dans le sillage des propositions politiques formulées par l'auteur du *Contrat social*, l'idéal rousseauiste d'une démocratie directe fondée sur l'égale participation de chacun des citoyens cède le pas au réalisme politique du premier XIX^e siècle. Si l'on peut encore aborder la théorie reyienne du droit public au prisme du principe d'égalité, nous verrons cependant qu'il peine à affirmer franchement les principes démocratiques auxquels on pourrait s'attendre.

SECTION 3 : LES PRINCIPES DE L'ORDRE POLITIQUE : UNE DÉMOCRATISATION DU RÉGIME REPRÉSENTATIF

Dans le prolongement de ses questionnements sur les fondements de la société, Rey est amené à s'interroger sur l'origine du pouvoir politique et de la souveraineté. L'époque est encore propice à de telles réflexions. La succession et l'instabilité des régimes politiques depuis 1789 suscitent en effet de nombreuses discussions sur les fondements du pouvoir, les titulaires de la souveraineté ainsi que l'organisation constitutionnelle de l'État¹⁴⁷⁹. Le régime représentatif apparaît alors comme l'horizon politique de ceux qui se placent sous l'étendard du progrès puisqu'il constituerait un juste milieu entre le pouvoir absolu d'un seul et la démocratie (directe)¹⁴⁸⁰. Cette dernière forme politique prônée par Rousseau dans son *Contrat social* est généralement disqualifiée. De façon anecdotique d'abord, puis avec un peu plus d'insistance au moment de l'avènement de la Seconde République, des appels au *gouvernement direct du peuple* ou à la *législation directe* se font certes entendre¹⁴⁸¹. Ledru-Rollin fait ainsi partie de ceux qui appelleront au gouvernement direct en 1851. Joseph Rey soutient d'ailleurs sa candidature aux élections présidentielles de 1848, pour lesquelles il a même formé un « Comité électoral républicain démocratique » avec quelques compatriotes grenoblois¹⁴⁸². Mais au moment où il livre ses réflexions sur la forme politique à donner à la France, les termes du débat ne sont pas tout à fait les mêmes.

En effet, alors qu'aujourd'hui le régime représentatif est assimilé à la démocratie et à la souveraineté du peuple, cela n'était pas nécessairement le cas à l'époque. Les travaux de Bernard

1479

1480 COUSIN présente la Charte de 1814, qui selon lui consacre le régime représentatif, comme une « Constitution qui contient à la fois le trône et le pays, la monarchie et la démocratie, l'ordre et la liberté, l'aristocratie et l'égalité » (*Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 108).

1481 Charles RITTINGHAUSEN, *La législation directe par le peuple, ou la véritable démocratie*, Paris, Librairie phalanstérienne, 1851 ; Victor CONSIDÉRANT, *La solution, ou Le gouvernement direct du peuple*, Paris, Librairie phalanstérienne, 1851 ; A. LEDRU-ROLLIN, *Du Gouvernement direct du peuple*, *op. cit.* Ces appels au gouvernement direct du peuple sont toutefois formulés dans un contexte très spécifique marqué par la défiance envers les représentants de la Seconde République suite aux événements du printemps 1848, puis à l'adoption de la loi du 31 mai 1850 qui conduisait, de fait, à réduire le droit de suffrage. Comme le signale A.-S. CHAMBOST, l'introduction du suffrage universel (masculin) a contribué à accroître la légitimité du pouvoir, concentré entre les mains de la bourgeoisie. Par conséquent, les révoltes ouvrières du printemps 1848 contre la représentation nationale ont été condamnées par la majorité de la population française, qui considérait que « cette action attentatoire à la représentation rejetait ses auteurs hors du droit » (*Proudhon et la norme*, *op. cit.*, p. 74-75). On trouve la première mention d'une telle idée de démocratie directe chez Charles TESTE, dans son *Projet de Constitution républicaine* publié en 1833, bien qu'il n'utilise pas l'expression (Marcel DAVID, *La souveraineté du peuple*, Paris, P.U.F., 1996, p. 209).

1482 P. VIGIER et G. ARGENTON, « Les élections en Isère sous la Seconde République », *op. cit.*, p. 41.

Manin, Jacques Rancière ou Francis Dupuis-Déri ont bien mis en lumière l'écart existant entre démocratie et représentation¹⁴⁸³. Alors que la première suppose une égalité principielle entre les citoyens et l'exercice direct du pouvoir politique, la seconde repose sur un principe aristocratique qui conduit à distinguer ceux qui sont aptes à exercer le pouvoir de ceux qui ne le sont pas. C'est d'ailleurs ce que reconnaît précisément Guizot lorsqu'il écrit que l'objet du régime représentatif est « de faire sortir du sein de la société cette aristocratie véritable et légitime par qui elle a le droit d'être gouvernée et qui a droit de la gouverner¹⁴⁸⁴ ». Dans le premier XIX^e siècle, la plupart des auteurs délaissent toutefois la question de l'exercice direct du pouvoir par le peuple pour s'intéresser à l'origine de la souveraineté. En plus d'écarter la démocratie en pratique, nombreux sont ceux qui refusent de loger la souveraineté dans la nation ou le peuple car ils l'associent à Rousseau et aux malheurs de la Révolution pour en pointer les dangereuses conséquences. Ainsi, la représentation n'est pas nécessairement conçue comme une délégation de souveraineté de la part du peuple ou de la nation et la tentation d'occulter la volonté générale, autre concept hérité de Rousseau, est forte. La formule qui s'impose alors sous la plume des doctrinaires et des éclectiques est celle de *souveraineté de la raison*¹⁴⁸⁵. Rey doit donc trouver les moyens de concilier les apports principaux du *Contrat social* avec la nouvelle donne politique qui est celle du régime représentatif. Si la représentation lui apparaît indépassable, il convient en revanche de l'asseoir sur un socle démocratique. C'est pourquoi la question de l'origine de la souveraineté constitue un enjeu majeur.

Le juriste ne propose jamais de définition de la démocratie et il n'emploie pas ce terme dans ses publications. Dans ses *Mémoires*, il divise l'opposition libérale des années 1820 en deux camps : ceux qui suivaient déjà une ligne démocratique et ceux qu'il fait rentrer dans la catégorie du « faux libéralisme »¹⁴⁸⁶. On sait aujourd'hui que libéralisme et démocratie ne vont pas forcément de paire¹⁴⁸⁷ et c'est bien ce que suggère Cousin lorsqu'il écrit que « démocratie et liberté ne sont pas synonymes¹⁴⁸⁸ ». À l'époque, c'est justement au nom des libertés que Constant critique la souveraineté populaire telle que Rousseau l'a présentée¹⁴⁸⁹. Bien que Rey ne précise pas

1483 Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996 ; J. RANCIÈRE, *La haine de la démocratie*, op. cit. ; Francis DUPUIS-DÉRI, *La peur du peuple, Agoraphobie et agoraphilie politiques*, Montréal, Lux éditeur, 2016.

1484 F. GUIZOT, *Cours d'histoire du gouvernement représentatif*, t. 1, Paris, J.-P. Aillaud, 1830, p. 86.

1485 MARX accusera ainsi les doctrinaires qui, « à seule fin d'exclure les masses et de gouverner seuls, proclamaient la souveraineté de la raison par opposition à la *souveraineté du peuple* ». L'« expression abstraite » de la raison, ajoute-t-il, « s'épuise dans quelques rares individus » (« La Sainte Famille », *Philosophie*, op. cit., p. 261).

1486 MSR, t. 2, p. 232.

1487 C'est le constat que dressait Norberto BOBBIO en 1991 dans *Libéralisme et démocratie*, repris par Emmanuelle PAULET-GRANDGUILLLOT, *Libéralisme et démocratie*, op. cit., p. 16-17.

1488 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, op. cit., p. 72.

1489 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, C.

le sens de son propos, on comprend en revanche que le vrai libéralisme apparaît à ses yeux indissociable de la démocratie. Mais il ne faut pas se méprendre sur l'acception qu'il donne à ces termes. Le libéralisme de Rey n'est pas celui des apôtres de la liberté des Modernes comme Benjamin Constant ; mais sa démocratie n'est pas pour autant celle des Anciens. Une note manuscrite relative à la traduction des *Quatre livres de la philosophie morale et politique de la Chine* par Pauthier apporte quelques précisions. Le traducteur y évoque les principes démocratiques de Confucius. Après avoir souligné qu'il ne faut pas entendre *démocratique* « dans le sens qu'on lui attribue généralement », Rey ajoute que :

« [d]'après Confucius, les véritables lois morales et politiques sont envisagées par un petit nombre de sages, mais doivent l'être au profit de tous ; tandis que chez nous, l'ignorant, surtout s'il a de la fortune, est amené à donner des lois à l'homme plus instruit. Ne peut-on pas dire que le principe démocratique de la souveraineté du peuple est aujourd'hui fort dénaturé ?... Il reste pourtant une idée très vraie au fond de la pensée ci-dessus. Tout cela est encore à réorganiser, le principe de Confucius aussi bien que celui de notre souveraineté populaire¹⁴⁹⁰ ».

Il ressort de cette citation que la question, pour Rey, se situe d'abord au niveau de la prise en compte de la volonté et des intérêts du peuple¹⁴⁹¹. C'est ce que révèle également un de ses premiers écrits. Dans une brochure parue en 1814, Rey distingue en effet les gouvernements selon un principe que Tracy avait déjà exprimé antérieurement en des termes proches¹⁴⁹² : le respect ou non de la volonté générale. Si la prudence le pousse à ne pas prendre explicitement parti, il est clair que le juriste appartient au camp de ceux qui soutiennent que « tout l'art de gouverner doit se réduire à bien observer, dans un état, le concours des volontés particulières vers un bien-être commun, pour en favoriser le développement¹⁴⁹³ ».

Son objectif premier est donc donner une assise démocratique au régime représentatif afin de lutter contre ceux qui entendent écarter la volonté générale. Pour ce faire, il propose d'abord une sorte de généalogie démocratique des différents pouvoirs sociaux (**I**) qui lui permet ensuite de justifier et de défendre le principe de la souveraineté nationale (**II**). Son propos ne se situe toutefois pas exclusivement au niveau des principes. Pour découvrir et mettre en œuvre la volonté générale, Rey ne peut compter sur les sages de Confucius ou sur le bon vouloir d'un despote éclairé. C'est pourquoi il entend s'en remettre au pouvoir de la majorité (**III**).

1490 BMG, T. 3980, liasse n° 1.

1491 Cela pourrait alors participer de l'une des versions de la démocratie que reconnaît Michel TROPER, à savoir « que la démocratie n'exige pas que le peuple exerce le pouvoir par lui-même ou par des représentants élus. Il suffit qu'il soit exercé par délégation et cette délégation n'est pas nécessairement explicite » (*Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., 2011, p. 208).

1492 DESTUTT DE TRACY différencie ainsi les gouvernements dits « nationaux » des gouvernements « spéciaux » (*Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 10 et s.).

1493 *De l'état actuel de la France sous le rapport des idées politiques*, p. 5.

I/ L'ORIGINE DÉMOCRATIQUE DES POUVOIRS PUBLICS

La réflexion de Rey sur l'origine des pouvoirs publics ou pouvoirs sociaux s'inscrit dans la continuité de celle relative aux fondements de la société. Les individus, soudés par le quasi-contrat social, organisent d'abord leurs relations par le biais de conventions expresses ou tacites. En effet, lorsque Rey entreprend de réfléchir à la formation du pouvoir, il rappelle le quasi-contrat et affirme qu'il en résulte « ensuite une foule d'autres conventions *particulières*, tantôt expresses et tantôt tacites, que nous nommons plus spécialement des contrats ou des quasi-contrats, et qui ne sont dans le fait que des articles de détail du grand contrat général et primitif¹⁴⁹⁴ ». Le pouvoir apparaît alors nécessaire pour garantir le respect de ces conventions particulières, mais également pour pallier leurs vices et leurs lacunes. À l'inverse de ce que l'on a pu trouver chez Bonald¹⁴⁹⁵ par exemple, Rey suggère donc que le pouvoir est secondaire, bien qu'il soit en même temps nécessaire. Plus précisément, c'est surtout l'extériorité du pouvoir par rapport à la société qui est secondaire. Il y a en effet une pensée de la société sans l'État, avant l'État, ce dernier n'étant qu'un prolongement de l'organisation sociale. Mais le juriste se situe encore sur un registre ambigu. S'inscrivant dans le prolongement de sa théorie du quasi-contrat social, la réflexion de Rey sur la genèse des pouvoirs apparaît également comme une fiction normative. Cela se confirme d'ailleurs lorsque le juriste reproche à Savigny de considérer que « le peuple a *constamment joui de tous ses droits*, de manière à *se développer librement*, et à pouvoir toujours subvenir à *ses vrais besoins législatifs* », ce que « l'histoire de tous les peuples »¹⁴⁹⁶ vient au contraire démentir. L'intention qui anime Rey dans sa présentation de l'origine des pouvoirs apparaît alors relativement évidente : il s'agit de proposer un fondement démocratique aux institutions politiques, seul gage de leur légitimité.

Rey fait d'ailleurs évoluer sa théorie des pouvoirs dans un sens plus démocratique. Alors que, dans ses *Préliminaires*, il n'évoque que deux pouvoirs (le législatif et l'exécutif), il en adjoint deux nouveaux à partir de 1820. Lorsqu'il présente les premiers, le juriste s'inscrit encore parfaitement dans l'héritage de la Révolution française (A). En effet, le pouvoir législatif apparaît comme le centre névralgique de toute la vie politique et le pouvoir exécutif ne se voit alors reconnaître qu'un rôle tout à fait subordonné à la loi. En revanche, quand Rey complexifie sa théorie des pouvoirs, il fait preuve d'un peu plus d'originalité. À partir de 1820, il ajoute en effet un pouvoir électoral et un pouvoir constituant, lesquels renforcent la réflexion sur la légitimité de

1494 TPGD, p. 168.

1495 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, A, 1. On trouve aussi cette idée chez LAFERRIÈRE, pour qui le pouvoir est la condition même de la société (*Cours de droit public et administratif, op. cit.*, p. 13).

1496 TPGD, p. 271 ; voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, I, A.

l'autorité au sein de la société (B).

A/ UNE THÉORIE DES POUVOIRS LÉGISLATIF ET EXÉCUTIF HÉRITIÈRE DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE

Il est courant d'affirmer que la Révolution française se caractérise par un fort légicentrisme¹⁴⁹⁷ qu'accompagne l'exaltation du pouvoir législatif par rapport aux autres pouvoirs. Depuis Bodin au moins, faire la loi apparaît comme la première et la plus importante des prérogatives du souverain dans un État. À partir de 1789, l'affirmation de la souveraineté nationale renforce la splendeur de la loi. Censée être l'expression de la volonté générale, elle est considérée comme parfaite. Cette façon de présenter le rapport des révolutionnaires à la loi ne manque pas de réalité, mais plusieurs remarques s'imposent. Il convient en effet de nuancer ce légicentrisme et cette *nomophilie* des hommes de 1789. D'une part, Lucien Jaume a bien montré que l'exécutif s'est peu à peu immiscé dans l'exercice du pouvoir législatif à partir du Directoire en développant « un embryon de pouvoir réglementaire » et « un embryon d'initiative des lois »¹⁴⁹⁸. D'autre part, Jean-Louis Halpérin a été conduit à « relativiser le mythe de la Loi parfaite et omnisciente¹⁴⁹⁹ ». En étudiant le Tribunal de cassation sous la Révolution, il a en effet mis en évidence le rôle de la jurisprudence dans l'application du droit révolutionnaire et décelé « un mouvement général des idées qui amène à reconnaître l'impossibilité pour la Loi de tout prévoir et de tout régler¹⁵⁰⁰ ».

Il n'en demeure pas moins que la prééminence du pouvoir législatif sous la Révolution ne saurait être niée. Le pouvoir exécutif demeure essentiellement subordonné à la loi, quand

1497 Pierre-Olivier CHAUMET, *Introduction historique au droit. De la fin de l'Antiquité à la codification napoléonienne*, Paris, Ellipse, 2016, p. 184 et s. ; Gérard CHIANÉA, *Histoire des institutions publiques de la France, III, L'État moderne en formation (1789-1870)*, Grenoble, P.U.G., 1996, p. 18-19 ; Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 364-373.

1498 Michel TROPER fait toutefois remarquer une différence entre la « fonction exécutive » et « l'organe du pouvoir exécutif » : « dans les constitutions révolutionnaires, la fonction exécutive est toujours subordonnée [au pouvoir législatif], mais l'organe du pouvoir exécutif n'est jamais limité à cette fonction » (« La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 34, 2012/2, p. 305). Selon lui, la Constitution de l'an III consacre implicitement une « fonction "gouvernementale" [...] qui comprend la conduite des relations internationales, la direction et le contrôle de l'exécution, un embryon de pouvoir réglementaire, un embryon d'initiative des lois » (*ibid.*, p. 309).

1499 J.-L. HALPÉRIN, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 263, 1986, p. 102.

1500 J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, thèse de doctorat, Université Paris II, 1985, p. 644. Le Tribunal de cassation s'est par exemple appuyé, « dans la motivation de certains de ses jugements, sur les principes généraux ou sur l'équité naturelle » en complément des textes législatifs (*ibid.*, p. 507).

l'existence même d'un véritable pouvoir judiciaire fait débat¹⁵⁰¹. La Constitution de 1791 mentionne bien un « pouvoir judiciaire » (titre III, chapitre V), mais nombre de révolutionnaires sont d'avis qu'il ne s'agit que d'une branche du pouvoir exécutif¹⁵⁰². C'est dans cet héritage que s'inscrit Joseph Rey, dont le *Projet de Constitution* comporte d'ailleurs de fortes analogies avec les constitutions de la Révolution, celle de 1791 en particulier.

Contre Montesquieu, le publiciste affirme en effet qu'il n'existe qu'un pouvoir législatif auquel est soumis un pouvoir exécutif dont participe l'activité judiciaire. C'était l'opinion de Rousseau, et elle a toujours cours au XIX^e siècle sous la plume de certains juristes¹⁵⁰³. Reprenant à son compte la métaphore anthropomorphique du pouvoir¹⁵⁰⁴, Rey estime qu'il n'existe « que deux grandes puissances dans le corps politique, celle de la volonté ou le pouvoir législatif, celle de l'exécution ou le pouvoir exécutif¹⁵⁰⁵ ». Le législatif est présenté soit comme la « volonté » soit comme la « pensée »¹⁵⁰⁶. Puis, dans une logique qui sacralise la loi, la fonction judiciaire s'identifie alors à une simple exécution¹⁵⁰⁷, comme l'affirmait par exemple Clermont-Tonnerre sous la Révolution¹⁵⁰⁸. Rey prend toutefois soin de rassurer ses lecteurs libéraux : l'indépendance du corps judiciaire ne doit nullement être altérée par cette inclusion dans l'exécutif¹⁵⁰⁹. De la même manière, il envisage de rendre les agents de la force publique indépendants du pouvoir exécutif, « et surtout du gouvernement *central* », en avançant timidement qu'il peut exister de « bonnes

1501 Sur cette question, voir notamment J.-L. HALPÉRIN, « Le pouvoir exécutif et la Justice en France, l'échec du Pouvoir judiciaire sous la Révolution », *Giornale di storia costituzionale*, n° 28, 2014, p. 111-122. Dans cet article, l'auteur montre entre autres que sous la Convention comme sous le Directoire, les pouvoirs législatif d'abord puis exécutif ensuite ont exercé des pressions sur les juges et les tribunaux (*ibid.*, p. 116-119). Voir également M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., 2011, p. 200-202.

1502 C'était notamment l'opinion de CAZALÈS, MIRABEAU, MOUNIER, DUPORT, MAURA, GARAT (Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparée*, 6^e éd., Paris, Sirey, 1914, rééd., Paris, Assas, 2001, p. 497-198).

1503 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 53 et 123-125 ; A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation*, Première partie, t. 4, *op. cit.*, p. 401.

1504 Michel TROPER fait remonter cette métaphore au XVII^e siècle » (« La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires », *art. cit.*, p. 302) ; voir aussi Benjamin LECOQ PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, thèse de droit public réalisée sous la direction de Philippe BLACHÈRE et Stéphane CAPORAL, Université Jean Moulin (Lyon 3), p. 345 [En ligne : <http://www.theses.fr/2019LYSE3060>, consultée le 07.02.2021].

1505 *DBC*, p. 21.

1506 *TPGD*, p. 221.

1507 D'un autre côté, dans les actes du pouvoir exécutif au sens strict, REY reconnaît toujours « une opération préliminaire, semblable à celle connue plus spécialement sous la dénomination de juger ». Il donne alors l'exemple de l'administration fiscale qui, avant de contraindre un contribuable au paiement d'une contribution, doit d'abord avoir « jugé que tel contribuable devait, en vertu de telle loi, payer telle somme » (*DBC*, p. 22).

1508 « [L]e pouvoir judiciaire, ce qu'on appelle improprement le pouvoir judiciaire, est l'application de la loi ou volonté générale à un fait particulier, ce n'est donc en dernière analyse que l'exécution de la loi » (CLERMONT-TONNERRE, cité par M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 203).

1509 *Préliminaires*, p. 33. Dans son *Traité*, REY renvoie les développements sur l'indépendance du pouvoir judiciaire à « un des traités ultérieurs de législation » (*TPGD*, p. 220) qui n'a jamais vu le jour.

raisons » de le faire¹⁵¹⁰. Si l'indépendance de certaines autorités est dictée par la prudence, c'est en Idéologue que Joseph Rey refuse l'idée d'un pouvoir judiciaire particulier, car cela reviendrait à « faire violence au rapport naturel des idées¹⁵¹¹ ». Appliquer la loi aux cas particuliers ou trancher les litiges ne consiste en effet qu'à exécuter la loi, ce qui fait bien du judiciaire une branche du pouvoir exécutif.

Comme tous ceux qui mobilisent la métaphore anthropomorphique du pouvoir, Rey est amené à faire prévaloir le pouvoir législatif sur l'exécutif, car il faut vouloir avant que d'agir¹⁵¹². Ainsi, à chaque fois qu'il entreprend de questionner l'origine des pouvoirs sociaux, il commence toujours par évoquer la prédominance du pouvoir législatif (1), avant de poursuivre avec le pouvoir exécutif, qui ne se voit reconnaître qu'un rôle tout à fait subalterne (2).

1. La prédominance du pouvoir législatif

Dans ses *Préliminaires du droit*, Joseph Rey propose un récit de l'origine des pouvoirs, lequel est ensuite repris avec quelques variations dans ses *Leçons* et son *Traité*. En remontant à l'existence des conventions privées formées entre les individus, il présente une sorte de genèse démocratique des pouvoirs publics. On y trouve toujours l'idée sous-jacente que le pouvoir est secondaire, qu'il n'apparaît nécessaire que dans un second temps, comme un complément des conventions particulières. En 1819, Rey écrit ainsi que « les hommes, réunis en société, *surtout lorsqu'elle se complique*, peuvent omettre de régler quelques-uns de leurs intérêts ; ils peuvent le faire d'une manière peu certaine, ou contraire au but commun ; et il est nécessaire qu'une puissance régulatrice décide ce qui devra avoir lieu dans ces divers cas¹⁵¹³ ». Telle est l'origine du pouvoir législatif. Le publiciste complète ensuite sa théorie. Outre les raisons déjà invoquées, il ajoute que les individus « peuvent aussi ne parvenir à s'entendre d'aucune manière¹⁵¹⁴ » pour régler entre eux certains de leurs intérêts. De plus, « il est des cas où le concours de toutes les lumières ou de toutes les forces sociales est nécessaire pour l'intérêt commun », d'où la nécessité de faire intervenir « la puissance sociale, nécessairement impartiale et plus forte [pour] décider ce qui devra avoir lieu »¹⁵¹⁵. Joseph Rey conclut enfin que « toutes les fois que la société en masse ne pourra directement intervenir [...], ce qui a toujours lieu dans une grande nation, il faudra qu'à sa

1510 TPGD, p. 220.

1511 *Ibid.*, p. 220.

1512 B. LECOQ PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale*, *op. cit.*, p. 347-348.

1513 *Préliminaires*, p. 30 ; c'est nous qui soulignons.

1514 JGLJ, t. 1, p. 271.

1515 *Ibid.*, p. 271.

place, une puissance déléguée vienne satisfaire à ce besoin indispensable¹⁵¹⁶ ».

Il cherche ainsi à inscrire le régime représentatif dans le prolongement d'une origine démocratique, voire en un sens anarchiste. En effet, des individus qui structurent leurs relations par le biais de conventions privées ne sont soumis à rien d'autre qu'à leurs propres volontés, sans qu'il n'existe de pouvoir politique séparé. Il parle d'ailleurs des lois comme existant à défaut de conventions privées¹⁵¹⁷. Cependant, cette régulation par le biais de conventions apparaît rapidement lacunaire. Aussi les membres de la société vont-ils réunir leurs puissances individuelles pour former la *puissance sociale*, le pouvoir législatif. Le pouvoir émerge ainsi du sein même de la société. Son origine est en ce sens populaire. Lorsqu'il rattache la nécessité de la délégation à l'accroissement de la taille des nations, Joseph Rey suggère qu'à l'aube des sociétés, les individus exerçaient en commun le pouvoir législatif. Puis de pas en pas, ce pouvoir qui, apparemment, pouvait être exercé par l'ensemble des individus dans un premier temps (démocratie directe), est ensuite délégué lorsque la nation devient trop nombreuse (démocratie représentative). Rey laisse donc entendre que la représentation est une adaptation de la démocratie, ce qui peut surprendre étant donné qu'à la même époque, Guizot reconnaît au contraire le caractère aristocratique du régime représentatif¹⁵¹⁸. Certes, Rousseau et les Jacobins¹⁵¹⁹ à sa suite faisaient le même constat quant à la nécessité de la représentation dans les grands États. Mais ils étaient conscients de l'écart séparant la démocratie de la représentation¹⁵²⁰, et pensaient d'ailleurs la représentation selon des modalités différentes de celles que l'on trouve sous la plume de Rey. Dans ses *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, Rousseau admet ainsi la « représentation » en matière législative. Cependant, quoique les législateurs y soient qualifiés de « représentants », ils n'en sont pas moins tenus par un mandat impératif¹⁵²¹. De même dans la Constitution de l'an I, bien que le pouvoir législatif soit exercé par une assemblée distincte du peuple, ce dernier conserve malgré tout un droit de veto – dont l'exercice se révèle, certes,

1516 *Ibid.*, p. 271.

1517 « On suppose, d'une part, que des conventions privées, ou à leur défaut, que des lois existent [...] » (*JGLJ*, t. 1, p. 271).

1518 F. GUIZOT, *Cours d'histoire du gouvernement représentatif*, t. 1, Paris, J.-P. Aillaud, 1830, p. 86.

1519 J.-J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée* (sic), suivies du *Discours l'économie politique*, Londres, 1782, p. 56 ; J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 228-229.

1520 Le discours des Jacobins quant aux rapports entre démocratie et représentation n'est pas monolithique. Ainsi, ROBESPIERRE tente parfois de présenter le régime représentatif comme une adaptation de la démocratie (J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 232-233). Il n'en demeure pas moins que ses discours font voir qu'il est conscient de la différence entre *l'exercice du pouvoir par le peuple* et *le pouvoir du peuple exercé par le biais de représentants*. Dans son discours du 10 mai 1793, il affirme ainsi chercher un compromis entre les « tempêtes de la démocratie absolue » et « la perfide tranquillité du despotisme représentatif » (« Discours de Robespierre à la Convention du 10 mai 1793 », in Wanda MASTOR, Julie BENETTI et al. (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 68).

1521 J.-J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, *op. cit.*, p. 56-58 ; J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 222-225.

relativement illusoire¹⁵²². Autrement dit si la démographie et la géographie pouvaient justifier le passage à la représentation, celle-ci ne s'identifiait pas purement et simplement à une modalité démocratique d'exercice du pouvoir.

Tel était en revanche l'avis de certains penseurs, comme Destutt de Tracy. Ce dernier écrit en effet que « la démocratie pure est à peu près impossible », mais peut cependant être « rendue possible » par le biais du gouvernement représentatif¹⁵²³. Bien qu'il n'identifie pas exactement démocratie et régime représentatif, il distingue en tout cas ce dernier de l'aristocratie. C'est également l'opinion de Joseph Rey, qui refuse formellement l'aristocratie tout en professant une adhésion sans borne au régime représentatif. Dans celui-ci, d'après Tracy, le peuple ne délègue l'exercice du pouvoir que pour des mandats déterminés dans le temps, alors que l'aristocratie se caractérise par des fonctions viagères ou héréditaires¹⁵²⁴. Nous verrons justement que Rey est très peu favorable à ce type de fonctions. Il faut toutefois remarquer que dans ses *Bases d'une constitution*, parues en 1815, Rey adoptait une autre rhétorique pour justifier le régime représentatif. Après avoir posé diverses exclusions quant à la participation des individus aux droits politiques (à l'exercice de la souveraineté), tout en insistant sur l'importance de ne pas étendre outre mesure ces restrictions, il suggérait que le régime représentatif devait en quelque sorte contribuer à garantir que les décisions politiques soient le plus conformes à l'intérêt national¹⁵²⁵. Il se justifiait donc par la recherche d'une certaine qualité dans les décisions sociales, qualité qui résulte tout à la fois du respect du principe de la souveraineté nationale et de l'admission de certaines exceptions. Le régime représentatif apparaissait alors comme un progrès par rapport à la démocratie, tout en se situant aux antipodes des régimes oligarchiques.

Mais Rey ne présente plus les choses ainsi dans ses écrits suivants. Que ce soit dans les *Préliminaires* ou les *Leçons*, il justifie le recours à une autorité déléguée représentative par l'impossibilité pour la nation d'exercer les pouvoirs en masse. Le juriste pense désormais la représentation comme une adaptation de la démocratie aux sociétés modernes¹⁵²⁶, adaptation qui

1522 Patrice GUENIFFEY, *Le nombre et la raison, La Révolution française et les élections*, Paris, EHESS, 1993, p. 75. Et force est de noter que « les révolutionnaires ont été totalement infidèles au *Contrat social* » (F. FURET et I. HAUSSEY, « Rousseau et la Révolution française », *art. cit.*, p. 1104).

1523 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 19-20.

1524 *Ibid.*, p. 11-12.

1525 *DBC*, p. 32-33.

1526 Nous verrons d'ailleurs qu'il paraît insensible à l'écart qui sépare nécessairement – c'est-à-dire pas uniquement dans un régime où le système électoral serait biaisé – le peuple de sa représentation. Cet écart est pourtant souligné par certains de ses contemporains tels que Benjamin CONSTANT (voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, C) ou Pierre-Paul ROYER-COLLARD qui considère, dans les premières années de la Restauration, que toute représentation politique est impossible. Il changera ensuite d'opinion (Guillaume BACOT, « Royer-Collard et le gouvernement représentatif », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 89, n°2, 2011, p. 249-250).

ne préjuge plus nécessairement de sa supériorité sur la démocratie directe. Si l'on se tourne vers Sieyès, on remarque d'ailleurs un schéma analogue. Distinguant trois temps¹⁵²⁷ dans la formation des sociétés politiques, il part d'individus qui désirent se réunir (« époque caractérisée par le jeu des volontés *individuelles* », où les individus « forment déjà une nation »¹⁵²⁸), époque à laquelle succède une association soudée autour d'une « volonté *commune* »¹⁵²⁹. La dernière période est celle du « *gouvernement exercé par procuration* » – en raison de la taille des États et des occupations journalières de la majorité des individus –, qui substitue à la « volonté commune *réelle* » une « volonté commune *représentative* »¹⁵³⁰. Sieyès suggère ici et là que la démocratie est la « base naturelle » du système représentatif¹⁵³¹, même s'il note bien « la différence énorme » entre les deux régimes¹⁵³². Si l'on reprend l'exposé de Rey, on trouve en effet trois époques, même si elles diffèrent légèrement de celles de Sieyès : organisation des relations par le biais de conventions, émergence d'une autorité commune pour répondre à divers besoins, et enfin, délégation de cette autorité à un corps de représentants du fait de l'extension de la taille du groupe.

En affirmant que le pouvoir législatif ne saurait désormais plus être exercé par l'ensemble de la société, Rey emprunte donc une opinion bien plus modérée que celle d'autres républicains démocrates de son temps qui, tels Charles Teste, exigent *a minima* une ratification populaire des lois adoptées par le corps législatif¹⁵³³. On ne trouve pas non plus de droit de censure du peuple, comme cela était prévu dans le projet de constitution girondine¹⁵³⁴. Rey se prononce même explicitement contre dans son *Projet de constitution*¹⁵³⁵. Il faut encore remarquer que l'idée d'une impossibilité d'exercice du pouvoir législatif par le corps social ne se retrouve plus explicitement affirmée lorsque Rey, en 1828, retrace la genèse du pouvoir législatif :

« il peut survenir divers incidens par rapport à ces [...] conventions : quant aux premières, *celles tacites*, il peut arriver [...] qu'] on ne s'accorde pas sur les véritables notions de justice distributive

1527 Voir Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 114-119.

1528 Sur la conception sieyèsienne de la nation, voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, II, A, 3.

1529 Emmanuel-Joseph SIEYÈS, *Qu'est-ce le tiers-état ?*, 3^e éd., s. l., 1789, p. 106.

1530 *Ibid.*, p. 107-108.

1531 SIEYÈS critique ceux qui pensent « le système représentatif incompatible avec la démocratie, comme si un édifice était incompatible avec sa base naturelle » (E.-J. SIEYÈS, cité par Karen FIORENTINO, *La seconde chambre en France dans l'histoire des institutions et des idées politiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 141).

1532 E.-J. SIEYÈS cité par B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 13 ; P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution*, *op. cit.*, p. 43.

1533 Charles TESTE, *Projet de Constitution républicaine et déclaration des principes fondamentaux de la société*, Bruxelles, 1836, p. 16.

1534 Voir B. LECOQ PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale*, *op. cit.*, p. 299-332.

1535 L'article 17 du Projet de constitution dispose en effet que : « Les assemblées primaires doivent strictement se renfermer dans leurs attributions. Elles ne peuvent faire aucune réquisition, soit à l'assemblée nationale, soit aux autres autorités [...]. Elles ne peuvent exercer aucun droit de censure ou d'approbation » (PCMF, f. 7). Après avoir expliqué que cette disposition tend à prévenir l'« anarchie » et la « domination » dans les assemblées primaires, REY fait cette remarque péremptoire : « Si les assemblées primaires voulaient empiéter sur les attributions des autres autorités, il n'y aurait bientôt plus de constitution » (*ibid.*, f. 69).

qui doivent régler les intérêts respectifs ; et quant aux secondes, il peut se faire que les parties aient omis quelques clauses, ou bien qu'elles soient imparfaitement expliquées, ou bien encore qu'elles l'aient fait d'une manière contraire aux droits légitimes d'autres personnes. Or, dans tous ces cas, si l'on veut empêcher des froissemens de volontés qui détruiraient l'harmonie sociale, il faut qu'une autorité commune, instituée dans ce but, ait eu la précaution d'établir d'avance les règles qui doivent servir à la décision des divers incidens sujets à litige. Mais ce n'est pas tout ; car très-souvent aussi il est des cas où l'un ou plusieurs membres de la société peuvent faire des actes ou des omissions nuisibles, soit envers un ou plusieurs individus, soit envers toute la communauté ; et il faut bien encore alors qu'une autorité commune ait eu la prévoyance de déterminer les moyens propres à prévenir ces actes ou ces omissions, et à en réparer le mal s'il est possible. Enfin il est aussi une foule de circonstances dans lesquelles l'action isolée des particuliers ne serait pas suffisante pour certaines mesures utiles à la société, ou bien même leur serait nuisible ; et il faut bien aussi dans ces cas recourir à un agent commun, doué de plus de force, et dégagé des vues particulières qui pourraient détourner du but général¹⁵³⁶ ».

Est-ce à dire que Rey pense désormais possible d'attribuer l'exercice du pouvoir législatif au peuple en corps ? On ne saurait l'affirmer puisqu'il propose dans le même ouvrage une théorie du pouvoir électoral qui suppose donc nécessairement une délégation du pouvoir législatif. Peut-être serait-il tout simplement plus correct de voir dans cette prétention la reconnaissance de la supériorité du régime représentatif sur la démocratie, supériorité tellement évidente qu'elle n'appelle désormais plus aucune justification.

De ces diverses présentations du pouvoir législatif, on peut alors tirer un ensemble de fonctions reconnues à la loi : corriger les vices des conventions privées ; déterminer les règles propres à terminer les litiges auxquelles celles-ci peuvent donner lieu, soit entre les cocontractants soit vis-à-vis de tiers dont les intérêts seraient contrariés ; prévenir et réparer les dommages causés par les individus ; mais encore et surtout insuffler, en quelque sorte, une dynamique générale d'action en déterminant la politique de l'État, les mesures nécessaires à l'accomplissement du but social.

Bien que Rey confère volontiers au pouvoir législatif un rôle subsidiaire par rapport à celui des individus dans l'organisation de la vie sociale (lorsqu'il parle par exemple des lois *à défaut* de conventions), ceci mérite d'être nuancé. Il tempère en effet l'approche individualiste et concurrentielle qui résulterait d'une pure liberté contractuelle en attribuant au législateur une fonction de direction de la société. Le pouvoir social tire son origine de l'incapacité des individus à réaliser le but social par leurs actions isolées et par les seules conventions privées. C'est pourquoi Joseph Rey admet que le législateur puisse légitimement aller à l'encontre de certaines conventions privées et blesser certains intérêts individuels afin de réaliser le but commun, c'est-à-dire « la juste répartition des avantages sociaux¹⁵³⁷ ». Par conséquent, les conventions

1536 TPGD, p. 217-218.

1537 *Preliminaires*, p. 52.

spontanément formées entre les individus méritent d'être encadrées par la loi afin de ne pas consacrer le droit du plus fort. Lorsque Pierre-Joseph Proudhon cherchera, quelques années plus tard, à remplacer la loi par une multitude de contrats synallagmatiques, il sera également conduit à faire ce constat. Une liberté contractuelle illimitée reviendrait en effet à « consacrer juridiquement le triomphe de la force, de la ruse ou de toute autre supériorité de fait¹⁵³⁸ », remarque Proudhon. C'est pourquoi il verra finalement dans la loi une forme de garantie contre l'éventuel déséquilibre de la convention¹⁵³⁹. Dans sa brochure sur la responsabilité des fonctionnaires, Rey écrivait d'ailleurs que « [l']autorité sociale [...] se forme uniquement par la nécessité de maintenir *l'ordre public*¹⁵⁴⁰ ». Et il précisait sa définition de l'ordre public : « *protection du faible contre l'oppression du fort* », avant d'ajouter que « l'autorité publique serait inutile si les forces de chaque individu [...] étaient rigoureusement balancées »¹⁵⁴¹. Puisque les individus sont inégaux, il est en effet à craindre que les conventions formées entre eux ne fassent que pérenniser des rapports de force. Elles viendraient alors consacrer le droit du plus fort et s'éloigneraient ainsi du but social.

Au départ, Rey exclut toutefois l'intervention *directe* de la loi « lorsque les particuliers, livrés à eux-mêmes, suffisent au règlement de leurs intérêts¹⁵⁴² ». Il explique en effet que chaque individu étant « le meilleur juge de son bonheur et des moyens de l'obtenir [...], si l'on veut tout prévoir, tout *réglementer*, il est impossible de ne pas se méprendre souvent sur les vrais besoins de l'homme¹⁵⁴³ ». Il s'agit d'abord de limiter les occasions, pour les gouvernements, d'abuser de leur pouvoir¹⁵⁴⁴. Cependant, une fois découvert le système de la communauté coopérative, le juriste va poser un terme à cette limitation du pouvoir législatif. En 1828, il précise ainsi que le principe d'intervention minimale ne saurait valoir qu'en « l'état *actuel* de la société, dans lequel domine surtout le principe de *compétition* individuelle¹⁵⁴⁵ ». Il explique alors qu'il s'agit d'empêcher « la

1538 P.-J. PROUDHON, cité par A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme*, *op. cit.*, p. 147.

1539 A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme*, *op. cit.*, p. 147.

1540 *DLRAP*, p. 61.

1541 *Ibid.*, p. 61.

1542 *JGLJ*, t. 1, p. 388 ; *TPGD*, p. 253.

1543 *JGLJ*, t. 1, p. 389 ; *TPGD*, p. 254.

1544 REY parle de « la tendance trop naturelle à tout être investi de puissance d'abuser des moyens qui sont à sa disposition » (*JGLJ*, t. 1, p. 389 ; *TPGD*, p. 253). Lorsqu'il évoque la situation de l'enseignement aux États-Unis, c'est-à-dire l'absence totale de prise en charge par l'État, il écrit encore que c'est une « application exagérée du principe, d'ailleurs si respectable de la part d'un gouvernement, qu'il faut autant que possible abandonner à son propre essor l'industrie des particuliers ». Il précise alors que « [c]e principe est en effet, dans l'état actuel de nos gouvernements, l'un des plus salutaires de tous ceux auxquels nous a ramené l'étude saine de l'économie politique. L'intervention des gouvernements dans presque tous les actes du citoyen est une source d'entraves pour le développement de l'industrie, en même temps qu'elle est un des plus grands moyens de despotisme, par l'extension qu'elle fournit à la puissance des agents de l'autorité » (*Du perfectionnement des études légales*, p. 27-28).

1545 *TPGD*, p. 252-253.

funeste intervention d'un législateur ignorant ou inconsideré¹⁵⁴⁶ ». Dans ses *Leçons*, le juriste apportait quelques exemples de réglementations néfastes : les anciens règlements industriels, le monopole public sur l'instruction, les législations sur la religion¹⁵⁴⁷. Il s'agit là de mesures qui portent directement atteinte aux intérêts de certains individus. Cela ne veut pas dire que la communauté coopérative serait légitime à prendre ce type de dispositions. En effet, ce système repose par exemple sur le principe d'une entière liberté de culte. Mais dans la communauté, il ne serait plus à craindre que les législateurs adoptent des mesures dans la vue exclusive de certains intérêts, comme peuvent le faire les chambres législatives de la Restauration – qui ne représentent que les intérêts d'une minorité. Car avec la compétition individuelle disparaîtraient, dans une large mesure, les oppositions d'intérêts. Dans ses projets de sociétés coopératives, Rey ne précise toutefois pas comment serait exercé le pouvoir législatif à l'issue de la réforme de la société. Il prévoit seulement que les communautés resteront soumises aux lois générales de la société politique à laquelle elles appartiennent, chaque communauté administrant en revanche ses affaires de manière parfaitement démocratique :

« La communauté administrera ses propres affaires, soit par elle-même, soit par des délégués révocables à volonté, et dont les actes seront soumis à l'examen critique le plus illimité. Les droits et les devoirs de chaque membre adulte sont égaux à cet égard, et ceux des *femmes* sont absolument les mêmes que ceux des hommes. Leur vote aura la même valeur, et elles pourront être élues à tout emploi compatible avec leur sexe¹⁵⁴⁸ ».

Or, si la coopération venait remplacer la concurrence, on pourrait peut-être envisager une extension de ce modèle à l'échelle de l'État. Dans ce cas là, chaque individu participant réellement à la formation de la volonté générale, les craintes liées à l'intervention du législateur disparaissent. Aussi la volonté générale pourrait-elle toujours primer sur les volontés particulières divergentes. Le juriste reproche d'ailleurs à Pierre-Joseph Proudhon de vouloir substituer à la volonté générale « autant de décisions partielles qu'il y a d'individus¹⁵⁴⁹ ». Il lui rétorque surtout qu'il serait impossible, avec un tel système, d'obtenir « un accord social dans les œuvres qui doivent avoir le concours de plusieurs¹⁵⁵⁰ ». Bien que Rey penche pour le moment en faveur d'une liberté d'organisation des relations par le biais des conventions privées, cela ne constitue

1546 *Ibid.*, p. 254.

1547 *JGLJ*, t. 1, p. 390.

1548 *LSCM*, p. 37 ; *DBOS*, t. 2, p. 465.

1549 *MSR*, t. 2, p. 200. REY fait apparemment référence au premier mémoire de PROUDHON sur la propriété, puisqu'il commence par citer certains passages de la critique proudhonienne de la propriété. C'est pourtant plus tardivement que PROUDHON développera une pensée qui tend à substituer à la loi une « multitude de contrats synallagmatiques » (A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme*, *op. cit.*, p. 121). S'il est vrai que PROUDHON y critique la volonté générale et la souveraineté nationale, c'est plutôt pour mettre en avant la souveraineté de la raison, laquelle implique seulement que les lois soient *reconnues* par la raison de chacun des individus (*Qu'est-ce que la propriété, ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, Paris, J.-F. Brocard, 1840, p. 232-237).

1550 *MSR*, t. 2, p. 200.

donc qu'un pis-aller. S'il est surprenant de voir Rey consacrer, en quelque sorte, le principe de la concurrence en posant temporairement cette règle d'intervention minimale, c'est qu'il semble actuellement face à une aporie. À son souhait que la législation mette à mal le système individualiste, s'oppose la crainte que le pouvoir donné aux représentants soit employé dans l'intérêt exclusif d'une classe. Encore faut-il préciser que seule l'intervention *directe* du législateur est ici visée, et le juriste ajoute qu'il doit toujours exercer une influence indirecte.

Joseph Rey oscille en fait entre deux conceptions de la fonction législative. D'un côté, il développe une approche aristocratique du législateur : l'importance de son office exige qu'il possède un grand nombre de connaissances et respecte certaines règles essentielles dans la conception des lois (comme celle d'intervention minimale). D'un autre côté, il propose une conception démocratique de la loi. Celle-ci doit être l'expression de la volonté générale, et comme il n'existe aucune instance supérieure apte à prononcer sur sa légitimité, son domaine d'intervention ne saurait avoir d'autres bornes que celles résultant du quasi-contrat social. Mais *en l'état actuel*, il est clair que la loi n'est pas l'expression de la volonté générale. Ainsi, on peut d'autant plus comprendre que Rey soit réticent à accorder au pouvoir législatif un champ d'intervention trop étendu. On retrouve en fait une ambiguïté déjà présente sous la Révolution entre deux conceptions de la volonté générale. Comme le souligne Benjamin Lecoq Pujade, une tension existait entre une approche « objective et matérielle » de la volonté générale, qui s'intéresse au contenu de celle-ci et insiste sur l'exigence de conformité à la justice ; et une conception « subjective et organique », qui ne s'intéresse qu'à la légitimité de l'auteur de la loi (la nation souveraine ou ses représentants)¹⁵⁵¹. « Les deux dimensions de la loi, précise-t-il, coexistent à l'état latent dans la pensée des révolutionnaires. Tous partagent ce fond commun de volontarisme et de rationalisme législatif¹⁵⁵² ». D'une certaine manière, il en va de même pour Joseph Rey, qui penche tantôt pour l'une, tantôt pour l'autre de ces conceptions.

Avec le pouvoir exécutif, les choses sont en revanche un peu plus simples.

2. Le rôle subalterne du pouvoir exécutif.

Malgré certaines oscillations, Rey affirme assez nettement que le pouvoir exécutif ne doit être qu'un docile exécutant de la loi. Qu'il s'agisse des fonctions de gouvernement ou des fonctions judiciaires, l'exécutif est dénué de toute volonté propre. C'est un pouvoir tout à fait

1551 B. LECOQ PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale*, *op. cit.*, p. 252 et s.

1552 *Ibid.*, p. 338.

subalterne.

En 1819, le pouvoir exécutif est toutefois justifié par la nécessité de régler les « difficultés » liées à l'« interprétation » ou à l'« exécution » des conventions privées et des lois¹⁵⁵³. Rey explique en effet qu'il ne saurait être admis de s'en remettre aux parties elles-mêmes en cas de litige. Cependant, cette approche du pouvoir exécutif est tout à fait surprenante car elle en fait le garant de l'interprétation des lois. Certes, sous Napoléon, cette fonction revenait bien au Conseil d'État¹⁵⁵⁴. Mais Rey a justement toujours eu en horreur cette institution. Que l'interprétation des conventions revienne aux juridictions ne pose pas de difficultés. En revanche, nous pensons que Rey n'a jamais songé à attribuer l'interprétation des lois au pouvoir exécutif. Hors ce passage, il ne lui reconnaît jamais un tel rôle. Bien au contraire, le juriste est méfiant envers l'exécutif et insiste sur la nécessité « de ne point confondre les actes de l'autorité exécutive avec ceux du pouvoir législatif¹⁵⁵⁵ ». Il partage avec les révolutionnaires l'idée que l'interprétation doit revenir au corps législatif lui-même. Dans son *Projet de Constitution* de 1815, il l'exclut ainsi expressément des attributions du pouvoir exécutif, même dans sa branche judiciaire, pour reconnaître au législatif seul le droit d'interpréter les lois¹⁵⁵⁶. Cette fonction d'interprétation disparaît ensuite dans ses publications ultérieures. En revanche, dans les *Préliminaires* comme dans les *Leçons*, Rey apporte encore un autre motif qui explique le besoin d'un tel pouvoir. Il écrit en effet qu'« il arrive des cas où l'action isolée des particuliers est inefficace pour l'amélioration ou le maintien de l'état social, et l'on doit bien alors aussi recourir à un agent doué de plus de force par l'action collective des moyens sociaux¹⁵⁵⁷ ». Pourtant, malgré ces passages, Rey a toujours insisté sur la nécessité de contenir le pouvoir exécutif dans son simple rôle d'exécutant des lois.

Il faut attendre le *Traité* de 1828 pour que ces développements disparaissent. Le juriste affirme désormais que le pouvoir exécutif naît exclusivement du besoin d'assurer l'exécution des lois¹⁵⁵⁸. Il n'est même plus question d'assurer l'exécution des conventions privées. Il faut donc croire que cette fonction se trouve désormais subsumée sous celle d'exécution de la loi. Autrement dit, alors que Rey s'en remet, dans un premier temps, à une pure liberté contractuelle, il place désormais l'exécution des conventions sous l'égide de la loi. En effet, dans son *Traité*, comme nous l'avons déjà fait voir, les attributions du pouvoir législatif sont plus détaillées que dans ses publications précédentes. Tout en posant le principe d'intervention minimale du

1553 *Préliminaires*, p. 31.

1554 Grégoire BIGOT, « La dictature administrative au XIX^e siècle : théorie historique du droit administratif », *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 437.

1555 *Préliminaires*, p. 87.

1556 *PCMF*, f. 41.

1557 *Préliminaires*, p. 32 ; *JGLJ*, t. 1, p. 271.

1558 *TPGD*, p. 219.

législateur, Rey considère qu'il est du domaine de la loi de déterminer à l'avance les règles propres à prévenir ou terminer les litiges auxquels les conventions privées peuvent donner lieu. Aussi voit-on affirmée plus que jamais la suprématie de la loi, acte de souveraineté exprimant la volonté générale, sur les conventions privées, qui risquent quant à elles de n'être que l'expression et la consécration des rapports de forces si une complète liberté est laissée aux parties.

Entre les pouvoirs législatif et exécutif, le rapport est donc strictement hiérarchique. Cette affirmation, qui ne fait certes pas état de la réalité du pouvoir dans le premier XIX^e siècle¹⁵⁵⁹, s'explique tout autant par les principes de la philosophie idéologique que par des considérations politiques. D'abord, le pouvoir législatif représente la pensée ou la volonté. Or, celle-ci intervient toujours préalablement à la mise en mouvement du corps humain comme du corps social, et donc préalablement à l'action, qui est représentée par le pouvoir exécutif. Tel était le point de vue de Rousseau¹⁵⁶⁰ ou de Tracy. Ce dernier affirme en effet que le pouvoir législatif « est incontestablement le premier [...] par la seule raison qu'il faut vouloir avant d'agir¹⁵⁶¹ ». Les raisons politiques de cette hiérarchie tiennent ensuite à une méfiance bien compréhensible envers le pouvoir exécutif, alors exercé par des ministres dont la responsabilité est illusoire. De plus les agents du pouvoir exécutif ne sont pas des représentants de la nation. Distinguant les actes législatifs des actes exécutifs, Rey affirme en effet que ces derniers ont deux caractères qui diffèrent des premiers, dont l'un apparaît comme la conséquence de l'autre. Rey note en premier que seule la loi est « l'ouvrage *immédiat* des représentants de la volonté générale¹⁵⁶² ». Le second caractère constitue plutôt une injonction qui paraît dictée par le premier, car le juriste écrit que les « actes réglementaires de la loi » doivent être une déduction « rigoureuse » de la loi, « SANS Y AJOUTER NI RETRANCHER »¹⁵⁶³.

Alors que la plupart des juristes de la Restauration considèrent que les règlements, les décrets et les ordonnances ont force de loi¹⁵⁶⁴, Joseph Rey fait figure d'exception. Désiré Dalloz

1559 Les chambres législatives de la Restauration ne disposent pas de l'initiative des lois, laquelle est confiée exclusivement au Roi qui bénéficie tout à la fois de la plénitude du pouvoir exécutif et d'une portion du pouvoir législatif.

1560 J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, *op. cit.*, p. 217. J. BOUDON y voit une application du dualisme cartésien entre le corps et l'esprit, le physique et le moral (*Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 128). Mais sous les plumes de REY et TRACY, cette distinction entre la volonté et l'action ne s'inscrit pas dans cette perspective dualiste, elle reflète un mouvement diachronique.

1561 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 179. L'identification de ces deux pouvoirs à la pensée ou volonté et à l'action ou exécution se retrouve encore chez d'autres auteurs, par exemple chez Jean-Denis LANJUNAIS (*Constitutions de la nation française*, t. 1, Paris, Baudoin Frères, 1819, p. 183).

1562 *Préliminaire*, p. 85.

1563 *Ibid.*, p. 85 ; *JGLJ*, t. 2, p. 11 ; *TPGD*, p. 295.

1564 Grégoire BIGOT signale même que, sous la Restauration, la Cour de cassation était de cet avis : que les

le cite en effet comme l'un des rares auteurs ayant soutenu une opinion contraire¹⁵⁶⁵. La confusion entre la loi et les actes réglementaires était d'ailleurs favorisée par leur insertion dans le *Bulletin des lois*. Rey fait ainsi l'amer constat d'une usurpation de la souveraineté par le pouvoir exécutif (et judiciaire), écrivant que ce dernier est toujours très prompt à « usurper les droits de la souveraineté » en altérant les lois¹⁵⁶⁶. Comme nous le verrons avec l'introduction du pouvoir constituant, le juriste dessine l'esquisse d'une hiérarchie des normes qui participe, selon lui, à la « juste séparation » des pouvoirs, à leur équilibre et, *in fine*, au « maintien de toute liberté politique »¹⁵⁶⁷.

Joseph Rey est donc acquis à l'idée d'une séparation – souple – et d'une hiérarchie des pouvoirs, à l'inverse de certains doctrinaires ou philosophes éclectiques¹⁵⁶⁸ tels que Guizot ou Victor Cousin. Sans exalter une concentration liberticide des pouvoirs au sein de l'État, ces derniers n'en considèrent pas moins que la force du gouvernement ne saurait se trouver que dans l'unité des pouvoirs agissant de concert. Cousin est certes ambigu sur cette question. Il faut d'abord remarquer que les « trois pouvoirs », sous sa plume, revêtent surtout une dimension sociologique, car ils renvoient aux deux chambres et au monarque¹⁵⁶⁹. S'il écrit que le pouvoir naît de la nécessité « de prévenir, de réprimer et de punir les infractions¹⁵⁷⁰ » – affirmation que l'on retrouve également chez Toullier¹⁵⁷¹ –, il admet malgré tout, à l'instar de Rey, que le pouvoir doit

décrets « soient contraires à une loi, qu'ils soient contraires à l'un des Codes, qu'ils créent des infractions et des peines non prévues par la loi, peu importe, la Cour suprême imprime à ces décrets éminemment inconstitutionnels une force obligatoire » (*L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitude d'une ambition. 1800-1872*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 184). Jusqu'en 1819, remarque pourtant Jean-Louis MESTRE, des tribunaux et des cours royales refusaient d'appliquer les actes administratifs contraires à la constitution, comme pour les décrets impériaux. Mais à partir de 1819, la Cour de cassation se prononce « en faveur du maintien en vigueur de ces décrets, dès lors qu'ils avaient été promulgués et appliqués comme des lois au lieu d'avoir été annulés par le Sénat pour inconstitutionnalité ». Sous Charles X, un contrôle de « légalité constitutionnelle » des ordonnances se développe toutefois devant les cours royales et la Cour de cassation, permettant d'écarter les ordonnances inconstitutionnelles (« Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010 [En ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-contrôles-judiciaires-a-posteriori-de-constitutionnalite-a-partir-de-la-revolution>, consulté le 14.02.2021]).

1565 Selon Désiré DALLOZ, seuls CORMENIN, J.-B.-V. PROUDHON, GUICHARD et REY s'opposent à reconnaître aux actes réglementaires une force égale à celle de la loi (*Jurisprudence du XIX^e siècle*, t. 18, Bruxelles, Tarlier, 1831, p. 509),

1566 TPGD, p. 322.

1567 *Preliminaires*, p. 87 ; JGLJ, t. 2, p. 12-13.

1568 Doctrinaires et éclectiques constituent les deux versants, l'un politique, l'autre philosophique, d'une même matrice intellectuelle (T. POUTHER, *Au fondement des droits*, op. cit., p. 53).

1569 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, op. cit., p. 454.

1570 *Ibid.*, p. 444.

1571 « Pour contraindre les hommes à être justes et à observer entre eux la loi naturelle, il fallait réunir toutes les forces particulières sous une direction commune, et créer ainsi une autorité ou une puissance publique,

répondre aux besoins de la société, avant tout les besoins d'ordre et de liberté. L'exécutif (le roi) assure l'ordre, là où la Chambre des députés apparaît en garante de la liberté. Enfin, la chambre des pairs, troisième pouvoir, représente le besoin « d'entretenir l'harmonie entre les deux autres¹⁵⁷² ». Lorsqu'il aborde la question dans des termes plus classiques, tantôt Cousin reconnaît que la liberté est garantie par la « division » des « pouvoirs exécutif, législatif, judiciaire¹⁵⁷³ », tantôt il évoque cette « fiction mathématique de l'équilibre artificiel du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif » comme une vaine abstraction pour lui préférer la « fusion réelle du peuple et du roi »¹⁵⁷⁴. Guizot est plus affirmatif encore. Selon lui, la séparation et l'indépendance des pouvoirs n'est qu'un facteur de conflit entre eux, et la dépendance hiérarchique de l'un à l'autre est également rejetée¹⁵⁷⁵. Il préfère ainsi l'« unité de pouvoir et [l']unité d'action » à la séparation et à l'équilibre des pouvoirs¹⁵⁷⁶.

Rey ne rejette pas toute *unité d'action*, quoique celle-ci s'entende exclusivement dans une dimension hiérarchique : le mouvement doit être donné par la volonté législative à laquelle l'action du pouvoir exécutif ne peut que se plier. Mais sa théorie des pouvoirs évolue ensuite. À la primauté du législatif succède un agencement plus complexe qui fait désormais intervenir, en amont du pouvoir législatif ordinaire, deux nouveaux pouvoirs.

B/ LES INNOVATIONS INTRODUITES PAR L'AJOUT DES POUVOIRS ÉLECTORAL ET CONSTITUANT

À partir de l'année 1820, Joseph Rey complète sa théorie par l'introduction du pouvoir électoral et du pouvoir constituant. Il commence toujours par des développements sur le législatif et l'exécutif, mais c'est pour reconnaître ensuite que ceux-ci ne sauraient être les premiers. Il convient en effet de désigner les agents qui les exerceront, ce qui suppose un pouvoir électoral (1). Par ailleurs, tout ceci implique une société déjà *constituée*, ce qui passe alors par l'affirmation d'un pouvoir constituant (2), qui entretient une relation circulaire ambiguë avec le pouvoir électoral.

capable de réprimer et de punir les injustices particulières » (C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 167).

1572 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 455.

1573 *Ibid.*, p. 456.

1574 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 108.

1575 F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*, Paris, Maradan, 1816, p. 27.

1576 *Ibid.*, p. 29.

1. Le pouvoir électoral : premier degré de la souveraineté

On trouve le premier germe de réflexion sur le pouvoir électoral dès les écrits de 1815, bien que le syntagme de *pouvoir électoral* ne fasse son apparition qu'en 1820. Dans les *Bases d'une constitution* et le *Projet de Constitution* de Rey, le pouvoir électoral n'a pas encore acquis une autonomie par rapport au législatif. Rey y affirme seulement que les assemblées électorales exercent « indirectement » le pouvoir législatif¹⁵⁷⁷, que les assemblées primaires exercent le « premier degré de la souveraineté nationale¹⁵⁷⁸ » ou encore que les électeurs et les membres des assemblées primaires « sont aussi des *représentans de la nation*¹⁵⁷⁹ ». On voit ici que Rey tente d'adapter les principes de Rousseau au jeu du régime représentatif. En effet, alors que Rousseau ne voyait dans l'élection qu'une « fonction du Gouvernement et non de la Souveraineté¹⁵⁸⁰ », Joseph Rey partage au contraire avec les Montagnards¹⁵⁸¹ l'idée selon laquelle elle constitue un mode d'exercice de la souveraineté par le peuple¹⁵⁸². Il s'inscrit donc dans la continuité de ceux qui essayent de rendre la théorie du *Contrat social* compatible avec la modernité politique. Dans ses textes de 1815, il affirme ainsi que l'élection des législateurs participe directement de l'exercice de la souveraineté et du pouvoir législatif. Lorsque, à partir de 1820, il développe la notion de pouvoir électoral, il ne le présente plus aussi explicitement comme une portion de la souveraineté nationale. Mais cela va sans dire puisque, d'après Rey, tous les pouvoirs publics participent de la souveraineté. Il convient encore de préciser que le propos de Rey est bien plus clair lorsqu'il évoque les questions électorales dans le cadre de ses développements sur la souveraineté en 1815¹⁵⁸³, qu'il ne l'est lorsqu'il traite du pouvoir électoral à partir de 1820. Le mieux est l'ennemi du bien et Rey s'est sans doute laissé aller à un travers de perfectionnisme.

C'est chez le méconnu Pierre-Ascension Garros, un homme de lettres et ingénieur mécanicien, que Rey puise l'idée de pouvoir électoral. Garros rédige en 1815 un petit ouvrage intitulé *De la Sauvegarde des peuples, contre les abus du pouvoir*¹⁵⁸⁴, ouvrage qui renferme, d'après Rey,

1577 PCMF, f. 7.

1578 Ibid., f. 11.

1579 DBC, p. 47.

1580 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 264.

1581 J. BOUDON, *Les Jacobins*, op. cit., p. 143-144.

1582 J. BOUDON remarque plutôt que, dans la conception des Montagnards, la souveraineté n'est plus « souveraineté exercice du pouvoir » mais « souveraineté source du pouvoir » (*Les Jacobins*, op. cit., p. 144). Toutefois, sous la plume de REY, la désignation des titulaires des pouvoirs publics constitue elle-même un pouvoir à part entière, de sorte qu'il s'agit tout à la fois de l'exercice d'un pouvoir et de la source de tous les autres.

1583 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, A, 1.

1584 Pierre-Ascension GARROS, *De la sauvegarde des peuples, contre les abus du pouvoir*, Paris, Mme Goulet, 1815.

« une infinité de vues excellentes¹⁵⁸⁵ ». Si l'auteur de la brochure consacre de longs développements aux modalités d'organisation du pouvoir électoral, Rey se limite seulement à reprendre l'idée. Puisque les pouvoirs exécutif et législatif requièrent des agents pour les exercer, il convient selon lui de trouver « un mode particulier à leur nomination¹⁵⁸⁶ ». Il faut, précise-il en 1820, « que cette nomination soit à son tour confiée à des agents spéciaux, dans le cas où la société ne peut elle-même le faire directement¹⁵⁸⁷ ». En 1828, il écrit désormais que cette nomination *doit* être confiée « à un ordre d'individus dont la désignation soit elle-même faite avec toutes les garanties possibles », afin que le choix de ces fonctionnaires « réponde aux vœux de la société »¹⁵⁸⁸. Autrement dit, si dans un premier temps Rey ne ferme pas tout à fait la porte à l'élection directe par le peuple, une telle hypothèse est complètement passée sous silence par la suite. Le double degré de l'élection s'impose sans discussion. Et, ce qui ne manque de surprendre, cette nécessité de composer une sorte de corps intermédiaire exerçant le pouvoir électoral se veut justifiée par le souhait de correspondre aux *vœux de la société*. Lorsque Rey envisage les restrictions à l'exercice de la souveraineté nationale¹⁵⁸⁹, au moins ces restrictions sont-elles justifiées par la volonté de ne pas aller à l'encontre du but social, ce qui est bien plus compréhensible.

Ce pouvoir électoral, précise-t-il, forme alors « une classe à part » qui domine les pouvoirs législatif et exécutif, lesquels doivent ainsi être considérés « comme ses émanations, quant au personnel de l'administration publique »¹⁵⁹⁰. Alors même que le juriste réserve la qualité de représentants aux législateurs, il affirme ici que les agents du pouvoir exécutif doivent également être élus d'une façon ou d'une autre. Cependant, il admet l'existence de la monarchie et ne dit jamais que le roi ou ses ministres mériteraient d'être élus. Dans ses *Préliminaires*, parus avant que le pouvoir électoral ne fasse son apparition, Rey écrit bien qu'« il ne peut exister d'appui véritablement solide aux trônes, que dans l'investiture nationale, au moins tacite¹⁵⁹¹ ». Mais c'est pour expliquer ensuite que l'hérédité du trône s'est vue justifiée par le besoin d'éviter les troubles auxquels pourrait donner lieu l'élection du chef d'État. Le publiciste est en fait très ambigu sur la question des modalités de désignation des agents des pouvoirs législatif et exécutif. Au fond, il ne semble nullement favorable à la monarchie héréditaire, quoiqu'il puisse être délicat de l'affirmer. Dans les *Bases d'une Constitution*, il signale que l'institution du pouvoir exécutif serait

1585 JGLJ, t. 1, p. 274 ; TPGD, p. 221.

1586 JGLJ, t. 1, p. 273.

1587 *Ibid.*, p. 273.

1588 TPGD, p. 221.

1589 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, A, 1.

1590 JGLJ, t. 1, p. 273 ; TPGD, p. 221.

1591 *Préliminaires*, p. 37.

bien plus simple dans un régime républicain que sous une monarchie¹⁵⁹². De plus, là où d'aucuns, à l'instar de Cousin, font de l'« hérédité et [de] la tradition, [...] la véritable origine du pouvoir exécutif¹⁵⁹³ », Rey suggère au contraire que l'hérédité du trône est en contradiction avec les « véritables principes¹⁵⁹⁴ ». Dans son inachevée *Histoire critique*, évoquant la Chine antique, il écrit même que l'hérédité consiste à reconnaître que « l'aveugle destin fait seul la loi¹⁵⁹⁵ ». D'ailleurs, ajoute-t-il, cela n'a pas empêché de détrôner des monarques¹⁵⁹⁶. S'il compose donc avec les préjugés de son époque sur l'hérédité monarchique, Joseph Rey demeure conscient que la stabilité du pouvoir exécutif ne saurait résulter de son seul caractère héréditaire. Seul l'assentiment populaire est en mesure de conférer la force nécessaire à la pérennité des institutions. Sans doute Rey admet-il ce qui apparaissait alors inéluctable : un monarque héréditaire qui nomme ses ministres – et qui dispose même, d'après le *Projet de Constitution* de 1815, d'un veto législatif absolu¹⁵⁹⁷, compensation nécessaire au refus de lui accorder l'initiative législative¹⁵⁹⁸.

Arrivé à l'issue de la présentation du pouvoir électoral, Joseph Rey remarque que « la clef de voûte manque encore », puisque tous ses développements précédents supposent « un état *constitué*, un mode arrêté d'organisation sociale », bref une « constitution »¹⁵⁹⁹. C'est ici que le pouvoir constituant fait son apparition.

2. L'ajout audacieux d'un pouvoir constituant

En remontant toujours plus en amont dans l'ordre de génération des différents pouvoirs, Rey en vient alors à affirmer l'existence d'un pouvoir constituant chargé de rédiger la constitution, de la réviser et de s'assurer que les autres institutions politiques ne l'altèrent pas (β).

1592 Sans préciser pour autant si l'exécutif en République devrait être élu ou non (*DBC*, p. 64-65).

1593 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 455.

1594 « Il ne faut point admettre, sans la plus *impérieuse nécessité*, toute institution qui s'écarte des véritables principes. C'est déjà un grand malheur d'être forcé, pour le repos des États, de s'en écarter en ce qui touche l'hérédité du Trône » (*DBC*, p. 56).

1595 « Histoire critique des tentatives d'amélioration sociale depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours », p. 38.

1596 *Ibid.*, p. 51.

1597 Ce droit de veto, « quelque contraire qu'il puisse être à la séparation des pouvoirs », apparaît néanmoins « indispensable en l'état actuel des choses, pour le soutien de la monarchie héréditaire ». Mais REY pose quand même l'obligation « de donner les motifs du refus de sanction » (*PCMF*, f. 89-90).

1598 *PCMF*, f. 41.

1599 *JGLJ*, t 1, p. 274 ; *TPGD*, p. 221-222.

Ce faisant, il adopte une opinion tout à fait minoritaire parmi les penseurs de son temps. La plupart d'entre eux refusent en effet de consacrer un tel pouvoir, bien que tous n'en tirent pas les mêmes conséquences (α).

α. Les controverses autour du pouvoir constituant

Comme l'a montré Oscar Ferreira, la question du pouvoir constituant, de son existence ou de son titulaire a fait l'objet de vives discussions sous les monarchies post-révolutionnaires¹⁶⁰⁰. L'opinion dominante se positionnait alors contre l'existence d'un tel pouvoir. Cela peut se comprendre. Le concept de pouvoir constituant renvoie immédiatement au souvenir de la Révolution française. Développé par Sieyès notamment, sa dimension subversive suscite des craintes. Comme le note Olivier Beaud, cette théorie peut se présenter « comme une autre manière de désigner l'irruption du droit d'insurrection dans la théorie constitutionnelle¹⁶⁰¹ ». Reconnaître un tel pouvoir revient à considérer que l'organisation politique n'est jamais figée. Et si on l'origine en plus dans la nation, cela peut effectivement servir à alimenter une théorie du droit d'insurrection. Or, dans le premier XIX^e siècle, une volonté de stabilité et de pérennisation de l'ordre social et politique anime la plupart de ceux qui écrivent et s'intéressent à ces questions. Même les penseurs qui admettent la révision de l'acte constitutionnel refusent généralement de reconnaître un pouvoir constituant. Celui-ci leur apparaît trop subversif. Deux types d'argumentaires ou de motifs se présentent alors pour refuser la notion de pouvoir constituant.

En premier lieu, il peut être question de rechercher la stabilité en faisant tout simplement obstacle à la modification de la constitution. C'est cette option conservatrice que défend par exemple Royer-Collard lors de la discussion sur la septennalité de la législature. Il affirme que la Charte est « au-dessus des pouvoirs qui sont son ouvrage » pour refuser toute altération de celle-ci¹⁶⁰². Cela revient alors à figer l'histoire constitutionnelle de la France. Dans la même logique, Cousin refuse d'assimiler la Charte à un contrat entre le roi et la nation. Opposé à toute forme de contractualisme, le philosophe considère que faire reposer la constitution sur le consentement, reviendrait à admettre que « du moment où ce consentement cesse, le contrat a disparu¹⁶⁰³ ». Cela lui permet, certes, de défendre la Charte contre les empiétements du monarque ou de ses

1600 Oscar FERREIRA, « Partie 1 : un port endormi. La Charte française de 1814 et l'évanouissement du constitutionnalisme octroyé », *Le constitutionnalisme octroyé, Itinéraire d'un interconstitutionnalisme au XIX^e siècle*, Paris, Éditions ESKA, 2019, p. 46-192.

1601 Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, P.U.F., 1994, p. 224.

1602 P.-P. ROYER-COLLARD cité par O. FERREIRA, *Le constitutionnalisme octroyé, op. cit.*, p. 153.

1603 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 449.

ministres. Mais, par la même occasion, le peuple se trouve dépouillé du droit de réviser sa constitution. Celle-ci doit être « au-dessus de tous les pouvoirs humains¹⁶⁰⁴ ». Bien que promulguée par des autorités humaines, elle n'est pas leur œuvre car « sa véritable origine étant la raison absolue, elle domine légitimement¹⁶⁰⁵ ». Aucun pouvoir humain ne saurait donc être constituant, un tel pouvoir ne peut qu'être transcendant. Une fois de plus, la métaphysique de Victor Cousin lui permet de justifier son refus de tout volontarisme en matière politique.

En second lieu, l'exclusion d'un pouvoir constituant peut au contraire conduire à placer la Charte sur un pied d'égalité avec la loi ordinaire, afin de permettre sa révision avec le seul concours du roi et des chambres¹⁶⁰⁶. C'est cette thèse de la confusion des normes qui réunit le plus de partisans¹⁶⁰⁷. Comme le souligne Oscar Ferreira, refuser cette confusion tout en admettant la révision du texte « aboutit à affirmer l'intervention plus ou moins directe du peuple [...], parfois du roi, dans l'œuvre constituante¹⁶⁰⁸ », afin de la distinguer de la simple procédure législative. Rares sont cependant les publicistes qui distinguent franchement les lois constitutionnelles des lois ordinaires¹⁶⁰⁹. Ainsi Guizot admet que la Charte peut être modifiée par la simple réunion du Roi et des chambres. S'il ne peut écarter le monarque du processus, puisque la Charte elle-même lui confie une portion du pouvoir législatif, sa thèse lui permet au moins de préserver la compétence parlementaire sans faire appel au peuple pour former un nouvel organe constituant. Bien que des pouvoirs constituants aient pu exister, comme en l'an VIII, en 1814 ou en 1830 selon Guizot, ils ne sont rien d'autres que « l'émanation outrageante de la force¹⁶¹⁰ ». Par conséquent, parler de pouvoir constituant, « c'est de la folie » lorsqu'il existe des pouvoirs constitutionnels sagement établis et organisés¹⁶¹¹. Dans le cadre de la monarchie constitutionnelle, un tel pouvoir ne peut être « qu'usurpation ou révolution¹⁶¹² ». Il ne faut cependant pas se tromper sur son intention. À la suite de Pierre Rosanvallon, Oscar Ferreira évoque en effet l'« hypocrisie » de Guizot, qui cherche surtout « à confisquer le pouvoir constituant dans le but de ralentir voire de conclure l'histoire »¹⁶¹³. Autrement dit, si Guizot n'affirme pas l'intangibilité de la Charte, c'est pourtant le but qu'il vise.

1604 *Ibid.*, p. 449.

1605 *Ibid.*, p. 449.

1606 O. FERREIRA, *Le constitutionnalisme octroyé*, *op. cit.*, p. 92-93. L'auteur remarque que chez ceux qui adhèrent à cette seconde logique, il n'y a pas une uniformité de vues. Pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, FERREIRA affirme que telle était la position des doctrinaires, portée notamment par Charles DE RÉMUSAT.

1607 *Ibid.*, p. 167.

1608 *Ibid.*, p. 88-89.

1609 O. FERREIRA ne mentionne que Charles-Guillaume HELLO et Félix BERRIAT-SAINT-PRIX (*Le constitutionnalisme octroyé*, *op. cit.*, p. 89).

1610 O. FERREIRA, *Le constitutionnalisme octroyé*, *op. cit.*, p. 89-90.

1611 F. GUIZOT, *Histoire parlementaire de la France*, t. 3, Paris, Michel Lévy frères, 1863, p. 679.

1612 *Ibid.*, p. 681.

1613 O. FERREIRA, *Le constitutionnalisme octroyé*, *op. cit.*, p. 91.

Dans le premier XIX^e siècle, nombreux sont ceux qui cherchent à arrêter l'histoire politique dans une France marquée par les commotions révolutionnaires et les divers changements de régimes. Plus ou moins satisfaits par la Restauration et sa Charte, ils s'attachent ainsi à pérenniser les institutions. Bien qu'animée d'une autre logique, la pensée conservatrice des traditionalistes s'oppose également à l'affirmation d'un tel pouvoir. Selon ces auteurs, la constitution de l'État résulte de l'histoire et de la tradition, ce qui fait tout simplement obstacle à l'idée même de donner à la France une constitution¹⁶¹⁴. Celle-ci ne peut qu'être constatée.

Pour sa part, Rey entreprend au contraire de repenser tous les fondements de l'ordre social et politique. On comprend donc qu'il puisse trouver quelque appui dans l'idée d'un tel pouvoir. Mais l'affirmation du pouvoir constituant, comme nous allons en juger, répond encore à d'autres objectifs.

β. L'affirmation du pouvoir constituant

Des précisions sont d'abord nécessaires pour comprendre comment ce pouvoir constituant s'articule avec le reste de la théorie reynienne. Le juriste laisse en effet entendre que l'établissement d'une constitution est le premier acte de toute organisation sociale. Or, cela ne peut se comprendre que de façon logique et non chronologique. Il explique d'ailleurs dans son *Catéchisme* que « l'établissement d'un gouvernement constitutionnel » en est encore à ses balbutiements¹⁶¹⁵. Cependant, la logique veut que la constitution soit première, puisque c'est elle qui doit déterminer l'organisation des autres pouvoirs, que l'on peut dire constitués. Tel est le rôle premier du pouvoir constituant. En 1815, le juriste proposait déjà dans son *Projet de constitution* de mettre en place une « assemblée nationale constituante ou de révision¹⁶¹⁶ ». À partir de 1820, il fait désormais état d'un *pouvoir* à part entière.

Même si l'on comprend que la perspective n'est pas chronologique, les rapports entretenus entre les pouvoirs constituant et électoral présentent des ambiguïtés. Joseph Rey affirme en effet que le premier plane sur les trois autres, « quoique le pouvoir électoral ait à son tour une réaction sur le pouvoir *constituant* », puisqu'il doit en désigner les membres¹⁶¹⁷. Le pouvoir électoral devrait donc intervenir en amont, alors même que c'est au pouvoir constituant

1614 G. GENGEMBRE, « La Contre-Révolution et le refus de la constitution », in L. JAUME et M. TROPER (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 55-74.

1615 *Catéchisme*, p. 23-24.

1616 *PCMF*, f. 26 et s.

1617 *JGLJ*, t. 1, p. 274 ; *TPGD*, p. 222.

de déterminer les modalités de désignation des membres du premier, ainsi que ses modalités de fonctionnement. Ceci crée une difficulté logique, dont Rey fait peu de cas. Il ajoute seulement, au détour d'une phrase, que la nécessité de désigner des individus particuliers pour exercer le pouvoir constituant n'existe que dans l'hypothèse « où la nation ne peut en masse [l']exercer¹⁶¹⁸ ». On retrouve toujours cette dimension seconde de la délégation de pouvoir. Ainsi, bien que Rey admette, à la suite de Sieyès¹⁶¹⁹, la représentation d'un tel pouvoir, il considère qu'initialement, il n'y avait nul besoin de pouvoir constituant distinct de la société. Mais dès lors que le peuple en masse ne l'exerce plus par lui-même, alors ses membres devront être « élus ou désignés d'une manière quelconque, ce qui est toujours une *élection* dans le sens étendu de ce mot¹⁶²⁰ ». Si l'on se réfère à son *Projet de constitution*, le juriste propose simplement de faire élire les membres de l'assemblée constituante selon les mêmes modalités que pour les législateurs ordinaires. Mais comme, sauf circonstances particulières, on ne peut cumuler pouvoir constituant et pouvoir constitué, les députés qui demandent la révision ne pourront être éligibles à l'assemblée de révision¹⁶²¹. Rey fait encore remarquer que l'élection peut être entendue comme une désignation *d'une manière quelconque*. En effet, le terme « élection », du latin *electio*, renvoie d'abord à l'idée d'un choix, mais n'implique rien quant aux modalités de ce choix. Dans ses *Bases d'une constitution*, Rey admet en revanche qu'il puisse être opportun de faire ratifier la constitution par les citoyens¹⁶²².

Le publiciste apporte sans doute cette précision sur le vocable de l'élection afin de ne pas attaquer de front la Charte de 1814, rédigée dans l'ombre d'un cabinet avant d'être *octroyée* par Louis XVIII. La critique de l'octroi sera d'ailleurs érigée en délit par une loi du 25 mars 1822¹⁶²³. Bien qu'elle ne soit pas « l'expression d'une volonté libre de la nation », écrivait Rey en 1814, la Charte contient cependant des « dispositions salutaires »¹⁶²⁴. Aussi préfère-t-il s'assurer de son respect par les gouvernants plutôt que d'en attaquer l'origine. Comme certains de ses contemporains¹⁶²⁵, il présente alors la Charte comme un pacte entre le roi et la nation, « pacte qui

1618 JGLJ, t. 1, p. 274 ; TPGD, p. 222.

1619 B. LECOQ PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale*, op. cit., p. 219.

1620 JGLJ, t. 1, p. 274 ; TPGD, p. 222.

1621 PCMF, f. 26-27.

1622 Voir *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, A, 2.

1623 L'article 2 de cette loi dispose que « [t]oute attaque [...] contre la dignité royale, l'ordre de successibilité au trône, les droits que le Roi tient de sa naissance, ceux en vertu desquels il a donné la Charte, son autorité constitutionnelle, l'inviolabilité de sa personne, les droits ou l'autorité des Chambres sera punie d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de trois cents francs à mille francs » (« Loi relative à la répression et à la poursuite des délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication », *Bulletin des lois*, 7^e série, t. 14, Paris, Imprimerie Royale, 1822, p. 249-250 ; c'est nous qui soulignons).

1624 *De l'état actuel de la France sous le rapport des idées politiques*, p. 21.

1625 O. FERREIRA, « Le Roi "dans" la Charte de 1814. Prisons imaginaires », *Jus Politicum*, n° 13, 2004, [En ligne: <http://juspoliticum.com/article/Le-Roi-dans-la-Charte-de-1814-Prisons-imaginaires-919.html>, consulté le 10.08.2019].

fait seul [la] puissance » du roi¹⁶²⁶. Cela permet de dire que, quoique la constitution soit l'œuvre de Louis XVIII, elle appartient tout autant au peuple dès lors que celui-ci l'a tacitement acceptée. De plus, en dépit de son origine, c'est elle qui fait la puissance du roi et non l'inverse. En dépit de la réaffirmation de la dignité royale¹⁶²⁷, le roi est ainsi « dans » la Charte, selon l'expression d'Oscar Ferreira¹⁶²⁸. Malgré tout, en reconnaissant le besoin d'un pouvoir constituant distinct des autres pouvoirs, le doute est jeté sur la légitimité de ce texte. Dans ses *Mémoires politiques*, Rey parlera désormais du « vice radical » de cette Charte, que le roi refusait de tenir, « même facticement, des mains de la nation »¹⁶²⁹. C'est qu'en réalité, une constitution n'est pas un contrat entre gouvernants et gouvernés, mais devrait simplement être l'expression de la volonté générale.

Il faut maintenant étudier les diverses fonctions de l'assemblée constituante. La rédaction de la constitution n'appelle pas vraiment d'autre commentaire que celui que nous venons de faire sur la faible légitimité de la Charte. Il faut toutefois signaler que Rey évoque la nécessité de faire précéder la Constitution d'une « DÉCLARATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA SOCIÉTÉ¹⁶³⁰ ». Celle-ci correspond, sous le point de vue de la théorie, aux principes généraux du droit et de la législation que le juriste s'attache à mettre en lumière dans ses publications, et notamment aux bases de la société, précédemment étudiées¹⁶³¹. Joseph Rey ne précise pas la valeur juridique de ce texte placé en tête de la Constitution. Il s'intéresse moins aux mécanismes juridiques qu'aux grands principes. Est-elle invocable devant les tribunaux ? Cela n'aurait rien d'inouï étant donné le précédent révolutionnaire. Sous la Révolution en effet, le Tribunal de cassation avait déjà pu reconnaître « une valeur juridique effective aux textes constitutionnels et même, dans certaines conditions, aux déclarations de droits¹⁶³² ». Dans ses publications, comme dans le cadre de son activité d'avocat, Rey n'a d'ailleurs pas hésité à mobiliser des textes constitutionnels pour appuyer certaines de ses vues ou défendre ses clients¹⁶³³. La déclaration de

1626 *De l'état actuel de la France sous le rapport des idées politiques*, p. 22.

1627 Sébastien LE GAL, « La dignité royale durant la Restauration et la Monarchie de Juillet : Perspectives constitutionnelles », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 86, n° 3, 2008, p. 331-357.

1628 O. FERREIRA, « Le Roi "dans" la Charte de 1814. Prisons imaginaires », *art. cit.*

1629 *Mémoires politiques*, p. 5-6.

1630 TPGD, p. 361.

1631 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, II et III. Ces principes fondamentaux de la société incluent également la question de l'origine des pouvoirs qui nous occupe dans cette section.

1632 J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, p. 498. Pour des détails sur l'application des constitutions de 1791 et 1795 ainsi que des déclarations de droits par le Tribunal de cassation, voir *ibid.*, p. 498-500 ; Jean-Louis MESTRE, « À propos de l'application de la Constitution de 1791 par le Tribunal de cassation », *Études sur l'ancienne France offertes en hommage à Michel Antoine*, Paris, École nationale des chartes, 2003, p. 243-252.

1633 C'est ce qu'il fait par exemple dans le cadre de l'affaire DIDIER. Dans cette affaire, le lieutenant-général DONADIEU fit juger certains complices de DIDIER (accusés de révolte contre le gouvernement) par une

principes ayant apparemment la même valeur que la constitution, il est permis de penser qu'elle peut donc être invoquée devant les juridictions, et que son respect doit être garanti selon les mêmes modalités que pour la constitution proprement dite. Si Rey ne dit pas non plus à quelle institution doit être dévolue la rédaction de cette déclaration, on peut également penser que cela rentre dans les attributions du pouvoir constituant.

Après la rédaction vient la révision de la Constitution. Penser la nécessité de réviser la Constitution signale d'abord chez Rey un regard tourné vers l'avenir et le progrès futur des institutions. Les hommes n'acquérant de connaissances que par l'expérience, il apparaît en effet prudent de ne pas entraver les possibilités d'amélioration de l'organisation politique. Pourtant, ni la Constitution de l'an VIII, ni les Chartes ne prévoyaient de procédure de révision. Comme nous l'avons vu, ceci pouvait donc conduire, soit à bloquer toute possibilité d'amélioration, soit à laisser à la merci des pouvoirs constitués la révision du texte. Le danger est alors de n'assujettir celle-ci à aucune forme particulière, de ne l'entourer d'aucune garantie. Or, en consacrant ce pouvoir constituant à part, Rey interdit par conséquent aux divers pouvoirs constitués d'apporter des modifications à l'acte constitutionnel. Quoique le juriste ne l'explicite pas, cela revient à dire que les chambres législatives et le Roi¹⁶³⁴, qui ont cru à plusieurs occasions pouvoir modifier la Charte, ont outrepassé leurs attributions. En présentant la Charte comme un pacte entre le Roi et la nation afin de forcer le respect du premier, le risque était de permettre sa modification voire son abrogation par le simple concours du monarque et des législateurs ordinaires, considérés comme représentants la nation. L'ajout du pouvoir constituant y fait désormais obstacle. Toutefois, dans son *Projet de constitution*, Rey admet que le veto législatif absolu du roi vaut également pour les actes de l'assemblée constituante¹⁶³⁵, permettant ainsi au monarque de bloquer le pouvoir constituant de la nation. Rompant ici avec la tradition constitutionnelle de 1789-1791, Rey cède alors aux préjugés de son temps. Mais l'introduction d'un pouvoir constituant à part fait tout de même obstacle à ce que les divers pouvoirs constitués n'altèrent le texte constitutionnel.

Et il revient justement au pouvoir constituant de « veiller spécialement au maintien des

commission militaire qui les condamna à mort. Dans la plainte au procureur du roi que rédigent REY et CAZENAVE au nom des plaignants, ils affirment ainsi que « [l]ors même qu'on pourrait échapper à la bienfaisante précision de l'article 63 de la Charte, qui ne permet pas même au pouvoir législatif de créer d'autres tribunaux extraordinaires que les Cours prévôtales, il faudrait alors remonter à l'article 92 de la constitution de l'an 8 » etc. (*Plainte adressée à M. le Procureur du Roi*, p. 8).

1634 Si l'on se réfère au *Projet de constitution* de 1815, on comprend que le roi est pensé comme une autorité (le terme de pouvoir serait inadéquat) constituée : il tire ses prérogatives de la Constitution qui règle également toutes les modalités de dévolution de la couronne et prévoit en outre différentes causes de destitution (nommée respectueusement « abdication »), à l'instar de la Constitution de 1791.

1635 PCMF, f. 42.

lois constitutionnelles¹⁶³⁶ ». Cette proposition d'une sorte de contrôle de constitutionnalité des lois ne peut manquer de faire écho au jury constitutionnaire de Sieyès¹⁶³⁷. Bien que les projets des deux hommes diffèrent, on retrouve cette même volonté d'assurer le respect de la Constitution par les pouvoirs constitués. Dans son *Projet de constitution*, Rey propose ainsi qu'une assemblée élue contrôle de façon périodique, tous les cinq ans, si « aucun des corps de l'État n'a porté atteinte à la Constitution ; ou si, par une cause ou un motif quelconque, il ne s'est glissé, dans quelques parties de l'administration, aucun abus ou innovation contraire à la Constitution¹⁶³⁸ ». Elle peut alors annuler tous les actes contraires à la Constitution, prononcer des avertissements ou des censures contre leurs auteurs, et même « provoquer [leur] mise en jugement¹⁶³⁹ ». Rey prévoit donc une sorte de contrôle de constitutionnalité des lois elles-mêmes. D'après Lucien Jaume, « [i]l suffit [...] d'instituer une procédure d'annulation pour créer une hiérarchie¹⁶⁴⁰ ». Il ne semble donc pas anachronique de parler de hiérarchie des normes¹⁶⁴¹ à cette époque. Sieyès lui-même, malgré des formules ambiguës, avait déjà prévu la possibilité d'annuler les actes contraires à la Constitution¹⁶⁴². Certes, la plupart des hommes de la Révolution et du premier XIX^e siècle refusent généralement la censure des lois. Et ceux qui admettent en théorie une hiérarchie, comme Daunou ou Lanjunais par exemple, ne proposent pas pour autant de contrôle de constitutionnalité¹⁶⁴³. Mais Joseph Rey dessine ici l'esquisse d'une véritable hiérarchie des

1636 JGLJ, t. 1, p. 274 ; TPGD, p. 222.

1637 P. PASQUALINO, *Sieyès et l'invention de la constitution*, op. cit., p. 94-95 ; Y.-A. DURELLE-MARC, « Qui gardera les gardiens ? Sur la *jurie constitutionnaire* de Sieyès », in Wanda MASTOR, Julie BENETTI et al. (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, op. cit., p. 253-261.

1638 PCMF, f. 26-27.

1639 Ibid., f. 26-27.

1640 Lucien JAUME, « Sieyès et la hiérarchie des normes », in Vincent DENIS, Pierre-Yves QUIVIGER et Jean SALEM (dir.), *Figures de Sieyès*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008, p. 25-42 [En ligne : <https://doi.org/10.4000/books.psorbonne.20031>, consulté le 17.03.2022].

1641 Même si ce point de vue demeure contesté, certains auteurs considèrent que « la hiérarchie des normes est une notion qui s'est présentée à l'esprit des hommes de la Révolution », que « le principe de la hiérarchie participait bel et bien de la réflexions des révolutionnaires » (Marc LHAMER, « Sieyès lors des débats constituants en l'an III : autopsie d'un échec », *Figures de Sieyès*, op. cit., p. 43-82) ou qu'il y a *a minima* « dans la pensée des constituants une esquisse de l'idée de hiérarchie des normes » (J.-L. HALPÉRIN, cité dans *ibid.*). En sens contraire, Lucien JAUME distingue « hiérarchie des fonctions » et « hiérarchie des normes », pour affirmer que celle-ci « était difficilement concevable à l'époque de la Révolution française ». Pour différencier les deux, il met alors plusieurs éléments en avant, notamment le fait qu'une hiérarchie des fonctions ne permet pas de justifier l'annulation des actes contraires à la Constitution (« Sieyès et la hiérarchie des normes », *Figures de Sieyès*, op. cit., p. 25-42).

1642 L'article VIII du projet de SIEYÈS était ainsi conçu : « Les actes déclarés inconstitutionnels par arrêt du jury constitutionnaire sont nuls et comme non venus ». Toutefois, on peut penser que les lois sont exclues du domaine de compétence du jury, puisque SIEYÈS n'évoquait que les actes adoptés *soit* par le Conseil des Anciens, *soit* par le Conseil des Cinq-Cents. L'alternative laisse donc entendre que les lois (adoptées conjointement par les deux assemblées) sont à l'abri de tout contrôle (« Discours à la Convention nationale, séance du 18 Thermidor an III (5 août 1795) », in W. MASTOR, J. BENETTI et al. (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, op. cit., p. 252).

1643 O. FERREIRA, *Le constitutionnalisme octroyé*, op. cit., p. 97-98.

normes : Constitution¹⁶⁴⁴ > lois > textes réglementaires. Tracy se montre également favorable à ce qu'un tel contrôle soit exercé par un « corps préservateur » qui pourrait « prononcer l'inconstitutionnalité, et par conséquent la nullité des actes du corps législatif ou du corps exécutif »¹⁶⁴⁵. Dans son *Catéchisme*, Rey affirme même une sorte de droit à la désobéissance citoyenne, mais uniquement pour les actes contraires aux lois. Comme le fera Lanjuinais¹⁶⁴⁶, il écrit en effet « qu'on ne doit aucune obéissance aux actes des diverses autorités non investies du pouvoir législatif, qui ne dérivent pas d'une loi ou qui y sont contraires¹⁶⁴⁷ ». De façon plus prudente, le *Projet de Constitution* prévoit que tout individu « a le droit de résister » aux arrestations qui ne seraient pas faites selon « les formes et autres conditions voulues par la loi [...] pourvu qu'il n'excède pas la légitime défense »¹⁶⁴⁸. En revanche, alors que Benjamin Constant fait un devoir aux citoyens de résister aux lois qui leurs paraissent injustes¹⁶⁴⁹, Rey se refuse à légitimer la désobéissance aux lois contraires à la Charte¹⁶⁵⁰. Il préfère s'en remettre à l'assemblée de révision plutôt qu'au jugement des citoyens.

Il ne faudrait toutefois pas se méprendre sur les véritables intentions de Rey. S'il professe un attachement sincère au respect de la légalité, il est un terme au-delà duquel la résistance aux lois et le recours aux procédés illégaux sont inévitables. Qu'il invoque la violation du quasi-contrat social, le droit légitime, ou simplement la nature sensible de l'être humain, Rey s'attache en effet à légitimer la résistance à l'oppression et l'insurrection¹⁶⁵¹. Il laisse donc un expédient permettant d'excuser la désobéissance aux lois, même constitutionnelles. Il a d'ailleurs lui-même d'ailleurs cédé à cette tentation en 1820. Il est vrai qu'il se détermine d'abord à participer à la conspiration qui se prépare suite à une rencontre avec Victor Cousin, au cours de laquelle ce dernier lui explique qu'il s'agit de « forcer le roi à rentrer dans les voies de la Charte¹⁶⁵² ». Rey finit pourtant par réfléchir à l'organisation d'un nouveau gouvernement provisoire, plaçant Lafayette Président, ce qui revenait donc à renverser et le gouvernement du Roi et la Charte.

1644 Elle-même précédée ou incluant l'énoncé des principes fondamentaux de la société.

1645 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 183-184.

1646 J.-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française*, t. 1, *op. cit.*, p. 278-279.

1647 *Catéchisme*, p. 45-46.

1648 *PCMF*, f. 55.

1649 B. CONSTANT, « Principes de politique », *op. cit.*, p. 14.

1650 Il écrit ainsi qu'« il faut toujours se soumettre aux décisions du pouvoir législatif, tel qu'il est constitué dans l'état actuel ; car [...] il vaut mieux une loi imparfaite bien exécutée que l'absence de toute loi » (*Catéchisme*, p. 84). Par la suite, il affirmera toutefois le contraire, évoquant des « lois pleines de contradictions, et dont le résultat est souvent plus funeste que l'absence de toute loi » (*TPGD*, p. 230), sans y associer pour autant un droit de désobéissance à la loi (hors cas de résistance à l'oppression).

1651 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, II, B.

1652 *MSR*, t. 1, p. 43.

L'introduction de notions telles que celles de pouvoir constituant et de pouvoir électoral répond ainsi au besoin de proposer une théorie plus démocratique des institutions politiques, tout en apportant des garanties empêchant les pouvoirs ordinaires d'altérer la constitution. Arrivé à l'issue de la présentation de ces pouvoirs, Joseph Rey affirme qu'ils « suffisent réellement à toutes les hypothèses sociales, à toutes les conditions imaginables de la société¹⁶⁵³ ». Il passe alors à la question des titulaires de la souveraineté, question à laquelle il a déjà implicitement répondu en affirmant que les pouvoirs sociaux trouvent leur origine au sein même de la société.

III/ PENSER LA SOUVERAINETÉ APRÈS LA RÉVOLUTION

Dès 1815, Rey affirme franchement qu'il ne saurait y avoir d'autre souveraineté que nationale. Pourtant, le juriste sait que l'époque est peu propice à une pareille affirmation : la souveraineté nationale a en effet subi de nombreuses critiques depuis la Révolution et la souveraineté monarchique de droit divin a fait son grand retour l'année précédente dans la Charte constitutionnelle¹⁶⁵⁴. S'il écrit en avril 1815 que « le principe de la souveraineté nationale n'est plus contesté par aucune personne instruite et de bonne foi¹⁶⁵⁵ », il revient sur ces mots la même année. Dans son *Projet de Constitution*, il constate au contraire que certaines expressions telles que celles de « droits de l'homme » et de « souveraineté nationale » ont subi une sorte de discrédit en étant rattachées aux malheurs de la Révolution¹⁶⁵⁶. Entre ces deux écrits, Rey a probablement pris connaissance des *Principes de politique* de Constant, parus au mois de mai. Mais dès la Révolution française, les contre-révolutionnaires avaient déjà entrepris de dénoncer une telle conception de la souveraineté¹⁶⁵⁷.

La critique de la souveraineté nationale se trouve en effet chez de nombreux auteurs, qu'il s'agisse des Ultras et théocrates qui défendent une souveraineté monarchique de droit divin, des libéraux inquiets à l'instar de Constant¹⁶⁵⁸ ou des éclectiques qui avancent sur le terrain de la

1653 JGLJ, t. 1, p. 275 ; TPGD, p. 222.

1654 Il faut d'ailleurs remarquer que la Charte de 1814 se présente comme « la seule de nos constitutions qui ne se réfère pas à la souveraineté nationale » (Jacques BOUVERESSE, « Chapitre III. La monarchie constitutionnelle et censitaire », *Histoire des institutions de la vie politique et de la société française de 1789 à 1945*, Mont-Saint-Aignon, P.U. de Rouen et du Havre, 2012, p. 123-149 [En ligne : <http://books.openedition.org/purh/5844>, consulté le 12.10.2022].

1655 DBC, p. 23.

1656 PCMF, f. 1-2.

1657 C'est d'ailleurs chez eux que l'on trouve également la critique des droits de l'homme. BONALD évoque en effet « ces mots effrayants, *les droits de l'homme*, signale de désolation et de mort, tels que ces coups de canon qui partent, à de longs intervalles, d'un vaisseau *en perdition* » (*Législation primitive, considérée dans les derniers temps par les seules lumières de la raison*, t. 1, Paris, Le Clere, 1802, p. 136).

1658 Paul HOFFMANN, « Benjamin Constant critique de Jean-Jacques Rousseau », *Revue d'histoire littéraire de la France*, t. 82, n° 1, 1982, p. 23-40.

souveraineté de la raison. En réalité, toutes ces critiques mentionnent plutôt la « souveraineté du peuple ». Mais comme nous le verrons, la distinction tranchée que l'on fait aujourd'hui entre les deux n'est pas pertinente pour l'époque. Ainsi, Royer-Collard qualifie par exemple la souveraineté du peuple de « dogme fatal¹⁶⁵⁹ », quand Benjamin Constant et les théocrates associent la doctrine de Rousseau sur la souveraineté aux dérives révolutionnaires. En effet, comme le note Claude Nicolet, « [l]es souvenirs de la Terreur étaient [...] pour beaucoup dans ce procès¹⁶⁶⁰ ». C'est sans doute pourquoi, dans ses publications ultérieures, Rey ne se contente plus d'affirmer péremptoirement le principe de la souveraineté nationale, mais s'attache encore à le justifier et à le défendre (A). L'hostilité qu'il suscite tend toutefois à s'atténuer avec le temps, et le juriste ne prendra plus la peine d'argumenter dans son *Traité* de 1828. En revanche, il est un caractère de la souveraineté que, de 1815 à 1828, Rey n'a de cesse de défendre : son inaliénabilité (B).

A/ LA DÉFENSE DU PRINCIPE DE SOUVERAINÉTÉ NATIONALE

Bien que la souveraineté de la nation ou du peuple tende à s'imposer comme seule légitime au cours du XIX^e siècle, elle subit pourtant de nombreux assauts dans la première moitié du siècle. Outre les libéraux qui, dans la lignée de Constant, craignent de lui conférer trop d'empire, elle trouve également des opposants dans le camp de l'éclectisme, pour ne rien dire encore des partisans du droit divin. Alors que Constant cherche à limiter le domaine de la souveraineté, tout en admettant le principe, d'autres refusent franchement de reconnaître dans le peuple ou la nation la source du pouvoir politique. Trop prosaïque aux yeux des métaphysiciens de la raison, capable d'entraîner tous les excès populaires, condamnée par les théocrates au nom d'une souveraineté de droit divin, la souveraineté nationale n'est plus au goût du jour (1). Il est vrai que les critiques se concentrent principalement sur la notion de souveraineté *populaire*, syntagme qui est presque absent des écrits de Joseph Rey. Toutefois, le juriste ne semble pas distinguer les termes de peuple et de nation qui, sous sa plume, apparaissent comme des expressions interchangeables. Qui plus est, puisque ses contemporains s'en prennent presque exclusivement à la souveraineté populaire, et que Rey juge nécessaire de justifier le principe de souveraineté nationale (2), on peut légitimement considérer que le juriste identifie les deux concepts. Par ailleurs, au moment où il écrit, la séparation de ces deux formes de souveraineté ne s'est pas encore véritablement imposée. Nous verrons ainsi que, malgré quelques ambiguïtés, la « nation » apparaît bien, sous la plume de Rey, comme une entité réelle et pas uniquement dans la

1659 *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, 2^{ème} série, t. 38, Paris, Paul Dupont, 1870, p. 69.

1660 C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, op. cit., p. 409.

dimension abstraite que lui confère par exemple Sieyès (3).

1. Un contexte de réaction contre les conceptions révolutionnaires de la souveraineté.

Le contexte dans lequel Rey propose ses développements sur le titulaire de la souveraineté est bien différent de l'époque révolutionnaire. À l'adhésion quasi-unanime des révolutionnaires quant à l'origine populaire ou nationale de la souveraineté se substitue, dans la première moitié du XIX^e siècle, une méfiance grandissante et un rejet d'une telle origine. Ce sont encore les théocrates contre-révolutionnaires qui, les premiers, s'attachent à critiquer la souveraineté nationale dans la continuité de leur réfutation des principes de Jean-Jacques Rousseau (α). Si les traditionalistes jugent la souveraineté populaire tout à la fois impossible et dangereuse, ils ne sont pas les seuls à la refuser. La philosophie développée par Victor Cousin joue également un rôle important (β) .

α. *Omni potestas a deo*

Nous avons déjà commencé à entrevoir la façon dont les traditionalistes, notamment de Bonald, envisagent la souveraineté populaire. Il ne sera donc pas nécessaire de s'étendre outre mesure sur leurs critiques. Tout pouvoir venant de Dieu, une telle souveraineté est d'abord illusoire et impossible : « le pouvoir souverain, que nous appelons SOUVERAINETÉ, *est en Dieu*¹⁶⁶¹ ». De Maistre pense de même, bien qu'il soit légèrement plus ambigu. Dans un texte non publié de son vivant, il avance en effet que « la souveraineté est fondée sur le consentement humain¹⁶⁶² ». Il entend ainsi faire la part de l'humain et du divin. Mais, en réalité, cela ne confère aucune autonomie à la volonté humaine. C'est la souveraineté qui fait le peuple. Simple « agent passif¹⁶⁶³ », l'homme ne fait qu'obéir à la volonté de Dieu, de sorte que de la souveraineté du peuple, telle que l'envisage de Maistre, est vide de toute substance. Souveraineté du peuple ou souveraineté de Dieu, il faut donc choisir, quoi qu'en dise de Maistre.

Pour Bonald, la souveraineté du peuple est encore condamnée car elle est une cause ou

1661 L. DE BONALD, *Législation primitive*, t. 1, *op. cit.*, p. 336.

1662 J. DE MAISTRE, *De la souveraineté du peuple*, cité par M. RABIER, « Deus sive populus. Joseph de Maistre, Jean-Jacques Rousseau et la question de la souveraineté », *art. cit.*

1663 *Ibid.*

un produit de l'athéisme¹⁶⁶⁴. Il identifie d'ailleurs les « partisans de *l'éternité de la matière* », autrement dit les matérialistes, et les partisans « de la *souveraineté du peuple* »¹⁶⁶⁵. En annihilant toute transcendance, Bonald leur reproche de placer le pouvoir qui doit « contenir » les hommes dans les hommes eux-mêmes, ce qui lui apparaît comme une absurdité¹⁶⁶⁶. En effet, contre Rousseau qui voit en chaque membre du corps social un citoyen *et* un sujet¹⁶⁶⁷, Bonald affirme que si le peuple est souverain, alors il n'y a plus de sujets. De toutes façons, Bonald juge impossible que le peuple soit réellement souverain. Dans toutes les hypothèses envisageables, on ne saurait dire que le peuple fait les lois, puisque celles-ci seront toujours proposées par un homme et un seul, quand bien même elles seraient ensuite adoptées par la nation. Or, ajoute-t-il, « adopter des loix faites par un homme, c'est lui obéir, & obéir n'est pas être *souverain*, mais sujet, & peut-être esclave¹⁶⁶⁸ ». Ainsi, les hommes doivent toujours obéir au véritable souverain, Dieu, dont les ordres sont médiés par certains êtres humains, qui disposent dès lors d'un pouvoir, mais non d'une souveraineté¹⁶⁶⁹. Bonald ajoute par ailleurs que l'unité de pouvoir est une fatalité :

« l'unité même physique de pouvoir existe toujours dans toute société, c'est-à-dire, qu'il n'y a jamais qu'un seul homme à la fois qui énonce une volonté, et commande une action dans la société. [...] [S]'il y avoit à la fois dans la société deux volontés et deux actions, il y auroit bientôt deux sociétés¹⁶⁷⁰ ».

Par conséquent, seul un régime monarchique est possible, puisque monarchie « ne veut dire qu'*unité de pouvoir*¹⁶⁷¹ ». En effet, même lorsqu'existent des assemblées d'hommes, c'est toujours « un homme qui propose une loi et des hommes qui l'acceptent¹⁶⁷² ». Mais ces régimes populaires sont néanmoins condamnés par Bonald en raison de l'instabilité politique qu'ils génèrent. Chacun pouvant espérer imposer sa volonté, il en résulte un conflit permanent entre les prétendants au pouvoir. Le seul régime viable doit donc être fondé sur la souveraineté de Dieu, s'exerçant sur la terre par la médiation d'un pouvoir qui atteint sa perfection en étant concentré dans les mains d'un seul homme, le Roi.

En revanche, bien que jugée impossible, cette posture théorique est en quelque sorte consacrée par l'histoire, du moins par l'épisode révolutionnaire qui, sous la plume des théocrates, est présenté comme un traumatisme. C'est en son nom que furent adoptées « les lois les plus

1664 L. DE BONALD, *Essai analytique sur les lois naturelles*, op. cit., p. 49.

1665 *Ibid.*, p. 242.

1666 *Ibid.*, p. 50.

1667 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., p. 184.

1668 L. DE BONALD, *Théorie du pouvoir politique*, t. 1, op. cit., p. xxi.

1669 L. DE BONALD, *Essai analytique sur les lois naturelles*, op. cit., p. 70-71.

1670 *Ibid.*, p. 71-72.

1671 *Ibid.*, p. 74.

1672 *Ibid.*, p. 75.

oppressives¹⁶⁷³ », affirme Bonald. Anticipant alors la critique de Benjamin Constant, les contre-révolutionnaires considèrent en effet que la souveraineté du peuple a montré ses limites, ou plutôt son caractère dangereusement illimité, au cours de la Révolution française. Cette rhétorique est maintenant bien connue. Sans partager toutes les thèses des théocrates, Portalis lui-même considérerait d'ailleurs que la souveraineté était de droit de divin¹⁶⁷⁴. On comprend donc que Joseph Rey ne puisse se contenter d'affirmer simplement le principe de souveraineté nationale. Les théocrates ne sont d'ailleurs pas les seuls à s'y opposer. La métaphysique de Victor Cousin contribue aussi à exclure le peuple de l'exercice du pouvoir politique.

β. De la raison souveraine à la souveraineté de la raison

La philosophie de Royer-Collard et de Victor Cousin participe également de la contestation générale du principe de souveraineté nationale. Quoique l'idée d'une raison universelle souveraine conçue comme une limite au volontarisme ne soit pas entièrement neuve dans ce premier XIX^e siècle¹⁶⁷⁵, on remarque qu'elle ne s'impose vraiment que dans la théorie juridique de la Restauration, contribuant à reléguer la souveraineté nationale dans l'histoire tumultueuse de la fin du XVIII^e siècle. Sans être d'aussi farouches opposants au principe de la souveraineté nationale ou populaire¹⁶⁷⁶ que les théocrates, les éclectiques entendent toutefois placer la source du pouvoir ailleurs. La raison souveraine de la métaphysique cousinienne se mue alors en souveraineté de la raison dans le domaine politique. Les éclectiques proposent en fait une doctrine qui doit permettre de lutter contre les prétentions des Ultras, qui revendiquent une souveraineté monarchique de droit divin, tout en barrant la route aux conceptions plus démocratiques de la souveraineté. C'est toujours Rousseau et les souvenirs de 1793 qui sont dans

1673 *Ibid.*, p. 152.

1674 « [L]a souveraineté est de droit divin comme la société » (J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique au XVIII^e siècle*, t. 2, *op. cit.*, p. 308).

1675 BERGASSE, par exemple, affirme en 1789 qu'« [i]l n'y a que la raison universelle qui ait le droit de commander ; c'est en elle seule que réside la souveraineté véritable ; un million d'hommes rassemblés qui porteraient un décret contraire à ces maximes éternelles ne proclameraient pas une loi mais une injustice » (*Discours de M. Bergasse, Sur la manière dont il convient de limiter le pouvoir législatif & le pouvoir exécutif dans une monarchie*, s.l., 1789, p. 35). Benjamin LECOQ PUJADE remarque que cette exaltation de la raison souveraine contribue à un « effort de désincarnation de la volonté générale », dans laquelle il voit l'« annonce des thèses développées vingt-cinq ans plus tard par les doctrinaires [...] Royer-Collard et Guizot » (*La naissance de l'autorité de la représentation nationale*, *op. cit.*, p. 294).

1676 On trouve même des éclectiques qui adhèrent franchement à la souveraineté du peuple, à l'instar du juriste ORTOLAN (*Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe*, Paris, Fanjant Aîné, 1831, p. 25 et s.). Ce dernier a d'ailleurs donné un cours sur la souveraineté du peuple sous la Seconde République (*De la souveraineté du peuple et des principes du gouvernement républicain moderne*, Paris, Joubert, 1848).

le viseur des éclectiques et des doctrinaires. Ce faisant, Victor Cousin développe tout un discours qui voit dans la Charte de 1814 l'exaltation de la souveraineté de la raison et contribue à la légitimation philosophique du régime.

En proposant de substituer à la souveraineté du peuple celle de la raison, Victor Cousin exclut d'abord que la souveraineté puisse résider dans une volonté (que ce soit celle du peuple, de la majorité ou d'un monarque). Il considère en effet que le pouvoir social n'existe qu'afin « de prévenir, de réprimer et de punir les infractions » qu'une « volonté méchante ou passionnée » pourrait commettre contre « les lois de la raison »¹⁶⁷⁷. Ce faisant, le philosophe est assez proche de Bonald, avec cette idée qu'on ne saurait faire naître la digue du torrent. Sa théorie politique, qui s'inscrit dans le prolongement de sa philosophie morale, est toujours marquée par une forte opposition au volontarisme qui découle du principe de souveraineté populaire¹⁶⁷⁸. En effet, d'après la morale éclectique, la volonté doit se soumettre à la raison. Il doit donc en aller de même en politique. Comme l'explique Firmin Laferrière, les volontés sont mobiles. Or, la souveraineté « appartient à ce qui est immuable et nécessaire, à la raison, à la vérité, à Dieu¹⁶⁷⁹ ». Et bien que « cette raison nous manque¹⁶⁸⁰ », d'après Cousin, ses recherches philosophiques lui permettent d'affirmer un certain nombre de principes infaillibles, qui ne sont autres que ceux du droit naturel lui-même : l'homme est un être libre et raisonnable, qui a des droits et des devoirs. Le philosophe en déduit alors ce qu'il nomme le « droit social », qui n'est en réalité, sauf pour ce qui concerne le droit à l'instruction, qu'un ensemble de garanties en faveur de la liberté individuelle et de la propriété privée. Dès lors, proclamer la souveraineté de la raison revient à reconnaître et à consacrer ce droit, ce qu'aurait réalisé la Charte de 1814 qualifiée d'« évangile du droit social¹⁶⁸¹ ». Le gouvernement de la Restauration est ainsi présenté comme « le premier où la raison absolue ait été vraiment représentée¹⁶⁸² ». Cette rhétorique, qui se veut philosophique, n'est ici qu'une pétition de principe en faveur de la Charte constitutionnelle. On pourrait même se

1677 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 444.

1678 Ce refus du volontarisme est également remarqué par T. POUTHIER, bien qu'il n'évoque pas la question de la souveraineté (*Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 152).

1679 F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 4. S'il admet que les nations disposent d'une « sorte de souveraineté » qui n'est que relative et passagère, puisque limitée au pouvoir constituant, il n'en demeure par moins que la participation de tous à cette souveraineté se fait « en raison surtout de leur capacité intellectuelle ». Il dit donc admettre, dans une très faible mesure, l'idée d'une souveraineté nationale, laquelle « s'identifie avec l'idée de l'indépendance d'un peuple qui ne reconnaît, dans l'ordre moral, d'autre souverain que la raison, que Dieu ; et dans l'ordre politique, d'autre supérieur que la loi constitutionnelle et les pouvoirs déterminés par la constitution » (*ibid.*, p. 5).

1680 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 448.

1681 *Ibid.*, p. 449. Dans le même sens, voir F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 16-18.

1682 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 449.

demander si la métaphysique de la raison souveraine n'est pas construite afin de soutenir la Charte – du moins l'interprétation libérale qu'en donnent les éclectiques.

De plus, Cousin refuse encore de reconnaître la souveraineté nationale et la conception démocratique du régime représentatif en se fondant sur une considération bien pragmatique et dépourvue d'idéal. Il remarque d'abord que, dans cette théorie, le pouvoir ou la souveraineté doit appartenir à la nation, « et par conséquent à la majorité¹⁶⁸³ ». Outre le fait que la volonté de la majorité, comme toute volonté, ne saurait être représentée, outre encore le fait que Cousin cherche à faire plier la volonté sous la loi de la raison, il ajoute une autre considération à l'appui de sa thèse. En se fondant cette fois-ci sur l'observation du régime de la Restauration, il signale que « le gouvernement qui nous régit ne représente pas la majorité des volontés », puisque le corps électoral « ne forme dans la nation qu'une très faible minorité »¹⁶⁸⁴. Loin d'y voir une violation des principes de l'ordre social, comme peut le faire Joseph Rey, Cousin y trouve au contraire une preuve de la fausseté du principe de souveraineté nationale et de la théorie démocratique de la représentation. Rey ne s'y trompe pas lorsqu'il remarque que les philosophies spiritualistes ont bien souvent servi d'auxiliaires au pouvoir¹⁶⁸⁵. Mais si l'on accorde à Cousin que le régime de la Restauration résulte de la Charte qui est elle-même le produit de la raison, il est vrai que sa remarque n'est pas seulement prosaïque. Placer la souveraineté dans la raison permet ainsi de se désintéresser de la question de la participation politique du peuple. Dès lors que le gouvernement proclame et respecte les principes du droit social, notamment la liberté individuelle, peu importe de quelle légitimité il se revendique. On peut donc noter que Victor Cousin défend, pour reprendre les termes d'Isaïa Berlin, une liberté avant tout négative¹⁶⁸⁶. Pierre Brunet remarque d'ailleurs que l'approche doctrinaire de la souveraineté permet de considérer que « les intérêts d'une minorité comptent autant que ceux d'un grand nombre d'individus¹⁶⁸⁷ ». Car le refus de la souveraineté populaire s'inscrit bien dans le refus de consacrer le pouvoir de la majorité. Si Cousin appuie sa justification sur l'observation du mécanisme électoral de la monarchie constitutionnelle, elle sert en réalité à défendre des intérêts minoritaires.

Carré de Malberg jugeait cette « doctrine idéale, d'une haute valeur morale », en ajoutant toutefois qu'elle ne pourrait « satisfaire le juriste [...]. Il ne suffit pas, en effet, de poser le principe de la souveraineté de la justice et de la raison : mais, au point de vue juridique, toute la question est de savoir à qui il appartient, dans l'État, de déterminer ce qui est juste et

1683 *Ibid.*, p. 454.

1684 *Ibid.*, p. 454.

1685 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, III.

1686 I. BERLIN « Deux conceptions de la liberté », *op. cit.*, p. 171-179.

1687 Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation, Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 33-34.

raisonnable »¹⁶⁸⁸. Dans le premier XIX^e siècle, les juristes y adhèrent pourtant. C'est que certains, à l'instar de Guizot, savent très bien qui est en mesure de déterminer le juste et le raisonnable. Il apparaît en effet que l'élitisme électoral de Guizot se fonde sur la théorie de la souveraineté de la raison¹⁶⁸⁹. Après avoir affirmé la souveraineté « de la raison, de la justice, du droit », et malgré le fait que ce « souverain légitime » soit introuvable¹⁶⁹⁰, Guizot estime néanmoins qu'un bon système électoral devrait permettre de lui donner une certaine réalité. Certes, en affirmant son caractère introuvable, il s'agit d'abord de faire obstacle à son accaparement et de limiter son domaine d'intervention. Cependant, cette approche conduit Guizot à affirmer que « [l]e pouvoir appartient à la supériorité¹⁶⁹¹ », supériorité qu'il faut donc faire émerger en organisant un droit de suffrage élitiste¹⁶⁹². Si la raison est seule souveraine, il convient en effet de poser un régime électoral propice à faire émerger les hommes aptes à parler en son nom. Contre ce qu'affirme Carré de Malberg, Guizot a donc des pistes pour reconnaître ceux qui pourront déterminer ce qui est *juste* et *raisonnable* (ou, du moins, *ceux* qui sont justes et raisonnables). D'autres iront jusqu'à avancer que la souveraineté elle-même n'appartient qu'aux meilleurs, comme le font par exemple Charles de Rémusat¹⁶⁹³ ou le juriste Guyho. Bien que ce dernier se défende de vouloir en faire « le monopole exclusif d'une classe¹⁶⁹⁴ », il considère cependant que la souveraineté appartient « à la raison humaine se manifestant dans ses conditions terrestres par les hommes les plus *actifs*, les plus *moraux*, les plus *éclairés*¹⁶⁹⁵ ». Si c'est bien ce à quoi aboutissent également Guizot ou Cousin en pratique – puisque cette théorie leur permet de considérer l'électorat comme une fonction et non comme un droit –, le propos de Guyho, qui précise d'ailleurs ne faire que systématiser les idées de Royer-Collard et de Guizot¹⁶⁹⁶, a le mérite d'être explicite. À vrai dire, la distinction proposée par Sieyès entre citoyens actifs et citoyens passifs permettait

1688 Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. 2, Paris, Sirey, 1922, p. 159-160.

1689 Voir l'article de Jacky HUMMEL, qui reconnaît chez GUIZOT une tentation de dépasser le concept de souveraineté pour lui préférer celui de légitimité, et qui propose une étude plus fine et plus approfondie de la conception que GUIZOT se fait de la souveraineté de la raison (« Guizot, théoricien de la légitimité », *Revue de droit public*, n° 4, 2006, p. 903-914).

1690 F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 201.

1691 F. GUIZOT, cité par P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, p. 109.

1692 P. ROSANVALLON fait d'ailleurs voir que si GUIZOT a réclamé un temps l'introduction des capacités, à partir de la monarchie de Juillet, il « ne fait plus que défendre les conceptions censitaires traditionnelles » (*Le moment Guizot*, *op. cit.*, p. 131). La loi du 19 avril 1831 en est une bonne illustration puisque, censée consacrer les capacités, elle exige malgré tout des individus concernés le paiement d'un demi-cens.

1693 « A qui donc appartient le pouvoir politique ? Aux plus capables de faire prévaloir la loi commune de la société, [à] savoir, la justice, la raison, la vérité. » (C. DE RÉMUSAT, *Le Globe*, 11 mars 1829, t. 7, p. 157).

1694 C. GUYHO, « De la souveraineté », 3^e article, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 6, Paris, Bureau de rédaction, 1837, p. 103.

1695 *Ibid.*, p. 103.

1696 *Ibid.*, p. 106.

déjà d'exclure de la participation politique la majorité des individus¹⁶⁹⁷, tout en admettant la souveraineté nationale. Et celle-ci se retrouve d'ailleurs sous la plume de Rey¹⁶⁹⁸. Mais alors que Rey ou Sieyès partent du principe de la souveraineté nationale et de l'électorat droit, pour poser ensuite des exceptions, les éclectiques adoptent un raisonnement inverse. Qui plus est, en prônant la souveraineté de la raison, ce n'est pas uniquement contre la démocratie qu'ils se dressent, mais aussi contre le volontarisme politique. Et malgré les affirmations répétées qui déclarent la raison introuvable, ces hommes savent bien vers qui se tourner pour s'en faire les interprètes.

Certes, les doctrinaires sont souvent considérés comme ayant amorcé, à partir de la monarchie de Juillet, une distinction entre la souveraineté du peuple et la souveraineté nationale, préférant celle-ci à celle-là¹⁶⁹⁹. L'évolution de leur discours peut s'expliquer par leur ascension à des postes de pouvoir à partir de 1830, c'est-à-dire sous un régime fondé sur la souveraineté nationale¹⁷⁰⁰. Cousin lui-même finira d'ailleurs par adhérer au principe de souveraineté nationale, en le présentant comme le versant politique de la souveraineté de la raison en philosophie. Cela n'apporte néanmoins aucun changement dans la mesure où la raison domine toujours¹⁷⁰¹. Pour le philosophe, celle-ci est à la fois légitimation et limite du pouvoir en place. Encore faut-il ajouter que cette référence à la souveraineté nationale n'interviendra que sous la Seconde République¹⁷⁰².

1697 « Tous les habitants d'un pays doivent y jouir des droits de citoyen *passif* : tous ont droit à la protection de leur personne, de leur propriété, de leur liberté, etc. mais tous n'ont pas droit à prendre une part active dans la formation des pouvoirs publics ; tous ne sont pas citoyens *actifs*. Les femmes, du moins dans l'état actuel, les enfants, les étrangers, ceux encore qui ne contribueraient en rien à soutenir l'établissement public, ne doivent point influencer activement sur la chose publique. Tous peuvent jouir des avantages de la société ; mais ceux-là seuls qui contribuent à l'établissement public, sont comme les vrais actionnaires de la grande entreprise sociale. Eux seuls sont les véritables citoyens actifs, les véritables membres de l'association » (E.-J. SIEYÈS, *Préliminaires de la Constitution, reconnaissances et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de constitution, cité par S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 600).

1698 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, A, 1.

1699 Marcel DAVID, *La souveraineté du peuple*, *op. cit.*, p. 197.

1700 D'après Pierre BRUNET, qui suit ici Guillaume BACOT, GUIZOT ne parlerait jamais de souveraineté nationale. Seuls ses successeurs, tels que SISMONDI, auraient employé l'expression (*Vouloir pour la nation*, *op. cit.*, p. 35). En réalité, en 1842, à la chambre des députés, il prononce un discours dans lequel il présente les deux chambres et le roi comme « les seuls organes légitimes et réguliers de la souveraineté nationale » (F. GUIZOT, *Histoire parlementaire de la France*, t. 3, *op. cit.*, p. 681).

1701 Victor COUSIN n'en développe pas pour autant une approche volontariste. Certes, « [l]es nations sont libres ; elles s'appartiennent à elles-mêmes », mais si la nation « n'est obligée que devant elle-même », COUSIN ajoute immédiatement que « la souveraineté de sa liberté [...] s'arrête [...] devant la souveraineté de sa raison » (*Des principes de la Révolution française et du gouvernement représentatif, suivi de Discours politiques*, nouvelle éd., Paris, Didier et C^{ie}, 1864, p. xvi-xvii). Autrement dit, la raison est toujours la souveraine incontestée du monde.

1702 Sauf erreur de notre part, on ne trouve chez COUSIN aucune adhésion franche au principe de souveraineté nationale avant 1851.

Le professeur Marcel David note quant à lui que c'est à partir des années 1840 que la nation va reprendre le pas sur la raison en matière de souveraineté¹⁷⁰³. Mais comme le fait voir Guillaume Bacot, cette nouvelle conception de la souveraineté nationale constitue en réalité « une synthèse entre la théorie révolutionnaire de la souveraineté et la vision contre-révolutionnaire de la société¹⁷⁰⁴ ». Plus encore, elle n'est qu'une reformulation de la théorie de la souveraineté de la raison : le terme de nation vient alors remplacer ceux de justice et de raison, voire s'y surajoute, comme dans ces mots de Sismondi d'après qui « la souveraineté nationale appartient à la raison nationale¹⁷⁰⁵ ». Autrement dit, la substitution lexicale n'affecte nullement le fond de leurs discours. Et pour la période qui nous intéresse plus spécialement, celle de la Restauration, le mot d'ordre reste celui de « souveraineté de la raison ».

Dans ce contexte, Rey ne peut donc poser péremptoirement le principe de souveraineté nationale. Il lui faut argumenter pour convaincre ses contemporains qu'elle est le seul fondement légitime et stable de tous les pouvoirs sociaux.

2. L'argumentation reyienne en faveur de la souveraineté nationale

Dans ses ouvrages de théorie du droit, c'est seulement après avoir proposé sa théorie des pouvoirs que Rey en vient à examiner la question de la souveraineté. Il s'interroge donc sur les titulaires de la souveraineté après avoir posé au préalable que toute autorité émane de la société. Arrivé à ce stade, il définit alors la souveraineté comme « le droit de conférer l'exercice des pouvoirs publics¹⁷⁰⁶ ». Prise au pied de la lettre, cette formulation laisserait entendre que Rey distingue la souveraineté (comme source du pouvoir) et l'exercice même du pouvoir, ou encore qu'il identifie souveraineté et pouvoir électoral. L'exercice du pouvoir ne serait pas un attribut de la souveraineté, ce qui a de quoi surprendre. En général, les penseurs se demandent d'abord qui est le titulaire de la souveraineté. C'est seulement lorsqu'ils admettent la nation ou le peuple comme souverain qu'arrive la question de savoir comment exercer cette souveraineté ; la réponse la plus courante consistant à affirmer que le peuple souverain doit en déléguer l'exercice à des mandataires. Mais arrivé à la question des titulaires de la souveraineté, Rey a déjà posé l'impossibilité pour *la société en masse* d'exercer elle-même les différents pouvoirs. C'est pourquoi il

1703 M. DAVID, *La souveraineté du peuple*, op. cit., p. 198.

1704 G. BACOT, *Carré de Malberg et l'Origine de la distinction entre la Souveraineté du Peuple et la Souveraineté nationale*, Paris, CNRS Éditions, 1985, p. 120 et 131-136.

1705 Jean DE SISMONDI, cité par G. BACOT, *Carré de Malberg*, op. cit., p. 131.

1706 *Préliminaires*, p. 33 ; *JGLJ*, t. 1, p. 275.

présente ici la souveraineté comme le *droit de conférer l'exercice des pouvoirs publics*, alors que, dans d'autres passages, il la définit comme « le pouvoir suprême¹⁷⁰⁷ » ou « le pouvoir de se gouverner, ou d'influer au moins sur son gouvernement¹⁷⁰⁸ ». Largement identifiée à la volonté générale, la souveraineté s'exprime encore et surtout dans le pouvoir de faire la loi. Depuis Bodin, l'exercice du pouvoir législatif apparaît en effet comme l'une des plus importantes prérogatives de la souveraineté. Si elle n'était que le droit de conférer l'exercice des pouvoirs publics, elle ne serait rien d'autre qu'un droit de suffrage et cela reviendrait à la faire résider toute entière dans le pouvoir électoral. Il faut donc comprendre que ce droit de suffrage n'est qu'une des prérogatives de souveraineté. Dans son *Projet de constitution*, Rey indique clairement que les assemblées primaires exercent « le premier degré de la souveraineté nationale »¹⁷⁰⁹. Cela permet d'entendre la souveraineté dans une double acception : elle est tout à la fois la source de tous les pouvoirs sociaux et l'exercice même de ces pouvoirs.

Avant d'en venir à l'exercice de la souveraineté, il convient donc d'en déterminer la source. La question que pose Rey est la suivante : *au nom de qui les pouvoirs peuvent-ils être exercés ?*¹⁷¹⁰. Il répond alors que

« les pouvoirs publics, ne tirant leur origine que de la nécessité de régler les intérêts de *toute* la société, ces pouvoirs ne peuvent être conformes au but, par conséquent *légitimes*, qu'autant qu'ils émanent de *toute* la société¹⁷¹¹ ».

Toujours dans une logique conséquentialiste, la légitimité du pouvoir mérite en effet d'être pensée par rapport à sa finalité. D'une part, lorsque le juriste propose son récit sur l'origine des pouvoirs, ces derniers sont présentés comme une réponse aux besoins des individus. Ils apparaissent nécessaires pour organiser au mieux la société et permettre de réaliser le but social. D'autre part, ils ne sauraient accomplir cette tâche sans revêtir les caractères « d'impartialité, de force et de lumières suprêmes¹⁷¹² ». Or, s'ils n'émanaient pas de l'ensemble de la société, ils risqueraient de devenir les représentants partiels des intérêts de la faction dont ils procèdent. Ils se priveraient en outre des lumières et de la force de ceux n'appartenant pas à cette faction. Pourtant, même si Rey affirme que les pouvoirs publics doivent émaner de toute la société, ce qui apparaît logique si l'on désire que tous les intérêts soient représentés, nous verrons qu'il

1707 *Préliminaires*, p. 43.

1708 *Ibid.*, p. 47.

1709 REY propose la formule suivante pour convoquer les assemblées primaires : « [v]os fonctions sont de la plus haute importance, puisque vous exercez par elles le premier degré de la souveraineté nationale » (*PCMF*, f. 11).

1710 Il dit rechercher « au nom de qui et de la part de qui les pouvoirs sociaux peuvent être conférés » (*Préliminaires*, p. 33 ; *JGLJ*, t. 1, p. 275).

1711 *Préliminaires*, p. 34 ; *JGLJ*, t. 1, p. 275

1712 *Préliminaires*, p. 34-35 ; *JGLJ*, t. 1, p. 275-276.

demeure réticent à reconnaître l'exercice des droits politiques à tous les individus. Pour le moment, le juriste avance que si ces pouvoirs n'émanaient que « d'une portion seule de la société, ils cesseraient d'être *publics* et seraient *privés*¹⁷¹³ ».

Aussi comprend-t-on qu'une institution telle que la chambre haute¹⁷¹⁴ est tout à fait illégitime puisqu'elle ne représente les intérêts que d'une infime partie de la société, intérêts distincts de ceux du reste de la nation¹⁷¹⁵. Cela est en outre contraire au but égalitaire de la société. Rey considère donc qu'établir une pairie, qu'elle soit héréditaire ou même simplement viagère, revient à « introduire dans l'État une aristocratie trop fortement constituée¹⁷¹⁶ ». Royer-Collard, favorable à la Chambre des pairs, avoue en effet que celle-ci représente « des intérêts qui ne sont pas ceux de tous », des « intérêts aristocratiques »¹⁷¹⁷. C'est, considère-t-il encore sans la moindre intention critique, « l'inégalité reconnue, consolidée, érigée en pouvoir social¹⁷¹⁸ ».

Le rejet du principe de souveraineté nationale joue souvent en faveur de l'admission d'une chambre haute¹⁷¹⁹. Sous la Restauration, les libéraux jugent surtout que cette chambre héréditaire est le « meilleur rempart » à l'hérédité monarchique¹⁷²⁰. Mais pour Rey, l'existence d'une certaine aristocratie au sein de la société est déjà suffisamment vicieuse en soi ; il serait donc absurde de lui accorder en plus un rôle déterminant en politique au sein de l'État. S'il est favorable au bicamérisme, celui-ci ne saurait par conséquent avoir un fondement sociologique. Contre les partisans d'une chambre haute qui, d'après lui, ont « tant besoin de nouveaux germes de divisions dans les classes de la société », Rey propose au contraire une représentation

1713 *Préliminaires*, p. 34 ; *JGLJ*, t. 1, p. 275.

1714 Sur la Chambre des pairs sous la Restauration et sous la monarchie de Juillet, voir K. FIORENTINO, *La seconde chambre en France*, *op. cit.*, p. 223-313.

1715 Dans ses *Bases d'une constitution*, REY se dit très peu favorable à une telle chambre, tout en admettant de réfléchir à l'organisation qu'on pourrait lui donner si on tenait absolument à la mettre en place (*DBC*, p. 55-57). Mais dans son *Projet de constitution*, rédigé juste après, il l'exclut explicitement : « [d]ès que vous formez dans l'État un corps puissant, héréditaire dès sa création, ou qui finira toujours par le devenir, vous introduisez sous quelque dénomination que vous la déguisiez, une caste privilégiée, un ordre de patriciens, dont les intérêts seront sans cesse en lutte avec ceux du reste de la nation » (*PCMF*, f. 76).

1716 *DBC*, p. 56.

1717 P.-P. ROYER COLLARD, cité par G. BACOT, « Royer-Collard et le gouvernement représentatif », *art. cit.*, p. 257. ROYER-COLLARD a, sur la chambre des pairs, des opinions parfois contradictoires, comme le souligne G. BACOT, mais les passages cités demeurent on ne peut plus explicites (*ibid.*, p. 257-258). P. ROSANVALLON écrit également que « [s]i les prétentions de l'ancienne noblesse et de tout le parti de l'Ancien Régime sont violemment combattues par les libéraux, ce n'est pas tant par haine du principe aristocratique que par volonté de lui donner au contraire une nouvelle et plus forte signification » (*Le moment Guizot*, *op. cit.*, p. 107). L'historien cite encore ces mots de ROYER-COLLARD qui, en 1815, déplorait « l'absence d'une aristocratie capable de protéger le trône contre les entreprises sans cesse renaissantes du pouvoir populaire » (*ibid.*, p. 108).

1718 P.-P. ROYER COLLARD, cité par K. FIORENTINO, *La seconde chambre en France*, *op. cit.*, p. 238.

1719 K. FIORENTINO, *La seconde chambre en France*, *op. cit.*, p. 238.

1720 *Ibid.*, p. 239.

nationale « ne pouvant avoir d'autre but et d'autre intérêt que l'intérêt commun de la grande société »¹⁷²¹. Il reprend alors un modèle proche de la Constitution de 1795, dans lequel les deux chambres se distinguent essentiellement par l'âge minimum de leurs membres¹⁷²².

Quant au gouvernement en général, s'il refusait de tirer sa légitimité, au moins symboliquement, de la nation, il y aurait peu de chances qu'il soit véritablement protecteur des intérêts de tous. En effet, en prononçant un tel refus, cette puissance n'agirait pas d'après le « consentement général » et n'aurait pour elle que « le seul ascendant de la violence ou de la ruse »¹⁷²³. Et Rey de signaler que tous les gouvernements ainsi fondés se trouvent « sans cesse au bord du précipice, obligés [...] d'armer une portion de la nation contre l'autre, forcés à la tromper sans cesse et à recourir aux expédients les plus honteux et les plus déplorables »¹⁷²⁴. Un gouvernement qui ne recueillerait pas l'assentiment des gouvernés serait effectivement bien « précaire », puisqu'il ne pourrait obtenir le concours de l'ensemble des forces du corps social, sauf à recourir à *la violence* ou à *la ruse*, ce qui ne saurait éternellement durer. En 1814, Rey affirmait déjà que la « véritable force » des gouvernements ne peut exister « que dans la force des peuples »¹⁷²⁵.

C'est pourquoi le juriste a principalement dans le viseur ceux qui professent « l'erreur d'un prétendu droit divin des rois sur les peuples »¹⁷²⁶, c'est-à-dire les théocrates contre-révolutionnaires. D'après Rey, le refus de la souveraineté nationale tiendrait à la crainte qu'elle puisse être « attentatoire à la sûreté des trônes »¹⁷²⁷. Tel est par exemple l'avis de Chateaubriand¹⁷²⁸. Avant de montrer pourquoi cette opinion est fausse, Joseph Rey commence par prendre ses adversaires au mot. Si la souveraineté nationale était vraiment incompatible avec la sûreté des trônes, écrit-t-il, « il n'y aurait point à hésiter »¹⁷²⁹. En effet, « ce n'est point de l'existence des trônes qu'il s'agit ici, mais de celle de la société »¹⁷³⁰. Le juriste entend cependant prouver qu'il n'y a nulle incompatibilité. Ce faisant, il amoindrit néanmoins la portée de son propre principe, puisqu'il répond qu'« il ne peut exister d'appui vraiment solide aux trônes, que

1721 PCMF, f. 75.

1722 En 1795, l'éligibilité au Conseil des Anciens dépendait, en plus de l'âge, de la situation maritale ; il fallait en effet être marié ou veuf aux termes de l'article 83 de la Constitution.

1723 *Préliminaires*, p. 35 ; JGLJ, t.1 , p. 276.

1724 *Préliminaires*, p. 35-36 ; JGLJ, t. 1, p. 276.

1725 *Quelques vues sur l'équilibre politique*, *op. cit.*, p. 73.

1726 *Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon*, *op. cit.*, p. 16.

1727 JGLJ, t. 1, p. 276-277 ; *Préliminaires*, p. 36.

1728 « Dites dans une monarchie que le peuple est souverain, et tout est détruit » (F.-R. DE CHATEAUBRIAND, cité par Jacques POISSON, *Le romantisme et la souveraineté*, Paris, J. Vrin, 1931, p. 55-56).

1729 JGLJ, t. 1, p. 277.

1730 *Ibid.*, p. 277.

dans l'investiture nationale, au moins tacite¹⁷³¹ ». En admettant le caractère tacite de cette investiture, Rey tempère donc fortement la dimension subversive de la souveraineté nationale. Mais cela lui permet de considérer que Louis XVIII tient son pouvoir de la nation qui a tacitement accepté la Charte constitutionnelle. L'argument est à double tranchant : d'un côté, admettre l'investiture tacite, c'est reconnaître que le peuple n'a pas nécessairement à intervenir de façon directe dans la désignation des agents du pouvoir exécutif. D'un autre côté, cette thèse permet de considérer Louis XVIII comme un simple mandataire de la nation. Rey l'affirme par ailleurs explicitement dans son *Projet de Constitution* : « Les deux pouvoirs de l'État s'exercent également par des mandataires¹⁷³² ».

On peut également soulever une autre hypothèse, en considérant qu'il s'agit d'une manière de légitimer un pouvoir de fait qui émergerait à l'issue d'une révolution comme ce fut le cas en 1789. Il faut pourtant remarquer qu'en 1820, lorsque Rey formait le projet de renverser le gouvernement, l'objectif était seulement de lui substituer un gouvernement provisoire en attendant de s'en remettre au vœu de la majorité¹⁷³³. Quoi qu'il en soit, le juriste admet que dans certaines circonstances, qu'il nomme « *dictatoriales, extra-constitutionnelles* », on puisse, en application du *principe de nécessité*, « recourir à la supposition d'un assentiment *tacite* »¹⁷³⁴.

Abordant alors la question de l'hérédité du monarque, il explique tout bonnement qu'une nation peut l'instaurer pour lutter contre les troubles liés aux élections. À la suite de Benjamin Constant¹⁷³⁵, Rey suggère ainsi que l'hérédité de la dynastie royale a été *voulue* par la nation. Sans lier véritablement les générations successives, l'hérédité ainsi proclamée n'en est pas moins « aussi solidement établie que peuvent le comporter les choses de ce monde ; car de quelles difficultés immenses n'est pas accompagnée la possibilité d'une déclaration contraire ?¹⁷³⁶ » Pourtant, sur le modèle de la constitution de 1791, Rey consacre quand même six articles de son *Projet de Constitution* aux cas d'abdication présumée du Roi (manière respectueuse pour parler de la déchéance)¹⁷³⁷.

S'il cherche à rassurer les partisans de la monarchie héréditaire (qui se trouvent aussi bien parmi les contre-révolutionnaires que parmi les éclectiques), il est peu convaincant. Dans sa réponse aux Ultras, le publiciste entend surtout faire passer l'idée que seul le respect du

1731 *Préliminaires*, p. 36.

1732 *PCMF*, f. 7.

1733 *MSR*, t. 1, p. 125.

1734 *Préliminaires*, p. 37 ; *JGLJ*, t. 1, p. 277.

1735 « [L]'hérédité est légitime, parce que les habitudes qu'elle fait naître, et les avantages qu'elle procure, la rendent le vœu national » (B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, t. 2, *op. cit.*, p. 275).

1736 *Préliminaires*, p. 38 ; *JGLJ*, t. 1, p. 278.

1737 *PCMF*, f. 36-38. Ces articles sont compris dans le paragraphe relatif à « l'indépendance de l'assemblée nationale et du pouvoir législatif ».

gouvernement pour la volonté générale peut assurer sa solidité. Il apparaît enfin plus menaçant que rassurant lorsqu'il mobilise l'histoire de l'Angleterre à titre d'illustration. Avant la Glorieuse Révolution, écrit-t-il, « [l]e moindre sujet de mécontentement », « la moindre intrigue de cour, la moindre tentation d'une puissance étrangère mettaient en danger la couronne et la vie du prince »¹⁷³⁸. Depuis l'affirmation de la souveraineté nationale, au contraire, « la famille régnante » a su « braver tous les périls d'une dynastie nouvelle » et est « enfin parvenue à rendre sa possession à-peu-près inattaquable »¹⁷³⁹. Rey signale ici deux choses à l'attention des gouvernants. Un peuple ne se révolte pas contre un pouvoir qui respecte la volonté populaire. *A contrario*, peu importe ce qui est décrété concernant la source de la souveraineté : si le pouvoir n'est pas exercé dans l'intérêt des gouvernés, ceux-ci finiront toujours par s'insurger. La souveraineté nationale doit ainsi être considérée comme un fait dans le sens où, bien qu'elle puisse être méconnue, elle demeure toujours à l'état latent et finira sans cesse par reprendre son empire.

Joseph Rey en vient alors à pointer du doigt ce qui a conduit certains à refuser la souveraineté nationale : « un défaut d'examen des conditions vraiment naturelles de la société »¹⁷⁴⁰. En ne remontant pas aux véritables bases de l'ordre social, certains ont conclu à une « opposition d'intérêts entre les nations et les princes »¹⁷⁴¹. Conscient qu'un grand nombre de gouvernements se fonde sur ce principe, il refuse toutefois d'admettre qu'un tel conflit d'intérêts soit fondamental. Il estime au contraire que les véritables intérêts des gouvernants et des gouvernés se confondent en tous points, car

« la vraie prospérité du gouvernement fait toujours celle du peuple, la prospérité du peuple fait toujours celle du gouvernement. La force de l'un fait aussi la force de l'autre ; la violation d'un seul article du contrat social compromet également le bonheur du corps de la nation et la solidité du pouvoir gouvernant, puisqu'elle tend à la dissolution du pacte, en vertu duquel existent [sont constitués] à la fois la nation et ses mandataires »¹⁷⁴².

Il y a bien des choses à démêler dans cette citation, car le recours aux termes de « contrat social » et de « pacte » suscite une certaine complexité. Nous avons vu que le *quasi-contrat social* de Joseph Rey n'est pas une convention par laquelle les individus se donneraient un gouvernement. Il s'agit seulement de penser les conditions aptes à susciter l'adhésion des individus à la vie en société et de fonder leurs obligations sociales sur la base du respect et de l'entraide. Si le gouvernement viole ces *articles*, pourquoi cela devrait-il entraîner la rupture du pacte – ou plutôt la nullité de l'ensemble du quasi-contrat ? Et s'il ne s'agit pas de ce quasi-contrat mais du pacte

1738 *Préliminaires*, p. 39, *JGLJ*, t. 1, p. 279.

1739 *Préliminaires*, p. 39, *JGLJ*, t. 1, p. 279.

1740 *Préliminaires*, p. 40 ; *JGLJ*, t. 1, p. 280.

1741 *Préliminaires*, p. 40 ; *JGLJ*, t. 1, p. 280. Ainsi qu'on le trouve par exemple sous la plume de SISMONDI, qui attribue cette opposition d'intérêts aux « passions humaines » (cité dans E. PAULET-GRANDGUILLOT, *Libéralisme et démocratie*, *op. cit.*, p. 227).

1742 *Préliminaires*, p. 41 ; *JGLJ*, t. 1, p. 280 ; le passage entre crochets est tiré du *JGLJ*.

constitutionnel, cela signifierait donc que la nation n'a pas d'existence propre hors de ce pacte. En parlant d'un pacte *en vertu duquel existent la nation et ses mandataires*, cela irait ainsi dans le sens d'une conception abstraite de la nation, qui pourrait alors être bien distincte de la notion de peuple ou de société. Mais dans la seconde version de cette citation, en 1820, Rey évoque désormais le pacte en vertu duquel *sont constitués* la nation et ses mandataires, ce qui ne manque pas de faire écho à la théorie du pouvoir constituant. Il nous faut donc éclaircir la façon dont Rey pense la nation.

3. L'ambiguïté du concept de « nation »

La dernière citation de Rey jette le doute sur la conception qu'il se fait des termes de « peuple » et de « nation ». Elle peut laisser penser qu'il théorise cette dernière comme une entité abstraite, non naturelle, distincte d'un peuple composé de l'universalité des individus. La nation n'existerait donc que si des mandataires ou des représentants lui donnent vie. Cette distinction permettrait d'ailleurs de comprendre pourquoi Rey parle presque essentiellement de souveraineté nationale. En admettant diverses restrictions à l'exercice de la souveraineté, on peut encore penser qu'il s'inscrirait dans la logique d'une idée abstraite de la nation, comme le fait par exemple Sieyès¹⁷⁴³. Penser les choses ainsi reviendrait toutefois à se méprendre. Aussi convient-il de clarifier la position de Rey.

Il faut d'abord questionner la réalité historique de la distinction peuple/nation. Il y a en effet une forme d'anachronisme à présenter ces deux termes comme nécessairement opposés. S'il est certain qu'un tel usage dialectique a bien existé dès la Révolution française, il n'a jamais été unanimement répandu et le contenu de chacun des termes a varié selon les auteurs. Chez les révolutionnaires, les deux mots sont souvent utilisés de manière interchangeable¹⁷⁴⁴. Même pour Sieyès, il n'y a pas d'opposition tranchée entre peuple et nation, qu'il juge parfois synonymes¹⁷⁴⁵.

1743 Et encore, une telle affirmation n'est pas tout à fait exacte. Certes, la véritable nation, pour SIEYÈS, se caractérise par « une loi commune et une représentation commune » (*Qu'est-ce que le tiers-état ?*, *op. cit.*, p. 18, voir aussi p. 106-108). Mais il admet en même temps que « la formation d'une société politique » connaît « trois époques », dont la première consiste dans le fait qu'« un nombre plus ou moins considérable d'individus isolés [...] veulent se réunir », et qu'ainsi, « ils forment déjà une nation » (*ibid.*, p. 106).

1744 Marcel MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 14^e éd., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso, 2016, p. 105-106.

1745 Benjamin LECOQ PUJADE signale en effet que pour SIEYÈS, les termes de « peuple » et de « nation » sont synonymes, et il cite cette phrase de l'abbé tirée des *Préliminaires de la constitution française* : « Tous les pouvoirs publics sans distinction sont une émanation de la volonté générale, tous viennent du Peuple, c'est-à-dire de la nation. Ces deux termes doivent être synonymes » (*La naissance de l'autorité de la représentation nationale*, *op. cit.*, p. 148). L'auteur souligne encore que le refus de parler d'une « Assemblée des représentants du peuple » peut

Certes, Rey aborde cette question sous la Restauration. Mais à cette époque encore, la frontière conceptuelle n'est toujours pas tracée. On admet généralement que la distinction entre une souveraineté nationale et une souveraineté populaire n'émerge vraiment qu'à partir de la monarchie de Juillet¹⁷⁴⁶. D'aucuns considèrent d'ailleurs que la radicalisation de cette distinction est le produit des juristes du début du XX^e siècle et de Carré de Malberg en particulier¹⁷⁴⁷. En outre, si Rey considère que la souveraineté nationale fait l'objet de vives critiques, c'est bien qu'il l'identifie à la souveraineté populaire. En effet, comme nous l'avons vu, les objections formulées portent essentiellement sur cette dernière.

De plus, faire de la nation une entité abstraite là où le peuple serait une réalité sensible, matérielle, immédiatement reconnaissable, c'est être frappé de cécité quant à la charge conceptuelle du second terme. Comme le remarquent Lucien Jaume, Michel Troper ou Julien Boudon, le peuple n'est pas une « réalité simple et empiriquement constatable¹⁷⁴⁸ », mais bien une « *représentation* complexe », une « construction juridique, donc artificielle »¹⁷⁴⁹. Cela se vérifie notamment par l'usage qu'en ont fait les Jacobins¹⁷⁵⁰. Ceci explique d'ailleurs que nombreux

s'expliquer par la crainte que, en juin 1789, on n'entende par le mot « peuple » exclusivement les députés du tiers-état, puisque la noblesse et le clergé ne s'étaient pas encore réunis au tiers (*ibid.*, p. 181-182). Loin de s'expliquer par la volonté de construire une définition restrictive de la nation, le terme s'impose au contraire parce qu'il ne risque pas de faire écho à un ordre particulier. Tout en admettant qu'il ne faut pas exagérer la synonymie des termes et « nier la nette préférence que les députés conçoivent pour la "nation" », l'auteur relativise ainsi la portée de la distinction. Elle ne fonde pas deux conceptions opposées de la souveraineté. Voir les développements données par B. LECOQ PUJADE sur les raisons expliquant la préférence des hommes de 1789 pour le terme de « nation » (*ibid.*, p. 185-186). Julien BOUDON affirme également que, dans le discours Jacobin et notamment chez ROBESPIERRE, c'est bien « le peuple [qui] perd l'universalité de principe du mot "nation" », lorsqu'il sert à désigner la majorité la plus pauvre des citoyens français. Il s'agit alors d'une arme rhétorique servant à pointer du doigt le fait qu'une majorité de français est exclue des droits politiques, et surtout de la Garde nationale (*Les Jacobins, op. cit.*, p. 105). En décembre 1792, ROBESPIERRE prononce ces mots : « J'ai entendu déjà distinguer le peuple et la nation, précisément à l'occasion de cette motion même. Pour moi, qui croyais ces mots synonymes, je me suis aperçu qu'on renouvelait l'antique distinction que j'ai entendu faire par une partie de l'Assemblée constituante, et je sais qu'il faut entendre par le peuple, la nation moins les ci-devant privilégiés et les honnêtes gens » (cité par J. BOUDON, *Les Jacobins, op. cit.*, p. 105-106).

1746 M DAVID, *La souveraineté du peuple, op. cit.*, p. 197. CORMENIN, en 1833, utilise encore les deux termes sans distinction (*Libelles politiques*, t. 3, Bruxelles, Société belge de librairie, 1833, p. 28-29).

1747 R. CARRÉ DE MALBERG, « Théories contemporaines touchant la source de la puissance exercée par les organes d'État », *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, *op. cit.*, p. 149-198 ; P. BRUNET, *Vouloir pour la nation, op. cit.*, p. 32 ; M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France, op. cit.*, p. 105-106 ; G. BACOT, *Carré de Malberg, op. cit.* ; Éric MAULIN, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n°328, 2002, p. 5-25. Certains auteurs remettent aujourd'hui en question ce découpage, notamment lorsqu'il est fondé sur l'idée d'une rupture entre la souveraineté nationale de 1791 et la souveraineté populaire de 1793. Ainsi, Benjamin LECOQ PUJADE remarque une « étonnante continuité de doctrines et de réalisations » entre la Constituante et la Législative d'une part, et la Convention nationale d'autre part (*La naissance de l'autorité de la représentation nationale, op. cit.*, p. 68).

1748 L. JAUME, cité par J. BOUDON, *Les Jacobins, op. cit.*, p. 29.

1749 J. BOUDON, *Les Jacobins, op. cit.*, p. 29.

1750 J. BOUDON, « La délimitation du peuple », *Les Jacobins, op. cit.*, p. 29-109.

soient les auteurs de l'époque qui utilisent indifféremment les termes de « peuple » et de « nation », encore synonymes, sous la plume de Rey, de « société politique »¹⁷⁵¹. L'un des auteurs d'une recension des *Préliminaires du droit* évoque ainsi indistinctement la « souveraineté nationale » et le « dogme de la souveraineté du peuple », que Rey aurait déduits « d'une série de prémisses qui sont autant d'éternelles vérités »¹⁷⁵². En 1814, Rey écrivait que « [l]es nations doivent être considérées comme des agrégations d'individus ayant une existence morale, une volonté, des prétentions, des droits »¹⁷⁵³. Il proposait cette définition afin de s'opposer à ce que les princes européens ne traitent les nations comme des propriétés matérielles, ce qui suppose bien qu'elles ont au moins une existence indépendante de leurs gouvernants et de leurs représentants. Telle que pensée par le juriste, la nation est ainsi une entité tant physique (une *agrégation d'individus*) que morale (*ayant une existence morale*), ce qui ne permet pas de la situer dans l'une ou l'autre des catégories conceptuelles modernes de peuple ou de nation¹⁷⁵⁴.

Qui plus est, lorsque Rey théorise le pouvoir constituant en 1820, on remarque que la citation que nous commentons subit une modification. En effet, il n'est plus question d'un pacte en vertu duquel *existent la nation et ses mandataires*, mais d'un pacte en vertu duquel ils sont *constitués*. Or, lorsque Rey pose le principe de souveraineté nationale, il explique que les pouvoirs doivent émaner de *toute la société*¹⁷⁵⁵, identifiant ici encore nation et société. Puisque le pouvoir constituant doit trouver sa source dans toute la société, c'est-à-dire dans la nation, celle-ci existe bien antérieurement à la formation du pacte constitutionnel. C'est elle qui constitue le gouvernement. Ainsi, la société, le peuple ou la nation est antérieure à tout gouvernement, puisque qu'il lui appartient de l'instaurer. Le pacte peut donc constituer le gouvernement, mais pas la nation, contrairement à la formule choisie par Rey. Si le gouvernement venait à disparaître pour un

1751 Ainsi trouve-t-on dans une brochure de 1817 ces trois termes utilisés comme synonymes, lorsque REY se demande ce qu'est « un *Peuple*, une *nation*, une société politique » (*Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon, op. cit.*, p. 4).

1752 *L'indépendant, journal général, politique, littéraire et militaire* du Samedi 7 août 1819, n° 91, p. 4.

1753 *Quelques vues sur l'équilibre politique des nations*, p. 11.

1754 D'ailleurs, lorsque le juriste traite de l'origine des pouvoirs, la nécessité d'un pouvoir législatif délégué s'explique par des raisons pratiques et non logiques, pour reprendre une distinction posée par P. BRUNET. Ce dernier entend réfuter l'incompatibilité prétendue des deux logiques de souveraineté nationale et de souveraineté du peuple, et résume leurs soi-disant différences en termes de représentation ainsi : « dans un cas [souveraineté nationale], les représentants se présentent à nous comme des individus libres, indépendants, dont la présence résulte d'une théorie plus large, d'un principe plus élevé, à savoir la souveraineté de la nation, et selon lequel nul ne peut ou ne doit exercer la souveraineté sans que cette nation ne lui en ait délégué l'exercice. Dans un second cas [souveraineté du peuple], la représentation consiste en une nécessité purement pratique et non logique, un moyen que le peuple, ensemble concret d'individus, se donne pour exprimer sa volonté commune, laquelle préexiste. Les représentants apparaissent comme des portes-parole, dépendants de cette collectivité qui leur a fait confiance et qui dispose à leur endroit de divers moyens de contrôle » (*Vouloir pour la nation, op. cit.*, p. 37).

1755 Il écrit par exemple dans ses *Leçons* : « Nous avons [...] reconnu que le droit de conférer [l]es divers pouvoirs ne pouvait appartenir qu'à la société entière » (*JGLJ*, t. 1, p. 386).

motif quelconque, il n'y a aucune raison pour que la nation périclisse avec lui. Dans un texte de circonstances, l'*Adresse au Roi*, Rey écrit encore que « la nation survivra à toutes les fautes de ses chefs¹⁷⁵⁶ ». Le gouvernement, c'est-à-dire l'État, et la nation, c'est-à-dire la société, ne sont pas des réalités consubstantielles dans la pensée de Rey. La nation existe indépendamment de sa représentation.

Le juriste n'est toutefois pas très habile dans le maniement des concepts issus du contractualisme ou de la théorie du quasi-contrat. Sa pensée sur ce point apparaît encore inaboutie dans les publications qu'il nous a laissées. Rey tente de puiser dans les modèles juridiques disponibles pour présenter ses idées sur les institutions politiques et proposer une théorie du droit constitutionnel. Son *Traité de droit constitutionnel* est sans aucun doute l'aboutissement de ces réflexions. Cet écrit ayant disparu, nous ne pouvons qu'essayer d'éclaircir un peu ses idées sur le sujet à partir des matériaux disponibles.

Rey donne tantôt l'impression de ne reconnaître qu'un seul pacte, fondant la société et le pouvoir tout à la fois, tantôt de distinguer un quasi-contrat social et un pacte constitutionnel. Au vu de l'ensemble de sa production, c'est toutefois cette seconde impression qui domine. En effet, il semble approprié de considérer que le premier contrat, le « contrat social » dont il est question dans la citation qui nous occupe, renvoie au quasi-contrat social. Rey cherche ainsi à dire que les gouvernants qui pensent avoir un intérêt à violer cette convention pour s'accorder une part plus grande que le reste de leurs coassociés se méprennent. Les gouvernants sont avant tout des associés comme les autres, des parties au quasi-contrat. Quant au « pacte » évoqué, au risque d'extrapoler, on ne saurait le comprendre que dans un sens constitutionnaliste, comme le pacte par lequel la nation donne mandat à certains pour exercer la souveraineté, et qui lie alors les gouvernants et les gouvernés. Rey mobilise en effet le vocabulaire juridique du mandat pour qualifier cette relation et expliciter le statut des gouvernants. Mais si c'est par le biais de ce pacte constitutionnel qu'ils deviennent des mandataires de la nation, ils n'en sont pas moins tenus de continuer à respecter le quasi-contrat social. C'est pourquoi Rey écrit que *la violation d'un seul article du contrat social tend à la dissolution du pacte, en vertu duquel existent à la fois la nation et ses mandataires*. Même s'il n'y a pas à proprement parler de *moment* du quasi-contrat, on peut dire que le pacte constitutionnel n'intervient que dans un second temps, comme une suite du premier. La violation du premier par les gouvernants entraîne donc la dissolution du second. Aussi deviennent-ils illégitimes à gouverner, et le moment où le peuple les destituera ne saurait tarder. C'est finalement comme une réaction mécanique : les gouvernants peuvent bien tenter de

1756 *Adresse au Roi*, Angers, Le Sourd, 1832, p. 3.

s'accorder la part du lion au détriment du reste de la population ; mais ce faisant, leurs actes sont illégitimes, ils violent tout à la fois le quasi-contrat social et le pacte en vertu duquel ils tiennent leur mandat. Autrement dit, Rey n'affirme pas que les gouvernants et les gouvernés ont toujours des intérêts identiques. Dans la lignée des théories du contrat social, il signale plutôt que, dès lors que les gouvernants développent et défendent des intérêts contraires à ceux du peuple, leurs actes sont illégitimes et leur fin est proche – ce qui n'est finalement pas dans leur intérêt.

Une autre interprétation est également envisageable si l'on se réfère au *Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon*. Rey y écrit que, dès lors qu'un individu cherche à s'approprier une part disproportionnée des avantages sociaux, cet acte tend à la dissolution de la société¹⁷⁵⁷. Par conséquent, des gouvernants qui s'octroieraient une telle part mettraient le quasi-contrat social en danger, pouvant conduire à sa rupture et donc à la fin de l'association. Cette interprétation s'accorde toutefois mal avec le reste du propos de Joseph Rey. L'objet de ce *Discours* est d'alerter les gouvernants et le monarque en particulier sur les conséquences liées à la violation des principes sociaux¹⁷⁵⁸, en mettant sous leurs yeux le risque d'insurrection s'ils s'en écartent. Rey donne alors l'exemple de César, « le premier qui, formellement osa se présenter comme un violateur du contrat » et qui « fut immolé »¹⁷⁵⁹. Nous nous en tiendrons donc à considérer que la société ou la nation ne saurait se dissoudre simplement parce que leurs gouvernements auraient méconnu le quasi-contrat social. Ce sont seulement le gouvernement et les actes de ce dernier qui sont illégitimes. Tel était d'ailleurs l'avis de Robespierre, qui admettait contre Rousseau une sorte de double pacte social ou deux versants détachables d'un seul pacte. L'Incorruptible faisait en effet cette remarque au sujet du procès à venir de Louis XVI :

« Lorsqu'une nation a été forcée de recourir au droit de l'insurrection, elle rentre dans l'état de nature à l'égard du tyran. Comment celui-ci pourrait-il invoquer le pacte social ? Il l'a anéanti. La nation peut le conserver encore, si elle le juge à propos, pour ce qui concerne les rapports des citoyens entre eux, mais l'effet de la tyrannie et de l'insurrection, c'est de le rompre entièrement par rapport au tyran.¹⁷⁶⁰ »

Ce sont uniquement les tyrans et autres gouvernants corrompus qui risquent leurs fonctions, peut-être leur qualité d'associés, voire leur existence même, si ils méconnaissent ce pacte – qui n'est donc rompu qu'à leur égard. Comment d'ailleurs pourraient-ils être des mandataires de la nation, si celle-ci ne tirait son existence que d'un pacte conclu avec eux ? Il est donc de toute nécessité que les nations préexistent aux gouvernements en vertu d'un pacte (le quasi-contrat social) qui diffère de celui par lequel elles délèguent l'exercice de la souveraineté à des

1757 *Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon, op. cit.*, p. 7.

1758 « Il en va de l'intérêt des trônes, de leur existence peut-être, puisqu'il s'agit enfin de les asseoir sur leurs véritables bases » (*Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon, op. cit.*, p. 8).

1759 *Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon, op. cit.*, p. 9.

1760 Discours de Maximilien DE ROBESPIERRE à la Convention nationale, 13 novembre 1792, cité par J. BOUDON, *Les Jacobins, op. cit.*, p. 120.

mandataires.

Par conséquent, les sociétés, peuples ou nations existent antérieurement et indépendamment des gouvernements qui n'en sont qu'une émanation. Ce n'est pas le gouvernement ou la représentation nationale qui crée la nation ; d'ailleurs, le système représentatif ne devient nécessaire à une nation qu'à mesure que celle-ci se développe en taille et en complexité. En revanche, à la suite de Rousseau¹⁷⁶¹, le juriste écrit que si une société entendait abdiquer sa souveraineté dans quelques mains que ce soit, alors c'est à son existence qu'elle renoncerait du même mouvement. L'article 4 du *Projet de constitution* l'exprime clairement :

« La source de tout pouvoir social réside essentiellement dans l'universalité des membres de l'association. Aucune section de la société ne peut posséder ce pouvoir ; l'exercice peut en être confié à des mandataires, mais l'abandon du pouvoir même suppose nécessairement la dissolution de la société. Un pareil cas est donc hors de toutes relations sociales.¹⁷⁶² »

Derrière cette rhétorique, Rey entend surtout prouver qu'un tel abandon est impossible ou du moins nul de plein droit car la souveraineté est inaliénable.

B/ UNE SOUVERAINETÉ NATIONALE INALIÉNABLE

Après avoir affirmé que la souveraineté politique émane de la nation, Rey ajoute que celle-ci est inaliénable. On retrouve alors une tonalité proche de celle du chapitre sur l'esclavage du *Contrat social*. En effet, Rey propose des arguments contre l'aliénation de la souveraineté qui sont analogues à ceux que Rousseau formule lorsqu'il s'oppose au contrat d'esclavage. Mais à la différence du Genevois, qui refuse toute représentation de la souveraineté dans son chapitre sur l'inaliénabilité¹⁷⁶³, le propos de Rey n'implique pas un tel refus. Il s'agit seulement de faire obstacle à un accaparement définitif du pouvoir par les gouvernants, et non à une simple délégation du pouvoir. C'est donc aussi son caractère imprescriptible qui est affirmé dans le même temps.

Dans ses ouvrages de théorie du droit, Joseph Rey propose d'analyser l'aliénation de la souveraineté par référence aux règles du droit civil, afin de signaler la nullité d'un tel acte. Envisageant d'abord le reproche qui pourrait lui être fait d'aborder une question politique sous l'angle du droit civil, Rey soutient que les règles en la matière sont identiques. Il indique en effet

1761 Dans le chapitre sur l'inaliénabilité de la souveraineté, ROUSSEAU écrit en effet : « [s]i donc le peuple promet simplement d'obéir, il se dissout par cet acte, il perd sa qualité de peuple ; à l'instant qu'il y a un maître il n'y a plus de Souverain, et dès lors le corps politique est détruit » (*Du contrat social, op. cit.*, p. 191).

1762 PCMF, f. 5-6.

1763 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, op. cit.*, p. 190-191 ; J. BOUDON, *Les Jacobins, op. cit.*, p. 128-129.

se référer à « la nature même des actes, [...] que les juristes n'ont point imaginée, mais qu'ils n'ont fait que reconnaître et constater¹⁷⁶⁴ ». Il faut noter que Rey mobilise les verbes *reconnaître* et *constater* comme si l'aliénation était une entité dotée d'une existence réelle, et non l'un de ces êtres imaginaires issus des réflexions abstraites des individus. Il fait ici preuve d'un certain opportunisme afin d'apparaître convaincant aux yeux de ses interlocuteurs, en misant sur la rigueur conceptuelle des juristes. Il considère ainsi qu'en matière de validité du contrat d'aliénation, les règles du droit civil et celles du droit politique sont les mêmes. Rey n'est d'ailleurs pas le seul à penser cette question à partir de la doctrine civiliste, bien que tous n'en tirent pas les mêmes conclusions. L'avocat et ancien Jacobin Charles-Pierre Ducancel mobilise également les règles du droit civil pour affirmer la légitimité d'une aliénation de la souveraineté en faveur d'un prince¹⁷⁶⁵.

Quelles sont donc, demande Rey, les conditions de validité de l'aliénation ? La première est d'être propriétaire de la chose que l'on aliène. Aussi exclut-il d'office la validité d'un acte comme la *lex Regia*, « par laquelle on prétend que le sénat romain avait transmis à Auguste la souveraineté du peuple¹⁷⁶⁶ ». Il est d'ailleurs vraisemblable qu'une telle loi soit tout à fait apocryphe, estime Rey qui partage ici une opinion répandue. Si un corps de représentants ne peut aliéner la souveraineté de ceux qu'il représente, pourrait-on en revanche envisager que la nation elle-même effectue cet abandon ? Le juriste aborde cette hypothèse en commençant par faire voir qu'une telle aliénation serait extrêmement précaire. De même que Rousseau s'oppose à l'aliénation de la liberté par le contrat d'esclavage, en affirmant que si chacun peut « s'aliéner lui-même il ne peut aliéner ses enfants¹⁷⁶⁷ », Rey considère que si une nation pouvait effectivement aliéner ses droits, cela ne vaudrait que pour la génération d'individus ayant participé au contrat.

À la même question, Ducancel propose en revanche une tout autre réponse. Il faut d'abord préciser qu'il refuse de loger la souveraineté dans la nation, pour faire résider la souveraineté « dans la nature de l'homme¹⁷⁶⁸ ». Il identifie ensuite les effets de l'aliénation en matière de succession et en matière politique. Lorsqu'un individu aliène sa propriété, cet acte est irrévocable et vaut également pour ses héritiers. « Dans le contrat politique », poursuit-il, « j'aliène librement une portion de mes droits naturels, pour obtenir, en échange, la protection de

1764 *Préliminaires*, p. 46 ; *JGLJ*, t. 1, p. 283 ; *TPGD*, p. 225.

1765 Charles-Pierre DUCANCEL, *La Constitution non écrite du Royaume de France*, Paris, Hacquart, 1814, p. 70.

1766 *Préliminaires*, p. 42-43 ; *JGLJ*, t. 1, p. 281 ; *TPGD*, p. 223. La plupart des auteurs qui évoquent la *lex Regia* s'accordent pour dire que c'est une loi faite par le peuple, sans mentionner le Sénat romain. Pour Pierre-François MUYART DE VOUGLANS en revanche, cette loi est un acte du Sénat par lequel il transmet à Auguste « toute l'autorité souveraine ». Il est donc possible que REY se fonde sur MUYART DE VOUGLANS (*Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot, 1780, p. xxix).

1767 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 178.

1768 C.-P. DUCANCEL, *La Constitution non écrite du Royaume de France*, *op. cit.*, p. 64.

mes propriétés et de ma personne, contre des passions humaines »¹⁷⁶⁹. L'avocat en conclut que cela vaut également en matière d'aliénation de la souveraineté. Pour Joseph Rey au contraire, nul ne saurait engager les générations futures dans un tel choix. Chaque individu qui vient à naître doit toujours être considéré propriétaire de sa portion de souveraineté. Bien qu'il parle en termes de propriété, le propos de Rey n'est pas sans analogie avec celui de Thomas Paine¹⁷⁷⁰. Dans son fameux *Droits de l'homme*, ce dernier s'oppose à l'idée avancée par Edmund Burke selon laquelle la nation anglaise aurait aliéné ses droits de façon irrévocable en faveur du Prince. Cela revient selon lui à aliéner les droits et la liberté des générations futures. Or, il refuse d'enchaîner ainsi l'avenir¹⁷⁷¹. Formulée en termes de propriété, c'est bien la même idée que l'on retrouve chez Rey. Il n'est d'ailleurs pas indifférent à cet égard que le juriste ait songé à prévoir des modalités de révision de la Constitution. À l'instar des Montagnards et de la déclaration de 1793, Rey juge donc qu'une génération ne saurait enchaîner celles qui lui succéderont¹⁷⁷². En suggérant que la souveraineté nationale est composée d'autant de portions qu'il existe de membres de la nation, Rey complique ainsi la possibilité de former un contrat d'aliénation valide. Et si l'hypothèse pouvait aboutir, la situation serait bien précaire, puisqu'« il se formerait à chaque instant des portions nouvelles d'aggrégation (*sic*) sociale, qui ne seraient pas soumises au contrat¹⁷⁷³ ».

L'aliénation de la souveraineté est par conséquent confrontée à des obstacles presque insurmontables. Mais Joseph Rey poursuit néanmoins l'examen de cette question car il lui importe de montrer à quel point une telle hypothèse est impossible. Alors que Ducancel considère l'acte d'aliénation valable car il juge que la protection accordée par le prince en échange de l'abandon de la souveraineté constitue une juste contrepartie, Rey entend au contraire prouver qu'une aliénation à titre onéreux est tout à fait exclue. En effet, quel pourrait bien être

« [l']équivalent d'une chose aussi précieuse, qui est tout ce qu'une nation peut posséder, et sans l'exercice de laquelle on ne peut concevoir aucune jouissance assurée ? L'abandon du pouvoir de se gouverner, ou d'influer au moins sur son gouvernement d'une manière indirecte, ne la prive-t-elle pas de toute faculté active, je dirai plus, de toute existence à elle propre ? Et dès lors, puisqu'elle ne peut rien posséder en propre [d'une manière indépendante du maître qu'elle se donne], elle ne peut rien *recevoir* ; car recevoir sans pouvoir posséder en propre, sans pouvoir défendre sa possession, *n'est pas recevoir*. Il y a donc ici impossibilité absolue¹⁷⁷⁴ ».

Contrairement à ce que pense Ducancel, une nation qui aliénerait sa souveraineté serait dès lors

1769 *Ibid.*, p. 70.

1770 On retrouve aussi la logique de la déclaration de 1793, article 28 : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ».

1771 THOMAS PAINE, *Droits de l'homme ; en réponse à l'attaque de M. Burke sur la Révolution française*, 2^e éd., Paris, Buisson, 1793.

1772 *Préliminaires*, p. 43-44 ; JGLJ, t. 1, p. 281-282 ; TPGD, p. 224.

1773 *Préliminaires*, p. 44 ; JGLJ, t. 1, p. 282 ; TPGD, p. 224.

1774 *Préliminaires*, p. 46-47 ; JGLJ, t. 1, p. 284 ; TPGD, p. 226. Le passage entre crochet est tiré de TPGD.

incapable de *recevoir* une quelconque contrepartie. Et c'est encore Rousseau que l'on discerne entre ces lignes. Celui-ci demandait en effet :

« N'est-il pas clair qu'on n'est engagé à rien envers celui dont on a le droit de tout exiger [...] ? Car quel droit mon esclave aurait-il contre moi, puisque tout ce qu'il a m'appartient, et que son droit étant le mien, ce droit de moi contre moi-même est un mot qui n'a aucun sens ?¹⁷⁷⁵ »

Le philosophe Genevois envisageait également l'hypothèse où la contrepartie consisterait dans « la tranquillité civile¹⁷⁷⁶ » pour la rejeter. Joseph Rey fait de même en évoquant la contrepartie résultant de « la bonne administration de la chose publique¹⁷⁷⁷ ». Même dans cette hypothèse, le contrat demeurerait toujours très précaire, puisque « tout contrat est résolu par *la non exécution des conditions expresses ou tacites qui y sont attachées*¹⁷⁷⁸ ». À supposer donc qu'une telle aliénation puisse être valable, Rey doute fort que sur mille conventions de la sorte, une seule au moins puisse résister « à l'épreuve d'une franche et loyale exécution¹⁷⁷⁹ ». Après avoir adopté le vocable de l'aliénation pour pousser l'hypothèse à son terme, le juriste finit par rappeler qu'un tel contrat ne serait pas une aliénation. En effet, si la violation de la clause de bonne administration permet à la nation de « rentrer dans ses droits », de reprendre sa souveraineté, c'est qu'il ne s'agit pas d'une aliénation, mais d'un contrat de mandat¹⁷⁸⁰. La rigueur juridique de Rey lui permet ici d'être plus convaincant que l'avocat Ducancel. Quant à l'aliénation à titre gratuit, il est de nouveau précisé que la bonne administration de la chose publique serait une condition implicite de l'acte. Elle s'expose donc aux mêmes difficultés. Surtout, Joseph Rey affirme avec Rousseau que l'aliénation de la souveraineté serait le témoignage d'une pure folie¹⁷⁸¹. En effet, un tel acte serait atteint d'une « nullité radicale [...] *comme présentant le plus haut degré de démence*¹⁷⁸² ». Une nation qui se démettrait de sa souveraineté ressemblerait, considère notre auteur, à un insensé qui se mettrait, corps et biens, sous la dépendance absolue d'un maître. L'aliénation de la souveraineté d'une nation ne saurait donc devenir « le fondement de sa liberté et de son bonheur¹⁷⁸³ », comme l'écrit par exemple un des rédacteurs du *Journal royal* en 1814. Ce serait au contraire, d'après les mots de Rey, « sacrifier sans retour son existence même¹⁷⁸⁴ ».

1775 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 178.

1776 « On dira que le despote assure à ses sujets la tranquillité civile » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 177).

1777 *Préliminaires*, p. 49 ; JGLJ, t. 1, p. 285 ; TPGD, p. 227.

1778 TPGD, p. 225.

1779 *Préliminaires*, p. 49 ; JGLJ, t. 1, p. 285 ; TPGD, p. 227.

1780 TPGD, p. 227.

1781 « Dire qu'un homme se donne gratuitement, c'est dire une chose absurde et inconcevable ; un tel acte est illégitime et nul, par cela seul que celui qui le fait n'est pas dans son bon sens. Dire la même chose de tout un peuple, c'est supposer un peuple de foux (*sic*) : la folie ne fait pas droit » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 178).

1782 *Préliminaires*, p. 49 ; JGLJ, t. 1, p. 285 ; TPGD, p. 227-228.

1783 *Journal royal*, n° 22, octobre 1814, p. 3.

1784 *Préliminaires*, p. 50 ; JGLJ, t. 1, p. 286.

Affirmer que la souveraineté est, par essence, inaliénable, c'est reconnaître par là même qu'une nation qui aurait délégué les pouvoirs à des représentants est toujours en droit de reprendre les rênes du gouvernement. Comme le remarque Patrice Gueniffey, l'inaliénabilité de la souveraineté est « une force permanente de délégitimation de l'autorité du gouvernement¹⁷⁸⁵ ». Dans ses *Leçons*, Joseph Rey résume ses développements sur la souveraineté en évoquant la source dont les pouvoirs sociaux « émanent d'une manière nécessaire, inaliénable, et imprescriptible¹⁷⁸⁶ ». Certes, cette souveraineté, mérite d'être exercée par un corps de représentants dès lors que le nombre des membres de la société est trop important. Lorsque cette délégation devient nécessaire, le juriste s'en remet alors à la technique du mandat, ce qui fonctionne de paire avec l'affirmation de son inaliénabilité. Son *Projet de constitution* le formule explicitement dans l'article 5 : « Est essentiellement illégitime toute institution de pouvoirs publics qui aurait pour base un autre principe que celui de l'assentiment général, et qui serait constitué à tout autre titre que celui d'un simple mandat¹⁷⁸⁷ ». Il ajoute encore, à l'article 8, que les fonctions publiques, loin d'être des « privilèges ou des propriétés particulières [...] ne font qu'imposer des devoirs honorables¹⁷⁸⁸ ». Le mandat transfère donc moins des droits que des devoirs. Certes encore, il ne s'agit que d'un mandat représentatif, alors qu'un Royer-Collard, par exemple, considère que pour se rapprocher d'une véritable représentation, le mandat impératif serait nécessaire¹⁷⁸⁹. Dans la lignée de la constitution de 1791, notre auteur propose cependant des mandats législatifs très courts (deux années) afin d'éviter l'accaparement du pouvoir par les représentants. Un mandat trop long risquerait en effet de conduire l'élu « à perdre de vue ses commettants et le besoin de conserver leur estime et leur confiance¹⁷⁹⁰ ». Cela permet ainsi au gros de la nation d'intervenir à intervalles réguliers pour exercer la portion de souveraineté qui reste entre ses mains, afin de former une nouvelle majorité appelée à gouverner.

III. LA CONSÉCRATION DU POUVOIR DE LA MAJORITÉ

Bien que la souveraineté ne se limite pas à l'exercice d'un droit de suffrage, puisqu'elle

1785 Patrice GUENIFFEY, cité par J. BOUDON, *Les Jacobins, op. cit.*, p. 145.

1786 *JGLJ*, t. 1, p. 286.

1787 *PCMF*, f. 6.

1788 *Ibid.*, f. 6.

1789 Il n'y est cependant pas favorable (G. BACOT, « Royer-Collard et le gouvernement représentatif », *art. cit.*, p. 249).

1790 *DBC*, p. 54.

s'entend, au sens large, comme le pouvoir de se gouverner, la nation ne l'exerce pourtant que par ce biais. L'excellence du régime représentatif étant pour Rey incontestable, du moins dans un grand État, il ne reste au peuple que le choix de ses mandataires, voire un droit d'acquiescement à la Constitution. Sans en traiter au titre de la souveraineté, Rey considère encore le droit de pétition et la liberté de la presse comme des manières indirectes de faire participer le peuple à l'exercice du pouvoir législatif¹⁷⁹¹. La nature du droit de pétition est ambiguë¹⁷⁹² et a fait l'objet de discussions sous la Révolution pour savoir à qui l'attribuer. Certains députés, comme Le Chapelier, souhaitent en restreindre l'exercice aux seuls citoyens actifs, considérant qu'il s'agissait là d'un « droit politique individuel¹⁷⁹³ ». C'est finalement une option intermédiaire qui sera consacrée en 1791 : ouvert aux citoyens actifs comme passifs, le droit de pétition ne peut cependant s'exercer qu'individuellement¹⁷⁹⁴. Rey propose également d'accorder ce droit à tous les citoyens sans distinction, mais il en tempère la portée politique en refusant toute pétition collective¹⁷⁹⁵. Il partage sans doute les craintes des révolutionnaires quant aux groupements intermédiaires qui pourraient s'interposer entre la nation et ses représentants¹⁷⁹⁶.

Ici, c'est surtout l'interprétation que donne Rey du principe de souveraineté nationale pour en définir les conditions d'exercice qui nous intéressera. Il admet en effet que si l'universalité des membres de la nation devrait en principe pouvoir exercer le premier degré de souveraineté en participant aux élections, des exceptions s'avèrent nécessaires. En posant des conditions d'éligibilité et d'électorat restrictives, Rey va donc distinguer, parmi l'ensemble de titulaires de la souveraineté nationale, ceux qui sont aptes à l'exercer. Bien qu'il commence par professer une adhésion de principe au suffrage universel, ses vues en matière électorale participent néanmoins de la logique capacitaire. L'enjeu, à l'époque où Rey écrit, est d'éviter que ce type de suffrage soit détourné au profit de certaines personnes. Cependant, en examinant les conditions d'exercice de la souveraineté, force est de constater que, loin d'être restrictives, elles conduisent au contraire à élargir considérablement le corps électoral par rapport à ce que prévoit la Charte de 1814 (A). Par ailleurs, bien qu'il restreigne l'exercice de la souveraineté, Rey affirme

1791 Le droit de pétition est une manière d'associer les citoyens « à la proposition des projets de lois » (DBC, p. 53). REY écrit encore que ce droit ainsi que la liberté de la presse ont pour effet « d'associer indirectement le peuple à l'exercice du pouvoir législatif » (*ibid.*, p. 88).

1792 Y.-A. DURELLE-MARC, « Nature et origines du droit de pétition », *La revue administrative*, 2008, p. 47-60.

1793 Y.-A. DURELLE-MARC, « Le droit de pétition. Paradoxe d'une prérogative du citoyen en régime représentatif », *Jus Politicum*, n° 27, 2022 [En ligne : <https://juspoliticum.com/article/Le-droit-de-petition-Le-paradoxe-d-une-prerogative-du-citoyen-en-regime-representatif-1455.html>, consulté le 18.03.2022] ; Y.-A. DURELLE-MARC, « Nature et origines du droit de pétition », *art. cit.*, p. 58.

1794 Y.-A. DURELLE-MARC, « Nature et origines du droit de pétition », *art. cit.*, p. 60 ; B. LECOQ PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale*, *op. cit.*, p. 380.

1795 PCMF, f. 55.

1796 B. LECOQ PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale*, *op. cit.*, p. 378-382.

pourtant à la suite de Rousseau et des révolutionnaires que la loi doit être « l'expression de la volonté générale », laquelle se transforme en volonté de la majorité afin d'être praticable (B). Par conséquent, puisque l'interprétation reyienne du principe de souveraineté nationale aboutit au gouvernement de la majorité sur la minorité, se pose alors la question des limites de la souveraineté (C).

A/ LES CONDITIONS D'APTITUDE À L'EXERCICE DE LA SOUVERAINÉTÉ : UN ÉLARGISSEMENT DU CORPS ÉLECTORAL

Les interrogations de Rey sur les conditions d'exercice de la souveraineté se trouvent, pour l'essentiel, dans ses *Bases d'une constitution* et son *Projet de constitution* rédigés en 1815. Il s'agit de savoir qui est apte à exercer la souveraineté soit directement soit de façon indirecte par l'élection des électeurs de second degré et des législateurs. Nous avons vu qu'à partir de 1820, le juriste propose la notion de « pouvoir électoral » pour penser la nomination des agents publics¹⁷⁹⁷. La façon dont il le présente laisse bien entendre qu'il n'est pas question de faire participer l'universalité des individus, mais Rey ne développe pas plus à cet endroit. Il n'en est pas de même dans les écrits de 1815. Le juriste y pose de façon assez précise les différentes conditions exigées pour pouvoir exercer la souveraineté.

Après le recours décevant au suffrage universel masculin sous Napoléon, on comprend que ce type de scrutin suscite de fortes réticences. Qui plus est, dans les premières années de la Restauration, ce sont essentiellement les Ultras qui se positionnent en faveur du suffrage universel masculin. Or, cette revendication n'entretient aucun lien avec la recherche d'égalité sociale ni une quelconque perspective démocratique. Pour ces aristocrates déchus, il s'agit essentiellement d'exercer leur influence sur les électeurs issus de classes populaires¹⁷⁹⁸. On comprend d'autant mieux pourquoi Joseph Rey se prononce contre le suffrage universel en 1815. Toutefois les développements de 1828 sur le pouvoir électoral laissent bien entendre qu'il n'est toujours pas question de faire participer l'intégralité des individus. Bien que Joseph Rey soit un franc partisan de l'égalité sociale, il éprouve en effet quelques réticences à admettre le concours de l'universalité des citoyens lorsqu'il s'agit de participation politique. Le paradoxe n'est qu'apparent : l'égalité n'est en effet qu'un objectif à poursuivre, un idéal, alors que l'inégalité caractérise la réalité sociale.

1797 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, I, B, 1.

1798 André COCHUT, « Histoire du suffrage universel », *Revue des deux mondes*, t. 82, Paris, 1869, p. 429-430.

Joseph Rey s'inquiète en effet de l'ignorance de certaines classes et, plus encore, du risque de corruption. C'est pourquoi il pose des exceptions et entend limiter l'exercice des droits politiques en excluant les individus jugés inaptes à prendre des décisions utiles à l'ensemble du corps social. Bien que dans son « extension littérale¹⁷⁹⁹ » le principe de souveraineté nationale implique la participation de l'universalité des membres de la nation sans distinction aucune, des exclusions apparaissent donc nécessaires. En effet, « une telle interprétation [extensive] conduirait à l'absurde » et « la nature même des choses » nécessite de « faire un choix »¹⁸⁰⁰. Les conditions d'exercice de la souveraineté s'inscrivent alors dans le cadre d'une conception finaliste de celle-ci : la souveraineté doit réaliser le but social, lequel pourrait être mis en péril si tous les individus étaient amenés à participer aux choix sociaux. Rey part donc de l'idée d'un électorat-droit, pour aboutir à une solution qui se rapproche de celle d'électorat-fonction. Les conditions électorales qu'il pose en 1815 cherchent finalement moins à assurer l'identité des représentants et des représentés, que la conformité des décisions sociales à l'intérêt général. Mais lorsqu'il présente le pouvoir électoral dans son *Traité*, il explique que celui-ci devra être confié à des individus spécialement désignés afin que leur choix « réponde aux vœux de la société »¹⁸⁰¹. Est-ce à dire que l'intérêt général ou le vœux de la société ne résulteraient pas de l'addition de tous les intérêts particuliers ou de toutes les volontés individuelles ? Rey s'attache pourtant à défendre le pouvoir de la majorité¹⁸⁰², cherchant ainsi le juste milieu entre exigence qualitative et exigence quantitative dans la formation de la volonté générale.

Quoi qu'il en soit, dans ses *Bases d'une constitution*, Rey joue la carte de l'utilité contre celle de l'égalité :

« Tout individu qui, par défaut présumé de force physique ou morale, de raison, de lumière, d'intérêt national, de probité politique, serait plus nuisible qu'utile à la chose publique dans la participation aux actes de souveraineté, doit être exclu de cette participation. [...] »

Notre constitution doit enfin être basée sur cette règle immuable : *La décision des plus sages, des mieux intentionnés, pour le bonheur du plus grand nombre, et, s'il se peut, de l'universalité des citoyens.*¹⁸⁰³ »

Il ajoute ensuite que l'élaboration des lois doit être confiée à ceux qui,

« par leur probité, leur raison, leurs lumières, leur intérêt, sont censés avoir le plus de moyens de bien connaître les intérêts de la nation, et le plus de penchant à ne rien décider contre ces intérêts¹⁸⁰⁴ ».

Prises au pied de la lettre, ces affirmations reviennent à consacrer un régime qui ressemble à une aristocratie. C'est d'ailleurs du principe posé dans cette dernière citation que Rey déduit, en 1815,

1799 DBC, p. 24.

1800 Ibid., p. 24.

1801 TPGD, p. 221.

1802 Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, B.

1803 DBC, p. 24-25.

1804 Ibid., p. 32.

la nécessité du système représentatif, système qui verse dans une forme d'aristocratie. Quoique, sous la plume de Rey, le terme d'*aristocratie* soit toujours assorti d'une connotation péjorative, il serait fort curieux qu'il ignore l'identification entre régime représentatif et régime aristocratique. Il a lu Montesquieu et certains de ses contemporains continuent d'affirmer que les élections sont de l'essence de l'aristocratie¹⁸⁰⁵. Toutefois, faire de Rey un partisan du régime aristocratique serait conclure trop rapidement. C'est plutôt un régime de la vertu que cherche à théoriser le publiciste. Il est d'ailleurs loin d'interpréter les qualités nécessaires à l'exercice de la souveraineté nationale dans un sens aussi restrictif que bon nombre de ses contemporains. S'il n'est pas démocrate au sens fort (il n'évoque jamais la question du tirage au sort, qui constitue l'essence même de la démocratie¹⁸⁰⁶), on entrevoit malgré tout une volonté de démocratiser la vie politique. Notre ambition ici n'est pas de détailler le système électoral qu'il propose, mais seulement de voir comment les restrictions qu'il pose à l'exercice de la souveraineté nationale s'inscrivent en même temps dans une tentative d'élargir le corps électoral pour en finir avec le seul pouvoir de la richesse (1). Qui plus est, Rey aborde quand même la question du suffrage universel à quelques rares reprises. S'il se fait certes hésitant quant au suffrage universel masculin, il ne lui ferme pas complètement la porte (2).

1. Élargir le corps électoral pour en finir avec le pouvoir de la richesse

Dans ses *Bases d'une Constitution*, Rey détaille chacune des qualités précédemment mentionnées : raison, probité, lumières et intérêt national¹⁸⁰⁷, qui doivent se retrouver chez les électeurs comme chez les législateurs¹⁸⁰⁸. L'exigence de *raison* n'appelle pas vraiment de

1805 MONTESQUIEU écrit : « [l]e suffrage par le sort est de la nature de la démocratie ; le suffrage par le choix [l'élection] est de celle de l'aristocratie ». Quant à GUIZOT, il affirme en 1826 que « le but des élections est évidemment d'envoyer au centre de l'État les hommes les plus capables et les plus accrédités du pays ; c'est une manière de découvrir et de constituer la véritable, la légitime aristocratie » (cités par F. DUPUIS-DÉRI, *La peur du peuple*, op. cit., p. 175). On peut encore mentionner TOULLIER, qui écrit que si le pouvoir est exercé « par un conseil de citoyens élus par le peuple : c'est une aristocratie élective » (*Droit civil des français*, t. 1, op. cit., p. 21).

1806 On en trouve pourtant la proposition en 1831, sous la plume du républicain Auguste CAUNES, pour la nomination des membres du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif (M. DAVID, *La souveraineté du peuple*, op. cit., p. 208).

1807 À titre de simple comparaison, une étude réalisée sur les « lettres aux électeurs » rédigées par des libéraux, sous la Restauration, a fait ressortir cinq qualités généralement attendues des représentants : honneur, probité, indépendance, dignité et patriotisme (Vivien FARAUT, « Convaincre et conquérir. "Les lettres aux électeurs" dans la diffusion des idées libérales sous la Restauration », in Adeline BAUREPAIRE-HERNANDEZ et Jérémy GUEDJ, *L'entre-deux électoral. Une autre histoire de la représentation politique en France (XIX^e-XX^e)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015, p. 44).

1808 Il exclut tout d'abord l'option qui consisterait à établir un suffrage direct à un seul degré, car cela reviendrait

commentaire, puisqu'il s'agit simplement de poser des critères d'âge¹⁸⁰⁹. La question de la *probité* présente déjà un intérêt plus sensible. C'est en effet en son nom que le juriste exclut des droits politiques tout individu condamné en matière criminelle, mais également pour certains délits et même quelques condamnations civiles¹⁸¹⁰. Cette condition n'a rien de très original, mais elle prête à sourire lorsque l'on sait que, quelques années plus tard, Rey sera condamné à mort par contumace pour sa participation à la conspiration de 1820. Il précise encore que la probité doit s'entendre comme « intégrité » en matière politique. Il propose par conséquent d'exclure « tout fonctionnaire, tout employé, tout agent révocable par le pouvoir exécutif¹⁸¹¹ ». Cette exclusion, qui vaut pour le corps législatif comme pour le corps électoral, doit permettre d'éviter toute corruption. La proposition ne manque pas de pertinence lorsque l'on sait que la présence massive de fonctionnaires facilement corruptibles dans la Chambre des députés a participé à la chute de la monarchie de Juillet¹⁸¹². Afin d'éviter la corruption des représentants, Rey pose encore des interdictions qui s'étendent au-delà de la durée de leurs fonctions, de crainte que l'exécutif n'use de promesses de nominations ou autres distinctions pour acheter les députés¹⁸¹³.

selon lui à réserver la citoyenneté à une aristocratie. Cela conduirait donc à refuser le titre de citoyen et l'exercice des droits de citoyen à beaucoup trop d'individus, ce qui porterait au principe de souveraineté nationale « une cruelle atteinte dans le premier degré » et mènerait à consacrer « le joug d'une funeste aristocratie ». C'est pourquoi il se prononce en faveur d'un suffrage à deux échelons, afin de permettre aux individus revêtant ces qualités à un moindre degré de pouvoir malgré tout participer à la vie politique. REY pose en fait une sorte d'échelle où ces qualités sont requises à différents degrés selon l'importance des fonctions à exercer. Les assemblées primaires seraient ainsi assez nombreuses, et auraient en outre d'autres fonctions que celles de nommer les électeurs proprement dits, comme la nomination directe des juges de paix, des conseillers municipaux et des conseillers de préfecture (*DBC*, p. 35). Dans son *Projet de Constitution*, le juriste assouplit cependant les conditions d'éligibilité, en reprenant un système proche de celui consacré par la Constitution de 1791. Alors que les qualités requises pour être membre des assemblées secondaires sont plus rigoureuses que celles exigées pour participer aux assemblées primaires, REY admet l'éligibilité de tous les citoyens actifs (c'est-à-dire de tous les membres des assemblées primaires) (*PCMF*, f. 21).

1809 Il faut avoir 25 ans pour être électeur de premier degré (*PCMF*, f. 8) et 30 ou 40 ans pour être éligible, les deux conseils étant marqués par une différence d'âge (*ibid.*, f. 21 ; *DBC*, p. 39).

1810 « [P]ar exemple, pour stellionat, spoliation d'hérédité, infidélité de tutelle ou autre gestion, violation de dépôt, etc. » (*DBC*, p. 37) ; *PCMF*, f. 8.

1811 *DBC*, p. 37.

1812 En effet, bien que la loi électorale du 19 avril 1831 ait prévu certaines incompatibilités, il y avait néanmoins une présence massive de fonctionnaires (près de 40% d'après Marcel MORABITO) au sein de la chambre élective. Charles DE RÉMUSAT proposera en 1847 de faire interdire le cumul des fonctions administratives et parlementaires, mais sa proposition sera écartée (sur les 218 voix contre, 129 sont celles de... fonctionnaires). On connaît la suite de l'histoire : la discussion politique rendue impossible à la chambre, l'opposition va lancer la « campagne des banquets » dont l'issue ne sera autre que la Révolution de février 1848 (M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, p. 223-224). La Chambre des pairs n'était d'ailleurs pas épargnée par cette présence massive de fonctionnaires. À la veille de la Révolution de 1848, on dénombre 230 fonctionnaires ou ex hauts fonctionnaires sur 311 pairs (K. FIORENTINO, *La seconde Chambre en France*, *op. cit.*, p. 289).

1813 Pendant une durée de trois ans à l'issue de leurs mandats, il propose d'interdire toute nomination des ex-législateurs à une place de gouvernement. Pendant ce même délai, il interdit encore au gouvernement de leur accorder des distinctions ou des faveurs. Enfin, toujours dans les trois ans suivant la fin de son mandat,

Jusque-là, ces restrictions n'ont rien de très antidémocratique, au contraire.

C'est seulement en envisageant les deux dernières qualités requises que le juriste va proposer des conditions qui tiennent directement aux capacités et aux intérêts propres des individus. Toutefois, Rey cherche surtout à amoindrir le pouvoir de la richesse. La Restauration est en effet marquée par la domination d'une élite économique et financière sur la vie politique. Le suffrage censitaire de l'époque est très rigoureux, de sorte que sur environ 9 millions d'hommes adultes, moins de 100 000 sont électeurs¹⁸¹⁴. Ce sont alors les propriétaires fonciers en particuliers qui sont privilégiés, car la propriété foncière créerait « le patriotisme » comme l'affirme Benjamin Constant¹⁸¹⁵. Jean-Baptiste Proudhon pense de même lorsqu'il écrit que « [c]'est par la propriété foncière que l'homme tient le plus à sa patrie, parce qu'il ne peut transporter ailleurs cette source de son bien-être¹⁸¹⁶ ». Ce type d'argumentaire n'est pas nouveau et Rey entend donc mettre à mal l'idée selon laquelle la richesse, et plus encore la richesse foncière, constituerait une bonne garantie de lumières et de patriotisme. Sans faire pour autant de la pauvreté un gage de moralité, Joseph Rey se rapproche ici du discours des révolutionnaires Jacobins qui, à la suite de Rousseau, dénonçaient la richesse comme source d'égoïsme et accusaient les riches de faire prédominer l'intérêt particulier¹⁸¹⁷.

Il s'oppose d'abord à l'opinion selon laquelle la richesse foncière serait un bon indice du degré de lumières. Benjamin Constant défend par exemple cette idée en expliquant que, disposant de plus de temps que les individus devant pourvoir aux besoins de leur existence, les riches propriétaires fonciers seraient les plus disposés à perfectionner leur instruction et à s'intéresser aux affaires publiques¹⁸¹⁸. Joseph Rey propose une interprétation bien différente lorsqu'il questionne le droit de suffrage¹⁸¹⁹. Il suggère au contraire que cette classe, ayant le moins besoin d'instruction pour pourvoir à son existence, est peut-être celle ayant le moins de lumières¹⁸²⁰. Dans son *Projet de Constitution*, l'exigence de lumières est simplement contenue dans

aucun fonctionnaire inamovible ne devrait pouvoir être muté à une autre place (DBC, p. 73).

1814 M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit., p. 200.

1815 B. CONSTANT, « Principes de politique », op. cit., p. 58. CONSTANT écrit encore que c'est chez les propriétaires que se trouve la garantie « de l'ordre, de la justice et de la conservation » (*ibid.*, p. 56).

1816 J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, op. cit., p. 16.

1817 J. BOUDON, *Les Jacobins*, op. cit., p. 56-61 et 89.

1818 B. CONSTANT parle ainsi, en 1815, du « loisir indispensable à l'acquisition des lumières », que « [l]a propriété seule peut assurer » (« Principes de politique », op. cit., p. 54).

1819 Lorsqu'il présente sa pétition en faveur d'un plan d'éducation nationale, REY prend en revanche le contrepied de ce qu'il avance ici. Il met en effet un grand soin à rassurer ses lecteurs, en affirmant que « malgré tout ce qu'on pourra jamais faire pour l'instruction des pauvres, elle n'égale jamais celle des classes riches, auxquelles des loisirs et les moyens pécuniaires donneront toujours à cet égard de grands avantages » (*Pétition*, p. 18).

1820 DBC, p. 41.

la condition de « savoir lire et écrire » pour pouvoir être citoyen actif¹⁸²¹. Par ailleurs, dans ce même *Projet*, il consacre également un article à l'« instruction publique », qui doit être assurée par l'État et à ses frais, pour toutes les classes de citoyens. Cette condition n'apparaît donc pas comme une manière d'exclure les classes prolétaires de la vie politique. Au contraire, lorsqu'il développe sur l'exigence d'intérêt national, autrement dit l'intérêt « à la conservation de la chose publique¹⁸²² », Rey s'attaque bien plus au monopole accordé à la richesse qu'à la participation des classes pauvres. Son propos est simple : bien loin d'attacher irrémédiablement le propriétaire au sol de la patrie, la propriété foncière favoriserait au contraire le repli sur la sphère privée. Bien qu'une telle appréciation soit largement rejetée par ceux qui écrivent sur ce sujet, on la trouve également sous la plume de certains de ses contemporains, à l'instar de Roederer par exemple. Ce dernier soutient en effet que les propriétaires fonciers, ayant « cent moyens de se soustraire au désordre le plus inattendu », ne présentent pas les plus grandes garanties quant à leur intérêt à maintenir l'ordre public¹⁸²³. Aussi refuse-t-il de n'accorder les droits politiques qu'aux seuls propriétaires terriens¹⁸²⁴. Rey dresse le même constat lorsqu'il écrit que le propriétaire foncier peut, « au milieu des troubles intérieurs, dans le cas d'une cherté excessive, soutenir au besoin son existence, en se retirant sur sa terre pour en consommer les produits¹⁸²⁵ ». Il est d'ailleurs partiellement préservé des troubles politiques puisqu'il peut s'éloigner hors des villes pour rejoindre sa propriété, ou encore vendre son bien et s'expatrier. C'est pourquoi le juriste estime que l'intérêt national décroît à proportion qu'augmente la richesse foncière. Le souvenir de l'émigration des nobles sous la Révolution ne manque pas de conforter Rey dans ses idées¹⁸²⁶.

Aussi, bien qu'elle seule soit qualifiée de foncière, le juriste considère qu'il y a pourtant d'autres espèces de propriétés « plus inhérentes au sol de la patrie que les propriétés foncières¹⁸²⁷ ». Tel est le cas des professions libérales, puisque les clientèles ne s'exportent pas. Les savoirs non plus ne sont d'ailleurs pas tous exportables. En effet, outre l'obstacle de la langue étrangère, il est encore des connaissances propres à chaque pays. L'avocat français, en plus de perdre sa clientèle, serait bien démuni face à une législation étrangère. Le médecin lui-même ne peut se contenter de transporter son savoir puisqu'il lui faut encore connaître « les influences d'un autre climat, la différence de régime des autres peuples¹⁸²⁸ ». Rey vise également les divers

1821 *PCMF*, f. 8.

1822 *DBC*, p. 42.

1823 Pierre-Louis ROEDERER, *De la propriété considérée dans ses rapports avec les droits politiques*, Paris, Porthmann, 1819, p. 5.

1824 *Ibid.*, p. 12.

1825 *DBC*, p. 42.

1826 *Ibid.*, p. 45.

1827 *Ibid.*, p. 43.

1828 *Ibid.*, p. 43.

fonctionnaires de l'État, les commerçants, les manufacturiers, afin d'expliquer pourquoi ils se trouvent plus intéressés au bon ordre social que les propriétaires fonciers. En revanche, tout en admettant que les « simples ouvriers et journaliers » ne peuvent non plus transporter aussi simplement qu'on ne le pense leur industrie en terre étrangère, le juriste affirme qu'« il est tant d'autres motifs de les exclure de la participation aux actes de souveraineté qu'il est inutile de [s]'étendre davantage à ce sujet »¹⁸²⁹. En 1815, au moment où Rey écrit ces mots, il ne fait aucun doute que ces autres motifs consistent surtout dans la crainte qu'ils ne cèdent aux influences voire à la corruption des Ultras. Pourtant, il y aurait aussi de bonnes raisons de les faire participer. En effet, Rey refuse de réserver l'éligibilité aux seuls riches propriétaires fonciers parce que dans un tel système « une grande partie de la nation n'est point représentée »¹⁸³⁰. Les journaliers et les ouvriers ne constituent-ils pas également une partie non négligeable de la nation qu'il conviendrait de représenter ?

En 1820, il livre le fruit de ses réflexions sur le sujet dans une petite brochure intitulée *Quelle est la classe de citoyens la plus intéressée au maintien du Gouvernement ?* Il précise immédiatement que le terme de gouvernement doit s'entendre comme « un GOUVERNEMENT PROTECTEUR DES DROITS DE CHAQUE CITOYEN, sous quelque forme et sous quelque nomination qu'il puisse exister »¹⁸³¹. Rey ne vise donc pas le gouvernement de la Restauration, mais aborde cette question d'un point de vue spéculatif. La réponse à cette interrogation doit ensuite permettre de déterminer, « toutes choses égales d'ailleurs », qui devra « prendre le plus de part à l'action de la chose publique »¹⁸³². Rey propose alors de séparer la nation en différentes classes sociales afin de repérer les intérêts propres à chacune d'entre elles. Il montre ainsi que ceux généralement considérés comme impropres à participer à la vie politique sont en fait les plus intéressés à la bonne marche de la société. Le juriste distingue quatre classes selon le niveau de richesse : les « nécessiteux », ceux qui possèdent « le strict nécessaire », les « gens aisés » et enfin les « riches »¹⁸³³. Sa conclusion est sans appel : les « nécessiteux par infortune » (qu'il distingue des « nécessiteux par inclination vicieuse »¹⁸³⁴) sont les plus intéressés au maintien du gouvernement, puisqu'ils « ne pourraient

1829 *Ibid.*, p. 44.

1830 *Ibid.*, p. 46.

1831 J. REY, *Quelle est la classe de citoyens la plus intéressée au maintien du gouvernement ?*, Paris, Librairie politique, 1820, p. 5.

1832 *Ibid.*, p. 1.

1833 *Ibid.*, p. 6-7.

1834 « [N]ous devons d'abord faire une distinction entre les nécessiteux par simple incapacité ou par accident, et ceux qui sont réduits à cet état par suite d'inclinations vicieuses. Bien que l'humanité commande de venir au secours même de ces derniers, il importe à la morale et au bien public d'établir entre ceux-ci et les autres nécessiteux une différence essentielle dans la mesure et le mode des secours à leur accorder ; et comme cette simple différence emporte déjà une idée de blâme, une espèce de tâche, une punition, au moins morale, on peut concevoir, d'après les inclinations vicieuses qu'on leur suppose, qu'ils peuvent n'avoir pas un grand intérêt au maintien d'un gouvernement qui ne leur accorde qu'à regret de faibles secours, pour dispenser ses

subsister » sans l'assistance et la protection de celui-ci¹⁸³⁵. Parmi les membres des deuxième, troisième et quatrième classes, l'intérêt décroît à proportion qu'augmentent leurs propriétés. Enfin, les « nécessiteux par inclinations vicieuses » ont le moins d'intérêt à la conservation de la chose publique¹⁸³⁶. Enfin, quoiqu'il soit contre l'existence d'une classe privilégiée, le publiciste remarque néanmoins que si elle existait, il faudrait l'assimiler aux nécessiteux par vice. En effet, sous un gouvernement juste, cette classe « serait directement et essentiellement intéressée à le voir renverser de fond en comble¹⁸³⁷ ». Faut-il conclure de cet examen que les nécessiteux vertueux doivent avoir la plus grande part dans les décisions politiques ? Non précise Joseph Rey, qui rappelle en conclusion que la préférence accordée à cette classe doit s'entendre « toutes choses égales d'ailleurs, c'est-à-dire, lorsque les personnes qui en font partie offrent d'autres garanties¹⁸³⁸ ». Le juriste laisse ici son lecteur dans le doute.

Il faut aller en chercher les raisons dans d'autres ouvrages, notamment dans les passages où Rey s'intéresse aux caractères de la loi. Lorsqu'il envisage la loi comme « l'expression de la volonté générale », il précise comment doit s'entendre « cette universalité primitive des co-associés »¹⁸³⁹. Il exclut ainsi « les enfans, les vieillards décrépits, les insensés, les imbéciles » car ils se trouvent incapables d'« exprimer leur volonté PROPRE d'une manière raisonnable »¹⁸⁴⁰. En affirmant que « la volonté de ces individus ne [pourrait] être guidée par la raison¹⁸⁴¹ », Rey mobilise une formule familière aux auteurs éclectiques. Mais cela ne revient pas à admettre la métaphysique de la raison. L'auteur songe plutôt à l'emprise que certains hommes habiles pourraient exercer sur ces catégories de personnes. Si l'exclusion des individus incapables d'exprimer leur volonté propre vaut en toutes circonstances, Rey pose ensuite d'autres cas d'exclusion de façon moins absolue : « [p]ar exemple l'absence de lumières pour bien juger par soi-même des besoins communs, ou pour se procurer du moins avec discernement les renseignemens nécessaires, l'état de dépendance d'une volonté étrangère par le défaut de moyens propres d'existence¹⁸⁴² ». Bien que le danger soit moindre par rapport à celui qui résulterait de la participation des enfans, des vieillards décrépits et autres insensés, faire intervenir ce type

véritables faveurs au mérite, au travail ou à l'infortune vertueuse » (J. REY, *Quelle est la classe de citoyens*, op. cit., p. 8). En distinguant ces deux catégories de nécessiteux, REY adopte ici une idée qui tend à se répandre largement à partir de la Révolution, sous l'influence des analyses des économistes. C'est ce qu'a bien mis en lumière Giovanna PROCACCI dans son ouvrage *Gouverner la misère*, op. cit.

1835 J. REY, *Quelle est la classe de citoyens*, op. cit., p. 16.

1836 *Ibid.*, p. 17.

1837 *Ibid.*, p. 15.

1838 *Ibid.*, p. 18.

1839 *Préliminaires*, p. 60 ; JGLJ, t. 1, p. 405.

1840 *Préliminaires*, p. 60 ; JGLJ, t. 1, p. 405.

1841 *Préliminaires*, p. 61 ; JGLJ, t. 1, p. 406.

1842 *Préliminaires*, p. 62 ; JGLJ, t. 1, p. 406.

d'individus dans la formation de la volonté générale serait en effet dangereux car ils pourraient aller contre le but social. De plus, les derniers exemples d'exclusion sont contingents puisqu'il appartient à la société de pallier l'absence de lumières comme l'absence de ressources matérielles de ses membres en favorisant l'égalité. Il faut encore signaler que la prévention de Rey est fondée sur l'observation de la vie politique de son époque. Il a en effet pu constater les efforts du gouvernement pour faire pencher les élections de son côté¹⁸⁴³. Telle est d'ailleurs l'opinion assumée d'un Guizot, qui estime tout à fait légitime que le gouvernement influence le choix des électeurs¹⁸⁴⁴. On comprend donc ce qui motive la suspicion de Rey quant à la participation politique des individus précaires (et non instruits) : la crainte que leurs voix ne soient extorquées par d'habiles suggestions, voire achetées par des pratiques clientélistes.

C'est sans doute pourquoi, dans son *Projet de constitution*, Rey pose malgré tout des conditions de cens. Mais celles-ci restent assez peu rigoureuses. Reprenant la distinction de Sieyès entre citoyens actifs et citoyens passifs, et une partie du système électoral de 1791, le juriste propose de démocratiser le régime électoral de la Restauration. Pour être citoyen actif, c'est-à-dire électeur de premier degré et éligible à la représentation nationale, il suffit de s'acquitter d'« une contribution directe égale à la valeur de trois journées de travail¹⁸⁴⁵ ». Cela est en effet bien loin des 300 francs exigés par la Charte de 1814 pour être électeur et des 1000 francs exigés pour être éligible. Si la plupart de ses contemporains entendent exclure ou limiter la participation des non propriétaires par crainte qu'ils ne s'attaquent à la propriété¹⁸⁴⁶, Rey cherche seulement à écarter les individus facilement corruptibles ou influençables. Il s'agit de s'assurer que l'électeur « ne sera point corrompu à prix d'argent ou par l'ascendant naturel d'un riche sur le pauvre¹⁸⁴⁷ ». C'est pourquoi, indépendamment du cens, il propose encore de suspendre les droits de citoyens actifs pour les personnes en état de domesticité¹⁸⁴⁸. Vu le contexte intellectuel et politique dans lequel il écrit, Rey n'a pas besoin de justifier ces restrictions. Il doit plutôt rassurer ses lecteurs sur l'extension qu'il donne aux droits politiques et les convaincre que la propriété foncière n'est pas une garantie suffisante de capacité politique.

En effet, Rey affirme franchement qu'à vouloir étendre outre mesure ces limitations, « tout est renversé ; l'exception devient le principe » et « il n'existe plus d'association véritable »¹⁸⁴⁹. Sans poser les conditions d'un véritable régime démocratique, Rey ne partage donc

1843 *Mémoires politiques*, p. 40-41 ; MSR, t. 1, p. 200-201 et 233.

1844 F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 45.

1845 PCMF, f. 8.

1846 B. CONSTANT, « Principes de politique », *op. cit.*, p. 55.

1847 PCMF, f. 74.

1848 *Ibid.*, f. 9.

1849 DBC, p. 24-25.

pas la crainte excessive de ses contemporains envers les classes laborieuses, pas plus qu'il n'entend réserver la vie politique au monopole d'une oligarchie économique.

Il exclut en revanche les femmes sans discussion de l'exercice de la souveraineté¹⁸⁵⁰. Dans ses *Bases de l'ordre social*, Rey adhère à l'idée d'une différence de nature entre les sexes, mais reconnaît en même temps le rôle néfaste de l'éducation dans l'accroissement des disparités hommes/femmes. Puis, sans demander pour autant l'égalité politique, il affirme, « quant à l'intervention des femmes dans les fonctions *publiques*, [...] qu'elles sont exclues de beaucoup d'actes où leur participation serait très-utile¹⁸⁵¹ ». Reprenant les stéréotypes de genre qui associent la féminité à la douceur, Joseph Rey considère qu'elles devraient participer, par leur influence, aux « progrès d'un avenir entièrement pacifique¹⁸⁵² ». Cela passe d'abord par la collaboration des femmes aux institutions de charité et d'éducation. Mais il entend encore leur faire une place dans la sphère judiciaire. Plus d'un demi siècle avant que le barreau ne soit accessible aux femmes¹⁸⁵³, le juriste propose ainsi de leur ouvrir les portes de la profession d'avocat pour les causes qui intéressent spécialement leur genre (« telles que celle de divorce, d'adultère, d'infanticide, etc.¹⁸⁵⁴ »), et suggère même la création de tribunaux de famille mixtes pour ces mêmes causes. Enfin, ajoute-t-il, « tant que nous ne sommes pas sortis de la sphère de lutte sanglante où le monde est encore engagé », il n'est pas déraisonnable d'admettre les femmes dans les rangs des « guerriers », de les laisser « prendre part à nos combats »¹⁸⁵⁵. Mais les combats patriotiques restent donc ceux des hommes (*nos* combats), et les femmes n'ont pas éternellement vocation à y participer. Elles restent le « sexe le plus faible¹⁸⁵⁶ » et leur participation à la vie publique se justifie par les spécificités de leur genre, lesquelles semblent les exclure sans débat du droit de suffrage.

Par ailleurs, dans les rares écrits où Rey s'interroge sur le suffrage universel, il ne précise jamais si les femmes sont comprises dans cette universalité. Au vu du reste de sa production, on peut toutefois présumer que ses réflexions concernent exclusivement un suffrage universel masculin.

1850 Dans sa brochure sur le système coopératif, il admet pourtant l'égalité parfaite des genres pour tout ce qui concerne l'administration de la communauté (*LSCM*, p. 37). Mais dans son *Projet de constitution*, rédigé 10 ans plus tôt, et destiné à s'appliquer à la société telle qu'elle existe, seuls les hommes peuvent prétendre au titre de citoyen actif (*PCMF*, f. 8).

1851 *DBOS*, t. 2, p. 365.

1852 *Ibid.*, p. 365.

1853 Loi du 1^{er} décembre 1900 ayant pour objet de permettre aux femmes munies des diplômes de licencié en droit de prêter le serment d'avocat et d'exercer cette profession.

1854 *DBOS*, t. 2, p. 365.

1855 *Ibid.*, p. 365.

1856 *Ibid.*, p. 375.

2. Des hésitations autour du suffrage universel masculin

En 1815, il n'est qu'un domaine pour lequel Rey semble admettre, malgré des réticences, le recours au suffrage universel masculin : l'approbation de l'acte constitutionnel. Le dernier chapitre des *Bases d'une Constitution* soulève en effet la question du « mode d'acceptation de l'Acte constitutionnel¹⁸⁵⁷ », pour laquelle Rey envisage plusieurs modalités.

La première consiste à créer une nouvelle Assemblée spécialement chargée de rédiger la Constitution et à laquelle il appartiendrait également de sanctionner le texte. La nomination des membres de cette assemblée, ajoute Rey, serait confiée à un ordre de citoyens qui présentent le plus de garanties possibles, c'est-à-dire plus restreint encore que ceux admis dans les assemblées primaires (les citoyens actifs)¹⁸⁵⁸. Avec quelques modifications, c'est l'option que l'on retrouve dans son *Projet de Constitution*. Rey *démocratise* en effet cette procédure, en admettant que les membres de l'assemblée constituante soient élus selon les mêmes modalités que les législateurs ordinaires. Il ajoute encore qu'en cas de demande de révision, laquelle doit être formulée par la législature ordinaire, ses membres ne pourront être élus à l'assemblée constituante¹⁸⁵⁹. On sent que Rey est marqué par l'épisode napoléonien, et craint les abus auxquels pourrait donner lieu la consultation populaire, comme ce fut le cas en l'an XII. Il suggère en effet qu'il s'agissait alors d'une acceptation « forcée », qui fut loin d'être « l'ouvrage de la majorité des Citoyens »¹⁸⁶⁰. Or, Joseph Rey travaille à la rédaction des *Bases d'une constitution* durant les Cent Jours, entre le 10 et le 25 avril 1815. Le contexte explique donc ses alarmes.

Après avoir présenté cette première option et fait part de ses craintes concernant l'approbation populaire, il va toutefois l'admettre. Lorsqu'il présente cette seconde modalité, Rey la justifie dans des termes qui évoquent explicitement les problématiques liées à l'octroi de la Charte de 1814, tout en suggérant qu'il s'adresse alors à Napoléon¹⁸⁶¹. Alors que pour Tracy tous

1857 DBC, p. 99.

1858 « [B]ien loin de descendre dans l'ordre des garanties, quand il s'agit de soumettre à la sanction les lois constitutionnelles, il faudrait, par la force des principes, remonter au plus haut degré » (DBC, p. 101).

1859 PCMF, f. 27.

1860 DBC, p. 101-104

1861 « S'il arrivait une époque [...] où une grande nation voulût entièrement se reconstituer, ou le Monarque de son choix voulût lui-même donner à l'établissement de sa dynastie toute la force de l'assentiment du peuple ; si, dans cette même époque, on se trouvait dans des circonstances tellement difficiles que le Gouvernement dû s'entourer de toute la force nationale ; si, dans le même temps, le Monarque préparait une Constitution nouvelle, qu'on supposât renfermer les meilleures dispositions, mais qui dû être présentée à l'acceptation dans un mode tel que celui [de l'an XII], pourrait-on espérer qu'un tel acte obtînt la confiance publique, et qu'il fût investi de la force d'opinion, dont nous avons démontré la nécessité ? [...] Que devrait alors faire le bon Citoyen qui n'aurait pu se dissimuler ces résultats déplorable ? ne devrait-il pas former les vœux les plus ardens pour que le chef du Gouvernement, revenu d'une erreur aussi contraire aux vues magnanimes qu'il aurait proclamées, s'empressât de saisir l'occasion favorable de la réparer lui-même, en présentant la Charte

les citoyens devraient être appelés à désigner les membres de l'assemblée constituante « car ils y sont tous également intéressés¹⁸⁶² », Rey s'y refuse, mais admet qu'ils interviennent pour approuver le texte final. Il reconnaît l'avantage qu'il peut y avoir à recourir à l'assentiment de l'ensemble du peuple afin de donner à la Constitution une force que seule une telle sanction peut lui conférer. C'est ce qui peut arriver, par exemple, lorsqu'une « grande nation [veut] entièrement se reconstituer¹⁸⁶³ », autrement dit lors d'un changement de régime, comme à l'issue d'une insurrection ou du retour d'une dynastie ou d'un Empereur. Dans cette hypothèse et dans toutes celles qui justifient le recours à l'universalité des citoyens, Rey ne s'oppose donc pas au suffrage universel masculin. Il souhaite seulement que les modalités de sa mise en œuvre garantissent que le public appelé à se prononcer ait été suffisamment informé des enjeux. On retrouve alors des dispositions qui rappellent, dans une certaine mesure, celles proposées par Condorcet¹⁸⁶⁴. Rey comme Condorcet critiquent en effet « la ratification immédiate¹⁸⁶⁵ », c'est-à-dire le fait de soumettre un projet aux suffrages sans qu'aucune discussion n'ait précédé le vote. Recueillir l'assentiment éclairé des citoyens suppose de prévoir un délai suffisant après la présentation du projet de constitution afin de réunir toutes les lumières, toutes les opinions, pouvant conduire à sa révision. C'est seulement à l'issue de ce processus de consultation collective que les citoyens seraient appelés à se prononcer « au sein des assemblées primaires¹⁸⁶⁶ ». Et Rey d'écrire sur un ton très rousseauiste :

« Alors, le Citoyen le plus éclairé, et qui croirait encore apercevoir quelques tâches dans un tel projet, consentirait volontiers à se démettre de son opinion particulière, et s'empresserait de donner son vote à la généralité de l'acte, pour ne point trop retarder le bienfait d'une Constitution.¹⁸⁶⁷ »

Le propos demeure certes ambigu puisque Rey ne précise pas la composition de ces assemblées primaires. Entend-t-il les composer exclusivement des citoyens actifs ? On ne peut exclure cette hypothèse. Mais alors cela irait contre le but qu'il se propose car la question à laquelle il entend répondre est de savoir comment obtenir « les votes de l'universalité des Citoyens¹⁸⁶⁸ ». Et dans sa réponse, il ne parle jamais de qualités particulières exigées de ces citoyens, et évoque encore la présentation du projet de constitution « à l'acceptation du peuple¹⁸⁶⁹ ». Vus les termes mobilisés,

constitutionnelle à une acceptation plus convenable, après une discussion solennelle, comme le produit d'une sage lenteur, et renfermant *dans un seul acte* toutes les bases de l'association ? » (DBC, p. 104-105).

1862 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 158.

1863 DBC, p. 104.

1864 Nicolas DE CONDORCET, « Sur la nécessité de faire ratifier la constitution par les citoyens », *Œuvres complètes*, t. 15, Paris, 1804, p. 201-224 ; *Plan de constitution présenté à la Convention nationale les 15 et 16 février 1793*, Paris, Imprimerie nationale, 1793, p. 6-11.

1865 N. DE CONDORCET, « Sur la nécessité de faire ratifier la constitution par les citoyens », *op. cit.*, p. 207.

1866 DBC, p. 106.

1867 *Ibid.*, p. 106.

1868 *Ibid.*, p. 105.

1869 *Ibid.*, p. 106.

nous pensons donc qu'il admet l'intervention de tous les citoyens mâles.

Après 1848, Rey livre encore quelques réflexions sur le suffrage universel dans une lettre adressée au rédacteur en chef de *La Presse*¹⁸⁷⁰. À cette époque, nombreux sont les socialistes qui commencent à mettre en doute les bienfaits du régime représentatif et du suffrage universel perçus comme « un formidable instrument de pouvoir remis entre les mains de la bourgeoisie¹⁸⁷¹ ». C'est à ce moment que se développent les appels au *gouvernement direct* ou à la *législation directe du peuple*. Rey est également déçu par les résultats des élections législatives, notamment celle de 1849 à laquelle il s'est vainement présenté et qui apporte une large majorité au Parti de l'ordre. Mais loin de remettre en cause le principe, l'homme d'action s'interroge plutôt sur les modalités de mise en œuvre du suffrage universel. Et, loin de vouloir en revenir à un suffrage restreint, il entend surtout réfléchir aux causes qui ont poussé les citoyens à choisir « tant de majorités déplorables¹⁸⁷² ». D'après son analyse, la raison principale réside dans « le défaut d'informations suffisantes sur le caractère, la capacité, la position relative et les antécédents des candidats¹⁸⁷³ ». C'est parce que les électeurs n'étaient pas suffisamment informés que « d'habiles ambitieux ou des hommes médiocres qu'appuie (*sic*) une forte position matérielle » ont réussi à « usurper » la majorité¹⁸⁷⁴. Aussi Rey propose-t-il d'y remédier par la création d'un journal qui serait fondé par les conseils généraux de départements, tout en demeurant indépendant du pouvoir exécutif. À la différence des journaux qui, dans le premier XIX^e siècle, sont souvent les organes des partis politiques, il s'agit ici de créer une presse neutre. Ce journal aurait en effet pour fonction d'informer les électeurs sur les candidats, tout en proposant un espace de discussion où pourraient s'exprimer des avis contradictoires. Il s'agit donc de s'assurer que chaque citoyen soit suffisamment éclairé en amont de son choix, afin que le suffrage universel ne conduise plus à ce qu'une « minorité active [...] impose son vote à une majorité passive¹⁸⁷⁵ », ainsi que le déplorent Rey et le rédacteur de *La Presse*. À partir de cette lettre, nous pouvons donc confirmer les raisons qui le poussaient préalablement à refuser l'exercice du droit de suffrage aux individus démunis. Accaparés par les peines que leur impose la nécessité de pourvoir à leurs besoins¹⁸⁷⁶, et sans doute plus facilement corruptibles par des

1870 Brouillon d'une lettre adressée par Joseph REY au rédacteur en chef de *La Presse*, 14 juillet 1849 (BMG, T. 3955).

1871 A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme, op. cit.*, p. 74-75.

1872 Brouillon d'une lettre adressée par Joseph REY au rédacteur en chef de *La Presse*, 14 juillet 1849 (BMG, T. 3955).

1873 *Ibid.*

1874 *Ibid.*

1875 *Ibid.*

1876 Dans une lettre d'août 1842 adressée aux rédacteurs de *La Fraternité*, REY juge d'ailleurs que « [c]'est une

promesses d'argent, Rey redoute que leurs votes ne témoignent pas d'un choix libre et éclairé. Le problème tient donc moins à ces individus qu'à ceux qui pourraient tirer profit de leur situation.

Que faut-il conclure de cet examen des conditions d'exercice de la souveraineté nationale ? Il convient d'abord de rappeler que Rey ne développe vraiment sur ce sujet que dans ses écrits de 1815. Le discours qu'il tient alors semble largement dicté par le contexte. Dans une France qui a passé 15 années sous le joug napoléonien approuvé par plébiscite, dans une France où les prêtres exercent encore une influence considérable sur les opinions, le suffrage universel, loin de donner à chacun la même portion de pouvoir politique, reviendrait à consacrer celui d'une minorité habile à la persuasion. Il n'est d'ailleurs pas anodin que, dans les premières années de la Restauration, ce soit principalement les Ultras qui revendiquent le suffrage universel masculin.

Il faut également rappeler que les conditions de la citoyenneté active posées par Rey sont très peu restrictives par rapport au système électoral de la Restauration. Et si, en 1849, le peuple n'a pas encore acquis une conscience politique qui garantisse un exercice satisfaisant du suffrage universel, c'est moins en raison de son ignorance que des influences néfastes d'une minorité habile à briguer le pouvoir. Mais loin de vouloir faire marche arrière, Joseph Rey entend au contraire participer, par ses réflexions, au développement d'une vie politique respectueuse des principes de la démocratie représentative. C'est précisément ce qu'il cherche à faire en écrivant au rédacteur de *La Presse*, qui pourrait alors « prêter [r] l'autorité de [son] talent incontestable » à la proposition de créer un journal électoral en la publiant dans son propre journal¹⁸⁷⁷.

Si Rey n'est donc pas un fervent militant du suffrage universel, il ne le rejette pas pour autant en bloc. Certes, après avoir consacré le principe de la souveraineté nationale, il tempère sa portée démocratique en posant des restrictions à son exercice. Mais celles-ci n'ont rien d'immuable et sont appelées à disparaître en grande partie lorsque l'égalité des conditions et des lumières sera réalisée. C'était le projet des Lumières comme des Idéologues¹⁸⁷⁸. Seulement, il

chose bien touchante et qui promet en même temps beaucoup pour notre époque, de voir des hommes que le soin de leur existence devrait absorber entièrement, s'ils ne songeaient qu'à leur personnalité, s'élancer avec amour au delà de cette sphère étroite, et consacrer la plus pure partie de leur activité à la recherche des moyens de rendre heureux toute la grande famille humaine, ne fût-ce même que dans un avenir éloigné » (BMG, T. 3951).

1877 Brouillon d'une lettre adressée par Joseph REY au rédacteur en chef de *La Presse*, 14 juillet 1849 (BMG, T. 3955).

1878 « Les Idéologues, comme les Philosophes [du XVIII^e siècle], ont conscience d'être une élite éclairée et responsable ; il faut certes travailler pour le peuple, au service de la nation, mais le garder en tutelle, aussi longtemps que les progrès de l'éducation nationale n'auront pas transformé les individus frustrés et primitifs en citoyens dignes d'assumer avec sérieux une participation aux affaires publiques. Le suffrage universel serait

convient d'être patient et de ne pas introduire le suffrage universel avec précipitation, comme cela a pu être le cas sous la Révolution. Alors que Robespierre évoquait la France révolutionnaire comme « une nation qui passe subitement de l'esclavage à la liberté¹⁸⁷⁹ », Joseph Rey affirme avec plus de recul historique que « [ce] n'est point pas un décret qu'on fait soudain d'un ramas d'esclaves un peuple libre et vertueux¹⁸⁸⁰ ». Rousseau l'avait remarqué au sujet des serfs de Pologne : leur affranchissement, selon lui, présuppose de les avoir préalablement rendus « dignes de la liberté & capables de la supporter¹⁸⁸¹ ». Lorsque Sieyès théorisait la distinction entre citoyens actifs et passifs, en 1789, il suggérait aussi que certaines exclusions du corps politique, celle des femmes notamment, pouvaient n'être que temporaires¹⁸⁸². Pour Rey, c'est donc de façon très graduelle que la démocratie politique mérite d'être introduite, apparaissant ainsi comme l'aboutissement du progrès des lumières et de l'égalité dans la société.

Quoique les conditions posées dans ses premiers écrits pour exercer le premier degré de la souveraineté nationale soient bien plus démocratiques que celles prévues dans la Charte de 1814, elles montrent toutefois que Rey penche ici pour une conception objective et matérielle de la volonté générale¹⁸⁸³. Les qualités attendues des citoyens pour pouvoir exercer la souveraineté laissent entendre que le publiciste cherche dans l'expression de la volonté générale quelque chose de plus que la seule addition de toutes les volontés particulières, puisqu'il refuse de faire participer ceux qui pourraient aller à l'encontre du but social. Pourtant, lorsqu'il se demande comment déterminer cette volonté générale, il adopte alors une conception subjective et organique de celle-ci, qui fait ressortir les accents démocratiques de sa théorie politique. En effet, si tous les titulaires de la souveraineté ne peuvent l'exercer effectivement, Rey affirme néanmoins que la volonté générale doit résulter de la volonté de la majorité des individus pour être présumée juste.

l'idéal d'une démocratie, mais son avènement doit être reporté à l'époque où tous les Français auront atteint leur majorité intellectuelle » (G. GUSDORF, *La conscience révolutionnaire : Les Idéologues*, op. cit., p. 297).

1879 M. DE ROBESPIERRE, *Le défenseur de la Constitution*, n° 6, 1792, p. 265

1880 *Préliminaires*, p. 56 ; JGLJ, t. 1, p. 393 ; TPGD, p. 247.

1881 J.-J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée* (sic), Londres, 1782, p. 48.

1882 « C'est à la Constitution, c'est aux bonnes lois à réduire de plus en plus cette dernière classe [les citoyens passifs] au moindre nombre possible » (E.-J. SIEYÈS cité par P. PASQUALINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, op. cit., p. 72). « Les femmes, du moins dans l'état actuel, les enfants, les étrangers, ceux encore qui ne contribueraient en rien à soutenir l'établissement public, ne doivent point influencer activement sur la chose publique » (E.-J. SIEYÈS, *Préliminaires de la Constitution, reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de constitution, cité par S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 600 ; c'est nous qui soulignons).

1883 Pour reprendre la distinction de B. LECOQ PUJADE entre une conception objective et matérielle de la volonté générale et une conception subjective et organique de celle-ci (voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, I, A, 1).

B/ LA VOLONTÉ MAJORITAIRE COMME VOLONTÉ GÉNÉRALE

Dans les *Préliminaires* et les *Leçons*, Rey s'interroge sur les différents caractères que doivent revêtir les lois positives. Il emprunte alors à Rousseau la formule selon laquelle « la loi doit être l'expression de la volonté générale¹⁸⁸⁴ ». Toutefois le syntagme de « volonté générale » est mobilisé par le juriste comme un synonyme de *volonté de la majorité*. Certes, pour Rousseau « la voix du plus grand nombre oblige toujours¹⁸⁸⁵ ». Mais pour arriver à reconnaître que ce sont les décisions de la majorité qui font la loi, il passe par des détours métaphysiques. Les lois proposées par le législateur à la sanction nationale n'ont pas à être approuvées ou rejetées par les citoyens selon leurs volontés particulières. L'addition des volontés particulières ne forme pas la volonté générale, mais la volonté de tous¹⁸⁸⁶, que Rousseau rejette. Ce que l'on demande aux citoyens, lorsqu'ils expriment leurs suffrages, c'est de savoir si la loi proposée « est conforme ou non à la volonté générale¹⁸⁸⁷ ». Rey ne peut adhérer à une représentation idéaliste de celle-ci.

Penser la volonté générale avec une matrice philosophique matérialiste implique nécessairement de réinterpréter le concept de Rousseau. La volonté générale ne pouvant s'appréhender dans une perspective qualitative, elle ne peut résulter que de la réunion des volontés particulières. Rey affirme d'ailleurs dès 1814 que « tout l'art de gouverner doit se réduire à bien observer, dans un état (*sic*), le concours des volontés particulières vers un bien-être commun, pour en favoriser le développement¹⁸⁸⁸ ». Qui plus est, l'unanimité de toutes ces volontés particulières est impossible à recueillir. Seule une majorité de volontés particulières concordantes peut permettre de sortir de l'impasse, sans tomber dans les travers d'une conception métaphysique de la volonté générale.

Lorsqu'il aborde la question, Rey s'intéresse toutefois moins à réfuter Rousseau qu'à défendre le pouvoir de la majorité. En effet, s'il s'agit d'abord de justifier, pour des raisons pratiques, l'impossibilité de se référer à la volonté de l'universalité des citoyens, là n'est pas sa préoccupation principale. L'objectif poursuivi est de défendre une théorie démocratique de la loi contre ceux qui font prévaloir la raison universelle et impersonnelle ou la volonté de Dieu sur celle des citoyens. Il en va ainsi des éclectiques, comme nous l'avons déjà fait observer¹⁸⁸⁹, ou

1884 *Préliminaires*, p. 63. ; *JGLJ*, t. 1, p. 407. En revanche, on ne retrouve pas cette formule dans le *TPGD*. Dans cet ouvrage, le juriste offre une conception de la loi qui, sans contredire les bases posées dès 1818, se présente sous un aspect plus savant et plus technique. La loi n'en est pas moins pensée comme un acte de souveraineté nationale.

1885 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, p. 262.

1886 *Ibid.*, p. 193.

1887 *Ibid.*, p. 263.

1888 *De l'état actuel de la France*, p. 5.

1889 Nous ne développons pas sur ce point car ce rationalisme juridico-politique a déjà été abordé lorsque nous

encore des traditionalistes. Sans surprise, la critique de la souveraineté du peuple par Bonald s'accompagne d'une dénonciation de la règle majoritaire. Identifié au règne de « la force numérique », le principe démocratique de la majorité n'est, pour lui, qu'une source de « tyrannie » et d'« esclavage »¹⁸⁹⁰. Qui plus est, si le premier XIX^e siècle est légicentriste, il n'est clairement pas volontariste. Héritier de Rousseau, Joseph Rey défend en revanche une conception volontariste de la loi qui, à défaut de pouvoir exprimer la volonté unanime des citoyens, doit *a minima* représenter celle de la majorité d'entre eux.

Il commence par poser en principe que « [l]a loi a[yant] pour objet de régler les intérêts de l'*universalité* des membres de la société politique ; elle devrait [...], *si la chose était possible*, être le résultat de la volonté de cette universalité¹⁸⁹¹ ». Cependant, ajoute-t-il, « il est impossible que les hommes pensent tous de même, et [...] il faut cependant chaque jour donner des décisions dans l'intérêt commun¹⁸⁹² ». C'est pourquoi la règle de la majorité s'impose comme « la plus sûre et la plus facile¹⁸⁹³ ». Bien que cela altère le principe, Rey considère qu'il faut « subir les lois de la nécessité¹⁸⁹⁴ », sauf à exiger une proportion plus forte que celle de la majorité dans certaines circonstances. La règle majoritaire apparaît donc comme un expédient permettant de pallier le défaut d'unanimité. Mais, prévient-il, si la nécessité oblige à modifier le principe de l'universalité, « vouloir faire résulter une décision sociale d'une *minorité*, c'est violer ouvertement le principe [...], c'est l'anéantir absolument¹⁸⁹⁵ ». Cela revient à condamner sans appel le gouvernement de la Restauration, dont le corps électoral est composé de moins de 100 000 électeurs. En effet, comment les représentants élus pourraient-ils exprimer la volonté de la majorité alors même qu'ils ne représentent véritablement que les intérêts de quelques-uns ? Ils n'expriment que la majorité du corps électoral, lequel n'est pas représentatif du véritable souverain, de la nation.

Une fois de plus, même si Rey invoque la méthode d'observation, il ne s'en laisse pas imposer par *ce qui est* pour légitimer le système en place. Il est au contraire soucieux de voir consacrer un véritable régime représentatif, c'est-à-dire un régime dans lequel les législateurs prendraient en compte les intérêts de tous les citoyens, ou du moins de la majorité d'entre eux, afin de permettre leur conciliation et de favoriser l'harmonie sociale.

avons traité de la souveraineté (voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, II, A, 1, β). On peut seulement citer DEGÉRANDO pour illustrer. Ce dernier refuse en effet de voir dans la loi l'expression de « *la volonté quelconque de la majorité* », elle doit être « *l'expression de la raison publique* », de la « *volonté raisonnable* » (Compte rendu du *Cours de Droit public et administratif* de J.-M. DEGÉRANDO par un de ses étudiants, *Thémis*, t. 2, p. 182).

1890 L. DE BONALD, « Quelques notions de droit en réponse à M. de Cormenin », *Mélanges littéraires, politiques et philosophiques*, t. 2, Paris, Le Clere, 1858, p. 411.

1891 *Préliminaires*, p. 59 ; JGLJ, t. 1, p. 404.

1892 *Préliminaires*, p. 59 ; JGLJ, t. 1, p. 405.

1893 *Préliminaires*, p. 59 ; JGLJ, t. 1, p. 405.

1894 *Préliminaires*, p. 60 ; JGLJ, t. 1, p. 405.

1895 *Préliminaires*, p. 60 ; JGLJ, t. 1, p. 405.

On comprend encore que la méthode d'observation revendiquée de toutes parts par les savants de l'époque¹⁸⁹⁶ est susceptible d'une diversité d'applications. On peut, comme le fait Cousin¹⁸⁹⁷, observer les règles du jeu constitutionnel posées par la Charte pour reconnaître qu'elles ne consacrent pas le pouvoir de la majorité. Précisons toutefois que Cousin refuse surtout la définition rousseauiste de la loi, car « si la loi n'est que l'expression de la volonté générale, elle ne représente plus un principe mais un simple fait¹⁸⁹⁸ ». Mais l'on peut également observer ce qui confère leur véritable force aux lois. Rey comme Charles Comte empruntent cette voie pour consacrer le pouvoir de la majorité, quoique avec des différences notables. Relativement hermétique au volontarisme politique, Comte s'interroge – dans une perspective qui rappelle fortement celle de Montesquieu – sur les diverses forces ou causes qui conduisent les individus à agir comme ils le font. C'est ce qu'il nomme les lois, qu'il distingue des descriptions, vraies ou fausses, que les hommes en font – c'est-à-dire les lois positives écrites¹⁸⁹⁹. Aussi, bien que cela aboutisse également, dans une certaine mesure, à reconnaître le pouvoir de la majorité – puisque ce qu'il nomme loi est donc ce qui règle la conduite de la majorité des individus – la dimension volontariste et créatrice de la loi est gommée. Rey ne refuse pas tout à fait la conception des lois qui est celle de Comte, mais il ne nie pas pour autant le rôle déterminant des lois positives. Pour Comte la loi se découvre dans ce que *fait* la majorité, alors que pour Rey, elle *doit* résulter de ce que *veut* la majorité. Ainsi pouvons-nous apprécier les conséquences qui résultent d'une approche différente de la méthode d'observation. L'écart n'est peut-être pas fondamental pour le moment, mais il conduit les deux juristes à adopter des approches bien différentes de l'office du législateur : là où Comte se borne en quelque sorte à enregistrer les lois de fonctionnement de la société qu'il observe, Joseph Rey envisage la législation comme un possible instrument de réforme sociale¹⁹⁰⁰.

Dans ce contexte où il ne va pas de soi que la loi soit (ou doive être) l'expression de la volonté de la majorité, Joseph Rey doit apporter des justifications. Nous avons déjà pu entrevoir que le principe de souveraineté nationale n'est pas indifférent aux questions de rapport de force. Le juriste défend en effet ses vues sur le sujet en rappelant au gouvernement qu'il ne saurait être fort et durable sans fonder sa légitimité sur le consentement de la nation, car il ne tire leurs forces que de celles de la nation. Il s'agit ici de la force au sens matériel. Bien qu'une minorité puisse tout à fait proposer une mesure conforme au but social, elle ne saurait être en capacité de

1896 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, II.

1897 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, II, A, 1, β.

1898 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 446.

1899 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 278-315.

1900 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, I, B.

l'imposer à la majorité, sauf à recourir aux expédients les plus désastreux. Mais Rey s'oppose à de tels subterfuges d'une part, et, d'autre part, il laisse entendre que les lois ainsi imposées ne sauraient être pérennes qu'à recueillir l'assentiment de la majorité des citoyens. Il remarque en effet que lorsqu'une minorité décide sans obtenir le consentement de la majorité, cela crée un état « contraire à l'harmonie sociale¹⁹⁰¹ », dans la mesure où la volonté se trouve d'un côté et la force pour l'exécuter de l'autre. Dans ce dernier cas, « si la majorité n'est pas convaincue de la bonté de la décision, il y a nécessairement contradiction entre la règle imposée et la plus grande partie des éléments d'application », ce qui génère un « état de guerre » au sein de la société¹⁹⁰². S'il n'est peut-être pas nécessaire de recueillir expressément l'avis de chacun des individus pour constater la majorité, les lois doivent au moins être conformes à la volonté de la majorité, car seule la puissance qui réside en elle est apte à en assurer l'application. Une sorte d'approbation tacite des lois est donc requise¹⁹⁰³. Cependant, Rey développe un discours qui ne s'en tient pas au pur argument de la force. Il refuse d'ailleurs le « droit du plus fort », qui est tout à fait contraire à l'ordre public et contrevient aux lois constitutives de la société. Il faudrait alors plutôt parler du *droit* et plus encore de *loi du plus grand nombre*¹⁹⁰⁴, qui, outre la considération matérielle de la force, se justifie encore par la philosophie morale de Rey.

Bien que la *multitude* soit fréquemment sujette aux *erreurs les plus grossières*, bien que le « sens commun » ne soit qu'un *être imaginaire*, Rey admet cependant de s'en remettre à la volonté du plus grand nombre en matière politique. Il y a ici une tension palpable entre la philosophie et la théorisation politique de l'action qui force Rey à se faire plus prosaïque. Lorsqu'il examine le propos de Constant sur les limites de la souveraineté populaire, il affirme alors qu'à défaut d'être l'expression de la justice, la décision de la majorité présente au moins le plus haut degré de « présomption » de conformité à « l'intérêt général, ou au moins à celui du plus grand nombre »¹⁹⁰⁵. Il n'existe en effet aucun « tribunal [...] dont les jugemens eussent *une plus grande certitude* que ceux de la majorité¹⁹⁰⁶ ». Bien que la rectitude matérielle de la volonté générale, c'est-à-dire sa conformité à la justice, ne soit jamais certaine, son origine organique est présentée comme le seul critère pertinent pour en juger. Rey penche donc ici pour une conception organique et subjective de la volonté générale, telle que définie par Benjamin Lecoq Pujade. Dans

1901 TPGD, p. 343.

1902 Ibid., p. 343-344.

1903 Voir notamment *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, A, 3.

1904 Pour ses contemporains, le droit du plus grand nombre est souvent identifié au droit du plus fort. C'est ce que l'on trouve par exemple sous la plume de SISMONDI, d'après qui « le droit de la majorité n'est autre chose que le droit du plus fort ». La formule sera reprise par B. CONSTANT (DE SISMONDI cité par E. PAULET-GRANDGUILLLOT, *Libéralisme et démocratie*, *op. cit.*, p. 247-248). Pierre-Joseph PROUDHON pense de même (A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme*, *op. cit.*, p. 45).

1905 TPGD, p. 343 ; *Préliminaires*, p. 65.

1906 *Préliminaires*, p. 65 ; JGLJ, t. 1, p. 408 ; TPGD, p. 343.

des *marginalia*, le juriste écrit pourtant ces mots : « je nie qu[e la majorité] ait plus souvent raison que la minorité sur certaines questions¹⁹⁰⁷ ». Pierre-Joseph Proudhon fera la même remarque en 1858 et ira jusqu'à affirmer que « la souveraineté appartient, de droit rationnel, plutôt à la minorité qu'à la masse¹⁹⁰⁸ ». Néanmoins, pour Proudhon comme pour Rey, ce constat n'implique pas de faire prévaloir la décision d'une minorité rationnelle sur une majorité ignorante. Pour notre auteur, ce n'est pas sur le terrain de la raison ou de la vérité que doit être abordée la question des choix politiques, mais sur celui de la réalité matérielle, faite de contingence et de nécessité. Il n'y a pas vraiment d'autre alternative lorsque l'on est matérialiste. D'ailleurs, Jean-Jacques Rousseau lui-même, après divers détours, finit malgré tout par admettre le principe majoritaire pour l'adoption des lois. Le Genevois le justifie, il est vrai, par référence au contrat social : par ce contrat conclu à l'unanimité, les hommes consentent à respecter ensuite les décisions issues de la majorité¹⁹⁰⁹. Rey quant à lui n'aborde pas cette thématique sur le terrain du consentement, mais d'abord sur celui de la nécessité. C'est pourquoi il maintient son adhésion en faveur de la majorité malgré les limites d'une telle règle. Il prend toutefois garde de ne pas cantonner sa justification à des arguments fondés sur la force matérielle. Selon lui, la majorité présente également plus de garanties en matière de vertu. En effet, « la force naturelle étant du côté de la majorité, elle sera plus généreuse et moins accessible à la sotte vanité de se croire infaillible. Elle reviendra donc plus facilement de ses erreurs que la minorité¹⁹¹⁰ ». Se conformer aux décisions de la majorité est ainsi « la manière la plus raisonnable et la plus simple de régler les affaires sociales¹⁹¹¹ ». C'est de « cette nécessité » ajoute-t-il, que « dérive [...] la force obligatoire de pareilles décisions »¹⁹¹². Le pouvoir social et les lois, ayant pour but d'assurer et d'augmenter le bonheur des membres de l'association, il est encore logique, à ce titre, de s'en remettre à la décision du plus grand nombre. L'hypothèse inverse serait absurde car « la violence morale imposée à la majorité fait plus de mal que celle imposée à un moins grand nombre d'individus¹⁹¹³ ». Ce sont pourtant « les minorités organisées qui ont, jusqu'à présent, gouverné le monde¹⁹¹⁴ », écrit-il en marge de la *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique* de Pecqueur. Mais si une faible minorité a pu, « pendant tous les temps », usurper « une injuste puissance au préjudice de la majorité », c'est parce qu'ont été méconnus les véritables principes de la morale¹⁹¹⁵. Outre

1907 BMG, X. 117, t. 2, p. 314-315.

1908 P.-J. PROUDHON, *De la Justice*, 1858, IV, p. 487, cité par A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme*, op. cit., p. 46. Il reconnaît toutefois « une *présomption* de justice en faveur des décisions de la majorité » (*ibid.*, p. 46).

1909 J.-J. ROUSSEAU, « Des suffrages », *Du contrat social*, op. cit., p. 261-263.

1910 BMG, X. 117, t. 2, p. 314-315.

1911 *Ibid.*, p. 314-315.

1912 *JGLJ*, t. 1, p. 408.

1913 BMG, X. 117, t. 2, p. 315.

1914 BMG, E. 26985, p. 449.

1915 *JGLJ*, t. 1, p. 259.

l'argument de la force, c'est donc également la morale hédoniste, appliquée à l'échelle sociale, qui vient appuyer l'importance donnée à la majorité.

Mais alors que vaut la reformulation de la maxime de Bentham ? En effet, Rey n'entend pas que la société se limite à assurer le bonheur du plus grand nombre. Elle doit assurer le bonheur de *tous* ses membres. Or, comme le note Guizot ayant toujours la Révolution en tête, et à la suite de tant d'autres, lorsqu'« un peuple s'est compté par tête, et a proclamé la toute-puissance du nombre, il a fondé la tyrannie¹⁹¹⁶ ». Le pouvoir de la majorité est-il absolu ? Une majorité peut-elle légitimement opprimer une minorité ? C'est en abordant le propos de Benjamin Constant sur les limites de la souveraineté que Rey envisage ces questions.

C/ LE DOMAINE DE LA SOUVERAINETÉ : UNE ÉNIÈME DISCUSSION AUTOUR DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Pour les hommes du premier XIX^e siècle qui entreprennent de penser les questions politiques, le spectre de Rousseau n'est jamais bien loin. Comme nous avons pu le constater, le *Contrat social* fait véritablement figure de repoussoir. Parmi ceux qui se sont employés à dénoncer les erreurs et les dangers de la théorie politique du Genevois, Benjamin Constant se présente comme le parangon de la critique libérale. Il est en effet bien connu pour avoir proposé une lecture de Rousseau qui en fait un précurseur de la Terreur révolutionnaire¹⁹¹⁷. Et s'il fait profession d'adhérer au principe de la souveraineté populaire, il s'attache surtout à en tempérer la portée en lui substituant la notion d'« autorité sociale »¹⁹¹⁸. Lorsque Rey s'intéresse aux limites de la souveraineté nationale, c'est donc avec ce chantre du libéralisme qu'il choisit de dialoguer, à partir de leurs lectures respectives du *Contrat social* de Rousseau. La confrontation du libéralisme de Benjamin Constant et de la pensée de Joseph Rey permettra de faire sentir que le « libéralisme » de Rey n'est pas le libéralisme bourgeois des Modernes¹⁹¹⁹.

On retrouve des développements quasiment identiques dans les *Préliminaires*, les *Leçons* et

1916 F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 201-202.

1917 E. PAULET-GRANDGUILLOT, *Libéralisme et démocratie*, *op. cit.*, p. 51.

1918 B. CONSTANT, « Principes de politique », *op. cit.*, p. 7-17 ; E. PAULET-GRANDGUILLOT, *Libéralisme et démocratie*, *op. cit.*, p. 359 ; S. GOYARD-FABRE, « L'idée de souveraineté du peuple et le "libéralisme pur" de Benjamin Constant », *Revue de métaphysique et de morale*, t. 81, n° 3, 1976, p. 289-327.

1919 Pour reprendre la distinction constantienne entre « liberté des Anciens » et « liberté des Modernes ».

le *Traité des principes généraux du droit*, ouvrages dans lesquels Rey se propose d'examiner « la doctrine de Rousseau sur les conséquences de la *souveraineté nationale*¹⁹²⁰ ». Le juriste soulève ainsi la question des « *limites des droits* de la société envers telle ou telle partie de ses membres », afin de savoir « s'il n'est point des cas où *toutes* les lois d'un État doivent perdre leur empire à l'égard d'un ou de plusieurs individus »¹⁹²¹. Voici comment il résume la doctrine rousseauiste :

« [Rousseau] a prétendu que chaque citoyen, en entrant en communauté, lui faisait l'aliénation *totale* de sa personne avec tous ses droits, d'où il résulterait déjà que la société aurait un droit absolu de disposer de chacun de ses membres sans aucune réserve, sans aucune considération même de justice ou d'injustice. Et d'ailleurs, dans le chapitre DU SOUVERAIN, il explique plus formellement cette pensée lorsqu'il dit que "la puissance souveraine *n'a nul besoin de garant envers les sujets*", et lorsqu'il ajoute que "le souverain par cela seul qu'il est, *est toujours ce qu'il doit être*".

Ces derniers mots renferment surtout une idée d'infailibilité absolue de la puissance souveraine ; en sorte qu'on devrait toujours regarder ses actes comme essentiellement justes, ou plutôt comme étant au-dessus de toute considération de justice ou d'injustice.¹⁹²² »

Nous avons déjà vu combien Rey s'oppose à l'idée d'une quelconque aliénation des droits liée à un prétendu passage à l'état social¹⁹²³. Ici, il annonce alors qu'il va adopter une position médiane entre Rousseau et Constant. Si le premier confère un empire trop excessif aux actes du souverain, le second serait tombé dans l'« extrême contraire¹⁹²⁴ ».

Avant d'aborder la pensée de Joseph Rey, il convient toutefois de résumer celle du publiciste libéral, car notre auteur s'en écarte considérablement. Le juriste affirme commenter les propos tenus par Constant aux pages 178 et suivantes du premier volume de son *Cours de politique constitutionnelle*¹⁹²⁵. Pourtant, il ne traite nullement du problème que Constant soulève à cet endroit.

Dans les passages qui précèdent la page 178, l'écrivain commence par s'opposer à l'absolutisme de la souveraineté populaire, cherchant à limiter le pouvoir social pour préserver une sphère d'indépendance individuelle. S'il admet que la souveraineté réside dans le corps des citoyens, il refuse de lui accorder un pouvoir sans borne. À partir de la page 178, il explique ce refus par le fait que le pouvoir des citoyens est toujours délégué en pratique. Aussi, d'après Constant, les attributs valeureux que Rousseau confère au souverain disparaissent dès lors que les gouvernants se distinguent des gouvernés : « en se donnant à tous, il n'est pas vrai qu'on ne se donne à personne ; on se donne au contraire à ceux qui agissent au nom de tous [...] il n'est pas

1920 *Préliminaires*, p. 64 ; *JGLJ*, t. 1, p. 407 ; *TPGD*, p. 342. Dans son *Traité*, il aborde le sujet sous l'angle de l'abrogation de la loi (voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, II).

1921 *TPGD*, p. 342.

1922 *Préliminaires*, p. 63-64 ; *JGLJ*, t. 1, 407-408 ; *TPGD*, p. 342.

1923 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, B, 2.

1924 *Préliminaires*, p. 64 ; *JGLJ*, t. 1, p. 408 ; *TPGD*, p. 343.

1925 Il ne précise pas l'édition, mais il ne peut s'agir que de celle de 1818, puisque REY évoque la question pour la première fois dans ses *Préliminaires* parus en 1819.

vrai que nul n'ait intérêt de rendre la condition onéreuse aux autres, puisqu'il existe des associés qui sont hors de la condition commune¹⁹²⁶ ». Et c'est bien parce que le système de la représentation rompt la nécessaire égalité entre les citoyens que Rousseau s'en méfiait comme de la peste¹⁹²⁷. Acquis à l'idée qu'une démocratie directe est impossible, Constant s'inquiète donc de l'instrumentalisation de la souveraineté ou volonté générale par ses représentants. Cet aspect pourtant fort intéressant de la critique constantienne n'est toutefois jamais évoqué par Joseph Rey qui partage cependant la conviction que l'exercice du pouvoir doit être délégué¹⁹²⁸. Il passe ainsi à côté d'un aspect essentiel du propos de Constant, à savoir l'idée que le régime représentatif rompt le rapport d'égalité entre les gouvernants et les gouvernés. Peut-être que Rey ne mesure pas l'écart qui sépare nécessairement le peuple de ses représentants¹⁹²⁹. Mais une autre lecture consisterait plutôt à reconnaître que Rey ne s'intéresse pas vraiment au propos de Constant. En effet, il semble surtout préoccupé par le désir d'adapter la pensée de Rousseau au régime représentatif. Or, pour ce faire, des précautions sont requises. Les Jacobins ayant déjà tenté de transposer les principes de Rousseau dans le cadre du gouvernement représentatif¹⁹³⁰, Joseph Rey doit désormais redoubler de soin pour ne pas être taxé de vouloir reproduire les excès de la Terreur.

Voyons maintenant ce qui intéresse Joseph Rey dans le discours de Constant. Il n'y a en

1926 B. CONSTANT, *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la Constitution actuelle de la France, formant une espèce de Cours de politique constitutionnelle*, t. 1, Paris, Plancher, 1818, p. 181. Ayant déjà abrégé le titre de l'édition de cet ouvrage de 1861 en *Cours de politique constitutionnelle*, nous abrégerons cette édition en *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*. LABOULAYE pose un constat similaire (J. BROCH, « Un publiciste libéral contempteur de Rousseau : Édouard Laboulaye (1811-1883) », *op. cit.*, p. 322).

1927 Voir les développements de J. BOUDON sur ce point (*Les Jacobins, op. cit.*, p. 217-218).

1928 Ceci peut en partie s'expliquer par leur différence d'appréciation de la Révolution française et de la Convention nationale en particulier. En effet, alors que cette dernière période attire les foudres de CONSTANT, REY n'est pas loin de justifier la Terreur de 1793. Loin d'y voir l'accaparement de la souveraineté populaire par une minorité factieuse, le juriste considère au contraire que la Terreur n'est que la conséquence des excès contre-révolutionnaires. Certes, rien ne légitime la violence exercée contre les innocents, mais « [é]tait-il possible, en des conjonctures aussi terribles, de ne jamais s'écarter d'une froide sagesse dans les moyens de défense, de ne faire aucune méprise fatale, de toujours frapper juste et sans exagération ? » En bref, là où CONSTANT fait de 1793 l'illustration de l'usurpation de la souveraineté du peuple et en conclut au danger de toute souveraineté illimitée, REY n'y voit au contraire qu'un ensemble de « mesures de salut public » (*Ma biographie morale et politique*, p. 89-90).

1929 Nous évoquons bien l'écart qui les sépare *nécessairement*. REY n'est pas dupe de la fausse représentation issue d'un suffrage censitaire extrêmement rigoureux, mais lorsqu'il se limite à proposer sa théorie du droit, il parle comme s'il était possible qu'un corps de législateurs représente fidèlement la nation. Didier MINEUR affirme pourtant à juste titre que cet « écart n'est pas un dysfonctionnement », mais est au contraire « structurel, constitutif de la relation de représentation » (« L'écart constitutif de la relation de représentation », *L'entre-deux électoral, op. cit.*, p. 16).

1930 Voir à ce sujet l'ouvrage de J. BOUDON, *Les Jacobins, op. cit.*

réalité qu'une seule phrase des *Principes* qui fait vraiment l'objet d'un commentaire direct du juriste : « La volonté de tout un peuple ne peut rendre juste ce qui est injuste¹⁹³¹ ». Rey affirme ici que son interlocuteur a parfaitement raison. Nous verrons toutefois que seule la volonté du peuple peut permettre de déterminer le juste politique. Rey ajoute encore que « la majorité, ou même l'universalité d'une nation, moins un individu, n'a pas le droit d'opprimer cet individu, qu'elle ne peut le condamner sans l'entendre, ni porter atteinte à sa liberté de penser¹⁹³² ».

À vrai dire, Rousseau lui-même n'a jamais entendu justifier l'oppression d'une minorité. Bien que, sous sa plume, la souveraineté semble illimitée, la volonté générale et les qualités attendues de la loi sont pensées afin de faire obstacle à ce qu'une majorité opprime une minorité¹⁹³³. Dans son *Discours sur l'économie politique*, il affirme d'ailleurs qu'il est inenvisageable « que la volonté générale consente qu'un membre de l'état, quel qu'il soit, en blesse ou en détruise un autre¹⁹³⁴ ». Il n'y a pas de maxime plus fausse, plus dangereuse ni plus tyrannique que celle d'après laquelle il serait « permis de sacrifier un innocent au salut de la multitude¹⁹³⁵ ». Le simple fait de priver à tort un individu de sa liberté, de lui faire perdre un procès de façon injuste, ajoute Rousseau, revient à violer « les conventions fondamentales », à dissoudre le contrat social et donc à rendre illégitime tout acte pris en violation du contrat¹⁹³⁶. Julien Boudon signale en effet que « Rousseau redoutait par-dessus tout [...] que la loi devienne instrument d'oppression d'une majorité sur une minorité. À l'instant même, la loi n'est plus un acte partant de la généralité et portant sur la généralité, mais le moyen pour un parti d'écraser un autre parti¹⁹³⁷ ».

Mais sous la Révolution, en distinguant les lois et les décrets législatifs dans la Constitution de l'an I, les Jacobins ont permis au pouvoir législatif d'intervenir par décrets sur des questions particulières¹⁹³⁸. Aussi, les craintes d'instrumentalisation de la souveraineté nationale et de la volonté générale qui sont celles de Constant paraissent bien légitimes. Qui plus est, puisque Rey ne reprend pas la métaphysique rousseauiste de la volonté générale, identifiant celle-ci à la volonté de la majorité, il doit mettre d'autant plus de soin à se défendre contre les

1931 B. CONSTANT, *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, t. 1, *op. cit.*, p. 188.

1932 *Préliminaires*, p. 65 ; JGLJ, t. 1, p. 408 ; TPGD, p. 343.

1933 « Rousseau rappelle que la loi a toujours une portée générale et anonyme, qu'elle ne peut jamais porter sur un homme ou un fait à moins de perdre son caractère de rectitude » (J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 148). Voir également G. BACOT, « Jean-Jacques Rousseau, entre démocratie absolue et démocratie totalitaire », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 76, n°3, 1998, p. 409-428 ; Michael BLOCH, « Droit et résistance dans la pensée politique de Rousseau », in A. DUFOUR, V. MONNIER et F. QUASTANA (éd.), *Rousseau, le droit et l'histoire des institutions*, *op. cit.*, p. 57-79.

1934 J.-J. ROUSSEAU, « Discours sur l'économie politique », *op. cit.*, p. 351.

1935 *Ibid.*, p. 351.

1936 *Ibid.*, p. 351.

1937 J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 148-149.

1938 *Ibid.*, p. 148-149.

critiques qui pourraient lui être faites. En se déclarant d'accord avec Constant sur l'incapacité de la volonté populaire à *rendre juste ce qui est injuste*, Rey cherche donc à rassurer ceux qui partagent les préventions de Constant. On pourrait alors s'attendre à ce qu'il en conclut que la souveraineté est limitée et qu'il est des domaines qui sont exclus de son champ de compétence. Ce n'est pas tout à fait le cas. Une fois cette précaution prise, le juriste répond en effet par une défense du pouvoir de la majorité, en se désintéressant du problème soulevé par Constant. Ce dernier admet que la loi doit exprimer la volonté générale, qui est celle de la majorité, mais il entend néanmoins préserver la minorité en reconnaissant un ensemble de droits individuels exclus du domaine de la souveraineté. Pour notre auteur, déterminer cette part de droits individuels relève en revanche de l'impossible si l'on ne s'en remet au jugement de la majorité et il est donc vain de chercher une règle plus sûre que celle de la majorité. Il aborde ainsi la pensée de Constant sur le terrain du rapport entre libéralisme et démocratie.

Joseph Rey affirme ainsi que les décisions rendues par la majorité présentent « le plus haut degré de présomption » de justice¹⁹³⁹. Dans son *Traité*, il précise toutefois que pour présenter le plus haut degré de « présomption » de conformité à « l'intérêt général, ou au moins à celui du plus grand nombre », ces décisions doivent être rendues à l'issue d'« une discussion *suffisante* soutenue *avec une entière liberté* »¹⁹⁴⁰. Cet ajout est important et l'auteur le signale d'ailleurs de façon très matérielle par le recours à l'italique. L'enjeu est ici encore relatif à la réception de Rousseau sous la Restauration. Il s'agit toujours s'en démarquer afin d'éviter des critiques telles que celles formulées par Charles Comte. Ce dernier insiste en effet sur les dangers qui peuvent résulter de certains morceaux du *Contrat social*, et notamment le risque de manipulation de l'opinion par un ambitieux qui se dirait « l'organe de la volonté générale¹⁹⁴¹ ». Cela ne peut manquer de faire écho aux pratiques plébiscitaires de Bonaparte, auxquelles Comte songe sans doute lorsqu'il développe cette critique de Rousseau. Dans son *Contrat social*, le philosophe suggère effectivement que le législateur peut tromper le peuple pour lui faire accepter ses lois. Il écrit que « le Législateur ne pouvant employer ni la force ni le raisonnement, c'est une nécessité qu'il recoure à une autorité d'un autre ordre, qui puisse entraîner sans violence et persuader sans convaincre », par exemple en invoquant « l'intervention du ciel »¹⁹⁴². La critique de ce passage avait déjà été formulée sous la Révolution par des Jacobins tels que Saint-Just ou Robespierre, qui s'écartaient ainsi de Rousseau pour dénoncer « les artifices religieux du grand législateur¹⁹⁴³ ». À son tour, Rey s'en démarque pour insister sur le respect des conditions propres à assurer un

1939 *Préliminaires*, p. 65 ; JGLJ, t. 1, p. 408.

1940 *TPGD*, p. 343.

1941 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 210.

1942 J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, *op. cit.*, p. 205.

1943 J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 126.

suffrage libre et éclairé des citoyens dans le choix de leurs représentants, et de ces derniers dans l'adoption des lois. Ces précautions apparaissent nécessaires car Rey ne saurait admettre une représentation idéaliste de la volonté. Pour Rousseau au contraire, « la discussion publique est la première étape de la corruption civile¹⁹⁴⁴ », comme le note Julien Boudon. Le Genevois avance même que la nation assemblée peut parfois adopter des décisions qui s'écartent de la volonté générale¹⁹⁴⁵. Mais c'est parce qu'il adhère à une conception métaphysique de celle-ci, ce à quoi Joseph Rey ne peut se résoudre. Forcé d'accepter l'impossibilité de l'unanimité et la nécessité de s'en remettre à la décision de la majorité, il cherche donc à s'assurer que celle-ci ne soit pas biaisée par d'habiles manœuvres.

Ces précautions assurées, Rey peut alors rejoindre Rousseau. Bien que le juriste répète que la décision de la majorité ne saurait par elle-même rendre un acte juste, il ajoute qu'une telle décision revêt au moins « le plus haut degré de probabilité » de justice « qu'on puisse se procurer dans l'état social »¹⁹⁴⁶. L'erreur de Constant consiste donc à croire possible de déterminer avec plus de certitude encore ce qui est juste et ce qui est injuste. Or, « pour juger souverainement si la décision de la majorité est juste ou injuste, il faudrait pouvoir établir un tribunal quelconque dont les jugemens eussent *une plus grande certitude* que ceux de la majorité¹⁹⁴⁷ ». Voilà qui relève de l'in vraisemblable aux yeux de Joseph Rey. Dans le cadre des institutions publiques, il ne peut proposer mieux que d'établir une sorte de contrôle de constitutionnalité périodique réalisé par un organe électif, dans la lignée de proposition sieyèsienne du jury constitutionnaire. La présomption de justice attachée à la volonté de la majorité semble donc irréfragable. Le juriste s'oppose ainsi à Constant sur un point essentiel. Constant cherche à limiter la souveraineté en excluant de son domaine de compétence ce qu'il considère être des droits individuels. Or, la réponse de Rey suggère qu'il est impossible de déterminer ce qui participe à cette sphère d'indépendance privée sans s'en remettre au choix de la majorité. Il signale donc que le juste et l'injuste ne peuvent, pour les hommes, que résulter d'une décision, d'une convention. Cela ne contredit pas l'assertion selon laquelle ces deux notions découlent du respect des lois constitutives des sociétés. À la suite de Tracy, Rey considère en effet que le juste et l'injuste existent indépendamment des lois ou des conventions. Seulement, on ne saurait s'en rapporter à autre chose que ce que les hommes considèrent comme tel, puisqu'il n'existe aucune instance

1944 *Ibid.*, p. 134.

1945 ROUSSEAU explique qu'il faut suivre la loi, et à défaut de loi, la volonté générale. Puis il écrit : « Comment me dira-t-on, connoître la volonté générale dans les cas où elle ne s'est pas expliquée ? Faudra-t-il assembler toute la nation à chaque événement imprévu ? Il faudra d'autant moins l'assembler, qu'il n'est pas sûr que sa décision fût l'expression de la volonté générale » (*Considérations sur le gouvernement de Pologne, op. cit.*, p. 214).

1946 *Preliminaires*, p. 65.

1947 *Ibid.* ; JGLJ, t. 1, p. 408 ; TPGD, p. 343.

métaphysique à laquelle s'en remettre¹⁹⁴⁸. De plus, la philosophie du juriste exclut toute référence à une indépendance primitive des associés. Rey est en effet loin de penser dans les mêmes termes que Constant. Pour ce dernier, il y a une « inadéquation entre la liberté individuelle et la souveraineté collective¹⁹⁴⁹ », alors que notre auteur considère au contraire qu'il n'existe pas de liberté antérieure à la société. Aussi, la souveraineté nationale, s'exprimant par la loi expression de la volonté générale, loin de s'opposer à la liberté, en est le plus sûr garant.

Arrivé à ce stade, il faudrait donc conclure que la souveraineté nationale, pour notre auteur, n'est pas limitée. Pourtant, Rey n'en a pas fini avec cette question. S'il n'y a pas à protéger une liberté-indépendance, pensée comme un droit naturel antérieur à l'état social, il y a cependant, dans la théorie reyienne, un quasi-contrat social qui conditionne théoriquement les obligations sociales et la souveraineté elle-même. Il va alors reprocher à Constant de n'avoir pas posé une distinction nécessaire entre deux hypothèses : « celle de la continuation du pacte social » et « celle d'une rupture du pacte, qui serait devenue nécessaire par la violation de ses conditions fondamentales de la part du plus grand nombre des associés envers le petit nombre »¹⁹⁵⁰. En écrivant ceci, Joseph Rey rappelle qu'il n'existe de véritable association, et donc de souveraineté nationale et de volonté générale, que lorsque le quasi-contrat est respecté. Celui-ci est la condition de celles-là. Quelques phrases plus loin, il rappelle encore qu'il y a « rupture du contrat social à l'égard de toute individu dont on violerait les droits fondamentaux¹⁹⁵¹ ». L'expression de droits fondamentaux n'est pas vraiment explicitée par Rey, mais il précise que cela vaut principalement lorsque l'existence de l'individu est en jeu, et, dans une moindre mesure, dans les cas d'oppression. C'est ici adopter la position de Hobbes sur le droit de conservation¹⁹⁵² pour pallier les risques de la position de Rousseau sur l'empire de la souveraineté. En réalité, Rey se rapproche aussi de Rousseau, bien qu'il parle de « droits fondamentaux ». En effet, le besoin de se conserver étant l'une des causes du quasi-contrat social, si la survie de l'individu n'est pas assurée, le pacte est nul et toute souveraineté disparaît à l'égard de celui qui est lésé. Il y a rupture du pacte si cette finalité n'est pas remplie. Le quasi-contrat est nul si la cause vient à manquer¹⁹⁵³. Le respect de cette fin constitue donc moins une limite de la souveraineté, que sa condition même. Or, pour Rousseau également, le respect du contrat social est la condition d'existence de

1948 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, I.

1949 E. PAULET-GRANDGUILLOT, *Libéralisme et démocratie, op. cit.*, p. 19.

1950 *Préliminaires*, p. 66 ; *JGLJ*, t. 1, p. 409 ; *TPGD*, p. 344.

1951 *TPGD*, p. 345.

1952 HOBBS affirme que « personne [...], lors de l'institution de la puissance souveraine, ne peut être censé renoncer au droit de préserver son propre corps, pour la sécurité duquel la souveraineté est ordonnée » (*Léviathan*, *op. cit.*, p. 440).

1953 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, II, A, 3.

la société et donc de la souveraineté nationale. Comme le fait remarquer Julien Boudon, pour le philosophe de Genève, s'il devient nécessaire de résister à l'oppression, c'est que le pacte social est rompu. Dès lors, les hommes retournent à l'état de nature, ce qui, pour Rousseau, « correspond au règne de la force, de sorte que l'on ne peut concevoir un droit naturel à sauvegarder sa propre existence lorsqu'elle est mise en danger¹⁹⁵⁴ ». Certes, Rousseau ne parle pas en termes de droits, qui plus est, il admet que le souverain dispose d'un droit de vie et de mort sur ses sujets. Mais si Rey ne s'entend pas avec lui sur ce point, ses développements le conduisent également à reconnaître que la souveraineté ne connaît d'autres limites que celles qui résultent du quasi-contrat social.

Il adopte ainsi une position médiane entre Rousseau et Constant, quoique se tenant plus proche du premier que du second. En effet, le juriste reconnaît finalement que la société ne peut avoir une emprise absolue sur ses membres, ce qui est bien le sens que Constant veut donner à la limitation de la souveraineté. Cependant, il le fait en des termes différents qui mobilisent la logique quasi-contractualiste. De plus, à la différence de Constant, il ne s'agit pas seulement de limiter l'emprise du pouvoir sur les individus. D'une part, Rey ne pose pas les droits individuels comme des limites à la souveraineté collective. Dans la théorie reyienne seul le droit d'assurer son existence peut être considéré comme un droit subjectif absolu¹⁹⁵⁵. Ce n'est donc pas une hypothétique liberté-indépendance que Rey cherche à sauvegarder, quoiqu'il admette la résistance contre l'oppression, mais le droit fondamental qu'a chaque individu d'assurer par lui-même ou d'obtenir la satisfaction de ses besoins essentiels. C'est pourquoi, d'autre part, le pouvoir social ne doit pas seulement s'abstenir, mais également assurer une mission d'assistance en faveur des êtres les plus faibles. Le quasi-contrat social implique en effet l'engagement de se respecter, de ne pas se nuire – ce qui va dans le sens de Constant –, mais aussi celui de s'entraider. Celui qui vient à manquer du nécessaire est exclu du pacte, *mis hors la société*, d'après les mots du juriste – c'est-à-dire qu'il n'est plus soumis aux obligations sociales. Cela permet ainsi de comprendre qu'il ne s'agit pas exactement, ou pas seulement, d'une limitation de la souveraineté dans la conception reyienne. Son propos ne tend pas uniquement à affirmer que le souverain doit limiter son domaine d'action, mais également à rappeler le devoir d'assurer l'existence de chacun de ses membres comme le veut le quasi-contrat social. Par ailleurs, Rey adopte un discours qui suggère qu'en cas d'insurrection, la souveraineté aurait plutôt disparue à l'égard du ou des individus exclus de l'association. C'est pourquoi il sépare l'hypothèse où existe la souveraineté nationale, de celle où elle n'existe plus. Et Rey de préciser que l'insurrection vise essentiellement à reformer

1954 J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 170-171.

1955 Et encore, REY considère que ce droit lui-même découle des lois et des principes de la société (voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II, B).

une nouvelle association. Aussi faut-il anticiper quelque peu sur la suite de ce travail¹⁹⁵⁶ en ajoutant qu'il entend faire terminer les insurrections en obligeant chacun des citoyens à prendre parti en faveur ou contre le mouvement. Ceci permet alors de recueillir les voix de l'universalité des membres de l'association, pour reformer une véritable société politique conforme à la volonté générale, c'est-à-dire à celle de la majorité. Par conséquent, on voit que si, sur le plan théorique, la majorité n'est pas en droit d'opprimer un individu, en pratique, elle aura toujours le dernier mot et aucune théorie juridique ou politique ne saurait y faire obstacle.

1956 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, II, C, 1.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Joseph Rey complète son anthropologie sensationniste par une conception sociale de la nature humaine. En présentant l'individu comme nécessairement pris dans le jeu des relations sociales, il propose de dépasser le système individualiste qu'il juge pervers, sans pour autant s'empêcher de reprendre les apports principaux des théories du contrat social. Si la rhétorique contractualiste n'est plus dans l'air du temps, nous avons pu constater que l'idée d'une indépendance première de l'individu demeure néanmoins présente sous la plume d'un certain nombre de juristes. C'est sur la base de cet individu absolu et de sa liberté qu'ils vont alors penser le droit, là où Rey développe une théorie juridique fortement marquée par la prise en compte des interactions sociales. Aussi lui importe-t-il de faire sentir combien le bonheur individuel est dépendant du bonheur de l'ensemble de la société et de l'harmonie sociale. Et c'est parce qu'il reconnaît l'interdépendance des individus qu'il peut aboutir à faire de l'égalité et de la justice sociale les fins principales de la société, sans contredire pour autant les principes de sa philosophie morale. Il faut d'ailleurs remarquer que la négation du libre-arbitre, tout comme le refus de faire primer l'esprit sur le corps, lui permettent de concevoir l'égalité réelle, là où les éclectiques s'en tiennent à une sorte d'égalité spirituelle, encore amendée par l'exaltation du mérite personnel.

Toutefois, lorsqu'on en arrive à la question de l'exercice de la souveraineté, autrement dit de l'exercice des droits politiques, Rey admet avec ses adversaires philosophiques la possibilité de poser des restrictions. Pour un Foucart par exemple, dès lors que l'on délaisse le suffrage universel, même par l'exclusion d'un seul individu, « on abandonne le principe de la *souveraineté de tous* », pour lui substituer la « *souveraineté de l'intelligence* »¹⁹⁵⁷. Certes un peu plus ouvert à la participation politique des masses que la plupart de ses contemporains, Joseph Rey n'adhère toutefois pas franchement aux principes démocratiques. Mais, contrairement à ce que pense Foucart, il y a un bien une différence entre le fait de proclamer la souveraineté de l'intelligence ou de la raison, et celle de la nation. En posant la souveraineté nationale comme principe, Rey adopte une logique qui se distingue sensiblement de celle des éclectiques et des doctrinaires. Là où ces derniers postulent que les droits politiques n'appartiennent pas à tous, Rey part du principe inverse. Dès lors, les restrictions à l'exercice de ces droits n'apparaissent plus que comme des exceptions. Et celles-ci devraient, dans une large mesure, être amenées à disparaître grâce à l'égalisation des conditions et des lumières. Qui plus est, nous avons pu reconnaître que

1957 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 14.

ces exceptions sont largement dictées par la crainte que quelques hommes habiles ne profitent de l'élargissement du droit de suffrage pour imposer leurs vues. La logique est donc renversée par rapport à celle des éclectiques et des doctrinaires. En refusant d'inscrire la souveraineté dans la collectivité des individus, ces derniers peuvent concevoir les droits politiques tels que le droit de suffrage comme une simple fonction, et non comme un véritable droit. Cette opinion est très largement répandue dans la France du premier XIX^e siècle, de la droite à la gauche de l'échiquier politique¹⁹⁵⁸. Bien qu'en pratique, Rey aboutisse à une idée du droit de suffrage proche de l'électorat-fonction, le principe demeure celui de l'électorat-droit.

1958 Il en va ainsi de Saint-Simon qui refuse d'« accorder à tout citoyen [...] le droit de s'occuper des affaires publiques » (cité dans M. David, *La souveraineté du peuple*, op. cit., p. 200).

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

À l'issue de ces développements, Rey apparaît comme une sorte de Rousseau matérialiste du XIX^e siècle, qui adapte la doctrine du *Contrat social* à sa propre philosophie, tout en cherchant à la rendre compatible avec la nouvelle configuration politique. Certes, le schème quasi-contractualiste le conduit à s'écarter d'un matérialisme rigoureux, car il substitue un récit juridique à l'histoire réelle des sociétés. Mais nous avons pu nous convaincre que le quasi-contrat n'est qu'un outil juridique qui se présente à Rey pour proposer une réorganisation de la société. Il s'agit de dépasser le fait pour rentrer dans le domaine du droit, qui n'est jamais observation mais toujours prescription. De plus, parce qu'il ne peut reprendre les conceptions idéalistes de Rousseau concernant la volonté générale, son matérialisme philosophique le rattrape malgré tout. Cette première partie a ainsi permis d'établir des liens assez puissants entre la philosophie matérialiste et ses idéaux politiques démocratiques et égalitaires.

Ses contemporains sont d'ailleurs nombreux à considérer qu'il existe un lien direct entre les options philosophiques et les opinions politiques, à l'instar de Guizot qui affirme par exemple que le matérialisme et le communisme sont interdépendants¹⁹⁵⁹. Il serait pourtant hâtif de conclure à une relation de cause à effet entre le matérialisme et un positionnement politique démocratique et égalitaire. Il faut d'abord remarquer que le matérialisme n'est pas seulement rattaché à la démocratie et au communisme, mais également au despotisme¹⁹⁶⁰. Par ailleurs, ceux qui proposent ces filiations semblent poursuivre des objectifs qui tiennent moins à l'analyse philosophique qu'à la volonté de créer des récits destinés à jeter le discrédit sur leurs adversaires. La démarche consiste en effet à dénoncer le matérialisme comme une philosophie indigne de la nature humaine puis à rattacher les options politiques contre lesquelles il s'agit de lutter à ce courant philosophique. D'ailleurs, Rousseau dérange à ce titre. Puisqu'il n'est pas matérialiste, ceux qui entendent rejeter son héritage politique doivent montrer qu'il a été « inconséquent » avec ses principes philosophiques en proclamant la souveraineté populaire¹⁹⁶¹. C'est toujours le matérialisme qui est visé, qu'il s'agisse d'en faire la cause du despotisme, du communisme ou de la démocratie. Foucart affirme ainsi que la souveraineté du peuple implique le suffrage universel, c'est-à-dire une forme de matérialisme puisque cela revient à faire primer l'esprit sur la matière¹⁹⁶². Nous avons vu que Bonald partage également ces idées¹⁹⁶³. Plus tard, en étudiant les

1959 F. GUIZOT, *Méditations sur la religion chrétienne*, *op. cit.*, p. xxx.

1960 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, III, A et conclusion du même chapitre.

1961 C. GUYHO, « De la souveraineté », *art. cit.*, p. 95.

1962 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 13-14.

1963 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, II, A, 1. α.

partis politiques qui s'opposent suite à la Révolution de 1848, Emile Saisset rattachera encore le « parti démocratique », identifié aux socialismes, à la « philosophie sensualiste, qui a adopté les traits nouveaux du positivisme »¹⁹⁶⁴. La démocratie apparaît d'ailleurs, sous la plume de certains auteurs, comme une autre forme de despotisme. C'est le despotisme de la majorité, la force du nombre¹⁹⁶⁵ qui conduit, comme dans la doctrine de Rousseau, à « immoler [la personnalité humaine] à la puissance sans bornes (*sic*) de la volonté générale¹⁹⁶⁶ ».

Dans leurs fondements philosophiques comme dans leurs conséquences (réelles ou supposées), les doctrines politiques héritières de Rousseau et de la Révolution française doivent donc être combattues. Derrière ces dénonciations, c'est bien la question de l'héritage révolutionnaire qui est en jeu, qu'il s'agisse de le rejeter entièrement pour les courants les plus à droite ou de n'en maintenir que les acquis en termes de liberté individuelle pour les libéraux tels que Benjamin Constant ou les éclectiques. S'inscrire dans un cet héritage n'était donc pas la meilleure manière de se faire entendre. Rey tente pourtant d'adapter son propos à la nouvelle configuration post-révolutionnaire. Lorsqu'il puise chez Rousseau, il fait son possible pour ménager ses lecteurs, en refusant à la fois l'état de nature et ses présupposés anthropologiques et les conséquences les plus extrêmes que l'on peut tirer de sa théorie politique. Il actualise ainsi le *Contrat social* pour tenter de le rendre compatible avec sa philosophie, mais aussi et surtout pour l'adapter à la seule forme politique envisageable dans ce premier XIX^e siècle : le régime représentatif. Cela ne semble pourtant pas avoir suffi à rendre son propos audible.

La question est alors de savoir dans quelle mesure les discours qui lient matérialisme et despotisme ou démocratie instrumentalisent la philosophie pour jeter l'opprobre sur certaines doctrines politiques. Nous ne saurions accrédi-ter la thèse du despotisme comme conséquence du sensationnisme. Notre étude nous conduit en revanche à apercevoir des liens entre le matérialisme et l'affirmation d'une proposition démocratique et égalitaire. Un certain radicalisme politique semble effectivement découler du refus de toute métaphysique et de toute transcendance. C'est d'abord le cas lorsqu'il s'agit d'appréhender le principe d'égalité. Dans une perspective matérialiste, on ne saurait en effet s'en tenir à une pure et simple égalité spirituelle.

1964 Émile SAISSET, « Les écoles philosophiques en France depuis la révolution de Février », *Revue des deux mondes*, 1850, cité par T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, op. cit., p. 319.

1965 « Les conséquences de ce principe [de la souveraineté du peuple] sont le despotisme du nombre, la domination des infériorités sur les supériorités » (F. GUIZOT, *Journal des cours publics. Faculté des lettres. Cours de M. Guizot*, Paris, Au bureau du journal, 1820-1821, p. 94). De même, après avoir expliqué que le « sensualisme » conduit directement à la doctrine politique de HOBbes, c'est-à-dire au « despotisme », les auteurs de *L'Encyclopédie des gens du monde* affirment que ceux « qui ont reculé devant le despotisme d'un seul, ont admis par compensation le despotisme de la majorité », c'est-à-dire « la souveraineté nationale » (*Encyclopédie des gens du monde, répertoire universel des sciences, des lettres et des arts*, t. 21, Paris, Treuttel et Würtz, 1844, p. 224).

1966 C. GUYHO, « De la souveraineté », art. cit., p. 95 et 97. « [S]i la souveraineté du peuple a pour conséquence immédiate l'anarchie, elle a pour remède extrême et inévitable le despotisme » (*ibid.*, p. 97).

Cela implique au contraire une égalité réelle. De même, lorsqu'il est ensuite question de choix politiques, l'impossibilité de se référer à des concepts métaphysiques détermine le positionnement démocratique de Joseph Rey – qu'il s'agisse de se conformer aux décisions explicitement formulées par la majorité ou, *a minima*, d'adopter des décisions qui satisfassent la majorité (définition moderne de la démocratie). En effet, il ne peut pas chercher de principe qui serait transcendant et logerait dans le ciel des idées comme le font les éclectiques avec la raison souveraine. Par ailleurs, même si l'avis majoritaire n'est pas « l'expression de la vérité¹⁹⁶⁷ », il existe en matière politique de bonnes raisons de s'y plier. D'une part parce qu'un pouvoir en contradiction avec la majorité serait un pouvoir précaire. D'autre part parce que refuser la volonté de la majorité revient nécessairement à faire primer celle d'une minorité. Or, pour obtenir la plus grande somme possible de bonheur, il convient de respecter la volonté du plus grand nombre¹⁹⁶⁸. Tout concourt donc pour reconnaître que seul un pouvoir basé sur la souveraineté de la nation et s'exprimant par la voix de la majorité peut être pérenne. C'est la seule conclusion rigoureuse que peut tirer Joseph Rey à partir d'une philosophie matérialiste et hédoniste.

La volonté majoritaire apparaît ainsi indépassable, mais cela n'implique aucune justification de l'oppression de la minorité par la majorité. Il s'agit de proposer une théorie du droit et non une simple observation des faits. Rey peut donc mobiliser le schéma du quasi-contrat social pour réorganiser la société sans écraser l'individu. Néanmoins, cette même tension entre l'individu et la majorité se retrouve lorsqu'il développe plus précisément sa théorie du droit et de la législation. Rey ne peut en effet écarter entièrement la force du nombre. Mais si cette force peut éventuellement jouer contre l'individu, elle joue également contre ceux qui exercent le pouvoir car la majorité réapparaît toujours pour faire valoir sa volonté et, *in fine*, sa puissance.

1967 Comme le pense en revanche J.-A. REY (*Théorie et pratique de la science sociale*, t. 2, *op. cit.*, p. 314).

1968 Comme le note G. PROCACCI, « le gouvernement démocratique se révèle le plus propice au bonheur du plus grand nombre, puisqu'il tire sa force de l'approbation de ses sujets et ne saurait imposer le bonheur général de la nation au détriment du bonheur des individus. Il est ainsi voué à augmenter la quantité globale de bonheur et à réduire l'inégalité » (*Gouverner la misère, op. cit.*, p. 142).

PARTIE 2. DU DROIT À LA LÉGISLATION : LA RÉALISATION DE L'ÉGALITÉ SOCIALE

Qu'il s'agisse des principes de la morale ou de ceux de l'organisation sociale et politique, les références à des notions juridiques émaillent l'ensemble des réflexions de Joseph Rey. Cela est particulièrement sensible lorsque l'auteur entreprend de repenser les fondements de l'ordre social et recourt à cette fin au concept juridique de quasi-contrat. Or, comme nous avons déjà pu le constater, il ne mobilise pas ces références juridiques dans une perspective positiviste. Lorsqu'il traite de la morale et qu'il évoque par exemple le droit qu'a un individu de faire tout ce qui est en mesure de lui procurer du bien-être, il n'entend pas se fonder sur les législations positives existantes, mais sur la nature humaine. L'expression pourrait laisser penser qu'il use ainsi des doctrines *jusnaturalistes*, notamment dans leurs formulations modernes, lesquelles postulent l'existence d'un droit idéal susceptible d'être découvert par l'observation de l'humaine nature. Mais ce serait se méprendre sur les intentions et les pensées de Joseph Rey. Loin de partager les vues spiritualistes des théoriciens du droit naturel, il fonde ses propositions théoriques sur une philosophie matérialiste¹⁹⁶⁹. Par ailleurs, alors que la Révolution et les droits de l'homme auraient pu inviter à adopter une conception individualiste de la nature humaine, ce n'est pas ainsi que Rey l'envisage. L'homme étant voué à évoluer parmi ses semblables, il faut penser la coexistence de ces divers corps dans un milieu limité en ressources, c'est-à-dire en moyens de bonheur.

C'est d'ailleurs afin de penser cette cohabitation harmonieuse des individus que Rey propose d'imaginer un quasi-contrat social assurant un équilibre dans les rapports sociaux des individus et le partage des ressources. Cette première approche juridique des relations humaines se prolonge ensuite dans ce qui constitue à proprement parler sa théorie du droit. La perspective égalitaire se dessine alors de manière encore plus nette.

Si cette vision du droit s'inscrit dans un contexte marqué par l'émergence des doctrines socialistes, nous préférons toutefois éviter de recourir à ce terme pour qualifier la théorie reyienne du droit. Le socialisme du premier XIX^e siècle entretient en effet des liens forts avec la philosophie spiritualiste. Bien que Rey lui-même ne récuse pas ce qualificatif, parler d'une théorie socialiste du droit pourrait ainsi induire en erreur. Il ferait en outre manquer la spécificité de la proposition reyienne qui, bien qu'éminemment sociale et égalitaire, repose sur des fondements

1969 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1.

philosophiques tout autres que ceux qui irriguent les doctrines socialistes de son temps¹⁹⁷⁰. De même, l'expression de « socialisme juridique » doit être écartée car elle renvoie immédiatement aux approches du droit proposées par certains juristes de la Troisième République comme Emmanuel Levy ou André Mater¹⁹⁷¹. On pourrait également parler de *théorie sociale du droit* pour caractériser la proposition reyienne, mais l'expression est, elle aussi, connotée car elle renvoie à certaines doctrines développées plus tardivement, et notamment celle du « droit social » chère à Georges Gurvitch¹⁹⁷². Pour éviter de créer une certaine équivoque en suggérant des généalogies intellectuelles qui n'ont pas lieu d'être, il paraît nécessaire de forger une expression qui permette à la fois de distinguer la proposition théorique de Rey de celles qui sont déjà identifiées et de marquer sa singularité par rapport aux théories des droits subjectifs qui sont alors en construction¹⁹⁷³. Aussi l'expression la plus adéquate pour qualifier sa pensée est celle de *théorie relationnelle du droit*.

Le juriste refuse en effet d'envisager le droit comme une prérogative attribuée à l'individu indépendamment du contexte dans lequel celui-ci évolue. Or, puisque l'homme est un être éminemment social, ce n'est que dans le cadre des relations qu'il entretient avec les autres que le droit mérite d'être conçu. Les droits et les devoirs des hommes apparaissent alors comme les concepts qui permettent de penser les conditions de l'égalité entre des individus fondamentalement inégaux. Rey se singularise une nouvelle fois en proposant une théorie du droit qui poursuit un objectif d'égalité sociale à une époque où la législation et les juristes se préoccupent davantage d'assurer cette « paix bourgeoise » dont parle André-Jean Arnaud¹⁹⁷⁴. Même si Lerminier, par exemple, a pu être séduit par le saint-simonisme pendant une période¹⁹⁷⁵, on ne trouve alors aucun juriste pour penser le droit comme un instrument d'égalité sociale. C'est pourquoi la proposition théorique consistant à rechercher l'égalité par le droit demeure aussi

1970 Il faudra attendre MARX pour voir le socialisme et la philosophie matérialiste se trouvent de nouveau réunis.

1971 Nicole et A.-J. ARNAUD, « Le socialisme juridique à la "Belle Époque" », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 3-4, n° 1, 1974-1975, p. 25-54.

1972 G. GURVITCH, *L'Idée du Droit social*, *op. cit.* ; Carlos Miguel HERRERA, « Droits sociaux et politique chez Georges Gurvitch », *Droit et société*, n° 94, 2016/3, p. 513-524.

1973 L'expression ne se trouve pas encore dans les écrits des juristes de la première moitié du XIX^e siècle. Il faudra attendre la fin du siècle pour qu'elle soit mobilisée par la doctrine (François LONGCHAMPS, « Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine », *Le droit subjectif en question, Les Archives de la Philosophie du droit*, n° 9, 1964, p. 49). Mais bien que l'expression n'ait pas encore été consacrée par la doctrine juridique à l'époque où REY écrit, l'idée est déjà présente depuis plusieurs siècles. Cette notion est généralement attribuée aux idées développées par Guillaume D'OCCAM lors de la Querelle de la Pauvreté, lequel définit le droit comme « le pouvoir que l'on a sur un bien » et met ainsi « l'accent sur les prérogatives subjectives et non plus sur les relations juridiques » (Alexandra POPOVICI, *Êtres et avoirs. Esquisse sur les droits sans sujet en droit privé*, Thèse de doctorat en droit, soutenue à l'Université de Laval, Québec, Canada, 2016, p. 49-50).

1974 A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, *op. cit.*, 1973.

1975 T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 217.

singulière (**chapitre 1**).

Une fois cet effort de théorisation effectué, encore convient-il de trouver les moyens d'assurer la réalisation effective de cette égalité tant recherchée. Il faut pour cela poser dans les lois les règles permettant de déterminer les droits et les devoirs de chacun. La conciliation d'une loi expression de la volonté générale et d'une théorie matérialiste et égalitaire du droit n'est cependant pas chose aisée. En affirmant que les lois positives doivent être conformes aux lois de la nature humaine et garantir les conditions du véritable droit (qu'il qualifie parfois de droit naturel), le juriste laisse en effet peu de place à la dynamique volontariste dans la fabrique de la législation. En outre, en posant un ensemble de principes pour guider les législateurs et pour encadrer l'élaboration technique de la législation par le recours à des experts ou à des techniciens, Joseph Rey rudoie le fondement démocratique des lois. Toutefois, les contingences matérielles liées à la force du plus grand nombre le rattrapent toujours. C'est pourquoi, lorsqu'il développe les principes de la législation, Rey n'abandonne jamais tout à fait l'horizon démocratique dans lequel s'inscrit sa démarche (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LA THÉORIE REYIENNE DU DROIT, OU L'ÉGALITÉ PAR LE DROIT

Dans sa recension des *Préliminaires du droit*, Auguste Sautelet affirme que la philosophie de Joseph Rey fait obstacle à toute notion de *droit*. À défaut de concevoir l'homme comme un être libre et raisonnable, il serait impossible, aux yeux des spiritualistes éclectiques, de se faire une idée de ses droits et de ses devoirs¹⁹⁷⁶. Rey pense au contraire que cette conception de la nature humaine est tout à fait erronée, si ce n'est même vicieuse. C'est précisément pour avoir méconnu la véritable nature de l'homme que tant d'erreurs ont été consacrées en matière de droit et de législation. Rey déplore en effet la précipitation des hommes qui ont « cru pouvoir, au nom de la société, imposer aux citoyens des règles de direction avant d'avoir des idées justes sur les fondemens de la société et sur les véritables droits et devoirs des citoyens¹⁹⁷⁷ ». Aussi n'ont-ils fait que « du prétendu droit et de la législation arbitraire¹⁹⁷⁸ », puisque les connaissances requises leur manquaient. Pour être en mesure de concevoir ce qui constitue les droits et les devoirs des individus, il faut avoir préalablement « déduit les principes sociaux de la connaissance exacte de l'homme et des véritables conditions de sa nature¹⁹⁷⁹ ». Or, la véritable condition humaine n'est pas faite de liberté métaphysique comme le pensent les éclectiques. L'homme est avant tout un être de besoins qui est largement dépendant du concours de ses semblables pour en assurer la satisfaction. De même, la société n'a pas pour fin principale de garantir une quelconque liberté naturelle. Bien que celle-ci demeure importante, le but social premier est d'assurer la satisfaction des besoins humains, ce qui suppose notamment d'établir une égalité plus réelle entre ses membres. Voilà ce qui résulte, en substance, de l'examen de l'homme et de la société. Ce socle de connaissances doit alors permettre de penser les droits et les devoirs des hommes en société.

Il faut noter que Rey exclut l'idée qu'il puisse exister une science du droit. S'il commence par affirmer qu'il cherche à offrir « un système général sur la science du droit¹⁹⁸⁰ », il revient ensuite sur ses mots pour les désavouer. Alors que la plupart des juristes cherchent à constituer le droit en science¹⁹⁸¹, Joseph Rey ôte tout crédit à une telle entreprise en affirmant qu'à

1976 A. SAUTELET, « *Exposé de quelques Idées sur le fondement du Droit, ou Réfutation de plusieurs Propositions extraites d'un ouvrage intitulé : Préliminaires du Droit ; par J. Rey* », art. cit., p. 70.

1977 TPGD, p. 12.

1978 *Ibid.*, p. 12.

1979 *Ibid.*, p. 12.

1980 *Ibid.*, p. 21.

1981 DEGÉRANDO, professeur de droit administratif, explique vouloir « constituer une science qui n'a point encore le caractère qu'elle est fondée à obtenir » (*Institutes du droit administratif*, t. 1, Paris, Nève, 1829, p. 4).

proprement parler, « le DROIT NE FORME PAS UNE SCIENCE PARTICULIÈRE¹⁹⁸² ». Sous la plume de ses contemporains, l'expression de « science du droit » renvoie surtout à l'idée d'une étude systématique (dogmatique) de la législation existante¹⁹⁸³, laquelle se trouve expliquée par l'histoire et la philosophie¹⁹⁸⁴. Pour Rey, au contraire, le droit ne renvoie pas à la loi positive. Il le définit en effet comme tout ce qu'« il convient d'exiger pour notre bonheur¹⁹⁸⁵ » et estime, par conséquent, qu'il participe de la multitude des savoirs qui permettent à l'homme de connaître les moyens de satisfaire au mieux leurs besoins et leurs désirs. C'est pourquoi, bien que n'étant pas une science, le droit doit malgré tout être fondé scientifiquement. Cela nécessite alors de recourir à différentes disciplines fondamentales : la physiologie, l'idéologie, la morale et l'économie.

On retrouve en même temps sous la plume de Rey des références ambiguës au champ lexical du *jusnaturalisme*. Il admet à la suite de Tracy l'existence de lois de la nature, tout en mobilisant également par endroit l'expression de *droit naturel*, qu'il qualifie également de *droit légitime* ou *primitif*. Celui-ci se distingue alors du *droit déclaré* ou *présumé*¹⁹⁸⁶. Bien qu'il use ainsi d'une dialectique qui lui permet d'opposer deux formes de droit, le juriste affirme néanmoins qu'on ne peut admettre qu'une seule véritable acception du terme :

« le droit, c'est-à-dire ce qui mérite ce nom, ne peut jamais être que naturel, et il n'en peut exister d'aucune autre espèce. Dès qu'une disposition blesse la nature ou, en d'autres termes, les rapports naturels des choses, c'est un acte d'erreur ou de violence, et non une disposition véritable de droit¹⁹⁸⁷ ».

Le droit se présente ainsi comme extérieur à la législation positive, ce qui en fait un instrument permettant de critiquer la légalité et l'organisation politique et sociale, dès lors que celles-ci s'écartent des prescriptions du droit légitime ou naturel. La théorie reyienne du droit révèle par conséquent d'emblée un potentiel politique subversif.

Aux yeux du lecteur contemporain, Rey pourrait, de prime abord, passer pour un penseur démodé, dans une époque volontiers présentée comme le siècle du volontarisme législatif¹⁹⁸⁸, du

1982 TPGD, p. 202.

1983 J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *art. cit.*, p. 310. DURANTON affirme ainsi que « la connaissance [des lois françaises] constitue la science du droit qui nous régit » (*Cours de droit français suivant le Code civil*, 2^e éd., t. 1, Paris, A. Gobelet, 1828, p. 8). Il s'agit donc de connaître le droit, ce qui passe par un travail d'interprétation et de systématisation des normes juridiques (N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*).

1984 T. POUTHIER, « L'éclectisme et la nouvelle science du droit », in *Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 189-239 ; G. NAVET, « Eugène Lerminier (1803-1857) : la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie », *art. cit.* ; LAFERRIÈRE décrit « les trois parties composant une science juridique élevée, à savoir, l'Histoire, la Philosophie et la Dogmatique » (Y.-A. DURELLE-MARC, « La Revue bretonne de droit et de jurisprudence de Firmin Laferrière ... », *op. cit.*, p. 384).

1985 *Ibid.*, p. 202.

1986 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1.

1987 *Du perfectionnement des études légales*, p. 75-76.

1988 Michel VIRALLY parle ainsi du « volontarisme, presque universellement admis au XIX^e siècle, pour qui le

positivisme et de l'exégèse. Pourtant, à y regarder de plus près, l'époque post-révolutionnaire apparaît marquée par la tentation d'en finir avec le volontarisme de la Révolution et les prétendues dérives artificialistes qui lui sont associées. Le droit naturel peut alors être mobilisé par les juristes pour poser une limite à l'action du législateur et à la volonté humaine. C'est une idée que l'on trouve chez certains rédacteurs du Code civil, malgré des affirmations contraires¹⁹⁸⁹. Le droit naturel sert encore à légitimer la législation, comme cela se remarque sous la plume des éclectiques. Ce n'est donc pas parce que les juristes font référence au *jusnaturalisme* qu'ils ne sont pas, dans le même temps, des positivistes (ou *a minima* des légalistes). C'est pourquoi le syntagme de « positivisme spiritualiste¹⁹⁹⁰ » a pu être proposé pour évoquer ces auteurs. À l'instar de ce qu'avait déjà Portalis dans son *Discours préliminaire*, le droit naturel est en effet conçu comme la source du droit positif et comme la référence à partir de laquelle interpréter les lois humaines. Les fondements du droit se voient alors spiritualisés afin de les détacher de leur origine révolutionnaire. Les éclectiques entendent en effet préserver l'héritage des libertés reconnues en 1789, tout en les purgeant de leur origine jugée par trop matérialiste. L'usage qu'ils font du droit naturel tend en définitive à neutraliser tout potentiel subversif afin d'assurer la pérennisation de la société bourgeoise et libérale.

Si c'est bien cette manière de voir qui domine la théorie juridique, des résistances se font toutefois entendre du côté des penseurs socialistes. Alors que l'éclectisme tend à exalter le droit de liberté et restreint souvent le devoir à sa dimension négative (ne pas attenter à la liberté d'autrui), certains penseurs vont développer une approche plus sociale des droits et des devoirs. Rares sont cependant les juristes qui empruntent cette voie. La critique de l'individualisme juridique est plus généralement le fait des théoriciens socialistes qui attaquent notamment l'organisation et la répartition de la propriété privée et font preuve d'une certaine méfiance envers le droit¹⁹⁹¹. L'émergence d'une conception largement subjective du droit conçu comme droit individuel va même les inciter à rejeter purement et simplement la notion.

Le geste théorique de Joseph Rey peut lui aussi être perçu comme participant d'un mouvement de résistance à l'individualisme juridique. Le droit subjectif se définit généralement

fondement du droit est la volonté » (*La pensée juridique, op. cit.*, p. vii).

1989 PORTALIS écrit que « [l]es règlements du législateur sont subordonnés au droit naturel comme les sentences du juge sont subordonnées aux lois » (cité par Pierre SERRAND, « La loi dans la pensée des rédacteurs du Code civil », *Droits*, 2005/2, n°42, p. 37). Il ajoute néanmoins que « ce n'est pas dans le droit naturel qu'il faut chercher les règles de la propriété », car « [la] loi civile est l'arbitre suprême » à qui il « appartient de tout régler ». Aussi n'est-il « pas question d'examiner ce qui est le plus conforme au droit naturel, mais ce qui est le plus utile à la société » (cité dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, Paris, Videcoq, 1836, p.258-259). Voir également *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, I.

1990 J. FERRAND, « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique », *art. cit.*, n° 103.

1991 C'est notamment le cas des saint-simoniens, d'Auguste COMTE ou de Charles FOURIER (G. GURVITCH, *L'Idée du Droit social, op. cit.*, p. 288-323).

comme « un pouvoir attribué à l'individu, abstraction faite de tout lien social particulier le rattachant à un groupe¹⁹⁹² ». Mais puisque l'homme est, pour le juriste, naturellement un être social et qu'on ne saurait s'en faire une véritable idée indépendamment de ses relations avec les autres, le concept même de droit subjectif est un pur produit de l'esprit. Bien que Rey admette de réfléchir aux notions de droits et de devoirs à partir du seul individu, il lui importe avant tout de déterminer « le droit de l'homme en *société*¹⁹⁹³ », expression première et véritable de la condition humaine.

Le juriste propose ainsi une théorie relationnelle du droit (**Section 1**), dont il nous faudra étudier les diverses implications. En effet, si à certains égards l'idée d'un droit naturel s'articule de manière étrange avec le volontarisme dont Rey fait montre en termes de production législative, il lui permet néanmoins d'appuyer sa critique de l'ordre social et politique. La référence au droit apparaît alors comme un instrument d'évaluation et de critique de l'ordre juridique positif (**Section 2**). Et c'est sans doute au sujet de l'organisation du droit de propriété que notre auteur se fait le plus virulent. Ses idées relatives à la nature humaine, à la société et au droit le conduisent effectivement à repenser le droit de propriété dans une perspective sociale qui s'écarte des conceptions dominantes sur le sujet. Son approche constitue ainsi une illustration brillante des dividendes que l'on peut tirer d'une telle théorie relationnelle du droit (**Section 3**).

1992 Stéphanie BEAUREGARD, « La place des droits subjectifs dans l'histoire de la philosophie du droit », *Revue générale de droit*, vol. 24, n° 4, décembre 1993, p. 595.

1993 *JGLJ*, t. 2, p. 21.

SECTION 1 : UNE THÉORIE RELATIONNELLE DU DROIT

Dans le premier XIX^e siècle encore, s'interroger sur le droit oblige à affronter la question morale. Pour la plupart des juristes et philosophes de l'époque, penser les fondements du droit renvoie en effet directement à la morale¹⁹⁹⁴. Cette tendance est d'autant plus sensible lorsqu'ils refusent d'en faire une étude purement exégétique ou positiviste, comme c'est le cas pour Rey. En effet, bien qu'il critique par endroit le recours au syntagme de « droit naturel », il ne le rejette pas purement et simplement comme le fait Bentham par exemple¹⁹⁹⁵. En recourant aux expressions de « droit naturel », « droit véritable » ou « doit légitime », Rey ouvre alors la voie à une critique du droit positif dès lors que celui-ci s'en écarte¹⁹⁹⁶. En 1869, Paul Pradier-Fodéré croit pourtant remarquer chez les « publicistes de l'école utilitaire », représentés selon lui par Joseph Rey, un refus de distinguer « entre le *Droit naturel* et le *Droit positif*¹⁹⁹⁷ ». Cela n'est que partiellement vrai, dans la mesure où Rey recourt au syntagme de droit *naturel* pour mettre en lumière la discordance qui peut exister entre ce dernier et le droit positif, alors qualifié de droit *déclaré* ou *présumé*. Certes, le juriste est embarrassé par le fait de mobiliser le terme de « droit » pour évoquer des situations, événements, dispositions contraires aux lois de notre nature, c'est-à-dire contraires à l'intérêt bien entendu des hommes en société. Mieux vaudrait dans ce cas parler d'actes d'erreur ou de violence¹⁹⁹⁸. Rey est encore méfiant envers la locution « droit naturel », car un tel qualificatif laisse entendre qu'il pourrait exister un droit qui ne serait pas naturel¹⁹⁹⁹, un droit *arbitraire* comme l'écrivent certains de ses contemporains²⁰⁰⁰.

Le juriste entend plutôt se fonder sur une connaissance des lois de la nature pour déterminer les droits (naturels ou légitimes) des hommes en société et réfléchir ainsi à l'adoption de lois positives. Reprenant la définition donnée par Destutt de Tracy dans son *Commentaire sur l'Esprit des lois*, Rey pense les lois de la nature comme l'ensemble des lois physiques qui régissent

1994 Si le divorce du droit et de la morale est admis par la plupart des hommes et des femmes du premier XIX^e siècle, cette séparation, comme le note Tristan POUTHER, « n'est jugée que secondaire par rapport à l'horizon d'une science éthique globale qui recouvrerait les deux matières » (« Le droit naturel des "Éclectiques" et la doctrine publiciste des libertés sous la Monarchie de Juillet », *art. cit.*). Julien BONNECASE considère quant à lui qu'il y a encore une « absence de distinction entre le Droit et la Morale » au XIX^e siècle (*La notion de droit en France au dix-neuvième siècle*, Paris, E. de Brocard, 1919, p. 6). Entre autres : « LA LOI NATURELLE n'est autre chose que la morale » (X. PORTETS, *Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 6).

1995 BENTHAM considère en effet les expressions « droit naturel » et « loi naturelle » comme des « fictions » ou des « métaphores » (*Traité de législation civile et pénale*, t. 1, *op. cit.*, p. 132).

1996 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1.

1997 Paul PRADIER-FODÉRE, *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1869, p. 23.

1998 *Du perfectionnement des études légales*, p. 75.

1999 *Ibid.*, p. 75.

2000 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, A

l'univers et l'ensemble des êtres qui le peuplent. On comprend donc que ces lois n'ont pas vocation à être répétées, dupliquées ou garanties par les lois positives. Il s'agit d'acquérir une connaissance scientifique des phénomènes de la nature. Or, l'enquête entreprise par Rey en matière de morale l'a conduit à reconnaître cette loi de notre nature qui surplombe toutes les autres : la loi de notre organisation qui pousse sans cesse l'homme à rechercher son bien-être. Celle-ci va alors devenir le critère ultime de référence pour la recherche des principes juridiques. Toute loi dont l'effet est d'augmenter la quantité de plaisir des membres de la société pourra ainsi être qualifiée de loi naturelle, quand bien même elle résulterait d'un choix politique des législateurs. Bien que Rey ne les explicite pas, deux expressions se distinguent sous sa plume : les lois de la nature renvoient à l'ensemble des phénomènes de la nature, là où les lois naturelles évoquent plus précisément les lois positives conformes (ou prises conformément) à cette loi de notre nature qui fait de nous des êtres mus par la recherche de notre intérêt bien entendu. Il ne faut donc pas comprendre le terme de naturel dans une dialectique qui l'opposerait aux termes culturel ou artificiel²⁰⁰¹. Est naturel pour l'homme tout ce qui est en mesure d'augmenter sa quantité de plaisir et/ou de diminuer ses souffrances. Nous avons par ailleurs déjà vu que le juriste refuse la dialectique qui oppose droit naturel et droit *civil* ou *social*, en raison de l'individualisme qui sous-tend une telle proposition et qui n'est pas conforme aux conditions de notre bonheur²⁰⁰².

C'est ici que se marque l'originalité de la conception reyienne du droit naturel. Car si tous ceux qui mobilisent une telle logique s'accordent pour reconnaître l'existence d'un droit indépendant des lois positives, il en existe de nombreuses versions²⁰⁰³. Les théories qui ont cours dans le cercle des Idéologues ne ressemblent pas à celles des philosophes spiritualistes. En rejetant l'hypothèse d'un état de nature, le droit naturel tel que le pense Joseph Rey n'est pas non plus celui des théoriciens de l'école dite « du droit de la nature et des gens »²⁰⁰⁴. Le juriste considère en effet que c'est pour avoir méconnu la nature de l'homme comme être sensible *et* sociable, que tant d'erreurs ont été consacrées en matière de théorie du droit. Aussi, contrairement à ce qu'écrit Tristan Pouthier, la doctrine sensationniste du droit naturel ne repose pas nécessairement sur « un individualisme atomistique »²⁰⁰⁵. Cette expression conduirait à cantonner Rey dans un espace intellectuel qui n'est pas le sien et qui est, au demeurant,

2001 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, I, A.

2002 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, B, 2.

2003 « Michel Villey a noté que Wolf avait recensé avec une rigueur toute germanique que le mot nature était susceptible de 17 sens, tandis que le droit en revêtait 15 : ce qui donne déjà 255 combinaisons imaginables du sens de l'expression droit naturel » (Blandine KRIEGEL, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, P.U.F., 1989, p. 40).

2004 T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 43-44.

2005 *Ibid.*, p. 52.

disqualifié par les socialistes de son temps et leurs héritiers. Du moins, tout dépend de la manière de considérer l'atome. Si l'on souhaite conserver la métaphore atomistique de Tristan Pouthier, on pourrait alors parler d'un atomisme relationnel. Cela serait d'ailleurs plus conforme à la conception scientifique de l'atome, qui n'est pas un noyau dépourvu d'attaches mais est, au contraire, caractérisé par ses liaisons²⁰⁰⁶. La dimension proprement individualiste nous apparaît plus sensible sous la plume des éclectiques que dans l'œuvre de Joseph Rey, lequel propose au contraire de penser le droit non seulement à partir de l'individu, mais encore dans sa dépendance aux autres circonstances extérieures.

C'est ainsi que le juriste donne la première explication du terme de « droit », dans ses *Preliminaires*, en écrivant que

« le mot droit suppose toujours une *conformité de prétention avec les lois ou principes de l'objet dont il s'agit, considéré dans les circonstances où l'on se trouve*. C'est même en cela que consiste uniquement le droit *naturel*, si l'on veut donner exclusivement ce nom à ce qui est indiqué par la nature des objets²⁰⁰⁷ ».

Par conséquent, si l'homme isolé a « le *droit* de faire tout ce qui peut lui procurer un bien-être quelconque ; car [cette] prétention [...] *est conforme* aux lois, aux principes de son organisation²⁰⁰⁸ », il n'en va plus de même dès lors qu'on envisage l'individu dans le cadre de ses relations sociales. C'est pourquoi la théorie reyenienne du droit exclut la notion de droit *subjectif* : le droit apparaît dès lors moins comme une prérogative individuelle que comme une notion permettant de mesurer la conformité d'une situation aux principes qui la régissent – ou, plus simplement, à l'état *naturel*²⁰⁰⁹ de bonheur des êtres humains. Pour déterminer le droit parmi la variété des circonstances dans lesquelles les individus peuvent se trouver, il est donc primordial de faire précéder la recherche du droit par des études préliminaires. Rey prévient ainsi son lecteur :

« Quelques personnes auraient désiré que je donnasse, dès le début, une définition de ce mot d'après mes propres idées ; mais je pense qu'un tel désir est prématuré, car cette définition ne pourrait être bien comprise qu'après avoir passé par toutes les séries d'idées sur lesquelles je fonde ma théorie de ce qu'on nomme le *droit* ; et lorsque j'en serai à cette définition, une partie notable de mon ouvrage sera terminé.²⁰¹⁰ »

En effet, il faut d'abord un socle solide de connaissances tirées de l'Idéologie, de la morale, et de

2006 C'est ce que met en avant Peter SLOTERDIJK lorsqu'il étudie le discours des « critiques conservateurs de l'atomisme ». Contre ceux qui mobilisent la métaphore de l'atome pour dénoncer l'individualisme, il oppose en effet la conception scientifique : « l'image des atomes autistes est fausse, elle est déjà biaisée à son niveau métaphorique, car pour être un atome digne de ce nom, il faut des forces de liaison, des valences » (*Essai d'intoxication volontaire, op. cit.*, p. 92-93).

2007 *Preliminaires*, p. 98-99.

2008 *Ibid.*, p. 96.

2009 *Naturel* devant ici s'entendre comme conforme à la nature humaine qui est de rechercher toujours son bien-être.

2010 *TPGD*, p. 6.

l'économie, avant de pouvoir envisager le concept de droit.

En développant sa théorie du droit, Rey se situe alors dans la continuité de Destutt de Tracy. Il reprend en effet mot pour mot la définition des lois de la nature que propose ce dernier dans son *Commentaire sur l'Esprit des lois*. Mais en accolant le champ lexical de la nature et celui de la loi, Joseph Rey ne verse cependant pas dans une approche *jusnaturaliste*. C'est une conception matérialiste des lois de la nature qu'il fait sienne (I). Le juriste aborde également les notions de droit et de devoir en cherchant à retracer leur genèse idéologique, c'est-à-dire en déterminant l'origine des idées de devoir et de droit telles qu'elles naissent dans l'intellect humain. En partant des besoins et des moyens des individus, il fait alors découler les concepts de devoirs puis de droits (II). Mais après avoir affirmé l'antériorité de l'idée de devoir sur celle de droit, le juriste s'attache toutefois à montrer leur corrélation. D'une part, ce qu'un individu doit (a le devoir de) faire, il a également le droit de le faire. D'autre part, cette corrélation des droits et des devoirs ne doit pas seulement être pensée à l'échelle individuelle, mais dans une dimension sociale qui ne se limite pas à la reconnaissance du devoir négatif de respecter les droits d'autrui. Cette perspective individualiste n'est pas celle de notre auteur, qui pense au contraire les rapports juridiques comme des rapports de solidarité entre individus inégaux. C'est alors *entre* les individus que se noue une réciprocité des droits et des devoirs (III).

II / UNE APPROCHE MATÉRIALISTE DES LOIS DE LA NATURE

Lorsque Joseph Rey s'interroge sur « l'essence du DROIT », il affirme d'abord que « le mot *droit* suppose dans celui qui en est investi, la *conformité de sa prétention avec les lois ou principes relatifs à l'objet dont il s'agit [...] considéré dans les circonstances où l'on se trouve* »²⁰¹¹. Le droit est donc ce qui est conforme aux lois. Rey mobilise d'ailleurs à l'appui de sa définition l'étymologie du terme, qui contient selon lui les idées « de *conformité*, de *rectitude*, de *justesse* »²⁰¹². Les lois ou principes dont il est ici question renvoient ici à l'idée de lois de la nature, entendues comme des régularités découvertes par l'observation des phénomènes de la nature. Au cours de notre étude, nous avons déjà aperçu à diverses reprises le terme de loi employé dans cette acception : Rey évoque en effet les lois de notre organisation, la loi du plaisir, les lois du développement de chaque individu, les lois qui régissent les agrégations d'individus. Il parle encore des « lois véritables de notre

2011 *Préliminaires*, p. 96 et 98.

2012 *JGLJ*, t. 2, p. 20. D'autres, à l'instar de TOULLIER, font plutôt prévaloir l'étymologie qui rattache le mot droit à l'idée de « commandement » (*Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.* p. 13).

nature²⁰¹³ » ou, à propos de l'homme, de la « loi irrésistible de sa nature²⁰¹⁴ ». Cependant, toutes les régularités observées dans la nature ne sont pas productrices de bien-être pour l'homme. Dans ce cas, Rey les considère comme non conformes à *sa* nature, c'est-à-dire à son hédonisme fondamental. Toute situation génératrice de déplaisir nécessite donc d'être corrigée, notamment par l'élaboration d'une législation positive. Cet interventionnisme correctif permet ainsi à l'homme de renouer avec sa destination naturelle. Aussi une législation qui poursuit et réalise cette fin est-elle, à ses yeux, naturelle, car elle a pour effet de favoriser le bonheur. Cette conception des lois de la nature s'inscrit donc dans une perspective matérialiste et hédoniste (**B**), qui repose sur la prise en compte des effets concrets produits par les diverses actions et interactions des individus entre eux et avec le milieu qui les environne. Ainsi, bien qu'il greffe le champ lexical de la nature sur celui de la loi, Rey ne partage cependant pas la conception des lois naturelles défendue par la doctrine juridique spiritualiste. C'est d'ailleurs sans doute pour éviter qu'on ne confonde sa proposition avec celle défendue par les sectateurs d'une conception idéaliste des lois naturelles qu'il préfère le syntagme de « lois de la nature » à celui de « loi naturelle »²⁰¹⁵. Le premier fait plutôt écho à l'acception scientifique des lois, telle qu'on la trouve dans les sciences de la nature. Le second, plus souvent employé au singulier, renvoie en revanche à une dimension spiritualiste, sinon théologique, que l'on retrouve chez la plupart des spiritualistes éclectiques (**A**).

A/ LA LOI NATURELLE D'APRÈS LA DOCTRINE SPIRITUALISTE

Il y a sans aucun doute autant de théorie *jusnaturalistes* que d'auteurs qui s'intéressent à cette thématique et entreprendre de proposer une vue synthétique de la doctrine sur la loi naturelle fait courir leur risque de gommer les spécificités propres à chaque penseur. Néanmoins, malgré la diversité de ces théories, on retrouve chez la plupart des philosophes et juristes spiritualistes un fonds commun d'idées qui permet de les regrouper et qui les distingue de ce que l'on trouve sous la plume de matérialistes tels que Rey ou Destutt de Tracy. Ainsi, la plupart reconnaissent l'existence d'une loi naturelle ou d'un droit naturel immuable et universel, dont la

2013 *Préliminaires*, p. 27 ; *JGLJ*, t. 1, p. 270.

2014 *Préliminaires*, p. 67-68 ; *JGLJ*, t. 1, p. 410 ; *TPGD*, p. 345.

2015 John FINNIS signale par exemple que les « théoriciens de la loi naturelle » ne sont pas « tenus d'affirmer que les propositions normatives qu'ils défendent sont dans un rapport déterminé avec les "lois de la nature" – au sens des régularités observées et des facteurs explicatifs invoqués par les "sciences de la nature" (physique, biologie, "psychologie expérimentale", écologie, etc.) – ou qu'elles trouvent dans celles-ci leur justification » (« Loi naturelle », in M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, t. 2, *op. cit.*, p. 1128). Ce faisant, il montre qu'il existe bien une différence entre lois naturelles et lois de la nature.

violation est assortie de sanctions inévitables, et qui forme ou doit former la base du droit positif²⁰¹⁶. Empreintes de métaphysique, leurs conceptions du droit naturel se situent par conséquent dans un tout autre espace-temps que celle de Joseph Rey. Plus qu'un droit naturel, les spiritualistes proposent un « *droit de sur-nature* », selon l'expression de Philippe Rémy²⁰¹⁷.

En effet, rares sont les auteurs qui ne rattachent pas la loi naturelle à un commandement issu de la volonté divine²⁰¹⁸. Qu'ils distinguent la loi naturelle de la loi divine²⁰¹⁹ ou non, les juristes peinent à se détacher de toute référence à Dieu. Toullier s'oppose ainsi à la définition des lois-rapports de Montesquieu, pour rappeler que la loi est toujours « prescrite par un supérieur légitime²⁰²⁰ ». Dans son esprit, cette figure idéale d'une supériorité légitime est celle de Dieu : « [c]'est la volonté de Dieu, promulguée par la droite raison, qui est ce qu'on appelle la loi naturelle²⁰²¹ ». « La loi est d'origine céleste²⁰²² », écrit l'avocat Jamet, dans un compte-rendu du *Cours de droit français* de Duranton. La connaissance de cette loi repose alors sur les mécanismes métaphysiques que nous avons déjà étudiés : la raison, le sens intime, le sens moral ou le sens commun²⁰²³, quand elle n'est pas même « une révélation intérieure, une vive lumière émanée de Dieu²⁰²⁴ ». La loi naturelle n'est par conséquent « ni obscure, ni compliquée », elle n'appelle « aucun commentaire »²⁰²⁵ affirme Renouard. L'extériorité de la loi est ainsi tempérée par le fait que, bien qu'émanant du Dieu, elle est en même temps inscrite en l'homme, qui n'a qu'à user de sa raison pour sonder sa nature morale et y découvrir la loi naturelle²⁰²⁶. D'autres, dans la logique

2016 Certains admettent toutefois, comme on l'a déjà vu avec Xavier PORTETS, que le droit positif puisse s'écarter du droit naturel. Sur les rapports entre droit naturel et droit positif chez les éclectiques, voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, A.

2017 P. RÉMY, « "La Thémis" et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n°4, 1987, p. 157.

2018 Sur le *jusnaturalisme* moderne et la nécessité, pour la loi naturelle, d'une sanction divine et de l'immortalité de l'âme, voir H. ARENDT, *De la Révolution*, *op. cit.*, p. 291-295. Sur la conception de la loi naturelle chez PORTALIS et son origine divine, voir J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des français », *Histoire de la justice*, n° 19, 2009/1, p. 137.

2019 Comme c'est le cas de Jacques BERRIAT-SAINT-PRIX, dans son *Précis d'un cours sur les Préliminaires du droit*, *op. cit.*, p. 9.

2020 C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 7.

2021 *Ibid.*, p. 13.

2022 Aussi considère-t-il qu'« [u]n impie ne saurait être un grand jurisconsulte » (*Revue de législation et de jurisprudence*, t. 4, 1836, p. 114-115).

2023 Pour DALLOZ, le droit naturel est ainsi « l'ensemble des règles que la raison révèle à tous les hommes » (*Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Partie supplémentaire, t. 5, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1841, p. 363) ; pour Xavier PORTETS, c'est « dans le sens moral ou la raison humaine, que le droit naturel a son principe nécessaire » (*Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 10). C'est pourquoi la loi naturelle « se révèle à tous les hommes ; l'ignorant la sait comme le savant » (*ibid.*, p. 70). Il existe, écrit DEGÉRANDO, une « législation non écrite, mais que l'auteur de toutes choses a gravée dans nos ames, [...] que promulguent la conscience et la raison » (*Thémis*, t. 1, p. 66). « [L]es lois *naturelles* [...] sont gravées au fond du cœur de tous les hommes » (J. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Précis d'un cours sur les préliminaires du droit*, *op. cit.*, p. 9).

2024 André-Marie DUPIN, *Règles de droit et de morale tirées de l'écriture sainte*, Paris, Plon, 1858, p. 50.

2025 A.-C. RENOUARD, *Éléments de morale*, *op. cit.*, p. 152.

2026 Ainsi, TOULLIER définit la loi naturelle comme « une loi que Dieu a donnée à tous les hommes et qu'ils

du Préambule de la Déclaration de 1789, considèrent toutefois qu'elle a été en quelque sorte oubliée lorsque « la perversité du cœur humain²⁰²⁷ » a commencé à se manifester²⁰²⁸. Cet oubli se présente alors comme une « conséquence de sa chute²⁰²⁹ ».

Qu'elle soit dite naturelle ou divine, la loi est donc extérieure et transcendante à l'homme. Ces qualités sont pensées comme les conditions mêmes de toute loi²⁰³⁰, car elles seules peuvent générer une obligation. Ainsi, dans la mesure où une loi ne saurait être pensée indépendamment de tout caractère obligatoire²⁰³¹, il est à leurs yeux exclu qu'elle puisse trouver son origine dans la sensibilité physique ou dans les mécanismes physiologiques de l'individu. Plus exactement, les spiritualistes distinguent les lois de l'ordre physique et celles de l'ordre moral²⁰³². Parler, comme le fait Volney, de « principes physiques de la morale » constitue selon Renouard une dangereuse confusion²⁰³³. Seules les lois de l'ordre moral les intéressent puisqu'elles seules revêtent un caractère juridique. Pour Duranton, les lois de l'ordre physique n'ont ainsi « que peu ou point de rapport avec [la science] du droit²⁰³⁴ ». Elles sont même « évidemment étrangères à la science des jurisconsultes²⁰³⁵ » d'après Demolombe. Loi(s) naturelle(s), lois divines et lois morales participent ainsi d'un même cadre conceptuel duquel est exclue toute référence aux lois matérielles du monde physique. Située exclusivement dans le domaine de la métaphysique, la loi naturelle des

peuvent connaître par les seules lumières de leur raison, en considérant leur nature et leur état » (*Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 13). Pour DURANTON, « [l]e droit naturel est cette loi, pour ainsi dire promulguée par Dieu, que l'homme peut connaître par les seules lumières de sa raison, en suivant le sentiment intime qui se développe avec son intelligence » (*Cours de droit français*, t. 1, *op. cit.*, p. 14).

2027 Toussaint-Ange COTELLE, « De l'établissement des Lois civiles et de leur objet », *Thémis*, t. 1, p. 361.

2028 « [L]a cupidité humaine a troublé le développement régulier du droit public ; l'homme a oublié Dieu et la loi naturelle qui lui avait été révélée dès l'origine du monde ; il a divinisé ses passions et n'a plus connu d'autres règles que le désir de les satisfaire » (E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 22).

2029 « [Le] droit naturel n'est pas toujours celui qui se développe le premier sur la scène du monde. L'homme a vu sa nature pervertie par le mal moral, conséquence de sa chute. [...] Or, ce n'est pas dans cet état qu'il lui a été donné d'apercevoir les divines clartés de la loi naturelle. Il a fallu que sa nature, corrigée et régénérée, fût rendue à la religion de l'esprit, pour que le droit naturel gouvernât cette âme inspirée d'une vie nouvelle » (R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, *op. cit.*, p. 74-75).

2030 « L'idée de loi implique quelque chose d'extérieur et de supérieur à la personne, quelque chose d'universel, qui comprenne et qui domine le particulier » (T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 1, *op. cit.*, p. 81). « Qui dit loi d'un être dit un principe supérieur, et par conséquent, extérieur à cet être là », car nul ne peut s'obliger envers lui-même (V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 538).

2031 « [L]e mot *loi* emporte nécessairement l'idée d'obligation » (T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 1, *op. cit.*, p. 63).

2032 La « différence entre l'ordre physique et l'ordre moral » est que « dans le premier la loi déclare ce qui arrivera infailliblement [...] et, dans le second, ce qui doit arriver, si l'homme veut ce qu'il doit vouloir » (Compte rendu du *Cours de Droit public et administratif* de J.-M. DEGÉRANDO par un de ses étudiants, *Thémis*, t. 2, p. 179). Outre la distinction entre lois physiques et morales, Hyacinthe BLONDEAU distingue encore les lois scientifiques des lois technologiques, ces dernières seules étant source de commandement (*Essai sur quelques points de législation ou de jurisprudence*, Paris, Videcoq, 1850, p. 12).

2033 *Thémis*, t. 2, p. 289.

2034 A. DURANTON, *Cours de droit français*, t. 1, *op. cit.*, p. 10.

2035 Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 1, Paris, Auguste Durand, 1845, p. 3.

spiritualistes n'entretient donc aucun rapport fondamental avec la réalité matérielle et la question du bonheur humain.

On retrouve souvent l'idée que la loi naturelle commande à l'homme d'accomplir sa destinée morale, c'est-à-dire de développer sa liberté (« Être libre, reste libre²⁰³⁶ » selon la formule de Cousin) tout en respectant ce développement en autrui, puisque tous les hommes sont également libres. Aussi les éclectiques posent-ils la liberté comme le premier des droits naturels, lequel est assorti du devoir corollaire de ne point attenter à celle des autres. Jouffroy considère que la loi naturelle consiste dans le devoir fait à l'homme d'accomplir sa fin ou son bien, en y ajoutant toutefois le devoir d'apporter son concours aux autres dans l'accomplissement de leurs propres destinées²⁰³⁷. Puis c'est à partir du devoir d'accomplir sa destinée ou de développer sa liberté que les spiritualistes déduisent le droit de développer librement ses facultés, d'où découlent ensuite une liste de droits de l'homme²⁰³⁸. Ainsi, la loi naturelle s'identifie à un devoir de perfectionnement²⁰³⁹ mais ne s'intéresse pas directement au bien-être des hommes. Car accomplir son bien ne veut pas dire rechercher son bien-être, mais accomplir un idéal moral. Le bonheur de l'individu n'est pas le but que se proposent les éclectiques lorsqu'ils théorisent le droit naturel : ce serait en effet sacrifier le juste à l'utile. Or, droit ou morale et utilité sont des termes qui s'opposent²⁰⁴⁰, ou du moins qui ne se recoupent pas²⁰⁴¹. La question du « bonheur matériel de la société », écrit en effet Jouffroy, n'est pas une question de droit, mais d'économie politique²⁰⁴².

Ainsi, la plupart de ceux qui adoptent une telle conception de la loi naturelle situent sa sanction dans un arrière-monde. Pensée comme une sorte d'impératif catégorique sur un modèle kantien, cette loi n'a pas pour objet de réaliser une fin quelconque : il convient seulement de respecter une norme. La question du bien-être, du bonheur commun, ou tout simplement des conséquences résultant du respect ou de la violation de la loi naturelle est en effet largement

2036 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 386.

2037 « L'accomplissement de notre fin ou de notre bien, dont nous sommes chargés puisque nous avons été faits libres et intelligents, et celui de la fin ou du bien des autres êtres en tant que nous pouvons y concourir, voilà donc notre devoir, notre règle, notre loi légitime » (T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 3, *op. cit.*, p. 127).

2038 Voir notamment la huitième leçon du « Cours d'histoire de la philosophie morale au XVIII^e siècle » de Victor COUSIN (*Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 442-452, et principalement p. 448-449) ; T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 50-51.

2039 Devoir de perfectionnement derrière lequel on peut encore déceler l'idée d'une déchéance ontologique de l'homme, mais qui peut donc se racheter par un bon usage de sa liberté.

2040 Voir également *infra* Partie 1, Chapitre 3, Section 2, II, B.

2041 Ainsi, lorsque les éclectiques cherchent à déterminer la mesure de la peine en matière pénale, ils vont aller chercher l'équilibre entre le juste et l'utile (M. REGAD, *Attaquer le droit pénal par la philosophie*, *op. cit.*, p. 121). ORTOLAN rattache même le juste à la dimension « spirituelle » et l'utile à la dimension « physique » (*ibid.*, p. 121).

2042 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 1, *op. cit.*, p. 19-20.

indifférente pour ces auteurs. Du moins pour ce qui concerne la vie terrestre. Cette conception est à ce point établie chez les juristes que sa contestation demeure marginale. Charles Comte fait ainsi figure d'exception. Il reproche en effet aux théologiens de traiter de la morale et de la législation en refusant de mettre en œuvre la méthode d'observation. Mais sa critique atteint également les juristes spiritualistes, lorsqu'il évoque ces hommes indifférents aux « effets » produits par ce qu'ils considèrent être des lois naturelles, « parce qu'elles leur paraissent bonnes indépendamment des conséquences qu'elles peuvent produire sur le bonheur du genre humain »²⁰⁴³. Théologiens comme spiritualistes éclectiques refusent effectivement de justifier le caractère obligatoire de la loi naturelle par des considérations fondées sur les effets qu'elle produit et donc, in fine, par son utilité sociale. Ils s'en remettent à Dieu (ou à d'autres références métaphysiques comme la raison) pour justifier les préceptes de ce qu'ils estiment être la loi naturelle, mais aussi pour en assurer la sanction. « Sans l'autorité que Dieu prête à la loi naturelle²⁰⁴⁴ », il ne saurait y avoir de loi obligatoire, considère Portets. « Sans l'immortalité de l'âme, ajoute-t-il, il peut bien encore exister une loi, mais une loi dépourvue de sanction²⁰⁴⁵ ». Frédéric Taulier affirme également que la loi naturelle trouve sa sanction « dans les dogmes philosophiques de la spiritualité et de l'immortalité de l'âme²⁰⁴⁶ ». Toullier place les lois civiles elles-mêmes sous la sanction divine, car il faut bien compter sur un Dieu « vengeur des crimes les plus secrets » pour effrayer ceux qui, assurés que leurs actions pourraient rester cachées, seraient ainsi tentés d'enfreindre la loi²⁰⁴⁷. D'après tous ces penseurs, la justice ne saurait se réaliser intégralement dans cette vie²⁰⁴⁸. D'où le recours théorique et rhétorique à l'immortalité de l'âme et au dogme des peines et des récompenses futures. Même Théodore Jouffroy cède à la tentation de s'en remettre à Dieu. Tout en affirmant l'existence de punitions naturelles et immédiates pour celui qui viole la loi naturelle²⁰⁴⁹, il reconnaît que son propos ne saurait tenir s'il n'existait une autre vie²⁰⁵⁰. D'une part, la réalisation de la loi naturelle ne saurait s'accomplir intégralement dans cette vie²⁰⁵¹. D'autre part, la nécessité d'une vie future se justifie encore dans une logique

2043 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 3.

2044 X. PORTETS, *Cours de droit naturel*, *op. cit.* p. 126.

2045 *Ibid.*, p. 126.

2046 F. TAULIER, *Théorie raisonnée du code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 44.

2047 C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 10-11.

2048 La complète justice doit être cherchée « ailleurs que sur cette terre », « les lois éternelles de la justice ont besoin d'une seconde vie pour s'accomplir » (A.-C. RENOUARD, *Éléments de morale*, *op. cit.*, p. 161 et 166).

2049 « La vraie manière de souffrir c'est de quitter le chemin de sa destinée ; des punitions immédiates, et qui sortent elles-mêmes de l'ordre des choses, atteignent tout homme qui s'écarte de cette voie, et proportionnellement au degré dont il s'en écarte » (T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 3, *op. cit.*, p. 211).

2050 Car si l'homme doit accomplir sa destinée terrestre, c'est surtout afin de se rendre digne de « [sa] fin véritable, de [sa] fin absolue », qui n'est pas de ce monde. Et JOUFFROY conclut ainsi : « Donc tout ce que nous venons de dire, s'il n'y avait pas une ou plusieurs autres vies, ce serait absurde » (*Cours de droit naturel*, t. 3, *op. cit.*, p. 179).

2051 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 3, *op. cit.*, p. 170-172.

rémunératoire. Pour Jouffroy, il est évident que le respect de la loi naturelle doit générer du bonheur. Force est toutefois pour lui de constater qu'il n'en va pas toujours ainsi. Mais au lieu de chercher à rectifier cette discordance entre le respect de la loi et ses conséquences, il préfère conclure que « cette vie n'est pas une vie définitive et qu'il faut qu'il y en ait une autre, sous peine d'absurdité²⁰⁵² ». Il n'est pas le seul à adopter ce type de discours. Certes, Cousin dénonce la logique qui conditionne l'obligation à un système de peines et de récompenses dans une vie future car il n'y voit qu'« un système intéressé²⁰⁵³ ». Pourtant malgré le refus général de penser une morale et un droit à dimension hédoniste, tous admettent plus ou moins que le respect de loi naturelle et de la justice devrait conduire au bonheur. Duranton affirme même que les principes de la loi naturelle « sont de conduire l'homme au bonheur par la pratique de la vertu²⁰⁵⁴ ». La plupart des auteurs sont malgré tout forcés de conclure que les choses ne se passent pas ainsi. Et au lieu de s'interroger sur le contenu des droits qu'ils reconnaissent et des devoirs qu'ils imposent aux individus au titre de la loi naturelle ou de la morale, ces penseurs préfèrent reporter les résultats dans une hypothétique vie future²⁰⁵⁵.

Tout ceci ne peut évidemment convenir à un matérialiste tel que Joseph Rey. Loin de trouver quelques lumières dans les références à la volonté divine, il considère au contraire qu'elles ne font qu'obscurcir les idées que les hommes peuvent avoir des lois, du droit ou de la morale. Dans des notes marginales laissées sur un ouvrage de Constantin Pecqueur, il lui reproche ainsi de rattacher la loi morale à la volonté divine. Il juge trop facile et trop dangereuse cette invocation de Dieu. D'après notre juriste, une telle rhétorique permet de légitimer absolument tout ce qui existe, « [p]uisque rien ne se fait sans la volonté de Dieu²⁰⁵⁶ ». L'observation de la vie terrestre devrait donc susciter quelques préventions chez ceux qui mobilisent à tout va l'action de la Providence divine pour appuyer leurs théories de la justice. Bien qu'il ne croit ni en Dieu, ni en aucun des dogmes soutenus par la religion chrétienne, Rey feint par endroit d'y adhérer, afin de pointer les inconséquences et les apories de ses adversaires. À Pecqueur, qui invoque la sanction divine qui attend l'homme après la mort, il répond dans une *marginalia* que l'œuvre de Dieu « sur la terre n'est [...] pas un bien sûr garant qu'il fera autrement dans une autre vie²⁰⁵⁷ ». Car la main de Dieu plane sur l'intégralité des phénomènes, sans aucune exception, les plus heureux comme les plus tragiques. Il est donc vain de s'en remettre à un ailleurs qui pourrait tout aussi bien n'être

2052 *Ibid.*, p. 188.

2053 V. COUSIN, *Premiers essais de philosophie*, *op. cit.*, p. 286.

2054 A. DURANTON, *Cours de droit français*, t. 1, *op. cit.*, p. 15.

2055 A.-C. RENOUARD, *Éléments de morale*, *op. cit.*, p. 163-164.

2056 BMG, E. 26985, p. 22.

2057 *Ibid.*, p. 136.

que la continuation de l'injustice actuelle. Rey sait toutefois que ce n'est pas ainsi que le conçoivent les sectateurs du libre-arbitre. Mais même en supposant que tout ne relève pas de la prescience divine, chercher la volonté de Dieu ne peut qu'être source de confusions. Les voies de Dieu « nous étant inconnues, nous ne pourrions modeler les nôtres sur les siennes, sans marcher dans les ténèbres²⁰⁵⁸ ». Il convient plutôt de chercher à mettre en œuvre ici et maintenant des lois qui favorisent le bonheur. Ce qui passe avant tout par une connaissance des lois de la nature.

B/ LES LOIS DE LA NATURE APPRÉHENDÉES DANS UNE PERSPECTIVE HÉDONISTE

Alors que les juristes éclectiques parlent volontiers de la loi naturelle, Joseph Rey n'use que très rarement de ce qualificatif, qu'il réserve pour les lois conformes à la nature de l'homme, c'est-à-dire aptes à susciter une certaine quantité de plaisir ou à éviter des souffrances. L'écart qui sépare la loi naturelle des spiritualistes et les lois de la nature reyiennes est donc immense. Alors que la première consiste en un ensemble d'injonctions morales, les secondes s'identifient plutôt à des régularités de l'ordre physique et ressemblent plus à l'idée de lois que se font les physiciens. Joseph Rey commence pourtant par reprendre la définition de la loi que propose Tracy (1), c'est-à-dire l'idée d'une norme, d'une prescription, d'une obligation. D'après Bertrand Binoche, le geste de Tracy signale sa volonté de « revenir à la question de l'obéissance légitime : non pas "pourquoi a-t-on institué telle règle ?", mais "qui doit obéir à qui ?"²⁰⁵⁹ ». Nous pouvons encore y reconnaître un désir de penser l'intervention des hommes, par le biais de la loi, pour modifier leur situation. À partir d'une connaissance des lois de la nature, il doit alors être possible de mettre en place une législation (positive) ayant pour finalité d'augmenter le bien-être individuel et collectif. Car il existe en effet une loi de la nature plus fondamentale que les autres pour déterminer les droits et les devoirs des hommes et penser l'intervention du législateur. Il s'agit de la loi physiologique et morale qui pousse l'individu à rechercher l'accomplissement de ses désirs et lui permet ainsi d'assurer sa propre conservation. C'est pourquoi chez Rey comme chez Tracy, les lois de la nature sont d'abord appréhendées dans une perspective hédoniste. Mais, dans la mesure où toutes les régularités observables dans la nature ne sont pas créatrices d'un bonheur

2058 *Ibid.*, p. 23. Puis à force de buter sur les multiples références à Dieu qui abondent sous la plume de PECQUEUR, REY finit par céder : « On pourrait cependant admettre l'idée de la volonté de Dieu, comme règle de notre conduite, en la formulant ainsi : Dieu a voulu que nous fussions faits de manière que nous ne pouvons être vraiment et parfaitement heureux qu'en conciliant le plus possible nos intérêts avec ceux de nos semblables. Donc il importe à notre propre bonheur que nous suivions cette volonté de Dieu » (BMG, E. 26985, p. 98).

2059 Bertrand BINOCHÉ, *La raison sans l'histoire, Échantillons pour une histoire comparée des philosophies de l'Histoire*, Paris, P.U.F., 2007, p. 87.

que Rey estime naturel à l'homme, la réalité demeure génératrice d'une tension que l'usage de la terminologie classique peine à restituer (2). Rey ne s'y arrête pas et mobilise principalement le champ lexical de la nature pour évoquer ce qu'il considère apte à produire du bien-être pour l'homme. Afin d'accroître le bonheur commun, il importe d'adopter des lois positives qui seront alors qualifiées de naturelles s'il en résulte une augmentation du bien-être des hommes. C'est donc par la connaissance des lois de la nature humaine en particulier que peut être pensée l'intervention du législateur (3).

1. La définition des lois de la nature selon Destutt de Tracy

Dans le premier XIX^e siècle, donner une définition de la loi nécessite de se positionner par rapport à celle proposée par Montesquieu. Nous l'avons déjà vu avec Toullier²⁰⁶⁰. Dans le passage que Rey cite²⁰⁶¹ et qui ouvre le premier chapitre du *Commentaire sur l'Esprit des lois*, Tracy commence ainsi par réfuter la définition de Montesquieu, d'après qui les lois sont « les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses²⁰⁶² ». Bien que l'Idéologue finisse par proposer une version des lois de la nature similaire à celle des lois-rapports, il entend d'abord rétablir ce qu'il considère être la signification première du terme. Dans son acception primitive, la loi est avant tout « une règle prescrite par une autorité que nous regardons comme ayant le droit de faire cette loi²⁰⁶³ ». Une telle « idée de la loi », ajoute-t-il, « renferme celle d'une peine attachée à son infraction, d'un tribunal qui inflige cette peine, d'une force physique qui la fait subir »²⁰⁶⁴. Autrement dit, la loi est, au sens propre, un commandement assorti d'une sanction. Cela permet alors de dépasser le caractère tout à la fois fataliste et relativiste des lois telles que les conçoit Montesquieu, et qui conduit à « naturaliser » des institutions condamnables du point de vue du bonheur humain²⁰⁶⁵.

Cependant, une fois l'ordre des significations rétabli, Tracy propose une approche de ce qu'il nomme les *lois de la nature* qui reprend en quelque sorte le sens des lois-rapports de

2060 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, A.

2061 JGLJ, t. 1, p. 397-401 ; TPGD, p. 284-288.

2062 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 1. Pour un commentaire intéressant de cette définition, voir Louis ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, P.U.F., 4^e éd., 2003, p. 28-42.

2063 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 1.

2064 *Ibid.*, p. 2.

2065 Bien que MONTESQUIEU ajoute, après avoir défini les lois, qu'il s'oppose à une forme de « fatalité aveugle » (*De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 2), il évoque par exemple « ce qui a naturalisé la servitude chez les peuples du midi », celle-ci apparaissant alors comme un état fatal relativement à un certain climat donné (*De l'Esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 266), même s'il ajoute que l'esclavage « n'est pas bon par sa nature » (*ibid.*, p. 62).

Montesquieu. Comme le remarque Bertrand Binoche, le tort de Montesquieu, d'après Tracy, est « d'effacer toute équivocité en voulant résorber la loi comme obligation dans la loi comme rapport physique²⁰⁶⁶ ». Ce n'est en effet que par dérivation, par *extension* du sens premier – Spinoza parlait de « métaphore²⁰⁶⁷ » – que la loi a pu être conçue comme une causalité physique :

« quand nous remarquons l'action réciproque de tous les êtres les uns sur les autres, quand nous observons les phénomènes de la nature et ceux de notre intelligence, quand nous découvrons qu'ils s'opèrent tous d'une manière constante dans les mêmes circonstances, nous disons qu'ils suivent certaines *lois*. Nous appelons par extension *lois de la nature*, l'expression de la manière dont ces phénomènes s'opèrent constamment²⁰⁶⁸ ».

Prenant l'exemple de la loi de la gravité, il explique que « les choses se passent comme si une autorité invincible eût ordonné qu'elles fussent comme cela, sous peine de l'anéantissement inévitable des êtres agissants²⁰⁶⁹ ». On retrouve la même idée chez Volney, qui définit les lois de la nature comme les « règles constantes et générales auxquelles sont soumises les actions de tous les êtres, et qui ne peuvent être enfreintes sans que l'ordre général ou particulier soit interverti ou troublé²⁰⁷⁰ ». Ce sont en quelque sorte les lois de la nécessité qui régissent l'univers et l'homme qui en est partie. Tracy applique ainsi les caractères de la loi (au sens propre) aux lois de la nature, mais prend bien garde de signaler qu'il ne s'agit ici que d'une simple opération de l'esprit (*les choses se passent comme si*). Lorsqu'il affirme ensuite que les lois de la nature sont assorties de sanctions, il écrit encore que :

« l'autorité est suprême, le tribunal infaillible, la force insurmontable, la punition certaine ; *ou du moins tout se passe comme si tout cela était ainsi*²⁰⁷¹ ».

Comme si : car il n'y a en réalité ni tribunal infaillible, ni punition certaine, mais seulement une régularité dans les phénomènes de la nature. Tracy écrit pourtant que l'on ne peut « désobéir impunément à ces lois²⁰⁷² ». Mais, il n'est pas correct de les situer dans le registre du commandement, de l'obéissance et de la punition. Ces lois relèvent du domaine de la nécessité : la chute d'un corps grave nous écrasera toujours ; il n'y a pas d'obéissance ou de désobéissance envisageable dans un tel cas. Se faire écraser ne peut être conçu comme la sanction qui accompagne la violation d'une loi de la nature : c'est la réalisation même de la loi de la gravité. Certes, il y a bien ici un événement qui, étant générateur de souffrance pour l'individu, n'est pas conforme aux lois de sa nature. Mais le vocabulaire de la pénalité fait rentrer dans un champ conceptuel qui n'est pas celui de la causalité naturelle. Il y a bien une peine, dans le sens d'une

2066 B. BINOCHE, *La raison sans l'Histoire*, op. cit., p. 86.

2067 « C'est toutefois par métaphore que le mot de loi se voit appliqué aux choses naturelles, car communément on n'entend pas par loi autre chose qu'un commandement » (Baruch SPINOZA, cité par L. ALTHUSSER, *Montesquieu*, op. cit., p. 30).

2068 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, op. cit., p. 2.

2069 *Ibid.*, p. 2.

2070 VOLNEY, *La loi naturelle*, op. cit., p. 3.

2071 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, op. cit., p. 3 ; c'est nous qui soulignons.

2072 *Ibid.*, p. 3.

souffrance ressentie par celui qui, par exemple, se fait écraser par une roche. Toutefois cela doit plutôt se comprendre comme une inflexion ou même une incitation à retrouver le cours naturel pour l'homme, c'est-à-dire le bonheur. Ayant réalisé une action (ou subi un événement) productrice de mal-être, donc contraire aux lois de sa nature, l'individu ressent un déplaisir qui l'incitera alors à réparer le mal causé ou à éviter qu'il se reproduise. Si Tracy parle en termes de punition, c'est parce qu'il voit dans la sensibilité humaine une loi de la nature fondamentale qui permet d'entreprendre une évaluation de type axiologique. En effet, l'Idéologue affirme que :

« c'est une loi de la nature *qu'un être animé soit jouissant ou souffrant, c'est-à-dire qu'il s'opère en lui, à l'occasion de ses perceptions, une sorte de jugement qui n'est que la conscience qu'elles le font jouir ou pâtir ; qu'en conséquence de ce jugement, il naisse en lui une volonté, un désir de se procurer ces perceptions ou de les éviter, et qu'il soit heureux ou malheureux, suivant que ce désir est accompli ou non* ; cela veut dire qu'un être animé est tel par l'ordre éternel des choses, et que s'il n'était pas tel, il ne serait pas ce que nous appelons un être animé.

[...] Tant que nous ne nous arrangerons pas pour que nos désirs soient accomplis, ou, ce qui revient au même, tant que nous fomenterons en nous-mêmes des volontés inexécutables, nous serons toujours malheureux²⁰⁷³ ».

Dans l'esprit de Tracy, la punition fait donc référence à la production d'une certaine quantité de déplaisir, malheur, souffrance. Loin de l'idée de la pénalité qui est celle de la doctrine spiritualiste, c'est ici une mécanique causale qui est en jeu : un effet produit nécessairement une conséquence qui, si elle est négative, peut éventuellement – par métaphore – être envisagée comme une peine. Les lois positives, c'est-à-dire celles « artificielles et conventionnelles²⁰⁷⁴ », ne doivent donc pas forcément être *conformes* à l'ensemble des lois de la nature, bien que Tracy suggère parfois le contraire²⁰⁷⁵. Elles doivent, « pour être réellement bonnes, être conséquentes à ces lois anciennes et plus puissantes²⁰⁷⁶ ». *Être conséquentes*, c'est donc être adoptées en se fondant sur la connaissance que les hommes peuvent en avoir, et cela ne consiste pas à les répéter dans les lois positives – ce qui n'aurait d'ailleurs ni sens ni utilité. Il faut surtout déduire de ces lois physiologiques les règles d'organisation sociale. Tracy est plus convaincant encore lorsqu'il affirme que les lois positives doivent être « conformes aux lois *de notre nature* [...], sans quoi il est certain que celles-ci les surmonteront [...], que nous serons malheureux²⁰⁷⁷ ». Ces lois de la nature humaine, qui font de l'homme un animal mu par la recherche du plaisir, surplombent donc toutes les autres lois de la nature, en ce sens qu'elles déterminent la valeur de chacune d'elles du point de vue humain. « Le *juste* est ce qui produit le bien, l'*injuste* est ce qui produit le

2073 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 2-3.

2074 *Ibid.*, p. 3.

2075 TRACY écrit en effet que « le juste fondamental est ce qui leur est conforme » (*Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 5).

2076 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 5.

2077 *Ibid.*, p. 4 ; c'est nous qui soulignons.

mal²⁰⁷⁸ ». Parmi les phénomènes de la nature qui s'opèrent de façon constante (c'est-à-dire parmi les lois de la nature), certains sont générateurs de plaisirs, et donc conformes aux lois de la nature humaine, là où d'autres ne produisent que des souffrances. D'où l'ambiguïté de la référence à la nature.

2. L'ambiguïté terminologique de la référence à la nature

Joseph Rey cite l'intégralité de la définition donnée par Tracy des lois de la nature. L'analyse que nous venons d'en faire s'applique donc également à notre auteur. Il résulte ainsi de la physiologie et de la morale hédoniste une conception particulière de ce qui est naturel pour l'être humain. Est naturel pour l'homme, ce qui est en mesure de lui apporter la plus grande quantité de bonheur. Dès lors la satisfaction d'un désir ou la réalisation d'un plaisir laissant l'individu dans un état de bien-être conforme aux lois de sa nature, toute situation génératrice de mal-être qui lui causerait un *tort* est, pour Rey, contraire au *droit*. C'est en ce sens qu'il peut écrire que dans l'hypothèse où une chose, situation, événement procure un mal-être, l'homme n'a « aucun *droit* dans un tel désir²⁰⁷⁹ ». Rey se sépare ici de Tracy en se faisant moins absolu que lui sur le sujet des désirs. En suivant la pensée du juriste, on peut ainsi dire que le malheureux souffre d'un mal-être et demande, en quelque sorte, à être rétabli dans son droit, c'est-à-dire à retrouver un état conforme aux lois de sa nature. Cette manière de penser s'inscrit dans un cadre philosophique gouverné par cette vérité axiomatique héritée des Lumières : il est conforme à la nature de l'homme de rechercher le plaisir et de fuir la douleur. Puisque toutes les situations sont régies par des lois de la nature entendues comme lois-rapports, mais que toutes ne produisent pas du bien-être, alors certaines ne sont pas conformes à la nature de l'homme, aux lois de notre nature.

Dans la définition que Rey reprend de Tracy, ce dernier utilise également l'expression de « *lois naturelles* » comme synonyme de lois de la nature. Sous la plume de Rey en revanche, le qualificatif de naturel, accolé au terme de loi ou de droit, ne renvoie pas exactement au même contenu. Lorsqu'il qualifie une loi de naturelle ou antinaturelle, le juriste fait référence aux conséquences qu'elle produit, selon que celles-ci sont ou non favorables au bonheur des

2078 *Ibid.*, p. 4.

2079 Évoquant l'hypothèse de celui qui désirerait faire quelque chose qui lui procurerait « un mal-être », il prend soin de préciser que l'homme n'a « aucun *droit* dans un tel désir », car « cette prétention *ne serait pas conforme* aux lois » ou aux « principes » de son organisation. Il y aurait ainsi un « très-grand *tort* » dans ce désir (JGLJ, t. 2, p. 20 ; TPGD, p. 209) - « ce qui est bien l'idée contraire à celle de *droit* » (TPGD, p. 166).

hommes. Seules les lois positives se voient alors attribuer de tels qualificatifs. Quoi qu'il en soit, la référence à la nature le place néanmoins sur un terrain glissant. Depuis l'Antiquité, le syntagme de loi naturelle a été chargé d'une pluralité de sens qui obscurcissent son intelligibilité. Le risque est de retomber dans l'ornière de la loi naturelle indexée sur la raison, telle que la doctrine spiritualiste la théorise²⁰⁸⁰. C'est pourquoi certains juristes jugent vicieux le recours aux expressions qui associent la loi ou le droit au champ lexical de la nature²⁰⁸¹. En étudiant les idées que s'en font Grenier et Charles Comte, nous pensons pouvoir expliciter certains aspects de la pensée de Rey sur lesquels il laisse son lecteur dans le doute.

Grenier juge qu'il n'est « rien de moins philosophique et qui ait donné lieu à plus de disputes et de malentendus que cet adjectif naturel employé à qualifier la loi ou le droit²⁰⁸² ». Le juriste considère en effet que l'expression de lois naturelles (ou lois de la nature) peut renvoyer à l'ensemble des phénomènes naturels, qu'ils produisent du plaisir ou génèrent des effets nuisibles²⁰⁸³. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, « on ne peut pas dire [...] que la *loi* soit le *droit* », elle est « au contraire, l'opposé du droit »²⁰⁸⁴. Pour donner une signification intelligible à l'adjectif naturel, Grenier pose alors cette règle :

« regardez si la loi est bonne en la jugeant par ses produits, et non en vous référant à tel principe imprimé dans un livre ; que si la loi a d'heureux résultats, elle sera toujours assez naturelle, car ce mot ne signifie rien s'il ne veut pas dire ce qui est *bon*²⁰⁸⁵ ».

C'est une logique que l'on retrouve également dans un passage du *Traité de législation* de Charles Comte – passage que Rey juge par ailleurs « fort bon²⁰⁸⁶ » et qu'il désirait intégrer à son propre *Traité des PGD* afin de modifier celui emprunté à Tracy. En passant par les développements de Charles Comte, il devient encore plus aisé de saisir l'acception que ces auteurs donnent aux termes de loi et de nature. Comte offre une définition des lois qui reprend le sens des lois-rapports de Montesquieu, lequel est d'ailleurs cité. Il définit « une *loi naturelle*, ou simplement une loi » comme la « liaison qui existe entre une cause et l'effet qu'elle produit »²⁰⁸⁷. Il identifie alors le terme de « loi » à celui de « puissance » : « deux choses étant données, nous considérons comme une loi de leur nature, l'action que l'une d'elles exerce constamment sur l'autre dans tous les cas

2080 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, A.

2081 Outre COMTE et GRENIER, dont les idées seront ici développées, on trouve encore Félix BERRIAT-SAINT-PRIX pour signaler les difficultés que soulève le concept de loi naturelle (*Commentaire sur la Charte Constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836, p. 121).

2082 B. GRENIER, « De la controverse du droit, considérée... », 2^e article, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 5, 1836-37, p. 311.

2083 *Ibid.*, p. 302-303.

2084 *Ibid.*, p. 303.

2085 *Ibid.*, p. 311-312.

2086 BMG, F. 11454, p. 119.

2087 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 117.

qui se ressemblent »²⁰⁸⁸. On est ici dans une pure causalité physique, à l'instar de ce que l'on a trouvé sous la plume de Tracy. Ainsi, « c'est une loi que l'individu qui s'abstient de prendre des aliments pendant un temps donné, souffre un certain degré de douleur, ou périclise »²⁰⁸⁹. La loi est une relation, un rapport constant entre deux choses. Mais pour qu'elle puisse être qualifiée de naturelle, il faut que ce rapport produise une certaine quantité de plaisir. Or, la privation d'aliments est contraire à la loi de notre nature, car il en résulte un déplaisir. Par conséquent, pour Comte, lorsqu'il est question de conformité ou de contrariété « à la loi naturelle de l'homme », cela signifie « que de tel fait il résulte telle conséquence bonne ou mauvaise »²⁰⁹⁰.

Rey ne distingue pas aussi explicitement que Comte ou Grenier, mais il affirme néanmoins clairement qu'une loi ne peut être dite naturelle que si elle est « conforme à la nature des choses dans la direction de notre bonheur »²⁰⁹¹. Ainsi, dans le cas de la privation d'aliment, génératrice de mal être, on peut certes reconnaître une relation de cause à effet, donc une loi de la nature, mais celle-ci ne saurait être qualifiée de *naturelle*, car elle n'est pas conforme à la nature de l'homme. Dans ce cas, il importe alors d'agir, par exemple politiquement en adoptant une loi qui, venant résoudre la situation en accordant les aliments nécessaires à chacun, sera dès lors considérée comme naturelle. On ne saurait donc dire qu'une loi de la nature oblige ou interdit. Elle n'est pas un impératif catégorique. Condorcet avait aussi explicité cette acception des lois de la nature dans un manuscrit resté inédit. Il écrit que cela renvoie aux

« lois générales (ou faits constants qui s'observent dans la nature) d'après lesquels se combinent, se modifient ou engendrent (*sic*) des effets réciproques. C'est en ce sens qu'on dit par une métaphore très hardie, la nature veut, ordonne, défend, accorde, etc »²⁰⁹².

Certes, la loi de notre nature nous enjoint à assurer la satisfaction de nos besoins, et Rey y voit la source de nos devoirs envers nous-mêmes. Mais elle apparaît plutôt comme donnant une mesure, une référence ou un modèle à suivre. Et dans la conception de Charles Comte, de Joseph Rey ou de Grenier, cette mesure se trouve dans la quantité de bonheur qui résulte de la relation de cause à effet.

Rey entend ainsi mettre en avant la dimension axiologique du qualificatif *naturel* afin de marquer une différence entre les diverses lois-rapports, et faire prévaloir ce qui, pour l'homme, est producteur de bien-être, conforme aux lois de sa nature. En reprenant la réfutation de

2088 *Ibid.*, p. 118.

2089 *Ibid.*, p. 117.

2090 *Ibid.*, p. 119.

2091 *TPGD*, p. 289. Dans ses *Leçons* de 1820, REY évoquait seulement la conformité « à la nature des choses », sans référence à la question du « bonheur » (*JGLJ*, t. 1, p. 402).

2092 CONDORCET, cité par Bernard PLONGERON, « Nature, métaphysique et histoire chez les idéologues », *Dix-huitième siècle*, 1973 | 5, p. 384.

Montesquieu proposée par Tracy, Rey est animé par la volonté de s'opposer au fatalisme de la théorie du Baron de la Brède. En effet, il désire rectifier, par la législation, les situations productrices de déplaisir. Il y a d'ailleurs quelque chose de similaire chez Helvétius, lorsqu'il avance contre Montesquieu que « ces rapports ne devraient être que le principe et la source des lois²⁰⁹³ ». Pour sa part, Joseph Rey reproche à ceux qui s'inscrivent dans le sillage de Montesquieu de « confondre sans cesse le fait avec le droit²⁰⁹⁴ ». Par conséquent, dans la théorie de Rey, la reconnaissance de lois de la nature ne condamne pas le volontarisme législatif, tout au contraire : elles doivent servir de socle à l'intervention du législateur.

3. Les lois de la nature humaine comme socle du travail législatif

Alors que Rey se revendique, dans une certaine mesure, de l'utilitarisme juridique benthamien, il faut cependant reconnaître que Bentham aurait sans doute buté sur le recours au champ lexical de la nature. Pourtant, on retrouve des idées analogues chez les deux penseurs. Il faut d'abord remarquer que si Bentham s'élève contre le recours au *jusnaturalisme*, c'est parce qu'il y reconnaît une sorte d'*ipsedixitisme*²⁰⁹⁵. Comme pour le *principe de sympathie*, il considère que ceux qui invoquent les lois naturelles cherchent surtout à faire prévaloir leurs points de vue sans chercher à se justifier. C'est à ceux qui « sont réduits à affirmer sans prouver » que le jurisconsulte s'oppose²⁰⁹⁶. Rey entend justement ne pas tomber dans ce type de travers. Jeremy Bentham s'oppose encore et surtout au *jusnaturalisme* car il juge les lois positives nécessaires pour rectifier certains aspects des phénomènes naturels. Selon lui, il n'y a de naturel en l'homme que « des sentimens de peine ou de plaisir, des penchans²⁰⁹⁷ ». Or, il n'entend pas laisser libre cours à tous ces penchans, et c'est pourquoi il refuse de les qualifier de lois. D'après lui, les lois sont au contraire essentielles pour « réprimer ces penchans²⁰⁹⁸ », dès lors qu'ils sont contraires à l'utilité commune, au bonheur commun. Comme l'explique Mohammed El Shakankiri, pour Bentham, « [l]es lois naturelles traduisent [...] le déterminisme psychologique de l'action humaine. Les lois

2093 C.-A. HELVÉTIUS, *De l'Esprit des lois : avec les notes d'Helvétius*, t. 1, Paris, A. Hiard, 1833, p. 19.

2094 TPGD, p. 244.

2095 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, III, B.

2096 J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 1, *op. cit.*, p. 133. BENTHAM écrit également, dans *Rights, Representation and Reforms*, que « [l]'expression droit naturel, quand elle est opposée à l'utilité, n'a absolument aucun sens. Dire à une législature reconnue comme suprême, vous n'avez pas le droit de faire ceci ou cela, même si c'est profitable à l'État, n'est qu'une autre façon de dire, je n'aimerais pas que vous fassiez ceci ou cela, bien que je ne sache dire pourquoi » (cité par E. DE CHAMPS, « La déontologie politique » ou la Pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham, *op. cit.*, p. 198).

2097 J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 1, *op. cit.*, p. 133.

2098 *Ibid.*, p. 133.

juridiques doivent tenir compte de ce déterminisme ; elles doivent avoir pour but de réorienter les actions des hommes, par la force de la sanction, vers la réalisation du plaisir du plus grand nombre²⁰⁹⁹ ». Avant lui, Beccaria proposait déjà des développements analogues, qualifiant de « force » ce que Bentham nomme « penchant » ; une « force qui, semblable à la gravitation, nous incite à rechercher notre bien-être », mais à laquelle il est parfois nécessaire d'opposer des « *obstacles politiques* »²¹⁰⁰. Le jurisconsulte britannique considère encore que, « [s]'il y avoit une loi de la nature qui dirigeât tous les hommes vers leur bien commun, les lois seroient inutiles²¹⁰¹ ».

Rey partage cette idée, même s'il est peut-être plus optimiste que Bentham. En effet, si les hommes étaient toujours spontanément portés vers la réalisation du bien commun, toute intervention du législateur serait inutile voire nuisible. Mais notre juriste reconnaît au contraire que la législation a pour but « de donner une bonne direction aux actions des individus qui composent la société²¹⁰² ». Rey partage encore avec Bentham l'idée que le législateur doit toujours « *indirectement* exercer son influence sur tous les actes du citoyen, notamment par un bon système de récompenses et de peines²¹⁰³ ». Et tel était également l'avis de Cesare Beccaria, affirmant que « [l]e législateur agit comme l'architecte habile dont le rôle est de s'opposer aux forces destructives de la pesanteur et de mettre en œuvre celles qui contribuent à la solidité de l'édifice²¹⁰⁴ ». Pas plus que les notions de penchants ou de forces, celui de lois de la nature ne condamne donc d'aucune façon le volontarisme législatif. C'en est au contraire le fondement même puisque c'est seulement en connaissant ces lois que le législateur pourra accomplir la mission qui lui est impartie. Comme le note Bertrand Binoche au sujet de Tracy, « respecter [les lois de la nature] ce n'est pas "laisser agir"²¹⁰⁵ ». Binoche découvre ainsi chez Tracy un « jusnaturalisme inédit [...] aux accents plus spinozistes que hobbesiens où l'art *actualise* la nature plus qu'il ne la garantit²¹⁰⁶ ».

Lorsque Rey s'oppose à la distinction entre droit naturel et droit civil, il qualifie les lois positives de *naturelles* ou *anti-naturelles* selon qu'elles tendent ou non au bien-être des individus²¹⁰⁷. En ce sens, le naturel ne consiste donc pas dans ce qui est donné par la nature comme un déjà-là. C'est aussi et surtout, pour ce qui concerne la science juridique, ce que la culture et l'artifice peuvent créer afin de favoriser le bonheur de la société. Et l'on retrouve le principe d'utilité. Dès

2099 M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, op. cit., p. 235.

2100 Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991, p. 73.

2101 J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 1, op. cit., p. 133.

2102 TPGD, p. 13.

2103 JGLJ, t. 1, p. 388.

2104 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 73.

2105 B. BINOCHE, « Comment suivre la nature ? Tracy lecteur de Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n° 5, 2001, p. 73.

2106 B. BINOCHE, *La raison sans l'histoire*, op. cit., p. 87.

2107 TPGD, p. 196-197.

lors que l'on connaît les diverses lois, les rapports constants entre les objets de ce monde, il devient possible d'agir sur lui en étant guidé par la recherche de l'utile. *Naturel* et *utile* apparaissent finalement comme des termes interchangeables.

On retrouve ici la dimension volontariste, mais un volontarisme guidé par une axiologie des plaisirs et des peines. Bien que le législateur dispose d'une grande marge de manœuvre, il doit prendre garde de ne pas transformer « en crimes des actions innocentes, ou mêmes vertueuses, et [de ne pas transformer] en vertus des pratiques indifférentes, ou même des actions extrêmement nuisibles » – comme l'ont fait par exemple toutes les religions²¹⁰⁸. Joseph Rey remarque en effet que les lois de la nature humaine ont pu être contrariées par l'intervention de législateurs imprudents. C'est ici que le juriste se fait peut-être plus optimiste que Bentham. Rey juge en effet que la morale des intérêts est « en harmonie avec les lois de notre nature », mais que des législateurs imprudents on « tout fait jusqu'à ce moment pour pervertir ces lois »²¹⁰⁹. Ainsi, « d'après les lois de sa nature même, [l'homme] ne peut être vraiment et solidement heureux, qu'en contribuant au bonheur des autres²¹¹⁰ », écrit-il dans des *marginalia*. Par conséquent, « aucun de nous ne peut chercher impunément son propre bonheur s'il ne respecte celui des autres, et si même il n'y contribue de son mieux²¹¹¹ ». Mais Rey n'est pas dupe et remarque bien que, « dans l'état d'imperfection où se trouve la société, un tel résultat s'obtient avec difficulté²¹¹² ». Cela ne le conduit pourtant pas à réfuter cette loi, ou à placer sa sanction dans un arrière-monde, à l'instar des spiritualistes. Rey préfère en effet conclure que « la société est encore mal organisée²¹¹³ ». Ce qui appelle donc une intervention humaine pour la réorganiser en remontant à ses véritables bases, conformes aux lois de notre nature. Les lois de la nature humaine constituent ainsi une boussole qui doit orienter le législateur, ce qui revient toujours à dire que ce dernier doit agir en ayant pour cap le bonheur des hommes.

Alors que les éclectiques ont tendance à reconnaître (et parfois à dénoncer) une sorte d'arbitraire dans les lois issues de la volonté humaine, par opposition aux lois naturelles²¹¹⁴, Joseph Rey écrit qu'« aucune autorité n'a jamais le droit que de faire des lois justes et naturelles²¹¹⁵ ». Penser qu'il puisse exister, « à bon droit », des lois « arbitraires »²¹¹⁶, comme

2108 *Ibid.*, p. 152.

2109 *Ibid.*, p. 237.

2110 BMG, E. 26985, p. 38.

2111 *Ibid.*, p. 40.

2112 *Ibid.*, p. 40.

2113 *Ibid.*, p. 40.

2114 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, A.

2115 *JGLJ*, t. 1, p. 402 ; *TPGD*, p. 289-290.

2116 *JGLJ*, t. 1, p. 403 ; *TPGD*, p. 290.

l'affirme par exemple Xavier Portets²¹¹⁷, voilà bien une terrible erreur. Car volontarisme ou artificialisme ne sont pas synonymes d'arbitraire. Joseph Rey s'oppose à la distinction, reprise de Domat, entre lois immuables et lois arbitraires, opposition qui prolonge son refus de distinguer droit naturel et droit civil, nature et artifice. Il cite alors le professeur de droit naturel, mais c'est bien un passage de Domat, tiré de son ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel*²¹¹⁸, qui est retranscrit :

« Les lois *immuables* s'appellent ainsi parce qu'elles sont naturelles et tellement justes, toujours et partout, qu'aucune autorité ne peut ni les changer ni les abolir.

Les lois *arbitraires* sont celles qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir selon le besoin.²¹¹⁹ »

De telles assertions apparaissent dangereuses aux yeux de Rey, puisqu'elles légitiment tout bonnement l'arbitraire du législateur dans certains domaines²¹²⁰. S'il existe bien des lois positives moins essentielles, moins fondamentales que d'autres, cela n'implique pas pour autant que l'on puisse les modifier de façon *arbitraire*. Rey entreprend alors de réfuter Portets (Domat), en lui opposant sa propre interprétation du terme « immuable ». Par là même, il offre une idée plus précise de sa conception des lois et du rapport que le droit entretient avec le contexte.

Selon notre auteur, toute loi (positive) doit être naturelle, c'est-à-dire juste et immuable. Mais cela ne signifie pas « que toute loi, qui porte une fois le caractère de justice, ne doive jamais être modifiée, *lors même que les circonstances changent*²¹²¹ ». De la même manière qu'un vêtement parfaitement taillé pour un enfant serait tout à fait inadapté à cet enfant devenu adulte, une loi entièrement adaptée à certaines circonstances ne saurait produire les mêmes effets dans des circonstances différentes. Ce n'est donc pas la loi qui change, ce sont les circonstances elles-mêmes qui sont différentes. En application de cette idée, Rey propose alors de reconnaître une cause originale d'abrogation des lois : l'abrogation tacite pour cessation des motifs²¹²². Il faut d'ailleurs compter, parmi les circonstances qui déterminent les lois, ou plutôt la connaissance que les hommes peuvent en avoir, le progrès des lumières. En effet, puisqu'il est impossible d'anticiper les « découvertes » futures « dans le monde moral et politique », les législateurs doivent tâcher « de suivre avec soin les progrès du temps où ils vivent, de ne jamais rester en arrière, et [...], par d'habiles combinaisons législatives, de hâter eux-même les progrès ultérieurs »²¹²³.

2117 X. PORTETS, *Cours de droit naturel, op. cit.*, p. 86-91.

2118 Jean DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, 1689, p. lvi.

2119 *JGLJ*, t. 1, p. 402 ; *TPGD*, p. 289.

2120 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, A pour une présentation plus détaillée de la position de Xavier PORTETS sur ce thème.

2121 *JGLJ*, t. 1, p. 402 ; *TPGD*, p. 290.

2122 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, I, B.

2123 *TPGD*, p. 283.

En portant un intérêt soutenu à la réalité matérielle et à la diversité des impressions auxquelles sont soumis les hommes, Rey ne saurait en effet concevoir l'immuabilité, l'intangibilité de normes absolues (c'est-à-dire conçues comme de pures idéalités). Aussi la législation positive peut-elle être modifiée au gré de l'évolution de l'état des choses, et l'on comprend d'autant mieux la nécessité d'un pouvoir constituant investi d'une fonction de révision de la constitution²¹²⁴. La législation *doit* donc être modifiée en fonction des circonstances particulières pour rester conforme aux lois de notre nature et s'adapter à la connaissance scientifique que les hommes ont du monde qui les environne. Dans ce cas, « la loi nouvelle doit être elle-même *naturelle, juste* et IMMUEBLE, *tant que la nouvelle circonstance reste dans le même état*²¹²⁵ ». Autrement dit, le but de la législation étant invariable, puisqu'il s'agit toujours de favoriser le bonheur des citoyens, ce sont seulement les moyens d'application qui doivent varier²¹²⁶. Mais Rey peut bien affirmer que toute loi doit être immuable, afin de s'opposer à la notion de lois arbitraires, il rejoint en fin de compte le point de vue de ceux qui s'opposent aux lois (positives) immuables²¹²⁷.

Penser les lois de la nature qui régissent les comportements humains à partir d'une épistémologie sensationniste ne conduit donc pas, comme le suggère Sautelet, à verser dans un pur relativisme. Il est vrai que le juriste éclectique propose une recension des *Préliminaires du droit*, ouvrage dans lequel Rey n'offre pas encore de définition de la loi. Mais pour Sautelet, c'est de toutes façons l'anthropologie même de l'auteur qui fait obstacle à la reconnaissance d'une véritable loi, c'est-à-dire, selon ses termes, une loi « invariable et absolue²¹²⁸ ». On ne peut, selon lui, « tirer l'absolu du relatif²¹²⁹ » ; or les sensations n'offrent que du relatif. Rey pourrait bien lui répondre que si les sensations, que l'on peut assimiler aux *circonstances*, sont bien relatives, les lois de la nature n'en sont pas moins immuables. L'interprétation qu'il donne du terme « immuable » dans ses ouvrages postérieurs tente ainsi de contrer une part de la critique éclectique. Cela ne saurait pour autant être suffisant. Car Sautelet a beau répéter à plusieurs reprises que Rey ne peut trouver aucune loi, il n'ignore pas à quelle loi aboutit une telle philosophie. Cela est évident lorsqu'il demande de façon rhétorique : « Maintenant, quelle autre loi assigner à l'homme, que celle de ses besoins [...] ?²¹³⁰ » Le problème n'est donc pas l'absence de loi, mais le fait de dégager les lois de la nature du corps humain et de ses besoins plutôt que de les chercher dans la nature morale de l'homme telle que l'éclectisme la conçoit. En effet, pour Rey, les lois ne sont pas forcément extérieures à l'individu, puisque certaines sont le produit ou la résultante de son

2124 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, I, B, 2, β.

2125 *JGLJ*, t. 1, p. 403 ; *TPGD*, p. 290.

2126 *TPGD*, p. 258-259 ; voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, I, C, 1.

2127 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, I, B.

2128 *Thémis*, t. 2, p. 72.

2129 *Ibid.*, p. 70.

2130 *Ibid.*, p. 70.

fonctionnement physiologique. La première des lois de nature pour l'individu est la loi de son organisation biologique. Celle-ci est nécessaire, dans le sens où il n'est pas possible de composer avec elle. Lorsque la faim surgit il faut la satisfaire. Si on ne peut le faire, on crée un déplaisir qui, s'il se renouvelle de manière régulière, devient souffrance, affaiblissement, maladie et *in fine* mort. C'est la nécessité même qui apparaît lorsque l'on remarque certaines lois-rapports, c'est-à-dire le jeu constant, stable et régulier de certains effets et de certaines causes. Et c'est à partir de là et en fonction de la fin assignée aux actions humaines, c'est-à-dire le bonheur, que peuvent s'envisager les notions de droit et de devoir.

Lorsque Pecqueur écrit, dans des termes qui rappellent ceux de Jouffroy, que « [l]a fonction de l'humanité consiste à accomplir le *bien en soi*²¹³¹ », Joseph Rey n'y voit encore que « des idées mystiques, qui ont tout embrouillé en fait de morale sociale²¹³² ». D'après lui, la seule fonction de l'humanité, qui est « indiquée clairement par les besoins que lui a donnés son créateur, est de satisfaire à ces besoins au moyen des facultés qui sont en elle²¹³³ ». La notion de besoins constitue alors le point de départ pour penser les droits et les devoirs des individus. On peut alors affirmer avec Bertrand Binoche que « les besoins apparaissent comme les rapports réellement nécessaires qui définissent la vraie nature de l'homme, et d'où se déduisent ses droits²¹³⁴ ». Sautelet a donc au moins raison sur un point : dans la perspective de Tracy ou de Rey, la première loi de la nature humaine est effectivement de satisfaire à nos besoins, et celle-ci est bien au fondement de la théorie reyienne du droit.

III/ AUX ORIGINES DES IDÉES DE DROIT ET DE DEVOIR : LES BESOINS COMME PRINCIPE DU DROIT

Dès les *Préliminaires du droit*, Joseph Rey offre une définition de ce qu'il considère être le droit. Dans un passage que nous avons déjà cité, il affirme ainsi que le droit suppose

« une *conformité de prétention avec les lois ou principes relatifs à l'objet dont il s'agit, considéré dans les circonstances où l'on se trouve*. C'est même en cela que consiste uniquement le droit *naturel*, si l'on veut donner exclusivement ce nom à ce qui est indiqué par la nature des objets²¹³⁵ ».

Cette définition très abstraite mérite quelques éclaircissements. Pour la rendre plus sensible, l'auteur propose alors de l'appliquer à l'individu. Bien qu'il refuse de prendre l'état d'isolement

2131 C. PECQUEUR, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique*, op. cit., 156.

2132 BMG, E. 26985, p. 156.

2133 *Ibid.*, p. 156.

2134 B. BINOCHE, *La raison sans l'Histoire*, op. cit., p. 88.

2135 *Préliminaires*, p. 98-99.

pour l'état naturel de l'homme, il juge en effet pertinent de partir de l'individu avant d'aborder la question du droit dans une perspective sociale. Il reprend ainsi la méthode des théoriciens contractualistes dont il cherche pourtant à se démarquer. Que l'on prenne l'homme isolé ou l'homme en société, le juriste ne voit aucune différence quant à « l'essence du droit²¹³⁶ », puisqu'il s'agit toujours d'être « en harmonie avec les principes de l'objet en question²¹³⁷ ». On ne saurait cependant se contenter de transposer les résultats des réflexions menées sur l'individu isolé à l'échelle de la société. Aux lois qui régissent l'individu s'ajouteront en effet les lois qui gouvernent leurs rapports, de sorte que l'application des notions de droit et de devoir se complique « à mesure que les rapports se multiplient²¹³⁸ ». Cependant, cela ne « change absolument rien à leur nature primitive²¹³⁹ ». Rey part donc de l'individu, et précise encore que cette question l'intéresse principalement sous l'angle de « la satisfaction de nos besoins²¹⁴⁰ ». Nous verrons ainsi comment Rey cherche à retracer la genèse des idées de droit et de devoir telles qu'elles se présentent à l'intellect humain (A), avant de mettre en lumière un des traits les plus intéressants de sa théorie du droit, à savoir l'exclusion de toute idée de droit subjectif (B).

A/ LA GENÈSE IDÉOLOGIQUE DES CONCEPTS DE DROIT ET DE DEVOIR

Dans les *Preliminaires du droit*, les notions de droit et devoir sont très peu développées par l'auteur. Pour ce qui concerne l'homme pris isolément, Rey se contente d'écrire qu'

« [i]l a, bien certainement, le *droit* de faire tout ce qui peut lui procurer un bien-être quelconque ; car la prétention d'éprouver du bien-être *est conforme* aux lois, aux principes de son organisation, d'après lesquels il est appelé à vouloir éprouver des sensations agréables. Il aurait, au contraire, *tort* de vouloir faire ce qui lui procurerait un mal-être, parce que cette prétention ne *serait pas conforme* aux lois de cette même organisation²¹⁴¹ ».

La première idée du droit qui se présente est fondamentalement marquée d'une dimension hédoniste, ce qui n'a rien de surprenant puisque le droit ne saurait être pensé indépendamment de la morale. Or, les études entreprises par Rey en matière de morale l'ont conduit à découvrir la loi qui gouverne la volonté humaine, loi de la nature qui dirige l'homme vers la recherche de son bien-être et qui n'est autre qu'une loi de son organisation biologique. Il est donc conséquent d'affirmer que l'individu qui agit conformément à cette loi en a le droit, est dans son droit. Dans

2136 JGLJ, t. 2, p. 20 ; TPGD, p. 209.

2137 TPGD, p. 209.

2138 DBOS, t. 2, p. 193.

2139 Ibid., p. 193.

2140 TPGD, p. 208.

2141 *Preliminaires*, p. 96.

ses *Préliminaires*, Rey passe directement à l'application de cette notion de droit à un contexte social. Puis il développe, dans ses écrits ultérieurs, les liens qui unissent la morale au droit, en remontant à l'idée de volonté. Il s'inscrit alors dans le sillage de Tracy, lequel affirme que « les idées de droit et de devoir » procèdent de la « faculté de vouloir »²¹⁴². Rey se distingue certes de son illustre précurseur en donnant une coloration sociale à sa théorie du droit. Mais c'est bien en Idéologue qu'il interroge ces concepts, puisqu'il cherche à retracer la genèse de ces idées. Autrement dit, le juriste ne se contente pas de formules toutes faites d'après lesquelles les idées de droit ou de devoir existent dans l'homme de façon innée²¹⁴³. Il entend montrer comment celles-ci ont pu effectivement naître dans l'intellect des hommes.

Dans ses *Leçons* comme dans son *Traité*, Rey commence par rappeler que lorsque la volonté n'est pas satisfaite, elle « est nécessairement suivie de l'idée de souffrance »²¹⁴⁴. Telle est « l'origine de nos *besoins*, qui se résolvent toujours dans le besoin général de ne pas souffrir une peine ou celui d'éprouver une jouissance »²¹⁴⁵. Il réaffirme ensuite un second élément de la science morale : associée à la faculté de mouvement, la volonté donne l'idée de personnalité. C'est alors de cette dernière idée que Rey fait ensuite découler celle de propriété, puis celle de moyens. En effet, l'idée de personnalité « nous dévoile que nous avons des facultés qui nous sont propres », c'est-à-dire des propriétés, « dans le sens le plus général de ce mot »²¹⁴⁶. Telle est « la source de nos *moyens* »²¹⁴⁷. Besoins et moyens vont alors former le substrat des notions de droit et de devoir de l'homme. Rey présente cependant deux schémas différents dans ses *Leçons* et dans son *Traité*.

Dans les premières, il fait du besoin de l'individu la source du droit, du « *droit* de tout faire » pour satisfaire ses besoins – là où les moyens sont la source des devoirs. Ses moyens imposent en effet à l'homme « *le devoir* de les appliquer » à la satisfaction de ses besoins²¹⁴⁸. En rattachant les droits aux besoins et les devoirs aux moyens, et en subordonnant l'idée de devoir à celle de droit, Rey ne fait que reprendre la logique de Destutt de Tracy. Mais par la suite, il

2142 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie, IV et V, Traité de la volonté et de ses effets*, op. cit., p. 106 ; « les idées de *devoir* et de *droit* [...] ont [...] leur source première dans la notion de *volonté* » (TPGD, p. 166).

2143 Portets écrit par exemple qu'« il est un fait que personne ne peut récuser, ce fait est l'idée de devoir qui existe dans l'homme. Or il est à jamais impossible d'expliquer ce phénomène par la crainte ni le désir ; il ne s'explique même pas : c'est une première cause humaine qui ne se rattache qu'à la cause surnaturelle et infinie » (Cours de droit naturel, op. cit., p. 35).

2144 JGLJ, t. 1, p. 15 ; TPGD, p. 165.

2145 JGLJ, t. 1, p. 15 ; TPGD, p. 165.

2146 JGLJ, t. 1, p. 15.

2147 *Ibid.*, p. 15. Dans son *Traité*, on retrouve la même idée, mais les phrases sont seulement formulées différemment (TPGD, p. 165).

2148 JGLJ, t. 1, p. 15.

propose une reformulation de cette théorie du droit qui, à certains égards, aboutit à des conséquences opposées à celles qu'en tire Tracy. Dans son *Traité* comme dans ses *Bases de l'ordre social*, Rey fait désormais précéder l'idée de droit par celle de devoir.

Le point de départ est toujours le même. Le juriste commence par évoquer les besoins et la nécessité de les satisfaire. Mais désormais, il en déduit d'abord la notion de devoir. L'homme a d'abord le « *devoir* de faire tout ce qui lui est possible [...] pour satisfaire ses besoins²¹⁴⁹ ». Et c'est de cette idée que « découle aussi nécessairement celle de *droit* », puisque ce droit « est inhérent à la nécessité ou au *devoir* que la nature lui a imposé à cet égard »²¹⁵⁰. En effet, si j'ai un devoir à accomplir, j'ai donc le droit de l'accomplir. La formule inverse reposait sur une logique moins rigoureuse, bien qu'elle ait le mérite de ne reconnaître de devoirs qu'aux êtres ayant les moyens de les accomplir. C'est d'ailleurs cette logique qui associe les devoirs aux moyens que Rey développe ensuite lorsqu'il transpose ces notions au cadre des relations sociales. Pour le moment, il insiste sur l'importance qu'il confère à l'antériorité de la notion de devoir tout comme au caractère corrélatif de ces deux notions. En effet, selon lui, l'idée de devoir est antérieure à celle de droit et il existe une corrélation intime entre les deux. Il précise dans ses *Bases de l'ordre social* que « l'antériorité de déduction [...] n'établit aucune espèce de privilège » en faveur de l'idée de devoir, puisque « [l]'une et l'autre son absolument inséparables »²¹⁵¹. « Chacun de ces deux mots n'exprime [...] qu'un des aspects différens de la même idée fondamentale, qui se rapporte toujours aux convenances de notre être.²¹⁵² » Dans des *marginalia*, il ajoute encore que ces notions sont corrélatives, « avec une entière égalité des deux termes²¹⁵³ ».

Ce n'est pourtant pas ainsi que le conçoit Tracy. Recourant à une hypothèse plus invraisemblable encore que celle d'un état d'isolement de l'être humain, ce dernier estime que l'idée de droit peut exister sans celle de devoir. Cette hypothèse est celle d'un être « sentant et voulant, mais incapable de toute action, une simple monade douée de la faculté de vouloir, mais dépourvue de corps²¹⁵⁴ ». Cet être, considère Tracy, a donc des droits puisqu'il a des désirs, mais nul devoir puisqu'il n'a aucun corps à mettre en mouvement, aucun moyen pour satisfaire ses désirs. De là, il conclut que les idées de droit et devoir ne sont pas « aussi essentiellement et nécessairement correspondantes et corrélatives qu'on le croit communément, car elles ne le sont

2149 TPGD, p. 166.

2150 *Ibid.*, p.166. Dans ses *Bases*, REY écrit également que, de la notion de devoir, « découle nécessairement celle de *droit* ; car on ne pourra jamais nous imputer à blâme ce qui nous est commandé par les exigences forcées de notre organisation, ce dont nous ne pourrions nous abstenir sans manquer à cette autorité suprême » (DBOS, t. 2, p. 192-193).

2151 DBOS, t. 2, p. 193.

2152 *Ibid.*, p. 193.

2153 BMG, E. 26985, p. 22.

2154 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie, IV et V, Traité de la volonté et de ses effets*, op. cit., p. 106-107.

pas à leur origine²¹⁵⁵ ». Il est tout à fait surprenant, voire paradoxal, d'évoquer un être qui n'aurait aucun corps mais qui serait malgré tout sentant et voulant. Cela peut éventuellement s'entendre dans le cadre de l'Idéologie rationnelle, mais perd toute crédibilité au regard de l'Idéologie physiologique²¹⁵⁶. Or, Rey ne se limite pas à la première et c'est pourquoi il n'évoque jamais cet aspect de la pensée de Tracy.

Rey propose donc une conception du droit comme fondé, premièrement, sur la nature matérielle, physiologique, animale même, de l'homme. À défaut, « ce serait aller contre la première condition de sa nature, qui lui inspire d'une manière irrésistible le désir de pourvoir à ses besoins²¹⁵⁷ ». Les hommes ont pourtant méconnu les « véritables conditions » de la nature humaine, retardant ainsi les progrès en matière de législation²¹⁵⁸. Le juriste estime ainsi que c'est un défaut d'examen des lois de la nature humaine qui est à l'origine des erreurs commises dans la détermination des droits et des devoirs. Mais ces lois sont inaltérables, et si l'on ne prend pas en considération l'hédonisme fondamental qui détermine la volonté et les actions de tout être humain, cela s'accompagne toujours d'un lot de souffrances plus ou moins immédiates. Cela est d'autant plus évident pour ce qui concerne la loi qui enjoint à l'homme de satisfaire à ses besoins physiques. C'est en effet une « nécessité imposée par [la] nature, c'est-à-dire par les lois de son organisation, nécessité à laquelle il *doit* se soumettre, sous peine de périr ou de souffrir²¹⁵⁹ ». Elle est, ajoute Rey, « impérieuse envers lui²¹⁶⁰ ». On remarque ainsi que, dans l'une et l'autre des versions, le besoin apparaît comme un fait créateur de droit. Rey écrit alors que la notion de droit « ne peut dériver [...] que de la conformité de ce qu'on prétend être le *droit* avec la vraie nature de l'homme, c'est-à-dire avec ses vrais besoins, sous les divers rapports *idéologiques, moraux et économiques*²¹⁶¹ ». La nature de l'homme étant sociale, le droit d'un individu est donc inévitablement voué à subir des modifications lorsqu'il se trouve au contact de ses semblables.

B/ L'IMPOSSIBLE DROIT SUBJECTIF

Conformément à la théorie reyienne du droit, il est en effet normal que l'état de société

2155 *Ibid.*, p. 108.

2156 Sur la différence entre les deux, voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, I.

2157 *JGLJ*, t. 1, p. 15.

2158 *TPGD*, p. 12.

2159 *Ibid.*, p. 165-166.

2160 *Ibid.*, p. 166.

2161 *Ibid.*, p. 164.

impacte les conditions du droit, puisque les circonstances ne sont plus les mêmes que lorsque l'on imagine l'individu seul. Il n'est plus seulement question d'assurer la subsistance et la jouissance d'un seul corps. Par conséquent, il ne s'agit plus de reconnaître à l'individu le droit absolu d'accomplir tous ses désirs, mais de penser la conciliation et l'équilibre des différentes prétentions individuelles. Aux lois de l'organisation du corps humain s'ajoutent alors les lois et les principes de la société. Or, ceux-ci impliquent une obligation de respect mutuel et la conciliation des intérêts respectifs des différents associés, conformément à l'intérêt bien-entendu de chacun. C'est là un des éléments essentiels du quasi-contrat social, une des bases mêmes de la sociabilité²¹⁶². D'où l'impossibilité de théoriser un quelconque droit subjectif.

Un droit propre à l'individu en tant qu'individu est en effet un solipsisme contredit par l'expérience de la vie sociale, une authentique vue de l'esprit. C'est pourtant l'idée que s'en font les éclectiques. Toullier, par exemple, parle ainsi des droits « absolus » qu'il définit comme ceux « qui appartiennent à chaque homme en particulier, considéré comme individu, indépendamment des relations qu'il peut avoir les autres hommes »²¹⁶³, et qu'il distingue de ceux qui « dérivent des relations que les hommes [...] ont entre eux »²¹⁶⁴. Pour Joseph Rey, ce type de raisonnement est vicieux. Dans l'état de société, tous les droits dont l'homme peut jouir doivent être exclusivement pensés dans le cadre de ses relations, sans référence à un prétendu « état d'indépendance naturelle »²¹⁶⁵, selon les mots de Toullier. Certes, Rey n'évite pas tout à fait le piège lorsqu'il affirme que « l'homme pris isolément [...] a [...] le *droit* de faire tout ce qui peut lui procurer un bien-être quelconque »²¹⁶⁶. Ce faisant, il ne dit rien de plus que ce qu'affirmait déjà Hobbes, alors même qu'il cherche à se démarquer des théoriciens du contrat social. Mais le seul droit fondamental que peut envisager Rey (comme tous les matérialistes, et donc finalement comme Hobbes) est celui de sa conservation. L'homme doit toujours satisfaire à ses besoins essentiels et se défendre contre ce qui menace son existence : « tout être animé a le droit de repousser la douleur et de veiller à sa conservation, indépendamment de tout autre motif »²¹⁶⁷. Dès lors, s'il ne pouvait « satisfaire à l'un de ses besoins *essentiels*, sans que l'intérêt d'autrui fût sacrifié, alors il aurait le droit de vouloir ce sacrifice »²¹⁶⁸. Dans son *Traité*, Rey parle en outre du droit et du « *devoir* de vouloir ce sacrifice »²¹⁶⁹. Il affirme encore que, dans l'hypothèse où la survie de deux individus est en concurrence, il n'y a plus société (« le lien de la société doit se rompre

2162 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, II, A.

2163 C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 173.

2164 *Ibid.*, p. 174.

2165 *Ibid.*, p. 174.

2166 *Préliminaires*, p. 96.

2167 *JGLJ*, t. 1, p. 20.

2168 *Préliminaires*, p. 97-98 ; *JGLJ*, t. 2, p. 21.

2169 *TPGD*, p. 210.

nécessairement²¹⁷⁰ »). Il poursuit toutefois en réintégrant ce droit fondamental dans le cadre même des principes sociaux. En effet, cette prétention n'y est pas contraire, ajoute-t-il, puisque la société a pour but l'augmentation des moyens de tous les associés. « Elle ne peut ainsi vouloir qu'aucun [de ses membres] puisse trouver dans cet état même un obstacle insurmontable à la satisfaction de ses premiers besoins²¹⁷¹ ». Par conséquent, vouloir le sacrifice de l'intérêt d'autrui « n'est même pas contraire aux lois de la société²¹⁷² ». Cela permet alors d'intégrer le respect de l'individu dans le cadre des principes sociaux, sans faire référence à de prétendus droits naturels et subjectifs qui seraient antérieurs à la formation des sociétés. Or, même chez Hobbes, qui défend pourtant des vues proches de Rey sur ce point, il s'agit toujours de présenter le droit de conservation comme celui que les individus n'ont pu consentir à abandonner lors de la formation du Léviathan. Bien qu'il ne s'oppose pas aux principes de la société politique, le droit de conservation hobbésien trouve malgré tout son fondement dans l'individu de l'état de nature²¹⁷³.

Si l'on se tourne du côté des philosophes et juristes éclectiques, on trouve en revanche une approche du droit qui participe à la construction de l'idée de droit subjectif. Rey n'est en effet pas le seul à s'interroger sur l'*origine des idées de droit et de devoir*. Victor Cousin²¹⁷⁴ et Théodore Jouffroy agitent également cette question, et les réponses qu'ils donnent sont alors largement reprises par la doctrine juridique. À l'instar de Rey, ils affirment l'antériorité du devoir sur le droit, et placent aussi un « fait » à l'origine de ces concepts. Mais là où Rey assoit ces notions sur les besoins humains, les penseurs éclectiques fondent leur conception de la morale et du droit sur le fait de liberté. Plus précisément, Cousin part du fait de liberté, mais pour ajouter qu'un fait ne saurait poser le principe du droit. Seule la raison est en mesure « de poser un principe à propos d'un fait²¹⁷⁵ ». La raison signale à l'homme sa liberté et découvre la loi naturelle qui lui impose alors le devoir de la conserver et de la perfectionner – ou d'aller à sa fin dans les termes de Jouffroy. C'est à partir de là que Cousin détermine une liste de droits de l'homme permettant à la liberté de s'exprimer : liberté de pensée, liberté du commerce et de l'industrie, liberté

2170 *Préliminaires*, p. 98 ; JGLJ, t. 2, p. 21 ; TPGD, p. 210.

2171 *Préliminaires*, p. 98 ; JGLJ, t. 2, p. 21-22 ; TPGD, p. 210.

2172 *Préliminaires*, p. 98 ; JGLJ, t. 2, p. 21 ; TPGD, p. 210.

2173 HOBBS est en effet proche de REY puisqu'il affirme également que la fin première de l'État est d'assurer la préservation de ses membres. Donc le droit individuel de conservation ne s'oppose pas aux principes et aux lois de la société politique. Mais il trouve néanmoins son fondement exclusif dans l'individu de l'état de nature : « personne en effet, lors de l'institution de la puissance souveraine, ne peut être censé renoncer au droit de préserver son propre corps » (*Léviathan*, *op. cit.*, p. 440).

2174 En d'autres endroits, COUSIN affirme pourtant le contraire, notamment lorsqu'il écrit : « si l'on me demande pourquoi il y a des devoirs, je répondrai parce qu'il y a des devoirs. Il n'y a point de raison à donner de la raison » (*Œuvres*, t. 1, *op. cit.*, p. 435).

2175 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 389.

individuelle²¹⁷⁶, droit de propriété privée²¹⁷⁷... C'est toujours à la liberté qu'il faudra donc remonter pour concevoir les droits et les devoirs des hommes. Le droit naturel, écrit ainsi Lermnier, est le droit « de maintenir la liberté, de la développer, de l'agrandir et de lui faire porter des fruits toujours nouveaux²¹⁷⁸ ». Quelques juristes spiritualistes admettent toutefois l'idée de fonder le droit sur le besoin. C'est le cas de Torombert qui, en dépit de son adhésion à l'éclectisme, reconnaît que « [l]a satisfaction [des] besoins de [l'individu] crée ses *droits*²¹⁷⁹ ». Il faut néanmoins observer qu'il revient un peu plus loin sur cette affirmation pour la reformuler d'une manière plus conforme à sa philosophie. Il écrit en effet que les besoins de l'individu « naissent de ses facultés », et que c'est donc « le libre exercice de ses facultés [qui] produit ses droits »²¹⁸⁰. Partant, les juristes vont pouvoir poser une liste de droits de l'homme à partir du modèle de « l'homme considéré comme un être intelligent et libre²¹⁸¹ », droits dont tous sont également titulaires puisqu'ils sont tous égaux en liberté.

En associant les droits et les devoirs aux besoins et aux moyens, Rey suggère au contraire que les hommes ne sont pas nécessairement égaux en droits et en devoirs, et qu'il est par ailleurs impossible de poser une liste *a priori* de droits de l'homme. Certes, l'expression de *droits fondamentaux* apparaît parfois sous sa plume sans être explicitée²¹⁸² – hormis pour ce qui concerne le droit d'assurer sa subsistance. Cela est cohérent avec la théorie reyienne du droit : outre le droit de conserver sa propre existence, tous les autres droits fondamentaux des individus ne peuvent être déterminés que dans les circonstances particulières dans lesquelles ils se trouvent. Et si, dans les *Préliminaires*, il est encore question d'égalité en droits, ce n'est plus le cas dès l'année suivante, lorsque Rey publie ses *Leçons*. Effectivement, puisque les droits découlent des besoins (puis, par la suite, du devoir de satisfaire ces besoins), il est conséquent de considérer que celui qui a plus de besoins qu'un autre a également plus de droits. Rey associe alors la notion de besoins à celle de faiblesse lorsqu'il écrit que « l'on a d'autant plus de droits qu'on a plus de besoins, c'est-à-dire, plus de faiblesse²¹⁸³ ».

2176 Pour le philosophe, la liberté individuelle consiste dans le fait de déclarer le corps « inviolable », mais ce n'est nullement en raison de la valeur propre du corps humain que celui-ci est déclaré inviolable, c'est seulement parce qu'il est l'« instrument » par lequel la liberté agit au dehors (V. Cousin, *Œuvres*, t. 2, op. cit., p. 388).

2177 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, op. cit., p. 388.

2178 E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, t. 1, op. cit., p. 45.

2179 H. TOROMBERT, *Principes du droit politique*, op. cit., p. 113.

2180 *Ibid.*, p. 210.

2181 C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, op. cit., p. 175.

2182 Dans son *Projet de constitution* et ses *Bases d'une constitution*, il y également certains droits particuliers qui sont mentionnés et reconnus à tous les individus. Mais ce sont deux écrits de circonstances, qui datent de 1815, époque où REY n'a pas encore posé les bases théoriques et philosophiques de sa conception du droit.

2183 *JGLJ*, t. 1, p. 138.

On peut finalement dire que le droit découle d'une situation de manque. Rey s'oppose justement à la définition du droit qui domine alors et qui ressemble fort à celles, plus contemporaines, du droit subjectif²¹⁸⁴. C'est contre l'idée du droit comme « faculté de faire ou d'obtenir²¹⁸⁵ » que Rey s'élève. Car l'idée de faculté suppose « une puissance réelle », alors que bien « souvent on possède un droit évident sans avoir la puissance de le faire valoir »²¹⁸⁶. En effet, avoir un besoin n'implique pas la capacité d'y satisfaire par soi-même. Il importe en revanche de trouver les mécanismes permettant à chacun de faire valoir ses droits, et c'est à l'échelle sociale que cela devient possible. Si, en société, l'homme ne peut pas avoir un droit absolu de satisfaire à tous ses désirs, puisqu'il doit concilier ses prétentions avec celles des autres, il bénéficie en revanche de leur concours pour favoriser l'exercice de ses droits. Et puisque, « dans l'état *social*, le seul qui existe pour nous, tout véritable droit [doit] être en harmonie avec cet état, il cesserait d'être *le droit* s'il pouvait être autre chose que *social*²¹⁸⁷ ». Si l'essence du droit ne varie pas, la réflexion se complexifie alors, car la corrélation du droit et du devoir ne peut plus être pensée à partir d'un individu atome, mais dans le cadre d'un échange ou d'une relation.

III/ UNE RÉCIPROCITÉ DES DROITS ET DES DEVOIRS À L'ÉCHELLE SOCIALE

L'homme étant irrévocablement appelé à vivre en société, dès lors que l'on sort de l'abstraction de l'homme isolé, on voit « aussitôt changer ses rapports quant au droit²¹⁸⁸ ». À la corrélation des droits et des devoirs de l'individu se substitue alors la corrélation des droits et des devoirs *entre* les individus. Considérer qu'il y a une réciprocité entre les droits et les devoirs des uns et des autres est certes relativement commun. La logique libérale qui anime les hommes du premier XIX^e siècle, et qui est au cœur de l'article 4 de la Déclaration de 1789, consiste en effet à dire que ce qui forme le droit chez un individu est source de devoir chez les autres : « jouir de sa

2184 Comme en témoigne le numéro des *Archives de la philosophie du droit* consacré au droit subjectif et bien d'autres écrits à ce sujet, il n'y a pas de consensus sur sa définition puisque certains tentent d'introduire la prise en compte de la dimension sociale de l'existence dans sa définition. Il n'en demeure pas moins qu'on retrouve souvent des définitions telles que celle proposée par Georges KALINOWSKI, d'après lequel le droit subjectif est « la faculté d'accomplir une action [qui] appartient à un sujet » (« Logique et philosophie du droit subjectif », *Le droit subjectif en question, Archives de la philosophie du droit*, n° 9, 1964, p. 39). Jean DABIN parle « de cette "zone" de maîtrise et d'autonomie, de pouvoir et de liberté inviolable en quoi consiste le droit subjectif » (« Droit subjectif et subjectivisme juridique », *Le droit subjectif en question, Archives de la philosophie du droit*, n° 9, 1964, p. 33).

2185 *Préliminaires*, p. 99 ; JGLJ, t. 2, p. 22 ; TPGD, p. 210.

2186 *Préliminaires*, p. 99 ; JGLJ, t. 2, p. 22 ; TPGD, p. 211.

2187 TPGD, p. 196.

2188 *Préliminaires*, p. 97.

liberté, voilà le droit ; respecter celle d'autrui, voilà le devoir, inséparable du droit dont il forme la limite²¹⁸⁹ ». Mais dans cette logique, les devoirs envers autrui sont essentiellement des devoirs négatifs. Ils relèvent de l'abstention. Et lorsque certains admettent de reconnaître des devoirs positifs, alors la réciprocité du droit et du devoir est bien souvent mise de côté. Quand Cousin, par exemple, reconnaît qu'il est du devoir de l'État de donner du travail aux chômeurs, il prend soin de préciser que ces derniers n'ont pas le droit de l'exiger²¹⁹⁰. Il y a donc des devoirs sans droits corrélatifs²¹⁹¹. Le cœur de cette théorie, le cœur du libéralisme, c'est le respect de la liberté, et cela explique la prééminence des devoirs négatifs.

Rappelons cependant que le qualificatif « libéral » n'a pas le sens que nous lui attribuons aujourd'hui. Ainsi, d'après Rey, une déclaration qui met aux droits, « non seulement la limite de ne pas nuire aux droits d'autrui, mais encore d'en assurer l'exercice », est plus libérale que celle qui se contente de poser des devoirs négatifs²¹⁹². À la simple réciprocité négative qui est celle de l'individualisme libéral, Rey entend ainsi adjoindre une réciprocité positive qui participe selon lui du véritable libéralisme, un libéralisme relationnel – ou encore, un libéralisme qui pense la liberté comme une capacité réelle d'agir. Aux yeux de Rey, ce que nous qualifions aujourd'hui de libéral apparaît simplement comme de l'individualisme. Et c'est bien une conception individualiste du droit qui domine alors. En cherchant les droits de l'homme dans la nature morale de l'individu, les éclectiques négligent la question de l'agencement de ses droits et de ses devoirs en société. Ainsi Cousin reconnaît bien que les droits « se limitent et se modifient réciproquement dans les relations des hommes entre eux²¹⁹³ », mais cela ne le conduit pas à réfléchir à la juste répartition ou organisation de ces droits à l'échelle sociale. Il ne s'agit toujours que de poser des limites à l'exercice des facultés de l'homme. Jamais il n'est question de reconnaître aux êtres plus faibles des droits qui imposeraient en retour des devoirs à ceux investis de plus de force. En plaçant la réflexion sur le seul registre moral, les spiritualistes ont tendance à écarter la question de l'effectivité politique et réelle de ces droits et devoirs. Tous sont, idéalement, titulaires de droits ; qu'ils ne puissent les exercer est un problème qui relève de la réalité matérielle, un problème qui n'intéresse pas franchement les éclectiques, surtout s'ils sont philosophes. La question demeure ainsi cantonnée à une vue de l'esprit.

2189 A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation*, Partie supplémentaire, t. 5, *op. cit.*, p. 363. « Le devoir de respecter la liberté d'autrui est [...] inhérent au droit d'exercer notre liberté personnelle. Ce droit et ce devoir sont corrélatifs » (F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 8-9).

2190 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, III, B.

2191 Ainsi Xavier PORTETS reconnaît « une obligation de faire du bien aux autres, quoiqu'ils ne soient pas en droit de l'exiger rigoureusement, si ce n'est dans les cas d'extrême nécessité » (*Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 220). Ces devoirs ne sauraient donc être sanctionnés par la loi positive, et leur sanction relèvera d'un ailleurs (qu'elle se trouve dans la conscience individuelle ou qu'il s'agisse d'une sanction divine).

2192 BMG, T. 3980, liasse n° 5.

2193 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 388.

À la même époque, des voix, principalement celles des socialistes, vont toutefois s'élever pour dénoncer cette conception du droit. Ainsi, en 1841, Armand Dalloz évoque une nouvelle théorie du droit, celle de Pierre Leroux, d'après laquelle le devoir n'est pas seulement négatif, mais se complète par « une active et fraternelle charité²¹⁹⁴ ». Le contexte, où se mêlent augmentation de la misère et atomisation de la société, conduit en effet certains hommes à repenser de nouvelles manières d'organiser la société harmonieusement. Le droit peut ainsi apparaître comme un instrument adéquat pour atteindre cette fin. Cependant, la majorité des juristes ne s'engage pas sur cette voie, et s'attache surtout à consolider les droits individuels acquis depuis la Révolution. Ce n'est pas le cas de Joseph Rey. Nous avons déjà vu comment sa conception de l'égalité évolue jusqu'à en faire un apôtre de l'égalité radicale, qui n'hésite plus à parler d'un « droit d'égalité »²¹⁹⁵. Il en va de même avec sa théorie du droit et c'est pourquoi il convient ici de l'aborder de façon chronologique.

Dès sa première formulation en 1819, la conception reyienne du droit inclut une prise en compte des relations sociales dans lesquelles l'individu est voué à évoluer. Puisque le droit dépend des circonstances et que l'homme est irrémédiablement destiné à la vie sociale, il va de soi qu'une théorie du droit qui ferait l'impasse sur la société serait tout aussi incomplète qu'inadaptée. Toutefois, à cette époque, Rey ne conçoit encore les devoirs envers les hommes qu'à titre de limite ou de frontière du droit. Ainsi, en société, le droit de tout faire pour se procurer du bien être demeure, mais subit des modifications :

« il sera modifié par l'obligation de ne point nuire au bien-être d'autrui ; car la prétention de tout sacrifier à son propre intérêt *n'est pas conforme* aux lois, aux principes de la société, dont le but ne peut être que l'accord des intérêts divers, et non la satisfaction exclusive de l'un ou de quelques-uns de ces intérêts²¹⁹⁶ ».

La mobilisation du terme d'intérêt est ici intéressante. On comprend en effet que le droit est intimement lié à cette notion. Mais l'intérêt d'un individu ne devient droit – dans un sens plus qualificatif/adjectif que substantif – que s'il s'accorde avec celui de ses semblables. Le droit apparaît moins comme une propriété de l'individu qui serait exclusive de tout rapport aux autres, que comme le produit d'une situation d'échange réciproque. C'est d'ailleurs la thèse d'un état de nature asocial qui « a jeté la plus grande confusion [...] sur les principes du droit et de la législation²¹⁹⁷ ». Se confirme une fois de plus l'impossibilité de penser le droit dans une dimension subjectiviste. Au contraire,

2194 A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation*, Partie supplémentaire, t. 5, *op. cit.*, p. 363

2195 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II.

2196 *Preliminaires*, p. 97.

2197 *TPGD*, p. 193.

« les conditions du *droit* sont susceptibles de se modifier par la différence des relations dans lesquelles l'homme se trouve. Cette observation s'étend à tous les cas où il survient une circonstance nouvelle essentielle dans sa manière d'être²¹⁹⁸ ».

Cette théorie relationnelle du droit peut alors produire des effets remarquables pour repenser l'organisation des relations sociales. Elle suggère en effet que les hommes n'ont d'autres droits ontologiquement attachés à leur personne que celui de se conserver. Et c'est certainement au niveau de la répartition des biens, autrement dit du droit de propriété, qu'une telle conception produit les conséquences les plus intéressantes. En effet, puisqu'on ne saurait penser le droit à partir du seul individu, et que les relations dans lesquelles il évolue subissent de constantes modifications du fait des naissances et des décès, la physionomie du droit de propriété ne pourra être la même que pour ceux qui adhèrent à l'idée de droit subjectif.

Dans les *Leçons* de 1820, Joseph Rey propose des développements relativement analogues à ceux des *Préliminaires*²¹⁹⁹. Mais si les passages où il est question de définir le terme de « droit » sont presque identiques, on trouve néanmoins un ajout significatif. Avec une courte phrase introduite pour préciser la notion d'égalité, Rey commence à avancer sur le terrain d'un droit à vocation égalisatrice. Il réfute en effet l'idée d'une égalité naturelle entre les hommes en écrivant :

« Si l'on entendait par là seulement que d'après notre nature, nous avons tous des droits à exercer, et que personne n'a le droit de violer impunément ceux des autres, la proposition serait de toute vérité. Elle serait encore vraie si l'on ajoutait que l'on a d'autant plus de droits qu'on a plus de besoins, c'est-à-dire plus de faiblesse, puisque nos droits viennent tous de nos besoins.²²⁰⁰ »

Ce n'est certes qu'un rappel du rapport entre le besoin et le droit. Mais formuler explicitement que l'on a plus de droits lorsque l'on a plus de besoins n'est pas indifférent. Loin de poser un droit égal pour tous les citoyens, ce qui ne ferait que maintenir les inégalités naturelles, Rey considère au contraire que le droit doit être inégal afin de réaliser un équilibre, d'œuvrer pour l'égalité sociale. C'est ce que l'on retrouvera également chez Marx, qui identifie le « droit égal » au « droit bourgeois » et considère que « le droit devrait être non pas égal, mais inégal »²²⁰¹. Cette nécessité de penser un droit aux contours variables, un droit *inégal*, se justifie d'abord en raison du lien intime que cette notion entretient avec les besoins humains. Elle est donc conforme aux lois de l'organisation biologique du point de vue individuel. Elle est encore conforme aux lois de l'ordre social, car la société a pour but de réduire les inégalités naturelles. Par conséquent, dès lors que l'on transpose ce schéma aux rapports entre les hommes, cela fait naître des obligations positives envers les autres. Il faudra toutefois attendre le *Traité des PGD* pour que Rey en tire toutes les conséquences.

2198 *Préliminaires*, p. 97.

2199 *JGLJ*, t. 2, p. 20-22.

2200 *JGLJ*, t. 1, p. 137-138.

2201 K. MARX, « Critique du programme du Gotha », *op. cit.*, p. 16-17.

Dans ce *Traité*, on retrouve toujours les mêmes développements concernant l'homme isolé, l'homme en société et la modulation du droit selon les circonstances. Cependant, l'idée de devoir précède désormais celle droit :

« c'est parce que *la loi de notre organisation* nous impose le *devoir* de faire une certaine chose pour satisfaire à nos besoins, que nous avons le *droit* de faire ou d'exiger cette chose²²⁰² ».

En parlant du droit « d'exiger » quelque chose, un premier pas est alors fait en direction de la reconnaissance d'une corrélation des droits et des devoirs entre les individus. C'est à partir de là que Rey s'attache à montrer l'importance de l'antériorité de la notion de devoir.

Avant de s'expliquer sur ce point, il entend toutefois réfuter l'une des conséquences que l'on pourrait tirer de cette antériorité. Il s'oppose à ce que, au nom de l'antériorité logique de l'idée devoir, on considère celle-ci comme reposant « sur une base plus respectable que celle du *droit*²²⁰³ ». Au contraire, estime-t-il, il aurait fallu en conclure que « les *droits* de l'homme sont sacrés par cela même qu'ils reposent sur les *devoirs*, c'est-à-dire sur les exigences imposées par notre nature²²⁰⁴ ». Nous ne savons pas précisément avec qui Rey dialogue à cet instant ; il n'est pas toujours aisé de reconstituer toute la scène intellectuelle sur laquelle les penseurs de l'époque évoluent. Le juriste affirme seulement que ceux qui jugent l'idée de devoir plus respectable que celle de droit n'ont en tête que les « devoirs des *gouvernés* envers les *gouvernants*²²⁰⁵ ». Si ce type de devoirs est souvent évoqué, notamment dans des catéchismes politiques et diverses brochures religieuses, nous n'avons rien trouvé qui l'associe à la question de l'antériorité. Certes, Bonald affirme que l'homme en société n'a nul droit ; il n'a que des devoirs, qui trouvent d'ailleurs leur origine « dans le pouvoir²²⁰⁶ ». Chez les juriste éclectiques, Laferrière²²⁰⁷ ou Dupin²²⁰⁸ par exemple, s'intéressent également au devoir d'obéissance. Mais ceci ne correspond pas précisément à la logique que Rey condamne. Quoi qu'il en soit, le juriste est loin de faire de l'antériorité de l'idée de devoir un argument en faveur de sa primauté. Il mobilise au contraire ce schéma pour revaloriser la notion de droit, et plus précisément encore, celle de *droits de l'homme*.

En tirant le droit du devoir, l'auteur peut ainsi identifier négligence de son droit et non respect de son devoir. Celui qui « néglige » son droit doit être regardé comme « coupable de

2202 TPGD, p. 213.

2203 *Ibid.*, p. 213.

2204 *Ibid.*, p. 213.

2205 *Ibid.*, p. 213.

2206 L. DE BONALD, *Essai analytique*, *op. cit.*, p. 93.

2207 Au sujet de LAFERRIÈRE, Tristan POUTHIER écrit : « Au point de vue du droit public, les *devoirs* de l'homme se rapportent à sa nature d'être social et se concentrent dans l'obligation d'obéissance aux pouvoirs légitimes » (*Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 269).

2208 DUPIN évoque ainsi le « devoir d'obéir à celui qui a le droit de commander » (*Règles de droit et de morale tirées de l'écriture sainte*, *op. cit.*, p. 19).

mépris envers les lois de sa nature et de la société »²²⁰⁹. Inversement, on ne saurait « faire un crime à un individu sans cesse vigilant sur ses droits²²¹⁰ ». Celui-ci ne fait qu'obéir au devoir. Le propos du Rey s'inscrit en fait dans le cadre d'un plaidoyer en faveur de la justice distributive, c'est-à-dire de « juste distribution des droits²²¹¹ ». Autrement dit, il suggère que celui qui réclame des droits cherche seulement les moyens d'accomplir ses devoirs. Mais il faut bien comprendre que la défense des droits dont il est ici question ne saurait être simplement réduite à leur garantie judiciaire. Il semble en effet plus pertinent d'entendre son propos dans un sens plus politique, comme ce fut le cas en 1789 ou, plus tard, lorsque les ouvriers revendiqueront le droit au travail. Il s'agit donc plus vraisemblablement de revendiquer le respect de droits qui ne sont pas encore consacrés par la législation positive et qui pourraient se résumer dans des conditions d'existence décentes, si ce n'est agréables.

Ainsi, pour le juriste,

« le crime reste à ceux qui, restreignant ou anéantissant l'exercice des droits d'autrui, violent ainsi la véritable loi du devoir, celle que nous impose notre organisation même. Eux seuls sont en révolte ouverte contre le *vrai devoir*, eux seuls sont les vrais *perturbateurs* de ce qu'on peut légitimement appeler *l'ordre social* !...²²¹² »

Cette proposition trouve une belle illustration dans la question de la répartition des biens matériels, c'est-à-dire du droit de propriété. On comprend en effet que celui dont les possessions matérielles seraient telles qu'elles feraient obstacle à ce que son semblable trouve de quoi subvenir à ses besoins en exerçant son droit de propriété ou d'appropriation, celui-là violerait le droit d'autrui en l'empêchant d'accomplir son devoir. Mais Rey va plus loin encore lorsqu'il reformule la relation entre le devoir et le droit « sous le rapport de la réciprocité entre les hommes²²¹³ ».

Dans le cadre des échanges sociaux, il n'est plus tout à fait juste de penser le devoir avant le droit. Certes, l'individu a toujours, peu importe les circonstances dans lesquelles il se trouve, des devoirs envers lui-même. En revanche, « il est certain que celui à qui l'on refuserait *tout droit* n'aurait *aucun devoir* envers les autres²²¹⁴ ». Dans ce cadre, Rey admet alors que « le *devoir* est subordonné au *droit*, en ce sens que la jouissance du droit est la condition indispensable du devoir envers les autres²²¹⁵ ». On peut comprendre cette assertion de différentes manières.

2209 TPGD, p. 214.

2210 *Ibid.*, p. 214.

2211 « Ainsi, la position des partisans d'une juste distribution des droits en devient plus avantageuse dans l'opinion, et cela tend à dissiper cette cruelle défaveur qui s'attache presque toujours à l'homme qui veut réclamer un droit » (TPGD, p. 214-215).

2212 TPGD, p. 215.

2213 *Ibid.*, p. 214.

2214 *Ibid.*, p. 214.

2215 *Ibid.*, p. 214.

En premier lieu, on pourrait simplement considérer, dans une perspective libérale, que le devoir consiste seulement à limiter l'exercice de son droit pour permettre à autrui d'exercer également son propre droit, et que donc celui qui n'a aucun droit n'a aucun devoir. Mais cela est peu pertinent puisque Rey n'adopte pas une approche individualiste du droit.

On pourrait également se demander : comment enjoindre à un individu d'accomplir ses devoirs, si nul droit de les accomplir ne lui est reconnu ? Les droits sont en effet assimilés aux moyens permettant l'accomplissement des devoirs. C'est pourquoi ceux qui violent les droits d'autrui sont les vrais criminels, car ce faisant, ils l'exonèrent de tout devoir envers les autres. De plus, c'est encore une manière de légitimer certaines actions commises par les classes sociales dont les droits légitimes sont chaque jour violés. On ne saurait par exemple attendre de celui qui n'a pas de quoi se conserver qu'il respecte la propriété de son voisin. Cela permet de poser la question du vol et de l'état de nécessité d'une nouvelle manière, en l'articulant sur le rapport entre les devoirs et les droits. La violation des droits d'un individu (du droit de satisfaire à ses besoins) le place dans un état de nécessité qui fait obstacle à l'accomplissement de ses devoirs sociaux, c'est-à-dire qui le met dans l'incapacité de respecter la propriété d'autrui, voire dans la nécessité de ne pas la respecter. Pour exiger d'un individu l'accomplissement de ses devoirs sociaux, encore faut-il lui reconnaître et lui garantir la jouissance effective de ses droits ; ce qui peut donc supposer un devoir actif, dans le sens où il peut être nécessaire, par exemple, d'offrir à cet individu des moyens de subsistance. Car le droit d'obtenir de quoi satisfaire ses besoins, à défaut d'y parvenir par ses propres moyens, est un « droit incontestable²²¹⁶ ». Ceci se confirme ensuite lorsque Rey attache le droit à la faiblesse et le devoir envers autrui à la force. Mais il faut encore comprendre cette assertion en la mettant en lien avec sa vision de la société. Celle-ci étant une *série continue d'échanges*, les droits et les devoirs sociaux apparaissent comme le résultat d'échanges. C'est parce que, au cours d'un échange, deux parties admettent de respecter mutuellement leurs droits, voire de s'accorder, de se reconnaître des droits, que peuvent alors naître entre elles des obligations, la première étant de respecter les droits d'autrui. Et, comme nous l'avons vu, cet engagement de respect mutuel est le fondement même de toute réunion d'hommes. Dès lors, celui qui viole le droit d'autrui rompt la transaction et l'exonère de ses devoirs. Penser les droits et les devoirs dans le cadre d'un processus d'échange est une logique que l'on trouve également chez Destutt de Tracy. Claude Nicolet affirme en effet que, pour Tracy, « ce que nous appelons les "droits" de l'homme en société, comme la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété, ne sont en réalité que des échanges. Si bien qu'ils ne sont plus antérieurs au lien social, s'ils restent supérieurs au droit positif²²¹⁷ ». Toutefois, il ne s'agit pas exclusivement

2216 *Ibid.*, p. 234.

2217 C. NICOLET, *L'idée républicaine en France, op. cit.*, p. 340.

d'un obligation négative, sinon nous retomberions dans une conception individualiste du droit.

On pourrait enfin, en dernier lieu, y voir une simple transposition des lois constitutives de la société – qui posent les principes de réciprocité et de proportionnalité dans les échanges sociaux – en termes de droits et de devoirs. On retrouve en effet l'idée de réciprocité. Mais les lois constitutives reposent sur une logique somme toute individualiste, puisque la proportionnalité se mesure par rapport à l'activité individuelle, à la part fournie par chacun à l'œuvre sociale. Or, dans son *Traité*, Joseph Rey tire des conclusions qui dépassent le principe de proportionnalité et tendent plutôt à poursuivre un objectif d'égalité par la reconnaissance de devoirs actifs envers les autres. Du moins, la proportionnalité doit-elle désormais s'entendre relativement aux besoins de chacun, et non en fonction des facultés ou du mérite personnel. Rey écrit alors, de façon encore plus explicite que dans ses *Leçons*, que

« l'infériorité des moyens, et surtout leur absence totale, ou autrement la *faiblesse*, est la source de tout *droit*, tandis que la suffisance des moyens et surtout leur excédant, ou la *force*, est la source de tout *devoir* envers les autres²²¹⁸ ».

Il prend désormais soin d'inscrire l'association besoin/droit et moyen/devoir dans un cadre relationnel. Certes, il n'est pas question de « besoins », mais d'*infériorité des moyens*, de *faiblesse*. Mais l'idée est la même et il ne paraît pas audacieux d'envisager ces notions comme synonymes. On comprend alors que Rey s'oppose à ses contemporains qui identifient le droit à une faculté. En écrivant ces mots, le juriste a encore en tête les relations entre gouvernants et gouvernés. Cela participe en effet pleinement de sa théorie politique, d'après laquelle les fonctions publiques doivent être conçues comme des charges n'apportant aucun privilège. Cela se confirme lorsque Rey se dit certain que son propos risque de ne pas « recevoir l'assentiment des hommes investis de puissance²²¹⁹ ».

Il n'est pas toujours simple de suivre Rey, car il est en dialogue avec le spiritualisme philosophique tout autant qu'avec le socialisme politique, mais aussi, à n'en pas douter, avec d'autres de ses contemporains plus difficiles à identifier. Ayant des interlocuteurs variés, il passe parfois par des chemins tortueux pour expliquer sa conception des notions de droit et de devoir, et cela nuit à la clarté de son exposé. Du moins, cela complique la compréhension que nous pouvons en avoir aujourd'hui. Essayons de résumer le plus simplement possible ce qui résulte de ces premiers développements. Dans l'individu, le devoir est antérieur au droit : c'est parce que j'ai un devoir que j'ai le droit de l'accomplir. À l'échelle sociale, il en va différemment : pour avoir des devoirs envers autrui, il faut préalablement que des droits me soient garantis. Toutefois, même si

2218 TPGD, p. 215.

2219 *Ibid.*, p. 215.

Rey affirme que, dans ce cadre, le droit est antérieur au devoir, il semblerait plus juste d'envisager un rapport de réciprocité synchronique, une relation (d'échange) entre les besoins de l'un et les moyens de l'autre. Ainsi, la faiblesse confère des droits et la force des devoirs. Les dividendes d'une telle assertion sont intéressants car elle permet à Rey de justifier une proposition sociale et politique de tendance égalitaire, fondée sur le droit. Il résulte en effet de sa théorie du droit appliquée à l'échelle des relations sociales que celui qui se trouve dans une complète incapacité (une absence totale de moyens) ne saurait avoir que des droits (sans devoirs positifs envers les autres). Mais en réalité, nul n'est entièrement dépourvu de facultés, car celles-ci ne doivent pas seulement être appréhendées au regard de la production de biens matériels. Les besoins des hommes sont variés et le besoin de ressentir des affections sympathiques n'est pas un des moindres. Or, tous sont en mesure de procurer à leurs prochains des jouissances affectives. Une perspective solidariste se dessine ainsi, en faisant des droits et des devoirs les instruments théoriques permettant d'organiser la solidarité sociale.

C'est enfin dans ses *Bases de l'ordre social* que Rey offre la dernière version de sa théorie du droit, laquelle reprend et précise les développements abordés précédemment. Rey insiste toujours sur l'antériorité de l'idée de devoir et sur l'entière corrélation du devoir et du droit. Mais il écrit pourtant :

« dès que nous nous transportons dans la sphère sociale, n'est-il pas évident que le respect de mon droit par autrui forme le devoir d'autrui envers moi, et réciproquement ?²²²⁰ »

Cette assertion donne l'impression de retomber dans la pure et simple logique libérale des droits individuels, ce qui dénote fortement avec la coloration communiste du reste de l'ouvrage. Par ailleurs, un autre passage des *Bases* soulève des doutes. Rey commence par y expliquer que le droit de propriété trouve son origine dans le travail de l'homme. Puis il écrit qu'à ne « suivre que les règles strictes du droit *matériel*, comme le veulent certains hommes au cœur sec, [...] il suivrait de la loi que nous venons de constater que l'infirme et le vieillard n'auraient aucun droit aux moyens d'existence²²²¹ ». Il en parle comme d'un « droit impitoyable » et dénonce « cette cruelle théorie », qui fait que « la plupart de nos lois ne sont faites que pour protéger de plus en plus le fort contre le faible, le possédant contre celui qui ne possède pas »²²²². Dans ce passage, le juriste finit alors par tempérer la règle d'appropriation par le travail en posant le « devoir de la société [...] de venir au secours²²²³ » des malheureux. Puis il conclut : « [t]ant que ce devoir n'est

2220 DBOS, t. 2, p. 193.

2221 *Ibid.*, p. 385.

2222 *Ibid.*, p. 386.

2223 *Ibid.*, p. 387.

pas rempli, l'institution sociale est manquée, un des droits les plus sacrés est méconnu²²²⁴ ».

Comment comprendre tout ceci ? Qu'entend Joseph Rey par *règles strictes du droit matériel* ? Il nous semble que cette expression doit être comprise dans le sens de « droit individuel ». En effet, il désigne par ce syntagme un droit qui ne serait envisagé qu'à partir de l'individu et de ses capacités propres, sans aucune prise en compte d'une quelconque solidarité entre les personnes. Autrement dit, un droit qui serait contraire aux conditions de l'harmonie sociale. Mais à défaut de penser le droit dans son contexte, qui est celui de la société, peut-on encore véritablement parler de droit, d'après le sens que Rey donne à ce terme ? Ce serait vraisemblablement une erreur, puisque le juriste affirme que le droit ne peut être envisagé que dans le cadre de la société. Et lorsqu'il vient tempérer ce *droit impitoyable*, ce n'est au nom de rien d'autre que du droit et du devoir : la société a le devoir d'assurer la subsistance à ceux qui ne peuvent le faire par eux-mêmes, et ces derniers ont le droit de l'*exiger* – pour reprendre le terme du *Traité*. On retrouve la corrélation du droit et du devoir, non plus dans une logique libérale, mais dans une logique solidariste. La société qui dispose de la force a le devoir de garantir aux plus faibles la jouissance de leurs droits. Alors l'assertion d'après laquelle *le respect de mon droit par autrui forme le devoir d'autrui envers moi* s'éclaire. Respecter le droit d'autrui, ce n'est pas simplement s'abstenir d'y porter atteinte. Il ne s'agit pas d'une réciprocité négative ou d'un simple respect par abstention ; il s'agit de penser les conditions de l'exercice effectif des droits de chacun. Signalons au passage que, dans son *Projet de Constitution*, Rey exprimait ainsi la règle d'or : « Chaque membre de la société a droit à l'exercice de toutes ses facultés et à la jouissance de tout ce qu'il possède, mais avec cette double restriction : ne fais aucun tort, aucun mal à autrui, et fais à autrui le plus de bien possible.²²²⁵ » Pour respecter le droit de son prochain, il faut donc également contribuer à en assurer l'exercice et la jouissance dès lors que l'on dispose des moyens suffisants pour le faire. Cela n'est même pas en contradiction ou en décalage par rapport aux lois de nature qui régissent l'individu, puisque « d'après les lois de sa nature même, [l'homme] ne peut être vraiment et solidement heureux, qu'en contribuant au bonheur des autres²²²⁶ ». Et ceci peut encore se confirmer lorsque Rey s'intéresse à l'hypothèse d'une prétendue hiérarchie des *racés*. Dans ses *Bases de l'ordre social*, il écrit :

« Tous les êtres faibles ont en effet le droit imprescriptible de ne pas se voir ravir le peu de moyens dont les a pourvus la nature pour le bonheur ; et les êtres forts ont, au contraire, *l'obligation rigoureuse* de respecter et même d'augmenter ces moyens. Heureusement la sanction de ces droits et de ces devoirs se trouve dans le VÉRITABLE intérêt du fort lui-même ; car son bonheur, *physique* et surtout MORAL, est bien plus assuré en attirant à lui d'autres êtres, qui ont aussi leur dose de puissance, bien qu'inférieure, qu'en épuisant ces moyens à les combattre et

2224 *Ibid.*, p. 387.

2225 PCMF, f. 6.

2226 BMG, E. 26985, p. 38.

qu'en abreuvant d'amertume toutes ses propres affections.²²²⁷ »

Cette citation illustre à nouveau l'un des aspects les plus saillants de la théorie reyenienne du droit appliquée à la sphère des relations sociales : la faiblesse est source de droits là où la force s'accompagne de devoirs. Le droit (les droits et les devoirs) est donc un instrument pour penser l'équilibre des relations sociales et l'égalisation des situations. Sans prétendre que le droit implique une exigence d'égalité absolue, Rey pose au minimum le principe selon lequel « il ne doit jamais arriver *qu'un seul individu* reste dans le *dénûment* (*sic*), tant que d'autres peuvent avoir *du superflu*²²²⁸ ». Sans cette condition, ajoute-t-il, « il est impossible [...] d'assigner aucune base fixe aux notions du juste et de l'injuste, de droits et de devoirs²²²⁹ ». Arrivé à la conclusion de son ouvrage, Rey écrit alors que seul le système communautaire et coopératif lui semble « satisfaire aux conditions d'une société complètement harmonique²²³⁰ ». On peut donc se demander si une telle société ne serait pas la plus conforme aux lois de notre nature et, par conséquent, la plus droite. Si le droit est *tout ce qu'il convient d'exiger pour notre bonheur*, les hommes ne seraient-ils pas en droit d'exiger une telle société égalitaire ? Rey semble tout à la fois convaincu sur ce point et acquis à l'idée que le temps en décidera.

Arrivé à ce stade, nous commençons à avoir une vision plus claire de la théorie du droit de Joseph Rey. Avec Tracy, il reconnaît l'existence de lois de nature, dont la connaissance doit former le socle de toute l'entreprise législative. Parmi celles-ci, la loi de notre sensibilité organique permet alors de donner une mesure afin d'apprécier la conformité des diverses situations, actions, événements à l'état de bonheur qui devrait être celui du genre humain. On en revient toujours à la loi de l'intérêt bien entendu. Le droit consiste alors dans ce qui est conforme à l'intérêt bien entendu des hommes, intérêt qui s'apprécie nécessairement au regard des circonstances dans lesquelles ils se trouvent. Cette conception du droit, bien qu'assez marginalisée dans le premier XIX^e siècle, est néanmoins partagée par quelques rares juristes de tendances matérialistes. Ainsi, Grenier définit également le droit naturel comme étant « pour chaque époque, l'expression de ce qui convient » à notre nature, « respectivement au milieu dans lequel elle se trouve »²²³¹. Dans son étude déjà citée, Paul Pradier-Fodéré remarque d'ailleurs que Rey et les juristes de l'école utilitaire « ne connaissent que des lois plus ou moins *utiles*, et, par

2227 DBOS, t. 1, p. 176.

2228 DBOS, t. 2, p. 527.

2229 *Ibid.*, p. 527-528.

2230 *Ibid.*, p. 541-542. Avant même cet ouvrage, REY affirme franchement que ce système d'organisation sociale est le seul conforme aux bases de l'ordre social (voir *supra*, Partie 1, Chap. 2, Section 2, I, B).

2231 B. GRENIER, « De la controverse du droit, considérée... », 2^e article, *art. cit.*, p. 313.

conséquent, plus ou moins *naturelles*²²³² ». Si, comme nous l'avons montré, Rey semble admettre une véritable distinction entre lois de la nature (les lois-rapports de Montesquieu) et lois humaines, il est vrai que ces dernières, envisagées comme des commandements, seront qualifiées de naturelles ou d'anti-naturelles par référence aux effets qu'elles produisent, c'est-à-dire à leur utilité sociale. La référence à la nature (qui se substitue ici à l'intérêt bien entendu) acquiert alors une portée axiologique, permettant de porter un jugement de valeur sur la législation positive et les droits que celle-ci reconnaît aux individus. Il nous faut donc maintenant envisager plus en détail ce qu'implique une telle théorie du droit (et des lois).

2232 P. PRADIER-FODÉRE, *Principes généraux de droit, op. cit.*, p. 23.

SECTION 2 : LA RÉFÉRENCE AU DROIT (NATUREL) COMME INSTRUMENT D'ÉVALUATION ET DE CRITIQUE DE L'ORDRE JURIDIQUE POSITIF

En affirmant qu'il existe des lois de la nature dans lesquelles la législation positive doit trouver son fondement, Rey pourrait sembler s'accorder avec ceux de ses contemporains qui cherchent à mettre un obstacle à l'excès de volontarisme législatif. Comme le remarque en effet Tristan Pouthier, au moment où écrit Rey, « les doctrines assimilées aux excès révolutionnaires, telles que le contractualisme, ou l'utilitarisme, ou le matérialisme, ou le volontarisme juridique, paraissent devoir être abandonnées²²³³ ». Pourtant ces diverses doctrines se trouvent toutes, plus ou moins, au cœur de la théorie juridique de notre auteur et nous avons vu que les lois de la nature de s'oppose pas au volontarisme. Mais la difficulté tient surtout à la dimension démocratique de son volontarisme législatif. Les éclectiques peuvent, de prime abord, sembler plus conséquents dans leurs théories. En refusant de placer la souveraineté dans le peuple ou la nation, en niant que la loi puisse être l'expression d'une volonté quelconque, ils peuvent alors se référer à des lois naturelles sans difficulté. Est-ce à dire qu'il est impossible d'embrasser dans une même théorie l'idée de la loi comme expression de la volonté générale et l'exigence de conformité aux lois de la nature (ou au droit *naturel* ou *légitime* de l'homme) ? Non, car la formule selon laquelle *la loi doit être l'expression de la volonté générale* apparaît en réalité dictée par les lois mêmes de la nature humaine (I).

Cependant, Rey écrit à une époque où la loi est bien loin d'exprimer la volonté générale. Issue de la volonté d'une infime minorité de citoyens, elle ne répond nullement aux besoins de l'ensemble de la nation, ni même à ceux de la majorité. De plus, quand bien même elle atteindrait la perfection d'exprimer la volonté de la majorité, Rey s'accorde avec Constant pour dire que cela ne saurait *rendre juste* (c'est-à-dire droit) *ce qui est injuste en soi*²²³⁴. S'il est *droit*, conforme aux lois de la nature, que la loi positive exprime la volonté générale, il ne semble toutefois pas dans le pouvoir de la législation de créer le droit. Ainsi, le droit conserve toujours un statut d'extériorité par rapport à la loi positive. En un sens, cela remplit la même fonction que celle du droit naturel classique, bien qu'il s'agisse ici d'une instrumentalisation opportune plutôt que d'une adhésion aux doctrines idéalistes. Par ailleurs, Rey n'est pas le seul à instrumentaliser le droit naturel. Mais tous les juristes ne poursuivent pas les mêmes fins lorsqu'ils mobilisent cette référence. Il nous faudra donc envisager les divers usages qui ont cours pendant le premier XIX^e siècle (II).

2233 T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, op. cit., p. 195.

2234 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, C.

I/ LA COMPATIBILITÉ DES LOIS DE LA NATURE ET DES LOIS EXPRESSION DE LA VOLONTÉ GÉNÉRALE

Les lois positives doivent être fondées en nature. Elles doivent être en adéquation avec les lois de la nature humaine tout en étant l'expression de la volonté générale. À premier abord, cela ressemble fort à un syncrétisme de Montesquieu et de Rousseau. Comment résoudre l'apparente contradiction entre ces deux exigences ? On retrouve, différemment formulées, les questions que nous avons déjà soulevées quant à l'articulation entre les principes de l'ordre social (quasi-contrat social et lois constitutives des sociétés) et l'affirmation du principe majoritaire comme conséquence de la souveraineté nationale. Les lois de la nature constituent-elles des limites au volontarisme, à l'expression de la volonté générale ou de celle de la majorité ? Imposent-elles l'existence de lois positives adoptées à la majorité²²³⁵ ? Ces lois positives sont-elles réellement en mesure de faire respecter les droits (naturels ou légitimes) des individus ?

Nous avons déjà montré que la référence aux lois de la nature ne condamne d'aucune façon l'intervention humaine²²³⁶. Celle-ci expriment la nécessité qui régit les phénomènes de ce monde, là où les lois positives offrent la possibilité d'agencer l'univers humain. Ces dernières peuvent alors être qualifiées de naturelles dès lors qu'elles respectent cette loi de la nature humaine qui pousse chacun à accroître son bonheur. Et « sauf quelques exceptions peu nombreuses » chaque individu demeure « le meilleur juge de son bonheur et des moyens de l'obtenir »²²³⁷. De prime abord, il serait donc plus *naturel* de laisser chaque individu décider pour lui-même. Mais le développement de la société implique de mettre en place une *autorité commune* chargée de prendre des décisions pour l'ensemble de la collectivité. Il faut alors déterminer qui est en droit de légiférer, puisque la loi se définit comme « *une règle prescrite à nos actions par une autorité que nous regardons comme ayant le droit de faire cette loi* »²²³⁸. Qui donc est en droit d'adopter une loi pour une collectivité d'individus ? Cette collectivité elle-même, car elle est la meilleure juge de ses besoins et des moyens d'y pourvoir. Faire résulter la loi positive de l'expression de la volonté des citoyens apparaît donc comme le mécanisme de décision le plus conformes aux lois de la nature humaine. Néanmoins, ainsi que nous l'avons explicité précédemment, toute décision sociale doit respecter le quasi-contrat social, qui constitue tout à la fois la condition de légitimité

2235 Voir Christopher HAMEL et Juliette ROUSSIN qui soulèvent les mêmes interrogations concernant la pensée de John LOCKE (« L'injustifiable majorité ? Loi naturelle et logiques majoritaires dans la pensée politique de John Locke », *Raisons politiques*, n° 53, 2014/1, p. 81-106).

2236 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, B, 3.

2237 *JGLJ*, t. 1, p. 389 ; *TPGD*, p. 254.

2238 *JGLJ*, t. 1, p. 397 ; *TPGD*, p. 284.

et la limite des lois positives²²³⁹. Le propos de Rey se précise encore lorsqu'il aborde la question sous l'angle de sa théorie du droit, conçu comme droit *naturel*.

En effet, le résultat des lois positives n'est pas de conférer des droits aux individus. Les notions de droit et de devoir, du juste et de l'injuste, sont antérieures aux lois positives. Celles-ci ne servent qu'à fixer ce que les hommes ont convenu de regarder comme juste²²⁴⁰. Et comme la vie est mouvement, évolution, changement, les idées que les hommes se font du droit ou de juste sont donc également vouées à évoluer.

Le discours de Joseph Rey est marqué par l'idée de progrès et de perfectibilité de l'homme²²⁴¹. Le juriste parle en effet de la « loi du progrès », qu'il qualifie de « loi naturelle »²²⁴². Il ne croit toutefois pas en une idée de progrès continu, ni à un quelconque providentialisme qui rendrait vaine toute intervention humaine. Mais tout en admettant l'existence de périodes de rétrogradation, contre lesquelles il convient de se prémunir, Joseph Rey affiche malgré tout une posture relativement optimiste concernant l'avenir. Un jour viendra, « où tout sera progrès non interrompu, où les hommes, comprenant enfin sans retour que le bonheur de chacun ne peut être complet et assuré que par le bonheur de tous, leur intérêt, autant que le sentiment, les conviera à une pacifique et universelle association²²⁴³ ». L'idée que les hommes se font du droit et du juste est donc amenée à évoluer en fonction de leur compréhension toujours plus étendue des principes du *véritable ordre social*. Dans des *marginalia*, Rey s'accorde ainsi avec Pecqueur pour dire que « la morale, comme toutes les lois générales, est indépendante de la reconnaissance que nous en faisons. *Elles est* ; et c'est à la reconnaître progressivement que doit s'ingénier la science sociale et philosophique²²⁴⁴ ». Mais la connaissance du droit ne résulte pas seulement d'une compréhension scientifique (ou philosophique) des principes sociaux. Les individus et les peuples sentent bien leurs besoins élémentaires et ils n'attendent pas de se fonder sur des théories pour faire valoir ce qu'ils considèrent être leurs droits. Les révolutions politiques l'illustrent abondamment. Bien entendu, Rey ne tombe pas dans l'illusion de croire que chacun puisse se faire une juste idée de ses véritables besoins et donc de ses véritables droits. Cela est d'autant plus compliqué que les besoins de l'homme ne se limitent pas à sa simple conservation

2239 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, C.

2240 REY écrit en effet à propos des « notions du *droit* » et de « l'origine du *juste* et de l'*injuste* », que leur idée « précède nécessairement celle de toute loi *positive*, puisque cette dernière espèce de loi, ainsi que les *conventions sociales*, ne sont jamais imaginées que pour fixer et rendre obligatoire ce qu'on a reconnu être *juste* » (TPGD, p. 286).

2241 TPGD, p. 239 et s. Sur l'idée de *Progrès* telle qu'elle a pu être conçue depuis les Lumières, voir M. ANGENOT, *L'histoire des idées*, *op. cit.*, p. 127-144.

2242 DBOS, t. 1, p. 287.

2243 *Ibid.*, p. 285-286.

2244 C. PECQUEUR, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique*, *op. cit.*, p. 170. À ces mots de PECQUEUR, REY, écrit en marge : « Très bien » (BMG, E. 26985, p. 170).

physique et qu'ils ne cessent d'évoluer. Déterminer quels besoins et quels intérêts peuvent atteindre le statut de droit nécessite par conséquent deux choses. D'une part, il convient de se référer à la volonté des citoyens pour connaître leurs désirs, leurs intérêts et leurs besoins. Mais, d'autre part, pour réussir à faire un tri et à agencer harmonieusement les divers intérêts individuels, il convient d'acquérir des connaissances étendues sur les lois de l'harmonie sociale. Telle est la fonction impartie au législateur, législateur que Rey entend guider dans son travail afin d'en faire un auxiliaire du progrès social.

Le résultat des lois positives est donc seulement « de déterminer, d'une manière au moins présomptive, *les droits* des citoyens²²⁴⁵ ». Par conséquent, le droit conserve un statut d'extériorité par rapports aux législations positives et peut alors être mobilisé pour les juger, les critiquer et en proposer un ajustement permanent.

III/ LES USAGES DU DROIT

Le droit naturel ou la loi naturelle se présente comme une instance extérieure et supérieure au droit positif qui, pour la plupart des auteurs, devrait lui servir de modèle. La rhétorique *jusnaturaliste* présente donc un fort potentiel de critique de la législation établie. C'est sans doute sous la Révolution que les potentialités subversives du droit naturel ont connu leur plus brillante illustration. Les révolutionnaires légitiment en effet le coup de force de 1789 et la chute de l'Ancien-Régime au nom des droits (naturels) de l'homme, faisant ainsi un usage politique du *jusnaturalisme*.

Cette manière de mobiliser le droit naturel ne disparaît pas complètement dans le premier XIX^e siècle. Il arrive ainsi qu'il soit encore invoqué à la tribune des assemblées parlementaires pour rappeler les législateurs au respect qu'ils lui doivent, voire pour appeler à la résistance. C'est ce que fait par exemple le général Tarayre, alors membre de l'Union, en juillet 1820, c'est-à-dire au moment même où les unionistes songent à employer des moyens d'action extra-légaux. Il affirme à plusieurs reprises que les droits naturels des français ont été violés²²⁴⁶ et qu'il se « croi[t] consciencieusement obligé de déclarer à [ses] commettans que leurs droits naturels ont été attaqués, que le gouvernement représentatif est faussé, qu'il ne [leur] reste plus aucun moyen de défense paisible et régulier²²⁴⁷ ». Telle est également l'opinion de Rey à la même époque : les

2245 *JGLJ*, t. 2, p. 19.

2246 Ce qui lui vaut d'ailleurs divers rappels à l'ordre.

2247 Jean-Joseph TARAYRE, *Discours prononcé par M. le Général Tarayre, le 3 juillet 1820, sur le budget des voies et moyens*, Paris, Aimé Comte, 1820, p. 15.

droits des individus et des peuples ayant été allégrement violés, la résistance extra-légale est alors rendue nécessaire : elle est un droit et un devoir²²⁴⁸. Si l'on en croit Paul Thureau-Dangin, les discours de ce genre se sont multipliés à la tribune en 1820²²⁴⁹. On voit encore Royer-Collard faire un usage critique du droit lorsqu'en 1827, pour s'opposer au nouveau projet de loi sur la presse, il affirme que « la loi ne peut pas tout » et doit être « soumise au droit », à défaut de quoi « il y a oppression, il y a tyrannie »²²⁵⁰. Le droit pose ainsi une limite au domaine d'intervention de la loi. Mais si un usage politique apparaît parfois dans les Chambres, il n'en va souvent pas de même sous la plume des juristes.

À y regarder de plus près, on constate en effet que la charge critique du droit naturel est largement neutralisée après l'épisode révolutionnaire. Cela est particulièrement sensible dans le discours des juristes et plus encore lorsqu'ils sont professeurs. On comprend que leur statut et l'obligation de conformer leur enseignement à un programme ne sont pas propices à l'affirmation d'une posture critique²²⁵¹. Ainsi, pour le cours de Code civil, la loi impose la dictée suivant l'ordre du Code, laissant peu d'espace aux commentaires des professeurs. La position de Rey à l'extérieur du champ académique l'a certainement aidé à assumer ses opinions. Mais celles-ci ne s'accordaient pas non plus avec son statut de magistrat. Lorsqu'il publie ses *Bases de l'ordre social*, il est en effet vivement rappelé à l'ordre par le premier président de la cour royal d'Angers, où il exerce alors la fonction de conseiller :

« Quelles sont, je vous prie, les doctrines que vous vous êtes efforcés de répandre dans le public ? Vous publiez, il y a six mois, sous le titre de Bases de l'ordre social, un ouvrage qui semble n'avoir d'autre but que de les ébranler toutes sans exception : la propriété y est directement attaquée, toute hérédité proscrite, l'institution même du mariage mise en problème.²²⁵² »

Dans les facultés comme dans les tribunaux, il n'est pas aisé d'affirmer une posture critique, qu'elle se fonde ou non sur un argumentaire *jusnaturaliste*. Rares sont donc les juristes qui mobilisent la charge subversive du droit naturel pour contester les orientations politiques portées par le droit positif.

2248 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1.

2249 Paul THUREAU-DANGIN, *Le parti libéral sous la Restauration*, Paris, E. Plon et C^{ie}, 1876, p. 124.

2250 P.-P. ROYER-COLLARD, cité par Prosper DE BARANTE, *La vie politique de M. Royer-Collard*, t. 2, 2^e éd., Paris, Didier et C^{ie}, 1862, p. 303.

2251 Cette posture critique peut d'ailleurs avoir de lourdes conséquences. Ainsi BAVOUX, suppléant à la faculté de droit de Paris, est envoyé aux assises pour « avoir, dans un discours public, excité à la désobéissance aux lois ». Le passage de son cours qui fait l'objet de l'accusation n'évoque certes pas le droit naturel. Cependant, BAVOUX y appelle à modifier un article du Code pénal (M. VENTRE-DENIS, « La Faculté de Droit de Paris et la vie politique sous la Restauration. L'affaire Bavoux », *Revue d'histoire des facultés de droit*, t. 5, 1987, p. 33-64). TOULLIER et J.-B.-V. PROUDHON furent également révoqués de leurs fonctions de professeur en raison de certaines critiques formulées sur la législation (A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 48-49).

2252 Lettre du Premier président de la Cour royale d'Angers, M. DESMAZIÈRES, 9 janvier 1837 (AN, BB/6/188).

Sur ce terrain, Rey se distingue donc une nouvelle fois par l'usage qu'il fait du concept de droit. Alors que le terme de loi, dans son sens primitif, renvoie d'abord à une création humaine, celui de droit noue des rapports plus étroits avec les lois de la nature et les nécessités qui pèsent sur le genre humain. Mais le mot droit revêt une telle multiplicité de sens qu'on ne peut en faire usage sans avoir pris les précautions nécessaires à sa juste compréhension. Bien que Rey utilise les expressions courantes de droit public ou de droit privé pour évoquer le droit positif, il entend d'abord rétablir l'acception primitive du terme. Selon lui, il n'y qu'un seul droit légitime ou naturel et il ne peut en exister d'aucune autre espèce. Ce que les législations humaines déclarent être le droit (le droit d'un individu) ne mérite donc pas nécessairement d'être qualifié ainsi. Rey préfère en effet parler de droit *déclaré* ou *présumé* pour signaler que les prérogatives reconnues par le droit positif peuvent être tout à fait différentes, voire contraires, au véritable droit. Aussi le droit garde-t-il une forme d'extériorité par rapport à la législation positive. Il se présente comme un criterium permettant d'étalonner les lois existantes. Le discours du droit permet donc de remettre en cause l'ordre établi par les législations et les institutions humaines. Au-delà même de cet aspect discursif, Joseph Rey considère qu'une société fondée sur la méconnaissance du droit et des lois de la nature est vouée à subir d'éternelles secousses politiques. La menace des révolutions est sans cesse agitée par l'auteur²²⁵³ qui entend ainsi alerter les gouvernants contre les dangers résultant de l'inadéquation du droit déclaré et du droit légitime.

Rey poursuit la tradition révolutionnaire en conférant au concept de droit une dimension politique subversive (B) alors que la plupart des juristes développent un discours qui en neutralise la charge critique (A).

A/ LA NEUTRALISATION DE LA CHARGE CRITIQUE DU DROIT NATUREL

Il est une fois de plus possible de reconnaître l'influence de la philosophie de Victor Cousin dans la manière dont les juristes du premier XIX^e siècle usent du droit naturel et tendent à en canaliser la charge critique. Certes, le philosophe affirme que tous les individus ont le droit de résister dès lors que leurs droits naturels sont attaqués ; cela constitue même un devoir²²⁵⁴. Certes encore, il participe, avec Joseph Rey, aux préparatifs de la conspiration d'août 1820. Mais il ne

2253 C'est la logique que l'on a déjà aperçue lorsqu'il défend le principe de souveraineté nationale (voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, II, A, 2) ou lorsqu'il met en garde ses contemporains contre le risque de désordres sociaux que génèrent inévitablement les inégalités sociales (voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, I, A).

2254 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 545 ; voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, II, A.

s'agit que de défendre les libertés menacées, libertés déjà garanties par la Charte. La manière dont Cousin précise le contenu du droit naturel tend en effet à le rendre inoffensif face aux régimes politiques qui consacrent une certaine forme de libéralisme. Dès lors que la Charte constitutionnelle, interprétée conformément aux principes du spiritualisme éclectique, reconnaît un ensemble de libertés attachées à la personne humaine, il devient possible de voir en elle la consécration du droit naturel. C'est bien ce qu'exprime Victor Cousin dans la dernière leçon de son *Cours d'histoire de la philosophie morale* de 1819-1820.

Alors que pour Joseph Rey la notion de droit s'applique à l'ensemble des éléments qui peuvent concerner l'homme et son bonheur, Cousin considère que les droits politiques, le pouvoir de faire les lois ou de nommer ses représentants par exemple ne rentrent pas dans la sphère des droits naturels. Le droit naturel impose seulement à l'État de respecter et de protéger chaque individu « dans l'accomplissement de sa destinée²²⁵⁵ » conformément à la maxime de la loi naturelle : *être libre, reste libre*. C'est de cette formule que le philosophe fait découler ce qu'il nomme le « droit social », dont les principes ont tous été consacrés par la Charte de 1814²²⁵⁶. Lire cet auteur laisse alors l'impression que le droit naturel n'est plus d'aucune utilité dans une France qui l'a déjà consacré. Ce point de vue s'inscrit d'ailleurs dans le cadre d'une distinction proposée par Guizot. Celui-ci différencie les révolutions légitimes menées au nom de la liberté de celles faites pour ce qu'il nomme « la puissance », c'est-à-dire lorsque « le peuple ou ceux qui se prétendent ses interprètes, réclament leurs droits à des lois égales et justes en vertu de leurs titres à la souveraineté »²²⁵⁷. Alors que « le besoin de la liberté n'est que le besoin de la justice²²⁵⁸ » et justifie donc les révolutions menées en son nom, Guizot considère que « la société est menacée²²⁵⁹ » si l'insurrection a pour but de *réclamer son droit à des lois justes*. L'usage subversif du droit naturel ne saurait donc jamais dépasser la revendication de libertés individuelles.

Cousin propose ainsi une interprétation libérale de la Charte qui, tout en incitant le gouvernement au respect du texte ainsi interprété, permet de lui conférer une autorité et une légitimité fondées sur sa conformité au droit naturel. Pareille logique se retrouve alors dans le cercle des juristes d'inspiration éclectique. En même temps que le volontarisme est condamné dans les principes, comme synonyme d'arbitraire, le respect du aux lois positives est exalté par référence au droit naturel²²⁶⁰.

2255 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 448.

2256 *Ibid.*, p. 448-449.

2257 F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 1-2.

2258 *Ibid.*, p. 1.

2259 *Ibid.*, p. 2.

2260 André-Jean ARNAUD soulève d'ailleurs la question suivante : « le spiritualisme de Victor Cousin ne sombre-t-il pas en réalité dans le positivisme » ? (*Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 61). À bien des égards, il semble permis d'y répondre positivement.

Dans le premier volume de la *Thémis*, Degérando constate ainsi que le droit positif n'est que l'expression et le développement du droit naturel, qui « sert de fondement à l'édifice entier de la législation²²⁶¹ ». Le droit public et le droit privé « ont leur racine commune dans le Droit naturel, dont ils sont, en quelque sorte, une expression développée, une application réelle²²⁶² ». Ce dernier n'a donc plus un statut d'extériorité par rapport aux lois positives. Alors qu'il s'intéresse au rôle joué par la revue juridique *Thémis*, Tristan Pouthier remarque en effet que ses contributeurs, « sous l'influence de la philosophie de Cousin », présentent « une conception du droit naturel bien particulière » :

« L'idée fondamentale est que les préceptes du droit naturel ont été *intégrés au droit positif* [...]. De ce fait, le droit est en passe de devenir un droit parfait. Le droit naturel ne peut donc plus être présenté comme dans le passé sous la forme d'une série de préceptes parallèles au droit positif et lui faisant concurrence. »²²⁶³

En effet, loin de lui faire concurrence, le droit naturel vient au contraire légitimer les lois positives malgré leurs « imperfection[s] inévitable[s]²²⁶⁴ ». Puisque la législation positive a toujours son origine dans un droit naturel qui est lui-même l'expression de la sagesse divine, il doit justement être regardé comme sacré²²⁶⁵. Troplong partage plus ou moins ces idées. Même s'il affirme que « la loi écrite [peut] forcer le droit naturel à abdiquer²²⁶⁶ » et même s'il se défend d'être un « admirateur aveugle » du Code civil, il juge néanmoins que ce code « offre tous les développements du droit naturel »²²⁶⁷. Son intention fait alors peu de doute : il s'agit d'asseoir la légitimité du droit positif. Le civiliste déclare en effet que la question de l'origine de la prescription – naturelle ou civile – est d'une haute importance, « aujourd'hui surtout que toutes les institutions doivent compte de leur légitimité à la raison, et que la vraie philosophie est assez avancée pour croire à quelque chose de plus qu'à une utilité matérielle²²⁶⁸ ». Pour Troplong, il

2261 *Thémis*, t. 1, p. 66.

2262 *Ibid.*, p. 70.

2263 T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 208.

2264 *Thémis*, t. 1, p. 71.

2265 *Ibid.*, p. 70. De même, Bénigne PONCET écrit que : « [l]es lois humaines sont le complément de la loi naturelle, et lui prêtent leur force positive ; mais elles ne comportent qu'une bonté relative, étant l'ouvrage d'une intelligence bornée et imparfaite. [...] Elles n'en ont pas moins pour bases les principes certains, universels et immuables de l'instinct moral ou de la loi naturelle » (*Traité élémentaire de législation et de procédure, Premier traité*, *op. cit.*, p. 10-11).

2266 R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De la prescription*, 2^e éd., t. 1, Paris, Hingray, 1835, p. 41. C'est aussi ce que l'on trouve chez ceux qui raisonnent à partir de l'opposition état de nature/état social, pour considérer que le passage à l'état civil s'accompagne soit du sacrifice, soit de la limitation des droits naturels des individus. Ainsi TOULLIER, sans admettre pour autant un contrat social, écrit : « Les droits dont jouit l'homme en société sont de deux espèces ; les uns lui sont donnés par la nature : il en jouissait avant d'entrer dans l'état civil. Ces droits, lorsque le bien de la société l'exige, et autant seulement qu'elle l'exige, peuvent être modifiés par les lois civiles », quoiqu'ils ne puissent « être abolis par aucune institution légitime » (*Droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 172).

2267 R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De la prescription*, t. 1, *op. cit.*, p. 8.

2268 *Ibid.*, p. 5.

s'agit donc de mobiliser le droit naturel au titre de « justification subsidiaire des règles déjà établies²²⁶⁹ ». C'est d'ailleurs ce que constate plus généralement le professeur Naoki Kanayama au sujet de la prescription. Les civilistes, au XIX^e siècle, s'attachent à la justifier en droit naturel, ce qui rend « [l]e recours à la notion [...] sans conséquences concrètes²²⁷⁰ ». Même Charles Demolombe, pourtant surnommé le « Prince de l'Exégèse », ne se prive pas de mobiliser la rhétorique *jusnaturaliste* pour soutenir la légitimité des lois positives. Il en va ainsi lorsqu'il affirme que la plupart d'entre elles « ne sont que la consécration de ces grandes règles d'humanité, de sociabilité que Dieu a gravé dans tous les cœurs²²⁷¹ ». L'obéissance à la loi doit donc être inconditionnelle.

Selon Degérando, les qualités du droit naturel s'étendent même jusqu'à « leurs ministres et à leurs organes », revêtus d'« une sorte de sacerdoce »²²⁷². Le droit naturel transcendant et divin devient ainsi le fondement de la légitimité des lois humaines qui, sans cette référence, risqueraient d'être impuissantes à maintenir l'harmonie contre les passions et l'égoïsme. Taulier juge ainsi essentiel « que la loi positive se dise fille de Dieu » car c'est une « conquête pour l'ordre »²²⁷³. Nader Hakim remarque à ce sujet que, pour les juristes de l'époque, le rapport est finalement inversé entre droit naturel et loi positive. Malgré les discours qui placent le droit naturel au-dessus de la loi humaine, celle-ci exerce une tutelle sur celui-là, tutelle « renforcée par la croyance traditionnelle en un droit naturel qui prescrit de conserver l'ordre de la société et donc d'obéir à la loi²²⁷⁴ ». On constate par conséquent une forte réticence à opposer l'idée de droit naturel à celle de droit positif. Le droit naturel a changé de destination. Naguère brandi comme une arme contre l'arbitraire des lois, il est désormais un bouclier destiné à les protéger des critiques²²⁷⁵.

Cette nouvelle tendance était d'ailleurs à l'œuvre depuis le début siècle. Le projet de Code civil prévoyait en effet un article premier ainsi conçu : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison universelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes²²⁷⁶ ». Si cet article fut supprimé de la rédaction finale, ce n'est pas une simple prétérition. Les rédacteurs apparaissaient finalement acquis à une certaine forme de positivisme

2269 Naoki KANAYAMA, « Les civilistes français et le droit naturel au XIX^e siècle. À propos de la prescription », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 8, 1989, p. 142.

2270 *Ibid.*, p. 136.

2271 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 6.

2272 *Thémis*, t. 1, p. 71.

2273 F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 31.

2274 N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 304.

2275 Selon Nader HAKIM le droit naturel permet encore de donner à la loi « une légitimité apte à transcender son origine historique » (*L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 272).

2276 *Projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an VIII*, Paris, Emery, 1801, p. 79.

légaliste. Si le Code civil trouve sa source dans le droit naturel, ce dernier s'est donc lui-même transformé en droit positif et c'est sur celui-ci qu'il faudra désormais focaliser l'étude. Cette représentation tend alors écarter tout usage critique du droit naturel. La crainte d'un nouveau 1789 est bien présente.

La préservation de l'ordre est effectivement essentielle et c'est pourquoi Jouffroy avance qu'il faut toujours respecter les lois positives, « même quand elles paraîtraient un peu absurdes ; [...] puisque autrement on troublerait la société²²⁷⁷ ». Dans cette logique, ce sont donc moins les lois injustes qui créent le trouble, que leur violation. Jouffroy ne s'oppose cependant pas à la critique de telles lois. Mais, comme le remarque Georges Navet, « [q]ui est en position d'apercevoir l'éventuelle déraison d'une loi, de la critiquer et d'obtenir qu'elle soit changée ? Ceux qui, bien sûr, ont la capacité de remonter de l'obligation à ce qui la motive et l'engendre, c'est-à-dire ceux qui se sont élevés à la raison, par opposition aux "hommes ordinaires" qui vivent au niveau du sens commun²²⁷⁸ ». Les philosophes et juristes se prêtent toutefois rarement à la critique du droit positif et il est rare que le droit naturel se voit réellement reconnaître une valeur pratique.

On peut, à ce sujet, citer le cas très marginal de Belime qui, avec beaucoup de méfiance, admet la désobéissance aux lois positives qui seraient contraires à la loi naturelle²²⁷⁹. Nader Hakim signale également le cas particulier d'Antoine-Marie Demante qui reconnaît une valeur juridique au droit naturel. Celui-ci estime en effet « que la loi se contente de rappeler certaines règles du droit naturel pour éviter la confusion qui règne parfois à son propos, sans que cela modifie sa valeur initiale de règle parfois directement applicable par les juristes²²⁸⁰ ». Demante affirme ainsi « que les juristes, les juges en particulier, peuvent puiser dans le droit naturel à défaut de norme positive applicable²²⁸¹ ».

Les travaux de Jean-Louis Halpérin signalent également que les juristes qu'on a longtemps considéré comme des représentants de l'école de l'exégèse ont, à l'occasion, mobilisé le droit naturel pour interpréter ou critiquer les dispositions des Codes²²⁸². Il a ainsi montré que « les conceptions jusnaturalistes de Toullier l'ont [...] amené à dépasser le cadre étroit d'un commentaire purement exégétique du Code civil²²⁸³ ». Par ailleurs, ce dernier admet que le juge

2277 T. JOUFFROY, *Cours de droit naturel*, t. 3, *op. cit.*, p. 197.

2278 G. NAVET, « Le droit naturel des éclectiques », *art. cit.*, p. 121-122.

2279 W. BELIME, *Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 158-159.

2280 N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 274.

2281 *Ibid.*, p. 288.

2282 J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 35-76. Idée déjà exprimée par A.-J. ARNAUD (*Les juristes face à la société*, *op. cit.*, p. 49).

2283 *Ibid.*, p. 53.

recourt à la loi naturelle lorsque la loi demeure silencieuse, car cela découle, selon lui, de l'article 4 du Code civil²²⁸⁴. Mais l'interprétation se fait généralement de façon inoffensive. Taulier affirme que c'est « dans le sens des doctrines spiritualistes [...] que notre Code civil a été conçu²²⁸⁵ » – constat qui, au demeurant, ne manque pas tout à fait de justesse²²⁸⁶. Le rôle de la doctrine se trouve ainsi borné par une interprétation conforme à l'anthropologie spiritualiste cultivée par les juristes²²⁸⁷ et qui ne conduit qu'à consolider l'ordre social bourgeois. Les critiques demeurent donc rares et se fondent la plupart du temps sur des considérations étrangères au droit naturel.

Ainsi, lorsque Jourdan revendique une posture critique, c'est plutôt l'histoire du droit qui vient fournir les éléments permettant de juger le Code et les lois²²⁸⁸. De même, quand Pellegrino Rossi accuse le Code civil de n'être plus adapté aux évolutions de la société industrielle, il n'invoque aucun argument fondé sur le droit naturel²²⁸⁹. Dénoncer l'inadéquation du droit écrit avec l'évolution de la société participe plutôt d'une logique proche de celle des tenants de l'École historique allemande. De plus, Rossi prend soin de préciser que l'inadaptation du Code civil aux nouvelles exigences « ne se manifeste que dans un ordre d'idées et de faits subalterne, dans la partie [...] matérielle du droit civil²²⁹⁰ ». Ce n'est donc pas en raison d'une inadéquation de la loi avec le droit naturel qu'il se permet ces remarques, mais parce qu'elle ne répond plus aux besoins économiques de la société. Autrement dit, dans les termes alors consacrés, ce n'est pas parce que

2284 Bernard BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 6, 1988, p. 95.

2285 F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 26.

2286 J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des français », *art. cit.*, p. 121-160.

2287 Ceci est particulièrement sensible dans le champ du droit de la responsabilité pénale, qui sera marqué par la figure de l'homme comptable de l'usage qu'il fait de son libre-arbitre (voir M. REGAD, *Attaquer le droit pénal par la philosophie*, *op. cit.*, p. 122-123). Jérôme FERRAND note également que « les dividendes herméneutiques du spiritualisme éclectique sont plus immédiatement sensibles dans les champs du droit des obligations et du droit de la responsabilité » pénale comme civile (« La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique », *art. cit.*, n° 107).

2288 Athanase JOURDAN refuse en effet de considérer « que le jurisconsulte doit se borner à interpréter la pensée du législateur sans dénoncer les vices de la loi ». Distinguant l'écrivain (juriste) du professeur en droit, il affirme que le premier doit juger et critiquer la loi si besoin (*Thémis*, t. 2, p. 278). La revue se propose en effet de « contribuer au perfectionnement de la législation » (*Thémis*, t. 1, p. 5). Mais dans l'article qui ouvre le premier numéro de la revue – signé par WARNKOENIG et consacré à « l'état actuel de la science du Droit en Allemagne » –, il faut voir comment l'auteur caractérise la méthode « critique » des juristes allemands : il s'agit de respecter « l'autorité des grands jurisconsultes » tout en allant « directement aux sources » du droit, en l'étudiant « à fond » et en s'aidant « de tout ce que l'histoire, l'étude des langues et de la philosophie, peuvent lui offrir de secours ». Et c'est principalement par « l'étude du droit romain » que passe cette méthode critique (*ibid.*, p. 23).

2289 D'ailleurs, dans son cours d'économie politique professé au Collège royal (et non à la faculté de droit), ROSSI précise avoir du réserver ses remarques critiques sur le droit civil « pour une autre enceinte », suggérant ainsi qu'en tant que professeur, il n'entendait pas se permettre ce type de commentaire (*Cours d'économie politique*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1840, p. 395). Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

2290 P. ROSSI, « Observations sur le droit civil français, considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société », *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, t. 2, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1857, p. 4.

la loi est injuste, mais parce qu'elle ne répond plus à l'exigence d'utilité.

Le juste et l'utile se présentent en effet comme deux aspects du discours juridique qui ne se relèvent pas du même registre. Alors que le juste résulte d'une loi naturelle ou d'un droit naturel conçu dans une dimension universelle et atemporelle, l'utilité permet de justifier la variabilité de certaines dispositions législatives qui seront alors qualifiées d'arbitraires. On remarque d'ailleurs que, chez la plupart des auteurs qui en traitent, l'idée est toujours d'attacher l'arbitraire aux productions issues de la volonté des hommes²²⁹¹. Il y aurait d'une part une loi naturelle, tout à fait indépendante de la volonté humaine et donc juste, et, d'autre part, des lois qui seraient le produit arbitraire de leurs volontés et qui seraient dictées par l'utilité sociale. Le professeur de droit naturel Xavier Portets admet ainsi l'existence de « lois arbitraires », « contraires au droit naturel »²²⁹². Sans les frapper d'une quelconque réprobation, il se contente d'expliquer que de telles lois sont parfois « établies dans des circonstances toutes particulières » et sont « essentiellement exceptionnelles et passagères »²²⁹³. Il les définit alors comme les lois « qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir suivant le besoin »²²⁹⁴. Le législateur peut donc méconnaître les principes du droit naturel « chaque fois que l'exige l'intérêt social bien apprécié »²²⁹⁵. Si cela ressemble fort à ce que Rey peut écrire, il n'est toutefois pas anodin d'introduire et de légitimer la référence à l'arbitraire dans la conception des lois.

Ces considérations générales permettent de comprendre pourquoi Xavier Portets a pu si facilement se voir attribuer le cours de droit naturel créé par l'ordonnance du 24 mars 1819 pour la faculté de droit de Paris. Nommé par le doyen Delvincourt qui n'entendait pas développer l'esprit critique de la jeunesse étudiante²²⁹⁶, Portets amène avec lui l'assurance d'un enseignement conforme à la philosophie spiritualiste qui ne présente aucun risque de remise en cause de la législation et de l'ordre établi²²⁹⁷. Dans son *Cours de droit naturel*, professé en 1820-21, il

2291 Ainsi LEPAGE définit les lois positives comme celles « qui dépendent de la volonté arbitraire des hommes » (*Éléments de la science du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 466) ; *idem* chez Jacques BERRIAT-SAINT-PRIX (*Précis d'un cours sur les préliminaires du droit*, *op. cit.*, p. 9). OUDOT écrit aussi que le droit positif est « arbitraire » et « humain » (*Premiers essais de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 62).

2292 X. PORTETS, *Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 8. Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, B, 3.

2293 *Ibid.*, p. 8.

2294 *Ibid.*, p. 87.

2295 *Ibid.*, p. 91.

2296 « L'agitation libérale étant à son comble en cette année 1819, il faut veiller à ce que les idées susceptibles de subvertir l'ordre établi ne puissent pas pénétrer l'esprit des étudiants, et bien évidemment celui des professeurs » (J. FERRAND, « Tout change parce que rien ne change », *op. cit.*, p. 111-131). DELVINCOURT apparaît en effet comme « le chantre d'un enseignement limité à la seule explication de la codification du droit moderne » (Catherine LECOMTE, « La faculté de droit dans la tourmente politique, 1830-1848 », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 10-11, 1990, p. 63).

2297 Jean-Louis HALPÉRIN considère toutefois que DELVINCOURT « n'était pas un incondtionnel du Code civil ni un traditionaliste dans tous les sens du terme » (*Histoire du droit privé français*, *op. cit.*, p. 51). Il se prononce par exemple pour la suppression de l'adoption, ce qui, sans aller dans un sens progressiste, s'oppose aux

commence par affirmer que l'étude du droit naturel doit permettre « d'apprécier la justice et l'injustice des lois positives²²⁹⁸ ». Selon Portets, cela doit conduire à distinguer « celles qu'il faut frapper de réprobation, comme inhumaines et tyranniques » de « celles qu'il faut chérir et révéler comme l'expression de la conscience et de la raison que Dieu a imposées à l'homme »²²⁹⁹. Il ne se prête pourtant à aucun exercice critique et sa justification des lois arbitraires tend au contraire à éviter que ses étudiants ne se permettent de dénoncer les mauvaises lois. Les réticences à mettre en place un tel enseignement et sa suppression à peine quelques années²³⁰⁰ plus tard témoignent bien des craintes que le droit naturel pouvait susciter. Il en va de même pour ce qui concerne « l'histoire philosophique du droit ». Chateaubriand explicite ce point en 1819. Au sujet de la mise en place d'une « chaire d'histoire philosophique du droit », il écrit qu'« [e]nseigner la philosophie des lois, c'est enseigner l'incrédulité des lois²³⁰¹ ». Il redoute en effet tout particulièrement de faire remonter les étudiants « jusqu'au droit naturel », c'est-à-dire de stimuler un raisonnement qui pourrait servir de socle à la critique de l'ordre établi²³⁰².

On comprend donc que la rhétorique qui tend à considérer que le droit naturel a été absorbé dans la loi positive vise surtout à contrecarrer le potentiel subversif d'une notion que Rey n'hésite guère à exploiter.

B/ LES USAGES POLITIQUES DU DROIT PAR JOSEPH REY

Dans ses *Préliminaires*, ses *Leçons* et son *Traité*, après avoir proposé sa définition du droit, Joseph Rey examine les diverses acceptions du terme qui ont alors cours et signale les déviations de sens qu'il repère sous la plume des juristes. Il s'oppose d'abord à ceux qui voient dans le droit « une *faculté* de faire ou d'obtenir », car cela « suppose une puissance réelle » dont ne dispose pas toujours l'individu qui entend faire valoir son droit²³⁰³. Mais c'est un autre sens du mot qui doit ici attirer notre attention. Joseph Rey remarque en effet que, « par dérivation » du sens premier, le terme droit inclut souvent « l'idée d'une autorité préposée pour faire valoir les prétentions fondées sur le *droit*, c'est-à-dire sur les règles déclarées être le *droit* par cette autorité »²³⁰⁴. Il s'agit,

dispositions du droit civil.

2298 X. PORTETS, *Cours de droit naturel, op. cit.*, p. 7.

2299 *Ibid.*, p. 7.

2300 Guy ANTONETTI, « La Faculté de droit de Paris à l'époque où Boissonade y faisait ses études », *Revue internationale de droit comparée*, t. 43, n° 2, 1991, p. 338. Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

2301 F.-R. DE CHATEAUBRIAND, *Œuvres complètes*, t. 4, Paris, Furne, 1834, p. 664.

2302 *Ibid.*, p. 664

2303 *Préliminaires*, p. 99 ; *JGLJ*, t. 2, p. 22 ; *TPGD*, p. 210-211.

2304 *Préliminaires*, p. 99 ; *JGLJ*, t. 2, p. 22 ; dans *TPGD*, REY n'évoque plus les « prétentions fondées sur le droit »,

autrement dit, du droit positif, celui qui découle de la loi et des décisions judiciaires²³⁰⁵. C'est ce que Rey nomme droit « *déclaré* » ou « *présumé* », qu'il oppose ou du moins distingue du « droit originaire ou *naturel* », « droit primitif »²³⁰⁶, encore appelé « droit légitime »²³⁰⁷ (1).

À l'occasion de cet examen des différents sens donnés au mot droit, Joseph Rey en profite pour pointer du doigt une autre difficulté. Il fait en effet savoir que le droit déclaré lui-même n'est pas suffisamment garanti par les institutions publiques. Lorsqu'il évoque certains droits que l'autorité n'est pas en mesure de faire respecter, il n'y a pas vraiment de doute sur les arrières pensées de l'auteur : c'est à la justice administrative qu'il songe. Bien qu'il ne s'agisse plus directement de la question du droit légitime, ce point mérite qu'on s'y arrête en raison de l'importance des débats relatifs aux juridictions administratives et au Conseil d'État tout particulièrement (2).

1. Droit légitime et droit déclaré

Rey affirme qu'il est de rigueur que le droit légitime et le droit déclaré soient en tous points confondus. Force est pourtant de reconnaître que tel n'est pas le cas. Il arrive en effet que « le sens originaire du mot » soit « non seulement modifié, mais encore complètement dénaturé par le second emploi de ce mot, puisqu'il peut signifier une chose absolument opposée »²³⁰⁸. Rey illustre alors son propos à l'aide du droit de propriété :

« Par exemple, si la loi ou un jugement public a déclaré que je suis propriétaire de tel ou tel objet, l'on dit que j'ai *droit* à cet objet, lors même que je n'y aurais aucun *droit primitif*, fondé sur les vrais rapports de cet objet avec moi-même, tels que l'acquisition par mon travail ou par un juste équivalent, etc.²³⁰⁹ »

Il ne faut d'ailleurs pas se limiter aux rapports de l'individu avec l'objet en question, mais

mais seulement « les prétentions fondées sur les règles déclarées être le *droit* par cette autorité » (TPGD, p. 211).

2305 Dans ses *Preliminaires* et ses *Leçons*, il écrit : « Par exemple, si la loi ou un jugement a déclaré que je suis propriétaire de tel ou tel objet » (*Preliminaires*, p. 99 ; JGLJ, t. 2, p. 22). Mais dans son *Traité*, il n'évoque plus la loi. En un sens, cela peut se comprendre puisque la loi n'a pas à déclarer tel ou tel individu propriétaire, cela relève de l'autorité judiciaire. Néanmoins, malgré la prétérition du terme « loi », nous pensons que cela ne change rien au fait que REY distingue le droit qui résulte de la législation positive et le droit légitime. D'ailleurs, dans son *Traité*, il parle toujours des « prétentions fondées sur les règles déclarées être le droit » (TPGD, p. 211 ; c'est nous qui soulignons), ce qui comporte bien l'idée que les lois positives, ou du moins les hommes en position d'autorité suffisante pour le faire, ne font que *déclarer* le droit, c'est-à-dire le *présumer* (REY parlant indistinctement de droit présumé ou déclaré).

2306 *Preliminaires*, p. 100 ; JGLJ, t. 2, p. 23.

2307 TPGD, p. 211.

2308 *Preliminaires*, p. 100 ; JGLJ, t. 2, p. 22-23 ; TPGD, p. 211.

2309 *Preliminaires*, p. 99 ; JGLJ, t. 2, p. 22 ; TPGD, p. 211.

également prendre en compte les circonstances sociales pour pouvoir déterminer les véritables conditions du droit de propriété. Il importe donc tout particulièrement à notre auteur de ne pas ranger sous la même dénomination ces diverses acceptions du terme. C'est pourquoi il insiste sur la nécessité d'accoler une épithète afin de ne pas confondre le droit légitime et ses avatars. Cette distinction revêt alors une importance décisive. Joseph Rey fait en effet du terme de droit une utilisation bien plus politique que proprement juridique. À de nombreuses reprises, il met ainsi en garde les gouvernants qui violent les droits des peuples et des individus. Selon lui, aucun ordre social ne saurait être établi durablement sans être fondé sur le respect du droit.

Nous avons déjà entraperçu cette idée à différentes reprises. Lorsque, dans les années 1819-1820, le juriste développe sa réflexion sur les lois constitutives des sociétés, il alerte sur les risques liés à la violation de la règle de proportionnalité dans la contribution aux charges sociales et la distribution des avantages sociaux. Si ce principe est méconnu, « le fait vient se mettre à la place du *droit*²³¹⁰ », écrit-il. Partant,

« le pouvoir social n'aura aucune véritable solidité, et de là naîtront tous les malheurs des peuples. Qu'on ne cherche point ailleurs les premières causes des révolutions politiques, des horreurs de la guerre civile et du massacre même des rois. L'oubli des principes, voilà le vrai bourreau des nations et des princes, tout le reste n'est que secondaire. L'inconstance des peuples, prétendue incorrigible, n'est que l'inquiétude inévitable à des êtres sensibles, qui n'aperçoivent aucune garantie, aucune règle certaine de leur bonheur. Que les chefs des nations respectent enfin les lois véritables de notre nature, et l'on verra cesser les calamités politiques²³¹¹ ».

Son propos est limpide : la violation du droit ou des lois véritables de notre nature ne saurait avoir que des conséquences désastreuses pour la pérennité de l'association. Dans la logique des déclarations de 1789 et de 1793, l'insurrection apparaît alors comme la suite nécessaire de la violation des droits des individus et des nations. Que « l'excès de désespoir » pousse les hommes à résister contre l'oppression, c'est le résultat d'un sentiment naturel à tout être qui souffre²³¹². C'est en effet une loi de notre nature que d'être poussé à résister contre ce qui nous fait souffrir. La volonté est soumise à cette loi inexorable qui conduit, d'une manière ou d'une autre, à ce que le droit finisse toujours par prendre ou reprendre son empire. Le juriste précise d'ailleurs que les hommes n'ont nul besoin d'avoir théorisé le droit d'insurrection pour que des mouvements populaires se produisent. Autrement dit, l'insurrection est gouvernée par une loi de nature (ou est dictée par la loi de notre nature) : elle se produit spontanément lorsque les circonstances la rendent nécessaire²³¹³.

Bien d'autres passages de ses écrits présentent la même teneur. Dans ses *Leçons*, Rey

2310 *Préliminaires*, p. 26 ; *JGLJ*, t. 1, p. 269.

2311 *Préliminaires*, p. 27-28 ; *JGLJ*, t. 1, p. 269-270.

2312 *Préliminaires*, p. 70 ; *TPGD*, p. 348.

2313 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, II, B, 3.

évoque ainsi « [l]es luttes déplorables des peuples et de leurs chefs, de la liberté contre l'oppression, de la juste répartition des droits contre l'injuste prétention des privilèges²³¹⁴ », avant de sonner une nouvelle alarme. « Que de calamités fondront peut-être encore sur nous et sur tant d'autres peuples, que de crimes seront encore commis, que de sang sera versé, pour soutenir quelques misérables erreurs sur les droits et les devoirs réciproques des gouvernés et des gouvernants !...²³¹⁵ » Par le choix des mots employés, on voit bien que Rey justifie ces mouvements populaires, sans pour autant chercher à les valoriser ni à y inciter le peuple. C'est aux gouvernants, aux hommes de pouvoir et d'influence qu'il s'adresse. Il les enjoint à ne pas attendre que de nouvelles révolutions éclatent pour instaurer une société fondée sur le respect des droits, ou du moins plus conforme aux principes du droit. Car les excès qui ont presque toujours lieu dans le cours des révolutions sont perçus comme des sortes de réactions mécaniques, nécessaires : « Un abus en amène un autre²³¹⁶ », écrivait-il en 1815 à destination de Napoléon. Dans cette *Adresse à l'Empereur*, rédigée durant les Cent-Jours, Rey appelait Bonaparte à respecter les droits et les libertés du peuple, afin d'asseoir enfin son pouvoir sur des bases solides. L'expérience de la Révolution française est encore dans toutes les têtes à cette époque. Et si Joseph Rey n'ignore pas le sang versé par ses partisans, ayant lui-même assisté à des scènes terribles, il sera toujours acquis à l'idée que les violences révolutionnaires furent rendues légitimes par les siècles d'oppression et par la réaction contre-révolutionnaire. Certes, dans ses *Mémoires*, il parle des « excès révolutionnaires » comme du « résultat malheureux et dénaturé du devoir sacré de défendre la plus juste des causes »²³¹⁷. Aussi devrait-on comprendre que ce résultat n'est pas naturel.

Pourtant, d'autres passages laissent entendre l'inverse. C'est ce qui résulte notamment d'un morceau de son *Adresse à l'Empereur*. Il traite alors de la liberté de la presse et distingue liberté et licence, avant d'écrire :

« On sait que généralement, au physique comme au moral, une compression trop violente produit ensuite, en sens contraire, un effet également violent, qui n'eût point eu lieu, si l'on n'eût précédemment contrarié les lois de la nature.²³¹⁸ »

Puis il invoque l'exemple de la Révolution, expliquant à l'Empereur que les révolutionnaires n'auraient pas été immodérés dans leurs écrits « en réclamant les droits du peuple, si, depuis des siècles, l'exercice de ces droits n'eût pas été injustement comprimé²³¹⁹ ». Si l'on met en lien les passages de ses *Mémoires* et de l'*Adresse*, on comprend bien que c'est l'oppression ou la contre-

2314 JGLJ, t. 1, p. 259.

2315 JGLJ, t. 1, p. 259-260.

2316 *Adresse à l'empereur*, p. 13.

2317 *Mémoires politiques*, p. 25.

2318 *Adresse à l'Empereur*, p. 13.

2319 *Ibid.*, p. 14.

révolution qui, violant les lois de la nature (allant à l'encontre du désir fondamental de bien-être des hommes), a conduit à des résultats eux-mêmes dénaturés dans les formes de la revendication populaire.

Lorsque, dans ses *Mémoires*, Rey revient sur la société secrète qu'il a fondée en 1816, c'est encore le droit qui est invoqué pour justifier une telle association. Le juriste comprend bien tous les inconvénients que présente la formation de sociétés « agissant dans l'ombre » et n'offrant ainsi aucune « garantie suffisante » concernant leurs buts et leurs moyens d'action²³²⁰. Cependant, « dans certaines circonstances, elles [deviennent] un droit légitime, souvent même un devoir des plus élevés²³²¹ ». Ce n'est là que de la « légitime défense », la défense « des principes dont la violation met en danger les bases mêmes de l'ordre social »²³²². Et ce sont par conséquent « les auteurs seuls de l'oppression qu'il faut rendre comptables des dangers qu'entraînerait un remède inévitable et désespérément énergique²³²³ ». Si, dans un premier temps, Rey cherche à rester dans la légalité, en respectant l'article 291 du Code pénal qui interdisait les réunions de plus de vingt membres²³²⁴, ce souci legaliste finira par s'estomper progressivement au cours du premier semestre 1820. La réaction liberticide qui a lieu suite à l'assassinat du duc de Berry force en effet les libéraux à réfléchir à leurs moyens d'action. Quoique les conjurés de l'Union entendent d'abord contraindre le gouvernement à respecter la Charte constitutionnelle, comme le veut Cousin, certains d'entre eux, au rang desquels se trouve Joseph Rey, vont dépasser cette voie constitutionnelle. Au cours de l'été 1820, alors que le complot anti-monarchiste se prépare, le fondateur de l'Union réfléchit ainsi au futur gouvernement provisoire et aux premières réformes qu'il devra accomplir²³²⁵. C'est bien violer l'ordre légal et constitutionnel au nom du respect du droit. D'après Joseph Rey, le but de l'Union fut dès le début de reconquérir les droits violés. Ayant perdu les statuts de l'Union, il cite de mémoire l'idée exposée en préambule :

2320 *Mémoires politiques*, p. 84-85.

2321 *Ibid.*, p. 84.

2322 *Ibid.*, p. 85.

2323 *Ibid.*, p. 86.

2324 C'est ce qui résulte d'un passage de ses *Mémoires politiques* que REY a toutefois raturé. Il y est écrit : « nous voulûmes d'abord nous borner au nombre de vingt, pour pouvoir nous réunir au besoin, sans tomber sous le coup de l'article 291 du Code pénal » (*Mémoires politiques*, p. 90). Nous pensons que l'auteur a jugé bon de supprimer ce morceau car il contredit un autre aspect de son propos. Le juriste a en effet cherché à démontrer l'abrogation de fait de cette disposition en se fondant sur l'article 68 de la Charte de 1814, d'après lequel « [l]e Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé ». Dans ses *Mémoires sur la Restauration*, il affirme ainsi que cet article 291 pouvait « à bon droit » être « cru virtuellement abrogé par la charte, même avant la révolution de 1830 » (*MSR*, t. 2, p. 164-165). REY a-t-il limité le nombre de membres de l'Union pour rester dans la légalité, ou croyait-il déjà que cet article était légitimement abrogé par la Charte ? Nicolas BOISSON souligne pour sa part que « [l]e faible nombre d'adhérents correspondait aussi et surtout à la volonté de fonder une organisation d'élite » (*Les figures de Joseph Rey de Grenoble (1779-1855), op. cit.*).

2325 *MSR*, t. 1, p. 125-129.

« les agents de la tyrannie étant partout et depuis longtemps organisés pour obtenir leurs fins, les amis de la liberté, c'est-à-dire du libre exercice des droits de tous, qui n'est que l'accomplissement de la justice éternelle, devaient à leur tour s'organiser pour reconquérir ces droits, et conserver ceux dont pouvaient encore jouir certains peuples²³²⁶ ».

S'il s'agissait d'abord de n'exercer qu'une influence purement morale par la diffusion « des lumières et des justes principes du droit social²³²⁷ », les événements politiques de l'année 1820 ont donc fini par le convaincre de la nécessité d'une action plus directe pour redonner leur empire aux droits²³²⁸. C'est d'ailleurs un point de vue qui fut partagé par certains des hommes de gauche siégeant à la Chambre des députés en 1820, dont certaines étaient membres de l'Union, comme le général Tarayre. Ainsi dans son étude sur *Le parti libéral sous la Restauration*, Paul Thureau-Dangin rapporte que « les orateurs de la gauche répétaient que la Charte était violée et que le droit était désormais du côté de la résistance extra légale²³²⁹ ».

En abordant la notion de droit dans une perspective non positiviste, Joseph Rey peut donc mobiliser ce concept pour critiquer la loi positive et les institutions existantes. En refusant d'identifier purement et simplement droit légitime et droit positif, il donne ainsi à sa théorie du droit une dimension politique contestataire. Car c'est bien à un niveau politique que cela intervient, et non au niveau juridique. Plus précisément, le droit légitime, naturel, ne saurait être invoqué devant les institutions judiciaires dans le but d'écarter une loi injuste. Le juriste cite d'ailleurs Bentham au sujet de la nécessité de rédiger un code complet des lois afin de n'avoir pas à se référer à d'autres sources telles que le droit naturel²³³⁰. Il ne s'agit donc pas de donner au juge le pouvoir d'invalidier une loi qui violerait les droits de certains individus comme c'est le cas dans le modèle américain. On trouve bien l'assemblée législative de révision, qui peut abroger certaines lois. Toutefois, elle ne peut le faire qu'à partir des normes constitutionnelles positives. Quant à l'autorité judiciaire, Rey la renferme dans un rôle de stricte application de la loi, comme l'ont voulu les révolutionnaires. Elle ne saurait même se voir reconnaître une fonction d'interprétation des lois, qui doit revenir au législateur seul. Plus précisément, Rey admet bien que, « quelque parfaite que soit la rédaction des lois, il sera malheureusement toujours indispensable que quelques hommes se consacrent spécialement à leur interprétation²³³¹ ». Mais il s'agit alors de remonter aux motifs qui ont déterminé le législateur²³³², non pas au droit naturel. Il

2326 *Mémoires politiques*, p. 95.

2327 *Ibid.*, p. 96.

2328 Pour plus de détails sur les événements qui précèdent la conspiration de 1820, voir le mémoire de N. BOISSON, *Les figures de Joseph Rey de Grenoble*, *op. cit.*

2329 P. THUREAU-DANGIN, *Le parti libéral sous la Restauration*, *op. cit.*, p. 124.

2330 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, A, 1.

2331 *Preliminaires*, p. 77.

2332 *Ibid.*, p. 80.

admet néanmoins l'abrogation de la loi pour cessation des motifs, qui permet donc au juge d'écarter définitivement une loi qui aurait été faite pour des circonstances qui n'existent plus²³³³. Mais il s'agit encore de se référer aux motifs du législateur, et non directement au droit naturel. Le professeur de droit doit en revanche se faire l'« interprète des règles du juste [...] pour former de vrais légistes et pour contribuer au perfectionnement de la législation²³³⁴ ». Et s'« il n'est point guidé par un esprit philosophique », il risque fort « de voiler ou défigurer les véritables notions du droit »²³³⁵. Autrement dit, Rey appelle à former un corps de juristes philosophes éclairés sur le droit légitime afin de contribuer à l'amélioration de la législation. Le programme d'étude qu'il propose d'établir dans les facultés de droit est à ce titre d'une richesse assez exceptionnelle puisqu'il comporte pas moins de cinquante six cours différents. Ces cours, s'ils tendent bien entendu à faire connaître la législation positive, apparaissent d'abord orientés vers la formation d'un esprit critique²³³⁶. Loin de faire sienne la « profession de foi » de Demolombe : « les textes avant tout »²³³⁷, notre juriste considère au contraire que l'étude des textes est très secondaire dans le cadre des études juridiques.

Si c'est donc la loi positive seule qui doit garantir le droit et être appliquée par les tribunaux, il revient en revanche aux juristes d'accompagner les gouvernants et les législateurs dans leur tâche. Or, les choix qui président à l'élaboration des législations sont bien des choix politiques avant d'être juridiques, même s'ils se trouvent dissimulés derrière l'affirmation de l'existence d'un droit naturel ou légitime. À défaut d'une harmonisation entre droit naturel et droit déclaré, c'est en effet sur le terrain politique que la réaction aura lieu, en aboutissant à une révolution.

Joseph Rey est bien un héritier des principes de la Révolution française. Afin d'assurer la stabilité du pouvoir social, il convient d'asseoir la société sur le droit. Déterminer les principes généraux du droit sur lesquels toute association *doit* être bâtie constitue justement la préoccupation principale du juriste. C'est ce qui résulte notamment de son *Traité des principes généraux du droit et de la législation*. Joseph Rey explique en effet que tout État doit faire précéder sa Constitution d'un « SOMMAIRE DE DROIT FONDAMENTAL », qu'il nomme aussi « DÉCLARATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA SOCIÉTÉ »²³³⁸ – laquelle correspond, sous la point de vue de la théorie, aux principes énoncés dans son *Traité*. Cette déclaration doit être la « source inviolable de toute législation ultérieure », à défaut de quoi « un

2333 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, I, B.

2334 *Du perfectionnement des études légales*, p. 59.

2335 *Ibid.*, p. 59.

2336 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

2337 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. viii.

2338 TPGD, p. 387.

tel État sera sans cesse exposé aux désordres et aux révolutions, parce que rien ne peut être solide que ce qui repose sur des bases assignées par la nature »²³³⁹. Rey s'éloigne seulement des principes de la Révolution lorsqu'il admet l'existence d'une assemblée compétente pour contrôler périodiquement le respect des normes constitutionnelles par le législateur ordinaire. Cette déclaration de principes constituerait alors « le code vraiment *fondamental* et indispensable de toute société politique²³⁴⁰ ». En la qualifiant de « code préliminaire²³⁴¹ », de « code DE DROIT FONDAMENTAL DE TOUTE SOCIÉTÉ²³⁴² » et en la plaçant au sommet de la hiérarchie des normes, Rey suggère ainsi qu'elle a une valeur juridique positive, invocable en justice, comme cela a d'ailleurs déjà été le cas sous la Révolution²³⁴³. Enfin, une fois ce code établi et les droits des individus respectés, le juriste se dit certain que tout mouvement populaire serait alors rendu impossible.

Il y a donc, à l'époque où Rey écrit, de grandes réformes à accomplir pour assurer le respect du droit, la stabilité de la société, en un mot l'harmonie sociale. Certes, son objet est moins de faire la critique des lois que de déterminer les principes généraux du droit. Aussi ne s'adonne-t-il pas à une critique en règle des dispositions du droit positif qui consacrent des droits non conformes aux droits légitimes. Mais tout l'intérêt de cette approche est de poser les concepts théoriques qui permettent alors d'évaluer et de proposer une critique des lois et des institutions humaines par référence à la notion de droit. À la fin de ses *Leçons* et de son *Traité*, Rey trace alors une sorte de programme d'étude pour les jurisconsultes.

Il déclare s'être occupé de la « *théorie spéculative* » des principes généraux du droit, travail du « publiciste philosophe »²³⁴⁴ qu'il faut savoir distinguer de « l'explication de la loi telle qu'elle existe » qui reviendra au « jurisconsulte professeur » lorsque « la loi positive aura consacré le code DE DROIT FONDAMENTAL DE TOUTE SOCIÉTÉ »²³⁴⁵. Sans l'affirmer franchement, on comprend qu'il appelle les législateurs à adopter ce code au plus vite. C'est encore le droit public qui, « en l'état actuel des choses, [lui] paraît [le] plus [urgent] à traiter d'une manière philosophique²³⁴⁶ ». Si, « chez tous les peuples un peu civilisés, les lois de droit *privé* sont *en elles-mêmes* assez équitables²³⁴⁷ », il n'en va pas de même pour ce qui concerne le droit public. Or cette trop forte

2339 TPGD, p. 388.

2340 *Ibid.*, p. 387.

2341 *Ibid.*, p. 387.

2342 JGLJ, t. 2, p. 264 ; TPGD, p. 389.

2343 J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, p. 498-500.

2344 D'après la définition qu'il en donne, les publicistes sont ceux « qui s'occupent surtout des questions politiques » (*Du perfectionnement des études légales*, p. 52).

2345 JGLJ, t. 2, p. 264 ; TPGD, p. 389.

2346 JGLJ, t. 2, p. 264 ; TPGD, p. 389.

2347 JGLJ, t. 2, p. 264 ; TPGD, p. 389.

imperfection réagit sur le droit privé lui-même. En effet, ce qui manque, « c'est d'une part la certitude que les lois équitables seront également exécutées pour tous les individus, et c'est d'autre part une garantie suffisante pour les citoyens dans leurs rapports si multipliés avec l'autorité publique²³⁴⁸ » – problématique que nous aborderons sous peu²³⁴⁹. Par ailleurs, « la corruption des principes *constitutionnels* amène bientôt celle des lois *privées*²³⁵⁰ ». Rey appelle donc à étudier d'une manière philosophique le droit constitutionnel, le droit administratif, mais aussi le droit international, et enfin le droit privé. Celui-ci vient effectivement en dernier, car une « simple révision serait à peu près suffisante²³⁵¹ ». Suffisante mais nécessaire, Rey demande en effet de « réviser les principes, et ensuite les lois du droit privé²³⁵² », sur le fond comme sur la forme. Le juriste enjoint ainsi ses contemporains à poursuivre cette entreprise en procédant à une révision complète de l'édifice législatif²³⁵³.

Au vu de la conception dominante des rapports entre droit naturel et droit positif, la manière subversive dont Rey mobilise cette dialectique pouvait d'autant moins faire école que la plupart des penseurs de son temps cherchaient alors à en finir avec la Révolution. Conserver une approche du droit qui pouvait devenir une arme contre l'ordre légalement établi présentait le risque de venir soutenir certains projets révolutionnaires. Aussi, bien que la rhétorique du droit naturel suscite encore une très large adhésion, certains juristes l'excluent tout à fait en raison des conséquences qu'on peut en tirer. C'est ainsi en partie parce que le droit naturel peut être invoqué pour attaquer les lois positives que Bentham le refuse. Il s'oppose au « sens anti-légal » que revêt souvent ce syntagme, et qui en fait « le plus terrible destructeur des Gouvernements »²³⁵⁴. Ici, sa critique n'épargne donc pas Joseph Rey. Mais c'est surtout parce qu'il juge l'expression vide de contenu et donc facilement manipulable par quiconque entend résister aux lois qu'il la rejette. En effet, il ne s'oppose pas entièrement à ce que les lois soient soumises à la critique dès lors qu'on les juge par leurs effets. Cela ne contredit donc pas l'approche qui est celle de Joseph Rey puisque son concept de droit naturel ou légitime a précisément pour finalité de déterminer ce qui est le plus utile ou le plus conforme au bonheur des hommes.

En revanche, on trouve dans la revue juridique *Thémis* quelques critiques sur la distinction

2348 *JGLJ*, t. 2, p. 264-265 ; *TPGD*, p. 390.

2349 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, 2.

2350 *TPGD*, p. 390. Et REY de citer les *majorats*, qui ne sont qu'un rétablissement des substitutions abolies par le Code civil, ou encore l'autorisation donnée « aux établissements religieux d'acquérir par donation entre-vifs ou testamentaires » (*ibid.*, p. 390).

2351 *TPGD*, p. 395.

2352 *JGLJ*, t. 2, p. 269 ; *TPGD*, p. 394-395.

2353 Sur les avantages de la révision générale des lois, voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, II, B.

2354 J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 1, *op. cit.*, p. 136.

reyienne entre droit légitime et droit déclaré. C'est Hyacinthe Blondeau qui s'y livre à l'occasion d'une recension du *Traité des principes généraux du droit*. Il s'oppose alors à la manière dont Rey mobiliser les termes de « droit » et de « légitime ». Il voudrait inciter Rey à trouver une nouvelle expression pour exprimer son idée, puisqu'elle ne correspond pas à l'idée de droit qui a le plus généralement cours chez les juristes. « Pour nous, jurisconsultes, qui devrions peut-être faire autorité lorsqu'il s'agit de fixer le sens d'un mot dont nous sommes obligés de nous servir à tous les instans, le *droit* suppose toujours la *loi positive*²³⁵⁵ », affirme-t-il. Le lecteur de la recension est ainsi prévenu qu'il ne doit pas accorder trop de crédit à cet auteur et à son « prétendu droit indépendant des lois positives²³⁵⁶ ». S'il ne développe pas longtemps sur ce point, on comprend toutefois que Blondeau entend défendre la légitimité de la loi positive contre une éventuelle remise au cause de celle-ci au nom du droit. Il semble en effet que le choix du « mot *légitime*, pour exprimer ce qui peut être contraire aux lois positives²³⁵⁷ » réveille en lui quelques alarmes. Il se contente cependant de ces brefs conseils à l'adresse de Rey, avant de poursuivre l'examen du *Traité des principes généraux du droit*. C'est sous la plume de celui qui sera plus tard appelé le « Prince de l'Exégèse », Charles Demolombe, que l'on va trouver une critique plus explicite de la dialectique droit naturel/droit positif. Bien qu'il ne fasse pas référence à Rey, son propos est intéressant car il éclaire les craintes qu'une théorie du droit telle que celle de Rey pouvait susciter chez des juristes acquis au positivisme. Selon lui, parler d'un droit qui pourrait s'opposer au droit positif revient à confondre ce qui relève de la philosophie et de la morale d'une part, et ce qui relève du droit d'autre part²³⁵⁸. Sans contester l'existence d'une distinction entre droit naturel et droit positif, il considère néanmoins, à l'instar de Blondeau, que les termes sont mal choisis. Ils risquent en effet d'élever, « entre le droit naturel et le droit positif, une sorte d'antagonisme et d'antithèse, qu'il vaudrait mieux ne pas établir²³⁵⁹ ». Aussi préfère-t-il restreindre l'acception des termes *droit* et *loi* à leur seule dimension positive. C'est dire qu'il n'y a pas de droit contre le droit, mais en renversant la logique qui est celle de Rey. Signalons toutefois que la crainte de Demolombe est de voir le droit naturel invoqué à l'appui de certaines décisions judiciaires, ce qui n'apparaît pas comme une conséquence de la théorie de Rey. Sauf de très rares exceptions²³⁶⁰, personne ne semble d'ailleurs admettre l'application directe du droit naturel.

2355 *Thémis*, t. 9, p. 394.

2356 *Ibid.*, p. 394.

2357 *Ibid.*, p. 394.

2358 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 3-8 ; J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *art. cit.*, p. 309.

2359 *Ibid.*, p. 6.

2360 Comme DEMANTE, voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, A.

Lorsqu'il envisage les différentes définitions du droit, Rey en vient alors à signaler une ultime déviation que les jurisconsultes ont fait subir à ce mot. Il remarque en effet l'existence d'une sorte de flou : il arrive que le droit pourtant déclaré manque de garanties pour assurer son effectivité.

2. La dénonciation des obstacles opposés à la garantie du droit

Joseph Rey évoque le cas d'« un droit *déclaré* par l'autorité, conforme ou non au droit primitif, mais que l'autorité n'est pas en mesure de faire respecter, ou dont le possesseur n'a pas les moyens de recourir à l'autorité²³⁶¹ ». Autrement dit, Rey pointe du doigt les lacunes d'un État qui n'est pas encore un véritable État de droit, dès lors qu'il ne peut garantir effectivement l'exercice et le respect des droits qu'il proclame. Le juriste ne développe pas sur ce point et n'explicite pas non plus les hypothèses auxquelles se rapporte son propos. Toutefois, en considérant le contexte particulier dans lequel il écrit et certains développements qu'il offre à d'autres endroits, il devient possible d'éclairer sa pensée. On peut en effet formuler l'hypothèse que Rey vise ici les difficultés liées à la justice administrative, voire peut-être même le statut juridique des déclarations de droits. Sur ce dernier point, nous avons déjà pu considérer que Joseph Rey entend leur reconnaître une véritable valeur juridique. Cette opinion nous semble d'ailleurs confirmée par la manière dont il a mobilisé les dispositions du « *Droit public des français* » de la Charte de 1814 lorsqu'il était avocat, afin de s'opposer à certains des mécanismes de la justice administrative. Cela crédite alors l'hypothèse que nous avons formulée. Lorsqu'il traite de droits déclarés mais rendus ineffectifs, Joseph Rey songe en effet à la justice administrative, cette « branche adultère de la justice²³⁶² ». Il convient donc de s'arrêter sur ce point car le juriste lui accorde une grande importance.

Dès le printemps 1790, certains contentieux administratifs furent attribués directement aux administrations²³⁶³, avant même que ne soit posé le principe de séparation des fonctions administratives et judiciaires par la loi des 16 et 24 août 1790. Puis cette loi, sous prétexte de ne pas « troubler [...] les opérations des corps administratifs », est venue interdire aux juges judiciaires de « citer devant eux, les administrateurs pour raison de leurs fonctions »²³⁶⁴. Autant

2361 *Préliminaires*, p. 100 ; *JGLJ*, t. 2, p. 23 ; dans *TPGD*, « primitif » devient « *légitime* » (*TPGD*, p. 211-212).

2362 *DIJAF*, t. 2, p. 173.

2363 Grégoire BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif : études d'histoire du droit public*, Paris, La mémoire du droit, 2015, p. 80-81.

2364 Article 13 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790.

dire, considère Joseph Rey, que les juges « troubleraient l'administration publique en la forçant par ses jugemens à ne pas violer les lois de son institution, et à ne pas léser les droits des individus²³⁶⁵ ». C'est ensuite sous Napoléon qu'une véritable justice administrative se met en place : avec la création du Conseil d'État, chargé par l'article 52 de la Constitution de l'an VIII « de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative », puis celle des conseils de préfecture par la loi du 28 pluviôse an VIII. Si certains, à l'instar de Degérando par exemple, y voient une manière de séparer l'administration active de la juridiction administrative²³⁶⁶, Rey n'est pas de cet avis. C'était, selon lui, instituer l'administration juge et partie²³⁶⁷. Et ce notamment en raison de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII qui exige une autorisation préalable du Conseil d'État pour pouvoir poursuivre les fonctionnaires pour les faits commis dans l'exercice de leurs fonctions.

La naissance de ce nouvel ordre de juridictions a ainsi donné lieu à des polémiques d'autant plus fortes passé 1815, puisqu'aux yeux de nombreuses personnes, les dispositions de la Constitution de l'an VIII se trouvaient *de facto* abrogées par la Charte²³⁶⁸. L'article 68 de la Charte de 1814 prévoit en effet que « [l]e Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit dérogé ». Partant, un certain nombre d'hommes politiques et de juristes, dont Joseph Rey, ont mobilisé les dispositions de la Charte pour tenter de prouver qu'elles n'étaient pas compatibles avec le maintien du Conseil d'État. L'argument de l'inconstitutionnalité de cette institution, et notamment de sa compétence juridictionnelle, revient ainsi souvent chez les libéraux. Et c'est sans doute la nécessité d'obtenir une autorisation pour poursuivre les fonctionnaires qui suscite les plus vives réprobations. L'inconstitutionnalité du Conseil d'État est ainsi pointée du doigt pendant toute la Restauration.

2365 *DIJAF*, t. 2, p. 28.

2366 Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J./Lextenso, 2015, p. 32-33. Degérando estime encore que la garantie des fonctionnaires posée par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII est une manière de mettre en œuvre le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (Benoît CAMGUILHEM, « La garantie des fonctionnaires. La séparation des autorités administratives et judiciaires selon Gérando », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 33, 2013, p. 467-477).

2367 « [I]l est de la nature des choses que tout tribunal institué pour être le soutien de telle ou telle branche particulière de l'administration s'identifie avec cette branche, et perde ainsi l'impartialité indispensable au juge » (*DIJAF*, t. 2, p. 30).

2368 G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, *op. cit.*, p. 223-225. On peut aller voir un ouvrage de MACAREL qui offre un aperçu intéressant des diverses opinions des publicistes et des discussions ayant eu lieu dans les deux Chambres, relativement à la question de la juridiction du Conseil d'État (*Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, Au bureau du recueil des arrêts du Conseil d'État, 1828, p. 325-481). Signalons d'ailleurs que les critiques qui sont portées contre le Conseil d'État ne datent pas de la Restauration. Au temps même où le Conseil du Roi existait encore, c'est-à-dire avant sa disparition sous la Révolution, l'idée d'un organe combinant des fonctions de gouvernement (exécutif), des fonctions législatives et un rôle judiciaire déplaisait fortement aux libéraux.

Telle est l'opinion des rédacteurs du *Censeur Européen*, Charles Comte et Charles Dunoyer²³⁶⁹, de Voyer d'Argenson²³⁷⁰, Toullier²³⁷¹, Dupont de l'Eure²³⁷², Routhier²³⁷³ ou Lanjuinais²³⁷⁴, entre autres. Ce dernier affirme ainsi que « le Conseil d'état [...] n'est ni constitutionnel, ni légal, ni responsable, ni inamovible, ni soumis, par son serment, à la Charte et aux lois²³⁷⁵ ». Selon lui, les Constitutions de l'Empire sont nécessairement abrogées par la Charte²³⁷⁶.

Joseph Rey est de cet avis²³⁷⁷ et c'est contre l'autorisation de poursuivre qu'il s'élève le plus vivement, au point de se lancer dans un combat judiciaire et politique pour faire reconnaître l'inconstitutionnalité de l'article 75. En effet, dans les années 1818-1819, alors qu'il était avocat, il a vainement tenté de faire valoir les droits de ses compatriotes grenoblois contre divers fonctionnaires qu'il accusait d'« assassinat *judiciaire*²³⁷⁸ ». À cette occasion, Rey reprend un argumentaire développé quelques années auparavant dans sa brochure sur la responsabilité des agents du pouvoir. Cet argumentaire a pour spécificité de mobiliser des dispositions de la Charte qui se trouvent dans le « Droit public des français ». S'il est commun d'invoquer l'article 68, les articles relatifs à la responsabilité des ministres ou encore ceux qui concernent l'organisation de la justice, le propos de Rey a l'originalité d'aller puiser dans le premier titre de la Charte de 1814. Avec quelque exagération, il identifie alors la nécessité d'obtenir une autorisation à un « vrai brevet d'impunité²³⁷⁹ ». Or, rendre illusoire toute responsabilité des fonctionnaires viole les articles 1, 4, 5, 8 et 9 de la Charte qui garantissent les droits fondamentaux des français²³⁸⁰. En empêchant les citoyens de faire valoir leurs droits contre les agents du pouvoir, la compétence du Conseil d'État conduit au « renversement des articles fondamentaux de la charte²³⁸¹ ». La responsabilité des fonctionnaires, à laquelle fait obstacle l'article 75 d'après Rey, est pourtant une nécessité, car « [s]'il en était autrement, ces dispositions seraient nulles, elles resteraient sans vie,

2369 « Nous sommes du nombre de ceux qui pensent que, selon la charte, il n'y a point de conseil d'état » (*Le Censeur Européen*, t. 11, 1819, p. 358).

2370 VOYER D'ARGENSON affirme que le Conseil d'État est « étranger sinon contraire à l'esprit comme au texte de la Charte » (cité par L.-A. MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., p. 372).

2371 C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, op. cit., p. 196-205.

2372 Pour DUPONT DE L'EURE, le Conseil d'État « n'existe ni par la Charte, ni pas aucune loi spéciale [...] Ses fonctions sont [...] toujours inconstitutionnelles » (cité par L.-A. MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., p. 379).

2373 Guillaume ROUTHIER, *De l'organisation du Conseil-d'État en cour judiciaire*, Paris, Rendue, 1828.

2374 J.-D. LANJUINAIS, *Du Conseil d'État et de sa compétence*, Paris, Delaunay, 1817.

2375 *Ibid.*, p. 14.

2376 *Ibid.*, p. 15.

2377 DLRAP, p. 33-34. Pour des développements sur l'abrogation tacite des lois, voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, I.

2378 *Plainte adressée à M. le Procureur du Roi*, op. cit., p. 7.

2379 DLRAP, p. 39 ; DIJAF, t. 1, p. 204.

2380 DLRAP, p. 5 ; *Requête à M. le Garde des Sceaux, tendant à décliner la juridiction du Conseil d'État*, s.l.n.d, p. 13-14.

2381 *Requête à M. le Garde des Sceaux*, op. cit., p. 14.

et ces dispositions étant absolument fondamentales, la charte elle-même recevrait le coup de mort par leur inexécution²³⁸² ».

Rey évoque en outre l'impossibilité pour celui qui croit posséder un droit de recourir à l'autorité. En effet, on peut également considérer que, dans cette hypothèse, le justiciable n'est pas en mesure de saisir ses juges naturels, c'est-à-dire les juridictions judiciaires. Il fait encore remarquer que la nécessité de saisir le Conseil d'État pour demander une autorisation est assortie de contraintes et d'obstacles matériels importants²³⁸³.

Nous voilà bien face à une hypothèse de droits déclarés dont l'autorité n'est pas en mesure d'assurer le respect, puisque le recours aux tribunaux judiciaires est largement entravé par l'intervention du Conseil d'État. Or, cela est sans doute d'autant plus grave que les droits méconnus apparaissent pour la plupart conformes à l'idée que Rey se fait des droits légitimes.

L'injonction à garantir effectivement les droits légitimes (et déclarés) des citoyens reformule en fin de compte l'exigence fondamentalement hédoniste qui est au cœur de toute l'œuvre de Joseph Rey. Qu'il parle de morale, de politique ou de droit, Rey est toujours mu par un objectif unique : le bonheur du genre humain. Convaincu que c'est la seule aspiration profonde de l'humanité, il est par conséquent certain que tous les désordres ne pourront cesser que par l'instauration d'une société égalitaire et harmonieuse. Il entend donc persuader ses contemporains de la nécessité de favoriser les progrès dans cette direction. Formé aux études juridiques et évoluant dans l'univers des praticiens du droit, il mobilise alors les outils de la science juridique pour appuyer une proposition qui est en réalité essentiellement sociale et politique.

Sa théorie du droit présente encore l'intérêt de mettre le mouvement au cœur même des phénomènes juridiques. Le droit tel que le conçoit Joseph Rey apparaît en effet comme une notion mouvante qui ne saurait être fixée une fois pour toutes. Seul l'aiguillon du bonheur, privé comme public, constitue l'horizon immuable de toute législation. Et puisque le droit doit répondre aux besoins sociaux, il est nécessaire que les législations évoluent au gré du temps et du

2382 *DLRAP*, p. 5.

2383 « Comment un journalier de campagne, un pauvre artisan pourrait-il se résoudre, du fond de sa province, à intenter une action qui nécessitera peut-être un voyage à la capitale, qui le consumera de frais, de craintes et de soucis, et qui par sa lenteur inévitable, donnera à l'accusé tout le temps de faire disparaître les preuves de son délit, ou de se soustraire personnellement et en ses biens aux suites de l'accusation ? » (*DLRAP*, p. 39). Dans le même ordre d'idées, MACAREL évoque par exemple la distance géographique qui sépare certains justiciables des conseils de préfecture (*Des tribunaux administratifs, op. cit.*, p. 94). Voir également J.-L. MESTRE, « La garantie des fonctionnaires », in Jean-Paul CLÉMENT, L. JAUME, Michel VERPEAUX (dir.), *Liberté, Libéraux et Constitutions*, Paris, Economica, 2000, p. 78.

progrès des connaissances. En insistant sur la prise en compte des circonstances dans la détermination de ce qui constitue les droits et les devoirs des individus, Rey adopte donc une approche qui, sous certains aspects, se rapproche de la conception que s'en faisaient les Anciens. S'il conserve des Modernes cette insistance sur la nature de l'homme plus que sur la nature en générale, c'est un homme dont les droits sont envisagés dans le cadre de ses rapports sociaux et non à partir d'une hypothétique nature individuelle. Ainsi perçu, et hors le droit de conservation, le droit « n'est pas une donnée primitive assurée à chacun par la nature humaine ou par la raison ; c'est une "inconnue" à déterminer en fonction des différentes circonstances de la vie sociale », selon les termes de Vincent Descombes²³⁸⁴. Plus qu'une prérogative individuelle, le droit est un agencement ; il résulte d'un partage et ne peut s'envisager que dans l'intersubjectivité. C'est ce qui se confirme lorsque Rey aborde la question du droit de propriété.

2384 Vincent DESCOMBES, *Le complément du sujet. Enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Paris, Gallimard, 2004, p. 419.

SECTION 3 : LE DROIT DE PROPRIÉTÉ, *TOPOS* SIGNIFICATIF D'UNE THÉORIE RELATIONNELLE DU DROIT

La question de la répartition des biens matériels est l'une des plus délicates à régler. Joseph Rey le reconnaît lorsqu'il affirme que « c'est dans le règlement [du droit de propriété] que réside toute la difficulté de nous entendre²³⁸⁵ ». C'est pourquoi il confère à l'organisation de la propriété une importance cruciale dans sa théorie sociale, politique et juridique. Nous avons en effet pu constater que lorsque Rey développe sa théorie du droit, il s'intéresse presque exclusivement à la question de la satisfaction des besoins humains qui, s'ils ne sont pas exclusivement matériels, le sont au moins pour les plus essentiels. Or, le juriste considère que la manière dont est réglé le droit de propriété s'écarte dangereusement des véritables principes du droit social. Évoquant en 1826 le « faux état de la propriété », il l'accuse ainsi de conduire à la confusion de « toutes les notions de la vertu et du vice, du juste et de l'injuste, des droits et des devoirs »²³⁸⁶. Ceci notamment parce que ce *faux état* détruit tous « les rapports légitimes de nos actions »²³⁸⁷. Qu'il déduise ces notions de la seconde loi constitutive des sociétés qui pose le principe de proportionnalité dans la répartition des charges et des avantages sociaux, ou qu'il signale que le faux état de la propriété porte à confondre ces notions, il s'agit toujours pour lui d'affirmer que la justice s'exprime essentiellement dans la répartition des moyens de bonheur. Son propos sur le droit de propriété a d'ailleurs une forte analogie avec celui relatif aux lois constitutives. Mais, à l'individualisme qui marque encore les premières va progressivement se substituer une approche sociale et égalitaire du droit de propriété. Il faut encore signaler que Rey entretient une sorte de double discours. Bien que, dans ses publications, le droit de propriété tel qu'organisé par le Code civil subisse diverses attaques, c'est dans ses notes manuscrites que son propos se fait le plus virulent. Cela n'est pas très surprenant quand on sait que la propriété privée constitue, pour la plupart des hommes de l'époque, le fondement même de l'ordre social.

En situant la question du droit propriété et de sa répartition au cœur de sa conception de l'ordre social, Rey ne fait certes pas œuvre d'originalité. Rousseau, Mably ou Morelly avaient fait de la propriété privée la cause des inégalités sociales et vu en elle un obstacle au bonheur et à l'harmonie. Les courants socialistes et communistes reprennent pour une large part ces idées afin de demander son abolition. Face à eux, les rédacteurs du Code civil et ses commentateurs, les juristes et les philosophes éclectiques, la considèrent comme le fondement de l'ordre social – de

2385 DBOS, t. 2, p. 383.

2386 LSCM, p. 30

2387 *Ibid.*, p. 30.

la hiérarchie sociale plus vraisemblablement –, la condition même de sa stabilité²³⁸⁸. Pour le juriste grenoblois, l'organisation de la propriété – privée ou commune – est certes d'une importance capitale dans l'organisation des sociétés. Mais lorsqu'il étudie les mécanismes de répartition qui résultent notamment du capitalisme à l'œuvre dans la société industrielle, c'est pour brosser un triste constat. En effet, Rey peine à « concevoir que des êtres, qui se disent exclusivement doués de raison dans toute l'échelle animale, aient pu se résoudre à vivre seulement une minute dans un tel abyme de misère²³⁸⁹ ». Il juge alors tout à fait aberrant que ce soit « là ce qu'on nomme l'ordre social par excellence » que tant de « prétendus prédicateurs de morale » essayent de défendre²³⁹⁰.

Mikhaïl Xifaras remarque que, arrivé au milieu du siècle, « un vieillard aura connu trois Révolutions, un Empire et deux Restaurations, mais un seul Code civil, une seule définition de la propriété²³⁹¹ ». Ces mots seraient justes à la seule condition de préciser que ce vieillard, qui pourrait bien être Joseph Rey, n'aura connu qu'une seule définition *légal*e de la propriété. Au XIX^e siècle en effet, les débats sur le sujet n'opposent pas seulement de façon simpliste ceux qui y sont favorables à ses opposants, et qui auraient tous la même définition. C'est pourquoi Rey propose de conserver ce droit tout en redéfinissant ses contours. Il conserve la notion de propriété, conçue comme l'appropriation individuelle de certains biens, car c'est là une nécessité dictée par les besoins humains. Dans la lignée de Tracy, il donne ainsi une justification naturaliste à l'appropriation individuelle. Mais bien qu'il reprenne la définition de la propriété posée par Destutt de Tracy, Joseph Rey n'en tire pas les mêmes conséquences que le père de l'Idéologie car il cherche à la rendre compatible avec la communauté de biens. Il entend en effet montrer que seul le système communautaire est en mesure d'assurer à chacun l'exercice effectif du droit de propriété. La théorie reyienne du droit de propriété constitue donc une critique de la propriété privée telle qu'elle est définie par le Code civil, critique que Rey est loin d'être le seul à porter au XIX^e siècle. Elle prendra de plus en plus de force au fur et à mesure des années avec l'arrivée sur la scène publique des premiers socialistes, et c'est sans doute dans les années 1840 qu'elle est le plus présente en France. L'autorité est d'ailleurs en alerte et cherche à réprimer ces idées. Pierre-Joseph Proudhon est ainsi traduit devant la cour d'assises du Doubs en 1842²³⁹². Le gouvernement issu de la Révolution de 1848 est extrêmement préoccupé par l'ampleur que prennent les doctrines socialistes et communistes²³⁹³. C'est pourquoi Cavaignac demandera le

2388 Voir notamment, J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique*, op. cit., p. 40-54 et 78.

2389 BMG, T. 3980, liasse n° 5.

2390 *Ibid.*

2391 M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 2004, p. 11.

2392 A.-S. CHAMBOST, *Proudhon, L'enfant terrible du socialisme*, op. cit., p. 34.

2393 Dès le 9 mars 1848, le gouvernement provisoire fait parvenir une circulaire aux commissaires de départements, qui sera par ailleurs relayée par la presse, dans laquelle la propriété privée est défendue en ces

concours de l'Académie des Sciences morales et politiques afin de rappeler aux citoyens les principes essentiels de l'ordre social. L'Académie publie alors une série de petits traités vendus à bas prix (40 centimes), dont un certain nombre s'attache à défendre la propriété privée contre ses détracteurs. Adolphe Thiers taxe le communisme de « délire²³⁹⁴ ». Cousin se livre à un « véritable plaidoyer contre les réformes sociales²³⁹⁵ » et Troplong publie *De la propriété d'après le Code civil*, dans lequel il tente de persuader ses lecteurs que la propriété privée est « l'œuvre la plus admirable et la plus solide de la démocratie moderne²³⁹⁶ ».

Cette levée de bouclier est si massive qu'elle n'a pas échappée à ceux qui ont entrepris d'examiner la question de la propriété. Nombreux sont ceux qui, à l'instar de Caroline Guibet-Lafaye, ont constaté que « l'inscription de la propriété dans le registre naturaliste [était] indissociable de l'absence de perspective critique concernant l'appropriation privative²³⁹⁷ ». Si ce constat vaut dans sa généralité, il ne saurait cependant s'appliquer à la théorie que Rey développe sur le sujet. Certes, il justifie l'existence d'un droit individuel de propriété en le fondant sur un rapport naturel entre l'individu et la matière qu'il travaille. Rey ne le soustrait pourtant pas à tout examen. La nature de l'homme n'étant pas asociale, il devient possible de penser le droit de propriété dans une perspective de justice sociale. Si la propriété individuelle trouve bien son fondement dans la nature, cela n'en fait pas pour autant un droit illimité et absolu. En effet, les modalités concrètes pour l'exercer doivent être pensées dans le cadre social. On retrouve ainsi la même progression logique que Rey avait adoptée pour sa théorie du droit. Il commence par chercher à déterminer l'origine de l'idée de propriété à partir de l'individu, avant de s'intéresser à l'organisation de ce droit dans le cadre de la société. Il énonce d'abord que le seul fondement du droit de propriété ne peut être que le travail de l'homme (I). Mais cette approche individualiste est rapidement dépassée pour envisager la question dans une perspective sociale et Rey développer alors ce que l'on peut qualifier de conception sociale de la propriété (II).

termes : « Dépouillée de son caractère de personnalité égoïste, garantie et limitée par l'intérêt et le droit de tous, la propriété devient le fruit exclusif du travail. Qui oserait, dès lors, contester son inviolabilité ? » (citée par M. RIOT-SARCEY, *Le procès de la liberté*, op. cit., p. 28). Mais bien que la circulaire rattache exclusivement la propriété au travail, il n'était pourtant nullement question de supprimer l'hérédité.

2394 Adolphe THIERS, *De la propriété*, Paris, Paulin, Lheureux et C^{ie}, Éditeurs, 1848, p. 148.

2395 A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société*, op. cit., p. 61.

2396 R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, op. cit., p. 152. Comme le souligne Francis DUPUIS-DÉRI, l'argument de la « démocratie » fut largement instrumentalisé en France à partir de 1848, détourné de son sens véritable, afin de faire accroire au peuple que les gouvernements avaient à cœur « la défense des intérêts du peuple, ce qui séduit l'électorat » (*La peur du peuple*, op. cit., p. 19).

2397 C. GUIBET-LAFAYE, « La naturalisation de l'appropriation privative », art. cit., p. 45.

I/ LE DROIT DE PROPRIÉTÉ FONDÉ SUR LE TRAVAIL

Lorsque Rey entreprend de déterminer l'origine de l'idée (et non du droit) de propriété individuelle, il puise d'abord chez Tracy les éléments de sa définition. Comme il est d'usage chez les Idéologues, le premier geste consiste à retracer la genèse idéologique de la notion de propriété (A). Une fois cela posé, et une fois acquise la certitude que l'idée de propriété correspond bien à une réalité sensible, il est alors possible de s'interroger sur l'origine du droit de propriété. Rey affirme que son principe fondamental réside dans le travail de l'homme : seul l'activité humaine est, d'après lui, apte à créer un lien de droit entre un objet et son producteur. Le travail apparaît donc comme la cause originelle du droit de propriété (B). Par conséquent, un certain nombre de dispositions du droit civil peuvent être remises en cause, dès lors qu'elles s'écartent du principe de la propriété fondée sur le travail (C).

A/ LA GENÈSE IDÉOLOGIQUE DU CONCEPT DE PROPRIÉTÉ

C'est dans le quatrième volume de ses *Éléments d'Idéologie*, le *Traité de la Volonté et de ses Effets*, que Tracy livre ses idées sur le sujet de la propriété. D'après lui, l'idée de propriété est intimement liée à celle de personnalité, ce qui le conduit à estimer qu'il est dans son essence d'être *privative* et *exclusive* (1). Si Rey reconnaît également un lien étroit entre l'idée de propriété et celle de personnalité, il estime néanmoins que rien ne fait obstacle à la reconnaissance de certaines formes de propriétés communes (2).

1. La propriété privative et exclusive selon Destutt de Tracy

Dans une logique qui rappelle celle de John Locke, l'Idéologue soutient que l'idée de personnalité découle de la faculté de vouloir et que celle de propriété en est la suite nécessaire. C'est parce que l'individu reconnaît « son *moi* ou sa personne morale, et sa capacité de jouir ou de souffrir et d'agir », qu'il voit alors « nécessairement » et « nettement aussi que ce moi est propriétaire exclusif du corps qu'il anime, des organes qu'il meut, de toutes leurs facultés, de toutes leurs forces, de tous les effets qu'ils produisent »²³⁹⁸. Cette approche particulièrement large

2398 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie*, IV et V, *Traité de la volonté et de ses effets*, op. cit., p. 67-68.

de la propriété conduit Tracy à refuser l'expression de « *non-propriétaires*²³⁹⁹ ». L'idée de propriété – « et de propriété exclusive²⁴⁰⁰ » précise-t-il – vient donc naturellement et inévitablement à l'individu sensible, qui, en face de ses semblables, se reconnaît propriétaire de son corps et de ses facultés. Telle est la première de toutes les propriétés, « la propriété fondamentale, antérieure et supérieure à toutes les institutions²⁴⁰¹ ». Celle-ci est immédiatement dotée d'un caractère d'exclusivité. Elle « est privative et exclusive²⁴⁰² » par nature. Les caractères fondamentaux de la propriété ne sont donc pas issus de l'artifice des lois. La logique sensationniste conduit ainsi Tracy à affirmer que « le *tien* et le *mien* n'ont jamais été inventés²⁴⁰³ ».

Destutt de Tracy est, à n'en pas douter, résolument libéral en économie. Son inscription de la propriété dans le registre naturaliste a été fortement critiquée au cours du XIX^e siècle, par Proudhon²⁴⁰⁴ en France ou, en Allemagne, par Marx et Engels²⁴⁰⁵. En effet, de cette conception naturaliste de la propriété, Tracy en déduit qu'il est dans son essence d'être exclusive, et qu'il ne serait pas possible ou du moins pas souhaitable de l'organiser selon d'autres modalités. Lorsqu'il écrit ceci, il a en tête ceux qui remettent en cause la propriété privée afin de lutter contre les inégalités et souhaiteraient lui substituer des formes de propriété collective. Tout comme la propriété, l'inégalité est naturelle et inévitable, commence par répondre l'Idéologue. Or « rien de ce qui est dans la nature ne peut être détruit par l'art²⁴⁰⁶ ». Lutter contre l'inégalité est certes une bonne chose, mais Tracy considère qu'il serait tout à fait vain de le faire en travestissant la propriété naturelle. La mise en commun des biens conduirait à « un esclavage trop contre nature²⁴⁰⁷ », poursuit-il, situation qui aurait peu de chance d'être durable. Enfin, l'Idéologue adhère encore au préjugé largement répandu selon lequel la communauté de biens ne supprimerait nullement la tendance à l'inégalité et aux conflits d'intérêts, mais amènerait seulement « l'égalité de misère et de dénuement, en éteignant l'activité de l'industrie personnelle²⁴⁰⁸ ».

Voici résumées en peu de mots l'origine et la nature de la propriété selon Destutt de Tracy. La conséquence qu'il en tire, à savoir que la propriété ne peut être organisée autrement que sur un mode exclusif, est présentée comme une implication directe de son caractère naturel.

2399 *Ibid.*, p. 266.

2400 *Ibid.*, p. 68.

2401 *Ibid.*, p. 71.

2402 *Ibid.*, p. 66.

2403 *Ibid.*, p. 70.

2404 P.-J. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ?*, *op. cit.*, p. 42-46.

2405 K. MARX et Friedrich ENGELS, *L'idéologie Allemande*, Paris, Éditions sociales, 1968, p. 260-261.

2406 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie*, IV et V, *Traité de la volonté et de ses effets*, *op. cit.*, p. 263.

2407 *Ibid.*, p. 263.

2408 *Ibid.*, p. 263.

En naturalisant l'exclusivisme de la propriété, Tracy cherche ainsi à le mettre à l'abri de tout examen. On pourrait donc s'attendre à retrouver le même raisonnement chez Joseph Rey. Pourtant, lors même qu'il cite l'illustre Idéologue, le juriste commence déjà à infléchir le caractère par trop individualiste de sa théorie. S'il partage les prémisses sensationnistes de Tracy, il n'en tire pas les mêmes conséquences

2. L'adaptation de Joseph Rey : une brèche ouverte en faveur la propriété commune

Dans ses *Leçons* et son *Traité*, le juriste reprend en effet de Tracy son argumentaire tendant à écarter les controverses autour de la notion de propriété. Il n'y a pas à être pour ou contre, car tout être sensible et doué de volonté qui se trouve en face de son semblable reconnaît l'existence du « *mien* » et du « *tien* », du « *moi* » et du « *autre que moi* »²⁴⁰⁹. Il admet ainsi avec Tracy que l'idée de propriété découle de celle de personnalité²⁴¹⁰. Elle est « ce qui appartient spécialement à chaque individu, ce qui lui est PROPRE²⁴¹¹ », c'est-à-dire d'abord son corps, ses facultés, ses besoins. L'idée de propriété individuelle, écrit encore Rey, dérive de « l'idée plus générale des *moyens* que nous possédons tous personnellement pour satisfaire à nos besoins²⁴¹² ». Comme chez Tracy, on retrouve l'idée d'une appropriation de l'objet, et d'une appropriation nécessairement individuelle pour ce qui concerne la satisfaction des besoins du corps tels que l'alimentation.

En citant le passage où Tracy fait découler de la distinction entre le *mien* et le *tien* l'idée de personnalité, Rey reprend un vocabulaire que l'on trouve dans la doctrine éclectique : « [l]a propriété, c'est la personnalité²⁴¹³ » écrit par exemple Taulier. La ressemblance n'est toutefois qu'apparente. Les Idéologues ne perçoivent pas la personnalité de la même manière que les spiritualistes, puisque pour ces derniers, elle est synonyme de volonté, liberté ou libre-arbitre. Néanmoins, bien que Tracy et Taulier ne partagent pas les mêmes prémisses philosophiques, ils

2409 TPGD, p. 169-170.

2410 Il faut bien préciser que cette idée de personnalité n'a rien à voir avec celle mobilisée par les éclectiques. Dans ses *Leçons* de 1820 REY explique que c'est la combinaison d'une sensation de mouvement, avec celle du désir de l'éprouver de nouveau, qui fait découvrir la personnalité, car « nous sommes sûrs », lorsque cesse la sensation de mouvement, « que ce n'est pas de notre fait. Nous sommes donc alors certains [...] DE L'EXISTENCE DE NOUS QUI VOULONS, ET DE CELLE DE QUELQUE CHOSE QUI RÉSISTE » (*JGLJ*, t. 1, p. 14).

2411 TPGD, p. 165.

2412 *Ibid.*, p. 169.

2413 F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 205.

s'accordent sur la dimension exclusive et individualiste de la propriété. Pour sa part, Joseph Rey refuse une telle conclusion. Selon lui, on ne saurait considérer que cette approche de la propriété oppose un quelconque veto contre la communauté de biens. En effet, dans son *Traité des principes généraux du droit*, alors qu'il cite Tracy, le juriste ajoute en note une remarque qui dépasse et contredit largement l'idée de l'auteur des *Éléments d'Idéologie*. Tracy écrit : « Il ne s'agit donc pas de discuter d'abord s'il est bon ou mauvais qu'il existe telle ou telle espèce de propriété, dont nous verrons par la suite les avantages et les inconvénients²⁴¹⁴ ». Et Rey de profiter de la brèche ouverte pour évoquer la propriété commune de certains biens, c'est-à-dire, pour parler plus justement, la communauté. Il renvoie alors à son *Traité de droit constitutionnel*²⁴¹⁵, dans lequel il projetait d'examiner « jusqu'à quel point il serait possible et convenable de mettre *en commun* certaines masses de biens, d'où l'on tirerait ensuite les portions qui, *dans la consommation*, devraient devenir *propres* à chaque membre de la société²⁴¹⁶ ». Ainsi, alors qu'en 1820, il reprenait sans commentaire la définition de Tracy, il ajoute en 1828 un complément essentiel. Il est certain que cet ajout doit beaucoup à la découverte du système communiste de Robert Owen, système que Rey considère comme le modèle le plus abouti d'organisation sociale. En outre, il introduit l'idée d'une forme de propriété (devenir *propre*) qui réside moins dans la possession d'un objet que dans sa consommation. Il faut encore remarquer qu'en effectuant un rapprochement entre l'idée de propriété individuelle et l'idée des moyens qui nous sont propres, le juriste laisse entendre que la propriété est une source de devoir. En effet, comme nous l'avons vu, « la suffisance des moyens et surtout leur excédant, ou la *force*, est la source de tout *devoir* envers les autres²⁴¹⁷ ».

Sans chercher à exalter la propriété privée, source de nombreux maux, Rey est cependant contraint de reconnaître comme une « loi de nécessité » le fait que « certains biens doivent *en définitive* être *appropriés* à chaque individu »²⁴¹⁸. Mais cette conception de la propriété peut être comprise dans un sens minimaliste comme consistant simplement dans un acte d'appropriation, de consommation, d'utilisation, de jouissance. Elle n'exclut alors nullement l'existence de la communauté (entendue comme propriété collective), qui peut devenir très naturelle si elle favorise l'harmonie sociale et le bien être des hommes. Or, ce sont précisément les effets que Rey croit pouvoir espérer d'une telle organisation de la propriété, ainsi qu'il l'affirme dans ses *Lettres sur le système de la coopération mutuelle et de la communauté de tous les biens*²⁴¹⁹. S'il envisage d'abord la

2414 A. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d'idéologie*, IV et V, *Traité de la volonté et de ses effets*, op. cit., p. 70-71.

2415 On rappelle qu'il n'a jamais été publié et que le manuscrit n'existe plus.

2416 TPGD, p. 170.

2417 *Ibid.*, p. 215.

2418 *Ibid.*, p. 170.

2419 Voici l'organisation proposée : « 8° Il y aura COMMUNAUTÉ dans la *propriété* de toutes les terres, maisons et autres objets attachés au sol à demeure fixe, ainsi que de tous les instrumens, matières premières réservées à la production, et de tout autre objet connu sous le nom de capital, dans l'acception la plus étendue de ce mot,

propriété comme une appropriation privée, ce qui implique l'exclusion des tiers, il ne s'y limite pas. Bien qu'il naturalise en quelque sorte la propriété individuelle, ce n'est donc pas pour en conclure qu'elle est la seule modalité envisageable. Son inscription dans le registre de la naturalité n'est nullement animée par la tentation de défendre la répartition actuelle des biens et de faire de la propriété exclusive un monument inébranlable. Mais peut-être a-t-il pris conscience par la suite qu'une telle rhétorique facilitait de telles conclusions.

On constate effectivement qu'en 1836, dans les *Bases de l'ordre social*, il ne reste plus grand chose de Tracy dans l'examen de la propriété. La propriété n'est plus présentée comme la suite logique d'une distinction fondamentale entre *le tien* et *le mien*, ni dans son rapport à la personnalité. Il est vrai que lier la propriété privée à la notion de personnalité peut facilement conduire à considérer que toute réduction du domaine de la propriété privée serait un empiétement sur l'individu, une façon d'altérer voire de nier son existence, ainsi que le souligneront Marx et Engels²⁴²⁰. Dans sa défense du droit de propriété face aux doctrines communistes, Troplong utilise d'ailleurs ce type d'arguments, tout en mobilisant le registre du droit naturel²⁴²¹. Le changement qu'effectue Rey lui est donc peut-être dicté par l'évolution du contexte et par la volonté de ne pas reprendre une rhétorique mobilisée par une doctrine juridique cherchant à protéger l'organisation bourgeoise de la propriété²⁴²². Les attaques de plus en plus répétées contre la propriété privée, notamment aux alentours des années 1840, ont en effet conduit la doctrine juridique française à insister plus fortement sur son caractère naturel et antérieur à toute loi positive pour défendre un droit de propriété exclusif et absolu²⁴²³. En 1836, Rey se borne désormais à le définir comme « l'investiture d'une portion des biens de la terre en

c'est-à-dire pour tout ce qui n'est pas destiné à la *consommation immédiate*. 9° Les objets destinés à la consommation immédiate seront pris dans un magasin COMMUN, et ne deviendront propres à chaque individu qu'au moment de cette destination. Quant aux objets qui ne se consomment pas entièrement de suite, mais dont *l'usage* est applicable à chaque individu, tels que les chambres d'habitation, le mobilier qui les garnit, les livres particuliers, etc., *l'usage* seul deviendra propriété particulière, selon certaines règles qui seront jugées le plus convenables (*sic*) » (*LSCM*, p. 36-37).

2420 K. MARX et F. ENGELS, *L'idéologie Allemande*, *op. cit.*, p. 260-261.

2421 « L'occupation d'une terre réfléchit la personnalité du maître. Présent ou absent, le propriétaire a un droit qui a pénétré jusque dans les entrailles de la chose [...] et qui a pour témoins, les limites, les cultures, les amendements, les constructions. Et puisque tout cela est une émanation du propriétaire, il s'ensuit que nul n'y peut toucher sans se rendre coupable d'une violence et d'un méfait contre sa personne même ou contre sa liberté » (R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, *op. cit.*, p. 22).

2422 Si la propriété vient du droit naturel, écrit TAULIER qui adhère à cette hypothèse, « comme principe, elle est inviolable, et tout projet de nivellement des fortunes est non-seulement un rêve insensé, mais encore un attentat contre les droits que l'homme puise dans la constitution même de son être » (*Théorie raisonnée du code civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 204).

2423 J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*, *op. cit.*, p. 116 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008, p. 214 et s.

faveur de tel ou tel individu plutôt que de tel autre » – ce qui est le but auquel tout le monde tend, précise-t-il²⁴²⁴ – ou encore comme le « pouvoir d'approprier à notre usage personnel les objets d'une utilité quelconque²⁴²⁵ ». Tout en conservant l'idée d'une appropriation exclusive, le champ lexical naturaliste disparaît.

Si la définition que donne Tracy de la propriété individuelle et son refus de la communauté ont suscité les critiques, il serait donc déplacé de les transposer directement à la théorie reynienne de la propriété. « *La propriété*, contenue dans ses bornes légitimes », écrit le juriste, est « *inévitabile* » et « *intimement liée à notre nature* »²⁴²⁶, aussi est-il inutile de déclamer contre elle. Mais il convient en revanche de la « régler selon le véritable vœu de cette même nature », c'est-à-dire de déterminer quels sont les « modes légitimes de l'exercice de ce droit dans chaque individu »²⁴²⁷. C'est seulement après avoir déterminé l'origine de l'idée de propriété que la question du *droit* de propriété peut alors être traitée. Il s'agit donc désormais de savoir comment il est possible d'acquérir une chose de manière légitime.

B/ LE TRAVAIL DE L'HOMME, CAUSE ORIGINELLE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

La propriété apparaît désormais comme une notion qui découle de la nature même de l'être humain, ou du moins qui correspond à une réalité humaine. Chaque individu est en effet, *a minima*, propriétaire de son corps et de ses facultés. Mais il lui faut encore s'approprier des objets extérieurs afin d'assurer son existence. La question qui surgit alors est de savoir comment l'homme peut se rendre propriétaire, comment se crée le droit de propriété d'un individu sur un objet. La réponse de Rey est simple : seul le travail est fondamentalement en mesure de créer un lien de droit entre un individu et le produit de son activité. Tel est le mécanisme de création du droit de propriété (1). Pourtant, le système économique capitaliste fonctionne sur la base d'un accaparement d'une partie du travail des producteurs par les possesseurs des moyens de production. C'est ce que Karl Marx nommera la plus-value. Bien que Rey soit à mille lieux de posséder un savoir aussi étendu que lui sur les rouages du système économique, il remarque néanmoins que les producteurs sont très loin de jouir de l'intégralité des fruits de leur travail. En admettant la propriété privée des terres et des capitaux, le principe de la propriété fondée sur le

2424 DBOS, t. 2, p. 383.

2425 *Ibid.*, p. 399.

2426 TPGD, p. 170.

2427 *Ibid.*, p. 170-171.

travail se trouve en effet dévalué, atténué. C'est pourquoi Joseph Rey s'y oppose, en dénonçant les vices de l'organisation capitaliste de la propriété privée (2).

1. Le mécanisme de création du droit de propriété

Lorsque Rey s'interroge sur les mécanismes permettant de faire naître, au profit d'un individu, un droit de propriété sur un objet, il est d'abord amené à apprécier l'opinion selon laquelle il existerait un droit du premier occupant à l'origine du droit de propriété. Il est de prime abord surprenant de voir Rey traiter ce point et considérer que tel est l'avis majoritaire des juristes, car cette théorie n'est plus très populaire au XIX^e siècle. Lherbette partage cependant l'avis de Rey lorsqu'il écrit, en 1819, que « la plupart des jurisconsultes » voient dans l'occupation « le fondement de la propriété »²⁴²⁸. C'est donc que cette thèse n'est pas tout à fait désuète. Une étude attentive conduit en effet à remarquer que malgré les critiques formulées contre la théorie du premier occupant, nombreux sont ceux qui, d'une façon ou d'une autre, finissent par la consacrer. C'est ce que l'on trouve encore dans le *Répertoire* de Merlin de Douai²⁴²⁹, chez Portets²⁴³⁰, sous la plume de Charles Comte²⁴³¹ ou encore de Jean-Baptiste-Victor Proudhon qui voit dans le droit d'occupation « l'origine primordiale de celui de propriété²⁴³² ». La liste n'est pas exhaustive. Les philosophes éclectiques l'admettent également, bien qu'avec une certaine ambiguïté. Si l'on suit Cousin, c'est parce que le fait d'occupation est l'expression de la volonté, de la personnalité de l'occupant qui s'étend à la matière occupée, qu'un tel fait est apte à créer un droit. La propriété consiste dans l'extension de la volonté et de la liberté humaine sur le monde physique²⁴³³. La volonté apparaît ainsi comme « le principe du droit du premier occupant²⁴³⁴ »,

2428 A.-J. LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, *op. cit.*, p. 29.

2429 Philippe-Antoine MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, t. 8, 3^e éd., Paris, Garnery, 1808, p. 643 et s.

2430 Définissant le titre comme « la raison légale par laquelle il apparaît qu'un certain fait peut procurer un droit », PORTETS l'illustre en écrivant qu'« ainsi la propriété d'une chose qui n'appartient à personne s'acquiert par l'appréhension du premier occupant » (*Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 72). Mais il refuse en revanche de considérer que le droit de propriété est un droit naturel (*ibid.*, p. 69).

2431 Charles COMTE reconnaît l'importance du travail et de l'industrie dans la formation de la propriété, mais ce travail s'effectuant nécessairement sur des objets de la nature, il a bien fallu, considère-t-il, que les individus acquièrent ces divers objets. Comment ? « En s'en emparant les premiers, et avec l'intention de se les approprier, c'est-à-dire, par l'occupation » (*Traité de la propriété*, t. 1, Paris, Chamerot, 1834, p. 32).

2432 J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, *op. cit.*, p. 115.

2433 « La propriété sur le monde physique est le développement nécessaire de la liberté » (E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 130).

2434 « Ainsi, c'est la volonté qui est le principe du droit du premier occupant. Et qu'est-ce que la volonté ? C'est l'activité libre, c'est la personne, c'est le MOI. Mais nous savons que le MOI est saint comme être libre, et puisqu'il intervient directement dans l'occupation, puisque c'est lui-même qui occupe, l'occupation est sainte

auquel succède alors le droit de propriété :

« La personne a [...] le droit d'occuper les choses, et en les occupant elle se les approprie ; une chose devient par là propriété de la personne, elle lui appartient à elle seule, et nulle autre personne n'y a plus de droit. C'est ainsi qu'il faut entendre le droit de première occupation. Ce droit est le fondement de la propriété hors de nous ; mais il suppose lui-même le droit de la personne sur les choses, et, en dernière analyse, celui de la personne, comme étant la source et le principe de tout droit.²⁴³⁵ »

Voilà bien une reconnaissance de l'occupation comme fondatrice du droit de propriété, quoique la propriété soit-elle même fondée sur la personne, c'est-à-dire sur la volonté libre de l'individu. Il en va encore de même avec Troplong, qui explique que lorsque l'individu se saisit d'un objet sans maître, cette « chose ainsi saisie et occupée participe, pour ainsi dire, de la personnalité de celui qui la tient. Elle devient sacrée comme lui-même ; on ne peut la lui arracher sans faire violence à sa liberté, et la déplacer sans toucher témérairement à sa personne²⁴³⁶ ».

On comprend dès lors les enjeux de la critique que Marx et Engels opposeront à cette conception. Enter la propriété sur la personne revient en effet à assimiler l'atteinte à la propriété privée à une violence envers la personnalité humaine. Troplong peut bien dire que le travail ajouté à l'occupation rend la propriété plus légitime encore, cela ne l'empêche pas d'évoquer le « droit exclusif produit par la seule occupation²⁴³⁷ ». Même si rares sont les juristes et philosophes qui reconnaissent à la seule occupation la puissance de fonder le droit de propriété, la majorité s'accorde avec Toullier pour faire résulter de l'occupation, *a minima*, une sorte de « propriété passagère » ou de « droit de préférence »²⁴³⁸. La plupart d'entre eux ajoute en effet une seconde condition, qui peut consister dans une convention de partage entre les hommes ou alors, c'est l'opinion dominante au XIX^e siècle, dans l'exercice d'une activité, d'un travail sur la chose²⁴³⁹. Mais bien que la théorie du premier occupant se présente rarement sans autre

elle-même et a droit au respect de tous. Voilà le vrai fondement du droit de propriété » (V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 438-439). COUSIN écrit même clairement que « si le travail et la production sont le principe du droit de propriété, le fait d'occupation primitive en est la condition indispensable » (*ibid.*, p. 388). Voir également V. COUSIN, *Justice et Charité*, *op. cit.* LERMINIER explique de même que celui qui accapare une terre, y bâtit une maison, y met « [son] empreinte, [son] travail, [sa] personnalité ; et voilà la signification du droit du premier occupant » (*Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 132).

2435 V. COUSIN, *Justice et Charité*, *op. cit.*, p. 33.

2436 R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De la prescription*, t. 1, *op. cit.*, p. 6.

2437 *Ibid.*, p. 6.

2438 C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 3, *op. cit.*, p. 42.

2439 La propriété « s'explique par l'occupation et le travail » (F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 205). Il ajoute d'ailleurs ces mots qui illustrent bien le discours de la doctrine éclectique : « Dès que l'homme s'est approprié un objet par l'occupation, par le travail, il comprend qu'il a un titre privatif qui ne lui est octroyé par aucune puissance humaine ; il porte en lui-même le sentiment et la conscience de son droit » (*ibid.*, p. 207). En revanche, COUSIN, dans *Justice et Charité*, s'oppose explicitement à la théorie de la propriété fondée sur le travail. « Le travail et la production ne constituent pas, mais confirment et développent le droit de propriété » (*Justice et Charité*, *op. cit.*, p. 33) Faut-il y voir une manière d'atténuer les revendications des ouvriers qui cherchent, justement, à se constituer propriétaires des produits de leur travail ?

condition pour fonder le droit de propriété dans toute son extension²⁴⁴⁰, l'occupation apparaît sous la plume de ses défenseurs comme une condition légitime, quand elle n'est suffisante, pour faire naître le germe du droit. La Cour de cassation mobilise également la théorie du premier occupant. À l'époque où elle est présidée par Troplong, elle invoque par exemple l'occupation au sujet des *res nullius* comme les eaux de pluie, pour juger que celui qui possède le fond sur lequel elles tombent est également propriétaire de ces eaux²⁴⁴¹. Les juristes ne la rejettent donc pas purement et simplement hors du domaine du droit.

C'est pourquoi Joseph Rey juge nécessaire d'accorder quelques développements à la réfutation du principe de l'acquisition par occupation. Il mobilise alors un exemple fort pour montrer combien cela est « injuste et absurde²⁴⁴² » : l'histoire de la conquête des terres nouvelles dont les princes européens se sont crus légitimement propriétaires. Outre « la violence exercée envers les indigènes » dans les cas où ces territoires étaient habités, Rey avance que le droit du premier occupant revient finalement à frapper un territoire « d'une interdiction absolue de propriété à l'égard du reste du genre humain »²⁴⁴³. Cet aspect, qui est souvent occulté par ceux qui défendent le droit du premier occupant, témoigne de la force de la conception individualiste et exclusive d'un droit qui fait abstraction des conditions dans lesquelles il est appelé à produire ses effets. Joseph Rey pense quant à lui qu'il ne peut pas en être ainsi, et que la simple antériorité de l'occupation est tout à fait impuissante pour fonder un droit. Le seul droit que peut, à la limite, revendiquer un individu qui foulerait pour la première fois une terre vierge, serait celui de n'être pas déplacé : « mon droit de propriété ne s'étend pas au-delà de cette faculté, ainsi restreinte et transitoire, de ne pas être déplacé de cette petite parcelle de terrain où je suis actuellement placé²⁴⁴⁴ ».

Le simple fait d'enclore un terrain, poursuit-il, ne suffit pas plus à fonder un véritable droit de propriété, quoiqu'il permette de s'en rapprocher. C'est le travail seul, considère Joseph Rey, qui permet de créer des biens et d'acquérir sur eux un droit. Pour s'approprier un objet, il convient en effet de lui appliquer nos facultés personnelles, physiques ou morales. Mêmes les fruits offerts en abondance par la nature nécessitent une part de travail pour pouvoir se les

2440 J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique*, op. cit., p. 133. J.-B.-V. PROUDHON écrit par exemple que les choses sans maître « ont dû successivement devenir le patrimoine particulier de ceux qui s'en sont mis en possession à l'effet de se les approprier aux moyens des travaux qu'ils y ont pratiqués pour se les rendre utiles ». Jusque là le travail apparaît comme fondateur du droit de propriété, qui se distinguerait de la possession. Mais le juriste poursuit en écrivant qu'« à s'en tenir aux principes du droit naturel, [...] la chose qui n'appartient encore à personne doit rester acquise en toute propriété au premier individu qui s'en empare » (*Traité du domaine de propriété*, op. cit., p. 115).

2441 Cour de Cassation, arrêt du 16 mars 1853, *Journal du palais*, Paris, 1854/2, p. 577.

2442 TPGD, p. 173.

2443 *Ibid.*, p. 172-173.

2444 *Ibid.*, p. 174.

appropriier : il faut les cueillir puis les porter à notre bouche²⁴⁴⁵. Sans les efforts de l'homme, les biens de ce monde restent donc sans utilité pour lui. Lorsqu'il écrit qu'à chacune des opérations effectuées sur un objet, « ma *propriété* augmente, ainsi que le *droit* d'en jouir²⁴⁴⁶ », le juriste suggère encore que le droit de propriété connaît différents degrés selon l'importance de la part de travail investie dans l'objet. La propriété n'est donc pas le simple fait de posséder, mais bien une appropriation, la création d'une relation entre l'individu et la chose. Et plus l'homme applique ses facultés personnelles à un objet, plus le lien qui l'unit à celui-ci devient étroit, intime. Rey écrit :

« puisque les facultés personnelles de chaque individu sont ce qui constitue ses *propres* moyens, ce ne peut être que par l'application de ces moyens aux objets autres que lui qu'il peut faire participer ces mêmes objets à cette qualité de lui devenir *propres*. Sans l'application de notre faculté travaillante aux objets qui, par ce moyen *seul*, deviennent ce qu'on nomme des *biens*, ces biens ne seraient pas créés, ils n'existeraient pas. Il y a donc de celui qui travaille à l'objet créé par le travail une relation intime, celle de la cause à l'effet. Il y a une véritable émanation du travailleur qui se fixe sur l'objet travaillé. Or c'est ainsi, et SEULEMENT ainsi, que l'homme *s'approprie* LÉGITIMEMENT une partie des objets autres que lui²⁴⁴⁷ » .

La relation qui unit l'objet créé par le travail à son producteur est ainsi une relation de cause à effet, ce qui ne peut manquer de faire penser au concept de lois de la nature : le processus d'appropriation est ici pensé dans sa dimension physique, mécanique. Telle est la façon la plus conforme à la nature de s'approprier un objet. En effet, selon les données de la science économique, c'est-à-dire de « la science qui a pour objet d'observer le résultat de nos actions²⁴⁴⁸ », le propriétaire s'identifie au travailleur, c'est-à-dire au producteur.

Par conséquent, si le travail est seul en mesure de créer un rapport naturel de propriété entre un individu et un objet, il faut reconnaître que la répartition actuelle de la propriété est régie par des principes tout à fait vicieux. En retirant au travailleur le fruit de ses efforts en tout ou partie, Rey considère que l'organisation de la propriété capitaliste détruit tous les rapports légitimes de nos actions, les riches propriétaires étant généralement des oisifs, et les hommes laborieux des indigents. Véritables producteurs, ces derniers devraient donc recevoir en propre l'intégralité du produit de leur travail. Telle est la seule origine légitime du droit de propriété. Bien entendu, la société étant une série continue d'échanges, les hommes peuvent ensuite acquérir également par l'échange. Rey reste muet quant à la question de la valeur des biens et évoque seulement un « juste équivalent²⁴⁴⁹ ». On peut néanmoins présumer que Rey adhère à la théorie

2445 DBOS, t. 2, p. 384.

2446 TPGD, p. 175. Cette idée se retrouve également chez COUSIN, qui écrit que « la volonté étant l'unique principe du droit de propriété, il suit que ce droit est en raison directe de l'acte volontaire, qu'il croît ou décroît selon que cet acte est fort ou faible, constant ou interrompu » (*Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 438).

2447 TPGD, p. 173-174.

2448 *Préliminaires*, p. 13.

2449 *Préliminaires*, p. 99 ; JGLJ, t. 2, p. 22 ; TPGD, p. 211.

ricardienne de la valeur travail, comme Robert Owen²⁴⁵⁰, et fait du temps de travail l'étalon de la valeur des productions. Rey pose alors la règle suivante, puisée chez l'économiste owéniste Williams Thompson : il faut que « chaque producteur JOUISSE DU PRODUIT DE SON TRAVAIL²⁴⁵¹ ». Cette conception constitue une critique de l'organisation économique de la société, où ce sont au final d'oisifs capitalistes qui ravissent une large part du produit des travailleurs²⁴⁵². En revanche, ceux qui se trouvent dans l'incapacité physique d'effectuer une activité productrice ne sauraient être rangés dans la même catégorie.

En consacrant la règle de l'appropriation intégrale par le producteur, Rey s'aperçoit en effet qu'elle revient à établir ce qu'il considère être une inégalité dans la distribution des produits, puisque chacun ne devrait recevoir qu'en proportion des moyens apportés. On retrouve en fait la seconde loi constitutive de la société formulée en d'autres termes. Les hommes étant inégaux en capacité, cette inégalité se retrouvera par conséquent dans la part que chacun d'eux recevra. L'égalité de protection revient toujours à consacrer l'inégalité de fait²⁴⁵³. Mais il s'agit ici d'agir conformément à l'utilité sociale en stimulant les travailleurs. Rey tempère en outre son principe par d'autres motifs fondés sur l'intérêt, pour reconnaître à tout individu, indépendamment de sa contribution, la part de biens nécessaire à la satisfaction de ses besoins essentiels. C'est un dépassement des « règles strictes du droit *matériel*²⁴⁵⁴ », écrit-il dans ses *Bases* – expression ici mal choisie et que Rey reformule en parlant de *droit impitoyable*²⁴⁵⁵. Cela est doublement conforme à la loi de l'intérêt. Sous le rapport matériel, celui-là même qui est en capacité de travailler ne peut garantir qu'il le sera toujours ; aussi se trouve-t-il intéressé à ce qu'une part soit réservée à ceux qui ne peuvent travailler. Sous le rapport moral également, Rey considère que les secours donnés satisfont le cœur du donateur²⁴⁵⁶. Aussi, comme nous le verrons, quoique Rey soit parfois très virulent à l'encontre de la propriété qui n'est pas fondée sur le travail, c'est avant tout des considérations politiques qui dictent son propos. Lorsqu'il s'agit de reconnaître à tous un droit à la portion de biens nécessaires à la satisfaction des besoins, voire une égalité dans la jouissance des biens, il n'est plus question de parler d'usurpation comme c'est le cas lorsque Rey évoque les classes riches de la société. Le juriste va même jusqu'à accuser ceux qui refusent de reconnaître à

2450 S. DUPUIS, *Robert Owen, op. cit.* p. 174.

2451 TPGD, p. 189.

2452 « On dirait en vérité que le droit de jouir des biens de la terre soit en raison inverse de la part que les divers individus prennent à leur création » (*LSCM*, p. 11).

2453 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, III.

2454 DBOS, t. 2, p. 385.

2455 Il n'est pas réellement possible de parler de droit lorsque cela n'est pas conforme au bonheur individuel et collectif (voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, III).

2456 TPGD, p. 191. REY estime en outre que dans un état de société correctement organisé, indépendamment même de la mise en place du système coopératif, il n'y aurait pas d'oisifs involontaires ou alors très peu, de sorte qu'il y aurait une grande abondance de biens.

tout individu le minimum vital de porter atteinte au droit de propriété, « en lui faisant porter de si tristes fruits²⁴⁵⁷ ». Dans ses manuscrits, il précisera encore que les systèmes de Fourier et des Saints-simoniens, qui reposent sur le principe de proportionnalité entre le travail apporté et les produits que chacun peut en retirer, présentent un vice fondamental. En effet, puisque ces systèmes ajoutent une dérogation à ce principe, en reconnaissant à chacun, indépendamment de son apport, les moyens d'assurer sa subsistance, Rey considère qu'ils reposent sur une « base vicieuse²⁴⁵⁸ ». Si l'on est forcé de déroger au principe, c'est bien que son application pleine et entière présente quelque chose d'« intolérable²⁴⁵⁹ ».

Il n'empêche que, dans son *Traité* comme dans ses *Bases*, Rey adhère à la même logique que les fouriéristes et les saints-simoniens en admettant l'inégalité dans la répartition. Il précise toutefois que celle-ci ne s'applique qu'aux objets qui nécessitent « un travail de l'homme autre que le simple rapprochement pour la consommation immédiate²⁴⁶⁰ ». Pour les biens produits naturellement en abondance, c'est « le principe de l'égalité *absolue* » qui s'applique, chacun pouvant « puiser également dans le grand réservoir de la nature », car c'est un devoir et un droit que de s'approprier tous les objets utiles à notre portée²⁴⁶¹. Bien entendu, cela doit se faire sous réserve de ne pas nuire « au droit semblable des êtres de son espèce²⁴⁶² ». Remarquons par ailleurs qu'il ne faut pas y voir une reconnaissance du droit du premier occupant, comme le fait J.-B.-V. Proudhon par exemple, lorsqu'il commente l'article 714 du Code civil²⁴⁶³. En évoquant les objets qui nécessitent un *travail autre que le simple rapprochement*, Rey suggère bien que le simple rapprochement est déjà un travail, une forme minimaliste de travail qui permet l'appropriation, sous réserve de partage égal²⁴⁶⁴. La simple antériorité n'est donc pas présentée comme créatrice de droit. Pour le moment, le travail reste ainsi au centre de la théorie reyienne de la propriété. C'est alors c'est sur cette base qu'il se positionne contre l'organisation capitaliste du travail et de la propriété privée.

2457 DBOS, t. 2, p. 387.

2458 BMG, T. 3980, liasse n° 5.

2459 *Ibid.*

2460 TPGD, p. 190.

2461 *Ibid.*, p. 190.

2462 *Ibid.*, p. 190.

2463 J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public*, t. 1, Dijon, Lagier, 1833, p. 3.

2464 Si l'homme « ne fait aucun effort, soit pour cueillir et conserver les produits naturels, soit pour faire naître les autres, il sera privé de toute espèce de secours sous ce double rapport. Le fait de l'homme, c'est-à-dire un fait générateur d'utilité, c'est-à-dire le travail, est donc l'unique base de toute production, et par une suite inévitable, de toute possibilité d'appropriation d'un produit quelconque aux besoins de l'homme. Sans ce point de départ, on ne pourrait donc pas même se former l'idée de ce qu'on nomme la propriété d'aucune chose de ce monde, et le mot propriétaire n'aurait également pu être imaginé » (BMG, T. 3980, liasse n° 5).

2. Les vices de l'organisation capitaliste de la propriété privée

La théorie reyenienne de la propriété contribue ainsi à valoriser le travail et l'industrie au détriment du capital et notamment du capital foncier. En effet, une telle conception du droit de propriété implique que la terre, le sol, ne peuvent jamais légitimement faire l'objet d'un droit de propriété, puisqu'ils ne sont le produit d'aucun travail – sauf à admettre un droit de propriété sur la plus-value apportée au terrain par les travaux d'agriculture comme le fait l'un des rédacteurs de la *Phalange*²⁴⁶⁵. « [L]es fruits sont à tous, et [...] la terre n'est à personne²⁴⁶⁶ », écrivait Rousseau. Rey pense de même que chacun devrait pouvoir « puiser également dans le grand réservoir de la nature²⁴⁶⁷ ».

Diverses notes manuscrites peuvent venir compléter les affirmations publiques de Rey, permettant ainsi de se faire une idée plus précise du jugement que porte Rey sur l'organisation capitaliste de la propriété. Bien que ce type de sources manuscrites ne puissent être placé sur le même plan que ses publications, elles sont intéressantes en ce qu'elles livrent un aperçu de l'antipathie de Rey à l'égard du régime de la propriété privée et du capitalisme industriel. Une note sur l'ouvrage de son homonyme Joseph-Auguste Rey confirme par ailleurs son animosité à l'égard de la propriété individuelle des sols et des capitaux en général. Il écrit en effet que « c'est par une foule de considérations, les unes morales, les autres matérielles, que se prouve le vice de la propriété individuelle des terres ainsi que des capitaux²⁴⁶⁸ ». Bien qu'issus d'un travail antérieur, les capitaux continuent en effet de produire des revenus sans travail supplémentaire, du moins sans que leurs propriétaires aient besoin de travailler²⁴⁶⁹. Dans ses *Bases*, Rey affirme que ce sont des « propriété[s] oisive[s]²⁴⁷⁰ » – expression qui se répand progressivement au cours du siècle – qui permettent l'exploitation de l'homme. Dans diverses *marginalia*, Rey signale même son opposition à tout revenu tiré du capital²⁴⁷¹, alors que dans ses publications, il se borne à écrire que le système fouriériste accorde trop d'importance aux capitaux²⁴⁷². En revanche, le système coopératif et communautaire qu'il propose d'après le plan de Robert Owen implique bien

2465 *La Phalange. Journal de la science sociale*, 2^e série, t. 2, n° 35, 1^{er} juin 1839.

2466 J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, op. cit., p. 109.

2467 TPGD, p. 190.

2468 BMG, X. 117, t. 1, p. 267.

2469 Le capital est une « chose véritablement morte si on fait abstraction de celui qui l'a produite, qui peut n'avoir avec son possesseur aucun rapport méritoire, et qui peut même n'être dans ses mains que le fruit de l'égoïsme le plus cruel, ou de la fraude ou de la violence » (BMG, T. 3980, liasse n° 5).

2470 DBOS, t. 2, p. 436.

2471 Il se dit favorable à « tout pour le travail, rien au capital » (BMG, E. 26985, p. 515). « Tout individu qui vit de ses rentes, c'est-à-dire sans rien faire d'utile à la société, vole cette société, comme l'a dit si énergiquement Proudhon » (BMG, X. 117, t. 3, p. 6).

2472 DBOS, t. 2, p. 455.

l'abolition de ces revenus puisque toute propriété privée des instruments de production serait exclue.

En rattachant le droit de propriété à l'accomplissement d'une certaine quantité de travail, Rey ouvre ainsi la voie à une critique de l'exploitation économique permise par le régime de la propriété privée. Dans un manuscrit personnel, il parle alors de « nos simulacres de sociétés²⁴⁷³ », c'est-à-dire la société capitaliste basée sur la concurrence. Il va même jusqu'à suggérer que la condition de l'esclave est peut-être parfois meilleure que celle de l'homme qui travaille pour un autre dans le régime capitaliste, car « l'intérêt bien senti [du] maître le force du moins à sustenter » son esclave²⁴⁷⁴. Dans toutes les hypothèses qui sont celles du capitalisme industriel, la propriété acquise autrement que par le travail est donc entachée d'un vice radical. Dans ses *Bases*, le juriste avance timidement qu'il peut y avoir de bonnes raisons de respecter des droits mal acquis (« de puissantes considérations²⁴⁷⁵ » écrit Rey qui n'est vraisemblablement pas très inspiré puisqu'il n'en fournit aucune). On comprend qu'il ne soit pas aisé de défendre publiquement des idées aussi radicales que les siennes et qu'il soit préférable de *niveler*²⁴⁷⁶ les conséquences d'une telle théorie du droit de propriété. Le juriste met néanmoins en garde ceux qui oseraient brandir l'argument des droits acquis pour s'opposer à la réforme des abus, car en face pourraient bien s'élever les *droits violés*²⁴⁷⁷. On retrouve ici la logique qui sous-tend la distinction reyienne entre les droits légitimes (naturels, primitifs) et les droits déclarés (présumés)²⁴⁷⁸. Par ailleurs, une théorie juridique qui envisage les conditions du droit selon les circonstances ne saurait donner une importance démesurée à la notion de droits acquis. Si la sécurité juridique est un bien, et mérite à ce titre d'être garantie, cela ne saurait constituer un obstacle dirimant aux réformes nécessaires.

Les « bourgeois » peuvent bien dire, comme le note Julien Georges en se fondant sur les

2473 BMG, T. 3980, liasse n° 5.

2474 *Ibid.*. Opinion qui, d'après P. ROSANVALLON, est largement partagée dans les années 1830-1840 (*La société des égaux*, *op. cit.*, p. 119-120).

2475 DBOS, t. 2, p. 385.

2476 Nous empruntons ici à Martin MULSOW le concept de « nivellement », qu'il mobilise pour analyser le discours de certains « athées » : « Le nivellement est l'aplanissement conscient de ce qui se démarque, des positions extrêmes : un plaidoyer pour l'absence de toute excitation ». « [L]e nivellement se comprend comme l'aplanissement des conséquences que des contemporains inquiets de préserver le christianisme avaient l'habitude de tirer dans certains cas » (*Savoirs précaires*, *op. cit.*, p. 77).

2477 *Ibid.*, p. 398. COUSIN et TROPLONG, sans parler de droits *acquis*, distinguent la justice d'une part, laquelle consiste dans le respect des droits, et la charité d'autre part. Il faut voir comment s'explique TROPLONG : « comme la justice veut que le droit de chacun soit respecté, ce ne serait pas le bien de tous qu'on obtiendrait, si le pouvoir, même dans les meilleures intentions, portait atteinte au droit de quelques-uns », c'est-à-dire si le pouvoir mettait en œuvre la charité (*De la propriété d'après le code civil*, *op. cit.*, p. 66).

2478 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, 1.

publications des années 1840, que « la propriété est juste parce qu'elle est le fruit du travail »²⁴⁷⁹. Les « ouvriers » leur rétorqueront que « non elle n'est pas le fruit du travail, parce que le travail c'est nous, et que nous n'avons rien et que vous avez tout »²⁴⁸⁰. Les premiers se cachent ainsi derrière l'idée d'un travail antérieurement accompli, alors que leurs propriétés, les terres notamment, ont bien souvent été acquises par la force et l'occupation et continuent de produire des revenus sans travail supplémentaire de leur part. On comprend donc l'intérêt que présente la théorie du premier occupant pour ceux qui entendent conserver l'organisation inégalitaire et hiérarchique de la société, et qui a quelque analogie avec la rhétorique des droits acquis. Il faut bien ajouter que le travail n'est qu'un complément, un renforcement du droit primitif du premier occupant, à défaut de quoi ils se verraient contraints de reconnaître le droit du travailleur à l'intégralité du produit de son activité et de renverser le rapport entre le capital et le travail. Les juristes ne tirent finalement pas les conclusions de leur théorie du travail comme origine de la propriété. Sans la nier, ils amoindrissent la valeur du travail dans un but de conservation de l'ordre économique et social. Ils n'entendent pas faire de la théorie de la propriété fruit du travail une arme dont les ouvriers pourraient se saisir. En fin de compte, le véritable travail productif est tout à fait dévalorisé : « Le vrai travail est alors celui du capital²⁴⁸¹ ». Joseph Rey remarque d'ailleurs que la faible valeur reconnue au travail n'est pas sans lien avec le mépris porté aux activités manuelles. C'est pourquoi il juge qu'il serait tout à fait utile de former l'ensemble des citoyens aux arts manuels. En faire sentir la valeur à chacun permettrait peut-être même de lutter contre cette tendance des opulents qui cherchent toujours à limiter « la part de profits que *ces misérables* [ceux qui ne savent travailler *que de leurs mains*] osent leur disputer²⁴⁸² ».

Outre le fait que cette règle (jouissance par les travailleurs du fruit de leur travail) soit une application stricte du droit de propriété, Rey la justifie encore par des considérations fondées sur l'intérêt personnel et l'utilité sociale. On se rapproche ici de Bentham et de tous ceux qui, en général, considèrent que la propriété privée est nécessaire pour inciter les hommes à la production, au travail. Rey s'en distingue toutefois car il n'entend pas légitimer pour autant la

2479 J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique, op. cit.*, p. 149.

2480 *Ibid.*, p. 149.

2481 « Comment les sciences sociales peuvent-elles maintenir cette proposition de la propriété-fruit-du-travail tout en continuant à dénier aux travailleurs et aux associations de travailleurs le droit d'exploiter directement leurs industries ? Il leur suffit de ne pas entendre le mot travail à partir de la distinction du travail et du capital, mais de rentrer dans la logique inégalitaire qui les caractérise en établissant une hiérarchie des travaux. Le travail dont les ouvriers font un vecteur de revendication de la part des avantages sociaux qu'ils estiment devoir leur revenir n'est compté [que] comme un travail valant essentiellement pour le compte d'autrui. Le vrai travail est alors celui du capital » (J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique, op. cit.*, p. 151).

2482 *Pétition*, p. 101.

propriété foncière, le morcellement de la terre ou la propriété privée des instruments de production, mais seulement l'appropriation du produit du travail par les producteurs. La société ayant pour but une maximisation des avantages de chacun de ses membres, la production de biens est l'une de ses activités centrales, qui ne doit pas se trouver entravée. Or, les individus ne faisant rien gratuitement ni sans motif, ne se donnant la peine de travailler que dans « l'espoir d'en retirer une compensation en jouissance²⁴⁸³ », les priver du fruit de leur labeur revient à leur ôter tout mobile d'action en ce sens. Rey considère que la spoliation d'une partie du produit du travail, dans le système de la propriété privée généralisée – car il n'en va pas de même sous le régime de la communauté – doit par conséquent nuire à la production²⁴⁸⁴. Et c'est encore une façon de réaliser l'un des objectifs de Owen et Fourier, entre autres, qui cherchent à rendre le travail « attrayant »²⁴⁸⁵. Mais s'il convient de jouer sur les différents ressorts qui incitent les hommes à participer au processus de production, il ne faudrait pas pour autant se limiter à penser le droit de propriété par rapport au seul travail individuel.

En effet, un doute peut être soulevé quant au caractère purement individuel de l'acte de production. Quoiqu'il existe incontestablement et naturellement une forme de propriété, d'appropriation exclusive, estimer que l'on ne doit sa propriété qu'à son travail personnel, c'est oublier la complémentarité des activités individuelles dans les actes de production. Dans une *marginalia*, Rey souligne, d'accord avec Pierre-Joseph Proudhon²⁴⁸⁶, « qu'aucun homme ne peut se dire créateur et propriétaire exclusif de [ce] qu'il n'aurait pu créer sans le concours de la société²⁴⁸⁷ ». Or, il y a toujours une forme de concours de la société, au moins dans le sens minimal où elle offre au producteur une certaine sécurité, de sorte qu'il faudrait bien se résoudre à considérer la propriété exclusive d'un objet comme illusoire. Pour les capitaux du moins, cela est certain et la société a donc « un droit sur ceux là²⁴⁸⁸ ». Si Rey ne tient pas un propos si radical dans ses publications, il évoque toutefois dans ses *Bases* la difficulté de mesurer exactement la part de chacun dans tout acte de production, et donc d'en déterminer la valeur. Même un Newton et les plus grands savants, malgré tout leur savoir, auraient été bien impuissants sans la coopération d'une « infinité d'agens auxiliaires [...] soit pour soutenir leur existence, soit pour être aidés dans leurs travaux²⁴⁸⁹ ». Comme l'affirmera plus tard Proudhon dans son célèbre *Qu'est-*

2483 TPGD, p. 189.

2484 *Ibid.*, p. 189.

2485 BMG, X. 117, t. 1, p. 320.

2486 Pour PROUDHON, « l'homme seul n'est rien : il doit à la société qu'il compose avec ses semblables ses facultés, son talent, ses capacités et son travail » (A.-S. CHAMBOST, *Proudhon, L'enfant terrible du socialisme, op. cit.*, p. 26).

2487 BMG, X. 117, t. 3, p. 233. Voir aussi MSR, t. 2, p. 198-199.

2488 BMG, X. 117, t. 3, p. 64.

2489 DBOJ, t. 2, p. 468. C'est pourquoi il serait plus aisé de mettre les biens en commun et de laisser chacun des *coopérateurs* puiser dans la masse commune, tel que le veut le plan de Robert OWEN.

ce que la propriété ?, Rey considère que toute production matérielle comme intellectuelle ou artistique, donc toute propriété, résulte toujours, au moins dans une faible mesure, d'une coopération, d'un concours de la société – qu'il s'agisse d'une aide matérielle, de connaissances héritées des générations précédentes, de la sûreté offerte par la société... L'homme est en effet un être de société, et penser que certaines de ses actions ou de ses pensées puissent être le fruit de sa pure individualité n'est qu'un leurre. Le juriste exprimera explicitement ce point de vue dans une lettre de 1837 adressée à Léon Brothier et publiée par la *Revue de Toulouse*²⁴⁹⁰. Rey y affirme en effet que la conception individualiste de la propriété n'aurait de légitimité que si l'homme, parfaitement isolé de ses semblables, pouvait seul produire tout le nécessaire pour subvenir à l'ensemble de ses besoins. Mais ce n'est pas le cas, et tout individu bénéficie en quelque sorte du capital social, ce qui revient finalement à jeter le doute sur la possibilité d'une véritable propriété privée. Cela n'annihile pas entièrement la théorie reyienne du droit de propriété, puisqu'il s'agit toujours de penser ce droit en rapport avec l'acte de travail qui en est à l'origine, mais cela contribue à l'inscrire dans une perspective sociale. Or, c'est cette dernière perspective seule qui doit véritablement compter. Qui plus est, les droits doivent être agencés de telle sorte qu'il en résulte la plus grande somme de bonheur possible, ce qui pourra justifier que l'on s'écarte plus encore du rapport entre production (travail) et droit de propriété. C'est en effet ce que propose Rey lorsqu'il développe les principes de la coopération et de la communauté.

Mais avant d'en venir à ce thème, il nous faut encore voir comment Rey mobilise la théorie du droit de propriété fondé sur le travail pour proposer une critique des dispositions du code civil.

C/ L'EXAMEN CRITIQUE DES DISPOSITIONS DU DROIT CIVIL : L'HÉRITAGE EN QUESTION

Une telle théorie du droit de propriété implique une remise en cause des dispositions juridiques relatives à la propriété. Alors même que Rey s'en tient, pour le moment, à admettre le droit de propriété privée, il souligne les vices de son organisation. Le juriste est d'abord surpris par l'importance donnée à la propriété foncière au détriment de la propriété industrielle, « ce résultat immédiat de l'application de nos facultés personnelles²⁴⁹¹ ». Cette importance est d'autant plus accrue qu'elle donne accès à l'exercice des droits politiques²⁴⁹². Même sous la Révolution,

2490 J. REY, « Lettres. *En réponse aux deux Articles sur l'Ouvrage des Bases de l'Ordre social* », *art. cit.*, p. 301-302.

2491 TPGD, p. 171.

2492 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, A.

alors que « les idées d'égalité absolue étaient les plus exaltées », la propriété foncière a toujours été privilégiée remarque-t-il²⁴⁹³. Visant les dispositions du droit civil, Rey se dit « fort étonné » par les articles relatifs à la « manière d'acquérir la propriété » (Livre III) car ils ne mentionnent ni le travail, ni l'industrie. Le juriste revalorise au contraire l'activité industrielle au détriment de l'héritage, ce qui le conduit à reléguer la succession au dernier rang de la classification qu'il propose dans son *Traité*, renversant ainsi les valeurs promues par le Code civil²⁴⁹⁴.

Sa théorie du droit de propriété contribue même à la délégitimation de l'héritage. Rey se positionne ainsi en faveur d'un encadrement strict de la succession. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'apporter une limite au droit de propriété, puisque l'hérédité est plutôt conçue comme une exception à la règle de la propriété fondée sur le travail. Dans son *Projet de constitution* de 1815, Rey pose d'abord des limites à la faculté de tester. Il la refuse entièrement pour celui qui laisserait des descendants à sa mort et pose, dans ce cas, la règle du partage égal entre les héritiers. On retrouve ici la visée égalitaire et l'article 284 précise expressément que « [l]es lois de succession doivent tendre à l'égalité des fortunes²⁴⁹⁵ ». En l'absence de descendance, le juriste limite encore la quotité disponible. Dans le corps du projet, elle est restreinte à la moitié des biens dans le cas où il existerait des ascendants, des frères et sœurs ou leurs descendants. Mais dans le commentaire qui l'accompagne, il évoque désormais une quotité disponible limitée à un huitième dans le cas où il resterait des ascendants *ou des descendants* du défunt – ce qui suppose une possibilité de tester malgré la présence d'une descendance²⁴⁹⁶. Quoiqu'il en soit, même en maintenant le droit de succession et celui de tester, une telle limitation n'est plus concevable pour les juristes éclectiques du premier XIX^e siècle.

Alors que la Convention nationale avait supprimé cette liberté et que tous les Républicains lui étaient hostiles, le Code civil la rétablit²⁴⁹⁷ et la philosophie éclectique fournit des armes pour le défendre. Pour les rédacteurs du Code, il s'agissait surtout de permettre d'assurer au mieux le gouvernement domestique, en offrant aux pères des moyens de pression pour s'assurer du respect de leurs enfants²⁴⁹⁸. C'est bien ce que déplore Rey, qui n'y voit qu'une source

2493 TPGD, p. 171.

2494 *Ibid.*, p. 379-380.

2495 PCMF, f. 57.

2496 *Ibid.*, f. 57. Dans le commentaire qu'il donne des articles, à la fin de son projet, REY se contredit en effet lorsqu'il écrit : « Quant à l'art. [284] relatif aux successions, j'ai vu tant d'injustices et tant de désordres dans les familles résulter de la faculté de tester, que si j'eusse suivi mon premier mouvement, j'aurais proposé la suppression complète de cette faculté pour le cas où il reste des ascendants ou descendants du défunt. Mais j'ai pensé qu'on pouvait tout concilier jusqu'à un certain point, en laissant le droit de disposer en ce cas du huitième des biens » (*ibid.*, f. 98).

2497 C. NICOLET, *L'idée républicaine en France, op. cit.*, p. 378.

2498 X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *art. cit.*, p. 592.

d'injustices et de désordres dans les familles²⁴⁹⁹. C'est ce à quoi s'opposait également les Idéologues²⁵⁰⁰ ou Mirabeau qui critiquaient la relation de pouvoir que la liberté de tester instaurerait entre le père et sa descendance²⁵⁰¹. On pourrait donc imaginer qu'une telle opposition se retrouve chez ces juristes et philosophes contempteurs de toute morale des intérêts. En effet, cette approche joue sur des logiques de calcul d'intérêts. Mais au lieu de verser dans la critique du droit de tester, il va plutôt s'agir de l'interpréter conformément à la morale spiritualiste. Le droit de tester exprime le respect porté à la volonté libre de l'homme. Et ce respect doit être d'autant plus grand que la mort n'est que la disparition du corps, non celle de l'âme qui, finalement, peut continuer à imposer sa volonté aux vivants²⁵⁰². Aussi ne peut-il être que modestement limité.

Une philosophie matérialiste ne s'embarrasse pas de telles subtilités, comme le remarque effectivement Firmin Laferrière²⁵⁰³. Joseph Rey est ainsi amené à réfléchir dans des termes tout autres que ceux des éclectiques. En 1836, c'est donc la légitimité de l'hérédité elle-même qui est mise en doute car elle entre en contradiction avec le principe de l'acquisition par le travail. Elle viole les principes de la justice distributive et accroît les inégalités sociales. Bien que Rey n'insiste pas sur le caractère radicalement inégalitaire des successions, comme le font à l'inverse les saint-simoniens, il est malgré tout permis d'y voir une volonté de mettre à mal cette forme de privilège lié à la naissance. Cependant bien que l'hérédité soit illégitime dans son principe, Rey admet une première exception, qu'il dit justifiée par « le principe exceptionnel de bienveillance²⁵⁰⁴ », mais qui est surtout conforme à l'harmonie sociale. C'est le cas de l'enfant dont les géniteurs décèderaient

2499 PCMF, f. 98.

2500 Les rédacteurs de la *Décade philosophique* avaient témoigné leur opposition à la loi du 4 germinal an VIII qui permettait, entre autres, de favoriser l'un des descendants dans le partage de la succession. Ils reprochent à cette disposition de chercher à établir l'autorité paternelle sur la cupidité, mais également d'être contraire « aux principes d'égalité sur lesquels la République doit être fondée » (*La Décade philosophique, littéraire et politique*, an 8, 3^e trimestre, Paris, 1800, p. 61-62).

2501 P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, op. cit., p. 342-343.

2502 C'est ce qu'on trouve exprimé dans l'Introduction des *Éléments de droit public et administratif* de FOUCART, de façon plutôt implicite dans les premières éditions, et plus explicitement dans la quatrième : « La mort rompt tous les rapports matériels de l'homme avec ce monde ; cependant l'homme ne meurt pas tout entier, et l'immortalité de l'âme est la base de la théorie qui fait persister au delà de cette vie, comme l'âme elle-même, les conséquences des dispositions que l'homme a faites de son vivant [...]. La loi civile, venant ici confirmer ou suppléer la volonté de l'homme » (*Éléments de droit public et administratif*, t. 1, 4^e éd., Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1855, p. 14-15 ; par la suite, nous continuerons de citer la troisième édition, sauf mention contraire). LAFERRIÈRE affirme que « la faculté de tester, c'est le droit qui donne à la volonté une exécution efficace [...]. C'est la volonté de l'homme, c'est sa pensée qui lui survit » (*Histoire du droit français*, t. 2, op. cit., p. 246). Il ajoute que le spiritualisme, « ne confondant pas l'âme humaine avec sa dépouille mortelle, donne une grande efficacité à la volonté des testateurs » (*ibid.*, p. 250). Voir également V. COUSIN qui écrit : « du moment qu'un acte de liberté a consacré ma donation, elle reste sainte après ma mort comme pendant cette vie » (*Œuvres*, t. 2, op. cit., p. 388).

2503 « [L]e matérialiste ne voit rien au-delà du tombeau, et par conséquent, à ses yeux, la volonté d'un mort est un non-sens » (F. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français*, t. 2, op. cit., p. 250).

2504 DBOS, t. 2, p. 389.

avant qu'il ne soit en mesure de subvenir à ses besoins, et sous réserve que la propriété transmise par succession ait été acquise par le travail. Et encore précise Rey, ceci ne devrait valoir que jusqu'à ce qu'un « système suffisant de prévoyance sociale » ait été mis en place²⁵⁰⁵. Dans une société qui reposerait sur ses véritables bases, l'hérédité serait dans toutes les hypothèses inutile, puisque « la société ne laisserait personne *sans un juste appui* », assurant l'éducation, le travail et la retraite de ses membres²⁵⁰⁶. Quant aux autres cas de successions, dans l'état actuel, Rey est d'avis qu'il faut au minimum poser à l'héritier « la condition expresse d'une *continuation du travail* », car « il ne devrait pas être permis que le bonheur de posséder, sans avoir acquis par soi-même, donnât le privilège de l'oisiveté, *mère de tous les vices*, comme dit justement le proverbe, ni qu'on pût laisser perdre, pour une nouvelle utilité, des avances qui n'ont pu être accumulées qu'à l'ombre de la protection sociale »²⁵⁰⁷. On retrouve dans cette assertion les accents des saints-simoniens qui prêchaient en 1831 : « Honte à l'oisiveté héréditaire ! Honneur au mérite et au travail ! »²⁵⁰⁸.

Mais bien que le droit de propriété découle du rapport entre les personnes et les choses, entre un individu et le produit de son travail, il faut également prendre en compte les rapports des hommes entre eux pour penser son organisation. Pour Rey, ce n'est pas parce que la propriété est fondée sur le travail qu'elle est nécessairement légitime et inviolable²⁵⁰⁹. Penser l'appropriation individuelle des biens ne peut se faire sans réfléchir aux éventuels torts qu'une trop forte accumulation entre certaines mains pourrait causer. D'ailleurs, il faut encore expliquer comment s'agence le refus du droit du premier occupant avec la propriété fondée sur le travail. Comme le soulignent Cousin ou Charles Comte, il faut bien s'accaparer un objet de la nature pour y appliquer ses facultés. Certes cet accaparement ne s'identifie pas nécessairement avec un droit de propriété. Mais si un individu a une telle force de travail qu'il peut s'approprier une portion immense de territoire et empêcher toute appropriation par ses semblables, alors cela reviendrait à une consécration implicite du fait d'occupation. Si l'homme « a le *devoir*, et par suite le *droit* d'approprier à son individu tous les objets utiles qui sont à sa portée », c'est bien sous réserve de ne pas nuire « au droit semblable des êtres de son espèce »²⁵¹⁰. Aussi est-ce un droit qui doit nécessairement recevoir quelques limitations, ou du moins être arrangé conformément au but et aux principes sociaux. En proposant ce que l'on peut appeler une « conception sociale » du droit de propriété, Rey en vient alors à dépasser le principe de l'acquisition par le travail.

2505 *Ibid.*, p. 389.

2506 *Ibid.*, p. 459-460.

2507 *Ibid.*, p. 388-389.

2508 *Religion Saint-simonienne. Recueil de prédications*, t. 2, Paris, Johanneau, 1832, p. 188.

2509 En sens contraire, Giovanna PROCACCI remarque que « la théorie de la propriété dérivée du travail » qui émerge sous la Révolution française « rend désormais la richesse légitime et inviolable, telle qu'elle ne saurait être diminuée par aucune intervention redistributive » (*Gouverner la misère, op. cit.*, p. 72).

2510 *TPGD*, p. 190.

II/ UNE CONCEPTION SOCIALE DE LA PROPRIÉTÉ

Les historiens et les historiennes du droit ont tendance à présenter le droit de propriété issu de l'article 544 du Code civil comme parfaitement achevé, comme un droit aux contours nets et précis, et ce dès 1804. Pourtant, avant que la doctrine juridique ne systématiser ses caractères pour lui donner la forme que nous lui connaissons aujourd'hui, la discussion est vive. Anne-Marie Patault signale à ce sujet que l'exclusivisme de ce droit a mis du temps à s'imposer, certaines décisions de jurisprudence allant en sens contraire²⁵¹¹. De façon moins officielle, la question du caractère individuel ou social du droit de propriété a également continué à être soulevée après la Révolution, dans les mouvements socialistes et ouvriers notamment. Enfin, l'idée de mettre en place un système communiste général ou de créer des associations partielles pour le travail ou la subsistance a été fortement agitée dans la première moitié du siècle, et particulièrement dans la décennie 1840. C'est dans ce contexte d'ébullition intellectuelle que Rey est amené à formuler ce que l'on qualifiera de conception sociale de la propriété.

Sociale, elle l'est d'abord dans le sens où aucune production ne peut être considérée comme le fruit d'un effort purement individuel. C'est toujours avec le concours de la société que l'individu est amené à produire. Sociale, elle l'est encore dans la mesure où cette conception se fonde encore sur l'idée qu'il ne faut pas transposer purement et simplement le résultat des réflexions menées à partir de l'individu seul à l'échelle sociale. C'est pourquoi il y a quelque chose de vicieux à penser le droit de propriété uniquement comme le lien qui unit l'individu au fruit de son travail. Il ne s'agit en effet pas seulement de déterminer l'origine du droit de propriété. Même en mettant en doute la possibilité de reconnaître qu'une production soit le fruit du travail d'un seul homme, cela laisse encore dans l'ombre la situation de ceux qui demeurent incapables de travailler et donc de subvenir à leurs besoins. Il ne faut d'ailleurs pas oublier les rapports qu'entretient la notion de droit avec les besoins humains. Par conséquent, on ne saurait penser exclusivement la propriété à partir des efforts, du travail humain, en faisant abstraction de la satisfaction des besoins.

C'est pourquoi Rey s'intéresse encore aux modalités selon lesquelles organiser la distribution de la propriété. Il parle à ce titre de « la différence radicale qui existe, quant au mode de satisfaction de nos besoins, entre l'homme entièrement isolé et celui qui se trouve en rapport avec ses semblables²⁵¹² ». Il explique que « c'est la confusion de ces deux ordres de relations qui cause toutes nos méprises sur la position de chacun de nous, dès qu'il ne s'agit plus de notre

2511 Anne-Marie PATAULT, « La Propriété non exclusive au XIX^e », *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, t. 61, n° 2, 1983, p. 217–237.

2512 DBOS, t. 2, p. 401.

seule individualité, mais de nos rapports mutuels²⁵¹³ ». Dans l'organisation du régime de la propriété privée, les juristes ont proposé un système tout à fait contraire à l'harmonie sociale car ils ont placé la focale sur le seul individu. Ils ont alors manqué cette considération selon laquelle le droit légitime (naturel) est ce qui est conforme à l'homme en société. Il n'est d'ailleurs pas anodin que Rey explicite sa conception de l'identité droit naturel/civil avec l'exemple des lois de succession. La question de savoir si la succession est ou non conforme au droit naturel, s'il s'agit d'une manière naturelle d'acquérir la propriété, est en effet très discutée à l'époque²⁵¹⁴. Pour notre auteur, il suffit de se demander si une telle disposition, dans l'état présent de la société, tend ou non au bien être des hommes afin de déterminer si elle est naturelle²⁵¹⁵. Qu'il existe donc une sorte de droit (plus ou moins) individuel de propriété n'empêche nullement Joseph Rey d'en rechercher les conditions d'exercice les plus favorables à l'harmonie sociale. Il faut trouver, écrit-il en 1836, une « règle d'équitable distribution » qui ne pourra être autre que « la loi du *plaisir* », c'est-à-dire « la loi de notre INTÉRÊT BIEN ENTENDU »²⁵¹⁶. Le principe de l'acquisition par le travail peut ainsi être largement tempéré, voire tout à fait écarté par des considérations fondées sur l'utilité sociale. Au principe premier se greffe ou se substitue alors la loi de l'intérêt bien entendu. Dès 1828, Rey le tempère en excluant du domaine du droit toute accumulation excessive de biens, afin de garantir à chacun la possibilité de travailler pour acquérir des propriétés (A). Il entend en outre restreindre le domaine de la propriété : il s'oppose à reconnaître le droit d'*abusus* pour finalement assimiler la propriété à un simple usage, un droit de jouissance que seule la communauté coopérative serait en mesure de garantir véritablement. Une toute nouvelle physionomie du droit de propriété se dessine ainsi sous sa plume (B).

2513 *Ibid.*, p. 401.

2514 PORTALIS s'exprime ainsi : « Le droit de succéder a-t-il sa base dans la loi naturelle, ou simplement dans les lois positives ? De la solution de ce grand problème dépend le système que l'on doit établir ». Les rédacteurs concluent que l'hérédité est de droit civil (« Discours préliminaire », in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 517). La position inverse paraît dominer par la suite. TOULLIER consacre un paragraphe aux questions « Quel est le fondement du droit de succéder ? Est-il fondé sur le droit naturel ? », dans lequel il avance d'ailleurs que les successions « dérivent du droit de premier occupant », et que les lois « ne doivent pas renverser l'ordre naturel des successions » (*Le droit civil français*, t. 4, *op. cit.*, p. 121). LERMINIER affirme que « [l']héritage n'est pas une idée conventionnelle, mais naturelle ». Il ajoute que « l'enfant [...] hérite de son père naturellement par une loi nécessaire que la législation civile doit reconnaître et ne peut changer » (*Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 152-153). Désiré DALLOZ s'oppose à MONTESQUIEU pour avancer que « [l]a succession est [...] de droit naturel » (*Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 19, Paris, Au Bureau de la jurisprudence générale, 1852, p. 15-16).

2515 *Préliminaires*, p. 19 ; TPGD, p. 196-197.

2516 DBOS, t. 2, p. 380.

A/ UNE LIMITE SOCIALE À L'ACQUISITION PAR LE TRAVAIL : LE « DROIT D'ACQUÉRIR »

Lorsque, dans les années 1819-1820, Joseph Rey théorise les principes du quasi-contrat social, il évoque déjà l'idée d'une rupture du pacte social envers tout individu qui ne trouverait pas, dans l'organisation collective, les moyens de satisfaire à ses besoins²⁵¹⁷. Cela suppose donc une limite à la faculté d'accumuler des possessions matérielles et la nécessité d'établir une sorte d'équilibre minimal. Mais Rey ne confronte cette idée à sa théorie du droit de propriété qu'à partir de 1828. Le juriste est bien conscient que même en refusant le droit du premier occupant comme source légitime du droit de propriété, le principe de l'acquisition par le travail revient implicitement à le reconnaître si l'on ne pose aucune borne à la faculté de s'approprier les objets de la nature par son travail²⁵¹⁸. En appréciant la question uniquement du point de vue individuel, rien n'indique d'ailleurs de rechercher une limite. Mais dès lors que l'on replace l'homme dans son véritable milieu naturel, c'est-à-dire « *en contact* avec d'autres êtres doués comme lui de *besoins* et de *moyens* de même nature, ayant les mêmes devoirs et par conséquent les mêmes droits pour l'application de leurs moyens à leurs besoins, on voit aussitôt que les rapports doivent changer²⁵¹⁹ ». C'est ainsi en se plaçant à l'échelle sociale et en remontant aux bases mêmes de l'association qu'il faut penser l'articulation des divers droits. Les hommes se réunissant en société pour assurer la satisfaction de leurs besoins, il importe donc de limiter la faculté d'acquérir par le travail pour assurer le maintien du lien social. Celle-ci doit en effet être « modifiée par la nécessité de respecter en autrui la même faculté²⁵²⁰ ». Car, demande Rey,

« dans toutes les [...] circonstances possibles de la vie, peut-on jamais soutenir qu'un individu puisse légitimement, et sans rompre lui-même le lien social, accumuler dans ses mains une telle quantité de biens que les autres membres de la société soient réduits au-dessous des moyens de satisfaire leurs besoins ?²⁵²¹ »

2517 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, III, A, 3.

2518 Il pose la question suivante à destination de ceux qui admettent le droit du premier occupant : si un individu « parvenait à cultiver avant les autres un terrain au-delà de toute proportion avec ses besoins, de manière à rendre impossible aux autres occupants l'*appropriation* ultérieure, aussi par le travail, d'une quantité de terrain nécessaire à leurs besoins, le droit du premier occupant ne devrait-il donc rencontrer aucune espèce de borne ? » (TPGD, p. 175-176).

2519 TPGD, p. 166.

2520 « La faculté de nous approprier les objets autres que nous, même par le travail, doit [...] être modifiée par la nécessité de respecter en autrui la même faculté. Or, n'est-il pas évident que cette faculté serait absolument annulée chez les autres membres de l'association, ou que son exercice serait dans un état perpétuel d'interdiction, si l'un d'eux ou un certain nombre d'entre eux pouvaient, par un développement excessif de leurs facultés, rendre impossible toute application des facultés de leurs co-associés ? Les avantages de l'association disparaîtraient entièrement pour ces derniers, le lien social serait rompu à leur égard, on les aurait placés dans un véritable état de guerre ; on doit donc conclure absolument que le droit de propriété, de la part des individus d'une société, doit recevoir certaines limites » (TPGD, p. 176).

2521 TPGD, p. 177-178.

La question est rarement abordée de front par la doctrine juridique du premier XIX^e siècle²⁵²². Le doyen de la faculté de droit de Dijon l'envisage brièvement lorsqu'il commente l'article 544 du Code civil. Jean-Baptiste-Victor Proudhon considère d'abord qu'« il ne nous est permis d'améliorer notre sort qu'autant que nous ne portons injustement aucun dommage à autrui²⁵²³ ». Mais c'est pour préciser immédiatement qu'il n'y a aucune injustice « chaque fois que celui qui souffre n'éprouve que la privation d'un grain auquel il n'avait pas encore un droit acquis²⁵²⁴ », ce qui revient à dire qu'il n'existe d'autres limites à la faculté d'acquérir que celles liées au respect de la propriété privée d'autrui. Rey comme Proudhon illustrent ensuite leurs avis divergents par des exemples relatifs aux servitudes qui peuvent peser sur les cours d'eaux. Chacun prend alors soin de sélectionner l'hypothèse qui lui permet d'appuyer son opinion en mobilisant le droit positif. Proudhon évoque ainsi les cours d'eaux pluviales, pour indiquer qu'à défaut d'une servitude conventionnellement établie, le propriétaire d'un terrain supérieur peut en arrêter le cours et en priver de ce fait le propriétaire du terrain inférieur²⁵²⁵. Il y a donc bien un dommage, mais aucune injustice, car aucun droit acquis ne se trouve violé. De son côté, Rey mobilise l'article 644 du Code civil, qui dispose que celui dont un cours d'eau traverse la propriété ne peut l'arrêter. Plus précisément, il peut « en user [...] mais à la charge de le rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire ». C'est sur une telle disposition que Rey se fonde lorsqu'il évoque le « cours de certaines eaux », dont le propriétaire supérieur ne pourrait priver l'inférieur, et ce d'après « tous les codes de droit privé »²⁵²⁶. Il considère alors qu'il est inconséquent de reconnaître ce type de limitation ou d'entrave à l'exercice complet du droit de propriété, et de l'ignorer pour des situations bien plus graves où l'existence des individus est en jeu²⁵²⁷. En tout état de cause, la question qui doit primer n'est pas celle de la protection des droits acquis, de la propriété individuelle, mais celle de la conservation des individus et du maintien du lien social.

À l'instar de Jean-Baptiste-Victor Proudhon, les juristes développent pourtant une conception de la propriété indépendamment de toute prise en compte de la question sociale. Réfléchi uniquement à partir de l'individu, l'acquisition des biens ne saurait recevoir de limites. Pour certains, ce droit de propriété individuelle trouverait son origine dans l'état de nature, et, à

2522 On la trouve très brièvement évoquée chez PORTETS qui considère que la loi naturelle ne permet pas de « cueillir autant de fruits, ou [de] prendre autant d'animaux, ou [de] s'emparer d'autant de biens que l'on veut » et admet donc que la faculté d'appropriation des biens doit être contenue « dans certaines bornes ». Il n'en dit toutefois rien de plus (*Cours de droit naturel, op. cit.*, p. 310).

2523 J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété, op. cit.*, p. 239.

2524 *Ibid.*, p. 240.

2525 *Ibid.*, p. 240-241.

2526 TPGD, p. 178 ; DBOS, t. 2, p. 395.

2527 Conscient qu'en écrivant ceci, REY encourt le risque de se voir reprocher de prêcher l'anarchie, il retourne l'attaque en demandant : « n'est-il pas manifeste que la désorganisation, que le *désordre* social n'existent que dans le système que nous combattons ? » (DBOS, t. 2, p. 395).

l'inverse de la liberté par exemple, il ne serait pas de ceux que la société pourrait légitimement limiter. Pour les éclectiques, il est l'émanation de la liberté et de la personnalité, et, à ce titre, toute limitation constituerait un attentat contre la personne. Mais derrière ces références philosophiques, ce sont surtout des parti-pris politiques qui déterminent ce refus d'envisager le droit de propriété dans sa dimension sociale. Il existe bien l'hypothèse de l'expropriation pour cause d'utilité publique. C'est toutefois un cas tout à fait marginal, et qui n'intéresse d'ailleurs pas la question de l'acquisition et de l'accumulation dans une perspective de justice distributive.

Il faudrait pourtant reconnaître, considère Rey, que si le droit propriété s'acquiert par le travail, il doit être permis à tout individu d'exercer ses facultés pour se constituer une propriété. Tel serait déjà le premier pas pour garantir efficacement ce droit. Proclamer des droits sans mettre les individus en mesure de les exercer effectivement était d'ailleurs largement condamné dans les rangs des socialistes. Ainsi Louis Blanc dénonce en ces termes l'hypocrisie des législateurs :

« le pauvre a le *droit* d'améliorer sa position ? Et ! qu'importe, s'il n'en a pas le *pouvoir* ? [...] Le droit, considéré d'une manière abstraite, est le mirage qui, depuis 1789, tient le peuple abusé. Le droit est la protection métaphysique et morte qui a remplacé, pour le peuple, la protection qu'on lui devait. [...] Disons-le donc une fois pour toutes : la liberté consiste, non pas seulement dans le DROIT accordé, mais dans le POUVOIR donné à l'homme d'exercer, de développer ses facultés²⁵²⁸ ».

Sans partager la critique du concept de droit, mais afin de donner à l'homme le pouvoir d'exercer ses facultés, Rey considère quant à lui qu'il convient de commencer par refuser « la possession d'une portion de biens *tout-à-fait excessive*, et au-delà de toute proportion avec les besoins du possesseur, tandis que ses co-associés n'auraient pas les moyens suffisants de satisfaire les leurs²⁵²⁹ ». On retrouve ici une tonalité Jacobine. Saint-Just proposait en effet de fixer un « maximum de la possession territoriale²⁵³⁰ », afin de permettre une meilleure répartition de la propriété foncière. L'article 7 du projet de déclaration des droits de Robespierre prévoyait également une limitation sociale et juridique au droit de propriété : « le droit de propriété est borné comme tous les autres, par l'obligation de respecter les droits d'autrui²⁵³¹ ». Telle est bien l'opinion de Joseph Rey. S'il est inacceptable qu'un homme concentre entre ses mains une trop forte portion des biens, c'est notamment parce que cela revient à priver les autres de la possibilité de travailler et donc de se créer des propriétés. Rey en vient ainsi à reconnaître une sorte de droit au travail – bien qu'il ne le dise pas aussi clairement qu'un Lepage, par exemple, qui écrit « le

2528 Louis BLANC, *Organisation du travail*, 9^e éd., Paris, Au bureau du *Nouveau Monde*, 1850, p. 17.

2529 TPGD, p. 177.

2530 Louis-Antoine-Léon SAINT-JUST, cité par J. BOUDON, *Les Jacobins, op. cit.*, p. 577.

2531 M. DE ROBESPIERRE, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Alger, 1830, p. 2.

premier soin de ceux qui gouvernent, doit être de procurer les moyens de subsister, soit par le travail, soit par des secours » aux indigents²⁵³². Certes, dans l'esprit de Rey, il ne s'agit pas d'un droit subjectif dont chacun serait fondamentalement titulaire dès la naissance, mais plutôt d'une manière d'organiser un partage équitable de la matière disponible au sein de la société, afin de permettre à tous ses membres d'exercer leurs facultés sur celle-ci, et donc de se rendre propriétaire d'une portion de biens. Rey ne mobilise d'ailleurs jamais le syntagme de « droit au travail ». Mais c'est bien l'idée qui sous-tend ses développements lorsque, en 1836, il s'interroge sur les limites du droit de propriété. Il affirme ainsi que « la société ne devrait pas souffrir qu'un seul homme valide, disposé à travailler, pût être privé des moyens de le faire, par défaut d'avances ou de la possession d'une partie du sol, tandis que d'autres individus auraient de tout en excès...²⁵³³ » Alors que la doctrine éclectique s'en remet à la liberté du travail pour permettre à chacun d'acquérir, Rey considère qu'il faut assurer à tous l'exercice effectif « du droit d'acquérir eux-mêmes de quoi satisfaire à leurs besoins²⁵³⁴ ». Le droit de propriété pensé à l'échelle sociale devrait donc être assorti d'une garantie, le *droit d'acquérir* la propriété, d'exercer ses facultés, autrement dit d'un droit au travail. Affirmer que la propriété s'acquiert par le travail demeure insuffisant si l'on n'offre pas aux individus la possibilité effective de travailler, et cela ne fait que creuser les inégalités naturelles. C'est ce que Rey a dû constater dans la société profondément inégalitaire du premier XIX^e siècle, car il signale, dans des notes personnelles, que cet état de fait est le « résultat de [la] première occupation » et non une situation de droit²⁵³⁵.

C'est justement l'idée que l'on trouve défendue, à demi-mot, par Victor Cousin. En effet, ce dernier questionne : « Tous les hommes [...] peuvent s'assimiler une propriété par le travail : est-ce à dire que tous ont droit sur toute propriété ? Nullement : pour que je possède légitimement, il ne faut pas seulement que je puisse [...] travailler et produire, il faut encore que j'occupe le premier la propriété²⁵³⁶ ». Donc nul droit de travailler la matière pour celui qui ne s'en est pas emparé le premier. Le philosophe est astucieux dans sa manière de formuler la question. Ce n'est en effet pas la même chose de demander si tous les hommes « ont droit sur toute propriété », que de demander si tous ont le droit d'exercer leurs facultés, de travailler, afin d'acquérir une part de propriété. Cousin a beau préciser que l'homme n'a pas « le droit de nuire au travail et à la production de [son] voisin²⁵³⁷ », en ne posant aucune limite au droit du premier occupant, la réponse qu'il donne revient à refuser le droit au travail au nom de la première

2532 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 137.

2533 DBOs, t. 2, p. 393.

2534 *Ibid.*, p. 393.

2535 BMG, T. 3980, liasse n° 2.

2536 V. COUSIN *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 388.

2537 *Ibid.*, p. 388.

occupation et de la conservation des droits acquis. Il écrit par ailleurs explicitement, en 1848, qu'il ne saurait y avoir de droit au travail, « car tout droit vrai emporte, selon lui, l'idée qu'on peut l'assurer par la force²⁵³⁸ ». Il exclut ainsi cette question de la sphère de la justice, pour la placer dans celle de la « charité », tout en reconnaissant néanmoins le devoir de l'État de procurer du travail aux ouvriers dans les époques de chômage. Mais c'est ici un devoir sans droit corrélatif, dont l'exécution ne saurait être exigée par quiconque. Laissé au bon vouloir de l'État, le devoir d'offrir à tous la possibilité de travailler n'a en fin de compte qu'une portée très limitée. L'intention de Cousin est ici limpide : il s'agit d'éviter les revendications populaires, de faire obstacle à ce que le droit au travail soit revendiqué « le glaive à la main²⁵³⁹ ». Comme l'écrit Troplong, en 1848 également, « la liberté du travail a ouvert, à tous, les portes jadis privilégiées de la propriété²⁵⁴⁰ ». C'est donc par l'usage de la liberté, d'une liberté égale pour tous les hommes, que chacun doit parvenir, par une démarche responsable, à se constituer une propriété. En focalisant sur la nature spirituelle de l'homme et sur sa liberté, ces penseurs sont comme frappés de cécité quant aux véritables conditions matérielles dans lesquelles peut effectivement s'exercer l'activité humaine.

On trouve bien chez Lherbette l'idée que la propriété exclusive, illimitée, est une violation de l'égalité entre les hommes puisque l'appropriation privative revient à priver les autres individus de « la matière du travail²⁵⁴¹ ». Mais il restreint cette réflexion à l'hypothèse de l'état de nature. Il considère que si ce droit exclusif n'a aucune place dans l'état de nature, il peut tout à fait être organisé légitimement par les conventions dans l'état social²⁵⁴². Pour Rey au contraire, le problème n'est pas de violer une chimérique égalité naturelle. Un droit de propriété illimité, faisant obstacle, pour une partie des membres de la société, à l'exercice de leurs facultés, est une violation de l'égalité devant la loi et de tous les principes sociaux. C'est l'expression du privilège et du monopole ainsi définis :

« Il y a monopole, il y a privilège toutes les fois que, *directement* ou *indirectement*, les institutions favorisent le bien-être de quelques-uns plus que celui des autres, et surtout quand elles rendent

2538 V. COUSIN, *Justice et Charité*, *op. cit.*, p. 41

2539 *Ibid.*, p. 42.

2540 R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, *op. cit.*, p. 7.

2541 A.-J. LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, *op. cit.*, p. 31-32.

2542 Et de fait, à la différence des juristes éclectiques, il n'a aucune prévention contre les diverses modalités selon lesquelles la propriété peut être organisée, puisqu'il la fait résulter, comme tout droit, d'une origine conventionnelle. « N'étant propriétaire des choses que par le fait des conventions, nous ne le sommes que conformément à ces conventions ; et par conséquent tous nos droits, tous nos devoirs relativement aux choses, sont réglés par les lois de la société dans laquelle nous nous trouvons. Ainsi, par exemple, si nous vivons dans un pays où il soit défendu de faire éprouver à ses biens tel ou tel changement, de les placer de telle ou telle manière, de les transmettre à telle ou telle personne, nous ne pourrions commettre aucune de ces actions sans violer les engagements sociaux et sans nous rendre coupables » (A.-J. LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, *op. cit.*, p. 97).

son acquisition impossible pour certains individus. Il n'y a *véritable égalité* de la *protection légale*, que lorsque toute personne est constamment aidée, soutenue dans l'emploi de ses facultés.²⁵⁴³ »

Autrement dit bien qu'il importe à la société de garantir le respect des propriétés, et principalement celles acquises par le travail, cela ne doit pas s'entendre comme un veto contre toute intervention étatique en faveur d'une redistribution, ou du moins d'une limitation de l'accumulation²⁵⁴⁴. Or, dans une société fortement inégalitaire, la protection juridique de la propriété privée peut, à bien des égards, apparaître comme un privilège. C'est à cet endroit que Rey introduit l'expression de « pieuse inégalité » afin d'affirmer la nécessité de ce qu'on nomme aujourd'hui des discriminations positives. Face aux inégalités, l'institution sociale ne doit pas une « *égale* assistance » à tous ses membres, mais doit au contraire agir en faveur de ceux qui en ont besoin²⁵⁴⁵.

L'acquisition par le travail se trouve ainsi limitée par la nécessité d'assurer à chacun le droit d'acquérir, la possibilité de travailler, de faire usage de ses facultés (moyens), c'est-à-dire par la reconnaissance d'un droit au travail. Ce droit apparaît finalement comme une des ramifications du droit à l'existence²⁵⁴⁶. En effet, on en revient, en dernière analyse, à la question de la conservation de l'individu, qui prime sur tous les autres principes sociaux. Il s'agit toujours de déterminer comment assurer au mieux la conservation des membres de la société, conformément à la nature sensible de l'homme et au principe du plus grand bonheur. De la même manière que le principe de nécessité oblige à reconnaître que l'individu est irresponsable de ses actes, mais que la recherche du plus grand bonheur de la société rend nécessaire la mise en place d'une politique criminelle passant en partie par la punition²⁵⁴⁷, le principe de l'appropriation par le travail est écarté lorsqu'on peut espérer parvenir à une plus grande quantité de bonheur par le recours à un artifice. Si le premier principe est une sorte de loi de nature conçue comme loi-rapport (un lien de cause à effet entre le producteur et sa production), la communauté des biens peut en revanche être pensée comme une loi naturelle, dans le sens où elle seule est en mesure d'accroître à son plus haut point la quantité de bien-être. Car c'est toujours, dans une perspective conséquentialiste, la quantité de bonheur et de jouissance qui doit déterminer l'organisation des institutions sociales. La conception déterministe de l'homme qui est celle de Rey n'est d'ailleurs pas étrangère à cette réduction du principe de l'acquisition par le travail.

2543 DBOS, t. 2, p. 394.

2544 Accumulation qui est rendue en grande partie possible par l'argent. C'est pourquoi REY écrit dans une *marginalia*, contre l'avis de TRACY, qu'introduire la monnaie dans une société, « [c]'est le loup qui rentre dans la bergerie » (BMG, X. 117, t. 2, p. 8).

2545 DBOS, t. 2, p. 394. Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II.

2546 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II, B.

2547 M. REGAD, *Attaquer le droit pénal par la philosophie*, *op. cit.*, p. 135-142.

Quoique le juriste admette les notions de mérite ou de démerite, elles demeurent bien limitées dans le cadre d'une philosophie déterministe : le mérite de l'individu qui exploite ingénieusement les ressources n'est pas l'unique mesure du droit.

Cette limite à l'acquisition par le travail constitue donc une limite à la liberté de la production. Rey y ajoute en outre une autre restriction résultant de l'interdiction de créer des objets nuisibles²⁵⁴⁸. Si l'on précise encore que la possibilité de tirer des fruits de sa propriété est fortement réduite par le principe de l'acquisition par le travail – puisqu'il signale l'illégitimité des revenus tirés des capitaux –, on se trouve face à un droit de propriété dont la physionomie est bien différente de celui que l'on connaît. Mais Rey ne s'arrête pas là. C'est encore à l'*abusus* qu'il s'attaque pour conclure que la propriété individuelle est d'abord un droit de jouissance que seule la communauté de biens est en mesure de garantir.

B/ UNE NOUVELLE PHYSIONOMIE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LE SYSTÈME DE LA COMMUNAUTÉ COOPÉRATIVE

Le droit de propriété tel que définit dans l'article 544 du Code civil est « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ». Les jurisconsultes distinguent communément trois attributs du droit de propriété : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Même si Rey n'attaque par explicitement la notion de *fructus*, sa critique de la propriété privée des terres et des capitaux revient bien à la mettre en doute. Quant à la notion d'*abusus*, notre auteur dénonce franchement le vice qui résulte de la reconnaissance d'un droit d'abus au profit du propriétaire (1). Partant, le droit de propriété se trouve alors limité à un simple droit de jouissance (2), et c'est pourquoi Rey considère que le système de la communauté coopérative est le plus à même de garantir effectivement ce droit pour tous les individus (3).

1. La dénonciation de l'abusus

Bien que certains, tels le tribun Grenier, considèrent que la restriction posée par l'article 544 du Code civil de ne pas faire un usage de sa propriété contraire aux lois et aux règlements est

2548 TPGD, p. 189-190.

une façon d'interdire l'abus de son droit²⁵⁴⁹, le juriste grenoblois ne l'interprète pas ainsi. C'est dans ses *Bases de l'ordre social*, pourtant parues sous l'empire de la loi du 9 septembre 1835 qui sanctionnait « toute attaque contre la propriété²⁵⁵⁰ », que Rey se livre à une critique de cet article. Il s'élève en effet contre le *jus abutendi*, contenu dans la formule pléonastique : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses *de la manière la plus absolue*²⁵⁵¹ ». Les rédacteurs du Code ont peut être eu quelques scrupules à consacrer la définition des jurisconsultes selon laquelle « la propriété est le droit d'user et d'abuser d'une chose »²⁵⁵², mais la « variante » adoptée « ne change en rien le fond de l'idée »²⁵⁵³. Certes, reconnaît Rey, il existe des restrictions au droit d'abuser contenues dans certains articles du Code ainsi que dans diverses lois et règlements, comme le précise d'ailleurs l'article 544. Mais il ne s'agit jamais que « d'empêcher le mal *immédiat* qu'on peut causer à son prochain », sans aucune considération pour le « mal *indirect* », « et sans rien prescrire pour le bien qu'on devrait être obligé de faire quand on a le bonheur de posséder au-delà de ses besoins »²⁵⁵⁴. Or, puisque la propriété constitue un moyen dont dispose l'individu, il va désormais de soi qu'elle comporte également des devoirs.

Joseph Rey ne songe donc pas seulement à faire reconnaître la notion d'abus de droit telle qu'elle sera consacrée par la jurisprudence. Ce n'est pas *l'intention* de nuire que vise Rey mais la nuisance elle-même, liée au mauvais usage qu'un propriétaire peut faire de son bien. Sauf cas de nécessité, le droit d'un individu ne peut jamais s'étendre jusqu'au point où son usage nuirait à ses semblables. Et il faut bien constater que le juriste adopte une conception particulièrement extensive de la nuisance. Conformément à la théorie reyienne du droit, *ne pas nuire* n'implique pas seulement une obligation négative et ne saurait par conséquent se limiter à un simple devoir d'abstention²⁵⁵⁵. Le seul fait de posséder au-delà de ses moyens constitue déjà une nuisance, dès lors que cela prive autrui de moyens d'existence. Mais outre la limite à l'acquisition, Joseph Rey s'intéresse ici au mauvais usage qu'un propriétaire peut faire de sa propriété, au droit qui lui est accordé d'en *abuser*, sans que la société ne puisse avoir de droit de regard. Il illustre alors sa critique par des exemples qui n'ont rien perdu de leur actualité et qui font écho aux propos de Toullier selon lesquels, bien que « l'abus des choses qui nous appartiennent ne soit jamais

2549 Jean GRENIER, cité dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, *op. cit.*, p. 158-159.

2550 *Loi sur les crimes, délits et contraventions de la presse et des autres moyens de publication* du 9 septembre 1835.

2551 C'est nous qui soulignons.

2552 Ou peut-être étaient-ils tout simplement embarrassés d'admettre un droit d'abuser tout en consacrant l'expropriation pour cause d'utilité publique, ou encore en posant des mesures d'interdiction à l'égard des « prodigues » ?

2553 *DBOS*, t. 2, p. 390.

2554 *Ibid.*, p. 391.

2555 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, III.

permis », le droit de propriété renferme, « en un mot », celui de « consumer » la chose²⁵⁵⁶. Rey écrit en effet :

« Ainsi je pourrai démolir ou incendier ma maison [...], tandis que des milliers d'individus manqueront d'abri ! Ainsi je pourrai laisser mes champs incultes, ou jeter à l'eau mon grain au milieu des horreurs d'une disette, sans qu'aucun pouvoir sur la terre puisse me contraindre à faire un autre usage de ma propriété !... J'ai le droit d'user et *d'abuser*, tel est l'oracle tout-puissant de la loi et de la morale sublime qui l'a inspirée.²⁵⁵⁷ »

L'auteur s'intéresse ici à l'idée d'une sorte de détournement du but de la propriété, qu'il juge incompatible avec le droit. Une telle définition du droit de propriété est encore contraire à la théorie reyenienne du droit en ce qu'elle fait l'impasse sur la corrélation des droits et des devoirs. Et ce, d'une double manière : illimité, le droit de propriété n'est assorti ni de devoirs négatifs, ni de devoirs positifs. Le juriste critique par ailleurs les déclarations de droits qui séparent l'énoncé des droits de celui des devoirs, car elles « n'ont pas l'efficacité d'empêcher l'extension légale des définitions égoïstes des droits individuels, surtout de la propriété, qu'on continue à définir comme le droit de jouir et disposer etc., sans réserve qui empêche d'en abuser ou de gêner la possibilité d'acquérir par autrui dans certains cas²⁵⁵⁸ ». Il convient donc d'assurer à chacun l'exercice de ce droit, de limiter le pouvoir du propriétaire, afin d'empêcher qu'il ne fasse un usage nuisible de son bien, mais encore de pouvoir le contraindre à en faire un usage utile (ne pas laisser ses champs incultes par exemple).

Ces restrictions et obligations à la charge du propriétaire sont loin d'être admises par le gros de la doctrine. Ainsi, lorsque Taulier commente l'article 544, il indique immédiatement que le propriétaire d'une chose peut « l'altérer, la dénaturer, l'abandonner et même la détruire²⁵⁵⁹ ». On comprend en effet que, dans le cadre d'une philosophie spiritualiste, l'expression de la volonté de l'individu prime sur le respect de la matière. Cela est doublement inadmissible au yeux de Rey, qui voit dans la formulation légale du contenu du droit de propriété,

« d'une part, oubli total de la morale active envers nos frères, et, de l'autre, incurie presque complète sur les mauvaises conséquences qui peuvent plus tard découler de nos actions, lorsqu'elles ne blessent pas à l'instant les droits d'autrui²⁵⁶⁰ ».

Le propriétaire ne peut prétendre à un pouvoir souverain sur son bien, contrairement à la conception dominante de la doctrine juridique qu'exprime par exemple Demolombe. En 1852, ce dernier poussera même jusqu'à qualifier le pouvoir du propriétaire sur sa chose de « despotisme complet » pour refuser toute idée d'abus de droit²⁵⁶¹. Dans la logique qui est celle de

2556 C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 3, *op. cit.*, p. 57.

2557 DBOs, t. 2, p. 391-392.

2558 BMG, T. 3980, liasse n° 5.

2559 F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 203.

2560 DBOs, t. 2, p. 391.

2561 J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, *op. cit.*, p. 219.

Victor Cousin, Taulier considère que la propriété est l'émanation de la personnalité, de la volonté, de la liberté. « Porter atteinte au droit du possesseur sur l'objet possédé, c'est violer le droit du possesseur sur lui-même, c'est-à-dire sa liberté individuelle²⁵⁶² ». Au nom d'une certaine idée de la volonté et du respect de la liberté individuelle, les juristes font donc obstacle à la réflexion sur l'usage socialement néfaste qui peut être fait de la propriété privée. Étudiant la définition donnée à la propriété par Robespierre²⁵⁶³, Troplong y voit une manière de légitimer l'impôt progressif et le droit au travail, et d'« assigner des bornes à l'acquisition des terres et des capitaux », mesures auxquelles il s'oppose parce qu'elles lui semblent témoigner d'une sorte d'omnipotence de l'État²⁵⁶⁴. Le juriste éclectique a en effet bien cerné les implications d'une définition limitée du droit de propriété. Il en profite ainsi pour agiter l'épouvantail de la perte de liberté afin de s'opposer à tout système à vocation égalitaire : la liberté sera « toujours un obstacle infranchissable pour l'égalité des biens²⁵⁶⁵ ».

En 1815, dans son *Projet de Constitution*, Rey justifiait en effet la progressivité de l'impôt foncier qu'il appelait de ses vœux par certains arguments qui ont quelque analogie avec son refus de l'abus du droit de propriété. En incitant à « vendre toute portion de terre qui ne pourra supporter l'impôt », une telle mesure tendrait à égaliser les propriétés territoriales, tout en favorisant la « culture des terres »²⁵⁶⁶. Avec une telle disposition, il deviendrait alors préférable de « ne posséder qu'une petite quantité de terrain bien cultivée, et toute l'industrie et les capitaux des propriétaires tendr[ai]ent à l'amélioration de ce qui lui reste²⁵⁶⁷ ». Un tel impôt devrait donc rendre plus circonspects les propriétaires fonciers dans l'usage qu'ils font de leurs biens et augmenter le nombre de propriétaires. Ceux qui revendiquent l'instauration de la progressivité de l'impôt, foncier ou non, visent en effet, par cette mesure, à une certaine égalisation des conditions²⁵⁶⁸. Et c'est précisément pour cette raison, c'est-à-dire parce que l'impôt progressif n'est pas favorable à une grande accumulation de biens, qu'il suscite également l'opposition des élites économiques. Ainsi, envisageant la progressivité en général, Rossi s'y oppose parce qu'il considère que « le progrès social » dépend de l'« augmentation de la richesse matérielle », laquelle n'est possible que grâce à « l'accumulation des capitaux » entre quelques mains²⁵⁶⁹.

2562 F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 205.

2563 « La propriété est le droit qu'a chaque citoyen de jouir de la portion de bien qui lui est garantie par la loi » (M. DE ROBESPIERRE, *Œuvres*, t. 3, Paris, 1840, p. 353).

2564 R.-T. TROPLONG, *De la propriété d'après le Code civil*, *op. cit.*, p. 118-119.

2565 *Ibid.*, p. 59 ; voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, III.

2566 PCMF, f. 98.

2567 *Ibid.*, f. 98.

2568 Ainsi par exemple du républicain Jean François DUPONT (*Revue républicaine*, t. 1, *op. cit.*, p. 48).

2569 ROSSI va même jusqu'à considérer que l'impôt qui frappe « le revenu d'accumulation » est toujours nuisible. Il admet cependant la progressivité pour quelques cas, tels que les loyers des appartements, les successions ou encore les patentes (*Cours de droit constitutionnel*, t. 1, *op. cit.*, p. 367-374).

En s'opposant à l'appropriation privative des terres et des capitaux (et donc au *fructus*), et en dénonçant les effets pervers de l'*abusus* reconnu au propriétaire par le droit civil, Rey ne laisse par conséquent intact qu'un seul des caractères du droit de propriété : le droit de jouissance, l'*usus*.

2. Le droit de propriété comme droit de jouissance

Contrairement à ce qu'indique l'article 543 du Code civil de 1804, dont la rédaction signale la différence entre le « droit de propriété » et le « simple droit de jouissance », il faut en effet comprendre que Rey cherche à assimiler les deux notions, ou, plus précisément, à réduire le droit de propriété à un droit de jouissance. C'est d'ailleurs ce que confirme l'étude de certains documents manuscrits de l'auteur. Il indique par exemple sur un papier « Notion fondamentale de la propriété (simple usage et pas autre chose)²⁵⁷⁰ » et renvoie à quelques passages du journal fouriériste *La Démocratie Pacifique* du 23 janvier 1845, où il est notamment écrit que « l'usage est ici-bas notre seul titre de propriété²⁵⁷¹ ». Dans ces mêmes papiers, Rey précise également que le droit de propriété « ne peut être que la faculté d'approprier à nos besoins les moyens d'existence et de bonheur²⁵⁷² ». Le véritable droit de propriété serait donc un droit d'usage, un droit de jouissance – opinion tout à fait rejetée par la doctrine juridique, qui n'y voit qu'une réduction du droit de propriété « à un état précaire²⁵⁷³ ». C'est pourquoi Rey considère que le système de la communauté est le meilleur moyen de garantir le droit de propriété ainsi entendu. C'est ce que l'on trouve exprimé à divers endroits, de façon plus ou moins explicite dans ses publications et plus nettement dans ses manuscrits. Il faut en effet préciser que le juriste ne fait jamais qu'en suggérer l'idée dans ses traités juridiques (les *Bases de l'ordre social* mises à part). Dans ses *Lettres* sur le système de Robert Owen, il précise alors les principes de la communauté coopérative et les contours de la propriété.

Rey commence par résumer le projet coopératif de Owen tel qu'il le comprend (*Première lettre*), présente les diverses tentatives historiques analogues (*Deuxième lettre*) et anticipe les objections et y répond (*Troisième lettre*). Si Henri Desroches peut écrire que Owen « n'a que faire des coopératives²⁵⁷⁴ », il faut préciser que Rey entend avant tout par *coopération* un système « dans

2570 BMG, T. 3980, liasse n° 2.

2571 *Démocratie pacifique*, 23 janvier 1845.

2572 BMG, T. 3980, liasse n° 2.

2573 C'est ce qu'écrit TROPLONG lorsqu'il commente la définition de la propriété proposée par ROBESPIERRE, dans laquelle il ne reconnaît qu'un « droit de jouir » (*De la propriété d'après le Code civil, op. cit.*, p. 115-116).

2574 H. DESROCHE, *Le projet coopératif, op. cit.*, p. 48.

lequel il y aurait un concert perpétuel de tous les associés vers un seul et même but, l'accroissement du bonheur de tous²⁵⁷⁵ ». Ainsi présentée, la coopération est la réalisation parfaite des fins de la société, le véritable ordre social en somme. Joseph Rey est convaincu que l'ensemble des membres de la société aurait beaucoup à gagner en introduisant ce système économique. Plus précisément, le juriste considère que la communauté est la seule manière de garantir effectivement le droit de propriété pour chacun des membres de la société. Il s'agit d'abord d'une « COMMUNAUTÉ de *coopération* dans la création des produits²⁵⁷⁶ » : c'est le principe du travail en commun, sur la base du volontariat et en mettant en œuvre toutes les ressources disponibles pour le rendre *attrayant*. À ceci doit s'adjoindre une communauté dans la propriété de tous les biens qui ne sont pas destinés « à la *consommation immédiate*²⁵⁷⁷ » : les terres, les habitats, les instruments de production et matières premières... Les biens de consommation seront conservés dans un « magasin COMMUN » avant d'être appropriés aux besoins des individus²⁵⁷⁸. Quant au reste des biens (mobiliers et immobiliers) nécessaires à la vie quotidienne, « *l'usage* seul deviendra propriété particulière²⁵⁷⁹ ». Il y aura ainsi « *communauté* de jouissance des produits, basée sur *l'égalité*²⁵⁸⁰ ». Dans ce système, la propriété ne consiste donc pas en un lien juridique théorique entre un individu et un bien qui impliquerait, par exemple, un droit de suite. C'est par l'usage ou la jouissance seulement qu'un bien peut faire l'objet d'une appropriation individuelle.

Mais alors que reste-t-il du principe de l'appropriation par le travail si chacun puise également selon ses besoins dans la masse commune, indépendamment de sa contribution ? Et qu'en est-il la seconde loi constitutive de la société selon laquelle les avantages doivent être distribués en proportion des moyens amenés²⁵⁸¹ ? Comme pour n'importe quel autre principe, on remarque qu'il cède face à celui d'utilité sociale : le plus grand bonheur de tous les individus doit toujours primer, et seules la communauté et l'égalité sociale peuvent rendre les hommes véritablement et durablement heureux. Il faut encore se rappeler que Rey émet de forts doutes quant à la possibilité d'estimer qu'une production puisse être considérée comme le fruit du travail exclusif d'un seul individu. Or, les difficultés pour déterminer la part de chacun jouent en faveur du principe de la communauté des biens. Qui plus est, Joseph Rey juge que les mécanismes de la communauté coopérative sont les seuls aptes à permettre l'exercice par chacun du droit de

2575 *LSCM*, p. 32-33.

2576 *Ibid.*, p. 36.

2577 *Ibid.*, p. 36.

2578 *Ibid.*, p. 37.

2579 *Ibid.*, p. 37.

2580 *Ibid.*, p. 33.

2581 REY écrivait en effet en 1819 : « qu'on répartisse les avantages sans observer la proportion des moyens apportés par chacun, et tout est plongé dans l'arbitraire et le désordre ; le fait vient se mettre à la place du droit et gouverne tout avec sa verge de fer » (*Preliminaires*, p. 26).

propriété ainsi redessiné.

3. Les garanties apportées par le système de la communauté coopérative

C'est dans les sources manuscrites de Joseph Rey que se révèle le plus nettement son opinion d'après laquelle le système de la propriété privée tel qu'il existe n'est pas en mesure de garantir effectivement ce droit. Dans l'un d'eux, il trace une sorte de programme de rédaction pour un futur ouvrage, l'*Histoire critique des tentatives d'amélioration sociale depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours*. Indiquant « socialisme » en marge du document dont il est question, on comprend que Rey entend ainsi défendre la communauté lorsqu'il écrit :

« Faire voir que c'est dans l'état actuel de la société que le droit de propriété est aboli, ou affreusement détérioré pour le plus grand nombre des individus, qui n'ont pas même le droit d'appliquer leurs facultés à la satisfaction de leurs premiers besoins, trouvant partout la terre en interdit, et, souvent, jusqu'à la moindre place au soleil, outre qu'on leur enlève [impitoyablement] une partie de ce qu'ils peuvent, avec tant de peine, glaner ça et là. Ajoutez que les riches et les puissants eux-mêmes éprouvent la plus grande insécurité pour leurs moyens de richesse ou de bonheur, et qu'ainsi le droit de propriété, qui ne peut être que la faculté d'approprier à nos besoins les moyens d'existence et de bonheur, est également très peu assuré pour cette classe dans cet état social, qu'elle défend avec tant d'aveugle opiniâtreté.²⁵⁸² »

Dans tout ce que le juriste a publié, il n'est jamais affirmé aussi expressément que le système de la propriété privée tel qu'il existe en est une négation ou une perversion. Bien qu'il parle parfois du « faux état de la propriété²⁵⁸³ », il se limite généralement à suggérer qu'il n'est pas conforme à l'harmonie et à l'utilité sociale. Joseph Rey comptait cependant faire paraître ses *Mémoires sur la Restauration* dans lesquels un passage s'attache à prouver que la communauté est la meilleure garantie du droit de propriété. C'est peu dire qu'il prend alors le contre-pied de l'opinion dominante. Pour les rédacteurs du *Globe* par exemple, « la plus efficace machine de popularisation de l'éclectisme comme doctrine²⁵⁸⁴ » avant de devenir saint-simonien, les projets de Owen et de Rey sont une négation totale de la propriété. La recension proposée par ce journal des *Lettres* du juriste attaque directement par ces mots : « Figurez-vous une société où le droit de propriété n'existe plus²⁵⁸⁵ ». C'est sans doute pourquoi Rey entend rétablir, dans ses *Mémoires*, ce qu'il considère être la véritable acception du droit de propriété. Dans ce texte, il juge d'ailleurs « remarquable²⁵⁸⁶ » que la question de la communauté n'ait pas été soulevée dès les début de la

2582 BMG, T. 3980, liasse n° 2.

2583 LSCM, p. 30.

2584 P. VERMEREN, « Les têtes rondes du Globe et la nouvelle philosophie de Paris. (Jouffroy et Damiron) », *Romantisme*, n° 88, 1995, p. 26.

2585 *Le Globe, recueil philosophique et littéraire*, t. 4, n° 58 (14 mai 1828), p. 402.

2586 MSR, t. 2, p. 173.

Révolution de 1789 par des hommes qui, tels Robespierre, étaient baignés de Rousseau et de Morellet. Mais c'est pour attribuer ensuite cette prétention à l'ignorance, légitime pour l'époque, des effets de la concurrence²⁵⁸⁷.

Il n'en est cependant plus de même lorsque Rey écrit, et c'est pourquoi il lui importe de poser une définition non chimérique du droit de propriété. Il demande ainsi :

« Comment un objet mobilier ou immobilier nous devient-il propre ? Ou, en d'autres termes, quand pouvons-nous dire que nous avons l'entière faculté de nous approprier le bénéfice de sa possession ? Ce n'est certainement que lorsque nous avons la certitude d'employer son usage à nos besoins. Que serait, en effet, la possession d'une chose dont nous ne pourrions disposer pour cette satisfaction ? Rien, absolument rien.²⁵⁸⁸ »

Une telle réponse est en effet conséquente avec sa théorie du droit, qui pourrait se résumer entièrement dans la nécessité de satisfaire à nos besoins (nécessité qui crée le droit). Dans son argumentaire en faveur de la communauté, Joseph Rey ne s'intéresse donc plus à l'origine du droit de propriété, à sa création dans un acte de travail, mais à sa jouissance. Il faut encore préciser que le juriste imagine qu'un tel système serait en mesure d'inciter tous les individus à participer aux charges communes, de sorte qu'il n'y a pas non plus annihilation complète du rapport travail/propriété²⁵⁸⁹, comme le suggère la critique du *Globe*. Mais le but qu'il convient de viser, en organisant les droits de propriété, est de permettre à chacun d'approprier certains biens afin d'assurer la satisfaction de ses besoins. Or, si l'on envisage les deux systèmes, individualiste et communiste, sous cet angle, force est de reconnaître, selon Rey, la supériorité de la communauté. En effet, le droit de propriété pensé comme droit d'usage ou de jouissance paraît directement impliquer la communauté. Il explique ainsi que dans la communauté,

« nul membre de la société n'aurait le droit, il est vrai, de disposer à son gré du fond des objets

2587 *Ibid.*, p. 173.

2588 *Ibid.*, p. 78.

2589 « [C]omment supposer que des hommes, assurés de jouir avec usure des résultats du travail commun, que des hommes sobres et sains de corps et d'esprit, puissent ne pas aimer le travail et ne pas s'empresse d'apporter leur tribut d'efforts pour le bien commun ? Pour moi, je pense qu'un état d'inaction, au milieu d'une communauté laborieuse et bien réglée, serait la chose du monde la plus pénible, et que s'il existait des individus disposés habituellement à un tel état, il faudrait les considérer comme des êtres malades ou malheureusement organisés, qu'on devrait plaindre et dédommager par mille soins d'une aussi grande infortune » (*LSCM*, p. 137-138). Néanmoins, il n'ignore pas les préjugés que les classes riches peuvent entretenir à l'encontre du travail, ainsi que les conséquences néfastes de l'oisiveté des opulents. Certes moins virulent qu'un SAINT-JUST par exemple, il affirme ainsi, dans une *marginalia*, que la société a « le droit et le devoir » de « forcer tout le monde au travail ». Il tempère toutefois en demandant : « Mais si l'on avait le bonheur de trouver une combinaison dans laquelle chacun serait porté volontairement au travail, cela ne vaudrait-il pas mieux que d'être obligé de recourir pour cela à la contrainte ? Or, c'est ce que prétendent avoir trouvé Owen et Fourier, mais surtout ce dernier, et je suis au fond de leur avis, sauf toutefois le soutien de l'expérience » (BMG, E. 26985, p. 498). Acquis aux idées de Robert OWEN sur ce point, REY revient donc sur ses pas pour signaler son optimisme quant à l'organisation du travail. Sur SAINT-JUST et la position des Jacobins concernant le travail, l'oisiveté et les rapports entre le niveau de richesse et la moralité, voir J. BOUDON, *Les Jacobins*, *op. cit.*, p. 86-91.

susceptibles de donner des produits utiles ; mais les arrangements sociaux seraient tels que chacun d'eux aurait la paisible jouissance de toute la portion de ces produits qui lui serait nécessaire. Dans le second mode [individualiste/concurrentiel], au contraire, quelques individus auraient, à la vérité, l'étrange privilège de faire tout ce qu'ils voudraient d'une certaine portion du fond commun, pourraient la mal administrer, la détruire même, enfin en user et abuser selon leur bon plaisir, comme disent avec admiration les jurisconsultes ; mais ils se trouveraient par cela même dans un état d'insécurité constante pour la jouissance des produits, en même temps que la part du capital pourrait leur échapper à chaque instant. Mais tout ceci étant posé, est-il possible de ne pas voir que, dans le premier cas seulement, se trouverait garantie véritablement la faculté d'appropriation à tous les possesseurs de l'usage utile du bien quelconque dont il s'agit, par conséquent le véritable droit de propriété, lequel n'est plus qu'une chimère s'il est séparé de la faculté d'en appliquer les avantages à la satisfaction de nos besoins. Et peut-on également se refuser à conclure, sans invoquer même les considérations d'équité dans la possession des biens de ce monde, que l'usage de ces biens étant le seul objet qui nous importe réellement, avec la sécurité complète dans cet usage, là réside seulement le véritable droit de propriété, quels que puissent être les notions fantastiques dont on nous a imbus jusqu'à présent à cet égard ?²⁵⁹⁰ »

La conclusion est sans appel : seule la communauté pourrait garantir l'exercice effectif du droit de propriété par chacun des membres de l'association²⁵⁹¹.

L'abus a disparu, les fruits sont communs et l'usage seul, la jouissance seule forme le fond de la propriété. Bien qu'apprécié du point de vue individuel, un tel système puisse sembler s'écarter des principes, de celui de l'acquisition par le travail notamment, il retrouve une justification imparable dès lors qu'on apprécie la question à l'échelle sociale. Et le problème réside justement en ce que la distribution de la propriété s'est faite dans un « esprit D'INDIVIDUALITÉ *exclusive*, qui nous fait rechercher notre bonheur indépendamment, et trop souvent en dépit de celui des autres²⁵⁹² ». Adolphe Gondinet, qui rend compte de la publication des *Lettres* dans la *Revue encyclopédique* ne s'en défend pas. Il avance au contraire que c'est là une « disposition si naturelle chez l'homme²⁵⁹³ ». C'est également une opinion que paraît assumer l'auteur de l'article du *Globe* que nous avons mentionné. Ce dernier, qui est probablement Tanneguy Duchâtel²⁵⁹⁴, explique que Dieu a créé l'homme avec un « double caractère » : il est d'une part un individu « doué de personnalité » et, d'autre part, un être social²⁵⁹⁵. Le droit de

2590 MSR, t. 2, p. 78-79.

2591 Et REY d'écrire, dans un autre brouillon : « [il] y a beaucoup de mal entendu sur tout ce qu'on oppose aux partisans de la communauté ; ils ne méconnaissent pas le droit privatif de propriété, ils l'assurent au contraire, mais font en sorte qu'il ne soit pas exercé d'une manière injuste. Il y a appropriation à chaque individu de tout ce qui lui est nécessaire physiquement, moralement, et intellectuellement. Que lui faut-il de plus ? La communauté ne porte que sur les fonds sociaux, qui doivent appartenir à la masse, sans quoi il y aurait toujours abus de la part de celui qui aurait une part plus considérable qu'il ne lui faut... » (BMG, T. 3980, liasse n° 2).

2592 LSCM, p. 32.

2593 *Revue encyclopédique*, t. 40, *op. cit.*, p. 187.

2594 M. DROLET et L. FROBERT, « Kindness as the foundation to community », *art. cit.*, p. 134.

2595 Il est aussi question de la distinction entre « l'amour de soi et la sympathie » (*Le Globe, recueil philosophique et littéraire*, t. 4, n°58, p. 403). Comme le note Julien GEORGES, la réprobation de l'égoïsme par les spiritualistes disparaît tout à fait lorsqu'il est question de défendre la propriété privée (*Les passions politiques de la doctrine juridique, op. cit.*, p. 129).

propriété est alors présenté comme « le résultat de la personnalité humaine mise en rapport avec les objets de nos désirs²⁵⁹⁶ ». C'est encore dans la philosophie éclectique que le rédacteur puise pour considérer que la communauté est la négation de l'individualité. Pour mettre en place la communauté, il n'est que deux options selon lui : « il faut ou enlever à l'homme son caractère de personne, ou faire que toutes choses nous soient données dans une abondance infinie²⁵⁹⁷ », l'une et l'autre lui apparaissant aussi invraisemblables. Mais la proposition de Rey se situe en fait au croisement des deux voies ici tracées. En présentant l'individu comme un être sociable ayant des besoins affectifs, dont les *dispositions sympathiques constituent aussi des intérêts individuels*²⁵⁹⁸, Rey pense que la communauté n'est nullement une négation de l'individualité de l'homme mais satisfait au contraire sa nature même. Par ailleurs, la coopération dans l'acte de production doit amener une impressionnante abondance de biens, de sorte que les deux conditions alternatives posées par l'auteur de la recension se trouveraient réunies. Mais si l'auteur est bien Tanneguy Duchâtel, on peut aussi comprendre son incrédulité face à un tel système en précisant qu'il s'est fait le défenseur du malthusianisme²⁵⁹⁹. En 1852, Demolombe condamnera encore plus fermement cet « hideux communisme, c'est-à-dire la dégradation la plus profonde de l'humanité désormais réduite à l'état de troupeau », une fois de plus taxé d'anéantir « la liberté » et « la personnalité humaine tout entière »²⁶⁰⁰.

La communauté pour garantir la propriété, voilà encore une proposition de Rey qui n'était pas destinée à obtenir un accueil favorable des juristes²⁶⁰¹ ni de la plupart de ses contemporains. Rey ne s'y trompe pas lorsqu'il remarque que les adversaires de la communauté craignent « que ce régime [asservisse] complètement le libre arbitre de chaque individu²⁶⁰² ». Même Pierre-Joseph Proudhon s'y oppose car « [l]a communauté repousse l'indépendance²⁶⁰³ ». Le socialisme a répandu des « doctrines dangereuses » sur la propriété, considère encore un ancien magistrat en 1842, dangereuses car elles conduisent à détruire les fondements de l'ordre

2596 *Le Globe, recueil philosophique et littéraire*, t. 4, n°58, p. 403.

2597 *Ibid.*, p. 403.

2598 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, II, B.

2599 Dans son *Traité de la charité dans ses rapports avec l'économie sociale* publié en 1829 (Adolphe ROBERT et Gaston COUGNY (dir.), *Dictionnaire des parlementaires français*, t. 2, Paris, Bourlotin, 1890, p. 439).

2600 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, Paris, Auguste Durand, 1852, p. 476

2601 On trouve bien Etienne CABET, en faveur de la communauté de biens, mais il est bien difficile de le considérer comme un véritable juriste. Quoiqu'il ait suivi des études juridiques, fut avocat un temps et même procureur général en Corse en 1830-1831, son œuvre est essentiellement politique (Cyrille FERRATON, « Etienne Cabet », in Marie CORNU, Fabienne ORSI et Judith ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, P.U.F., 2017, p. 157-160).

2602 *MSR*, t. 2, p. 200.

2603 PROUDHON, cité par Pierre CRÉTOIS, « Proudhon (Pierre-Joseph) », *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 1012.

social²⁶⁰⁴. On trouve bien, chez Joseph-Auguste Rey, une volonté de repenser l'organisation de la propriété, mais la communauté assortie de l'égalité de jouissance reste chez lui cantonnée au domaine des utopies²⁶⁰⁵. Elle connaissait en revanche un relatif écho dans les milieux ouvriers et notamment à la veille de 1848. Julien George remarque ainsi que la communauté de biens est parfois présentée comme la seule façon de garantir la propriété *individuelle*, « c'est-à-dire la possibilité pour n'importe qui d'avoir accès à la vie matérielle, à une part plus ou moins égale de jouissances²⁶⁰⁶ ». Dans cette optique, il faudrait donc supprimer la propriété *privée*, c'est-à-dire celle « qui prive de l'accès à la vie matérielle un grand nombre de gens²⁶⁰⁷ ».

2604 Albert DU BOYS, « Théorie raisonnée du Code civil, Par M. Frédéric Taulier », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 16, Paris, Bureau de rédaction, 1842, p. 365.

2605 J.-A. REY, *Théorie et pratique de la science sociale*, *op. cit.*

2606 J. GEORGE, *Les passions politiques de la doctrine juridique*, *op. cit.*, p. 150.

2607 *Ibid.*, p. 150.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Arrivé à ce stade de notre étude, la singularité de Joseph Rey devient de plus en plus sensible. Si le socle fondamental de la divergence de vues entre Rey et l'ensemble de la doctrine juridique, alors marquée par son adhésion au spiritualisme, se trouve bien dans les principes philosophiques, les conséquences juridiques et politiques qui en résultent ne font qu'agrandir le fossé qui les sépare. Insister sur la nature spirituelle de l'homme, sur sa volonté, sa personnalité et sa liberté force nécessairement à adopter un point de vue plus individualiste que si l'on envisage l'homme comme un être déterminé par le jeu de ses sensations physiques et n'ayant d'existence propre que dans le cadre de ses relations sociales. En proposant une toute autre anthropologie que celle fondée sur le libre-arbitre et la raison humaine, Rey attaque les fondements même de l'ordre juridique. Par conséquent, il ne pouvait que s'écarter des sentiers battus et rebattus par les philosophes et les jurisconsultes depuis des siècles. Même s'il cherche parfois à s'exprimer en mobilisant un vocabulaire partagé avec ses adversaires spiritualistes, le propos de Joseph Rey ne pouvait parvenir à se faire entendre. Il faut dire que ses lecteurs, surtout ceux qui proposent des recensions de ses ouvrages, ne sont pas très enclins à faire un quelconque effort de compréhension. Leurs préventions à l'encontre de tout ce qui se rattache de près ou de loin à une forme de matérialisme fait obstacle à toute véritable analyse de sa théorie du droit, quand elles ne les entraînent pas à verser dans une complète caricature.

Pourtant, la science juridique aurait pu tirer des fruits intéressants de la théorie reyienne du droit. En mettant en avant la dimension et la fonction sociales du droit, Joseph Rey prévient d'emblée toutes les discussions et polémiques relatives aux prétendus droits subjectifs et aux droits de l'homme en particulier. Il développe en effet une théorie du droit qui doit être en mesure de répondre aux nécessités de la vie sociale, en déterminant le meilleur agencement possible des diverses relations entre les individus. La question de la répartition des moyens de bonheur est donc la question essentielle à laquelle doit s'atteler toute théorie juridique. Sans retomber intégralement la logique objectivante de la conception ancienne du droit, telle que la présente Michel Villey, on trouve néanmoins au cœur de la théorie reyienne l'idée que celui-ci est d'abord le résultat d'un partage. Villey écrit en effet que, dans le « langage juridique classique », c'est « dans les choses et le partage fait dans les choses que se manifeste le rapport juridique *entre* les personnes »²⁶⁰⁸ – étant entendu que le terme de « choses » ne renvoie pas qu'aux objets matériels mais également aux choses incorporelles, telles qu'un statut particulier ou un usage. Si, à la différence de cette conception ancienne, Rey n'a pas uniquement « les yeux tournés vers les

2608 Michel VILLEY, cité par V. DESCOMBES, *Le complément du sujet*, *op. cit.*, p. 420.

choses²⁶⁰⁹ », puisqu'elles ne l'intéressent que dans la mesure où elles sont utiles à l'homme, c'est bien à effectuer un juste partage de celles-ci que doit s'atteler, selon lui, la science juridique.

En dernière analyse, les conditions du droit doivent donc toujours se rapporter à la question de la satisfaction des besoins humains. Ces besoins sont de toutes sortes, certes. Mais Rey s'intéresse presque exclusivement aux besoins matériels, qui sont les plus essentiels. Or, cela ne saurait se faire convenablement en adoptant la logique des droits subjectifs, absolus, conçus comme des propriétés dont les titulaires pourraient faire un usage quelconque. Il n'est donc pas question de déduire une liste de droits qui seraient intrinsèquement attachés à l'homme en raison même de son statut d'Homme. Bien que Rey parte d'une sorte de *ius in omnia* lorsqu'il envisage le droit à partir de l'individu, il refuse de transposer simplement ce modèle dans le cadre social. Si le corps de l'homme, conçu comme individu, est bien régi par des lois particulières, la société doit également être conçue comme un organisme ou un microcosme dont le bon ordre et l'harmonie ont aussi leurs propres lois. C'est en connaissant ces deux types de lois qu'il devient alors possible de penser les conditions d'un droit véritablement naturel et social tout à la fois. Le droit résulte de la conformité à des lois qui définissent un ordre harmonieux, une juste répartition des moyens de bonheur, une juste proportion. Il ne saurait donc être conçu ni exclusivement à partir de l'individu, ni exclusivement à partir de la société ; là aussi, l'équilibre, la proportion entre l'individuel et le collectif est de mise. Ainsi, de la corrélation des droits et des devoirs dans l'individu, Rey peut passer à l'application de cette logique à l'échelle sociale, pour reconnaître le devoir des plus forts d'assurer la satisfaction des besoins des plus faibles, *a minima* de les assister. Reconnaître les individus comme titulaires de droits ne saurait par ailleurs suffire à un juriste matérialiste ; il lui faut encore réfléchir aux moyens de les exercer effectivement. Et cela passe notamment par la mise en œuvre d'une forme de solidarité entre les individus. Le philosophe Clément Rosset, en se référant aux expressions anglaises *can* et *may*, et allemandes *können* et *mögen*, propose une réflexion intéressante sur « la différence qui distingue le pouvoir, en tant que puissance d'agir au sens spinoziste, du pouvoir en tant que résultant d'une autorisation, de la levée d'une interdiction²⁶¹⁰ ». « La liberté d'agir », affirme-t-il, « est certes une chose excellente [...] mais elle n'engendre, à elle seule, aucune puissance d'agir²⁶¹¹ ». André-Jean Arnaud remarque quant à lui, chez les premiers commentateurs du Code civil, une distinction entre « la capacité juridique, au niveau de laquelle les droits subjectifs n'ont de valeur que virtuelle » et « la possibilité matérielle d'accomplissement des actes rendus réalisables par l'obtention de cette capacité »²⁶¹². Or, c'est à penser les conditions d'une réelle *puissance d'agir* que s'attelle Joseph Rey

2609 *Ibid.*, p. 420.

2610 Clément ROSSET, *Le philosophe et les sortilèges*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1985, p. 13.

2611 *Ibid.*, p. 13.

2612 A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, *op. cit.*, p. 46.

lorsqu'il entreprend par exemple de réfléchir à l'organisation du droit de propriété.

Cela fait par ailleurs comprendre qu'il n'y a nul fatalisme dans le regard que Rey porte sur le monde. Malgré le déterminisme qui pèse sur les hommes et qui s'exprime ici en termes de lois de la nature, c'est à eux qu'il revient d'organiser la vie sociale par l'élaboration et l'adoption de lois aptes à augmenter leur quantité de bien-être, c'est-à-dire de lois naturelles. Ainsi, nonobstant le recours au champ lexical de la nature, le pouvoir de décision et de créations des hommes sort grandi. Loin de verser dans un fatalisme souvent associé aux philosophies déterministes, Joseph Rey offre au contraire aux hommes, par le biais de la législation, une large marge d'action politique. Bien qu'il présente le travail législatif comme devant être une simple consécration de principes scientifiques, il ne fait nullement l'impasse sur la prise en compte de la volonté. La science morale fait en effet savoir que la volonté humaine est toujours dirigée vers la recherche des plaisirs, et cette quête de bien-être mérite donc d'être respectée. C'est pourquoi il convient de s'en remettre aux choix des hommes dans l'élaboration de leur législation. Et c'est également parce que cette volonté est déterminée dans un sens précis que Rey peut poser un ensemble de principes valables pour tous les individus et tous les groupes humains, dont seule la mise en œuvre dépendra des circonstances. Telle est la manière de comprendre le volontarisme dans le cadre d'une philosophie déterministe. Aussi l'œuvre du législateur est-elle de la plus haute importance, car il lui revient de déterminer les agencements sociaux les plus aptes à satisfaire les volontés des citoyens, c'est-à-dire de trouver les moyens de susciter l'adhésion aux lois adoptées.

CHAPITRE 2. LES PRINCIPES DE LA LÉGISLATION : UNE RECHERCHE DE PERFECTION LÉGISLATIVE DANS UNE PERSPECTIVE DÉMOCRATIQUE

Lorsque Rey rédige ses *Préliminaires du droit*, son objectif est d'élaborer « une théorie de la législation générale, mise en rapport avec la morale et les autres sciences qui ont pour objet la connaissance de l'homme intellectuel²⁶¹³ ». Premier acte de cette entreprise, ses *Préliminaires* sont d'ailleurs sous-titrés *Introduction à un traité de législation générale*. Celle-ci se poursuit par la rédaction des *Leçons*, publiées l'année suivante dans le *Journal général de législation et de jurisprudence*. Puis il faut attendre 1828 pour que paraisse le *Traité des principes généraux du droit et de la législation*, dans lequel sa théorie du droit et de la législation trouve alors sa formulation définitive. Pourtant, dix années plus tard, Rey considère qu'il n'en a pas fini avec cette thématique. Il estime en effet qu'il a brûlé les étapes et n'a pas suffisamment réfléchi aux prolégomènes de toutes les sciences sociales. Aussi remet-il l'ouvrage sur le métier pour offrir au public ses *Bases de l'ordre social*, conçues ultérieurement comme les « Fondements du droit et de la législation²⁶¹⁴ ». Physiologie, Idéologie, morale et économie devraient nécessairement, selon lui, précéder toute l'activité législative. Le juriste regrette en effet que les hommes aient « fait du prétendu droit et de la législation arbitraire avant d'avoir déduit les principes sociaux de la connaissance exacte de l'homme et des véritables conditions de sa nature²⁶¹⁵ ». C'est pourquoi, dans ses différents ouvrages de théorie juridique, le thème de la législation n'intervient qu'après de longs développements sur les facultés intellectuelles et morales des êtres humains, les principes sociaux et les conséquences que cela implique quant à la définition du droit. La loi se voit alors chargée d'un double objectif : consacrer ce que les hommes ont reconnu être le droit (c'est-à-dire ce qui est en mesure d'assurer la satisfaction de leurs besoins et d'accroître leur bien-être) et, pour assurer son effectivité, trouver les moyens « de bien diriger les pensées, les sentiments et les actions de l'homme²⁶¹⁶ ». On retrouve ici la tension féconde entre une forme de volontarisme démocratique (la loi expression de la volonté générale) et une approche plus idéalisée de l'œuvre législative. François Ost remarque également une telle tension chez Jeremy Bentham, entre une approche *démocratique* et une approche *technocratique* du législateur. Il se demande en effet si le législateur, chez Bentham, doit « s'entendre d'un personnage unique – modèle du despote éclairé cher au XVIII^e siècle –, ou du

2613 *Préliminaires*, p. 7.

2614 BMG, X. 98

2615 TPGD, p. 12.

2616 *Ibid.*, p. 21.

peuple tout entier – modèle démocratique propre au XIX^e siècle²⁶¹⁷ ». Tout en affirmant une origine démocratique de la loi, Rey présente également l'image du législateur comme celle d'un homme de génie, devant réunir des connaissances toujours plus étendues pour être en mesure d'assurer le fonctionnement de la machine sociale en rédigeant les lois les plus favorables au bonheur des hommes et à l'harmonie sociale (**section 1**).

Ce que François Ost dit de Bentham à ce sujet vaut également pour Rey : « tant qu'il s'agissait de lui-même, Bentham adopta le modèle rousseauiste du codificateur inspiré, – lui qui n'a pas hésité à s'attribuer le titre de "génie de la législation" –, mais, dès lors qu'il cherchait à définir le processus le plus rationnel de législation, c'est le modèle démocratique qu'il retenait²⁶¹⁸ ». Ainsi, bien que Rey ou Bentham ne se soient pas consacrés à la rédaction de projets de lois ou de codes, ils ont toutefois fait des propositions en ce sens²⁶¹⁹.

Lorsqu'il développe les principes généraux de la législation et qu'il s'intéresse plus précisément à l'élaboration des lois, on remarque que Rey adopte, avec Bentham, une perspective très rationaliste. En effet, même s'il affirme que le droit et les lois dépendent des circonstances, Joseph Rey refuse le relativisme, et en un sens l'empirisme de penseurs tels que Montesquieu ou Savigny, pour proposer une conception universaliste de la loi. Le but de la législation étant invariable et la nature humaine étant la même partout, il devient possible de penser les principes d'une législation universellement valable. Ce n'est pas que le contenu des lois puisse toujours être exactement le même de partout et en tout temps, car certains éléments contingents forcent à varier les moyens par lesquels le législateur peut agir sur la société. Néanmoins, Rey pense avoir suffisamment étudié les principes généraux du droit et de la législation pour affirmer que ceux qu'il propose sont universels (**section 2**). Telle est la finalité de ses recherches sur les principes généraux de la législation. Mais on pourrait alors se demander où est passée la dimension démocratique de la loi que Rey défend notamment lorsqu'il développe le principe de la souveraineté nationale. À vrai dire, il ne la perd jamais entièrement de vue, puisque les règles d'élaboration des lois doivent en quelque sorte permettre de recueillir le consentement des citoyens. Certes, le peuple est surtout envisagé comme un sujet passif. On reste principalement dans la figure du législateur-homme de génie qui doit adopter les meilleures lois possibles afin qu'elles suscitent l'adhésion.

2617 François OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in Philippe GÉRARD, F. OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Bentham*, Bruxelles, P. U. de Saint-Louis, 1987, p. 163-230 / §11 [En ligne : <http://books.openedition.org/pusl/24520>, consulté le 01.06.2021].

2618 *Ibid.*, §64.

2619 Ainsi, outre le *Projet de Constitution* qui n'a pas été publié, REY a accompagné sa *Pétition* pour l'adoption d'un plan d'éducation nationale d'un projet de loi, et BENTHAM a fait paraître, en 1830, un projet de Code constitutionnel (*Constitutional Code ; for the use of all nations and all governments professing liberal opinions*, t. 1 (seul paru), London, Robert Heward, 1830).

C'est seulement lorsque Rey aborde les modalités d'abrogation des lois que le peuple réapparaît sur la scène politique en tant que véritable acteur. De façon générale, une certaine crainte de l'arbitraire du pouvoir législatif sous-tend les développements de notre juriste sur l'abrogation des lois. Il cherche alors à théoriser des voies légales ou extra-légales par lesquelles il est possible de s'émanciper d'une législation jugée vicieuse. D'après Joseph Rey, l'insurrection est la première d'entre elles car elle abroge l'intégralité de la législation. Quasiment muselés pendant le processus d'élaboration des lois, et même absolument écartés de la désignation des législateurs pour certaines catégories d'individus jugés inaptes à participer à l'exercice de la souveraineté nationale, les citoyens réapparaissent alors dans le tumulte de l'insurrection pour venir rappeler aux gouvernants que l'origine de tous les pouvoirs est dans la nation, libre de décider pour elle-même et sans médiation. Ainsi, le propos de Rey sur l'abrogation des lois s'inscrit dans le cadre d'une lutte contre le possible arbitraire des législateurs, lutte qui peut aller jusqu'à la réaffirmation de l'égalité politique qui est au fondement même de la démocratie (**section 3**).

SECTION 1 : LA FIGURE DU LÉGISLATEUR : UN GÉNIE DÉMIURGIQUE ?

Joseph Rey considère que les premiers principes de la législation résident dans les sciences qui permettent d'acquérir une connaissance de la nature de l'homme et des effets de ses actions sur le monde qui l'environne. Dans ses *Leçons*, il affirme ainsi : « déterminer ce qui est *désirable* et *possible* en économie et en morale, c'est avoir indiqué au législateur le véritable et unique but de ses efforts²⁶²⁰ ». Toutefois, il ne suffit pas au législateur de se reposer sur les travaux des économistes et des moralistes afin d'assurer au mieux sa mission. Rey pense en effet que ceux chargés d'élaborer les lois, comme d'ailleurs ceux à qui il revient de les appliquer ou de les interpréter, doivent eux-mêmes, dans une certaine mesure, se faire hommes de sciences. Outre les conditions particulières qu'il pose pour participer à l'exercice du pouvoir législatif dans le cadre de ses réflexions sur la souveraineté et le droit électoral²⁶²¹, Rey ajoute un certain nombre de connaissances indispensables et de qualités nécessaires pour reconnaître chez un citoyen un législateur digne de cette fonction. Car la législation, à l'inverse du droit, « est vraiment une science particulière, comprenant l'ensemble des idées propres à guider le législateur dans l'art de faire de bonnes lois, et de régler tout ce qui est nécessaire à leur exécution ; [...] elle a pour objet un art immense dans ses applications, un art qui peut embrasser tous les objets de la nature, [...] elle est le complément de tous les autres arts²⁶²² ». Ainsi circonscrit, l'art législatif surplombe toutes les sciences sociales, car il leur donne sa sanction et rend effectifs les principes découverts par les autres sciences. Cette affirmation peut sembler étrange, mais il faut se rappeler que Joseph Rey ne se contente pas d'observer les faits pour en tirer des principes ; il les juge et les évalue à l'aune de ce critère fondamental qu'est le bonheur des hommes. À partir des données de diverses disciplines, la législation doit donc opérer une discrimination entre ce qui convient au bonheur humain et ce qui y est défavorable.

Rey reprend la définition des lois de Destutt de Tracy : « une règle prescrite par une autorité que nous regardons comme ayant le droit de faire cette loi²⁶²³ », laquelle est assortie d'une sanction et suppose un tribunal chargé d'assurer son exécution. En comparaison, nombreux sont les juristes qui reproduisent alors la formule de Prévôt de la Jannès pour définir la loi comme une « règle prescrite par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir²⁶²⁴ ». Si le devoir

2620 *JGLJ*, t. 1, p. 258.

2621 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, A.

2622 *TPGD*, p. 203.

2623 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 1 ; *JGLJ*, t. 1, p. 397 ; *TPGD*, p. 284.

2624 Michel PRÉVÔT DE LA JANNÈS, *Les principes de la jurisprudence française*, t. 1, Paris, Barrois, 1780 ; Claude-Étienne DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, Paris, P. Gueffier, 1813, p. 8 ; Louis-François PORTIEZ (DE L'OISE),

d'obéissance à l'autorité est mis en avant, Rey et Tracy insistent plutôt sur la légitimité de l'autorité. Mais cette définition apparaît toutefois trop restrictive : elle ne présente pas les caractéristiques essentielles de la loi²⁶²⁵ et tend à faire de celle-ci une prescription exclusivement axée sur l'idée d'une prescription assortie d'une sanction. Mais la loi ne se borne pas à prescrire des règles à nos actions. Le pouvoir législatif se voit en effet reconnaître le premier rôle dans l'orientation politique de l'État et de la société. C'est par lui qu'est assurée, à l'échelle nationale, la réalisation du but social. Une telle finalité suppose certes de poser des règles de conduite aux citoyens, mais encore de prendre en charge l'organisation de diverses institutions telles que l'éducation par exemple. Ici, le législateur se présente comme « l'architecte habile dont le rôle est de s'opposer aux forces destructives de la pesanteur et de mettre en œuvre celles qui contribuent à la solidité de l'édifice²⁶²⁶ », pour reprendre la métaphore de Beccaria. Un *architecte habile*, une personne exemplaire douée de capacités et de qualités intellectuelles et morales qui le distinguent... Lorsque Rey présente ses idées sur le législateur, la dimension démocratique du pouvoir de faire les lois s'efface derrière la recherche d'une forme de perfection législative. Cela suppose par conséquent une connaissance profonde et étendue de la nature de l'homme et du milieu dans lequel il est évolué, afin d'être en mesure d'organiser, par les lois, une société véritablement harmonieuse.

En effet, alors que, sous la Restauration, ceux investis du pouvoir de faire les lois sont plutôt conçus comme les gardiens d'un ordre social devenu presque parfait à travers le Code civil et la Charte de 1814, Rey pense néanmoins que l'harmonie sociale est loin d'être atteinte. Les législateurs doivent par conséquent diriger tous leurs efforts vers la recherche des moyens propres à réaliser ce but. Ils doivent « suivre avec soin les progrès du temps où ils vivent » et « tâcher même, par d'habiles combinaisons législatives, de hâter eux-mêmes les progrès ultérieurs »²⁶²⁷. L'art législatif requiert donc un haut degré de connaissances puisqu'il convient de se tenir informé des progrès faits par les diverses sciences d'une part, et d'être en mesure d'orienter les comportements humains pour favoriser les progrès futurs d'autre part. Or, Joseph Rey remarque justement qu'un défaut de connaissances, voire un refus de connaître, ont jusqu'ici conduit à l'adoption de législations vicieuses, incohérentes et néfastes pour le genre humain. Ainsi, tout en affirmant par exemple la supériorité du Code civil français sur la plupart des autres législations, il n'en juge pas moins urgent de repenser les lois dans le cadre plus général des sciences de l'homme et de la société. Afin de réaliser sa mission (I), le législateur doit donc au

Cours de législation administrative, t. 1, Paris, Garnery, 1808, p. 1 ; A. DURANTON, *Cours de droit français*, t. 1, *op. cit.*, p. 21 ; les références pourraient se multiplier.

2625 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, introduction.

2626 C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 73.

2627 TPGD, p. 283.

préalable disposer d'un socle de connaissances scientifiques relativement étendu (II). Toutefois, la simple érudition n'est pas insuffisante pour assurer la qualité des productions législatives. Outre son savoir, le législateur doit également se distinguer par un ensemble de qualités morales qui tiennent à son caractère même (III).

II/ LA MISSION DU LÉGISLATEUR OU LES FINALITÉS DE LA LOI

Nous avons déjà évoqué substantiellement les diverses finalités de la loi lorsque nous avons abordé les principes de l'ordre social et politique. En effet, à partir des fondements de la société et de l'origine du pouvoir législatif, Rey affirme que le but de toute législation ne saurait être autre que le but social lui-même. Nous ne ferons donc qu'un rapide rappel des divers objectifs que Rey confère à la législation (A), avant de nous arrêter sur une des missions particulières imparties au législateur : favoriser le progrès social et l'amélioration morale de la société (B). Toutes les finalités de la loi se résument alors dans la nécessité d'assurer le bonheur des hommes. Celle-ci est fondamentale et universelle car elle découle, en dernière analyse, de la nature humaine même. C'est pourquoi, même si le législateur doit prendre en compte les circonstances lorsqu'il élabore les lois, Rey estime qu'il ne faut pas exagérer leur importance (C).

A/ UNE FINALITÉ INVARIABLE : LA RÉALISATION DU BUT SOCIAL

Le pouvoir législatif n'apparaît qu'afin d'assurer la réalisation du but social, lorsque le défaut ou l'insuffisance des conventions privées se fait sentir²⁶²⁸. Le but du législateur ne saurait donc d'aucune façon différer du but de la société, lequel peut se résumer en une maximisation du bien-être sous toutes ses formes. C'est, de façon extrêmement résumée, ce qui résulte de la théorie reyienne du quasi-contrat social²⁶²⁹. Lorsque Rey s'intéresse plus spécialement au but de la législation, il ne fait alors qu'insister sur le caractère invariable de cette finalité hédoniste. Si la variété des circonstances dans lesquelles les différents peuples sont placés nécessite d'adapter les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif, le but même de la législation ne saurait souffrir la moindre nuance. Il « *ne peut jamais varier*, et il ne saurait jamais être que *le bonheur de tous les*

2628 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, I, A, 1.

2629 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, II, A.

membres de la société, c'est-à-dire la jouissance de leurs véritables *droits respectifs*²⁶³⁰ ». Autrement dit, il convient d'assurer à chacun la satisfaction de ses besoins :

« Une juste distribution des moyens respectifs pour la satisfaction des besoins, c'est-à-dire en un mot, la *justice*, telle est la règle UNIVERSELLE, INVARIABLE, IMPRESCRIPTIBLE, à laquelle ne peut manquer aucun législateur sans être pervers ou sans tomber dans la plus funeste erreur.²⁶³¹ »

La législation doit donc prendre en charge la question de la répartition des biens matériels, en portant un intérêt soutenu aux biens de première nécessité. Cela est d'autant plus nécessaire que la répartition des richesses constitue le problème majeur autour duquel se cristallisent la plupart des conflits d'intérêts. Or, ceux-ci étant « l'unique source de division entre les hommes, et par conséquent de la diminution des forces communes ; le législateur doit surtout rechercher les moyens qui tendent à faciliter la conciliation des intérêts²⁶³² ». Dans ses *Bases de l'ordre social*, Rey pose alors quelques règles afin d'orienter la conduite du législateur dans la réalisation de cette tâche : « accoutume[r] les hommes à [...] faire la moindre consommation possible²⁶³³ » des biens matériels, favoriser la production de biens de première nécessité²⁶³⁴, « établir une règle de distribution des produits matériels qui ne blesse les droits d'aucun membre de l'association²⁶³⁵ » et enfin, exciter les hommes aux plaisirs intellectuels et affectifs²⁶³⁶. Le juriste remarque alors que c'est pour n'être pas remonté aux véritables principes sociaux que les législateurs ont jusqu'à présent concentré l'essentiel de leurs efforts et de leurs réflexions sur la question des peines et des récompenses²⁶³⁷. Si celles-ci constituent un levier dont le législateur peut éventuellement user comme moyen préventif afin d'orienter les comportements, une meilleure connaissance de la nature humaine et des principes sociaux doit lui offrir des outils plus adéquats et plus doux afin de diriger les pensées, les sentiments et les actions des individus.

Qu'elle consiste à consacrer des droits, à poser des incriminations ou à mettre en place diverses institutions, la législation exerce toujours son action sur les mœurs des citoyens. Elle est par conséquent tenue responsable, avec le gouvernement dans son ensemble, d'une grande partie des vertus et des vices populaires. Lorsque Rey évoque la faiblesse de l'instinct humain par rapport à celui des autres animaux et la nécessité de développer les facultés humaines pour compenser cette lacune, il souligne ainsi « l'immense responsabilité » qui pèse sur la tête du

2630 TPGD, p. 258.

2631 *Ibid.*, p. 259.

2632 *Ibid.*, p. 235 ; propos similaires dans *JGLJ*, t. 1, p. 387.

2633 DBOs, t. 2, p. 204.

2634 *Ibid.*, p. 205.

2635 *Ibid.*, p. 220.

2636 *Ibid.*, p. 220.

2637 *Ibid.*, p. 220-221.

B/ LA LÉGISLATION COMME INSTRUMENT DU PROGRÈS MORAL ET SOCIAL

Bien que présenté comme un simple suppléant des initiatives individuelles, le législateur se voit en réalité reconnaître un statut de surplomb par rapport aux individus. Ce statut lui permet de voir plus loin que les intérêts particuliers et immédiats de chacun, afin d'orienter le mouvement de la société vers la réalisation du plus grand bonheur de tous. Pour ce faire, Rey considère que la législation doit exercer son action sur les mœurs des individus afin de déterminer leurs comportements. Il aborde cette question lorsqu'il entreprend de réfuter la formule selon laquelle *les lois doivent être conformes aux mœurs*. Pour comprendre la position de Rey et pour être en mesure de le situer dans le paysage intellectuel du premier XIX^e siècle, il convient d'abord de se faire une idée des différentes façons dont le rapport entre lois et mœurs a pu être théorisé (1). Nous verrons ainsi que Rey s'oppose à la formule répandue qui subordonne les lois aux mœurs, en considérant au contraire que les mœurs sont le produit de la législation. S'il juge utile de ne pas brusquer les mœurs, au risque de créer des effets contraires à ceux désirés (3), Rey met surtout en avant la responsabilité de l'organisation sociale en général, et de la législation en particulier, dans l'éclosion des vices populaires, pour enjoindre ensuite le législateur à ne jamais perdre de vue l'influence morale qu'il doit exercer sur la société (2).

1. Le rapport des lois et des mœurs

La question du rapport entre les lois et les mœurs occupe de nombreux auteurs²⁶³⁹. Montesquieu y consacre tout le livre XIX de *l'Esprit des lois*²⁶⁴⁰, et la question agite encore les esprits sous la Restauration et la monarchie de Juillet, comme en témoigne par exemple l'un des sujets mis au concours par l'Académie des sciences morales et politiques en 1827 : « *De l'influence*

2638 *Ibid.*, p. 173.

2639 Sur la question plus générale de la formation et de la réforme des mœurs, voir Claudine HAROCHE et Ana MONTOIA, « Former et réformer les mœurs : une question morale et politique », in CURAPP, *Les bonnes mœurs*, Paris, P.U.F., 1994, p. 191-213.

2640 MONTESQUIEU, « Livre XIX. Des lois, dans le rapport qu'elles ont avec les principes qui forment l'esprit général, les mœurs et les manières d'une nation », *De l'Esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 182-232 ; Céline SPECTOR, « Coutumes, mœurs, manières », in Catherine VOLPILHAC-AUGER (dir.), *Dictionnaire Montesquieu*, ENS de Lyon, 2013 [En ligne : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376474087/fr>, consulté le 08.07.2021].

*des lois sur les mœurs, et de l'influence des mœurs sur les lois*²⁶⁴¹ ». Déterminer le rapport qu'entretiennent ou devraient entretenir les lois et les mœurs permet alors d'envisager le rôle qui doit être imparti à la législation et sa responsabilité dans le champ social. Les penseurs matérialistes du XVIII^e siècle affirmaient déjà la prédominance des lois sur les mœurs. Sous la Révolution française, nombreux sont les réformateurs qui ont cherché à régénérer les mœurs de la nation par de nouvelles lois et de nouvelles institutions²⁶⁴². Mais dans le premier XIX^e siècle, la crainte de retomber dans les dérives démiurgiques des hommes de 1793 invite à la prudence et conduit certains auteurs à soutenir l'affirmation inverse²⁶⁴³. L'idée est que, les mœurs étant les premières manières d'être des associations humaines, les lois n'apparaissent que dans un second temps et sont donc au moins en partie le produit des mœurs. D'autres, à l'instar de Jacques Matter dont le mémoire fut couronné par l'Académie en 1830²⁶⁴⁴, remarquent une influence réciproque des lois et des mœurs. Lorsqu'il aborde cette question, Rey entend donc s'opposer à ceux qui minorent, annihilent ou condamnent toute influence des lois sur les mœurs.

Si l'on regarde du côté de Montesquieu, son approche de la question présente des ambiguïtés. Bien qu'il écrive que « les lois peuvent contribuer à former les mœurs, les manières et le caractère d'un nation²⁶⁴⁵ » et bien qu'il y consacre un chapitre complet (chapitre XXVII du livre XIX), il tient également des propos équivoques. Selon lui, les lois « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre²⁶⁴⁶ ». Selon lui, les mœurs « sont des usages que les lois n'ont point établis, ou n'ont pu, ou n'ont pas voulu établir²⁶⁴⁷ ». Par conséquent, « lorsqu'un prince veut faire de grands changemens dans sa nation, il faut qu'il réforme par les lois ce qui est établi par les lois, et qu'il change par les manières ce qui est établi par les manières²⁶⁴⁸ ». En fin de compte,

2641 *Journal des débats politiques et littéraires*, 27 août 1827, p. 4.

2642 Jean BART, « Le Droit, la Loi, les Mœurs. L'enjeu de la codification », *Droit et Société*, n° 14, 1990, p. 47-54 ; Alain DESRAYAUD, « De la sûreté à la citoyenneté, l'accessibilité du code civil de 1804 », *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Dalloz, 2012, p. 689.

2643 Jean-Baptiste DUGAS-MONTBEL mobilise ainsi le souvenir de la Terreur et l'échec de la législation à réformer les mœurs pour soutenir que la loi n'a que peu d'influence sur les mœurs (*De l'influence des lois sur les mœurs, et de l'influence des mœurs sur les lois*, Saint-Étienne, Gaudet, 1830, p. 13).

2644 Jacques MATTER, *De l'influence des mœurs sur les lois, et de l'influence des lois sur les mœurs*, Paris, Firmin Didot, 1832.

2645 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 214.

2646 *Ibid.*, t. 1, p. 12. Il se fait plus explicite encore lorsqu'il répond aux critiques formulées contre l'*Esprit des lois* : « [L]es nations ont donc leurs caractères différents et leurs mœurs différentes. Qu'en ai-je conclu ? Voici ce que j'en ai conclu : c'est que ceux qui donnent des lois aux nations du monde doivent les donner assortissantes à ces mœurs et à ces caractères » (MONTESQUIEU, cité par Céline SPECTOR, « Coutumes, mœurs, manières », *art. cit.*). Concernant le primat des mœurs sur les lois, mais aussi leur rapport circulaire, dans l'*Esprit des lois*, voir également L. ALTHUSSER, *Montesquieu, op. cit.*, p. 58-62.

2647 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 198.

2648 *Ibid.*, p. 196.

Montesquieu sépare assez nettement le domaine des lois et des mœurs de sorte que la possibilité pour le législateur de procéder à une réforme des mœurs s'en trouve fort limitée, et même explicitement condamnée. En effet, tout en remarquant que différents peuples ont adopté des législations afin de faire obstacle au développement d'habitudes vicieuses²⁶⁴⁹, il pointe surtout du doigt la dimension « tyrannique » qu'il y aurait à vouloir « changer les mœurs et les manières » par les lois²⁶⁵⁰. Ainsi, quoiqu'il admette, certes, une implication réciproque des lois et des mœurs, ce sont bien plus les mœurs qui doivent déterminer les lois, que l'inverse. Une telle vision condamne donc toute idée d'une législation conçue comme instrument de perfectionnement moral de la société.

Bien que cette position ne soit plus forcément dominante au moment où Rey écrit, les juristes abordant les lois soit dans leur simple aspect positif, soit sous le prisme plus abstrait des éternels principes de la loi naturelle, elle demeure néanmoins latente dans un certain nombre d'écrits. Ainsi en voit-on l'expression plus ou moins explicite dans le fameux *Discours préliminaire* de Portalis, d'après lequel les lois « doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites²⁶⁵¹ ». Par conséquent, « il faut être sobre de nouveauté en matière de législation²⁶⁵² », estime Portalis. Tel est, selon lui, l'esprit du Code civil²⁶⁵³. De même encore chez Lepage, affirmant qu'une bonne constitution doit s'accommoder, pour chaque peuple « avec ses mœurs, son degré de civilisation, son climat, les circonstances politiques où il se trouve²⁶⁵⁴ ». Le mémoire couronné par l'Académie des sciences morales et politique présente des passages de la même teneur. Bien que son auteur soit favorable à ce qu'un législateur donne « des lois meilleures que nos mœurs » lorsque celles-ci sont mauvaises, il affirme en même temps qu'il est « dans l'intérêt du bonheur » et « de l'ordre, que ce soient les mœurs qui président à la législation »²⁶⁵⁵. Surtout, il juge « qu'on ne saurait arriver aux bonnes lois que par les bonnes mœurs²⁶⁵⁶ », ce qui semble réduire à néant la possibilité d'adopter des lois destinées à rendre les

2649 *Ibid.*, p. 209 et s.

2650 *Ibid.*, p. 195.

2651 J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire », in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 466. Mais il faut remarquer que PORTALIS demeure ambigu sur ce sujet, puisqu'il écrit également que les lois civiles « sont la source des mœurs » (*ibid.*, p. 465).

2652 *Ibid.*, p. 466.

2653 « À la lecture de Portalis, le Code civil peut [...] être compris comme une législation de compromis, au sens sociologique du terme. En affirmant que "les lois doivent ménager les habitudes" et qu'il faut "lier les mœurs aux lois", les rédacteurs du Code ont fait preuve d'une apparente humilité, pour ne pas dire d'un réel conformisme, à l'égard des règles morales et sociales admises à leur époque. Parce qu'il renonce à un imposé une *régénération* de l'homme, comme en rêvaient les révolutionnaires à travers des *lois de combat*, le Code civil se présente comme empreint de l'esprit de modération cher à Montesquieu » (J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 14).

2654 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 59-60.

2655 J. MATTER, *De l'influence des mœurs sur les lois*, *op. cit.*, p. 22-23.

2656 *Ibid.*, p. 18.

mœurs meilleures.

Tel est le vice de cette logique qui attribue aux mœurs une influence prépondérante sur les lois, et qui, par conséquent, nie ou minore l'influence que celles-ci exercent sur celles-là. Outre le fait que toute tentative d'amélioration morale de la société par le biais de la législation se trouve condamnée, il y a encore une terrible méprise quant à ce que constituent les lois et les mœurs. De façon rhétorique, Joseph Rey demande alors :

« Mais que signifie [...] cette sorte d'opposition qu'on veut faire apercevoir entre les lois et les mœurs ? l'ensemble des habitudes d'un peuple n'est-il pas toujours le résultat, au moins en grande partie, de son organisation sociale, c'est-à-dire de sa législation [*tacite ou expresse*] ?²⁶⁵⁷ »

Puisque l'homme est un être déterminé par une multitude de facteurs, il va de soi que l'ensemble de l'organisation sociale, dont participent les lois, exerce des déterminations sur ses habitudes et ses manières. En ajoutant, à partir de ses *Leçons*, le passage ici entre crochet, Rey prévient toutefois une lecture qui ferait du législateur un véritable démiurge, créateur et ordonnateur de toutes les pensées, tous les sentiments, toutes les mœurs et actions d'une nation. Il l'est cependant dans une large mesure, car « les mœurs sont presque toujours le résultat, bien qu'inaperçu quelquefois, de lois antécédentes²⁶⁵⁸ ». Le juriste illustre alors son affirmation en expliquant la persistance des duels par l'héritage des « combats judiciaires », par les institutions actuelles qui honorent « l'empire de la force », mais aussi par « l'imperfection de nos lois sur la réparation des torts [ainsi que de celles sur la garantie des droits de tous] »²⁶⁵⁹. C'est pourquoi Rey considère, à l'instar d'Helvétius²⁶⁶⁰, qu'il est peu de « parties vicieuses des mœurs d'un peuple qui ne trouvent ainsi leur source dans quelques erreurs de législation²⁶⁶¹ ».

Un tel constat devrait d'ailleurs contribuer à jeter le doute sur le dogme du libre-arbitre et le système de responsabilité individuelle qui l'accompagne. Mais si le lien entre de mauvaises législations et de mauvaises mœurs est également remarqué par certains de ses contemporains²⁶⁶², les auteurs en tirent rarement les conséquences. Il en va ainsi de Pellegrino Rossi, qui évoque bien « l'influence puissante et directe que le législateur peut exercer sur les opinions et les mœurs », reconnaît les effets pervers des mauvaises lois sur les comportements et la moralité²⁶⁶³, et fonde malgré tout l'ensemble de sa théorie du droit pénal sur le libre-arbitre. Il n'est donc pas

2657 *Préliminaires*, p. 57 ; le passage entre crochet est ajouté dans *JGLJ*, t. 1, p. 393 et *TPGD*, p. 247.

2658 *Préliminaires*, p. 58 ; *JGLJ*, t. 1, p. 394.

2659 *Préliminaires*, p. 57-58 ; *JGLJ*, t. 1, p. 394 ; le passage entre crochet est ajouté dans *TPGD*, p. 248.

2660 « [L]es vices d'un peuple sont, si j'ose le dire, toujours cachés au fond de sa législation : c'est là qu'il faut fouiller, pour arracher la racine productrice de ses vices » (C.-A. HELVÉTIUS, *De l'Esprit, Œuvres d'Helvétius*, t. 1, *op. cit.*, p. 234).

2661 *TPGD*, p. 248 ; propos similaires dans *Préliminaires*, p. 58 et *JGLJ*, t. 1, p. 394.

2662 « Rien ne démoralise aussi rapidement ni aussi complètement » que les mauvaises lois (J. MATTER, *De l'influence des mœurs sur les lois*, *op. cit.*, p. 264).

2663 P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 6-8.

inutile que Rey accorde tant d'importance à cette question.

Mais c'est surtout parce qu'une telle idée de dépendance des lois aux mœurs peut constituer un obstacle aux projets législatifs de perfectionnement moral et social que notre juriste met toute son énergie à la réfuter. Ce faisant, il contribue à défendre son propre projet de société contre tous ceux qui n'y voient qu'une vaine utopie. On en revient ici à une défense du volontarisme législatif et de la capacité de la loi à modifier le réel en général et les hommes en particulier, volontarisme qui se trouve partiellement condamné dès lors qu'on refuse de reconnaître à la loi un rôle déterminant dans la direction des mœurs. Certains, tels Dugas-Montbel, mettent d'ailleurs en doute la capacité de la volonté humaine, celle du législateur en l'occurrence, à agir sur les mœurs, car la volonté « est prompte, rapide, arbitraire²⁶⁶⁴ ».

Cet antivolontarisme prend encore d'autres visages. On en retrouve des traces sous la plume de Charles Comte, qui profite de développements sur le rapports entre les lois et les mœurs pour appuyer son opinion. Plus précisément, Comte élève tout à la fois des doutes et des inquiétudes quant au caractère performatif de la loi. Sa pensée mérite qu'on s'y arrête.

Selon lui, il y a « identité entre les lois d'une nation et les mœurs qui les constituent²⁶⁶⁵ ». Le plus souvent, ajoute-t-il, ce que l'on nomme des lois consiste en fait dans « une description plus ou moins authentique » des « phénomènes qu'on désigne sous le nom de mœurs »²⁶⁶⁶. Pour Comte, il existe une différence entre les lois et leurs descriptions : les législations écrites ne sont que des descriptions de certaines régularités, de certaines puissances découvertes par l'observation²⁶⁶⁷. Or, parmi ces puissances agissantes, les mœurs occupent une place prépondérante – alors que les lois écrites n'ont, par elles-mêmes, aucune puissance propre. Par conséquent, si les mœurs déterminent les lois, voire constituent des lois, l'inverse est moins vrai²⁶⁶⁸. Certes, Comte entend ici mettre en garde contre la crédulité qui ferait prendre toute loi écrite pour une description exacte du réel, comme lorsqu'une loi affirme par exemple que la liberté est garantie. Il n'est en effet que trop fréquent, considère-t-il, de constater l'écart entre

2664 J.-B. DUGAS-MONTBEL, *De l'influence des lois sur les mœurs, op. cit.*, p. 12.

2665 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 2, *op. cit.*, p. 258.

2666 *Ibid.*, p. 259.

2667 *Ibid.*, t. 1, p. 282-285.

2668 On trouve une réflexion analogue sous la plume de J.-B. DUGAS-MONTBEL. Ce dernier écrit en effet que « les lois d'une société sont dans les mœurs ; que le mérite et le devoir du législateur sont de découvrir quelles sont ces lois et de les promulguer ; que plus ces lois promulguées sont conformes aux lois réelles, c'est-à-dire sont l'expression fidèle des mœurs, plus elles auront de force et de durée ; mais que si, au contraire, elles se trouvent opposées aux mœurs, nécessairement elles doivent, dans cette lutte, finir par succomber devant les mœurs ». Il ajoute néanmoins que le législateur doit « s'associer » au mouvement de perfection des mœurs et « l'aider par tous les moyens qui sont en sa puissance » (*De l'influence des lois sur les mœurs, op. cit.*, p. 22).

« l'état réel » de la société et « les belles descriptions » qui se trouvent dans nos constitutions, descriptions qui, par conséquent, sont « purement imaginaires »²⁶⁶⁹. Cette opinion fait écho à la nuance que signale Rey entre les droits déclarés selon que l'autorité est ou non en mesure de les faire respecter²⁶⁷⁰. Seulement, la manière de présenter leurs idées est bien différente, car Rey maintient la distinction du fait et du droit et persiste donc à donner une qualification juridique à des éléments qui peuvent n'avoir aucune existence positive actuelle. De plus, les choix discursifs faits par Charles Comte témoignent de préventions, quand ce n'est pas d'une incrédulité, envers l'action du législateur. Ceci peut se comprendre puisqu'il lui semble que l'effectivité des lois produites par le législateur est conditionnée par le recours à la force. Il laisse en effet entendre qu'un texte écrit peut produire des effets concrets, mais à la condition d'être accompagné des garanties effectives, matérielles, en bref à la condition qu'une réelle puissance accompagne la proclamation ainsi faite²⁶⁷¹. Si le législateur ne fait que décrire une loi, c'est-à-dire une régularité qui existe déjà, son travail est utile quoiqu'il y ait toujours un risque que ses mots ne travestissent la réalité. Mais s'il désire introduire une loi nouvelle, le publiciste estime que c'est surtout au moyen d'une contrainte exercée « par la force publique » que les prescriptions de la loi finiront par être suivies par les individus²⁶⁷². La « description [...] des dispositions des lois qu'on établit²⁶⁷³ » peut avoir des avantages, mais ce n'est qu'une part fort incomplète du mouvement qui tend à modifier l'état des choses. Et Comte entend surtout mettre en garde contre les inconvénients qui peuvent en résulter, en mettant en avant « la puissance que trouve un gouvernement dans la simple description des dispositions des lois d'un peuple, et le penchant que cette description lui donne d'user de violence pour établir les lois décrites²⁶⁷⁴ ». En fin de compte, c'est parce que l'écriture de la loi peut être accompagnée de la force publique pour créer ce que prescrit la loi, que Charles Comte demeure réticent à en faire un instrument d'organisation sociale. Ici, le spectre du législateur de Rousseau ne manque pas d'être agité²⁶⁷⁵.

Rey se fait en revanche plus optimiste car il ne juge pas que la contrainte soit toujours nécessaire pour que les lois exercent leur influence. C'est pourquoi il est plus disposé que son homologue à considérer la loi comme un outils adéquat pour modifier le réel en général, et l'état moral d'une société en particulier.

2669 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 342.

2670 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, B.

2671 C. COMTE, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 290-293.

2672 *Ibid.*, p. 328.

2673 *Ibid.*, p. 329.

2674 *Ibid.*, p. 332.

2675 *Ibid.*, p. 333-335.

Enfin, même si Rey sait que Bentham partage ses idées sur le sujet du rapport entre lois et mœurs²⁶⁷⁶, il décèle néanmoins une ambiguïté dans certaines de ses formules. Bentham n'affirme-t-il pas que les principes constitutionnels « sont plus arbitraires » que ceux du droit civil ou pénal, car ils « dépendent des habitudes du peuple et de la tournure qu'ont prise ses espérances et ses craintes »²⁶⁷⁷ ? Rey juge qu'il faut se garder de toute affirmation qui admet cette dose d'*arbitraire* dans les lois constitutionnelles, car « ce sont celles précisément pour lesquelles [il] pense que l'arbitraire est le plus dangereux²⁶⁷⁸ ». Mieux vaut, d'après lui, éviter toute formule qui ferait dépendre les principes juridiques d'éléments tels que les *mœurs* ou les *habitudes*. Loin de devoir se courber sous leur empire, la législation doit au contraire s'attacher à les améliorer.

2. Les lois au service de l'amélioration des mœurs

« On a dit que Lycurgue a donné aux Spartiates des mœurs conformes à ses lois, et que Solon a donné aux Athéniens des lois conformes à leurs mœurs²⁶⁷⁹ », écrivait Condillac. Sans tomber dans l'illusion de croire qu'il soit possible de changer un peuple du jour au lendemain par l'artifice de la législation, Joseph Rey pense toutefois qu'en donnant de bonnes lois aux citoyens, il devient possible de développer de bonnes mœurs. Il rejoint l'affirmation de Diderot : « Si les lois sont bonnes, les mœurs sont bonnes ; si les lois sont mauvaises, les mœurs sont mauvaises²⁶⁸⁰ ». Pour réaliser cet objectif d'amélioration morale, le législateur doit alors agir comme un éducateur.

En effet, il ne doit pas seulement réfléchir en termes d'interdiction, d'obligation ou de permission. C'est d'abord « par de bonnes institutions » qu'il doit « tendre sans cesse à améliorer les mœurs »²⁶⁸¹, en commençant par celles relatives à l'enfance. Comme le pensent la plupart des penseurs déterministes, tels Helvétius ou Robert Owen²⁶⁸², il convient en effet que le législateur s'occupe de l'homme dès son plus jeune âge, en mettant en place un système d'éducation nationale. Dans sa *Pétition pour l'adoption d'un nouveau plan d'éducation nationale*, Rey déplore justement le « défaut d'intervention de la législature dans la haute question de l'éducation

2676 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 364-366.

2677 *Ibid.*, p. 387-388.

2678 TPGD, p. 291.

2679 Étienne BONNOT DE CONDILLAC, *Œuvres complètes de Condillac, Histoire ancienne*, t. 7, Paris, Lecoq et Durey, 1821, p. 120.

2680 Dennis DIDEROT, *Supplément au Voyage de Bougainville*, Paris, Librairie générale française, 1985, p. 82.

2681 *Préliminaires*, p. 58 ; JGLJ, t. 1, p. 394.

2682 S. DUPUIS, *Robert Owen, op. cit.*, p. 39-40.

nationale²⁶⁸³ ». C'est pourquoi il souhaite qu'une loi vienne enfin régler cette lacune, en offrant à chaque individu, selon ses moyens, la possibilité de bénéficier d'une instruction publique. Réunir les enfants des différentes classes sociales au sein des mêmes institutions doit, selon lui, contribuer à l'amélioration des mœurs, en créant entre eux des sentiments de sympathie et de fraternité, tout en favorisant l'égalité. Rey se refuse en revanche à user d'une quelconque menace de sanction pour forcer les parents à placer leurs enfants dans les institutions éducatives publiques ; la supériorité des établissements publics par rapport aux établissements privés d'enseignement doit seule déterminer leur décision²⁶⁸⁴.

Le devoir de perfectionnement des mœurs qui incombe au législateur passe donc moins par le biais d'une action directe, que par la création d'institutions propres à former un homme meilleur et par une politique d'incitation plus que de coercition. C'est surtout de façon indirecte que doit ici s'exercer l'action de la loi. Devant avant tout agir sur les idées et les sentiments des citoyens, le législateur ne saurait trouver un meilleur moyen d'accomplir sa mission qu'en prenant en charge leur éducation. Les facultés humaines sont perfectibles et le législateur doit contribuer au développement de celles qui favorisent l'harmonie sociale :

« Le législateur doit [...] tendre de tous ses efforts au développement de ces germes heureux, et il serait bien coupable s'il manquait à une tâche aussi noble et aussi consolante. Il ne prétendra point pour cela changer notre nature ; mais il songera que l'homme, par les lois mêmes de son organisation, a deux grands ordres de penchans : les uns qui tendent à l'harmonie sociale, les autres qui peuvent contrarier les premiers. Développer les uns plus qu'on ne l'a fait jusqu'à présent, et combattre sans cesse les autres [...] est le plus généreux et le plus salubre des efforts !²⁶⁸⁵ »

Tel est le but du système éducatif que la législation doit mettre en place et telle est également la direction que doit suivre le législateur dans tous ses actes. Comme l'affirme Tracy, « [l']instruction morale [...] est toute entière dans les actes de législation et d'administration²⁶⁸⁶ ». Éduquer l'homme est au cœur du projet des Idéologues²⁶⁸⁷ et la législation apparaît *in fine* comme une forme particulière d'éducation. « Le législateur est l'enseignant suprême²⁶⁸⁸ », écrira le doyen Carbonnier au sujet du siècle des Lumières. C'est ce que suggère encore Tracy lorsqu'il écrit que

« l'éducation dure toute la vie, et [que] les lois sont l'éducation des hommes faits. Il n'y en a pas une, de quelque espèce qu'elle soit, qui n'inspire quelques sentimens et n'éloigne de quelques autres, qui ne porte à certaines actions, et ne détourne de celles qui leur sont opposées. Par-là, les lois, à la longue, forment les mœurs, c'est-à-dire les habitudes²⁶⁸⁹ ».

2683 *Pétition*, p. 4.

2684 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II, C.

2685 *Pétition*, p. 7-8.

2686 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 421.

2687 Y. CITTON, « Le moment idéologique », *op. cit.*, p. 29.

2688 J. CARBONNIER, *La passion des lois au siècle des Lumières*, cité par F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, §22.

2689 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 42.

L'Idéologue peut bien affirmer avec Montesquieu que « *c'est une très mauvaise politique de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières*²⁶⁹⁰ », il n'en considère par moins que la législation est un puissant ressort de la morale²⁶⁹¹. C'est une opinion généralement répandue parmi les penseurs qui adoptent une conception déterministe de l'être humain. Il en va ainsi d'Helvétius qui, après avoir accusé les législations d'être à l'origine des vices du peuple, affirme qu'« on ne peut se flatter de faire aucun changement dans les idées d'un peuple, qu'après en avoir fait dans sa législation ; que c'est par la réforme des lois qu'il faut commencer la réforme des mœurs²⁶⁹² ». D'accord avec Helvétius, Rey estime que les « erreurs de législation » étant à l'origine des vices populaires peuvent « être peu à peu corrigées par un meilleur système législatif »²⁶⁹³.

Certes, l'être humain porte en lui deux grandes tendances, dont l'une risque de le conduire au vice. La préservation de ses intérêts particuliers peut en effet l'amener à entrer en conflit avec autrui. L'harmonisation des intérêts ne se fait pas toujours spontanément, et la législation s'avère utile pour procéder à une conciliation artificielle des intérêts, comme le pense Bentham²⁶⁹⁴. Cependant, l'homme est également doué de la faculté de sympathiser avec ses semblables. C'est donc en jouant sur ces deux aspects que le législateur pourra contribuer à la formation d'un homme meilleur et réaliser l'harmonie sociale. En se fondant sur les principes de la science morale, Rey peut alors déterminer ce qui fait la qualité de la législation. Une bonne loi, affirme-t-il, consiste « à concilier, autant que possible, les croisements d'intérêts entre les hommes et à augmenter leurs dispositions sympathiques²⁶⁹⁵ », facilitant ainsi la conciliation des intérêts divergents²⁶⁹⁶. Mais les systèmes législatifs qu'il observe le forcent à reconnaître qu'il en a trop souvent été autrement. Combien en effet les législateurs n'ont-ils pas adopté de lois qui, loin de tendre à réduire les sources d'opposition, n'ont fait que les accroître, diminuant ainsi les affections sympathiques ? Cette situation est « malheureusement trop ordinaire²⁶⁹⁷ », remarque

2690 *Ibid.*, p. 280.

2691 Lorsque TRACY se demande « *Quels sont les moyens de fonder la morale d'un peuple* », les lois pénales occupent une large part de ses développements. Il s'intéresse en outre aux lois qui, loin d'adoucir les mœurs, créent pour les individus de nouvelles occasions de se nuire ; où l'on voit encore que le législateur, en abrogeant de telles lois, contribuerait à épurer les mauvaises mœurs des citoyens (*Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 397-398).

2692 C.-A. HELVÉTIUS, *De l'Esprit, Œuvres d'Helvétius*, t. 1, *op. cit.*, p. 238.

2693 *Préliminaires*, p. 58 ; JGLJ, t. 1, p. 394 ; TPGD, p. 248.

2694 L'idée d'une « identité naturelle des intérêts » était défendue par Adam SMITH par exemple, là où BENTHAM penchait plutôt pour une « identification artificielle des intérêts » (M. EL SHAKANKRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, *op. cit.*, p.323-324 ; F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, §9 ; voir aussi É. HALÉVY, *La formation du radicalisme philosophique*, t. 1, *op. cit.*, p. 15-24 pour une présentation des différentes façons de penser l'identification des intérêts).

2695 *Préliminaires*, p. 51. On retrouve exactement les « deux grandes bases de la société humaine, savoir : d'une part la nécessité de concilier nos intérêts, et d'une autre le besoin de sympathiser avec nos semblables » (TPGD, p. 129).

2696 « Augmenter l'énergie et l'étendue des dispositions sympathiques est un des meilleurs moyens d'adoucir le froissement des intérêts individuels » (JGLJ, t. 1, p. 387 ; TPGD, p. 235).

2697 TPGD, p. 235. « En effet, quelle a été la conduite de presque tous nos législateurs ? Parce qu'il n'est pas

Rey. Il en va ainsi des dispositions qui offrent une récompense pécuniaire aux dénonciateurs en matière pénale. Alors que Bentham y est favorable²⁶⁹⁸, Rey met en avant le caractère « immoral » d'un tel procédé, « parce qu'il accoutume les citoyens à spéculer sur les malheurs de leurs semblables »²⁶⁹⁹. Que dire encore des systèmes de législation pénale qui admettent la peine de mort et ajoutent ainsi « un germe nouveau d'hostilité entre les victimes et leurs sacrificateurs, en même temps qu'ils imprègnent les populations entières de sentimens de violence et de cruauté²⁷⁰⁰ » ? Autre exemple, donné par Tracy : le droit de tester, qui crée des rivalités au sein des familles en mettant les intérêts pécuniaires aux cœurs de leurs relations, ce qui s'avère immoral et peut devenir source de conflits. Pourtant, la solution est vite trouvée. Il suffit en effet que la loi établisse « l'égalité des partages et l'impossibilité de tester » pour anéantir ces vices²⁷⁰¹.

Pour Joseph Rey, c'est surtout à régler la production et la répartition des biens matériels que le législateur doit s'occuper s'il veut agir sur les mœurs et remplacer les rapports de compétition, de concurrence et de rivalité générateurs de conflits d'intérêts, par des rapports plus doux et plus fraternels. Dans son *Essai sur les moyens de réformer les mœurs d'une nation*, Jean-Baptiste Say affirme en substance que l'économie politique est le meilleur moyen d'agir sur la moralité du peuple²⁷⁰². C'est bien ce que pense également Joseph Rey, mais sans oublier que c'est, *in fine*, à la législation d'appuyer de sa sanction les principes découverts par la science économique. Par ailleurs, Say voit surtout dans l'aisance le moyen de moraliser le peuple, là où Rey pense que l'aisance doit s'accompagner d'un minimum d'égalité dans la répartition des biens. Si une répartition équitable des biens constitue pour Rey un aspect nécessaire de la moralisation des hommes, puisqu'elle réduit les conflits d'intérêts, le législateur doit encore favoriser tout ce qui se rapporte au lien affectif qui existe entre les individus, afin d'accroître les sentiments de sympathie. L'instruction publique a ici tout son rôle à jouer, tout comme les fêtes et autres institutions propres à créer du lien social dans le cadre de rapports égalitaires entre les citoyens. Mais Rey envisage encore une autre piste.

possible d'empêcher entièrement les froissemens d'intérêts, on dirait qu'ils ont pris à tâche d'augmenter encore par tous les moyens leur opposition naturelle ; parce qu'il n'est pas possible d'amener les hommes à un accord parfait, ils ont fait des réglemens qui tendaient à les diviser toujours davantage ; parce qu'il a été jusqu'à présent impossible d'établir entre eux l'égalité parfaite, ils ont fait précisément des lois qui, loin de combattre au moins cette tendance à l'inégalité, l'établissaient comme un principe respectable, et qui la favorisaient de tout leur pouvoir » (TPGD, p. 237 ; propos similaires dans *Préliminaires*, p. 52-53 et JGLJ, t. 1, p. 390-391).

2698 J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, t. 2, Londres, Vogel et Schulze, 1811, p. 102-107.

2699 *DJJA*, t. 2, p. 322.

2700 *DBOS*, t. 2, p. 222.

2701 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 420-421.

2702 Jean-Baptiste SAY, *Essai sur les moyens de réformer les mœurs d'une nation*, Paris, Treuttel et Wurtz, 1799 ; C. HAROCHE et A. MONTAIG, « Former et réformer les mœurs : une question morale et politique », *op. cit.*, p. 202-204.

Dans une lettre issue de sa correspondance privée, Rey se positionne en faveur de la reconnaissance du devoir de fraternité²⁷⁰³. Alors que Montesquieu craignait notamment que l'intervention du législateur dans le champ des mœurs s'accompagne d'une certaine forme de violence²⁷⁰⁴, Rey précise qu'il serait préférable de s'en remettre à des moyens non coercitifs. Tout en laissant ouverte la question de savoir si ce devoir doit être inscrit dans la loi positive, il ajoute en effet qu'il ne faut pas « limiter l'action de la loi d'une manière aussi étroite²⁷⁰⁵ ». Il ne faut pas oublier que la loi « peut agir d'une manière indirecte, au moyen de mesures ou d'institutions qui, amèneraient les résultats désirés, sans avoir besoin de la menace toujours pendante de moyens compressifs²⁷⁰⁶ ». Si une sanction s'avérait toutefois nécessaire, le juriste préférerait alors s'en remettre à « celles d'un ordre moral », parfois « aussi efficaces que les punitions matérielles »²⁷⁰⁷. Et Rey d'évoquer, à ce titre, « le pilori de l'infamie publique²⁷⁰⁸ ». Montesquieu reconnaissait bien l'intérêt des censeurs dans les Républiques, afin de maintenir les bonnes mœurs²⁷⁰⁹, ce qui peut s'apparenter à la proposition de Rey. Seulement, ce dernier refuse d'y voir un domaine extérieur à la législation, simplement parce qu'on userait de moyens indirects au lieu de recourir aux sanctions pénales²⁷¹⁰.

La perfection des lois consiste surtout à en faire pénétrer les prescriptions dans les mœurs mêmes des citoyens, à les faire aimer d'eux, reléguant la menace d'une sanction à un moyen, certes encore nécessaire, mais toujours imparfait. C'est d'ailleurs à ce titre que Rey finira par se prononcer, avec Bentham, pour l'insertion des motifs de la loi dans son texte même²⁷¹¹ et propose également d'enseigner la législation dès l'école²⁷¹². C'est également en mobilisant le jurisconsulte britannique que Rey aborde la question des obstacles que les mœurs peuvent opposer aux lois.

2703 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, B, 3.

2704 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 196.

2705 BMG, T. 3955.

2706 *Ibid.*

2707 *Ibid.*

2708 *Ibid.*

2709 MONTESQUIEU prend toutefois soin de préciser « qu'il ne s'agit point là d'une condamnation pour crime, mais d'un jugement des mœurs dans une république fondée sur les mœurs » (*De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 140-141).

2710 Par ailleurs, pour MONTESQUIEU, la fonction de censure s'inscrit dans le cadre de sa maxime d'après laquelle les lois doivent être relatives « à la nature et au principe du gouvernement » (*De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 12), puisque la République a pour principe la vertu, c'est-à-dire les bonnes mœurs de ses citoyens. Or, cette maxime est formellement rejetée par Joseph REY (voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, I, C, 1)

2711 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, A, 3.

2712 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, B, 2.

3. La prise en compte stratégique des mœurs

Même si les mœurs apparaissent essentiellement comme le produit de la législation, il n'est pas entièrement exclu de les prendre en compte lorsqu'il s'agit de réfléchir au contenu des lois. Avec Bentham²⁷¹³, Rey soulève alors la question de savoir « jusqu'à quel point l'état moral d'un peuple, à une époque donnée, peut [...] s'opposer à une législation supposée bonne dans telle autre époque ?²⁷¹⁴ » Autrement dit : l'état moral d'un peuple participe-t-il des circonstances devant être prises en compte dans l'élaboration de la loi ? Cette question intervient alors que Rey s'attache à réfuter l'opinion de Savigny contre la codification. Nous y reviendrons²⁷¹⁵, mais il faut dès cet instant dire un mot sur l'idée que se fait le juriste allemand du rôle du législateur. D'après Savigny, son intervention est tout à fait secondaire dans le cadre de l'élaboration du droit destiné à s'appliquer sur un certain territoire. Il considère que le droit est une production spontanée et vivante qui émerge de la conscience du peuple, et que la législation se place donc nécessairement à la suite des événements desquels naît le droit d'un certain groupe d'individus. Elle se révèle donc incapable de remédier à aucuns maux tant qu'il n'existe pas, dans la conscience populaire, les éléments propres à apporter les solutions requises. Elle n'a pas, ou du moins ne devrait pas avoir de réelle portée créatrice, performative. Toute loi qui cherche à remédier à une situation déplorable, affirme Savigny, doit prendre appui « dans l'opinion commune²⁷¹⁶ » et n'en être qu'un complément. S'il n'existe pas « une tendance claire et heureuse », autrement dit une évolution des mœurs en direction du remède au mal qu'il s'agit de corriger, la législation reste dans l'incapacité d'influencer toute amélioration, et risque même de « rendre la solution plus difficile »²⁷¹⁷. Joseph Rey n'admet pas un tel fatalisme, mais il reconnaît néanmoins une part de vérité dans le propos de Savigny.

C'est en effet à regret que notre juriste consent à prendre en compte l'état des mœurs, du moins dans une certaine mesure. Il évoque « la nécessité qu'il y a quelquefois de tenir compte des dispositions morales d'un peuple, et de suspendre l'application d'un meilleur système²⁷¹⁸ » législatif. Car l'objectif n'est pas de heurter les sentiments et les habitudes populaires en

2713 BENTHAM consacre plusieurs pages, que REY cite ensuite, à la question suivante : « *Les meilleures Lois possibles dans l'époque actuelle, auroient-elles été les meilleures possibles dans les tems passés ?* » (*Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 382-388).

2714 *TPGD*, p. 275.

2715 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, I.

2716 Friedrich Carl VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, P.U.F., 2006, p. 73.

2717 *Ibid.*, p. 73.

2718 *TPGD*, p. 282.

cherchant à introduire « brusquement²⁷¹⁹ » une perfection législative vouée à n'exister que dans les livres. Bentham affirme certes que la position de Solon (donner des lois conformes aux mœurs) s'apparente à une forme de renoncement que l'antique législateur lui-même devait bien regretter²⁷²⁰. Il est possible, selon Bentham, « que les Athéniens, trompés par leurs préjugés, eussent refusé une excellente Législation, mais il n'est pas possible que la Législation inférieure leur convînt mieux, fût mieux adaptée à leur bonheur²⁷²¹ ». C'est donc à contre cœur que Bentham admet l'ajournement des meilleures lois, même s'il parvient à s'en expliquer les motifs. C'est que, pour lui comme pour Rey, la dimension démocratique de la loi ne disparaît pas complètement lorsqu'ils en traitent sous l'aspect plus technique ou plus rationaliste. Ainsi, Bentham affirme que « la bonté des lois dépend de leur conformité avec l'attente générale²⁷²² », là où Rey précise qu'il faut parfois ajourner l'adoption d'une bonne loi, en raison de « la position plus ou moins forte des opposants²⁷²³ ». Il reconnaît donc avec « Bentham [...] la nécessité qu'il y a quelquefois de tenir compte des dispositions morales d'un peuple, et de suspendre l'application d'un meilleur système²⁷²⁴ ». Mais il s'agit essentiellement de ne pas produire des effets contraires au but recherché.

Même le système le plus parfait, tel que celui de la communauté et de la coopération mutuelle, ne saurait être introduit du jour au lendemain. Rey préfère attendre que le résultat des expériences partielles menées çà et là persuade d'abord les gens de ses bienfaits, afin qu'il s'introduise sans heurter brutalement les mœurs. Ce serait contraire au but visé. En effet, écrit le juriste, si « les lois ne doivent point être opposition trop marquées avec les mœurs », c'est « parce qu'alors elles n'auraient point assez de prise sur elles, ou parce qu'elles produiraient peut-être un effet contraire à celui qu'on se proposerait »²⁷²⁵. C'est là une « règle tactique²⁷²⁶ ». Le principe utilitaire n'implique pas seulement une certaine finalité (le plus grand bonheur) ; il doit encore être pris en compte lorsqu'il s'agit de réfléchir aux moyens d'y parvenir. Rey admet par exemple qu'en « l'état actuel de la société, dans lequel domine surtout le principe de la *compétition* individuelle », le législateur ne doit pas intervenir « lorsque les particuliers, livrés à eux-mêmes, suffisent au règlement de leurs intérêts »²⁷²⁷. En effet, trop étendre son champ d'intervention risquerait, entre autres choses, de multiplier les occasions « d'abuser des moyens qui sont à sa

2719 BMG, F. 11433, p. 73.

2720 « [L]e mot de Solon exprimoit un regret, et non pas un choix » (*Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 388 ; cité dans *TPGD*, p. 282).

2721 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 388 ; cité dans *TPGD*, p. 282

2722 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 2, *op. cit.*, p. 95.

2723 *TPGD*, p. 276.

2724 *Ibid.*, p. 282.

2725 *Préliminaires*, p. 55 ; *JGLJ*, t. 1, p. 392 ; *TPGD*, p. 246.

2726 *TPGD*, p. 276.

2727 *Ibid.*, p. 252-253.

disposition » ; ce qui est surtout à craindre dans un état de société où domine une « rivalité continuelle des individus les uns envers les autres »²⁷²⁸. C'est toujours pour ne pas manquer le but social qu'une telle précaution doit être prise en l'état actuel. Si les mœurs méritent d'être prises en compte dans l'élaboration de la loi, ce n'est donc pas afin de les stabiliser comme le veulent certains²⁷²⁹, mais parce qu'elles peuvent forcer à varier les mesures législatives afin d'atteindre le but social. Delvincourt était de cet avis, et cela mérite d'être souligné. Lorsqu'il affirme que les lois doivent tenir compte « des mœurs, du caractère, et même des vices du peuple²⁷³⁰ », il précise en effet qu'« elles doivent tendre, non à favoriser, mais à corriger les vices²⁷³¹ ». C'est pourquoi il ne faut pas supposer les hommes meilleurs qu'ils ne le sont, au risque d'adopter des lois qui ne fassent que les corrompre un peu plus²⁷³². De même, Rey convient qu'il a pu être inopportun, « de vouloir, dans le cours de notre révolution, faire de suite participer également tous les individus à l'exercice des droits politiques²⁷³³ ». Les mœurs des français ayant été « souillées par la fange du despotisme et de l'aristocratie, dans laquelle ils croupissaient depuis plusieurs siècles²⁷³⁴ », ils n'étaient sans doute pas mûrs pour faire un usage convenable de ces droits. Une certaine éducation politique leur manquait et c'est à cette tâche qu'il aurait fallu s'atteler en premier lieu, afin de permettre au peuple d'exercer ensuite sa souveraineté. Mais aurait-il pour autant été judicieux d'adopter des lois *conformes aux mœurs souillées* des français ? Le législateur doit-il se contenter de décrire les mœurs, comme le pense Charles Comte par exemple ?

Dans une note en marge du *Traité de législation* de ce dernier, Joseph Rey précise que :

« le législateur ne doit pas se borner à dire telle chose existe ; il doit dire telle chose doit exister, et il doit statuer les mesures nécessaires pour que cela ait lieu. Bien entendu qu'il doit faire des lois conformes à l'état de la société, en tendant toutefois toujours à l'améliorer. Il doit être un grand prudent, mais bien améliorer²⁷³⁵ ».

Cette citation insiste encore sur la différence qui sépare Rey de Charles Comte quant à l'appréciation de la méthode d'observation. Le but que poursuit Rey n'est pas de nier le poids des mœurs et de leur enracinement. Mais certains, considère-t-il, exacerbent leur influence pour conclure que « *c'est en vain qu'on fera de bonnes lois si les mœurs sont mauvaises* », que celles-ci seront « toujours plus fortes que la loi », et donc « que tout système de perfectionnement social par

2728 *Ibid.*, p. 253.

2729 Ainsi DUGAS-MONTBEL considère par exemple que le grand mérite de LYCURGUE n'est pas d'avoir donné des mœurs à son peuple, mais d'avoir « proclamé des habitudes déjà prises » en les plaçant « sous la garantie de la publicité » (*De l'influence des lois sur les mœurs, op. cit.*, p. 10).

2730 C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, *op. cit.*, p. 7.

2731 *Ibid.*, p. 282.

2732 « [U]ne loi qui seroit faite dans la supposition que ceux qu'elle doit régir, sont tous vertueux, ne feroit qu'augmenter leur corruption » (C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, *op. cit.*, p. 282).

2733 *Préliminaires*, p. 56 ; JGLJ, t. 1, p. 393 ; TPGD, p. 247.

2734 *Préliminaires*, p. 56 ; JGLJ, t. 1, p. 393 ; TPGD, p. 247.

2735 BMG, T. 11454, t. 1, p. 343.

l'empire de la législation contre les mœurs ne sera jamais qu'une vaine théorie »²⁷³⁶.

L'argument des mauvaises mœurs peut en effet servir à proposer ou à s'opposer à certaines lois, et cela se remarque par exemple lorsqu'il s'agit de restreindre les libertés. C'est par exemple ce que l'on trouve sous la plume du commissaire du roi auprès du *Journal des débats* qui, en 1814, cite Servan affirmant que « si les mœurs sont corrompues, [...] il faut empêcher les hommes de dire trop librement ce qu'ils pensent²⁷³⁷ ». Si l'Angleterre a pu introduire la liberté de la presse, affirme à son tour Fontanes à la Chambre des Pairs, cela ne signifie pas qu'elle serait également un bienfait en France car il y a entre les deux peuples une « diversité des caractères nationaux²⁷³⁸ ». Certes, il ne s'agit pas ici de laisser libre cours à ces *mœurs corrompues* qu'évoquait Servan, mais de faire obstacle à leur expression par un recours à la censure. C'est néanmoins refuser la liberté de la presse qui, du point de vue de Rey, s'apparente à une bonne loi, parce que les mœurs sont mauvaises. Cela revient aussi à nier les effets favorables, moraux, qu'une telle liberté pourrait produire. Rey se prononce en effet pour une entière liberté de la presse en toutes circonstances. Certains affirment qu'elle « est dangereuse dans les temps orageux, parce qu'elle est un moyen facile de remuer la multitude et de porter à la sédition²⁷³⁹ ». Rey pense au contraire que tous les exemples tirés de l'épisode révolutionnaire sont infondés, car « il n'a existé de véritable liberté de la presse, [...] elle n'était qu'apparente²⁷⁴⁰ ». En effet, « c'était toujours un parti qui s'en emparait pour comprimer l'autre », et si des « opinions exagérées » ont pu s'exprimer alors, ce n'était « que le résultat de la servitude antérieure »²⁷⁴¹. Il ajoute encore qu'il n'est pas « de moyen plus sûr que la censure même pour favoriser la calomnie », car dès qu'un censeur autorise une publication calomnieuse, il est certain qu'il censura tous ceux qui chercheraient à s'en défendre²⁷⁴². Ce n'est donc pas la liberté qui produit les vices, mais, tout au contraire, la censure : « Laissez au ressort son mouvement ordinaire et ce mouvement ne sera pas désordonné²⁷⁴³ ».

Cependant, certains sont tout bonnement incrédules quant à la capacité de la loi de modifier les mœurs, et Rey perçoit, dans une telle opinion, une pente glissante. Car si l'on considère que les lois ne doivent pas, ou sont incapables de tendre à améliorer les mœurs, alors l'état moral d'une nation laissée à l'abandon risque de se dégrader plus encore. En effet, « rien

2736 *Préliminaires*, p. 54-55 ; *JGLJ*, t. 1, p. 392 ; *TPGD*, p. 247.

2737 François CHÉRON, *Sur la liberté de la presse*, Paris Pillet, 1814, p. 67.

2738 *Discussions aux deux chambres (Session de 1816) sur les lois des élections, de la liberté individuelle, des journaux et du budget* t. 1, Paris, Gueffier, 1817, p. 544.

2739 *DBC*, p. 90.

2740 *Ibid.*, p. 90.

2741 *Ibid.*, p. 90.

2742 *Ibid.*, p. 91.

2743 *Ibid.*, p. 90.

n'est vraiment stationnaire dans le monde moral ; tout ce qui ne se perfectionne pas se détériore ; si les mœurs d'une nation sont mauvaises, et si la législation ne tend point à les épurer, elles seront bientôt détestables²⁷⁴⁴ ».

Rey condamne d'ailleurs certaines lectures abusives qui sont faites du principe de modération posé par Montesquieu au chapitre premier du livre XXIX de l'*Esprit des lois*. « [P]our certains hommes, qui presque toujours y trouvent leur compte », ce principe implique de « ne rien entreprendre contre les injustices les plus révoltantes, sous prétexte de ne point soulever les passions, ou de ne point ébranler l'édifice social »²⁷⁴⁵. Comme nous avons déjà pu nous en convaincre, Rey ne saurait envisager la pérennité d'un (dés)ordre social qui ne serait pas fondé sur le respect des principes de la justice distributive. Il s'oppose en fait à tout ce qui tend à justifier le maintien de ce que lui-même ne considère que comme un désordre social²⁷⁴⁶. Aussi refuse-t-il ces appels à la modération et à la sobriété dès lors qu'il devient urgent de réformer les institutions sociales – et par voie de conséquence les mœurs – pour asseoir la société sur ses véritables bases. C'est en suivant cette direction que la législation pourra toujours agir dans une « tendance régénératrice²⁷⁴⁷ ». Le législateur ne saurait donc se borner à pérenniser l'institution politique et sociale tant que celle-ci n'est pas fondée sur les véritables principes. C'est pourquoi, lorsque Rey en vient à s'interroger sur la prise en compte des circonstances dans l'élaboration des lois, il s'oppose aux opinions avancées par Montesquieu, qui fait dépendre les lois d'un ensemble d'éléments jugés peu pertinents par notre auteur.

C/ LA JUSTE PRISE EN COMPTE DES CIRCONSTANCES

Lorsque nous avons présenté la théorie du droit de Joseph Rey, nous avons vu qu'il insistait sur la nécessité de prendre en compte les circonstances pour déterminer ce qui constitue le droit. Comme il l'affirme lui-même, « le mot droit suppose toujours une *conformité de prétention avec les lois ou principes de l'objet dont il s'agit, considéré dans les circonstances où l'on se trouve*²⁷⁴⁸ ». Redéfinissant ensuite la notion d'immuabilité des lois, le juriste met alors en avant la variabilité des circonstances, pour considérer que si toute loi positive doit être juste et immuable, cela ne signifie pas « que toute loi, qui porte une fois le caractère de justice, ne doive jamais être

2744 *Préliminaires*, p. 56-57 ; *TPGD*, p. 247.

2745 *TPGD*, p. 250.

2746 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, I.

2747 *Préliminaires*, p. 58.

2748 *Ibid.*, p. 98.

modifiée, *lors même que les circonstances changent*²⁷⁴⁹ ». On comprend ainsi que l'élaboration des lois ne saurait s'envisager de façon purement spéculative et abstraite, chacune d'entre elles devant être adaptée au contexte dans lequel elle sera amenée à s'appliquer.

Il convient toutefois de ne pas exagérer l'importance des facteurs extérieurs, comme l'ont fait certains de ses devanciers. Rey adopte en effet une perspective beaucoup plus rationaliste et universaliste qu'il n'y paraît de prime abord. Le but de législation étant invariable, les circonstances n'impactent que les « *moyens d'application des principes sociaux*²⁷⁵⁰ ». Dans le même ordre d'idée, Bentham pensait ainsi qu'un code rédigé à partir du principe utilitaire pourrait tout à fait être transplanté chez toutes les nations, sauf à varier les modalités d'application, notamment les peines et les récompenses, en fonction des « circonstances qui influent sur la sensibilité²⁷⁵¹ ». C'est donc pour produire le même effet partout, qu'il convient parfois d'adopter des dispositions différentes. Cela ne signifie pas qu'il faille se plier aux circonstances : le législateur peut et doit au contraire agir sur celles qui perturbent l'harmonie sociale, qu'elles soient données ou construites. En effet, si l'homme doit bien accepter qu'il est une part de donné, de déjà-là, contre laquelle il n'a aucun pouvoir d'agir, on ne saurait méconnaître combien l'action des hommes, et des gouvernements en particulier, a contribué à la création de circonstances nouvelles. Certaines étant tout à fait défavorables au bonheur humain, elles ne méritent donc pas d'être prises en compte, sauf à chercher à les éradiquer, comme c'est le cas pour les mauvaises mœurs ou les mauvais gouvernements. Par ailleurs, Rey est d'avis qu'il ne faut pas non plus exagérer le poids des circonstances naturelles car l'homme peut également modifier son environnement²⁷⁵².

Lorsqu'il entreprend d'étudier les divers facteurs qui pourraient être pris en compte par le législateur, Rey s'engage alors dans une critique du relativisme promu par certaines assertions de Montesquieu. Si cela n'était pas déjà évident, le juriste en profite ici pour affirmer franchement le peu d'affection qu'il porte à l'auteur de *l'Esprit des lois*. Tout en lui reconnaissant de « louables intentions », il constate cependant que son ouvrage « n'est presque invoqué de nos jours qu'en

2749 JGLJ, t. 1, p. 402 ; TPGD, p. 290.

2750 TPGD, p. 258.

2751 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 330.

2752 C'est le cas, par exemple, pour l'éventuel manque de subsistances que des progrès en agriculture peuvent venir compenser. Joseph REY a d'ailleurs publié une notice sur un thème bien étonnant pour un juriste dans le *Journal des Travaux de l'Académie de l'industrie agricole, manufacturière et commerciale* en novembre 1832. Il s'agit d'une « [n]otice sur l'usage de la chaux en agriculture, rédigée d'après les observations faites dans les départements du Maine-et-Loire, de la Mayenne et de la Sarthe », dans laquelle il explique et vante l'usage de la chaux en tant que fertilisant (notice reproduite dans le *Bulletin de la société industrielle d'Angers*, Troisième année, Angers, Ernest le Sourd, 1833, p. 262-278). On s'éloigne, certes, des principes de la législation, mais cela permet de comprendre que, pour REY, si l'environnement naturel conditionne l'existence de l'homme, celui-ci peut aussi modifier son environnement.

faveur du despotisme et de l'aristocratie »²⁷⁵³. Si Rey s'inscrit bien dans l'héritage des Lumières, c'est donc sous bénéfice d'inventaire. Selon lui, Montesquieu a eu le grand tort de confondre le fait et le droit, et d'appuyer de son autorité toutes les formes de gouvernements et de législations, aussi éloignées soient-elles des véritables principes. Une fois de plus, notre auteur se présente en héritier des Lumières radicales²⁷⁵⁴. En effet, il rejoint ici certaines des critiques qu'avait formulé Helvétius contre l'*Esprit des lois* au siècle précédent²⁷⁵⁵. L'un comme l'autre, en plaçant au frontispice de leurs réflexions la question du bonheur des hommes, reprochent à Montesquieu son absence de toute évaluation de type axiologique. Que sert-il de dissenter sur les lois qui conviennent aux gouvernements despotiques, demandait ainsi Helvétius²⁷⁵⁶ ?

Contre Montesquieu, Rey s'en prend d'abord à l'idéologie portée par son relativisme politique, qui découle du principe d'après lequel *les lois doivent être relatives à la nature et au principe du gouvernement* (1). Mais c'est surtout la théorie des climats qui l'occupe le plus longuement. Car si la prise en compte du climat est bien nécessaire pour le législateur, Joseph Rey juge toutefois que Montesquieu en a tiré des conséquences exagérées (2).

1. La condamnation de l'idéologie portée par le relativisme politique de Montesquieu

Au chapitre III du livre I de l'*Esprit des lois*, Montesquieu affirme que les lois doivent « se rapporte[r] à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir²⁷⁵⁷ ». Dans les chapitres suivants, il développe alors ses idées sur le sujet en précisant l'application de cette maxime aux trois, voire quatre, formes de gouvernements qu'il distingue : la république, qui peut être démocratique ou aristocratique, la monarchie et le gouvernement despotique. Bien que son propos condamne plus ou moins explicitement les régimes despotiques, qualifiés de « gouvernements monstrueux²⁷⁵⁸ », Montesquieu se présente avant tout comme observateur et historien. Ce n'est qu'à de rares occasions qu'il se permet de porter des jugements sur les

2753 TPGD, p. 245. La lecture que propose Louis ALTHUSSER de l'*Esprit des lois* montre d'ailleurs que MONTESQUIEU, par la préférence qu'il donne à la monarchie modérée conçue comme un pouvoir limité par des corps intermédiaires, tend à la défense de l'aristocratie, des nobles conçus comme les gardiens de la liberté politique (*Montesquieu, op. cit.*, p. 71-81). Nous avons également vu FONTANES se placer sous l'égide de MONTESQUIEU pour s'opposer à une entière liberté de la presse en raison du caractère propre (ou plutôt impropre en l'occurrence) des français (voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, I, B, 2).

2754 J. ISRAËL, *Une révolution des esprits, op. cit.*, p. 2.

2755 MONTESQUIEU et C.-A. HELVÉTIUS, *De l'Esprit des lois : avec les notes d'Helvétius*, Paris, A. Hiard, 1833, 6 t.

2756 C.-A. HELVÉTIUS, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 123.

2757 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 12.

2758 *Ibid.*, p. 52.

gouvernements qu'il étudie. Dans le même temps, force est de constater qu'il ne se limite pas toujours à une simple description des faits²⁷⁵⁹. *Les lois doivent...* affirme-t-il en effet à de multiples reprises. De même, lorsqu'il présente les principes des trois gouvernements, il glisse volontiers du registre descriptif au registre prescriptif. La république repose sur la vertu, la monarchie sur l'honneur et le despotisme sur la crainte, mais, précise-t-il, cela

« ne signifie pas que, dans une certaine république, on soit vertueux ; mais qu'on devroit l'être. Cela ne prouve pas non plus que, dans une certaine monarchie, on ait de l'honneur, et que, dans un état despotique particulier, on ait de la crainte ; mais qu'il faudroit en avoir ; sans quoi le gouvernement sera imparfait²⁷⁶⁰ ».

Outre la neutralité qu'il affecte à l'égard de ces trois formes de régime, Montesquieu peut apparaître ici comme un nouveau Machiavel, conseiller des souverains, pour les aider à maintenir leurs gouvernements. « Montesquieu flatte les tyrans²⁷⁶¹ », écrira d'ailleurs Stendhal, l'ami de Rey, à sa sœur Pauline. L'auteur de *l'Esprit des lois* précise en effet qu'il n'écrit « point pour censurer ce qui est établi²⁷⁶² ». Bien entendu, on comprend que le contexte politique amène l'auteur à prendre des précautions. Helvétius fait toutefois une remarque pertinente lorsque, à l'occasion du chapitre intitulé « Que les lois de l'éducation doivent être relatives au principe du gouvernement²⁷⁶³ », il lui rétorque qu'il est « bien ridicule de faire un ouvrage pour enseigner ce qu'il faut qu'on fasse pour maintenir ce qui est mal²⁷⁶⁴ ». Comme le remarque encore Augustin Thierry, l'ouvrage entier de Montesquieu consiste effectivement à présenter « par quels moyens ce qui existe peut se perpétuer, en dépit des résistances, des intérêts et des lumières²⁷⁶⁵ ». Ce grief est partagé par Joseph Rey, qui voit dans les idées développées par Montesquieu une manière de maintenir n'importe quelle organisation politique et sociale, fusse-t-elle « l'organisation du désordre²⁷⁶⁶ ».

Pour notre auteur, la règle législative posée par Montesquieu ne saurait en effet valoir que « lorsque la nature et le principe d'un gouvernement sont conformes à la vraie nature de l'homme, c'est-à-dire lorsque la tendance de ce gouvernement est le bonheur du peuple²⁷⁶⁷ ». La référence au bonheur apparaît, chez les penseurs de tradition philosophique hédoniste, comme un critère plus pertinent de discrimination entre les gouvernements. Lorsque Montesquieu

2759 L. ALTHUSSER, *Montesquieu, op. cit.*, p. 35-37.

2760 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 56.

2761 *Correspondance de Stendhal (1800-1842)*, t. 1, publiée par Adolphe PAUPE et Paul Arthur CHERAMY, Paris, Charles Bosses, 1908, p. 107

2762 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. ciii.

2763 *Ibid.*, p. 57.

2764 C.-A. HELVÉTIUS, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 69.

2765 Augustin THIERRY, « Commentaire de l'Esprit des lois de Montesquieu », *Le Censeur Européen*, t. 7, 1818, p. 200.

2766 TPGD, p. 244.

2767 *Ibid.*, p. 244.

évoque les gouvernements qui, à défaut d'assurer le maintien de leur principe, seraient imparfaits, Helvétius répond qu'« [u]n gouvernement imparfait est celui qui ne tend pas au bonheur des hommes²⁷⁶⁸ ». De son côté, Tracy s'intéresse surtout à l'origine et à l'exercice du pouvoir. Quand il aborde la typologie de Montesquieu dans son *Commentaire*, c'est pour lui en substituer une nouvelle, simplifiée, en deux classes : les gouvernements « *nationaux* ou de droit commun, et les autres *spéciaux* ou de droit particulier et d'exception²⁷⁶⁹ ». Les principes sur lesquels reposent les premiers sont « que tous les droits et tous les pouvoirs appartiennent au corps entier de la nation, résident en lui, sont émanés de lui, et n'existent que par lui ou pour lui », et que « tous ceux chargés d'une fonction publique » n'ont que des devoirs, là où « les citoyens seuls ont des droits »²⁷⁷⁰. La seconde classe se compose quant à elle de tous les gouvernements qui s'écartent de ces principes. Toutes ces idées, celles d'Helvétius comme celles de Tracy, sont partagées par Joseph Rey. Il affirme hautement le principe de la souveraineté nationale comme seul fondement véritable de tout pouvoir et de tout gouvernement stable²⁷⁷¹. Par conséquent, si l'ensemble des lois secondaires doivent en effet être des « conséquences rigoureuses²⁷⁷² » de la Constitution de l'État, c'est à la condition que celle-ci soit elle-même conforme au « code DE DROIT FONDAMENTAL DE TOUTE SOCIÉTÉ²⁷⁷³ ».

Joseph Rey attribue alors l'égarement dans lequel tombe, selon lui, Montesquieu, à un défaut d'observation « de notre nature²⁷⁷⁴ ». Ce dernier développe ses principes à partir de l'observation des formes historiques de gouvernement, alors qu'en matière de politique et de législation, seule la nature de l'homme doit déterminer les principes. C'est uniquement l'observation de la nature humaine qui offre la possibilité de dégager certaines valeurs, qui permettent alors de déterminer ce qui *doit* être. Rappelons le reproche que Rey fait à Charles Dunoyer : son tort est « de penser qu'on doive se borner à rechercher d'une manière empirique et isolée *ce qui est*, sans chercher à trouver des règles qui puissent nous faire juger quand ce qui est *est bien*, c'est-à-dire quand les choses sont disposées d'une manière conforme à nos vrais besoins²⁷⁷⁵ ». Ce blâme peut aussi bien s'appliquer ici à Montesquieu ou, comme nous le verrons, à Savigny²⁷⁷⁶. Même lorsque Rey offre au public un ouvrage qui se veut avant tout historique et descriptif, les *Institutions judiciaires de l'Angleterre comparées à celles de la France*, la méthode

2768 C.-A. HELVÉTIUS, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 68.

2769 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 10.

2770 *Ibid.*, p. 11.

2771 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, II.

2772 TPGD, p. 391.

2773 *Ibid.*, p. 387.

2774 *Ibid.*, p. 244.

2775 *Ibid.*, p. 207.

2776 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, I, A.

comparative lui permet d'étudier son sujet dans une perspective critique²⁷⁷⁷. Il explicite en effet son rôle d'écrivain dans une remarque qui pourrait parfaitement constituer une critique de la position adoptée dans *l'Esprit des lois*. Selon lui, « la véritable impartialité pour un ouvrage de ce genre ne consiste pas à n'offrir qu'une série matérielle des faits, sans aucune espèce de critique, mais à présenter tous les faits à notre connaissance comme ferait un rapporteur judiciaire, et à émettre ensuite notre opinion comme un juge intègre et ferme, qui donne ouvertement tort ou raison aux parties selon le mérite réel de leur cause²⁷⁷⁸ ». Et Rey de condamner la confusion du « fait avec le droit » dans laquelle est entraînée Montesquieu²⁷⁷⁹. Remarque analogue de Condorcet, lorsqu'il demande pourquoi Montesquieu n'a « établi aucun principe pour apprendre à distinguer parmi les lois émanées d'un pouvoir légitime, celles qui sont injustes et celles qui sont conformes à la justice²⁷⁸⁰ ».

Les conséquences de cet aspect de la théorie de Montesquieu sont graves. Pour Rey, une telle affirmation sur les lois se présente comme le soutien des pires formes d'organisations politiques et sociales, faisant une fois de plus obstacle à toute possibilité de réforme. Le juriste remarque d'ailleurs que l'injonction à conformer les lois aux mœurs « a de l'analogie²⁷⁸¹ » avec celle qui nous intéresse ici. Les deux condamnent en effet toute perspective d'amélioration et de progrès. Ainsi, demande Rey,

« si l'institution primitive est radicalement vicieuse, si elle tend à entretenir non la paix, mais la dissension entre les citoyens, en favorisant une injuste distribution des charges et des avantages, faudra-t-il encore que la législation ultérieure n'ait d'autre but que de développer toujours davantage de semblables tendances ? Le beau idéal de la législation ne sera donc que l'art funeste de perpétuer l'organisation du désordre, et de rendre impossible le retour à une meilleure institution !²⁷⁸² »

Le législateur qui agirait ainsi est, d'après Rey, semblable au médecin dont tout l'art consisterait « à entretenir les maladies et à les rendre incurables²⁷⁸³ ».

Les lois n'ont donc pas à viser le maintien d'une quelconque forme de gouvernement, mais le *bonheur du peuple*. Rey considère d'ailleurs qu'elles seraient impuissantes à pérenniser des

2777 Cette approche lui sera d'ailleurs reprochée par Foelix (*Revue étrangère et française de législation et d'économie politique* t. 5, Paris, Joubert, 1838, p. 708).

2778 *DIJAF*, t. 1, p. xx. Il est difficile de comprendre pourquoi Georges WEILL voit en MONTESQUIEU une des sources d'inspiration de Joseph REY, lorsqu'il affirme que notre auteur « s'efforce de remonter à des principes philosophiques, en s'inspirant de Montesquieu et des idéologues » (« Un éducateur oublié, Joseph Rey », *art. cit.*, p. 65).

2779 *TPGD*, p. 244.

2780 Nicolas DE CONDORCET, « Observations de Condorcet sur le vingt-neuvième livre de *l'Esprit des lois* », in A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 365-366.

2781 *TPGD*, p. 245. Voir l'analyse D'ALTHUSSER, qui signale l'« analogie substantielle des mœurs et du principe » du gouvernement, car ce dernier apparaît comme « l'expression même des mœurs » (*Montesquieu*, *op. cit.*, p. 60-61).

2782 *TPGD*, p. 244.

2783 *Ibid.*, p. 244.

gouvernements fondés sur l'inégalité, les privilèges et la servitude. Tout l'art des législateurs ne saurait empêcher que les régimes aristocratiques ou despotiques finissent pas s'écrouler sous les coups des révolutions populaires. Et ce ne sont pas quelques degrés de chaleur supplémentaires qui permettront d'asseoir le despotisme sur des bases plus solides.

2. L'exagération de Montesquieu dans l'importance donnée au climat

À la suite de différents savants²⁷⁸⁴, dont Hippocrate, Montesquieu propose, aux livres XIV à XVII de *l'Esprit des lois*, d'apprécier l'influence du climat sur les sociétés humaines, et notamment sur la formation des lois. On s'aperçoit alors que, dans son esprit, le climat est l'élément le plus déterminant : tout se rapporte, en dernier ressort, au climat, comme le remarque Rey²⁷⁸⁵. C'est ce qui résulte notamment de ce passage :

« Ce sont les différents besoins dans les différents climats qui ont formé les différentes manières de vivre ; et ces différentes manières de vivre ont formé les diverses sortes de lois.²⁷⁸⁶ »

Althusser considère pourtant que le déterminisme climatique de Montesquieu ne fait pas obstacle à ce que « le climat puisse céder aux lois²⁷⁸⁷ », et il est vrai que ce dernier admet que le législateur puisse « faire des lois civiles qui forcent la nature du climat et rétablissent les lois primitives²⁷⁸⁸ ». De telles assertions restent toutefois plus qu'anecdotiques et il ressort surtout de la lecture de *l'Esprit des lois* une impression de fatalisme, notamment en ce qui concerne l'analyse des causes climatiques de l'esclavage et de la servitude.

C'est précisément sur ce point que Joseph Rey prend ses distances avec Montesquieu. Que les *différents besoins* qui découlent des *différents climats* contribuent à la diversité des lois, cela s'accorde parfaitement avec la théorie reyienne du droit et de la législation. Mais qu'on puisse y rattacher une explication climatique des causes de la servitude, là où le problème est éminemment politique, cela dépasse une saine analyse. Nul climat ne saurait en effet altérer le besoin de liberté. Avant de s'engager dans la discussion avec Montesquieu sur ce thème, Rey

2784 Mario PINNA, « Un aperçu historique de "la théorie des climats" », *Annales de géographie*, t. 98, n° 547, 1989, p. 322-325 ; Jean-François STASZAK, « À quoi sert la "théorie des climats" ? », *Corpus*, n° 34, 1998, p. 9-43.

2785 « D'après cette théorie, le climat déciderait *seul* du caractère et des mœurs d'un peuple, de la forme de son gouvernement, et de son état de liberté ou de servitude » (*TPGD*, p. 257) ; reformulé ainsi dans ses *Bases de l'ordre social* : « D'après lui ce serait le climat SEUL qui déciderait du caractère et des mœurs d'un peuple, et qui doit déterminer la forme de son gouvernement, ainsi que son état de liberté et de servitude » (*DBOS*, t. 1, p. 240).

2786 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 50.

2787 L. ALTHUSSER, *Montesquieu*, *op. cit.*, p. 62.

2788 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 113.

prévient ainsi son lecteur qu'il n'est aucun sujet « pour lequel il ait si complétement oublié sa maxime sur la *modération* en matière législative²⁷⁸⁹ ».

Rey aborde l'opinion de Montesquieu dans un chapitre de son *Traité* consacré à « l'influence des différentes circonstances physiques sur la législation²⁷⁹⁰ », puis il en traite à nouveau dans ses *Bases*, au titre des « différences individuelles *acquises dans le cours de la vie*, par l'effet de certaines circonstances²⁷⁹¹ ». Après avoir signalé quelques contradictions dans les exemples choisis par Montesquieu pour appuyer sa théorie, Rey convient néanmoins que le climat est l'un des facteurs déterminants que le législateur doit connaître et prendre en considération lorsqu'il élabore les lois :

« Il est certain que le climat, comme toute autre circonstance physique, et même comme toute autre spécialité d'un peuple, doit déterminer certaines particularités, soit dans la constitution primitive de l'homme, soit dans ses modifications ultérieures, soit dans sa manière de vivre, soit dans l'ensemble de ses usages économiques. Il est également certain que son caractère moral, et ce qu'on appelle ses *mœurs* doivent recevoir une influence analogue ; enfin l'on conçoit encore que le législateur doive tenir compte de toutes ces circonstances, et qu'elles doivent l'obliger à varier les *moyens d'application* des principes sociaux.²⁷⁹² »

Cependant, si les moyens doivent être adaptés au climat, le but de la législation n'est en rien altéré²⁷⁹³. Par ailleurs, quand bien même Montesquieu aurait raison sur la différence de sensibilité au plaisir et à la douleur selon le climat²⁷⁹⁴, cela ne change rien au fait que « partout [l'humanité] recherchera le plaisir et fuira la douleur²⁷⁹⁵ ». Par conséquent, « partout il lui faudra sûreté et liberté dans le développement des moyens propres à se procurer l'un et à éviter l'autre²⁷⁹⁶ ».

En outre, la part que Montesquieu attribue au climat apparaît, au yeux de Rey, largement exagérée. Le juriste commence d'abord par invoquer l'autorité d'Hippocrate lui-même pour appuyer sa réfutation. Considéré comme le premier théoricien de l'influence du milieu physique, « le grand médecin-philosophe²⁷⁹⁷ » avait pourtant nuancé le rôle joué par le climat, en prenant également en compte des considérations politiques. C'est ce que signale Villemain, « avec beaucoup de raison²⁷⁹⁸ », dans son *Cours de littérature française*. Hippocrate remarque en effet que si le climat détermine le caractère des peuples, leur lâcheté ou leur courage, par exemple, « le

2789 TPGD, p. 256 ; DBOS, t. 1, p. 240.

2790 TPGD, p. 255.

2791 DBOS, t. 1, p. 231.

2792 TPGD, p. 257-258.

2793 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, I, A.

2794 « Dans les pays froids, on aura peu de sensibilité pour les plaisirs ; elle sera plus grande dans les pays tempérés ; dans les pays chauds, elle sera extrême. [...] Il en va de même de la douleur ». Chez les peuples du nord, « l'âme y est [...] moins sensible à la douleur » (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 37-38).

2795 TPGD, p. 258 ; DBOS, t. 1, p. 241.

2796 TPGD, p. 258 ; DBOS, t. 1, p. 241.

2797 TPGD, p. 256.

2798 *Ibid.*, p. 256.

*gouvernement y a encore beaucoup de part*²⁷⁹⁹ ». La soumission à un roi favorise la lâcheté, là où la liberté est plus propice à susciter des actions courageuses. Rey reproduit ainsi un morceau du *Traité des airs, des eaux et des lieux* d'Hippocrate pour nuancer l'opinion de Montesquieu et insister sur la part du gouvernement dans la formation des vices et des vertus populaires. Mais bien qu'il puise sa référence dans l'ouvrage de Villemain, qui cite ce même passage du *Traité des airs*²⁸⁰⁰, Rey paraît ignorer la remarque qu'y joint le professeur. Loin de conclure que l'auteur de l'*Esprit des lois* a exagéré la part donnée au climat, cet admirateur de Montesquieu suggère au contraire qu'Hippocrate l'a peut-être sous-estimée²⁸⁰¹.

Si le climat détermine en partie *la constitution primitive de l'homme, ses manières de vivre, ses usages économiques ou son état moral* qui, à leurs tours, vont obliger le législateur à *varier les moyens d'application des principes sociaux*, Rey ajoute encore que « leur empire sur les hommes²⁸⁰² » n'est pas absolu. Il est effectivement possible de « combattre » de telles influences et de « les balancer l'une par l'autre »²⁸⁰³. Une fois de plus, le juriste met en avant la possibilité, pour l'homme, de modifier son environnement (physique ou social) afin de produire les effets escomptés. Bien que le climat en lui-même soit difficilement modifiable, le progrès des connaissances scientifiques et techniques permet toutefois aux hommes de maîtriser chaque jour un peu mieux les territoires qu'ils occupent. Comme l'affirme Tracy, « plus l'homme est civilisé, plus l'empire du climat sur lui diminue²⁸⁰⁴ ». Pour reprendre l'opposition que Lucien Febvre pose entre Montesquieu, pour qui le climat serait tout, et Buffon, qui envisage l'action de l'homme sur son milieu, Rey serait plus proche du second que du premier²⁸⁰⁵.

Il faut encore signaler combien Rey est en désaccord avec Montesquieu quant aux

2799 HIPPOCRATE, cité dans *TPGD*, p. 256.

2800 La traduction qu'en propose REY (*TPGD*, p. 256-257) diffère en revanche de celle de du professeur (Abel-François VILLEMMAIN, *Cours de littérature française, Première partie*, t. 2, Paris, Didier, 1838, p. 62-63), mais nous n'avons pas réussi à en déterminer l'origine.

2801 « Hippocrate, en donnant aux climats tant d'influence sur l'énergie des hommes, accorde aux lois une puissance plus grande encore ; et il néglige de rechercher si la nature même de ces lois n'a pas été déterminée par celle des climats, et si, par exemple, les peuples libres de l'Asie n'étaient point placés dans des régions montagneuses et froides » (A.-F. VILLEMMAIN, *Cours de littérature*, t. 2, *op. cit.*, p. 64).

2802 *TPGD*, p. 258 ; *DBOS*, t. 1, p. 241.

2803 *TPGD*, p. 258 ; *DBOS*, t. 1, p. 241.

2804 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 269.

2805 Lucien FEBVRE, *La terre et l'évolution humaine. Introduction géographique à l'histoire*, Paris, La Renaissance du livre, 1922, p. 9-11. BUFFON écrit en effet que « [l]a face entière de la terre porte aujourd'hui l'empreinte de la puissance de l'homme, laquelle, quoique subordonnée à celle de la nature, souvent a fait plus qu'elle ou du moins l'a si merveilleusement secondée que c'est à l'aide de nos mains qu'elle s'est développée dans toute son étendue » (Georges-Louis LECLERC DE BUFFON, cité par L. FEBVRE, *La terre et l'évolution humaine. op. cit.*, p. 10). Catherine LARRÈRE fait toutefois remarquer que MONTESQUIEU ne se borne pas à considérer l'influence unidirectionnelle de la nature sur les hommes, mais envisage également les modifications que ces derniers peuvent faire subir à l'environnement (« Montesquieu et l'espace », in Thierry PAQUOT et al, *Espace et lieu dans la pensée occidentale*, Paris, La Découverte, 2012, p.153-154).

rapports qu'il établit entre le climat et l'état de liberté ou de servitude d'un peuple. Ce dernier expliquait les conquêtes du Midi entreprises par les peuples nordiques par la température atmosphérique, qui rendrait les premiers plus forts et les seconds plus faibles. Pour Rey, celles-ci s'expliquent peut-être par la production plus abondante des pays chauds, qui attire nécessairement la convoitise. C'est « le sentiment du besoin²⁸⁰⁶ » qui, à la rigueur, permet de comprendre l'énergie mise par les peuples septentrionaux dans ces mouvements de conquête, mais non une prétendue supériorité physique qui résulterait du climat froid. D'ailleurs, Montesquieu est peu convaincant lorsqu'il attribue la force physique aux pays froids, et l'opinion inverse, défendue par Charles Comte, semble plus satisfaisante²⁸⁰⁷. Mais finalement, toutes ces explications climatiques ou relatives à la production des subsistances (la nature du sol) sont peu de choses comparées aux circonstances politiques. Voltaire affirmait, contre Montesquieu, « que si le climat fait les hommes blonds ou bruns, c'est le gouvernement qui fait leurs vertus et leurs vices²⁸⁰⁸ ». D'accord avec Voltaire, notre juriste se dit « certain [...] que ce sont presque toujours des vices d'organisation politique, et non ces causes matérielles, qui ont livré les nations aux conquérans étrangers²⁸⁰⁹ ». Et Rey de citer divers exemples historiques et contemporains à l'appui de son propos avant de lancer cette exhortation :

« Rejetons donc cette fausse théorie qui condamne la moitié du monde à l'esclavage, théorie désolante et pernicieuse, puisqu'elle tend à justifier les institutions les plus funestes. Non la nature n'a mis sur la terre aucun homme pour être irrésistiblement l'esclave de l'autre.²⁸¹⁰ »

Cette opinion de Montesquieu se trouve également combattue par Charles Comte qui, malgré ses préventions contre le volontarisme législatif, refuse néanmoins de tomber dans un fatalisme qui condamnerait toute tentative d'émancipation²⁸¹¹. Par ailleurs, outre l'explication des rapports de force Nord/Sud, la théorie des climats produit encore une sorte de justification de l'esclavage qui, bien que contraire à la nature, est pourtant « fondé sur une raison naturelle²⁸¹² » dans certains pays. Mais aucune *raison naturelle* ne saurait servir de soutien à une quelconque législation esclavagiste. Même l'hypothèse d'une prétendue hiérarchie des races s'y opposerait radicalement. En effet, si celle-ci s'avérait vraie, il faudrait plutôt en conclure que les races inférieures ont plus de droits et celles supérieures plus de devoirs, affirme Rey²⁸¹³. Voilà par exemple une circonstance qui (si elle était prouvée) pourrait mériter d'être prise en compte par le législateur. Même si l'on

2806 TPGD, p. 261 ; DBOS, t. 1, p. 242.

2807 TPGD, p. 262.

2808 VOLTAIRE, « Commentaire sur l'*Esprit des lois* », *Œuvres complètes*, t. 35, De l'imprimerie de la société littéraire et typographique, 1785, p. 93.

2809 TPGD, p. 261-262 ; DBOS, t. 1, p. 242.

2810 TPGD, p. 264.

2811 C. COMTE, *Traité de législation* t. 1, *op. cit.*, p. 90-92.

2812 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 2, *op. cit.*, p. 73.

2813 TPGD, p. 269.

pouvait d'ailleurs s'assurer que certaines races disposent de capacités intellectuelles inférieures ou supérieures, en fonction du volume moyen de l'encéphale des individus qui la composent, attribuer cette différence de volume à des circonstances physiques qui détermineraient la constitution primitive des individus pourrait bien être une erreur. Dans ses *Bases*, Rey formule en effet une remarque qui montre encore toute l'importance qu'il donne aux déterminations politiques et culturelles par rapport aux facteurs purement physiques : s'il était prouvé que le volume du cerveau diffère selon les races, « le serait-il également que l'infériorité *actuelle* des organes cérébraux chez les individus dont on possède les têtes tienne *invariablement* à leur constitution, et qu'elle ne soit pas au contraire l'effet d'une dégradation causée par l'abrutissement de l'esclavage, ou de l'état sauvage, ou de celui de barbarie ?²⁸¹⁴ »

Concernant les autres circonstances physiques évoquées par Montesquieu et qui doivent exercer leur influence sur la législation, Rey juge qu'il n'appartient pas à un traité sur les principes généraux de la législation de les détailler. Aussi renvoie-t-il à son traité de droit constitutionnel²⁸¹⁵. S'il consacre encore quelques lignes à montrer l'absurdité de certaines assertions de Montesquieu au sujet des mœurs montagnardes, il reste donc relativement flou sur la façon dont la législation doit prendre en compte les circonstances physiques dans lesquelles un peuple est placé. On comprend en fait que l'objet de ce chapitre du *Traité* consiste essentiellement à montrer les erreurs de Montesquieu pour s'en distinguer, afin d'insister sur l'invariabilité du but de la législation. Cela méritait sans doute d'autant plus d'être souligné que Rousseau lui-même est tombé dans ces travers. Rey se garde certes d'attaquer l'auteur du *Contrat social* à l'occasion de cette passe d'armes avec Montesquieu, mais il ne pouvait ignorer que, malgré sa tentative pour repenser les fondements de la société politique et de la législation sur une base purement rationaliste, Rousseau avait partagé les vues de Montesquieu sur le rapport entre le climat et la forme de gouvernement, attribuant également le despotisme aux climats chauds de façon presque fatale²⁸¹⁶.

En fin de compte, bien que l'influence exercée par le milieu physique sur les hommes mérite bien d'être prise en considération dans le cadre d'une anthropologie déterministe et matérialiste – l'aspect matérialiste de la théorie des climats fut d'ailleurs reproché à Montesquieu en son temps²⁸¹⁷ –, elle demeure peu de choses par rapport à l'impact des facteurs politiques,

2814 DBOS, t. 1, p. 171.

2815 TPGD, p. 269.

2816 « La liberté n'étant pas un fruit de tous les Climats n'est pas à la portée de tous les peuples. Plus on médite ce principe établi par Montesquieu, plus on en sent la vérité ». « [P]ar l'effet du climat, le despotisme convient aux pays chauds, la barbarie aux pays froids, et la bonne politique aux régions intermédiaires ». Jean-Jacques ROUSSEAU y consacre un chapitre entier (« Que toute forme de gouvernement n'est pas propre à tout pays », *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 236-241).

2817 C. LARRÈRE, « Montesquieu et l'espace », *op. cit.*, p. 147.

économiques, sociaux ou culturels ... Or, si ceux-ci peuvent être *pris en compte* par le législateur, ils méritent surtout d'être *pris en charge* par la législation, pour que leurs effets soient toujours conformes au bonheur des individus. C'est pourquoi l'accumulation de nombreuses connaissances est de toute rigueur pour que le législateur soit en mesure d'agir convenablement sur le milieu qui détermine les hommes.

III/ LE SOCLE DE CONNAISSANCES SCIENTIFIQUES NÉCESSAIRES AU LÉGISLATEUR

Sous la plume de Rey, la législation n'apparaît qu'*in fine*, comme le complément de toutes les autres sciences permettant de connaître l'homme et les conditions de sa vie en société. Rappelons encore que lorsque le juriste envisage une réédition de ses *Bases de l'ordre social*, il les considère désormais comme le « fondement du droit ou de la législation »²⁸¹⁸. Accéder à la connaissance du droit pour être en mesure d'élaborer de bonnes lois implique ainsi un savoir titanesque sur la nature humaine. Or, force est de reconnaître que les sociétés humaines n'ont pu attendre d'acquérir tout le savoir nécessaire pour se doter de règles d'organisation sociale. L'histoire des sociétés ne commence pas avec le quasi-contrat social, les premières relations humaines ne sont pas régies par les lois constitutives. La méthode d'observation, seule à même d'assurer des connaissances positives, n'a jamais été universellement admise, et bien des préjugés ont éloigné les savants du véritable chemin de la connaissance. Lorsque Rey entreprend de théoriser le droit et la législation, il commence donc par signaler les causes qui ont tant retardé le développement de la science législative (A). Mais loin de verser dans la fatalité, il signale au contraire une forme d'optimisme quant aux progrès futurs. Si la législation implique un vaste champ d'études (B), le juriste se croit désormais en mesure de guider ceux qui entreprendront en ce sens, en leur indiquant les différents savoirs qu'ils doivent chercher à acquérir.

A/ LES CAUSES DE RETARD DANS LES PROGRÈS DE LA SCIENCE LÉGISLATIVE

Nous avons déjà entrevu, dans la première partie de notre étude²⁸¹⁹, combien le défaut de méthode est, pour Rey, une cause de retard dans le développements des diverses sciences. Dans

2818 BMG, X. 98.

2819 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1.

l'introduction de son *Traité*, le juriste consacre d'ailleurs un long paragraphe aux « causes principales qui ont retardé le perfectionnement de la science du droit et de la législation, ainsi que des autres études philosophiques qui doivent lui servir de base²⁸²⁰ ». Ces diverses causes se rapportent d'abord à un défaut de méthode. À cela s'ajoutent encore « l'influence déplorable [des] préjugés religieux » et « les intérêts de la puissance »²⁸²¹, qui ont fait obstacle à la reconnaissance du lien entre les disciplines, et ont ainsi ralenti les progrès qui auraient pu résulter de la mise en commun des différentes branches du savoir²⁸²². Rey n'est pas le seul à constater ce défaut de liaison entre les sciences. Lherbette déplore également le manque de rapport entre la science du droit et ses auxiliaires qui sont, d'après lui, la morale, la métaphysique, l'histoire et la géographie²⁸²³.

Sans mâcher ses mots, Rey accuse d'abord le défaut de connaissances dans le domaine de l'Idéologie d'avoir conduit à « une si déplorable petitesse de vues dans une partie notable du barreau, une si funeste déviation des principes constitutionnels chez la plupart des magistrats », et surtout, pour ce qui nous intéresse ici, « une si cruelle obstination de nos majorités législatives dans l'organisation systématique d'un véritable *désordre social* »²⁸²⁴. En matière de morale, les préjugés religieux et spiritualistes ont entraîné une méconnaissance de la vraie nature de l'homme et des « objets légitimes de ses désirs²⁸²⁵ ». Partant, « presque tous les législateurs ont métamorphosé en crimes des actions indifférentes ou même louables, tandis qu'ils érigeaient en vertus les vices les plus ignobles et les plus révoltants, la crapule, la paresse, l'hypocrisie, la délation, la perfidie, et souvent même la férocité²⁸²⁶ ». Qui plus est, les notions de droits et de devoirs étant intimement attachées à celle de besoin, et les penseurs ayant toujours porté une sorte de mépris pour les nécessités biologiques, ils ont nécessairement dû négliger les moyens de satisfaire à ces besoins et donc les véritables conditions du droit. C'est pour n'avoir pas suffisamment étudié « la nature de l'homme, ses véritables besoins, et les moyens réels d'y satisfaire » que les législateurs ont adopté « tant de lois funestes ou absurdes »²⁸²⁷. Quant aux effets pervers liés à l'ignorance des principes de la science économique, Rey les remarque, par exemple, dans les « faux systèmes coloniaux²⁸²⁸ » mis en œuvre par les puissances européennes, et dont les conséquences néfastes sont flagrantes. Il n'y voit en effet qu'un vaste gaspillage de

2820 *TPGD*, p. 25.

2821 *Ibid.*, p. 26.

2822 *JGLJ*, t. 1, p. 1-5.

2823 A.-J. LHERBETTE, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, *op. cit.*, p. iv-x.

2824 *JGLJ*, t. 2, p. 251-252.

2825 *JGLJ*, t. 1, p. 259.

2826 *Ibid.*, p. 259.

2827 *Ibid.*, p. 387.

2828 *Ibid.*, p. 258.

ressources financières et humaines, afin de « donner à quelques marchands le monopole de ces contrées lointaines²⁸²⁹ ». En bref, toutes ces lacunes en termes de savoirs affectent le fond des mesures, législatives comme politiques, qui furent adoptées. Aussi ont-elles inévitablement été suivies de diverses formes de troubles politiques, puisqu'il existe toujours un terme au-delà duquel les individus ne tolèrent plus les souffrances qui leurs sont infligées, un terme au-delà duquel les lois physiologiques du corps humain les conduisent à briser le joug qui s'appesantit sur eux afin d'éloigner les causes de douleur. Notre juriste suggère d'ailleurs que les erreurs en matière de science morale sont de celles qui ont conduit à ce « qu'une faible portion de l'espèce humaine [usurpe], dans tous les temps, une injuste puissance au préjudice de la majorité²⁸³⁰ ». Or, un tel déséquilibre amène avec lui le risque de voir éclater une révolution politique.

À ces lacunes de fond s'ajoutent encore l'ignorance des moyens propres à assurer le respect des lois par les citoyens. Ceux-ci sont de différentes natures : certains concernent la manière de rédiger les lois pour les rendre intelligibles et les faire aimer²⁸³¹, d'autres s'intéressent à la façon dont il convient de les faire connaître aux citoyens²⁸³². Mais toutes reposent, en dernière analyse, sur une connaissance des mécanismes intellectuels et affectifs de l'homme, car les lois doivent d'abord jouer sur les idées et les volontés pour accomplir leurs fins. Elles doivent s'identifier à des sortes de guides qui orientent les pensées, les volontés et par conséquent les actions. C'est ici la philosophie déterministe et utilitariste qui doit animer les législateurs. Or, comme nous l'avons vu, cette opinion n'a jamais été vraiment admise, et elle est tout à fait rejetée par les penseurs du premier XIX^e siècle qui considèrent au contraire le déterminisme comme un obstacle à toute entreprise législative, notamment en matière pénale. Rey juge pourtant que cette opinion est mal fondée, car « si la volonté est entièrement libre et maîtresse d'elle-même, c'est en vain qu'on chercherait à la diriger vers le bien lorsqu'elle se porterait vers le mal, puisque dans ce cas, il serait impossible de lui imprimer une autre direction²⁸³³ ». Il n'entend cependant pas s'en remettre à la seule menace d'une peine pour orienter les comportements. Il déplore justement la fixation des législateurs sur les punitions et regrette que la question des peines et des récompenses ait accaparé presque à elle seule toute l'attention des législateurs comme moyen de gouvernement des conduites²⁸³⁴. Refusant de réfléchir aux manières d'orienter les pensées, les volontés et les actions des individus, ils ont toujours frappé au lieu de prévenir. Recourant à un

2829 *Ibid.*, p. 258.

2830 *Ibid.*, p. 259.

2831 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II.

2832 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, III.

2833 *Ibid.*, p. 20 ; même idée dans *DBOS*, t. 2, p. 254.

2834 *DBOS*, t. 2, p. 220-222.

système pénal rigoureux et violent considéré comme « la panacée universelle²⁸³⁵ », ils ont ainsi négligé de réfléchir aux moyens de transformer les habitudes des hommes par une modification de l'organisation sociale, et ce notamment en matière de répartition des biens. C'est l'influence des lois sur les mœurs qui n'a pas été suffisamment appréciée.

Ce n'est donc qu'en adoptant une conception déterministe de l'homme et en connaissant les diverses déterminations qui pèsent sur la volonté humaine qu'il devient possible, pour le législateur, de remplir convenablement son office. « Une juste appréciation de nos facultés intellectuelles et morales est aussi indispensable au législateur que celle de nos facultés physiques²⁸³⁶ », affirme Rey. Par conséquent, dans les diverses règles qu'il propose pour guider la rédaction des lois, tant sur le fond que sur la forme, la référence au déterministe psychologique et à la morale des intérêts se retrouve toujours de façon au moins sous-jacente.

L'ampleur et l'importance de la mission impartie au législateur apparaissent alors sans égal. C'est pourquoi Rey ne craint pas de multiplier les exigences à son égard.

B/ LES PROPOSITIONS D'AMÉLIORATION DES ÉTUDES JURIDIQUES

Pour que les citoyens investis de la fonction législative soient en mesure de réaliser au mieux la tâche qui leur incombe, Joseph Rey estime que l'éducation est primordiale. Celle-ci est d'ailleurs, de façon générale, au cœur du projet des Idéologues. Sous le Directoire, ces derniers avaient joué un rôle déterminant au sein du Conseil d'instruction publique, et l'étude de la législation apparaissait à leurs yeux essentielle. Ils souhaitaient en effet la « rendre obligatoire [...] pour l'accès aux fonctions de juge, d'administrateur ou d'homme de loi ainsi qu'aux écoles de service public²⁸³⁷ ». Dans sa *Pétition pour l'adoption d'un plan d'éducation nationale*, Rey propose même de faire étudier la législation aux enfants des deux sexes dès l'âge de sept ans dans les écoles secondaires urbaines²⁸³⁸. Le but est de former des citoyennes et des citoyens éclairés sur leurs

2835 *Ibid.*, p. 356.

2836 *Préliminaires*, p. 9.

2837 J.-L. HALPÉRIN, « Une enquête du ministère de l'intérieur sous le Directoire sur les cours de législation dans les écoles centrales », *art. cit.*, p. 73.

2838 Rey distingue les écoles secondaires urbaines et celles rurales. Pour les premières, il prévoit en effet un cours sur les « notions *positives* de la législation dont la connaissance est indispensable à tous les membres de la société » (*Pétition*, p. 150-151). On peut toutefois se demander pourquoi il réserve ce cours aux écoles urbaines, puisqu'il estime que la connaissance de ces rudiments de législation est *indispensable à tous les membres de la société*.

droits et leurs devoirs. La connaissance des rudiments de la législation apparaît ainsi fondamentale, et lorsqu'il est question des études juridiques en général ou de la formation des législateurs en particulier, Rey se fait par conséquent autrement plus exigeant.

En 1827, il publie un ouvrage sur le *Perfectionnement des études légales* dans lequel il commence par affirmer qu'« il n'est guère de partie de l'Europe qui soit plus reculée que nous dans cette branche de l'instruction publique²⁸³⁹ ». Il n'est pas le seul à déplorer une telle situation²⁸⁴⁰. En effet, comme le remarque Philippe Rémy, « l'ouverture des Facultés de droit à un enseignement plus large, plus scientifique, apparaît comme un vœu constant des milieux libéraux du XIX^e siècle²⁸⁴¹ ». Toutefois, malgré la richesse des réflexions et des débats sur l'enseignement du droit à cette époque²⁸⁴², il n'est pas dans notre objet de développer la question des études juridiques en France sous la Restauration ou la monarchie de juillet. Nous nous limiterons à présenter les vues de Joseph Rey, sauf à procéder à quelques comparaisons avec ce qui avait cours à la Faculté de droit de Paris. L'intérêt est ici de mettre en lumière les exigences, en termes de savoir, que Rey fait peser sur les juristes en général et sur les législateurs en particulier. Dans son esprit, en effet, les facultés de droit ne doivent pas seulement former des praticiens éduqués à la connaissance du droit positif. Outre son souhait que le droit et la législation soient abordés de façon philosophique et critique, il suggère également que les législateurs eux-mêmes devraient être issus d'un tel cursus d'étude. Alors que Napoléon concevait les Écoles de droit comme le lieu de formation des praticiens²⁸⁴³, Joseph Rey fait remarquer que « [l]e nom seul de *législateur* supposerait la science profonde de toutes les parties du droit²⁸⁴⁴ ». Certains des cours proposés paraissent d'ailleurs directement destinés à la formation des hommes d'État, en particulier ceux de *diplomatie*, d'*apodémique*, conçue comme « l'art de voyager et d'observer en homme d'état », ainsi que le cours « *pratique* d'éloquence politique et judiciaire »²⁸⁴⁵. La formation juridique reçue par Rey à l'Académie de législation semble ici imprégner sa façon de concevoir l'enseignement du droit. Cette Académie parisienne, qui avait existé quelques années au début du siècle, alors que les Écoles de droit avaient fermé leurs portes, proposait en effet un programme d'études

2839 *Du perfectionnement des études légales*, p. 6.

2840 Sous l'Ancien Régime déjà, les critiques portées contre l'enseignement du droit en France ne manquaient pas. DIDEROT écrivait par exemple : « Nos Facultés de droit sont misérables » (cité par J. GAUDEMET, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 88.

2841 P. RÉMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 99-100.

2842 *Ibid.*, p. 91-100 ; C. LECOMTE, « La faculté de droit dans la tourmente politique, 1830-1848 », *art. cit.*, p. 59-98 ; J. GAUDEMET, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 105-108.

2843 P. RÉMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 94.

2844 *Du perfectionnement des études légales*, p. 57.

2845 *Ibid.*, p. 95.

relativement riche et éclectique²⁸⁴⁶ en comparaison de celui mis en place ensuite par les décrets impériaux et actualisé par diverses ordonnances royales. Le droit criminel y faisait ainsi l'objet d'un enseignement particulier, tout comme l'histoire et la théorie générale de la législation²⁸⁴⁷, disciplines que l'on retrouve également dans le projet de Rey.

Comme nous l'avons déjà aperçu à diverses reprises, le juriste répète avec insistance que l'Idéologie, puis plus tard la physiologie, doivent former les connaissances de base des législateurs, suivies de la morale et de l'économie. Mais l'originalité du programme d'études qu'il propose pour les étudiants en droit est loin de se limiter à l'ajout de ces quelques disciplines. Ce sont en tout cinquante six cours différents, divisés en quatre sections²⁸⁴⁸, que Rey propose de

2846 P. RÉMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 96.

2847 « Programme de l'enseignement pour l'an onzième de la République, lu à la séance de l'Académie, le premier fructidor an X, par le cit. Lanjuinais, Sénateur, Vice-Président », retranscrit par Jean-Jacques BIENVENU, « Quelques aspects de la doctrine juridique à l'Académie de législation », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 9, 1989, p. 45.

2848 « PREMIÈRE SECTION. Études préalables. 1° D'idéologie ou philosophie première [...]; 2° D'économie [...]; 3° De morale [...]; 4° De théorie de la statistique ; 5° De statistique positive des divers états étrangers ; 6° De statistique positive, nationale ; 7° D'anatomie ; 8° De physiologie ; 9° De langue et de littérature latine ; 10° De langue et de littérature grecque ; 11° D'histoire universelle de la littérature, des sciences et des arts [...] II^e SECTION. Études introductives. 1° Cours sommaire d'histoire de la législation en général ; 2° Cours d'histoire du droit public intérieur chez les peuples étrangers [...] ; 3° Cours d'histoire du droit public intérieur national [...] ; 4° Cours d'histoire du droit inter-national avec les divers peuples qui ont des relations avec nous ; 5° Cours d'histoire du droit privé chez les divers peuples étrangers [...] 6° Cours d'histoire du privé national ; 7° Cours d'histoire de la procédure civile, étrangère et nationale ; 8° Cours d'introduction à l'étude théorique du droit et de la législation, ou cours sur les principes généraux du droit et de la législation ; 9° Cours sommaire sur la théorie du droit public dans toutes ses branches ; 10° Cours séparé sur la théorie du droit constitutionnel ; 11° Cours séparé sur la théorie des lois pénales, et d'instruction criminelle ; 12° Cours sommaire sur la théorie des diverses branches du droit privé ; 14° cours séparé et approfondi sur la théorie du [...] droit civil ; 15° Cours séparé sur la théorie du droit commercial [...] ; 16° Cours séparé sur la théorie de la procédure civile judiciaire et extrajudiciaire ; 17° Cours d'introduction à l'étude positive et pratique de la législation et de la jurisprudence. III^e SECTION. Études textuelles, ou positives. 1° Cours de droit public intérieur des divers peuples étrangers [...] ; 2° Cours de droit public extérieur ou inter-national [...] ; 3° Cours sommaire de droit public national [...] ; 4° Cours séparé du droit constitutionnel national ; 5° Cours séparé du droit administratif [...] ; 6° Cours séparé du droit national relatif à l'administration financière ; 7° Cours séparé de droit criminel national [...] ; 8° Cours de médecine légale et de police médicale ; 9° Cours général de droit privé romain, [...] dans les pays où il forme encore le droit commun ; 10° Cours de droit privé national, comparé avec le droit romain [...] 11° Cours du droit privé romain, seulement dans les matières sur lesquelles il est encore en vigueur dans les pays où il existe des codes ; 12° Cour du droit privé, dit en France droit coutumier [...] ; 13° Cours de droit privé résultant des lois générales à tout l'état dans les pays où chaque province a des lois particulières ; 14° Cours général du droit privé, d'après le code national [...] ; 15° Cours séparé de droit commercial et de droit privé extérieur, ou inter-national ; 16° Cours de procédure civile nationale, judiciaire et extrajudiciaire ; 17°, Cours de procédure civile étrangère, comparée avec la procédure nationale. IV^e ET DERNIÈRE SECTION. Études pratiques. 1° Conférences verbales et exercices par écrit sur les deux cours d'introduction théorique et positive, notamment sur les principes généraux du droit et sur les règles d'application des lois ; 2° Idem sur des questions de droit public ; 3° Id. sur le droit privé ; 4° Id. sur le mérite des dispositions législatives [...] ; 5° Cours pratique sur la procédure criminelle, judiciaire et extrajudiciaire ; 6° Id. sur la procédure civile, judiciaire et extrajudiciaire ; 7° Id. sur la procédure administrative en général ; 8° Id. sur le mode particulier de procéder en matière de finances ; 9° Cours de diplomatie [...] ; 10° Cours d'apodémique [...] ; 11° Cours pratique d'éloquence politique et judiciaire ; 12° Cours d'instruction

mettre en place au sein des facultés de droit. On ne sera pas surpris de voir l'Idéologie, aussi dénommée « philosophie première », ouvrir la longue liste des enseignements figurant dans les « [é]tudes préalables », suivie par l'économie et la morale²⁸⁴⁹. S'il était alors plutôt commun de considérer, comme le fait Delvincourt, que « l'étude de la morale devrait être la base de l'enseignement du droit²⁸⁵⁰ », celle-ci ne constituait pas pour autant un véritable enseignement séparé. Sous la Restauration, c'est de façon générale et diffuse que les cours de droit se présentent comme « une leçon de morale politique²⁸⁵¹ ». Qui plus est, ceux qui invoquent la nécessité de la morale ne l'envisagent pas comme la science de la volonté et des sentiments, mais plutôt comme l'énoncé d'un ensemble de préceptes moraux. Quant à l'économie, bien que l'ordonnance de 24 mars 1819 prévoit la création d'une chair d'économie politique pour la Faculté de droit parisienne, celle-ci ne verra pas le jour avant 1864²⁸⁵². Signalons en outre que cet enseignement, s'il avait été mis en place, ne devait intervenir qu'au cours de la quatrième année d'études, sans même être obligatoire pour obtenir ses grades en droit²⁸⁵³. Rey juge au contraire que l'économie – qui ne se limite d'ailleurs pas seulement à l'économie politique, mais inclut « l'observation des résultats de toutes les actions humaines, tant privées que publiques, considérées sous le rapport de la production des biens²⁸⁵⁴ » – n'est pas une discipline accessoire. C'est au contraire un préalable à l'étude du droit. En effet, la production et la répartition des biens matériels occupent une place centrale dans la conception reyenienne du droit²⁸⁵⁵. Il est en outre fort probable que Rey lui-même ait été introduit à l'économie politique au cours de ses études juridiques, car un enseignement d'« économie publique et statistique » était assuré à l'Académie de législation²⁸⁵⁶. La physiologie n'arrive cependant qu'en septième place, après divers cours de statistiques et un cours d'anatomie. Dans ses *Bases de l'ordre social* en revanche, Rey placera la physiologie, c'est-à-dire la science des « lois de l'organisation humaine » ou « science des phénomènes de la vie de l'homme », aux côtés des trois premières, lesquelles constituent ensemble le savoir nécessaire à tout législateur²⁸⁵⁷. Latin, grec, « histoire universelle de la

normale pour l'enseignement du droit » (*Du perfectionnement des études légales*, p. 103-108).

2849 *Du perfectionnement des études légales*, p. 60-61.

2850 C.-E. DELVINCOURT, cité par F. AUDREN et J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIX^e – XX^e siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013, p. 72.

2851 F. AUDREN et J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française, op. cit.*, p. 72.

2852 Sur les diverses controverses relatives à la création de cette chair d'économie politique, voir M. VENTRE-DENIS, « Sciences sociales et Université au XIX^e siècle. Une tentative d'enseignement de l'économie politique à Paris sous la Restauration », *Revue historique*, t. 256, fasc. 2, octobre-décembre 1976, p. 321-342.

2853 *Ibid.*, p. 323.

2854 *Du perfectionnement des études légales*, p. 64.

2855 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 3.

2856 *Mémoires de l'Académie de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 694.

2857 *DBOS*, t. 1, p. 29.

littérature, des sciences et des arts », puis un cours de méthodologie complètent alors ce premier degré des études juridiques²⁸⁵⁸. À travers le choix des matières prévues pour cette première année, ce sont des juristes tout à la fois philosophes et anthropologues que Rey cherche à former.

À ces *études préalables*, qui forment la première section, succèdent alors des études « introductives²⁸⁵⁹ » ! On y trouve seize cours d'histoire et de théorie des diverses branches de la législation, complétés par un « [c]ours d'introduction à l'étude *positive* et *pratique* de la législation et de la jurisprudence²⁸⁶⁰ ». Ce n'est que dans un troisième temps que les étudiants peuvent rentrer véritablement dans l'étude du droit positif. Ici encore, Rey propose des cours qui, à cette époque, n'avaient toujours pas été introduits dans les facultés de droit. C'est le cas, par exemple, pour ceux de « droit *criminel national*, comprenant l'explication du *code pénal* » et d'« *d'instruction criminelle* »²⁸⁶¹. Sous la Restauration, en effet, ces matières n'étaient présentées que fort succinctement dans le cadre d'un cours de procédure largement focalisé sur la procédure civile²⁸⁶². Par ailleurs, la Faculté de droit de Paris a longtemps tenu à ce que la procédure civile et la législation pénale ne soit pas séparées en deux chaires distinctes, ce que Guy Antonetti attribue à « cet esprit d'exclusive (*sic*) des civilistes, enclins à penser que les études de droit se limitaient à leur seul domaine », ainsi qu'à un « esprit de routine des conservateurs, peu soucieux d'être dérangés dans leurs habitudes »²⁸⁶³. Rey prévoit encore la mise en place d'un cours de « médecine légale²⁸⁶⁴ », à l'instar de ce qui avait lieu à l'Académie de législation²⁸⁶⁵.

La dernière section se compose enfin d'« [é]tudes pratiques », consistant en diverses *conférences verbales*, cours accessoires et exercices pratiques²⁸⁶⁶. Rey propose notamment d'instaurer des exercices de conférences verbales « sur le mérite des dispositions législatives²⁸⁶⁷ ». Le juriste explique que c'est « le seul moyen de former des publicistes et des législateurs dignes de ce nom²⁸⁶⁸ ». Aussi, bien qu'il ne précise pas le contenu de cet enseignement, on peut supposer qu'il s'agit là de développer, chez les étudiants, une approche critique des lois, permettant d'en apprécier le mérite comme le démérite. Dans cette dernière section, on trouve enfin d'autres

2858 *Du perfectionnement des études légales*, p. 61.

2859 *Ibid.*, p. 69.

2860 *Ibid.*, p. 70-71.

2861 *Ibid.*, p. 89.

2862 G. ANTONETTI, « La Faculté de droit de Paris », *art. cit.*, p. 335.

2863 *Ibid.*, p. 336.

2864 *Du perfectionnement des études légales*, p. 91.

2865 *Mémoires de l'Académie de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 695.

2866 *Du perfectionnement des études légales*, p. 94-95.

2867 *Ibid.*, p. 95.

2868 *Ibid.*, p. 97.

cours novateurs tels que ceux de diplomatie ou d'*apodémique*²⁸⁶⁹ déjà évoqués.

Pour se faire une idée de la densité du programme proposé par Rey, une comparaison s'impose. À Paris par exemple, de 1809 à 1819, on ne comptait que sept chairs différentes, et la situation restera ainsi dans la plupart des facultés de province encore longtemps²⁸⁷⁰. L'ordonnance du 24 mars 1819, qui, d'après Philippe Rémy, « participait manifestement de l'esprit "doctrinaire" et "éclectique"²⁸⁷¹ » accroît néanmoins considérablement ce nombre en portant à seize les chairs de la Faculté de Paris, sans pour autant créer un enseignement distinct pour la législation pénale. Par ailleurs, cette ordonnance ne fut pas mise en œuvre dans son intégralité et la réaction antilibérale qui suivit ne fit que poser de nouveaux obstacles à cette première tentative pour élargir l'enseignement du droit. La réforme fut annulée quelques années plus tard, et le nombre de chairs retomba à douze²⁸⁷². Le but affiché était alors de limiter l'enseignement aux seules « connaissances positives et usuelles », selon les termes de l'ordonnance du 6 septembre 1822²⁸⁷³. Tout ce qui pouvait tendre à donner une culture philosophique aux étudiants disparaissait ainsi après seulement quelques années (notamment les cours de droit naturel²⁸⁷⁴, droit des gens et d'histoire philosophique du droit romain et du droit français)²⁸⁷⁵. Telle était la situation des études juridiques, du moins à Paris, au moment où Rey livre ses idées sur le sujet dans sa brochure.

La Révolution de 1830 devait réveiller quelques espoirs de voir la situation s'améliorer, avec la nomination de Victor Cousin au Conseil royal de l'instruction publique. Rey a en effet nourri l'espoir que l'arrivée des libéraux au pouvoir permettrait la création de nouvelles chairs. Se remémorant l'ordonnance « fort libérale » de 1819, il attend alors de Cousin qu'il crée effectivement les chairs. Il pousse même l'ambition jusqu'à désirer que l'une d'entre elles lui soit attribuée, afin qu'il y développe ses idées « sous un point de vue moins étroit que celui des simples jurisconsultes positifs²⁸⁷⁶ ». Il pouvait en effet légitimement espérer de Cousin une certaine ouverture des facultés de droit à des enseignements plus philosophiques. Malgré leurs

2869 *Ibid.*, p. 95.

2870 G. ANTONETTI, « La faculté de droit de Paris », *art. cit.*, p. 337.

2871 C'était en effet ROYER-COLLARD qui présidait alors la commission de l'Instruction publique (P. RÉMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 97).

2872 G. ANTONETTI, « La faculté de droit de Paris », *art. cit.*, p. 338.

2873 Ordonnance du 6 septembre 1822, citée par G. ANTONETTI, « La faculté de droit de Paris », *art. cit.*, p. 338 ; voir également M. BISCAY, « Utilité et pratique dans l'enseignement du droit dans la première moitié du XIX^e siècle : un vieux débat », *art. cit.*, p. 217.

2874 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, A.

2875 G. ANTONETTI, « La faculté de droit de Paris », *art. cit.*, p. 338.

2876 *MSR*, t. 2, p. 117.

divergences quant aux principes philosophiques, ils partagent assurément une même manière d'aborder le droit sous l'angle de la philosophie, à partir de l'étude des facultés intellectuelles et morales des hommes. Rey sollicite donc une entrevue avec Victor Cousin, et il raconte ensuite sa déception dans ses mémoires (car il faudra attendre 1840 pour que, sous l'influence de Cousin, un cours d'introduction générale à l'étude du droit soit instauré à Paris²⁸⁷⁷). Le passage mérite d'être cité :

Cousin « convint avec moi que les études purement positives n'étaient propres qu'à rétrécir l'esprit des légistes, et à entretenir chez eux l'esprit de chicane ou même de fraude ; il convint pareillement que l'institution des cours par moi proposés serviraient fortement à élever leurs idées, et à purifier leurs sentiments ... "Mais, mon cher, ajouta-t-il, nous ne pouvons maintenant songer à cela. - Et quel est donc, demandai-je, l'obstacle insurmontable à une mesure que vous regardez, avec moi, comme d'une si grande importance ? [...] - C'est qu'il faudrait pour établir ces cours une somme de vingt mille francs !..." J'avoue qu'à ces mots, les bras me tombèrent, et qu'il me fut impossible de trouver une seule parole pour combattre un argument de cette force... Je croyais véritablement rêver. Quoi ! Vous convenez que les études actuelles de droit ne sont bonnes qu'à former de petits esprits et de malhonnêtes gens !... Et lorsque vous êtes convenu de l'efficacité du remède qu'on propose à un mal si déplorable, une somme de vingt mille francs vous arrête !... [...] Comment, du moins, n'est-il pas venu à votre pensée qu'une somme annuelle presque aussi considérable était allouée à chacun des membres de ce conseil royal, qui remplit si bien sa mission, et dont vous faites partie ; tandis que vous, Monsieur, vous touchez en outre un traitement fort élevé pour une chaire de professeur dont vous avez depuis longtemps déserté les fonctions. Que de choses encore n'aurais-je pas eu le droit de lui dire ... Mais, je le répète, il me fut impossible alors de proférer un seul mot, tant l'argument de mon interlocuteur me semblait incroyable.

Voyez, cependant, combien étaient profondes mes premières illusions ; voyez combien je méritais d'être placé au premier rang de ceux qu'on a nommé si à propos les niais de cette époque. [...] Peut-être, me disais-je, le refus de Cousin, sur une amélioration particulière des études, n'est-il que le résultat d'un esprit bizarre, perdu dans les nuages de la métaphysique²⁸⁷⁸ ».

Si la Révolution de 1830 s'est accompagnée d'un « courant réformateur » en matière d'éducation, les facultés de droit y sont ainsi restées relativement imperméables²⁸⁷⁹. Les cours qui furent créés sous la monarchie de Juillet, tels que celui de droit constitutionnel imposé par Guizot en 1834, ne devaient pas pour autant contribuer à la formation d'un esprit critique²⁸⁸⁰. Et la faute n'en revient pas seulement à Victor Cousin. L'étude du droit positif selon une méthode exégétique convenait en effet « tout à fait à la bourgeoisie au pouvoir », qui craignait « de favoriser un type d'enseignement susceptible de provoquer des interrogations sur l'adéquation de la loi aux forces économiques et sociales »²⁸⁸¹. Par ailleurs, bien que certains militaient alors pour l'introduction de cours de philosophie du droit, ces « novateurs ne se réclamaient pas de la philosophie du XVIII^e

2877 A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société, op. cit.*, p. 61. L'auteur suggère d'ailleurs que ce cours, attribué à Xavier PORTETS, fut assez décevant. Du moins n'eut-il pas « un retentissement fameux » (*ibid.*, p. 61).

2878 *MSR*, t. 2, p. 117-118.

2879 C. LECOMTE, « La faculté de droit dans la tourmente politique, 1830-1848 », *art. cit.*, p. 60.

2880 *Ibid.*, p. 71-73.

2881 *Ibid.*, p. 60.

siècle », qu'ils ne concevaient que comme « une formidable puissance de destruction »²⁸⁸². Dans un tel contexte, les propositions formulées par Joseph Rey n'étaient pas destinées à recevoir un accueil très favorable.

La déception de Rey ne se mue toutefois pas en découragement, car c'est après cet épisode qu'il décide de soumettre à de Broglie, alors ministre de l'instruction publique, ainsi qu'à la chambre des députés sa *Pétition pour l'adoption d'un plan d'éducation nationale*. Il se tourne néanmoins vers l'éducation en général et délaisse la question des études juridiques en particulier.

La richesse du programme d'études proposé dans sa brochure de 1827 se comprend aisément au vue de la mission impartie au législateur d'une part, mais aussi en raison de l'importance que Joseph Rey confère au droit dans le fonctionnement de la machine sociale, d'autre part. Pour s'en tenir au premier, puisque la législation consiste dans le fait de « prêter la sanction sociale à l'application d'un principe » scientifique²⁸⁸³, on conçoit que ceux chargés de l'élaborer ne peuvent rester étranger à toutes les sciences qui concernent l'homme et son action sur le monde. Il faut que les législateurs « aient des occasions et des moyens d'étudier toutes les parties des connaissances humaines, et d'en reculer les bornes », selon les mots de Tracy²⁸⁸⁴. La connaissance des législations positives ne forme ainsi qu'une portion du savoir requis. Mais cette portion n'est pas négligeable. Tous les juristes, qu'ils soient avocats, magistrats, législateurs ou même de simples administrateurs doivent en effet avoir de hautes connaissances dans ce domaine, et ce, notamment, afin de toujours assurer leur mission de protection des droits des citoyens. Tous ont, en quelque sorte, un rôle politique à jouer. Ainsi, les magistrats doivent percevoir la « liaison des principes » du droit privée « avec ceux de l'ordre constitutionnel, et avec la conservation des droits essentiels du citoyen »²⁸⁸⁵. À défaut, ils seront hostiles avec ceux qui osent demander la garantie de leurs droits. « En réclamer l'exercice le plus légitime sera à leurs yeux sédition, révolte, renversement de l'ordre social ! ainsi tout sera confondu et dénaturé dans leur esprit : une opposition constante au vœu des lois fondamentales, un respect aveugle pour la puissance oppressive, la perpétuité de l'injustice et du désordre, tel sera pour eux le type de la perfection sociale, et le but unique de tous leurs efforts²⁸⁸⁶ ». Il en va de même pour les législateurs qui, par « ignorance des lois et des vrais principes », sont trop souvent conduits à sanctionner avec une « fatale docilité [...] les mesures les plus contraires à l'intérêt public », à

2882 *Ibid.*, p. 85.

2883 *TPGD*, p. 202.

2884 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 430.

2885 *Du perfectionnement des études légales*, p. 53.

2886 *Ibid.*, p. 54.

tolérer « les malversations les plus odieuses » et, qui plus est, à mépriser « les réclamations du faible opprimé »²⁸⁸⁷. Pour sentir l'importance du rôle qu'ils ont à jouer et pour le remplir convenablement, ces connaissances positives sont donc nécessaires. Mais elles demeurent insuffisantes. À celles-ci s'ajoutent encore un certain nombre de qualités qui tiennent au caractère même des hommes. Car si les législateurs ont jusqu'ici adopté tant de législations qui multiplient les sources de conflits au lieu de les diminuer, la raison ne tient pas seulement à leur « ignorance », mais aussi, « et trop souvent », à leur « aveugle partialité »²⁸⁸⁸. Pour exercer une salubre influence morale sur les citoyens, il convient donc que ceux chargés d'élaborer les lois soient eux-mêmes d'une moralité sans faille.

III/ LES QUALITÉS MORALES DES LÉGISLATEURS

Rey attend un certain nombre de qualités de la part de toute personne participant, de près ou de loin, à l'exercice de la souveraineté. Probité, raison, lumières etc²⁸⁸⁹... Lorsqu'il s'intéresse plus précisément aux dispositions morales qui doivent animer le législateur, c'est surtout une forme de probité qui est mise en avant. Bien que les qualités qu'il associe à cette fonction ne présentent pas autant d'originalité que lorsque Rey s'intéresse aux connaissances que les législateurs devraient posséder, elles méritent toutefois qu'on s'y arrête car les remarques qu'il formule signalent sa méfiance envers les membres des assemblées législatives et autres gouvernants de l'époque.

En effet, le juriste commence par expliquer que le législateur ne doit pas avoir une intention contraire au but qui lui est imparti, ce qui n'est rien moins qu'une évidence comme il le reconnaît lui-même²⁸⁹⁰. Pourtant, Rey avance qu'il est plus fréquent qu'on ne le pense de voir des législateurs animés par un but contraire. Une des pratiques qu'il reconnaît chez de tels hommes consiste à se cacher derrière des énoncés de principes évidents, que nul ne désavouerait, tout en adoptant des dispositions qui détruisent ou étouffent les principes préalablement affichés²⁸⁹¹. Rey n'offre aucune illustration, se contentant d'affirmer que « le génie de la fraude semble avoir jusqu'à présent livré le monde entier à de tels législateurs²⁸⁹² ». Mais nous verrons qu'il n'est pas le seul à dénoncer cette hypocrisie, laquelle se révèle notamment dans les préambules des lois, où

2887 *Ibid.*, p. 58.

2888 *Préliminaires*, p. 53 ; *TPGD*, p. 237.

2889 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, A, 1.

2890 *JGLJ*, t. 1, p. 394 ; *TPGD*, p. 230.

2891 *JGLJ*, t. 1, p. 395 ; *TPGD*, p. 230.

2892 *JGLJ*, t. 1, p. 395 ; *TPGD*, p. 230.

les législateurs évoquent des motifs mensongers pour soutenir des dispositions vicieuses²⁸⁹³.

La seconde qualité morale attendue consiste à être, selon la formule, « *homme de bien* », c'est-à-dire ni *dissolu*, ni *cupide*, ni *ambitieux*²⁸⁹⁴. Rey se méfie des hypocrites et des hommes habiles à se cacher derrière les mots de la morale et de la justice tout en adoptant des législations qui protègent le corrupteur et frappent sévèrement le misérable conduit au crime par son excès de dénuement, par exemple²⁸⁹⁵.

Ce sont finalement les hommes altruistes, animés d'« un amour profond de l'humanité²⁸⁹⁶ » qui peuvent seuls présenter toutes les qualités morales pour exercer la haute fonction de législateur. Il leur faut en effet ressentir suffisamment d'empathie pour être en mesure d'apprécier les maux des classes sociales les plus défavorisées, desquelles ne sont jamais issus les représentants de la nation. Bien que Rey n'utilise pas ici l'expression, on peut dire que le législateur doit concevoir nettement l'intérêt bien entendu de la société dans son ensemble et tendre à le réaliser, ce qui suppose donc qu'il soit en mesure de subordonner ses intérêts personnels (« exclusifs²⁸⁹⁷ ») à l'intérêt général dès lors qu'ils risquent d'entrer en conflit. Néanmoins, dans son *Traité*, Rey va ajouter une mise en garde quant à l'excès de sympathie qui pourrait animer le législateur : « il doit se prémunir avec soin, ajoute-t-il en effet, contre toute passion véhémence qui pourrait obscurcir son entendement, ou porter son cœur au delà des limites de la raison et d'une exacte justice²⁸⁹⁸ ». Même si la sympathie est un puissant ressort de la moralité, elle peut également conduire à égarer si, animé du seul désir de voir augmenter le bonheur de ses semblables, le législateur perd de vue les moyens dont il dispose ou ses possibilités d'action dans le contexte dans lequel il agit. En effet, le problème des sentiments, même de celui « de la plus haute philanthropie²⁸⁹⁹ », c'est qu'ils sont trop souvent propices à l'égarement et aux excès. Rey demande alors de façon rhétorique, faisant ainsi voir les risques d'un sentiment de sympathie trop prononcé :

« La vue continuelle des maux qu'endure la plus grande partie de nos semblables, la vue du triomphe trop constant de ceux qui l'oppriment, ne conduirait-elle pas l'homme sensible aux plus grands extrêmes de l'indignation si de sages réflexions ne venaient tempérer ces premiers mouvemens ? Un désir vif et profond d'améliorer le sort des peuples ne conduirait-il pas aussi à des tentatives prématurées ou imprudentes, si une appréciation moins passionnée des circonstances ne venait calmer une impatience aussi naturelle ?²⁹⁰⁰ »

2893 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, A, 2, β.

2894 *JGLJ*, t. 1, p. 395 ; *TPGD*, p. 231.

2895 *JGLJ*, t. 1, p. 396 ; *TPGD*, p. 231.

2896 *JGLJ*, t. 1, p. 396 ; *TPGD*, p. 232.

2897 *TPGD*, p. 232.

2898 *Ibid.*, p. 232.

2899 *DBOS*, t. 1, p. 16.

2900 *Ibid.*, p. 16-17.

À partir d'une lecture du romancier Herman Melville, Hannah Arendt attribue une part des violences révolutionnaires à la bonté. La bonté n'est pas que « faiblesse » et « douceur », elle « est forte, plus forte peut-être même que la méchanceté, mais elle partage avec le "mal élémentaire" la violence élémentaire inhérente à toute force et nuisible à toutes les formes d'organisation politique »²⁹⁰¹. Il est probable que Rey ait également en tête l'œuvre des hommes de 1793, mais aussi les *tentatives* ou *projets prématurés* de ceux qui, comme Babeuf sous la Révolution, entendent instaurer d'un seul coup le « régime communiste » ou « tout autre moyen de rénovation sociale complète »²⁹⁰². Sans pouvoir douter de leur bonne foi, il juge toutefois que cet emportement est néfaste et dangereux. Il fait encore peu de doutes que Rey se reconnaît lui-même d'une certaine manière, qu'il parle de lui dans les questions qu'il soulève. Depuis sa plus tendre enfance, les maux de l'humanité lui causent en effet un souci constant, et c'est pourquoi son objectif est de trouver les moyens de les atténuer, si ce n'est d'y mettre un terme définitif. Or, désormais acquis à l'idée que seuls les principes de la communauté coopérative peuvent remplir cette fin, Joseph Rey ne cède pourtant pas à l'impatience et conçoit au contraire la nécessité de phases transitoires, afin d'y accoutumer les mœurs, avant de pouvoir mettre en œuvre ces principes à l'échelle de la société toute entière. Il n'en demeure pas moins que le législateur doit être animé par l'amour de ses semblables.

Toutes ces qualités attendues du législateur pour lui permettre de réaliser les finalités invariables de la législation en font-elles alors une sorte de génie démiurgique ? Une telle conclusion serait finalement largement exagérée. Car s'il doit toujours exercer son influence sur les individus pour déterminer leurs comportements, cela ne requiert pas de modifier l'homme ou de créer un homme nouveau de toutes pièces. C'est seulement à partir d'une connaissance de tout le potentiel humain et du but auquel chacun aspire, qu'il doit alors favoriser le développement des germes propices à la réalisation de cette fin. Il est moins créateur qu'arbitre, dans le sens où il doit discriminer, parmi les qualités des individus (et parmi leurs intérêts), celles qui sont favorables au bien-être individuel comme au bonheur collectif de la société. Fort de ses connaissances sur la nature, il pourra alors procéder à l'élaboration des lois en reconnaissant certains principes universellement valables.

2901 H. ARENDT, *De la Révolution*, *op. cit.*, p. 131. Elle cite ensuite un passage tiré d'une pétition rédigée par une section de la Commune de Paris, passage qui mérite d'être rapporté : « *Par pitié, par amour pour l'humanité, soyez inhumains* » (*ibid.*, p. 133-134).

2902 MSR, t. 2, p. 84.

SECTION 2 : L'ÉLABORATION DE LA LOI : UNE PERSPECTIVE UNIVERSALISTE

Le XIX^e siècle français, et même européen, est marqué par les projets de codification du droit. L'idée qu'il serait possible de rationaliser l'ensemble de la législation en la fondant dans un code complet a travaillé nombre de penseurs et juristes au siècle précédent, et l'entreprise napoléonienne suscite une réelle admiration. Derrière l'idée d'une codification se révèle en outre le souhait d'uniformisation de la législation, à l'échelle de l'État d'abord, mais aussi de façon plus universelle. C'est ainsi que Bentham pensait pouvoir rédiger un code constitutionnel destiné à toutes les nations. Dès lors que le droit et la loi sont pensés sur une base rationnelle, par référence à la nature humaine, il devient en effet possible d'envisager une législation à vocation universelle. À la même époque pourtant, des voix s'élèvent contre une telle perspective d'uniformisation du droit. C'est principalement chez les juristes de l'École historique allemande que vont se trouver les opposants aux projets de codification et d'uniformisation du droit. Aussi, lorsque Rey aborde ces thématiques, il trouve en Savigny un adversaire digne d'intérêt, dont il s'attache à réfuter les opinions (I). Friedrich von Savigny apparaît en effet comme l'un des plus célèbres représentants de l'approche historique du droit, et ses idées suscitent de nombreuses discussions.

Les vues plus rationalistes et universalistes de Jeremy Bentham en matière de législation conviennent mieux à notre auteur, qui mobilise par exemple le juriste anglais pour réfuter les idées de Savigny sur la question des lois dans le temps. Mais c'est surtout pour ce qui concerne les règles plus techniques d'élaboration des lois que Rey puise chez Bentham, dont il n'hésite pas à citer de très longs passages. Après avoir repris la définition des lois posée par Destutt de Tracy, Rey s'intéresse aux « principaux caractères de la loi²⁹⁰³ », et offre alors des précisions sur l'essence de la loi que la définition lapidaire de Tracy omet. Dans les *Préliminaires*, le juriste distingue ainsi cinq caractères essentiels : (1) la loi est l'expression de la volonté générale, (2) elle ne statue que pour l'avenir, (3) elle ne statue que par voie de dispositions générales, (4) elle doit être simple, à la portée de ses destinataires et (5) et elle doit enfin être connue par ceux qu'elle intéresse²⁹⁰⁴. Dans les *Leçons* puis le *Traité*, seuls les trois premiers sont présentés comme essentiels, les suivants s'y retrouvent toujours plus ou moins, mais ils n'apparaissent plus comme les conditions mêmes des lois. Nous leur porterons pourtant un intérêt soutenu car ils sont significatifs de la manière dont Rey conçoit la rédaction et la promulgation des lois. À la suite de Bentham, il porte en effet un

2903 *Préliminaires*, p. 59 ; *JLGJ*, t. 1, p. 404 ; *TPGD*, p. 295.

2904 *Préliminaires*, p. 59-84.

intérêt accru aux techniques permettant de rendre la loi accessible, de la faire aimer, et ainsi de la faire respecter sans qu'il soit nécessaire de recourir à la contrainte (II).

II/ LA DISCUSSION AVEC SAVIGNY SUR L'OPPORTUNITÉ DE LA CODIFICATION ET DE L'UNIFORMITÉ DES LOIS

Sous la Restauration, lorsque Rey livre son point de vue sur les idées développées par Savigny en Allemagne, l'ouvrage de ce dernier n'a pas encore fait l'objet d'une traduction en français. C'est donc dans la version originale allemande, parue sous le titre *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* en 1814 à Heidelberg, que le juriste a étudié ses idées. On trouve les traces de cette lecture dans l'exemplaire de l'ouvrage conservé à la Bibliothèque municipale de Grenoble, lequel comporte quelques *marginalia* de Joseph Rey. En revanche, il n'a pas lu Thibaut, bien qu'il soit au fait de son parti pris en faveur de la codification. Savigny y consacre en effet un court chapitre de son ouvrage (« De la proposition de la Thibaut²⁹⁰⁵ »). Qui plus est, la querelle Savigny/Thibaut a également traversé la frontière pour venir nourrir les discussions des juristes français²⁹⁰⁶. L'hégémonie du Code civil rendait néanmoins délicate toute prise de partie contre la codification²⁹⁰⁷ ; du moins contre celle du droit civil, car Pellegrino Rossi n'hésite pas à critiquer la codification du droit pénal²⁹⁰⁸. Mais, pour la plupart, les émules français

2905 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, *op. cit.*, p. 125-128.

2906 L. A. WARNKENIG, « De l'état actuel de la science du Droit en Allemagne, et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années », *Thémis*, t. 1, p. 20-23 ; Auguste DUFRAYER, *Revue encyclopédique*, t. 6, 1820, p. 68-81 ; E. LERMINIER, « École historique – Son origine – Travaux faits en Allemagne – Polémique sur la codification entre MM. Thibaut et de Savigny », *Le Globe*, t. 4, n° 59, 1827, p. 309-311 ; P. RÉMY, « "La Thémis" et le droit naturel », *art. cit.*, p. 148 ; O. JOUANJAN « Sur une réception française de Savigny », *art. cit.* Sur la querelle SAVIGNY/THIBAUT ou les idées de l'un ou l'autre, voir également : Z. KRYSTUFEK, « La querelle entre Savigny et Thibaut », *art. cit.* ; O. BEAUD, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière. Considérations sur l'impensé « territorial » dans la pensée juridique de Savigny », *Annuaire de l'institut Michel Villey*, 2009 [En ligne : <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/l-essai-contre-la-codification-ou-le-refus-d-un-droit-uniforme-pour-l-allemande-tout-entiere-considerations-sur-l-impense-territorial-dans-la-pensee-juridique-de-savigny-29>, consulté le 29.07.2021]. Voir également, sur la pénétration des thèses de l'École historique allemande chez Pierre-Joseph PROUDHON, A.-S. CHAMBOST, *Proudhon et la norme*, *op. cit.*, p. 159-184.

2907 Même LABOULAYE, qui admire pourtant SAVIGNY, prend parti en faveur de la codification (J. GAUDEMET, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 110).

2908 Contre le « luxe de la codification », ROSSI appelle les penseurs à étudier l'histoire du droit (*Traité de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 15). Selon lui, la codification est « peu conforme à la nature des choses et des sociétés humaines » (*ibid.*, p. 227). En revanche, il affirme franchement « la nécessité d'une loi pénale préexistante et publiée pour légitimer le droit de punir » (*ibid.*, p. 516) et admet la codification en matière civile, mais aussi pour ce qui concerne l'organisation judiciaire et l'instruction criminelle (*ibid.*, p. 529). Sur l'intérêt de ROSSI pour l'histoire, voir Claire CUVELIER, Delphine HUET et Clémence JANSSEN-BENNYNCK, « La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkine-Guetzévitch »,

de Savigny et de l'École historique allemande apprécient essentiellement la méthode historique d'étude du droit. On les trouve d'ailleurs en nombre au sein de la revue juridique *Thémis*, qui apparaît à certains égards comme le relais français des idées développées par les juristes allemands²⁹⁰⁹. Éclectiques et partisans de la méthode historique se côtoient donc au sein de cette revue, qui réunit ainsi nombre d'opinions auxquelles Joseph Rey entend s'opposer. Eugène Lerminier ou encore Édouard Laboulaye – qui écrira d'ailleurs un *Essai sur Savigny*²⁹¹⁰ qualifié de « véritable monument élevé à la gloire du maître » par Renaud Baumert – sont également de grands admirateurs de Savigny²⁹¹¹. Des revues inspirées par la méthode historique allemande succéderont ensuite à la *Thémis*, notamment celle fondée par Laboulaye en 1855, la *Revue historique de droit français et étranger*²⁹¹². Les thèses de l'École historique pénètrent ainsi peu à peu dans la doctrine française. Rey considère certes que l'histoire du droit est une étude nécessaire pour comprendre les institutions juridiques actuelles, mais il ne partage pas les thèses de l'École historique.

Lorsqu'il aborde la question, il prévient qu'il n'entend pas s'intéresser au contexte particulier de l'Allemagne, bien qu'il comprenne « l'animadversion » que pouvait éprouver Savigny en raison de « l'introduction forcée du code civil français en Allemagne »²⁹¹³. Ce sont l'opportunité et l'époque de la codification d'une part, et l'uniformité du droit à l'échelle nationale d'autre part, qui intéressent principalement le juriste. À l'occasion de cette discussion avec Savigny, c'est aussi la question de l'origine du droit et de la législation qui est soulevée. Pour Savigny, le droit trouve sa source première dans la vie ou la conscience du peuple, et c'est pourquoi il est réticent à admettre une codification réalisée par voie législative. Rey estime alors que Savigny a une vision erronée de l'histoire, mais il s'agit en réalité d'une différence de conception du droit, qui les conduit à des appréciations divergentes sur l'histoire (**A**). Le juriste allemand s'intéresse aussi au moment propice pour élaborer un code, et Rey se positionne encore contre les idées avancées par Savigny (**B**). Ces deux aspects de la pensée de Rey ayant déjà été aperçus à différentes reprises dans notre travail, nous leur consacrerons des développements moins étendus qu'à la question de l'uniformité du droit. Savigny apparaît en effet comme un redoutable critique des projets d'uniformisation sur le territoire d'une nation, préférant s'en

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2014/6, p. 1534, spéc. le §I.

2909 P. RÉMY, « "La Thémis" et le droit naturel », *art. cit.* p. 148-152 ; Y. FALELAVAKI, *L'histoire d'une conversion. op. cit.*, p. 99 et s.

2910 Édouard LABOULAYE, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, Paris, Joubert, 1842.

2911 Renaud BAUMERT, « L'école historique d'Édouard Laboulaye », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 47, 2018/1, p. 99.

2912 On peut également mentionner la *Revue bretonne de droit et de jurisprudence*, fortement imprégnée par les idées de l'École historique (Y.-A. DURELLE-MARC, « La Revue bretonne de droit et de jurisprudence de Firmin Laferrière ... », *op. cit.*, p. 373-387).

2913 TPGD, p. 338.

remettre à une formation spontanée du droit par les différentes communautés locales. Joseph Rey, de son côté, admet bien que les circonstances de lieu doivent exercer certaines influences quant aux lois mais, dans l'héritage de 1789, il se prononce franchement en faveur de l'uniformité de la législation (C).

A/ UNE DIVERGENCE DE VUES QUANT À L'ORIGINE DU DROIT : CONTINGENCE HISTORIQUE OU NATURE HUMAINE ?

Pour s'opposer au processus de codification, le professeur allemand considère d'abord le droit comme une production populaire spontanée évoluant au fil des divers besoins²⁹¹⁴ et dont les racines se trouvent dans le droit romain. En France, on retrouve cette idée d'une formation spontanée du droit sous la plume de Pellegrino Rossi par exemple, lorsqu'il appelle à faire une « véritable histoire du droit pénal, de son développement spontané²⁹¹⁵ ». Pour Savigny, c'est l'idée que le droit a d'abord une origine et une forme coutumière, avant d'être, en quelque sorte, rationalisé par les juristes et éventuellement appuyé par la législation²⁹¹⁶. Celle-ci est donc seconde et n'apparaît légitime que lorsqu'il s'agit de venir « en aide à la coutume », lorsqu'il existe des « doutes » et des « incertitudes » qu'il convient de faire disparaître pour sauvegarder « dans toutes sa pureté la réalité du droit, la véritable volonté du peuple »²⁹¹⁷. Favorable à « ces formes d'influence partielle », Savigny s'oppose en revanche à la codification car en faisant « l'inventaire de l'ensemble de son ordre juridique », l'État fixe ce qui constitue le droit, excluant par là tout ce qui n'est pas formellement écrit dans le code²⁹¹⁸. Le droit se forme « d'abord par les mœurs et la conviction du peuple » et ne saurait être décidé « par l'arbitraire d'un législateur »²⁹¹⁹.

On pourrait trouver de l'analogie entre Rey et Savigny, si l'on se rappelle sa fiction du quasi-contrat, la façon dont il présente la genèse du pouvoir législatif ou encore sa distinction du droit et de la loi écrite. Mais l'on a pu se persuader que tout ceci n'est, pour Rey, que de l'ordre des principes théoriques, et non de la réalité historique²⁹²⁰. Surtout, ce n'est pas du tout du même *droit* dont il est question sous la plume de Rey et sous celle de Savigny. Pour notre juriste, c'est le droit conçu comme droit légitime ou naturel et que les lois écrites peuvent méconnaître. Pour

2914 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, *op. cit.*, p. 53-54.

2915 P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 15.

2916 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, *op. cit.*, p. 56.

2917 *Ibid.*, p. 57.

2918 *Ibid.*, p. 58.

2919 *Ibid.*, p. 56.

2920 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, II, A, 1.

Savigny, outre le fait qu'il s'intéresse exclusivement au droit civil, l'expression n'a, sous sa plume, aucune analogie avec une quelconque idée de droit naturel ou plus simplement d'un droit qui pourrait être pensé théoriquement indépendamment de son effectivité réelle actuelle²⁹²¹. En effet, Savigny se demande « comment le droit s'est effectivement développé chez des peuples de noble souche²⁹²² ». Il s'intéresse à ce que le droit *est* plus qu'à ce qu'il *devrait être* (bien que son ouvrage consiste à dire ce que ne doit pas être le droit, à savoir, un produit de la volonté du législateur).

Les premiers éléments que Rey oppose à Savigny concernent son opinion relative à la formation du droit, et semblent indiquer qu'il ne prend pas tout à fait la mesure de ce qu'entend son homologue par l'expression « droit ». Rey affirme en effet que Savigny part « d'une supposition qui est démentie par l'histoire de tous les peuples : il suppose que le peuple a constamment joui de tous ses droits, de manière à se développer librement, et à pouvoir toujours subvenir à ses vrais besoins législatifs²⁹²³ ». Pourtant Savigny ne dit pas précisément que le peuple a constamment joui de ses droits, mais que le droit (civil) résulte de l'activité du peuple²⁹²⁴, qu'il s'origine d'abord « dans la conscience du peuple²⁹²⁵ ». Aussi n'est-il pas question de *droits* dont aurait dû jouir le peuple. Quoi qu'il en soit, l'affirmation de Savigny apparaît erronée aux yeux de Rey, qui pense au contraire que tous les peuples ont d'abord vécu sous une « épouvantable oppression » et que « le principe de presque tous les gouvernements connus ne fut jamais fondé que sur les intérêts de quelques privilégiés »²⁹²⁶. Par conséquent, là où Savigny tire de son opinion sur la formation du droit la conviction que cette source « exclut toute idée d'une origine fortuite et arbitraire²⁹²⁷ », Rey pense au contraire que l'arbitraire des gouvernants a présidé à l'élaboration de la plupart des systèmes juridiques, de sorte que le droit légitime a fortement été méconnu. Lorsque Savigny écrit que « [l]a jeunesse des peuples est pauvre en concepts, mais [qu']elle jouit d'une claire conscience de sa situation et de ses conditions²⁹²⁸ », notre juriste indique en marge que cela est faux, car « [l]es peuples barbares n'ont aucune idée claire de leur état ni de leurs vrais

2921 Pour SAVIGNY, une telle conception du droit caractérise justement les partisans de la codification. Il évoque en effet ceux qui, désirant un « code exhaustif », ont « la conviction de l'existence d'un droit naturel ou rationnel pratique, d'une législation idéale valable pour tous les temps et pour tous les cas, et que nous n'aurions qu'à découvrir pour parfaire à tout jamais le droit positif » (*De la vocation de notre temps pour la législation*, op. cit., p. 52).

2922 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, op. cit., p. 53.

2923 TPGD, p. 271.

2924 « Sitôt que nous rencontrons une histoire fondée sur des documents, le droit civil présente déjà un caractère déterminé propre à chaque peuple, comme le sont sa langue, ses mœurs, sa constitution. À vrai dire, ces phénomènes n'ont pas d'existence à part ; ce ne sont que les diverses forces et activités du peuple considéré, elles sont indissociables dans la réalité et n'apparaissent comme des caractères particuliers qu'à notre observation » (F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, op. cit., p. 53).

2925 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, op. cit., p. 53.

2926 TPGD, p. 271.

2927 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, op. cit., p. 53.

2928 *Ibid.*, p. 53.

besoins²⁹²⁹ ». Savigny dénature et néglige ainsi les « véritables leçons » de l'histoire par ses affirmations sur l'enfance des peuples et sa conviction que leur droit satisfaisait à leurs besoins. Au contraire, « [t]rès souvent, il reste fort en arrière des besoins²⁹³⁰ », pense Joseph Rey.

Ce n'est donc pas dans l'histoire des peuples que doit être recherché le droit, mais dans la nature de l'homme et la connaissance de ses véritables besoins. C'est ce qui conduit Rey à préférer la fiction théorique du quasi-contrat social à la réalité historique pour déterminer les modalités d'organisation juridique des relations sociales les plus conformes à la nature humaine. Il reprend d'ailleurs de Bentham l'idée que les législations ne devraient pas marcher à la suite des événements, mais au contraire les devancer. Certes, « [i]l a bien fallu commencer par faire des lois [...] à mesure que les circonstances en ont fait sentir la nécessité²⁹³¹ ». Mais contre ce que pense Savigny, ce n'est pas une démarche bénéfique. En effet, c'est un « procédé des âges de la barbarie » ; les brèches de la législation ont été comblées « avec le corps des victimes »²⁹³². Un « législateur éclairé » doit au contraire anticiper les maux et les besoins, « les prévoir et les prévenir par des précautions générales »²⁹³³.

Mettre la conception du droit de Rey en perspective avec celle de Savigny permet en outre de faire voir les similitudes qu'il entretient avec le *jusnaturalisme* des juristes français. Sa compréhension du droit (naturel, légitime, primitif) se rapproche en effet plus de la recherche métaphysique d'un idéal (comme on la trouve chez les éclectiques) que de l'historicisme de l'École historique allemande. C'est dans la nature de l'homme, et non dans le développement historique propre à chacun des peuples qu'il faut aller chercher le droit. La démarche est ici plus rationaliste que proprement empirique. Il faut toutefois souligner qu'en France, des synthèses entre ces deux approches du droit ont été tentées. Par Athanase Jourdan d'abord²⁹³⁴, puis par Eugène Lerminier ensuite²⁹³⁵.

2929 BMG, F. 11433, p. 9.

2930 *Ibid.*, p. 11.

2931 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 354 ; cité dans TPGD, p. 302.

2932 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 354 ; cité dans TPGD, p. 302.

2933 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 354 ; cité dans TPGD, p. 302.

2934 G. NAVET, « Eugène Lerminier (1803-1857) », *art. cit.*, p. 36-39 (« La science du droit d'Athanase Jourdan »). L'auteur montre comment JOURDAN tente de concilier les apports de la philosophie de Victor COUSIN avec son intérêt accru pour l'histoire du droit et le droit romain en particulier. Mais le juriste aboutit finalement à gommer toute la dimension historique et la contingence du droit romain pour le considérer « comme la meilleure (et sans doute, dans son esprit, la seule) incarnation juridique du droit naturel rationnel » (*ibid.*, p. 39).

2935 Dans son *Introduction générale à l'histoire du droit*, LERMINIER distingue deux éléments qui composent le droit positif, l'un philosophique, l'autre historique. George NAVET explique que le premier « vise les idées absolues et universelles du juste et de l'injuste, c'est-à-dire le droit naturel qui est celui du genre humain », alors que le second consiste dans « la forme que prennent ces idées en chaque peuple particulier » (« Eugène Lerminier (1803-1857) », *art. cit.*, p. 41). On retrouve également des éléments de la pensée de SAVIGNY mêlé à certains principes de la philosophie éclectique sous la plume de Pellegrino ROSSI.

S'il importe à Rey de réfuter l'opinion de Savigny relative à l'origine historique du droit, c'est parce que celle-ci conduit le juriste allemand à préférer s'en remettre aux évolutions législatives progressives. Son idée tient en ce que les lois particulières seraient plus à même de répondre aux besoins des individus car elles sont adoptées lorsque ceux-ci se font sentir (aspect temporel) et exclusivement pour les portions de population concernées (aspect géographique). La forme coutumière semble ainsi la plus adaptée. C'est pourquoi Savigny est amené à envisager la codification sous un prisme assez négatif, sans rejeter pour autant absolument l'idée d'un code civil. Bien que cette option ne soit pas celle qui obtient ses faveurs, il se propose toutefois d'y réfléchir afin de déterminer ce qui pourrait participer à la rédaction d'un bon code. À ce titre, il conseille de ne pas agir avec précipitation. D'après lui, l'Allemagne de son temps n'est pas mûre pour une telle entreprise, question qui pose le problème de l'époque propice à la codification et, plus généralement, de l'influence des époques sur l'élaboration des lois.

B/ L'ÉPOQUE DE LA CODIFICATION

Si la question de l'époque opportune pour procéder à une codification se pose, c'est parce qu'il ne s'agit pas seulement de compiler l'ensemble du droit ou des législations existantes, mais également de procéder à une sorte de révision, voire de refondation. Derrière le refus de la codification, on retrouve alors souvent une méfiance envers l'œuvre des révolutionnaires (la *tabula rasa*) qui entendaient fonder un nouvel ordre juridique rationnel sans référence à l'histoire. Certes, dans son pamphlet contre la codification, Savigny l'envisage d'abord comme une simple compilation, en mentionnant toutefois le risque que certaines parties du droit soient oubliées, exclues du code et donc rendues ineffectives. Mais il craint bel et bien l'arbitraire et l'artifice d'un législateur qui penserait pouvoir élaborer des lois à partir d'une démarche purement rationaliste (et volontariste). Et lorsque Rey s'y intéresse, il partage avec Bentham l'idée d'une codification entendue comme une entreprise de révision générale de la législation, et non comme un simple travail de compilateur. Jean-Louis Halpérin affirme d'ailleurs que « [l]a notion de codification n'évoque pas seulement l'idée d'unification du droit autour d'un corps homogène de lois, par opposition à la diversité des sources de l'ancien droit privé. Elle correspond aussi à une mise en ordre du droit qui suppose à la fois la volonté d'organisation cohérente des règles juridiques et une nouvelle expression de leur contenu. Par opposition à la simple compilation des règles préexistantes, la codification ne peut être séparée d'une réforme du droit et même d'une

redéfinition de sa nature profonde²⁹³⁶ ». Bentham envisage en effet le code comme un « instrument de réforme²⁹³⁷ », et Rey s'accorde avec lui sur la nécessité que le législateur « devance les événements au lieu de les suivre », qu'il n'attende pas que le mal ait pris naissance pour chercher le remède²⁹³⁸. Lorsqu'il discute les idées de Savigny, il reprend ainsi l'idée de la codification envisagée comme révision générale des lois, par opposition aux évolutions législatives successives. Notre juriste considère qu'une telle révision est forcément bénéfique pour le peuple, indépendamment de l'époque. Il affirme en effet de manière assez péremptoire que, « dès que la nécessité d'une telle opération est aperçue, même dans un gouvernement despotique, c'est qu'on sent que les besoins de la nation n'ont pas été suffisamment satisfaits²⁹³⁹ ». Chaque époque pourrait ainsi apparaître propice à un tel travail. Bien qu'il ne le dise pas explicitement, cela revient à considérer que la codification générale est plus à même de satisfaire à ces besoins que l'adoption de législations partielles au fil de l'eau. Adoptant un point de vue tout à fait opposé à celui de Savigny, Rey ne fournit toutefois aucune explication permettant de justifier son propos.

Pour Savigny, outre ses préventions contre l'arbitraire de la volonté du législateur, le fait même de fixer le droit existant par écrit constitue un problème qui lui apparaît plus sensible encore dans l'époque où il évolue. Après avoir dénoncé la rareté du « sens scientifique » des juristes du XVIII^e siècle et les « efforts superficiels » de ses philosophes, Savigny affirme que, pour son époque, « l'élaboration d'un bon code n'est pas encore possible »²⁹⁴⁰. En voulant s'adonner à cette tâche, « nous ne pouvons savoir de quelles améliorations nous privons l'avenir en fixant les déficiences actuelles²⁹⁴¹ », ajoute-t-il. Savigny vise ici un problème majeur de la rédaction du droit, car même si le droit écrit peut bien sûr continuer à évoluer et subir des transformations, le fait de devoir conscientiser les modifications à apporter constitue un obstacle que ne connaît pas le droit vivant sous sa forme coutumière. Comme le fait remarquer Marc Bloch, « réfléchir sur un changement, c'est toujours risquer d'y renoncer²⁹⁴² ». Joseph Rey n'aborde pas directement cet aspect de l'opinion de Savigny concernant l'écriture du droit, mais il se prononce bien en faveur d'un droit écrit ou du moins rendu fixe par un moyen équivalent à

2936 J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, P.U.F., 1992, p. 51. De son côté, François OST distingue différentes manières possibles d'appréhender la codification (« Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, §56-60).

2937 F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, §4.

2938 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 354 ; cité dans TPGD, p. 302.

2939 TPGD, p. 272.

2940 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, *op. cit.*, p. 74.

2941 *Ibid.*, p. 75. ROSSI, pourtant favorable au droit écrit, envisage également les codes comme des obstacles au progrès et préfère s'en remettre aux lois particulières « plus faciles à corriger », qui « se prêtent mieux à la réforme progressive et continue » (*Traité de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 529).

2942 Marc BLOCH, *La société féodale*, Paris, Éditions Albin Michel, 1994, p. 179.

l'écriture²⁹⁴³. Cependant, si cette fixité est nécessaire pour assurer une certaine sécurité aux individus, elle ne saurait faire obstacle aux progrès futurs de la législation.

La question que soulève Rey, à la suite de Bentham, est la suivante : jusqu'à quel point une législation aujourd'hui jugée bonne « pourra-t-elle convenir à une époque future ?²⁹⁴⁴ ». Cela renvoie au thème de la perfectibilité autant qu'à celui de l'immuabilité des lois. Et si Rey n'adopte pas un pur et simple optimisme du progrès continu, il sait toutefois qu'on ne peut « avoir la certitude d'atteindre la perfection législative²⁹⁴⁵ ». Nul homme ne peut « avoir la prétention d'une prescience ni d'une puissance infinie », même si les législateurs doivent toujours tendre à « hâter eux-mêmes les progrès ultérieurs »²⁹⁴⁶. Ainsi, ce n'est pas parce qu'il existe un Code civil complet déjà rédigé en France qu'il n'est pas nécessaire de procéder à sa révision²⁹⁴⁷. Rey ne partage donc pas les préventions de Savigny concernant l'écriture des lois puisqu'il demeure toujours possible de procéder à de nouvelles améliorations lors de révisions futures. Tel était par ailleurs le point de vue de Lafayette, Sieyès, Condorcet ou encore Bentham qui, tout en refusant les lois immuables, n'en étaient pas moins favorables au droit écrit et à la codification²⁹⁴⁸.

En outre, sur la question plus particulière de l'époque, Joseph Rey se fait plus optimiste que Savigny. Mobilisant Bacon à l'appui de sa thèse, le juriste allemand considère que le travail de compilation du droit existant ne devrait être « entrepris qu'en des temps qui l'emportent sur les époques précédentes sur les plans culturel et technique²⁹⁴⁹ ». Rey se dit d'accord avec cette proposition, mais il estime que Savigny rend « peu de justice [...] à ses compatriotes et à lui-même²⁹⁵⁰ », et que cette règle doit encore admettre une exception. Sur le premier de ces points, on comprend facilement que les avis des deux juristes diffèrent quant aux apports des idées philosophiques du XVIII^e siècle, ce qui conduit l'un à juger l'époque incapable d'une telle entreprise, et l'autre à soutenir l'opinion contraire. Rey estime ensuite que le simple fait d'entreprendre une révision générale des lois présente suffisamment d'avantages pour contrebalancer certaines lacunes scientifiques, et peut même permettre d'acquérir « certaines connaissances positives²⁹⁵¹ » qui manquaient jusque-là. Bien qu'il se fasse très exigeant lorsqu'il s'agit de déterminer les savoirs nécessaires aux législateurs et qu'il attribue nombre de mauvaises

2943 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, A, 1.

2944 TPGD, p. 275.

2945 *Ibid.*, p. 283.

2946 *Ibid.*, p. 283.

2947 *Ibid.*, p. 394-395.

2948 E. DE CHAMPS, « La déontologie politique » ou la Pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham, *op. cit.*, p. 201-202.

2949 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, *op. cit.*, p. 59.

2950 TPGD, p. 273.

2951 *Ibid.*, p. 274.

lois à leur ignorance²⁹⁵², Rey est confiant quant aux bienfaits propres à la codification. On pourrait toutefois craindre que l'ampleur d'une telle tâche ne soit pas à la portée des hommes. C'est ce que redoute Pellegrino Rossi, qui préfère s'en remettre aux lois particulières, pour lesquelles « les erreurs sont plus faciles à éviter », car « [o]n n'embrasse pas un ensemble de sujets divers et compliqués » comme dans une entreprise de révision/codification²⁹⁵³. Rey juge au contraire que cela est fort avantageux, car la position de recul par rapport aux lois existantes qu'implique une telle entreprise permet d'adopter des vues « plus philosophiques, en même temps qu'elle dégage des petites passions ou des préjugés particuliers qui président presque toujours aux mesures partielles²⁹⁵⁴ ». Qui plus est, une telle révision générale permet de mieux systématiser le droit existant, et, par conséquent, de l'améliorer et de le rationaliser en aidant à faire disparaître « les doubles emplois [ou] les contradictions » et à combler « les insuffisances et les lacunes »²⁹⁵⁵. Selon Rey, il suffit de comparer le Code civil français « avec l'assemblage informe de tout ce qui constituait jadis notre législation » pour s'en convaincre²⁹⁵⁶. Ainsi, l'époque de la confection d'un code apparaît relativement indifférente, dans le sens où le simple fait d'entreprendre ce travail constitue nécessairement un progrès.

Il est encore des « circonstances très-favorables aux améliorations législatives, [...] telles [que] les grandes commotions politiques, surtout lorsque les gouvernements sont d'accord avec les peuples²⁹⁵⁷ ». Rey mentionne alors la situation politique de l'Allemagne de 1814²⁹⁵⁸, ce qui s'avère quelque peu déroutant. En effet, si les soulèvements des allemands contre la domination napoléonienne ont bien associé le peuple au roi de Prusse dans une volonté commune, l'épisode se solde par le Congrès de Vienne et la Sainte-Alliance²⁹⁵⁹. Il est vrai qu'en 1814, la partie n'était pas encore jouée, mais au moment où Rey écrit ces mots, l'issue en est connue. C'est plutôt la Révolution française qu'il aurait du convoquer pour illustrer son affirmation, car il ne fait aucun doute que c'est surtout le souvenir cette période qui suscite en lui une telle réflexion. N'est-ce pas précisément l'exemple le plus spectaculaire d'une révision d'ensemble de la législation amenant aux améliorations législatives les plus sensibles ? N'est-ce pas également le moment où est né le désir de rédiger un code civil qui, bien qu'abouti seulement sous l'empire d'un homme que Rey ne porte pas dans son cœur, demeure néanmoins une œuvre législative qui force le respect ? De

2952 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, II, A.

2953 P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 525.

2954 TPGD, p. 272.

2955 *Ibid.*, p. 272.

2956 *Ibid.*, p. 273.

2957 *Ibid.*, p. 274.

2958 « [C]'était précisément le cas où se trouvait l'Allemagne lorsque s'est élevée la question dont il s'agit » (TPGD, p. 274).

2959 Johann CHAPOUTOT, *Histoire de l'Allemagne (1806 à nos jours)*, Paris, P.U.F., 2017, p. 19-20.

façon plus générale encore, les révolutions politiques, en remettant les cartes sur la table, doivent permettre une consultation des besoins et des souhaits des individus afin d'y répondre par un nouvel édifice législatif. Rey envisage en effet les insurrections comme un mode d'abrogation de l'ensemble de la législation, afin de recréer une société politique sur des bases renouvelées²⁹⁶⁰. Ce genre de situation se présente donc comme le moment idéal pour adopter une nouvelle législation plus à même de répondre aux besoins et aux attentes d'un peuple qui vient de s'exprimer.

Mais si la législation doit satisfaire aux besoins des individus et des peuples et évoluer au gré de ceux-ci, il pourrait s'avérer inopportun d'adopter un code uniforme pour l'ensemble d'une nation, ainsi que le pense Savigny. Ce n'est pourtant pas la conclusion qu'en tire Rey. Baigné par les idées universalistes du XVIII^e siècle d'une part, et soucieux d'assurer l'unité de la société par une tendance commune d'autre part, Rey penche au contraire en faveur de l'uniformité de la législation.

C/ LA NÉCESSITÉ D'UNE LÉGISLATION UNIFORME

Lorsque Rey entreprend de réfléchir à la question de l'uniformité des lois à l'échelle de l'État, c'est contre Montesquieu et Savigny tout à la fois qu'il prend position. Le premier n'est pas exactement opposé à cette uniformité, mais la juge néanmoins de peu d'importance. « Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ?²⁹⁶¹ », écrit-il à ce sujet. Savigny affirme en revanche une nette préférence pour les législations particulières à chaque fraction du peuple. Tout en admettant certaines exceptions au principe d'uniformité des lois (3), lesquelles ne font pas obstacle à l'adoption d'un code de lois uniforme pour tout l'État, comme le prouve le Code civil²⁹⁶², Rey pense néanmoins que l'uniformité présente les plus grands avantages et qu'elle est même absolument nécessaire lorsque les circonstances sont les mêmes. Il faut toutefois préciser que cette uniformité de la législation, telle que la vante Joseph Rey, ne revient pas à cette égalité de traitement que dénoncera Marx²⁹⁶³. Instaurer un système de lois uniformes à l'échelle de l'État ne fait pas obstacle aux différences de traitements en fonction des capacités et des

2960 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, III, C.

2961 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 3, *op. cit.*, p. 315.

2962 « [U]n code, bien que général pour tous les autres cas, peut abandonner certains cas à la spécialité locale de législation. Ainsi le code civil français, dans l'article 1759, a laissé force de loi à certains usages *locaux* relatifs aux termes des loyers, tout en donnant une législation *commune* sur le reste du *contrat de louage* » (TPGD, p. 335).

2963 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, III.

besoins, qui constituent l'essence même du droit. Mais comme la nature humaine est toujours et partout la même, certains principes fondamentaux méritent d'être universellement consacrés dans les lois positives (1). Qui plus est, l'uniformité de législation au sein d'un État offre des avantages non négligeables que Rey entend opposer aux arguments avancés par Montesquieu et Savigny (2).

1. L'universalité des principes généraux du droit et de la législation

Après avoir suffisamment étudié la nature humaine et les principes de l'organisation sociale, Rey se croit désormais en possession des *principes généraux du droit et de la législation*. À ses yeux, ceux-ci apparaissent alors insusceptibles d'une quelconque variation car l'être humain et les principes sociaux sont toujours et partout les mêmes. Rey parle ainsi du « code vraiment *fondamental* et *indispensable* de toute société politique, considérable ou non, pauvre ou riche, ancienne ou moderne, insulaire ou continentale, et quelle que soit la forme de son gouvernement²⁹⁶⁴ ». Il faut donc que « la loi positive » consacre ce « code DE DROIT FONDAMENTAL DE TOUTE SOCIÉTÉ »²⁹⁶⁵, puisqu'il y a une uniformité complète de cette législation fondamentale à l'échelle de l'humanité. Aussi Savigny a-t-il tort de mépriser toute tentative de codification du droit. Ce dernier dénonce en effet la « fièvre culturelle fort peu éclairée » du XVIII^e siècle, d'après laquelle les « codes ne devaient tenir compte d'aucune particularité historique et être également applicables par pure abstraction à tous les peuples et à toutes les époque »²⁹⁶⁶. À ces mots, Rey lui reproche de « tourner ce système en ridicule en le présentant d'une manière exagérée²⁹⁶⁷ ». Mais « il ne reste pas moins vrai qu'il est des principes généraux qui conviennent au Russe comme à l'espagnol (*sic*)²⁹⁶⁸ », ajoute-t-il. Notre juriste remarque d'ailleurs que Savigny reconnaît lui-même l'existence de ce qu'il nomme des « principes dirigeants » ; ce qui « exprime bien ma pensée »²⁹⁶⁹, ajoute-t-il. Les *principes dirigeants* de Savigny ne s'identifient pourtant pas aux *principes généraux* de Rey. Ils n'ont pas cette portée générale que leur attribue notre juriste. Ce sont les principes qui dirigent chaque branche particulière du droit, précise Savigny²⁹⁷⁰. Qui plus est, bien que l'auteur ne clarifie pas ce point, il y a fort à parier que,

2964 TPGD, p. 387.

2965 *Ibid.*, p. 387.

2966 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, *op. cit.*, p. 51.

2967 BMG, F. 11433, p. 5

2968 *Ibid.*, p. 5.

2969 *Ibid.*, p. 22.

2970 Il écrit en effet que « chaque partie de notre droit comprend des éléments qui font que les autres sont donnés : nous pouvons les appeler les principes dirigeants » (F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps*

dans son esprit, ces principes soient également propres à chaque peuple dans son époque.

Dans son *Essai sur Savigny*, Laboulaye tracera un parallèle entre le juriste allemand et Joseph de Maistre²⁹⁷¹. En effet, en France, à l'époque où Rey écrit, Joseph de Maistre a déjà proposé une critique de l'universalisme juridique des Lumières et de la Révolution. Rappelons ce passage bien connu dans lequel il raille les constitutions révolutionnaires qui ont toujours été faites « pour l'*homme*. Or, il n'y a point d'*homme* dans le monde. J'ai vu, dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc. [...] mais quant à l'*homme*, je déclare ne l'avoir rencontré de ma vie²⁹⁷² ». Certes, de Maistre pense en termes de nations, et non de fractions du peuple comme le fait Savigny. Il n'en demeure pas moins que toute idée de droit, de lois ou de principes juridiques à vocation universelle se trouve d'office condamnée, sauf à s'en remettre aux préceptes divins. Par ailleurs, il fait dépendre le contenu des constitutions d'un ensemble d'éléments qui le rapprochent de Montesquieu lorsqu'il pose le précepte suivant : « Étant donné *la population, les mœurs, la religion, la situation géographique, les relations politiques, les richesses, les bonnes et les mauvaises qualités d'une certaine nation, trouver les lois qui conviennent*²⁹⁷³ ». Dans le même ordre d'idée, Rossi juge « inutile » le travail du juriste qui, « du fond de son cabinet, imaginerait de faire des Codes pour des nations lointaines », car « [n]i le talent ni le génie ne sauraient tenir lieu de la connaissance des faits locaux²⁹⁷⁴ ». C'est pourtant une telle ambition qui anime Bentham, dont Rey partage sur ce point les idées, lorsqu'il entreprend de rédiger un code constitutionnel à destination de toutes les nations²⁹⁷⁵. Certes, Rey estime aussi qu'il convient d'élaborer les lois en prenant en considération des éléments du type de ceux mis en avant par de Maistre. Néanmoins, il pense qu'on peut toujours se référer, en dernier ressort, à la nature humaine en ce qu'elle a d'universel – tous les hommes étant des êtres sensibles, jouissant et souffrant, soumis à des besoins et dotés de sympathie. Condorcet défendait d'ailleurs sa vision universaliste des droits de l'homme en évoquant la sensibilité que tous les humains ont en partage²⁹⁷⁶. De façon générale, cet universalisme se retrouve chez la plupart des philosophes radicaux, qui appelaient à « la création d'un cadre moral et législatif commun, universel, valable pour tous²⁹⁷⁷ ».

Du reste, il résulte de ces principes généraux que les finalités de la loi sont toujours les

pour la législation, op. cit., p. 60).

2971 E. LABOULAYE, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny, op. cit.*, p. 51 ; voir également J. BROCH, « Un publiciste libéral contempteur de Rousseau : Édouard Laboulaye (1811-1883) », *op. cit.*, p. 326.

2972 J. DE MAISTRE, *Considérations sur la France*, Londres, 1797, p. 102.

2973 *Ibid.*, p. 102-103.

2974 P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 1, *op. cit.*, p. 227.

2975 J. BENTHAM, *Constitutional Code, op. cit.*

2976 N. DE CONDORCET, « Sur l'admission des femmes au droit de cité », *Journal de la société de 1789*, n°5, 3 juillet 1790, p. 2.

2977 J. ISRAËL, *Une révolution des esprits, op. cit.*, p. 53.

mêmes²⁹⁷⁸. Il n'est donc pas indifférent, comme le pense Montesquieu, que les citoyens suivent des lois différentes. Favorable à l'uniformité des lois, Joseph Rey lui rétorque qu'« il ne peut y avoir, pour *une même* circonstance donnée, *qu'une seule disposition* qui réunisse le plus d'avantages²⁹⁷⁹ ». C'est rejouer le combat que Condorcet avait déjà entrepris contre Montesquieu. À la question de ce dernier (« Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ? »), Condorcet répondait en effet : « Il importe qu'ils suivent de bonnes lois ; et comme il est difficile que deux lois différentes soient également justes, également utiles, il importe encore qu'ils suivent la meilleure²⁹⁸⁰ ». Qui plus est, le philosophe mathématicien ajoutait que l'uniformité des lois est bénéfique car « c'est un moyen de plus d'établir de l'égalité entre les hommes²⁹⁸¹ ». Notre juriste ne rattache pas l'uniformité des lois à une recherche d'égalité, mais il signale en revanche son importance pour la solidité du lien social. Ceci nous amène à aborder les arguments de Rey contre la *bigarrure* des lois et, par conséquent, en faveur de leur uniformité.

2. Les arguments en faveur de l'uniformité des lois

Contre Montesquieu, Rey affirme que la variété des lois tend à introduire à sa suite des disparités « dans les idées et les mœurs, dans toute la direction des individus, ce qui est déjà un mal entre les hommes des différentes nations », mais devient franchement « intolérable [...] lorsque ces différences existent entre les citoyens d'un même État »²⁹⁸². Sans nourrir l'espoir de voir adopter prochainement une législation universelle pour l'ensemble du globe, Rey considère néanmoins que la diversité des lois est regrettable. Mais c'est pire encore à l'échelle nationale. Comment, en effet, peut-on prétendre faire société avec des individus qui, du fait de la variété des lois, n'auraient pas un « caractère homogène » ni une « tendance commune »²⁹⁸³ ? La diversité des lois constitue un obstacle à la formation d'un véritable lien social, et sans doute le souvenir de l'Ancien régime n'est pas indifférent à Rey. Comme l'affirmait Sieyès, « une loi commune et une représentation commune, voilà ce qui fait *une nation*²⁹⁸⁴ ». Certes, Rey n'évoque pas, à cet endroit, la crainte de voir ressurgir les privilèges. Ce sont plutôt les lois, coutumes ou usages particuliers à chaque localité auxquels pense le juriste. Il n'en demeure pas moins que c'est

2978 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, I, A.

2979 TPGD, p. 355.

2980 N. DE CONDORCET, « Observations de Condorcet sur le vingt-neuvième livre de l'*Esprit des lois* », *op. cit.*, p. 383.

2981 *Ibid.*, p. 383.

2982 TPGD, p. 355.

2983 *Ibid.*, p. 336.

2984 E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-état ?*, *op. cit.*, p. 18.

par le droit seul, par son uniformité, qu'il est possible de faire société. Comme l'avaient bien compris les révolutionnaires, l'unité de la nation dépend de l'uniformité de sa législation. Joseph Rey juge d'ailleurs que l'exemple choisi par Montesquieu pour appuyer son propos manque son objectif. En effet, l'auteur de *l'Esprit des lois* évoque la différence de « cérémonial » entre les Chinois et les Tartares, pour conclure que « c'est pourtant le peuple du monde qui a le plus la tranquillité pour objet »²⁹⁸⁵. Le choix d'une telle illustration avait déjà été critiqué par Condorcet, qui se demandait pourquoi Montesquieu évoquait les cérémoniaux de ces deux peuples alors qu'il aurait dû être question de lois²⁹⁸⁶. Rey ne s'y arrête pas. En revanche, il affirme que Montesquieu se trompe, car la différence de législation empêche « la fusion de ces deux peuples » en maintenant la distinction entre « le vainqueur et le vaincu, l'oppresseur et l'opprimé »²⁹⁸⁷. Eut-il jugé préférable que les Chinois imposent leurs lois aux Tartares ? Certes, non, mais Rey peine ici à emporter la conviction de son côté. Cela se complique encore lorsqu'il mobilise le récent conflit américain qui a opposé les différents États au sujet de l'esclavage (1825). Son propos n'est effectivement pas plus convaincant, car il évoque la menace de sécession formulée par un des comités de la législature de l'État de Géorgie, dans l'hypothèse où il serait contraint de renoncer à l'esclavage. Alors que Rey en tire pour leçon qu'il est préférable d'avoir une législation et un organe législatif uniques, pour éviter ce type de situation, rien n'empêche d'en conclure que l'autonomie laissée à chaque État permettrait, au contraire, de pacifier les relations entre eux. Car, en l'occurrence, c'est bien la tentative d'uniformiser la législation sur l'esclavage qui menace de dissoudre l'État fédéral américain. Et Rey prend soin de ne pas citer le texte rédigé par le comité en question, texte dans lequel est expressément dénoncé « le principe d'une soumission absolue au gouvernement général »²⁹⁸⁸.

Savigny soutenait justement sa position en affirmant que le droit civil mérite « le blâme lorsque, apparaissant comme quelque chose d'étranger, né de l'arbitraire, il laisse le peuple indifférent »²⁹⁸⁹. C'est un écueil qui, selon l'auteur, se rencontre moins souvent dans les droits particuliers à chaque région que dans les entreprises d'uniformisation du droit. Nous avons en effet montré précédemment que l'opinion que Savigny se fait du droit comme production spontanée de la conscience populaire exclut l'idée d'arbitraire. Rey ne partage pas son point de

2985 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 3, *op. cit.*, p. 335.

2986 « Quel rapport le cérémonial tartare ou chinois peut-il avoir avec les lois ? Cet article semble annoncer que Montesquieu regardait la législation comme un jeu, où il est indifférent de suivre telle ou telle règle, pourvu qu'on suive la règle établie, quelle qu'elle puisse être » (N. DE CONDORCET, « Observations de Condorcet sur le vingt-neuvième livre de *l'Esprit des lois* », *op. cit.*, p. 383-384).

2987 TPGD, p. 336.

2988 On trouve le texte que le comité a envoyé au gouvernement central de Washington dans le journal *Le Constitutionnel*, n° 121, 26 juillet 1825, p. 1-2.

2989 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, *op. cit.*, p. 70.

vue sur l'histoire, dans laquelle il ne voit « que de féroces conquérans qui, le glaive à la main, imposent non seulement les institutions *politiques*, mais encore une foule de dispositions de droit *privé*²⁹⁹⁰ ». Les contre-exemples de peuples ayant pu maintenir leurs anciennes lois après la conquête, tels que les Tartares en Chine, sont bien rares. Lorsqu'il affirme ceci, on comprend alors que son regret de ne pas voir Chinois et Tartares vivre sous une même législation ne le conduit nullement à souhaiter une soumission de ces derniers aux lois chinoises. En effet, son désir d'uniformisation des lois doit se comprendre dans le cadre des principes généraux de la législation, qui impliquent que celle-ci soit bien l'expression de la volonté générale. Focalisé sur l'histoire récente du droit, au cours de laquelle des gouvernements représentatifs fraîchement nés ont adoptés des codes ou des législations générales pour leurs citoyens, Rey prend donc une fois de plus le contre-pied de Savigny. Les législations générales « ont très-souvent été faites *exprès* pour le peuple qu'elles devaient régir », affirme-t-il, et « elles ont été données souvent aussi par une autorité bien plus légitime »²⁹⁹¹. Si Savigny n'a pas été sensible à ces faits, c'est parce qu'il ne pouvait se détacher des impressions qu'avait fait naître en lui l'imposition du Code civil français en Allemagne²⁹⁹².

Le jurisconsulte allemand avance encore que le respect des droits particuliers propres à chaque province d'un État renforce l'amour de la patrie, car « la santé repose sur le fait qu'il y ait un équilibre entre le tout et chaque partie, que chacun ait ce qui lui revient²⁹⁹³ ». La variété des lois permettrait de garantir la vitalité propre à chaque partie, renforçant ainsi l'amour du tout, c'est-à-dire de la patrie commune qui protège et assure le respect des « relations particulières »²⁹⁹⁴. On retrouve la même affirmation chez Benjamin Constant, qui écrit dans ses *Principes de politique* que « [l]es liens particuliers fortifient le lien général²⁹⁹⁵ », afin d'appuyer sa proposition de pouvoir municipal²⁹⁹⁶. Rey mentionne bien cet argument de Savigny, mais ne prend pas la peine d'y répondre directement, car les idées qu'il oppose à Montesquieu sont parfaitement transposables ici.

Toutefois, l'affirmation de Savigny mérite encore d'être mise en parallèle avec une autre idée développée par Rey. Notre juriste expose en ces termes l'opinion de son interlocuteur : « loin de diminuer l'amour de la patrie, [la variété des lois] lui donne plus de force, en respectant les relations individuelles dont la conservation augmente l'attachement au lien commun qui les

2990 TPGD, p. 337.

2991 *Ibid.*, p. 337-338.

2992 *Ibid.*, p. 338.

2993 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, *op. cit.*, p. 70.

2994 *Ibid.*, p. 70.

2995 B. CONSTANT, « Principes de politique », *op. cit.*, p. 103.

2996 Voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, I, C, 3.

garantit²⁹⁹⁷ ». Certes, le maintien des relations individuelles n'est pas en soi condamnable. Cependant, dans un passage tout à fait étranger au thème qui nous occupe ici, Joseph Rey fait une remarque au sujet de certaines relations de famille qui peut être transposée à notre sujet. Si les affections entre les individus d'une même famille participent des plus doux et des plus nobles sentiments, le juriste estime qu'ils peuvent cependant s'avérer tout à fait néfastes dès lors qu'ils deviennent excessifs. Le danger est de développer au sein de la famille un « égoïsme *exclusif* », ce qui « serait une cause de trouble dans la société » d'une part, et conduirait, d'autre part, à priver cette famille « des douceurs d'une vie harmonique et expansive »²⁹⁹⁸. Le risque des liens et des affections qui unissent trop étroitement un groupe d'individus est en effet de les porter à négliger ceux qui devraient les lier au reste des hommes. Qu'il s'agisse de familles ou d'autres formes de collectivités, la préservation de leurs relations individuelles et de leurs affections privées doit donc se faire en prenant garde de ne pas entraver le mouvement qui doit graduellement tendre vers une association toujours plus universelle du genre humain. Or, le morcellement des législations ne fait qu'en retarder l'avènement. Lorsqu'il envisage les exceptions au principe de l'uniformité des lois, Rey prévient d'ailleurs qu'il faut prendre garde de ne pas tomber dans le piège du despotisme qui, « toujours habile à pratiquer la fameuse maxime : *divisez pour régner*, s'empare des antipathies que font naître²⁹⁹⁹ » ces différences de législation.

D'autres arguments déterminent encore notre juriste contre la variété des lois, et notamment les difficultés pratiques qui en résultent : elle « ajoute infiniment aux difficultés déjà si grandes de l'étude des lois ; elle répand de l'incertitude sur les principes du juste et de l'injuste ; elle favorise ainsi l'esprit de chicane, elle multiplie les procès, elle tend à ruiner les citoyens, à rendre la propriété incertaine, et elle alimente sans cesse toutes les passions haineuses³⁰⁰⁰ ». Au contraire, lorsque l'uniformité des lois s'accompagne d'une codification de celles-ci, l'étude du droit n'en est rendue que plus aisée, « en ce qu'on possède alors un texte commun et déjà systématisé³⁰⁰¹ ».

Mais malgré les avantages reconnus à l'uniformité, Rey admet qu'il n'est pas non plus entièrement déraisonnable d'élever certains doutes à son sujet. Certes, Savigny se méprend lorsqu'il estime que les législations propres à chaque fraction du peuple sont nécessairement dénuées d'arbitraire. En revanche, l'hypothèse qu'un despote use de l'uniformité pour imposer à

2997 TPGD, p. 334.

2998 DBOS, t. 2, p. 176.

2999 TPGD, p. 340.

3000 *Ibid.*, p. 336.

3001 BMG, F. 11433, p. 136.

tous sa volonté – attitude que Savigny attribue, par exemple, à César³⁰⁰² – demeure bien réelle. Conscient de ce risque, Joseph Rey ne renonce pas à son principe, mais il en infléchit en revanche la portée.

3. L'infléchissement du principe : le maintien des résistances locales

S'il souhaite centraliser la puissance législative et unifier la direction de la société par une législation uniforme pour toutes les portions du territoire national, Rey n'en méconnaît pas pour autant l'importance de maintenir des bastions de résistance à l'omnipotence gouvernementale. Il souligne en effet « la crainte louable que le despotisme ne se serve de l'uniformité de législation pour mieux river les fers des peuples, en assujétissant (*sic*) à sa propre règle toutes les actions des citoyens, et en détruisant les résistances locales que les législations diverses de chaque fraction d'un grand peuple doivent apporter à l'arbitraire du gouvernement³⁰⁰³ ». Rey n'a sans doute pas oublié la récente expérience de la centralisation et de l'autoritarisme napoléonien, soumettant toutes les administrations locales à sa volonté. La Restauration n'est d'ailleurs pas en reste sur ce point puisque, dès 1815, une ordonnance vient renforcer le contrôle des préfets sur les affaires municipales³⁰⁰⁴. Tout en prenant garde de ne pas diviser la nation (*pour mieux régner* en despote), il convient également de prévenir les risques d'accroissement du pouvoir central. S'il est une mise en garde de Montesquieu que Rey accepte, c'est celle d'après laquelle « plus les hommes ont de pouvoir, et plus ils ont de moyens d'en abuser³⁰⁰⁵ ».

En quoi peuvent donc bien consister ces *législations diverses* ? Quels sont les objets sur lesquels il est permis de s'en remettre aux différentes localités ? Quelles sont les autorités à qui doit revenir une telle attribution ? Joseph Rey se contente d'avancer quelques éléments sans offrir de réponse vraiment complète.

Le juriste propose de distinguer les « lois d'intérêt *général* d'avec celles qui n'intéressent que certaines *portions* de la communauté³⁰⁰⁶ ». Pour ces dernières, Rey admet de les laisser « à la discrétion de chaque partie qu'elles concernent³⁰⁰⁷ ». Cela permet certes de maintenir des résistances locales à l'action du pouvoir central. Mais c'est également une des applications du

3002 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, op. cit., p. 66.

3003 TPGD, p. 339.

3004 Philippe TANCHOUX, « Les "pouvoirs municipaux" de la commune entre 1800 et 1848 : un horizon chimérique ? », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 20, 2013/2, p. 39.

3005 TPGD, p. 339.

3006 *Ibid.*, p. 339.

3007 *Ibid.*, p. 339.

principe d'après lequel « lorsque les circonstances sont différentes, les lois doivent suivre ces différences³⁰⁰⁸ ». Par conséquent, les « objets [...] particuliers à une portion seule d'un même peuple » doivent être réglés « d'une manière tout-à-fait particulière »³⁰⁰⁹. Tout en prenant soin de ne pas « détruire ce qui est nécessaire à l'harmonie totale », il ne faut laisser entre les mains du « gouvernement central [...] que ce qui est indispensable au lien commun »³⁰¹⁰. En présentant cette exception au principe de l'uniformité des lois, Rey est tout à la fois soucieux de poser des obstacles à l'action de la machine gouvernementale et inquiet du risque de despotisme qui pourrait résulter d'une trop grande division de la société. Ce positionnement est à double tranchant : il faut éviter qu'un pouvoir trop fort n'assujettisse tous les citoyens à sa propre volonté, en laissant aux différentes fractions de la société la direction des affaires qui leurs sont propres ; mais il ne faut pas pour autant multiplier les objets que doivent régler ces centres de résistance, car « il est difficile que ces éléments, ainsi isolés et réciproquement hostiles [dès lors qu'un despote pratique la maxime : *divisez pour régner*], servent de contrepoids au pouvoir du maître³⁰¹¹ ». Rey ne précise pas vraiment quels sont les objets qui méritent d'être laissés à la discrétion de certaines portions du peuple, ni même à quel niveau et par quelles institutions ces législations particulières doivent être adoptées. Mais il fait déjà peu de doutes que les matières soustraites à la compétence du pouvoir législatif central ne doivent pas être d'un très grand nombre. Peut-être est-il permis d'imaginer quelque chose comme les municipalités proposées par Thouret dans son rapport du 29 septembre 1789.

Le député proposait en effet la création de municipalités, composées d'une assemblée municipale et d'un maire élus par les assemblées primaires. L'assemblée municipale « serait le *conseil d'administration*, et exercerait une sorte de *législature* pour le gouvernement du petit État municipal³⁰¹² », précisait-il. Thouret mentionnait alors, au titre de ses attributions, « la police municipale, la sûreté, la salubrité, la régie et l'emploi des revenus municipaux, les dépenses locales, la petite voirie des rues, les projets d'embellissement, etc³⁰¹³ ». De son côté, Rey se contente d'évoquer « réglemens *locaux* qui ont force de loi » et de donner l'exemple des « réglemens de police dont le législateur laisse la confection à l'autorité municipale »³⁰¹⁴. Sous la Restauration, lorsque sont discutées les attributions des conseils municipaux, ce sont souvent la gestion du budget et du patrimoine municipal ainsi que les fonctions de police municipale qui

3008 *Ibid.*, p. 335.

3009 *Ibid.*, p. 334.

3010 *Ibid.*, p. 339.

3011 *Ibid.*, p. 340.

3012 Jacques-Guillaume THOURET, Rapport du 29 septembre 1789, *Archives parlementaires de la Révolution française*, t. 9, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1877, p. 208.

3013 *Ibid.*, p. 208.

3014 *TPGD*, p. 235.

sont évoquées³⁰¹⁵.

On sait en outre que Rey a tenu des réunions avec certains membres de l'opposition libérale en 1819, pour discuter de différents projets de lois. Ils se faisaient nommer la Société des amis de la liberté de la presse³⁰¹⁶. Si tel était bien leur objet principal, ses membres échangeaient également sur l'organisation du jury, la responsabilité des ministres et, pour ce qui nous intéresse, ils réfléchissaient à un projet de loi municipale³⁰¹⁷. Nous avons pu trouver aux archives nationales des documents qui confirment l'existence de projets de lois sur la presse et la responsabilité des ministres³⁰¹⁸. Il n'y a en revanche nulle trace de propositions relatives au régime des municipalités. Benjamin Constant comptait au nombre des membres de cette société, et avait livré quelques idées sur ce qu'il nomme le « pouvoir municipal » dans ses *Principes de politique* : « ce qui n'intéresse qu'une fraction doit être décidé par cette fraction »³⁰¹⁹. Il précisera plus tard, à l'instar de Rey, que « [l]es intérêts de localité contiennent un germe de résistance que l'autorité ne souffre qu'à regret, et qu'elle s'empresse de déraciner³⁰²⁰ ». Cependant, il nous semble que l'idée que se fait Constant du pouvoir municipal excède les vues de Rey. Sans chercher une division de la France en États fédérés, il appelle néanmoins à « introduire dans notre administration intérieure beaucoup de fédéralisme³⁰²¹ », souhaitant que les intérêts particuliers puissent être gérés par ceux qu'ils intéressent avec « une indépendance parfaite³⁰²² ».

Si au vu du contexte des discussions qui avaient alors lieu sous la Restauration, on peut émettre l'hypothèse que Rey pensait aux municipalités lorsqu'il évoque ces *législations diverses de chaque fraction d'un grand peuple*, nous n'avons cependant pas plus de pistes pour tenter de déterminer les domaines de compétence qu'il entendait soustraire au pouvoir législatif central.

Rey propose enfin de faire une seconde distinction « entre les actes de *législation* et ceux d'*exécution des lois*³⁰²³ ». Ces derniers doivent, autant que possible, être soustraits à l'action du

3015 P. TANCHOUX, « Les "pouvoirs municipaux" de la commune entre 1800 et 1848 », *art. cit.*, p. 40-41.

3016 Dans le procès-verbal de l'interrogatoire de SIMON-LORIÈRE, membre de la société, on apprend qu'elle se composait de nombreuses personnalités connues, entre autres : Benjamin CONSTANT, le duc DE BROGLIE, LAFAYETTE, père et fils, le marquis VOYER D'ARGENSON, Casimir PERRIER, Odilon BARROT, DUPONT DE L'EURE, etc. La liste est longue, et on retrouve bien le nom de REY (AN, BB/30/254).

3017 *Mémoires politiques*, p. 120 ; *Procès des la société dite les Amis de la liberté de la presse*, Paris, Librairie constitutionnelle de Brissot-Thivars, 1820.

3018 AN, BB/30/254.

3019 B. CONSTANT, « Principes de politique », *op. cit.*, p. 98.

3020 B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle* t. 1, *op. cit.*, p. 286.

3021 B. CONSTANT, « Principes de politique », *op. cit.*, p. 101.

3022 *Ibid.*, p. 102.

3023 TPGD, p. 340.

« gouvernement central » ou de « l'autorité supérieure », même pour les « lois d'intérêt commun »³⁰²⁴. Et Rey de donner l'exemple de certaines lois de procédure pénale, notamment celles sur le jury. Si le jugement par jury doit être décidé par la législation générale, le gouvernement ne doit aucunement intervenir dans l'exécution de cette loi. Il doit se garder « d'intervenir dans la nomination des jurés »³⁰²⁵. Rey déplore en effet l'influence que le Code d'instruction criminelle de 1808 accorde au gouvernement central, par le biais des préfets, dans la formation des jurys³⁰²⁶. Sous la Restauration, il n'est d'ailleurs pas le seul à regretter une telle situation³⁰²⁷. Celle-ci s'améliorera ensuite sous la monarchie de Juillet par la loi du 19 avril 1831 que Rey jugera alors plus libérale et plus apte à prévenir « l'arbitraire des préfets »³⁰²⁸. Toutefois, cette question n'étant pas relative à l'élaboration de la loi, mais à son application, nous la laissons donc de côté.

Certes, les règles d'élaboration des lois que Rey pose ne sont pas tout à fait étrangères à la question de leur application. Plus précisément, on peut distinguer une application judiciaire des lois, par les tribunaux, et une application *populaire*. L'expression n'est peut-être pas la plus adaptée. Aussi chercherons-nous à montrer dans les prochains développements qu'il importe avant tout à Rey de faire en sorte que les citoyens respectent spontanément les lois, sans recours à la contrainte. Cette réalité passe d'abord par la manière d'écrire les lois, mais aussi par la mise en œuvre d'une véritable promulgation.

II/ COMMENT ASSURER L'EFFECTIVITÉ DES LOIS ? REY À L'ÉCOLE DE BENTHAM

Devoir recourir à la force publique, aux tribunaux, en bref à la contrainte, pour assurer le respect des lois témoigne en quelque sorte d'un échec. Comme l'écrivait Tracy à Rey, « la perfection des mesures répressives » consiste à « avoir peu de personnes à punir »³⁰²⁹. Cette affirmation s'étend au-delà des mesures répressives, car le législateur doit toujours trouver les

3024 *Ibid.*, p. 340-341.

3025 *Ibid.*, p. 341.

3026 *DIJAF*, t. 1, p. 212-213 ; *DIJAF*, t. 2, p. 47.

3027 Les rédacteurs du *Censeur Européen* vont jusqu'à suggérer qu'il n'y a pas de jury en France : « dire qu'on ne sera jugé que par jurés, dans un pays où l'on ne connaît sous ce nom que des commissaires choisis arbitrairement par l'autorité ; dire que nul ne pourra être arrêté que dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit, dans un pays où l'arrestation est permise dans tous les cas, où elle n'est soumise à aucune forme protectrice, ce n'est pas détruire l'arbitraire, c'est le consacrer » (*Le Censeur Européen*, t. 12, 1819, p. 62-63).

3028 *DIJAF*, 2nde éd., t. 1, p. 203.

3029 Lettre de DESTUTT DE TRACY à Joseph REY, 10 novembre 1812 (BMG, T. 3956).

moyens « *de bien diriger les pensées, les sentiments et les actions de l'homme*³⁰³⁰ ». Cela suppose d'abord d'adopter des lois en mesure de susciter l'approbation des individus auxquels elles s'appliquent, c'est-à-dire des lois conformes à leur intérêt bien entendue. Mais si le contenu des lois est primordial, leur forme et la manière de les faire connaître ne sont pas indifférentes et doivent contribuer à emporter l'adhésion. Dans les développements que Rey propose sur le sujet, on retrouve alors tout l'attrait que les idées de Bentham ont exercé sur lui. Cet attrait est tel que notre juriste a parfois changé radicalement d'opinion pour embrasser les vues du jurisconsulte britannique. Ce sont alors des passages entiers des œuvres de Bentham qui sont cités, Rey n'ayant pas jugé utile d'y apporter sa touche personnelle.

On trouve d'abord un ensemble de règles relatives à la rédaction des lois (A), auxquelles s'ajoutent des propositions astucieuses concernant la promulgation des lois (B).

A/ UNE NOMOGRAPHIE, OU L'ART DE FAIRE LES LOIS

C'est sous le titre de « *Nomography ; or the art of inditing laws*³⁰³¹ » que John Bowring a publié divers manuscrits de Bentham relatifs à *l'art de faire (d'éditer) les lois*³⁰³². Ce n'est certes pas à ce texte que Rey fait référence lorsqu'il s'intéresse aux règles de rédaction des lois, mais à des passages du *Traité de législation civile et pénale* et, dans une moindre mesure, du *Codification proposal* de Jeremy Bentham. Néanmoins, cet intitulé nous a paru fort adéquat, d'autant plus que Rey se contente ici de reprendre, par de longues citations, les principes posés par Bentham. En premier lieu, dans une perspective positiviste, ils affirment que les lois doivent être les plus complètes possible, afin de limiter l'arbitraire de ceux chargés de les appliquer (1). Viennent ensuite certaines règles, peu originales à vrai dire, relatives au style de rédaction et destinées à assurer l'intelligibilité des lois (2). Nos deux auteurs se distinguent en revanche lorsqu'ils proposent d'insérer les motifs de la loi au cœur même des dispositions législatives afin de mettre les citoyens en mesure de juger les lois (3).

3030 TPGD, p. 21.

3031 J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, t. 3, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, p. 231.

3032 Sur les idées de BENTHAM relatives à la rédaction des lois, voir Samir MAZARI, *L'accessibilité du droit par la codification selon Jeremy Bentham*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris-Est, 2019, p. 199-215 (« Un nouvel art de rédiger les lois »).

1. La complétude des lois : une posture positiviste pour limiter l'arbitraire

Qu'il s'agisse d'adopter un code complet, divers codes plus particuliers à chacune des branches du droit, ou une loi sur un sujet plus spécifique, Rey reprend de Bentham son exigence d'exhaustivité³⁰³³. Il convient d'abord de fixer le droit par écrit « ou tout autre moyen qui serait équivalent³⁰³⁴ ». La formulation écrite est ainsi une garantie contre les déformations que pourraient subir les lois si elles n'étaient conservées que « par la seule tradition verbale³⁰³⁵ ». Bentham affirme même que « [l]a loi écrite est la seule qui puisse mériter le nom de loi³⁰³⁶ ». Elle seule peut être connue avec certitude par ses destinataires, ce qui est absolument nécessaire dans le cadre d'une théorie juridique qui entend jouer sur le ressort des plaisirs et des peines pour orienter les comportements humains. Il faut en effet faire connaître les prescriptions de la loi et les conséquences qui résultent de sa violation pour déterminer chacun à « la prendre pour [...] guide³⁰³⁷ ».

Concernant « l'étendue du sujet », Rey affirme que chaque « loi doit comprendre *en entier* l'objet sur lequel il s'agit de statuer, et non se borner à des morcellements de l'objet »³⁰³⁸. Avec Bentham, il souhaite que le législateur forme un corps de droit le plus complet possible. Portalis évoquait pourtant la « dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir³⁰³⁹ » ; et nous avons vu Rey poser un principe d'intervention minimale de la législation afin de limiter les risques d'abus de pouvoir. Aussi faut-il comprendre qu'il n'est pas question de légiférer sur l'intégralité des aspects de la vie des hommes. Une telle ambition ne pourrait d'ailleurs jamais être couronnée de succès. Lorsque Portalis rejetait l'exhaustivité des lois, c'était pour s'en remettre à la jurisprudence, comme le prévoit l'article 4 du Code civil, pour les cas que la loi n'aurait pas prévus. Sans rejeter toute possibilité d'interprétation, Rey préfère accorder l'attention nécessaire à la question de l'exhaustivité des lois. Il cite à ce sujet la profession de foi positiviste de Bentham : « tout ce qui n'est pas dans le corps des lois ne sera pas loi³⁰⁴⁰ ». Ce dernier exclut ainsi tout

3033 Voir le § sur « La complétude » du Code chez BENTHAM dans S. MAZARI, *L'accessibilité du droit par la codification selon Jeremy Bentham*, *op. cit.*, p. 253-260. L'exigence d'exhaustivité paraît plus exacerbée chez le juriste anglais que chez Joseph REY.

3034 TPGD, p. 322 ; propos similaires dans JGLJ, t. 2, p. 6.

3035 JGLJ, t. 2, p. 6 ; TPGD, p. 322.

3036 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 356 ; cité dans TPGD, p. 323.

3037 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 356 ; cité dans TPGD, p. 323. Nous verrons que BENTHAM et REY proposent à ce titre de mettre en place des procédés de promulgation destinés à assurer une véritable publicité des lois (voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, B, 2).

3038 TPGD, p. 299.

3039 J-E-M PORTALIS, « Discours préliminaire », in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 469.

3040 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 353 ; cité dans TPGD, p. 301.

recours « à l'usage, [...] à des lois étrangères, [...] au prétendu droit naturel, [...] au prétendu droit des gens » ou encore au « droit romain »³⁰⁴¹. Or, c'est justement à de tels éléments extérieurs à la loi que Portalis entendait s'en remettre : « à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi », affirmait-il avant d'évoquer les « principes du droit naturel » qui devaient permettre de régler les cas absolument nouveaux³⁰⁴².

Pour nos juristes au contraire, le code ou la loi doivent être rédigés de telle sorte que toute interprétation ne soit qu'une conséquence directe des termes de la loi et de la volonté du législateur. En un sens, il est probable que Rey se soit fait exégète s'il avait pu trouver en face de lui une législation entièrement conforme aux principes généraux qu'il a posé. Pour limiter le plus possible la marge d'interprétation du pouvoir exécutif et du juge, la perfection législative consiste essentiellement dans la capacité de pouvoir anticiper sous une même disposition une multiplicité de cas particuliers. Il faut être en mesure de « comprendre dans un moindre espace le plus de dispositions possibles³⁰⁴³ », écrit Rey. Et c'est pourquoi les lois et les codes doivent se présenter selon une logique déductive : « La loi doit [...] partir des principes généraux, sous lesquels le jurisconsulte rangera chaque espèce particulière qui s'y rapporte.³⁰⁴⁴ »

Rey sait toutefois que « quelque parfaite que soit la rédaction des lois, il sera malheureusement toujours indispensable que quelques hommes se consacrent spécialement à leur interprétation³⁰⁴⁵ ». Mais pour ce qui concerne les juges, l'interprétation doit essentiellement passer par une application des termes généraux de la loi aux cas particuliers. Il faut donc porter une attention spéciale à leur rédaction, afin que les lois restituent le plus fidèlement possible la volonté du législateur. Qui plus est, une telle exigence condamne par conséquent les législations d'espèce qui, à l'instar du Digeste, confèrent trop d'ascendant aux légistes et jettent « la plus grande incertitude sur l'application des lois³⁰⁴⁶ ». Rey n'a en effet cessé de critiquer les Pandectes qui suscitent pourtant l'admiration de certains de ses contemporains. Ainsi, lorsque Savigny moque l'exigence d'exhaustivité du code en l'interprétant comme le fait de prévoir tous les cas particuliers³⁰⁴⁷, Rey signale le malentendu. Il explique qu'il faut « généraliser autant que possible les principes, d'après lesquels on décide les cas nouveaux quoique non prévus », mais certainement pas tomber dans une « législation d'espèce (comme dans le digeste) », laquelle « est

3041 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 353 ; cité dans *TPGD*, p. 301.

3042 J-E-M PORTALIS, « Discours préliminaire », in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 471.

3043 *TPGD*, p. 304.

3044 *TPGD*, p. 305 ; propos similaires dans *Préliminaires*, p. 81 et *JGLJ*, t. 2, p. 9.

3045 *Préliminaires*, p. 77 ; *JGLJ*, t. 2, p. 6-7.

3046 *TPGD*, p. 305 ; propos similaires dans *Préliminaires*, p. 81-82 et *JGLJ*, t. 2, p. 9.

3047 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, *op. cit.*, p. 60.

détestable et n'a point de bornes »³⁰⁴⁸.

Il y a néanmoins un équilibre à trouver entre le simple énoncé de principes généraux et la législation d'espèce, qui ont tous deux l'inconvénient d'accroître le besoin d'interprétation et donc le risque d'arbitraire. Or, l'impossibilité de prévoir tous les cas particuliers pousse parfois les juristes à accorder une trop large part au juge, comme le faisait Portalis. C'est ce qui se vérifie encore avec Pellegrino Rossi. Ce dernier distingue les principes généraux, entendus comme principes philosophiques, des principes dirigeants, conçus comme « principes positifs » ou « pratiques »³⁰⁴⁹. Pour découvrir les principes dirigeants, affirme-t-il, il faut « parvenir par l'analyse à découvrir un *fait* dont l'énonciation, en sens de permission ou de défense, renferme le principe dirigeant. Mais ce fait doit être [...] si positif et tellement circonscrit qu'on ne puisse l'appliquer à une catégorie différente d'actes et de dispositions³⁰⁵⁰ ». Selon lui, les lois ou les codes, en matière civile, devraient ne renfermer, « autant que possible, que ces principes [dirigeants] et les éclaircissements et les exceptions qu'on juge absolument nécessaires³⁰⁵¹ ». Il s'en remet ensuite au juge pour la décision des cas particuliers. Si cela présente quelque analogie avec le refus reyien des législations d'espèce, la généralité à laquelle s'en remet Rossi dépasse les idées de Rey. Rossi considère en effet qu'il suffit, par exemple, d'énoncer que l'adoption imite la nature, pour que le juge en déduise « qu'un homme ne peut pas en adopter un autre plus âgé que lui³⁰⁵² ». Joseph Rey n'entend pas laisser un tel vague dans les dispositions légales et un tel pouvoir d'interprétation au juge, contre lequel il faut se prémunir de tout risque d'arbitraire.

Si la loi doit partir des principes généraux, elle ne saurait donc rester simplement dans l'ordre des généralités. Il faut en effet classer les dispositions du code ou de la loi en partant « des principes les plus généraux, et descendre ainsi graduellement jusqu'aux dispositions qui embrassent le moins de cas particuliers sous leur principe³⁰⁵³ ». Cet ordonnancement logique des lois permet en même temps d'assurer un certain équilibre entre le général et le particulier. Si l'énoncé des principes généraux doit permettre d'accéder plus facilement à la volonté du législateur, le fait de préciser leur application à des cas plus particuliers permettra d'y accéder plus fidèlement. Mais ce n'est pas tout. Le style dans lequel sont rédigées les lois doit également contribuer à rendre intelligibles les prescriptions du législateur.

3048 BMG, F. 11433, p. 22.

3049 P. ROSSI, « Sur les principes dirigeants », *Annales de législation et de jurisprudence*, t. 2, Genève, Manget et Cherbuliez, 1821, p. 179.

3050 *Ibid.*, p. 179-180.

3051 *Ibid.*, p. 181-182.

3052 *Ibid.*, p. 182.

3053 TPGD, p. 306.

2. Les règles d'écriture des lois au service de leur accessibilité

Dès ses *Préliminaires* et ses *Leçons*, Joseph Rey consacre quelques développements à la forme des lois, laquelle « doit être telle que l'intelligence en soi, *autant que possible*, à la portée de ceux qu'elle intéresse³⁰⁵⁴ ». S'inscrivant dans le prolongement d'idées qui s'étaient déjà généralisées au siècle précédent³⁰⁵⁵, Rey affirme qu'il faut rédiger la loi « dans la langue vulgaire³⁰⁵⁶ », « avec une noble simplicité » et « avec précision »³⁰⁵⁷. Dans son *Traité des PGD*, ces principes sont toujours d'actualité, mais le passage que Rey consacre aux « règles relatives au style, ou mode d'expression des lois³⁰⁵⁸ » se constitue désormais presque essentiellement d'une longue citation tirée du *Traité de législation* de Jeremy Bentham³⁰⁵⁹. Il ne sera pas utile de s'y arrêter très longtemps. On trouve déjà exprimées les exigences, devenues classiques en France depuis Domat, de « clarté » et de « brièveté »³⁰⁶⁰, lesquelles doivent contribuer à l'intelligibilité des lois. Il est vrai qu'au vu du système juridique anglais de l'époque, ces exigences pouvaient présenter quelque originalité³⁰⁶¹.

D'accord avec Bentham sur le besoin de clarté et de brièveté, Rey entend toutefois apporter une précision. On connaît les mots prêtés, sans doute à tort, à Napoléon affirmant qu'une Constitution devait être « courte et obscure³⁰⁶² ». Le souvenir de la Constitution consulaire et de la foule de décrets et autres textes qui l'ont accompagnés est en effet bien présent à l'esprit de Rey. C'est pourquoi il prévient que la brièveté ou la précision³⁰⁶³ du texte ne doit pas conduire au « *laconisme*, qui est presque toujours accompagné d'obscurité et d'insuffisance³⁰⁶⁴ ». La loi des douze tables comme la Constitution de l'an VIII sont ainsi critiquées pour leur laconisme. La « brièveté perfide » de cette dernière « a donné lieu à toutes les

3054 *Préliminaires*, p. 76 ; *JGLJ*, t. 2, p. 6.

3055 A. DESRAYAUD, « De la sûreté à la citoyenneté », *art. cit.*, p. 679-681.

3056 Il reprendra ensuite de BENTHAM l'idée de faire traduire le code dans différentes langues afin d'assurer au mieux sa publicité (voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, B, 2).

3057 *Préliminaires*, p. 78-79 ; *JGLJ*, t. 2, p. 7-8.

3058 *TPGD*, p. 313.

3059 J. BENTHAM, *Traité de législation* t. 1, *op. cit.*, p. 361-370.

3060 DOMAT affirme que le classement des lois civiles dans leur ordre naturel doit produire deux effets : « la brièveté par le retranchement de l'inutile & du superflu, & la clarté par le simple effet l'arrangement », ce qui devrait contribuer à leur intelligibilité, même pour les « particuliers » qui peuvent ainsi « utilement apprendre ces lois pour leur propre usage » (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, *op. cit.*, « préface », page non numérotée).

3061 S. MAZARI, *L'accessibilité du droit par la codification selon Jeremy Bentham*, *op. cit.*, p. 205-210.

3062 ROEDERER attribue en réalité ces mots à TALLEYRAND. Il rapporte avoir dit à ce dernier : « *Il faut qu'une constitution soit courte et ...* », et alors qu'il allait ajouter « *claire* », TALLEYRAND l'aurait coupé pour dire : « *Oui, courte et obscure* » (*Œuvres du Comte P. L. Roederer*, t. 3, Paris, Firmin Didot Frères, 1854, p. 428).

3063 Dans ses *Leçons*, Joseph REY identifie « précision » et « brièveté » (*JGLJ*, t. 2, p. 7-8).

3064 *TPGD*, p. 316-317 ; propos similaires dans *Préliminaires*, p. 79.

interprétations, à tous les développemens du despotisme »³⁰⁶⁵. Le laconisme nuit en effet à la clarté et « les développemens ultérieurs ne se font qu'au profit de l'arbitraire³⁰⁶⁶ ». Qui plus est, une concision expéditive ne permettra pas au citoyen de se faire une idée exacte de la volonté du législateur, créant une incertitude.

« La clarté dans le style, ajoute Bentham, dépend de la logique et de la grammaire, deux sciences qu'il faut posséder à fond pour faire une bonne rédaction des lois³⁰⁶⁷ ». Dans le cadre du programme que Rey propose pour les facultés de droit, ces deux disciplines sont effectivement prévues. Elles rentrent dans le cadre du cours d'Idéologie³⁰⁶⁸, le premier et le plus fondamental des enseignements. Bentham développe à ce sujet un ensemble de règles de style destinées à faciliter l'intelligibilité des lois que nous laisserons de côté. Il est en revanche intéressant de noter que l'objectif qui l'anime est moins relatif à la science juridique qu'à l'effet produit par les lois. « Le but des lois est de diriger la conduite des citoyens³⁰⁶⁹ ». Pour ce faire, il est non seulement utile que ces derniers comprennent les textes de lois, mais il est également nécessaire de « leur concilier la faveur populaire³⁰⁷⁰ ». C'est pourquoi le législateur devrait encore s'exprimer avec une « tendresse paternelle³⁰⁷¹ ». Il doit pouvoir montrer « que ses sévérités mêmes sont des bienfaits », et peut d'ailleurs « placer quelques sentences morales » dans ses lois³⁰⁷². Mais pour susciter une réelle adhésion, il convient surtout de convaincre les citoyens de la bonté des lois, en leur exposant précisément les raisons qui ont conduit à leur adoption.

3. L'énoncé des motifs ou l'esquisse d'un contrôle citoyen des lois

Dans le premier XIX^e siècle, assortir les lois d'un préambule comportant un énoncé des motifs est devenu une pratique courante. La plupart des juristes se montrent favorables à de tels exposés car ils les jugent utiles pour faciliter l'explication et l'interprétation des lois³⁰⁷³. Mailher de Chassat affirme par exemple que « le motif de la loi en est l'ame (*sic*)³⁰⁷⁴ » et doit donc servir à

3065 *Préliminaires*, p. 79 ; JGLJ, t. 2, p. 8 ; TPGD, p. 317.

3066 TPGD, p. 317.

3067 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 363-364 ; cité dans TPGD, p. 316.

3068 *Du perfectionnement des études légales*, p. 61.

3069 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 361 ; cité dans TPGD, p. 313-314.

3070 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 367 ; cité dans TPGD, p. 320.

3071 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 367 ; cité dans TPGD, p. 320.

3072 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 1, *op. cit.*, p. 367 ; cité dans TPGD, p. 320.

3073 N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 105.

3074 « Les fondemens de toute interprétation législative sont [...] 4^o le motif de la loi, en tant qu'il retrace le but du législateur. De là cet axiome incontestable, qui se reproduira souvent dans ce traité, que le motif de la loi en est l'ame (*sic*), et est par suite toute la loi » (Antoine MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*,

l'interpréter. Demolombe pense de même³⁰⁷⁵. C'est essentiellement l'aspect technique qui les intéressent en tant que juristes. Pourtant, une telle pratique revêt une dimension politique dès lors que l'on s'éloigne d'une conception purement formelle de la loi. Celle-ci n'est alors plus seulement un acte élaboré et adopté par les chambres législatives selon une procédure définie. Encore faut-il que ceux à qui elle s'adresse la reconnaissent comme une norme obligatoire. Si l'on estime qu'une loi n'est telle qu'à la condition de recueillir l'assentiment, au moins tacite, de ses destinataires, l'énoncé des motifs met alors les citoyens en mesure de juger la loi et, par conséquent, de l'approuver ou de la désapprouver. Cette conception plus « coutumière » de la loi était, dans une certaine mesure, celle qui prévalait sous la Révolution française³⁰⁷⁶. Rey passe toutefois à côté de cet aspect lorsqu'il aborde pour la première fois la question de l'énoncé des motifs (α). Par la suite, après avoir lu Bentham, il semble comprendre que cette pratique présente un intérêt politique et sa manière de l'envisager évolue. S'il n'affirme jamais que l'énoncé des motifs doit permettre aux citoyens de juger le contenu des lois pour les approuver ou les rejeter, il reconnaît néanmoins que son plus grand avantage est de susciter l'adhésion des citoyens (β).

α. Une plus-value pour interpréter les lois

Dans un premier temps, Rey défend essentiellement l'énoncé des motifs sous l'angle de la plus-value qu'il apporte pour procéder à l'interprétation des lois. Dans ses *Préliminaires* et ses *Leçons*, il affirme qu'il est très important que les lois soient précédées de préambules comportant un exposé des motifs. Il estime en effet qu'il est « très-avantageux³⁰⁷⁷ » et même nécessaire de faire connaître les motifs qui ont déterminé l'adoption d'une loi. Au départ, il refuse toutefois la pratique « qui consiste à confondre [...] les motifs » avec le texte de loi parce qu'il juge qu'elle « nuit beaucoup à la véritable précision des lois »³⁰⁷⁸. Rey expliquera par la suite que son refus tenait au fait qu'il avait en tête les *Pandectes*, dans lesquelles « l'embarras des idées est augmenté par l'insertion des motifs avec le texte », parce que les motifs allégués sont « faux, ou inexacts, ou

nouvelle éd., Paris, Videcoq, 1836, p. 3).

3075 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 126. COUSIN lui-même, qui refuse pourtant toute identification de la loi à une quelconque volonté, évoque l'« autorité irrécusable [...] de l'exposé des motifs, qui interprète et commente la loi ». Certes, il s'agit ici d'un propos de circonstances, COUSIN mobilisant l'exposé des motifs d'un projet de loi dans le cadre de débats ayant eu lieu à la Chambre des pairs en 1837 (*Des principes de la Révolution française et du gouvernement représentatif, suivi de Discours politiques, op. cit.*, p. 138).

3076 Dans une étude sur la promulgation des lois sous la Révolution, Jérôme FERRAND constate en effet que « le processus législatif ne s'achève, ou plutôt ne se parfait, que dans l'assentiment des destinataires de la norme » (« Promulguer la loi sous la Révolution », *art. cit.*, §41).

3077 *Préliminaires*, p. 80 ; *JGLJ*, t. 2, p. 8.

3078 *Préliminaires*, p. 79 ; *JGLJ*, t. 2, p. 8.

incomplets, ou présentés d'une manière peu philosophique »³⁰⁷⁹. Mais inséré dans un préambule, l'énoncé des motifs est « la meilleure source d'interprétation »³⁰⁸⁰.

En tant d'avocat, il n'a d'ailleurs pas hésité à mobiliser le texte d'un préambule afin de faire obstacle à l'application d'une loi dans le cadre d'un procès. En effet, en 1818, Rey est l'avocat de Tartarin, auteur d'un journal nommé *Le Petit Livre à 15 sols, ou la Politique de Poche par le Père Michel*. Les poursuites sont engagées par le ministère public sur le fondement de la loi du 9 novembre 1815 sur les propos séditieux. L'avocat entend alors jouer la carte de l'abrogation de cette loi en invoquant les motifs mentionnés dans son préambule. Le recours au préambule est ici justifié par des arguments précis : il a été présenté à l'approbation du corps législatif avec le dispositif de la loi, inséré dans le *Bulletin des lois* et, qui plus est, il vient expressément poser une « clause limitative » quant à la durée d'application du texte³⁰⁸¹. Le préambule précisait en effet que cette loi n'était qu'une « législation provisoire » en attendant le rétablissement des cours prévôtales³⁰⁸². Partant, Rey considère qu'elle est tacitement abrogée puisque les juridictions prévôtales ont été rétablies par la loi du 20 décembre 1815³⁰⁸³. Il estime ainsi que le préambule d'une loi peut être invoqué devant les tribunaux pour procéder à son interprétation. En réalité, l'avocat fait plus qu'interpréter la loi puisqu'il se prononce ici sur l'existence même de cette loi. Néanmoins, il se limite encore à penser les avantages de l'énoncé des motifs du point de vue du juriste.

Ce n'est que dans un second temps, après avoir lu Bentham, que Rey commence à apercevoir les enjeux politiques d'une telle pratique. Séduit par les développements que le juriste britannique consacre à ce sujet dans son *Traité de législation* et son *Codification proposal*, il entreprend alors de les retranscrire dans son *Traité des principes généraux du droit*.

β. L'énoncé des motifs comme vecteur d'adhésion populaire

Bentham avance que « le plus grand avantage [de l'énoncé des motifs] est [...] de concilier les esprits, de satisfaire le jugement public, et de faire obéir aux lois non par un principe passif, non par une aveugle crainte, mais par le *concours des volontés mêmes* »³⁰⁸⁴. En comprenant les

3079 TPGD, p. 308.

3080 *Préliminaires*, p. 80.

3081 *Défense du Père Michel*, Paris, Poulet, 1818, p. 83-85.

3082 Cité par REY dans son plaidoyer (*Défense du Père Michel*, *op. cit.*, p. 82).

3083 Benjamin CONSTANT affirme également que « l'époque de son abrogation est déjà passée », mais « que l'on se refuse de la reconnaître comme abrogée » (*Cours de politique constitutionnelle*, t. 2, *op. cit.*, p. 381).

3084 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 291 ; cité dans TPGD, p. 310. C'est nous qui soulignons.

raisons ayant motivé l'adoption des lois, les citoyens seront progressivement pénétrés de la logique du législateur³⁰⁸⁵. Puisque « la législation *n'est que l'art de bien diriger les pensées, les sentiments et les actions de l'homme*³⁰⁸⁶ », elle trouve dans l'énoncé des motifs un puissant levier pour assurer son succès. Il n'y aura ainsi plus de discordance entre la morale publique, l'opinion publique et la législation. Et Bentham d'écrire que, « dans cet accord de l'homme et du citoyen, l'obéissance à la loi se distingueroit à peine du sentiment de la liberté³⁰⁸⁷ ». Certes, Rey se garde bien de citer ces mots. Si l'on comprend le désir de ne pas surcharger son lecteur, il n'est pas anodin qu'il refuse d'évoquer un *accord de l'homme et du citoyen* et de distinguer *l'obéissance à la loi* du *sentiment de liberté*. Le risque serait effectivement de retomber dans une logique qui distingue l'état de nature de l'état social (l'homme du citoyen) et attribue à ce dernier été une restriction de la liberté individuelle. Il n'en demeure pas moins que Rey est ici d'accord avec Bentham : l'insertion des motifs serait des plus avantageuses pour faire aimer les lois par les citoyens, et, par conséquent, permettre que celles-ci soient respectées sans recourir à la contrainte publique. Comme le remarque François Ost, en insérant les motifs, les *rationales* dans le vocable benthamien, « chacun se prendra au jeu de l'utilité³⁰⁸⁸ ».

Pour que cette technique législative produise les effets escomptés, il faut donc savoir jouer sur les ressorts qui déterminent les êtres humains. Susciter l'adhésion nécessaire au respect des lois suppose en effet d'adopter une législation apte à favoriser le bonheur individuel et collectif. C'est parce que les citoyens seront convaincus de l'utilité des lois que l'insertion des motifs produira les avantages attendus. « Donner la raison d'une loi, c'est faire voir comment elle est conforme au but de l'utilité³⁰⁸⁹ ». Par conséquent, une telle pratique constitue « un frein contre l'arbitraire³⁰⁹⁰ » et rend « impossible tout artifice de la part du législateur³⁰⁹¹ » qui se voit forcé de donner ses raisons. S'il est de bonne foi, « mais entraîné par quelque préjugé, ou animé par quelque passion, [...] son erreur se dévoile à ses yeux » et l'arrête avant qu'il n'adopte une disposition fatale³⁰⁹². S'il veut « sciemment favoriser un intérêt particulier », la crainte du jugement public peut également le freiner, car « tout citoyen est là pour lui faire un reproche de

3085 Au sujet de BENTHAM, Jérôme FERRAND écrit qu'« [u]ne loi ne pourra être parfaite que dans la mesure où sa *ratio legis* aura rencontré le consentement de ceux dont elle entend régir le comportement. C'est parce que ses destinataires auront fait de cette *ratio legis* le motif de leur action, c'est-à-dire de leur obéissance à la loi, qu'elle sera effectivement appliquée et pourra produire les effets que l'on attendait d'elle » (« Promulguer la loi sous la Révolution », *art. cit.*, §48).

3086 TPGD, p. 21.

3087 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 293.

3088 F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, §37.

3089 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 300.

3090 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 291 ; cité dans TPGD, p. 312.

3091 Idée tirée du *Codification proposal* de BENTHAM, rapportée dans TPGD, p. 312.

3092 Idée tirée du *Codification proposal* de BENTHAM, rapportée dans TPGD, p. 312.

sa partialité »³⁰⁹³. Le recours aux motifs vient ainsi atténuer l'image du législateur homme de génie ou despote éclairé que François Ost reconnaît dans certains passages de Bentham. En cherchant les moyens de s'assurer du concours des volontés, le législateur nourrit une perspective démocratique qui le prévient des dérives autocratiques.

Bentham remarque toutefois que ces avantages ne sont pas assurés lorsque les raisons des lois sont condensées dans un préambule introductif ou dans un texte à part, car il est facile de « glisser sur certains motifs, [d']en omettre d'autres, et [de] détourner [...] l'attention de certains points qu'on veut dissimuler³⁰⁹⁴ ». Pour forcer le législateur à la transparence, il estime donc qu'il faut *promulguer* les motifs des lois en les insérant au fur et à mesure des dispositions législatives³⁰⁹⁵. Pour lutter contre les « sophismes politiques »³⁰⁹⁶, il importe que chacune des dispositions du code ou de la loi soit accompagnée de sa propre justification. Lanjuinais s'oppose justement aux préambules en invoquant le risque de manipulation : souvent ce « n'est que mensonge ou artifice » destiné à emporter le vote des législateurs, comme l'est celui de la loi sur les propos séditieux que l'auteur prend en exemple³⁰⁹⁷. Mais il ajoute également, reprenant les mots de Sénèque, que rien n'est « plus froid et plus inepte qu'un prologue où la loi dispute avec ceux qui doivent l'exécuter³⁰⁹⁸ ». Loin d'y voir un moyen de susciter l'adhésion, il craint au contraire que ceux chargés de son exécution, qu'il s'agisse du juge ou des citoyens, refusent de prêter main forte à la loi en rejetant les raisons invoquées dans le préambule.

L'énoncé des motifs offre en effet une base à la discussion publique car chacun est alors en mesure de juger du bien-fondé des lois. C'est ce qu'avance Bentham dans un passage que Rey a coupé. Selon lui, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle la plupart des gouvernements ont repoussé cette pratique³⁰⁹⁹. Même si Rey ne retranscrit pas les mots de Bentham sur ce sujet, il ne

3093 Idée tirée du *Codification proposal* de BENTHAM, rapportée dans *TPGD*, p. 313.

3094 Idée tirée du *Codification proposal* de BENTHAM, rapportée dans *TPGD*, p. 313.

3095 Voir E. DE CHAMPS, « La déontologie politique » ou la Pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham, *op. cit.* p. 299-301 ; F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, §36-39 ; S. MAZARI, *L'accessibilité du droit par la codification selon Jeremy Bentham*, *op. cit.*, p. 261-264.

3096 J. BENTHAM, *Tactique des assemblées législatives, suivie d'un Traité des sophismes politiques*, Genève, J.-J. Paschoud, 1816, 2 t.

3097 « On connaît un préambule qui annonça comme provisoires, pour les faire mieux passer, des suspensions du droit commun, qui sont malheureusement rédigées en termes absolus, et exécutées comme permanente », et LANJUINAIS de citer en note la loi du 9 novembre 1815 (*Constitutions de la nation française*, t. 1, *op. cit.*, p. 242).

3098 J.-D. LANJUINAIS, *Constitutions de la nation française*, t. 1, *op. cit.*, p. 242.

3099 « Exposer les raisons des lois, c'est désarmer les frondeurs et les fanatiques, parce que c'est donner à toutes les discussions sur les lois un objet clair et déterminé. Voilà la loi, voilà la raison assignée à la loi. Cette raison est-elle bonne ? est-elle mauvaise ? La question est réduite à ce terme simple : or ceux qui ont suivi les progrès des querelles politiques, savent que l'objet des chefs est sur-tout d'éviter ce fatal écueil, cet examen de l'utilité. Les personnalités, les antiquités, le Droit naturel, le Droit des gens, et mille autres moyens, ne sont que des ressources inventées contre cette manière d'abréger et de résoudre les controverses » (J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 292).

fait aucun doute qu'il en partage le point de vue. Il préfère insister sur l'adhésion populaire que sur le possible rejet d'une loi, minorant ainsi les risques de subversion de la loi qu'impliquent de telles discussions sur ses raisons. Mais puisqu'il propose de reconnaître l'abrogation tacite pour cessation des motifs³¹⁰⁰, il est donc bien conscient que l'exposé des motifs offre une base à partir de laquelle il est possible de discuter de l'existence même d'une loi, comme il l'a fait lui-même dans l'affaire du Père Michel.

L'énoncé des motifs permet ainsi une sorte de contrôle citoyen, comme le remarque justement Tracy. Selon lui, si même avec de bons motifs, une loi est généralement repoussée, alors « il n'est pas encore temps de [la] rendre³¹⁰¹ ». Certes, sauf à s'en remettre aux comptes rendus des débats parlementaires retranscrits dans les journaux, les citoyens n'ont connaissance des motifs de la loi qu'une fois celle-ci adoptée par les législateurs et publiée au *Bulletin*. On pourrait donc considérer que la réaction de rejet intervient trop tardivement. Mais ce serait entretenir par là une conception formelle de la loi, dont il convient de se départir pour envisager d'autres façons de la concevoir. Si, comme l'affirme Rey, une loi dont les motifs ont cessé d'exister est tacitement abrogée, ne pourrait-on pas reconnaître qu'une loi dont les motifs n'ont jamais existé (aux yeux du peuple) n'a jamais été une loi ? En offrant aux citoyens les raisons d'être des lois, ils se trouvent ainsi en mesure de juger de leur bien-fondé et de leur accorder ou non la sanction populaire. Qui plus est, puisque Rey affirme que la loi est l'expression de la volonté générale, la question se pose encore de savoir si une loi qui serait généralement rejetée par les citoyens pourrait vraiment être considérée comme telle. Bien que le juriste ne s'engage pas dans de tels développements, sa manière de concevoir l'énoncé des motifs et sa théorie de l'abrogation pour cessation des motifs ouvrent une brèche qui permet d'envisager cette forme de ratification populaire des lois. Certes, comme nous le verrons, la difficulté tient ici au fait que l'abrogation tacite pour cessation des motifs est généralement prononcée par le juge, ce qui minore sa dimension populaire et présente un certain risque d'arbitraire. Il est néanmoins certain que Rey considère l'adhésion des citoyens comme une caractéristique essentielle des lois, car c'est à cette condition qu'elles peuvent vraiment atteindre leur but.

Toutes les règles relatives à la manière de composer les lois tendent ainsi à s'assurer que les citoyens les comprennent et y adhèrent afin qu'ils les respectent spontanément. Mais obtenir un tel résultat requiert avant tout qu'ils aient connaissance de la législation. Or, cette publicité n'est pas assurée si la loi a simplement été adoptée puis promulguée par le chef de l'exécutif

3100 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, I, B.

3101 A. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, *op. cit.*, p. 377 en note.

avant d'être insérée au *Bulletin officiel*. Il manque une dernière étape : celle de la promulgation ou publication.

B/ LA PROMULGATION COMME ACTE D'ÉDUCATION À LA LOI

Avant d'aborder la thématique de la *promulgation* des lois telle que Bentham et Rey la conçoivent, il convient d'interroger ce qui, dans la doctrine contemporaine, est généralement relégué au rang de formalité. Aujourd'hui, l'article 10 de la Constitution de 1958 formule de façon lapidaire que « [l]e Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée ». La question de la réception des lois est complètement passée sous silence. Mais ce n'a pas toujours été le cas. Dans un article sur la promulgation des lois sous la Révolution, Jérôme Ferrand s'est par exemple attaché à montrer que cette vision purement formelle de la promulgation des lois est un produit de la doctrine juridique du XIX^e siècle, qui en a ainsi écarté toute la dimension politique. Il fait notamment voir que la promulgation ou la publication impliquaient, pour certains auteurs, une forme de « ratification populaire³¹⁰² » sans laquelle son effectivité demeurerait illusoire. Comme nous l'avons vu avec la question de l'énoncé des motifs, dès lors que l'on sort d'une conception formelle des lois, il est impossible de négliger l'étape de leur réception par les citoyens.

Rey et Bentham envisage cette dernière étape sous un double point de vue. Il y a d'une part la recherche d'une sorte de ratification citoyenne qui, pour eux, résulte essentiellement du contenu des lois et de l'énoncé des motifs. Et, d'autre part, la réception des lois suppose que les autorités publiques mettent en œuvre des moyens adéquats pour les porter à la connaissance du au peuple. C'est ce que nos deux juristes nomment promulgation. Il ne s'agit pas tant de savoir, du point de vue du juriste, si la norme est parfaite parce qu'elle a parcouru toutes les étapes de son processus de formation, mais plutôt de savoir si la loi est véritablement connue (et reconnue comme telle) par ses destinataires. Bentham³¹⁰³ (et Rey qui le cite) explique en effet que

« [p]our se conformer à une loi il faut qu'elle soit connue ; pour la faire connaître il faut la promulguer. Or promulguer une loi ce n'est pas la publier dans une ville au son de la trompette, ce n'est pas la lire au peuple assemblé, ce n'est pas même encore en ordonner l'impression ; tous ces moyens [...] peuvent avoir plus d'apparence que de réalité. Promulguer une loi, c'est la

3102 J. FERRAND, « Promulguer la loi sous la Révolution », *art. cit.*, §40.

3103 Nous nous limiterons essentiellement à aborder le point de vue de BENTHAM sur la promulgation à partir des passages cités par REY, mais le juriste anglais a nourri une réflexion sur la question bien plus riche encore que ce que l'on trouve rapporté par REY (voir notamment Y.-A. DURELLE-MARC, « Publier : donner à la loi sa vigueur (1789-An II) », *Clio@Themis*, n° 6, 2013, §15 [En ligne : <https://www.cliothemis.com/Publier-donner-a-la-loi-sa-vigueur>, consulté le 12.08.2021]).

présenter à l'esprit de ceux qu'elle doit gouverner, c'est faire en sorte qu'elle soit habituellement dans leur mémoire, et leur donner au moins toutes les facilités de la consulter, s'ils ont quelques doutes sur ce qu'elle prescrit³¹⁰⁴ ».

Dans l'esprit de Bentham, la promulgation est synonyme de publication. À la différence de l'approche contemporaine de la notion, qui sépare nettement les deux, il apparaît d'ailleurs que la distinction n'était pas encore vraiment acquise, au moins jusqu'au premier tiers du XIX^e siècle³¹⁰⁵, même si certains juristes commençaient à tenter de les distinguer³¹⁰⁶. L'ordonnance du 27 novembre 1816 supposait même la synonymie des termes de « publication » et de « promulgation », affirmant que « la promulgation des lois résultera de leur insertion au Bulletin officiel³¹⁰⁷ ». De son côté, Joseph Rey parle indistinctement de « l'émission ou promulgation des lois³¹⁰⁸ », qui signifie toujours *rendre publiques*.

Par delà l'intérêt de cette (in)distinction, force est de constater que, dans la période qui nous intéresse, les juristes réfléchissent de moins en moins aux effets concrets de la publication des lois, et, par conséquent, à la question de leur effectivité³¹⁰⁹. En effet, bien qu'il s'agisse de conditionner l'obligatorité des lois à leur publicité, tout semble se passer comme si la publication au *Bulletin* impliquait de fait que les citoyens en aient connaissance. Promulgation et publication

3104 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 275 ; cité dans *TPGD*, p. 325.

3105 « En dépit des efforts de clarification entrepris par la doctrine juridique depuis le XIX^e siècle, force est de reconnaître que, sous la Révolution et dans le premier tiers du XIX^e siècle, la confusion terminologique [des termes publication et promulgation] demeure dans la mesure où l'on persiste à appréhender la promulgation à travers les effets qu'elle produit » (J. FERRAND, « Promulguer la loi sous la Révolution », *art. cit.*, §11).

3106 C'est ce que tente JOURDAN qui, dans un article de la *Thémis*, remarque que ces notions ont été confondues mais qu'il importe de les distinguer. « La Promulgation est l'acte par lequel le chef de l'État atteste au corps social l'existence de la loi, et commande qu'elle soit exécutée. La Publication est le mode adopté pour rendre la loi notoire ». « La loi [...] acquiert la forme exécutoire par la Promulgation ; elle devient obligatoire par la Publication » (*Thémis*, t. 1, p. 52-53). Voir aussi DEGÉRANDO dans *Thémis*, t. 2, p. 192-193. Mais cette distinction ne parvient pas à s'imposer complètement. FOUCART, par exemple, maintient, dans l'édition de ses *Éléments de droit public* de 1843, l'affirmation d'après laquelle « la promulgation [...] n'est autre chose que la publication par l'insertion au Bulletin officiel » (*Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 81).

3107 *Bulletin des lois du Royaume de France*, 7^e série, t. 3, Paris, Imprimerie royale, 1817, p. 354 ; Fabien BOTTINI, « La promulgation des lois parlementaires », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 76, 2008/4, p. 764.

3108 *TPGD*, p. 324.

3109 Ce qui est pourtant l'enjeu central de la publication, comme le remarque Y.-A. DURELLE-Marc. « L'application de la loi et son opposabilité – son effectivité d'une manière générale – forment ainsi l'enjeu premier et central de la publication » (« Publier : donner à la loi sa vigueur (1789-An II) », *art. cit.*, §10). L'auteur signale toutefois d'autres enjeux plus politiques de la promulgation des lois : « Dans le cadre d'une souveraineté politique nationale ou populaire exercée par voie de représentation [...], "Publier les lois" revient à rendre un compte de l'exercice de la fonction législative déléguée : exprimer la *Volonté générale*, la rendre publique, c'est en premier lieu la faire advenir en acte (la *performer*), sans quoi elle n'existe que virtuellement ; la publier, en second lieu, c'est la présenter aux yeux de la nation souveraine qui peut en sanctionner l'esprit et la lettre (de manière implicite, bien entendu, sauf à se révolter en tout ou partie et sauf les pétitions et les élections qui suivraient la publication d'une loi) ; c'est en troisième lieu rendre compte du mandat – impératif ou représentatif – auprès du mandant car, par-devers Sieyès, la *représentation-fonction* demeure le fondement de la réflexion sur la démocratie représentative. La publicité, donc la publication, des lois participe ainsi de manière dynamique à la réalisation permanente du pacte politique » (*ibid.* § 12).

apparaissent alors de plus en plus sous l'angle de la technique juridique, conditionnant les caractères exécutoire et obligatoire des lois. C'est à cette époque que s'impose d'ailleurs le fameux adage selon lequel *nul n'est censé ignorer la loi*³¹¹⁰. Appelant le droit romain au secours pour refuser d'accorder des effets juridiques aux mariages ayant été contractés sans remplir toutes les formalités prévues par la loi, malgré la bonne foi des époux, Delvincourt est sans doute le premier à avoir mobilisé l'adage latin « *Nemo jus ignorare censetur* »³¹¹¹. Tout en affirmant que les lois positives n'ont pas ce degré d'évidence qu'ont les lois naturelles, et qu'on peut donc les ignorer, il conditionne simplement leur caractère obligatoire à leur publication au *Bulletin des lois*³¹¹². Certains juristes jugent pourtant que les modalités prévues par l'ordonnance de 1816 sont insuffisantes. Mais, à y regarder de plus près, ils admettent finalement de s'en remettre à cette simple insertion au *Bulletin*, sauf à modifier quelques détails (1). Rares sont ceux qui, à l'instar de Rey et Bentham, considèrent que cette manière de faire connaître les lois est tout à fait insuffisante. Selon eux, l'imprévoyance du législateur qui abandonne ainsi sa tâche au moment le plus décisif est vraiment regrettable. C'est pourquoi ils proposent de multiplier les procédés de promulgation afin de s'assurer que chaque citoyen ait personnellement connaissance des lois qu'il doit prendre pour guide de ses actions. En envisageant la promulgation dans sa dimension très concrète et matérielle, ils revendiquent ainsi l'héritage de la Révolution française (2).

1. Une timide dénonciation de l'insuffisance des procédés de promulgation et de publication des lois

Promulgation et publication des lois se présentent, sous la plume de Delvincourt, comme de simples formalités. Promulguées par le pouvoir exécutif puis publiées au *Bulletin*, les lois sont parfaites et personne ne saurait dès lors les ignorer. L'utilité de cette fiction pour assurer le bon fonctionnement du système juridique se conçoit aisément, mais comment expliquer que l'on s'en tienne encore à cela ? Il ne suffit pas de dire que nul n'est censé ignorer la loi. On oublie trop rapidement que si Aristote avait proposé une telle formule dans *l'Éthique à Nicomaque*, c'est parce

3110 Jérôme FERRAND fait remarquer que « [l]e simple fait d'énoncer que "nul n'est censé ignorer la loi" permet d'écarter la question délicate du consentement, ne fut-il que tacite, des destinataires de la loi » (« Promulguer la loi sous la Révolution », *art. cit.*, §29).

3111 K. WEIDENFELD, « "Nul n'est censé ignorer la loi" devant la justice royale (XIV^e-XV^e siècles) », *op. cit.*, p. 165.

3112 Après avoir expliqué que les lois naturelles « sont obligatoires, sans avoir besoin d'aucune promulgation », DELVINCOURT écrit : « Les lois positives, au contraire [des lois naturelles], n'étant pas naturellement connues des hommes, sont comme des faits que l'on peut ignorer, et ne sont en conséquence obligatoires qu'après avoir été légalement publiées » (*Cours de Code Napoléon*, t. 1, *op. cit.*, p. 7).

qu'il pouvait la compléter en ajoutant « surtout quand il est si facile de la connaître »³¹¹³. Au XIX^e siècle, la multiplication du nombre de lois complique singulièrement la possibilité d'en avoir connaissance. Bien que certains juristes critiquent les modalités de promulgation et de publication ayant cours, notamment sous l'empire de l'ordonnance du 27 novembre 1816, ils ne proposent toutefois pas d'option véritablement satisfaisante en termes de publicité. Leur conception de la publication se rapproche donc, en définitive, de celle d'un Delvincourt.

L'exigence de publicité fait consensus. La loi obligeant parce qu'elle est connue, il faut donc la faire connaître. Or, la présomption de notoriété des lois qui résulte de l'ordonnance de 1816 ne satisfait pas l'ensemble des juristes. Ce n'est pas la publication au *Bulletin des lois* qui est jugée insuffisante, mais la façon dont le processus est conçu. D'après l'ordonnance de 1816, le point de départ à partir duquel s'apprécie la présomption de publicité des lois est fixé au jour où le ministre de la justice reçoit le *Bulletin*. Les lois deviennent obligatoires au lendemain de cette réception, avec des délais échelonnés selon les distances géographiques. Armand Dalloz critique cette ordonnance car elle « a fondé la présomption de notoriété de la loi sur un fait nécessairement secret, et dont il est impossible de prévoir l'époque ; sur la réception, par le chancelier, ministre de la justice, du Bulletin sortant de l'imprimerie ; de telle sorte que si le Bulletin n'est pas distribué fidèlement ou dans les délais réguliers, un citoyen se verra obligé d'observer une loi qu'il ignorait³¹¹⁴ ». Toullier partage ce point de vue. Il commence par affirmer « qu'on ne saurait imaginer d'acte de tyrannie plus révoltant, que de punir un homme pour avoir désobéi à une loi dont il n'a ni connu, ni pu connaître l'existence³¹¹⁵ ». C'est en matière de législation pénale que l'exigence de publicité est la plus sensible. Le juriste n'est cependant pas plus inventif pour autant. Il se satisfait d'une publication au *Bulletin* mais considère qu'un délai suffisant doit être laissé aux citoyens pour en prendre connaissance. S'il critique l'ordonnance du 27 novembre 1816, c'est seulement parce qu'elle omet de telles précautions en réputant la loi connue au jour où le ministre de la justice reçoit le *Bulletin*. Ses mots méritent d'être rapportés ici : le gouvernement « a adopté ce nouveau mode, *comme établissant davantage la publicité des lois*, tandis qu'au contraire ce mode laisse le peuple dans une ignorance invincible de l'époque où la loi sera promulguée, et viole le principe fondamental en cette matière, que la loi n'oblige les citoyens que lorsqu'ils ont pu la connaître³¹¹⁶ ».

En évoquant une « ignorance invincible », Toullier offre une nouvelle piste pour envisager la question. À supposer qu'un délai suffisant soit laissé aux citoyens pour prendre

3113 ARISTOTE cité par Y.-A. DURELLE-MARC, « Publier : donner à la loi sa vigueur (1789-An II) », *art. cit.*, §3.

3114 A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation de doctrine et de jurisprudence*, Première partie, t. 3, nouvelle éd., Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1844, p. 257.

3115 C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 56.

3116 *Ibid.*, p. 72.

connaissance des lois nouvelles, il ne dépendrait dès lors plus que d'eux de se tenir informés. Par conséquent, s'ils l'ignorent encore, c'est en raison de leur propre volonté. Dans un ouvrage publié en 1843, Rattier propose de distinguer « l'ignorance *vincible* » de celle « *invincible* »³¹¹⁷. La première « étant volontaire, puisque l'inapplication de la volonté est la seule cause du défaut de connaissance, l'homme est responsable de tout ce qu'il fait par suite de cette ignorance ; c'est à lui à faire ses efforts pour en sortir³¹¹⁸ ». Par conséquent, l'auteur considère qu'une fois accomplies les formalités légales de publicité, « nul ne peut plus prétexter l'ignorance de la loi³¹¹⁹ ». Puisque les lois sont publiées et mises à disposition du public par la voie du *Bulletin*, tous sont en mesure d'en prendre connaissance. On retrouve en quelque sorte la logique du libre-arbitre et de la responsabilité. L'ignorance n'est pas invincible : elle résulte essentiellement du défaut de volonté de celui qui n'a pas cherché à prendre connaissance des lois.

Si le dogme du libre-arbitre peut venir appuyer l'adage *nul n'est censé ignorer la loi*, ce n'est toutefois pas vraiment le critère le plus déterminant ici. En effet, sans affirmer explicitement une adhésion au dogme du libre-arbitre, Lepage écrit, au sujet de la publication au *Bulletin*, qu'« [i]l est impossible d'imaginer un moyen plus sûr et plus facile de mettre la connaissance des lois à la portée de tous ceux qui ont besoin d'y recourir³¹²⁰ ». Certes, il reconnaît que « la publication à son de trompe ou de tambour » peut s'avérer nécessaire dans les pays où « la majeure partie de la population ne sait pas lire »³¹²¹. Mais l'insertion au *Bulletin* se présente malgré tout, pour la plupart des juristes, comme la solution la plus satisfaisante, sauf à corriger « quelques tâches dans ce mode [de publication], [qui] sont légères et aisées à effacer³¹²² », comme l'écrit Jacques Berriat-Saint-Prix. Son fils, Félix, fera toutefois remarquer qu'une telle façon de garantir la publicité des lois oblige le législateur à s'assurer que chacun soit bien en mesure de lire la loi ainsi publiée. Et quand bien même certains admettent que cette modalité peut malgré tout laisser des citoyens dans l'ignorance des lois, l'argument de « l'évidente impossibilité de porter la loi à la connaissance personnelle de tous les individus³¹²³ » vient clore le débat. C'est ainsi que, sous couvert de pragmatisme, Demolombe préfère s'en remettre aux présomptions et aux fictions³¹²⁴. Son

3117 Marie Stanislas RATTIER, *Cours complet de philosophie, mis en rapport avec le programme universitaire, et ramené aux principes du catholicisme*, t. 2, Paris, Gaume Frères, 1843, p. 145. Pour quelques indications biographiques, voir Jean-François CONDETTE, « RATTIER Marie Stanislas », *Les recteurs d'académie en France de 1808 à 1940*, t. 2, Paris, Institut national de recherche pédagogique, 2006, p. 326-327.

3118 M. S. RATTIER, *Cours complet de philosophie*, t. 2, *op. cit.*, p. 145.

3119 *Ibid.*, p. 145.

3120 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 468.

3121 *Ibid.*, p. 469.

3122 J. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Recherche sur les divers modes de publications des lois depuis les romains jusqu'à nos jours*, Paris, C.-H. Langlois, 1838, p. 29.

3123 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 22.

3124 « [D]ans l'évidente impossibilité de porter la loi à la connaissance personnelle de tous les individus, recourir à un moyen général de publication, duquel résulterait la présomption que chacun a pu et dû connaître »

approche est pourtant loin d'être vraiment pragmatique : c'est plutôt celle d'un juriste acquis au formalisme, qui se désintéresse largement de la réception concrète et matérielle des lois.

On trouve néanmoins quelques personnes pour dénoncer plus radicalement l'insuffisance d'une simple insertion au *Bulletin*. Déjà sous la plume de Félix Berriat-Saint-Prix, qui considère que cette forme de publication implique, pour le législateur, l'obligation « d'assurer à tous, gratuitement s'il le faut, l'enseignement de la lecture³¹²⁵ ». D'autres sont plus virulents. Le futur conseiller d'État Louis-André Pichon affirme ainsi en 1814 que cette modalité n'épuise pas la publication des lois, car elle « ne met dans la confidence que le petit nombre d'abonnés qui reçoit le *Bulletin*³¹²⁶ ». Pourtant, « [l]e premier devoir d'un gouvernement est de porter ses actes législatifs à la connaissance de ceux qu'ils obligent³¹²⁷ ». C'est exactement l'avis de Rey et de Bentham. Selon eux, le législateur qui abandonne ainsi les lois à leur destin après une simple impression sur papier ressemble à « cet oiseau, que les anciens Naturalistes ont regardé comme le plus stupide et le plus insensible des êtres vivans, parce qu'il abandonne ses œufs sur le sable et laisse au hasard le soin de les faire éclore³¹²⁸ ». Ce faisant, il s' imagine « que sa tâche est finie au moment où le plus important de ses devoirs commence³¹²⁹ ». S'il n'agit certes pas avec la perfidie d'un Caligula, il n'en demeure pas moins que son imprévoyance est délétaire. Après avoir adopté de bonnes lois, le législateur doit en effet en instruire le peuple et, pour ce faire, Bentham ne manque pas d'idées.

2. Assurer la publicité des lois : des propositions inscrites dans l'héritage révolutionnaire

Dans ses *Préliminaires* et ses *Leçons*, Joseph Rey aborde pour la première fois la question de la promulgation. Son propos demeure assez concis et ses propositions ne sont pas encore très satisfaisantes si l'objectif est de mettre chacun des citoyens en mesure de connaître la législation.

(C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 22).

3125 « N'y a-t-il pas iniquité à imposer une privation, à infliger une peine pour désobéissance à un ordre qu'on ne pouvait connaître que par oui-dire ? Un législateur, par cela seul qu'il fait des lois dont il prescrit l'exécution à tous, est moralement tenu d'assurer à tous, gratuitement s'il le faut, l'enseignement de la lecture » (F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 153).

3126 Louis-André PICHON, *De l'état de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, Paris, 1814, p. 40, cité par J. FERRAND, « Promulguer la loi sous la Révolution », *art. cit.*, note 48.

3127 L.-A. PICHON, *De l'état de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, cité par J. FERRAND, « Promulguer la loi sous la Révolution », *art. cit.*, note 48.

3128 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 276 ; TPGD, p. 326.

3129 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 276 ; TPGD, p. 326.

Bien qu'il classe la publicité parmi les principaux caractères de la loi, Rey affirme toutefois qu'elle est *très-importante* « sans néanmoins tenir aux qualités intrinsèques de la loi³¹³⁰ ». Il faut, écrit-il, que cette publicité soit « telle que la loi parvienne autant que possible à la connaissance des individus qu'elle concerne³¹³¹ ». Il distingue cependant les matières civile et pénale, considérant que l'exigence de publicité est moindre pour la première. Il suffit alors « qu'on puisse au besoin trouver avec certitude la disposition relative à chaque point en question³¹³² ». Autrement dit, dès lors que les citoyens peuvent aller chercher les règles qui les intéressent, dans le *Bulletin des lois* par exemple, l'exigence de publicité est satisfaite. Pour l'heure, Rey se désintéresse étrangement de la question très prosaïque de la lecture et des analphabètes. En matière pénale, en revanche, il reconnaît que cela peut s'avérer insuffisamment. Il pose alors une nouvelle distinction. Pour les « faits qui, selon les notions communes, sont évidemment des délits, tels que le meurtre, le vol³¹³³ », le principe de publicité peut s'entendre comme principe de légalité des délits et des peines. Pour punir « avec justice et sans crainte d'arbitraire », il suffit que la peine « ait été arrêtée d'avance par l'autorité compétente³¹³⁴ ». En revanche, pour les « faits innocens en eux-mêmes, qui ne deviennent *délits* que par la désobéissance à la loi, il faut, pour punir avec justice, que chaque transgresseur ait eu une connaissance positive de la prohibition de la loi³¹³⁵ ». Ici, on sent que son expérience de président du tribunal ordinaire des douanes de Lunebourg a laissé des traces. Il affirme en effet que les procédés ordinaires de promulgation des lois sont « tout à fait insuffisants en matière de douanes, de port-d'armes, etc³¹³⁶ ». Concernant les douanes, Rey estime que les agents chargés des contrôles devraient assurer eux-mêmes la publicité des lois. On ne peut se contenter de demander aux individus, et encore moins aux étrangers, s'ils n'ont rien de prohibé sur eux. Pour s'assurer que les lois soient connues, il importe de « détailler, avec explication suffisante, tous les objets de la prohibition et les peines portées contre la contravention³¹³⁷ ». Il en va de même pour la législation sur les armes, dont il faut donner à chacun « une connaissance individuelle³¹³⁸ ». Pour ce type d'infractions, Rey affirme que si « une telle *signification*, positive et individuelle, n'a pas été faite d'avance au transgresseur [...], on ne peut être certain de le condamner avec justice³¹³⁹ ». En tout état de cause, le système pénal n'étant légitime qu'en raison de son caractère préventif et dissuasif, le législateur qui néglige les moyens

3130 *Préliminaires*, p. 82 ; JGLJ, t. 2, p. 10.

3131 *Préliminaires*, p. 82 ; JGLJ, t. 2, p. 10.

3132 *Préliminaires*, p. 83 ; JGLJ, t. 2, p. 10.

3133 *Préliminaires*, p. 83 ; JGLJ, t. 2, p. 10.

3134 *Préliminaires*, p. 83 ; JGLJ, t. 2, p. 10.

3135 *Préliminaires*, p. 83 ; JGLJ, t. 2, p. 10.

3136 *Préliminaires*, p. 83 ; JGLJ, t. 2, p. 10.

3137 *Préliminaires*, p. 84 ; JGLJ, t. 2, p. 11.

3138 *Préliminaires*, p. 84 ; JGLJ, t. 2, p. 11.

3139 *Préliminaires*, p. 84 ; JGLJ, t. 2, p. 11.

de publicité dans ce domaine manque tout à fait l'objectif³¹⁴⁰.

Dès les années 1819-1820, Rey se montre donc plus imaginatif que les juristes de son temps sur le sujet de la publicité des lois. Mais la question de la connaissance matérielle de celles-ci demeure peu développée et n'intéresse encore que certaines lois pénales. Il faut attendre 1828 pour que le juriste s'aperçoive plus franchement de l'importance de la publicité et remarque que sa manière de traiter la question jusque-là demeurait fort imparfaite³¹⁴¹. La lecture du *Traité de législation* de Bentham crée chez lui ce déclic et l'incite à remplacer ses développements en citant le paragraphe de ce dernier sur la « *promulgation des lois*³¹⁴² ».

Il commence par modifier sa position sur la question de la publicité des lois pénales. Le juriste anglais admet que certaines infractions « semblent avoir une notoriété naturelle³¹⁴³ ». Cependant, pour être conséquent avec les principes d'une législation utilitariste, il ne suffit pas que les individus aient connaissance de la prohibition. Comme le fait remarquer Bentham, la peine constitue « le motif sur lequel le Législateur a compté pour faire respecter sa loi³¹⁴⁴ ». Or, la notoriété de l'interdit « ne s'étend pas à la *peine*³¹⁴⁵ », et c'est pourquoi il n'est pas indifférent d'assurer la publicité de toutes les lois pénales, indépendamment du caractère plus ou moins évident des faits prohibés.

Bentham s'attache ensuite à distinguer, parmi l'ensemble des lois, celles qui concernent tous les citoyens et celles qui n'intéressent que certaines portions de la population³¹⁴⁶, avant de proposer diverses modalités destinées à faire connaître les lois aux citoyens concernés. On retrouve alors un ensemble de mesure déjà envisagées ou mises en œuvre dès le XVIII^e siècle.

C'est aux écoles qu'il incombe, en premier lieu, de diffuser la connaissance du droit, du *code universel* qui concerne tous les individus. Introduire l'étude du droit dès l'école est un projet qui avait été porté par de nombreux philosophes au siècle précédent, et que les révolutionnaires avaient d'ailleurs cherché à introduire dans la législation³¹⁴⁷. Diderot proposait ainsi à Catherine II de Russie que les enfants apprennent la lecture à partir du code³¹⁴⁸. Rousseau voulait également

3140 M. REGAD, *Attaquer le droit pénal par la philosophie*, *op. cit.*, p. 128-149.

3141 TPGD, p. 324.

3142 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 275-283.

3143 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 278 ; cité dans TPGD, p. 327.

3144 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 278 ; cité dans TPGD, p. 327.

3145 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 278 ; cité dans TPGD, p. 327.

3146 Il parle d'un « code universel [qui] doit être promulgué pour tous » et des « codes particuliers [qui] doivent être mis à la portée des classes particulières qu'ils intéressent » (J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 278 ; cité dans TPGD, p. 327).

3147 S. MAZARI, *L'accessibilité du droit par la codification selon Jeremy Bentham*, *op. cit.*, p. 259-260.

3148 A. DESRAYAUD, « De la sûreté à la citoyenneté », *art. cit.*, p. 690.

faire de la législation un objet d'enseignement commun à tous dès le collège³¹⁴⁹. Le projet de décret sur l'Instruction publique proposé par Talleyrand en septembre 1791 prévoyait encore d'enseigner quelques « instructions simples et claires sur les devoirs communs à tous les citoyens et sur les lois qu'il est indispensable à tous de connoître³¹⁵⁰ » dès l'école primaire. L'étude du droit devait ensuite être approfondie dans les écoles de district chargées de l'enseignement de second degré³¹⁵¹. De même, Bentham considère que le code doit être l'« un des premiers objets de l'enseignement » et souhaite que les dispositions les plus importantes, telles que « les définitions des délits et les raisons qui les ont fait ranger dans cette classe », soient apprises par cœur par les enfants « comme un catéchisme »³¹⁵². Des exercices de traduction du code sont également proposés. Tout est bon pour faciliter la mémorisation. L'ambition de Bentham est de faire de tous les élèves, parvenus à l'âge de seize ans, des citoyens plus érudits en droit que ne le sont les jurisconsultes de profession. Mais si cette manière de rendre publiques les lois du pays est la plus importante, elle demeure limitée. En effet, cet apprentissage se concentre sur une courte période, et d'autres procédés sont requis pour tenir les hommes informés des nouveautés législatives.

Après l'école vient l'église. Bentham propose que « la lecture de la loi » constitue « une partie du service divin », et ajoute même qu'il serait opportun de présenter « l'Être Suprême comme le Protecteur des lois »³¹⁵³. Nous avons vu qu'en France, les juristes d'inspiration spiritualistes ne manquent pas de faire savoir à leurs lecteurs ou à leurs étudiants que la main de Dieu plane sur les lois, mêmes civiles, comme l'affirme Toullier par exemple³¹⁵⁴. Ici Rey peine en revanche à suivre Bentham et l'exemple des premiers révolutionnaires³¹⁵⁵. Il est mal à l'aise avec cette proposition, car il se prononce franchement contre toute intrusion de l'État dans le domaine religieux. Il juge en outre absurde d'attribuer à Dieu une quelconque volonté dont les hommes pourraient avoir connaissance. Certes, le projet est intéressant car, comme l'écrit Bentham, cela offrirait à « la classe ignorante un moyen d'instruction aussi peu coûteux

3149 J.-J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, *op. cit.*, p. 104.

3150 Charles Maurice DE TALLEYRAND-PÉRIGORD, *Rapport sur l'instruction fait au nom du Comité de législation à l'Assemblée nationale, les 10, 11 et 19 septembre 1791*, Paris, Baudouin, 1791, p. 128.

3151 Le projet de décret prévoyait de faire « apprendre par cœur la déclaration des Droits de l'homme », d'enseigner la Constitution, puis de faire s'exercer les élèves par des « discussions sur les Lois » et par des exercices pratiques où ils devaient occuper « les fonctions de juges, d'accusateurs publics, de jurés, d'officiers municipaux » (C. M. DE TALLEYRAND-PÉRIGORD, *Rapport sur l'instruction*, *op. cit.*, p. 131-134).

3152 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 279-280 ; cité dans TPGD, p. 329-330.

3153 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 281 ; cité dans TPGD, p. 330-331.

3154 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, I, A et Section 2, II, A.

3155 Sous la Révolution, « la lecture publique à l'issue de la messe paroissiale » avait été instaurée pour les municipalités de campagne » par un décret du 2 novembre 1790 (« Décret sur la nouvelle forme des Loix, sur leur envoi aux Tribunaux & Corps administratifs, & sur la réforme de l'intitulé des promulgations usité jusqu'à ce jour, 2 novembre 1790 », retranscrit en annexe par Y.-A. DURELLE-MARC, « Publier : donner à la loi sa vigueur (1789-An II) », *art. cit.*).

qu'intéressant³¹⁵⁶ ». Mais comme cela suppose que l'État enjoigne aux églises de faire la lecture des lois, Rey affirme que seuls les gouvernements qui dérogent aux véritables principes pourraient procéder ainsi³¹⁵⁷.

Bentham propose ensuite que les lois relatives à des lieux spécifiques soit « affichées dans les places mêmes où l'on a besoin qu'elles soient présentes à l'esprit des Citoyens³¹⁵⁸ ». Ce mode de publicité par *affiches* avait également été essayé durant la Révolution française, comme le prévoyait le décret du 9 novembre 1789³¹⁵⁹. Pourtant, peu de temps après, la loi du 12 vendémiaire an IV y avait mis fin. Sous la Restauration, l'affichage des lois n'avait alors lieu que lorsqu'il s'agissait d'en « hâter l'exécution³¹⁶⁰ ». Pour Bentham, outre la publicité qu'elles assurent, ces affiches jouent encore un rôle préventif important. Rares seraient les hommes qui oseraient violer une loi qui, étant affichée aux yeux de tous, fait de chacun des individus en présence « autant de témoins qu'elle appelle à déposer contre l'infracteur³¹⁶¹ ». Malgré les avantages évidents d'une telle publicité, certains auteurs mettent toutefois en avant les difficultés pratiques qui l'accompagnent³¹⁶². Qu'il s'agisse des risques d'intempéries, de dégradations volontaires ou tout simplement du manque d'espace qui force à recouvrir les lois anciennes par de nouvelles affiches³¹⁶³, ce mode de publication présente en effet quelques inconvénients. Il recueille malgré tout les faveurs de Bentham, de Rey, ou encore de Toullier³¹⁶⁴. Outre ce type d'affichage, Bentham souhaite que chaque citoyen dispose du code particulier relatif à sa profession. S'il s'agit d'abord de s'assurer que l'individu soit au fait des dispositions qui règlent l'exercice de son activité, le juriste propose également que ce code (« en forme de livre ou de tableau³¹⁶⁵ ») soit rendu visible dans les boutiques, les lieux de spectacles, etc... Une fois de plus, l'objectif est de prévenir les infractions en plaçant les lois à la vue de tous, multipliant ainsi le nombre de témoins d'une éventuelle infraction.

Par ailleurs, pour s'assurer que tous les citoyens soient en mesure de connaître les lois, il

3156 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 281 ; TPGD, p. 331.

3157 TPGD, p. 330 en note.

3158 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 281 ; TPGD, p. 331.

3159 Y.-A. DURELLE-MARC, « Publier : donner à la loi sa vigueur (1789-An II) », *art. cit.*, §37.

3160 Dans ce cas, la loi est réputée connue (et devient donc obligatoire) au jour de l'affichage, et non le lendemain de sa réception par le ministre de la justice (*Bulletin des lois du Royaume de France*, 7^e série, t. 4, Paris, Imprimerie royale, 1817, p. 84).

3161 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 282 ; TPGD, p. 331.

3162 J. BERRIAT-SAINT-PRIX les juge « coûteuses et incommodes », et il remarque qu'elles « ne pouvaient exister que peu de jours » (*Recherche sur les divers modes de publications des lois*, *op. cit.*, p. 25).

3163 Y.-A. DURELLE-MARC, « Publier : donner à la loi sa vigueur (1789-An II) », *art. cit.*, §8.

3164 « Après de pareilles affiches, les citoyens pouvaient difficilement prétendre cause d'ignorance de la loi. C'était leur faute, s'ils ne la connaissaient pas » (C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 61).

3165 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 283 ; cité dans TPGD, p. 332.

importe de les traduire dès lors que tous ne parlent pas la même langue³¹⁶⁶. Une fois de plus, ce projet avait déjà été esquissé sous la Révolution. Après la chute des Girondins, la crainte du fédéralisme avait toutefois conduit à l'enterrer³¹⁶⁷. Bentham (et Rey) entendent donc le remettre sur la table et ce, de façon plus étendue encore que ne l'avaient conçu les révolutionnaires. Dans une perspective de multiplication des échanges à l'échelle européenne, ils proposent que des traductions soient réalisées dans toutes les langues de l'Europe. Et Bentham de remarquer, comme le fait Rey, l'inconséquence des douaniers qui se limitent à demander aux étrangers s'ils n'ont « rien de contraire aux ordonnances du roi³¹⁶⁸ ». Avec impertinence, il demande alors si le roi lui-même peut se targuer de connaître ses propres ordonnances !

Bentham termine alors en proposant un mode de publicité spécial pour les contrats entre particuliers relatifs aux biens : « Pour les objets d'une certaine importance, on pourrait exiger que ces objets fussent écrits sur un papier timbré qui porterait en marge une notice des lois concernant la transaction dont il s'agit³¹⁶⁹ ».

C'est seulement une fois arrivé à l'issue de cette promulgation, assurant une véritable publicité des lois, que le législateur peut se flatter d'avoir accompli sa mission. Fort d'un savoir étendu sur l'homme et les conditions de son bien-être, pourvu d'une légitimité élective à tendance démocratique, il élabore les lois en jouant le rôle d'arbitre entre les divers intérêts, sans jamais perde de vue la référence au bonheur commun et son rôle d'auxiliaire du progrès social et moral. Le législateur qui agit ainsi peut alors se targuer d'offrir son travail à une longue postérité. Mais tout n'est pas encore joué. Bien que les règles d'élaboration des lois soient conçues pour susciter l'adhésion des citoyens et faciliter le respect qui leur est dû, il serait naïf de s'en remettre exclusivement à l'obéissance des citoyens. Après le travail du législateur vient celui de l'institution judiciaire. Rey développe également des idées intéressantes sur ce sujet, dont certaines sont, une fois de plus, inspirées par les propositions formulées par son ami Bentham. Nous laisserons toutefois de côté la question de l'application judiciaire des lois, car cela ne rentre pas dans le cadre des principes généraux de la législation. Un dernier thème mérite toutefois d'être abordé. Malgré tous les efforts mis en œuvre par le législateur, Rey affirme que nul ne peut prétendre à la perfection. Par conséquent, on ne saurait avoir fait le tour des principes généraux du droit et de

3166 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 282 ; cité dans *TPGD*, p. 331-332.

3167 En janvier 1790, il fut décidé de faire traduire les décrets de l'Assemblée nationale en allemand, en flamand, et dans les idiomes locaux. Mais ce décret n'a jamais reçu application (Y.-A. DURELLE-MARC, « Publier : donner à la loi sa vigueur (1789-An II) », *art. cit.*, §39 ; A. DESRAYAUD, « De la sûreté à la citoyenneté », *art. cit.*, p. 680).

3168 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 282 ; *TPGD*, p. 332.

3169 J. BENTHAM, *Traité de législation*, t. 3, *op. cit.*, p. 283 ; *TPGD*, p. 333.

la législation sans avoir réfléchi aux modalités d'abrogation de la loi. Si la figure du peuple ne disparaît jamais tout à fait de ces premiers développements, la présence et l'action populaire sont plus immédiatement sensibles lorsque Rey développe sur le thème de l'abrogation.

SECTION 3 : L'ABROGATION DE LA LOI : UN MODE D'INTERVENTION DÉMOCRATIQUE

Après avoir présenté les règles relatives à la confection des lois, Rey s'intéresse aux modalités d'abrogation. Que la loi soit écrite et qu'elle prétende à une certaine pérennité ne doit pas faire oublier qu'il reste parfois nécessaire de la réformer. Cela est d'autant plus évident que les lois évoluent en fonction d'un certain nombre de circonstances. Et bien que Rey n'entende pas céder à toutes les circonstances comme le font Montesquieu ou Savigny, il n'en demeure pas moins que l'évolution de certaines d'entre elles implique des modifications législatives, et donc l'abrogation des lois devenues inadaptées. Cette tâche incombe normalement au législateur qui peut le faire de façon formelle ou tacite. « Lorsque la loi est *formellement* abrogée par l'autorité législative » ou lorsque d'une loi nouvelle contient « une ou plusieurs dispositions [...] contraires à la loi ancienne, lors même que celle-ci ne serait pas *formellement* abrogée »³¹⁷⁰, les choses ne présentent guère de difficultés, affirme Joseph Rey.

À y regarder de plus près, tout n'est pourtant pas si simple car l'abrogation tacite des lois soulève des enjeux politiques. Dès lors que le législateur ne formule pas explicitement sa volonté d'abroger une loi, l'interprétation est en effet ouverte. La question se pose alors de savoir qui est en droit de déclarer qu'une disposition n'est plus en vigueur. Il revient généralement au juge de se prononcer sur ce point, ce qui implique alors un risque de voir l'autorité judiciaire s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif. Si les juges ne sont pas élus par le peuple, comme c'est le cas à l'époque où Rey écrit, on court par conséquent le risque de permettre aux juges d'aller à l'encontre de la volonté général. Néanmoins, l'institution judiciaire peut également se présenter comme une sorte de garant des intérêts populaires en écartant l'application des lois répressives ou contraires à la volonté générale. Admettre l'abrogation tacite est donc un pari risqué puisqu'elle peut participer de deux logiques tout à fait différentes et aboutir à des résultats opposés. Qu'il s'agisse d'une abrogation pour contrariété avec une loi nouvelle, pour cessation des motifs ou pour désuétude, cette thématique est effectivement loin de soulever des difficultés simplement techniques. Dans ses développements, Rey se montre alors soucieux de lutter contre l'arbitraire du pouvoir et de ne pas négliger la dimension démocratique de la loi. C'est sans doute pourquoi il demeure mitigé lorsqu'il évoque certaines formes d'abrogation tacite pourtant assez classiques (I).

Rey en effet à cœur de ne pas déposséder entièrement le peuple de l'exercice de sa

3170 *Préliminaires*, p. 87 ; *JGLJ*, t. 2, p. 13 ; *TPGD*, p. 352.

souveraineté. Pourtant, même si nous avons vu apparaître ça et là des considérations sur l'élaboration des lois qui tendent à susciter l'adhésion de leurs destinataires, force est toutefois de reconnaître que les citoyens demeurent absents du processus de formation de la loi. Passées les considérations relatives à la souveraineté nationale et aux modalités électives du régime représentatif, le peuple n'intervient plus activement. S'il réapparaît, c'est essentiellement en tant qu'objet d'étude pour le législateur, qui doit bien prendre en compte les hommes auxquels il cherche à donner des règles de conduite ou des institutions. Certes, la question de leur approbation aux normes ne disparaît jamais tout à fait, évoluant de manière souterraine pour orienter l'action du législateur. Mais jusque-là, Rey s'intéresse aux moyens par lesquels le législateur pourra créer ces effets, sans consulter la volonté réelle des individus sur le contenu des lois. Celle-ci ne saurait toutefois être mise de côté car le consentement à la norme est de toute nécessité. C'est pourquoi, parmi les diverses modalités d'abrogation de la loi que propose Rey, la figure du peuple sous la forme de la foule insurrectionnelle réapparaît enfin. Dans son *Traité*, il place ainsi la question du droit d'insurrection en tête de ses développements sur « *la cessation de l'empire de la loi*³¹⁷¹ ». Il avance que l'insurrection est un mode d'abrogation de l'ensemble des lois. Dans l'hypothèse d'une révolution, le juriste propose alors des règles pour exercer ce droit d'insurrection et s'assurer que la volonté générale ne soit pas ignorée (II).

II/ LES MODALITÉS ORDINAIRES D'ABROGATION TACITE DES LOIS

Dans chacun de ses ouvrages de théorie du droit, Rey s'intéresse aux formes ordinaires d'abrogation tacite des lois, c'est-à-dire à celles déjà admises par la majorité des juristes. Il ne s'entend toutefois pas avec eux sur chacune d'elles, car ses préventions envers les risques d'arbitraire des juges le conduisent par exemple à écarter l'abrogation pour désuétude. Le juriste affirme d'abord que l'abrogation pour contrariété avec une loi nouvelle ne présente aucune difficulté, mais nous verrons pourtant que sa mise en œuvre n'est pas toujours si évidente (A). Il se prononce ensuite en faveur de l'abrogation pour cessation des motifs, afin de faire obstacle au maintien des lois rigoureuses et oppressives (B). Joseph Rey refuse enfin l'abrogation pour désuétude, car il craint que cela ne conduise les autorités à négliger le respect du à la loi. Nous verrons pourtant que ce refus de principe est tempéré par d'autres considérations qui laissent apercevoir une brèche venant légitimer, pour les citoyens, le refus d'appliquer certaines lois (C).

3171 TPGD, p. 341.

A/ L'ABROGATION POUR CONTRARIÉTÉ AVEC UNE LOI NOUVELLE : DE L'ÉVIDENCE DU PRINCIPE AUX DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE

Selon Joseph Rey, l'abrogation tacite par l'adoption d'une loi nouvelle contraire ne présente aucune difficulté puisqu'elle résulte « de la nature même des choses³¹⁷² ». Il est évident que « lorsque le législateur fait une loi nouvelle, c'est [...] pour qu'elle ait son effet ; or cet effet serait nul, ou essentiellement altéré, si on laissait substituer tout ou partie d'une loi contraire³¹⁷³ ». Pourtant si la raison d'une telle règle paraît évidente et bien qu'elle soit couramment admise par la doctrine³¹⁷⁴, des difficultés se présentent malgré tout.

Joseph Rey reconnaît d'ailleurs que « beaucoup de jurisconsultes français n'admettent pas ce principe, surtout pour nos lois constitutionnelles³¹⁷⁵ ». Il nous semble que le juriste vise ici les dispositions contenues dans le titre premier de la Charte relatif au « droit public des français » qui, en garantissant un certain nombre de droits et de libertés, auraient implicitement abrogé diverses dispositions légales ou réglementaires antérieures. Il en va ainsi pour tout ce qui concerne les juridictions administratives et la garantie des fonctionnaires, prévues entre autres par la Constitution de l'an VIII. Nous avons déjà abordé ce point, et Rey est ici rejoint par la plupart des libéraux qui pointent du doigt l'inconstitutionnalité du Conseil d'État³¹⁷⁶. La Cour de cassation comme le Conseil d'État jugent toutefois que ces dispositions restent en vigueur. Les principes sont donc doublement subvertis. En plus d'être contraires à la Charte de 1814, ces dispositions lui sont encore antérieures et leur maintien constitue par conséquent une violation du principe de l'abrogation tacite tel que l'interprète Rey. Dans le cadre d'une affaire dont il s'occupait en tant qu'avocat, Rey a d'a d'ailleurs soulevé l'argument de l'abrogation implicite de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII par la Charte.

En 1819, il s'est en effet vu chargé de faire poursuivre le général Donnadieu qui avait procédé à la répression sanglante d'une tentative d'insurrection en Isère en 1816. Astreint à obtenir une autorisation du Conseil d'État pour lancer les poursuites contre le fonctionnaire, il dépose alors une requête devant le garde des sceaux, dans laquelle il joue la carte de l'abrogation

3172 *Préliminaires*, p. 88 ; *JGLJ*, t. 2, p. 14 ; *TPGD*, p. 353.

3173 *Préliminaires*, p. 88 ; *JGLJ*, t. 2, p. 13 ; *TPGD*, p. 353.

3174 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 500-503 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 120 ; E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 82 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 135 ; F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte*, *op. cit.* p. 124-125 ; Joseph MÉRILHOU, « Abrogation », *Encyclopédie du droit, ou répertoire raisonné de législation et de jurisprudence*, t. 1, Paris, Coulon et C^{ie}, 1836, p. 37 ; A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation de doctrine et de jurisprudence*, Première partie, t. 3, *op. cit.*, p. 259.

3175 *TPGD*, p. 353 ; propos similaires dans *Préliminaires*, p. 88 et *JGLJ*, t. 2, p. 14.

3176 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, II, B, 2.

tacite de l'article 75. Il y *rappelle* notamment ce « principe, généralement consacré, [...] qu'une loi est, *de plein droit*, abrogée par une loi postérieure, *sans qu'il soit nécessaire d'exprimer cette abrogation* toutes les fois que la dernière contient des dispositions qui ne peuvent se concilier avec celle antérieure³¹⁷⁷ ». Vouloir maintenir tout à la fois deux lois contraires « serait une chose absurde et inique³¹⁷⁸ », ajoute-t-il. Rey s'attache alors à détailler les articles de la Charte qui impliquent l'abrogation de l'article 75. Son espoir de voir le ministre céder à ses arguments est pourtant déçu et il faudra attendre un décret-loi de 1870 pour que cet article soit explicitement abrogé³¹⁷⁹. Le juriste devrait donc avoir conscience que cette forme d'abrogation n'est pas si évidente que cela, puisqu'elle dépend de l'interprétation que chacun donnera des termes de la loi et donc de la possible contrariété entre deux lois.

Qui plus est, ce n'est pas la seule fois où Rey s'est trouvé confronté à une situation de ce genre. En effet, lorsqu'il revient sur sa participation aux réunions de la Société des amis de la liberté de la presse, il affirme qu'il était alors certain que l'article 294 du Code pénal était « virtuellement abrogé par la Charte³¹⁸⁰ ». Cet article, qui réprimait le fait de recevoir chez soi les membres d'une association en réunion sans autorisation de l'autorité municipale, a pourtant servi de fondement aux poursuites dirigées contre l'un des membres de la Société. Le jugeant incompatible avec les dispositions de la Charte sur la liberté individuelle et la liberté d'expression, Rey affirme qu'il le pensait « sincèrement » abrogé³¹⁸¹. D'autres juristes partagent également cette conviction. Dans la revue de *Jurisprudence criminelle du royaume*, les avocats du barreau parisien opinent ainsi en ce sens³¹⁸². Certes, ces derniers écrivent sous l'empire de la Charte révisée et invoquent une contrariété de l'article 294 avec le libre exercice des cultes (lequel est reconnu de façon plus libérale dans la Charte de 1830 que dans celle de 1814). Quoiqu'il en soit, dans l'affaire dont s'occupent les avocats parisiens, la Cour de cassation se prononce contre l'abrogation tacite de cet article, considérant qu'il n'est pas inconciliable avec les dispositions de la Charte sur la liberté de culte³¹⁸³. On constate ainsi qu'une telle forme d'abrogation n'est pas aisée à prononcer et laisse une large marge d'interprétation aux magistrats. Rey n'offre aucune précision sur sa mise en œuvre, mais il ne peut revenir qu'aux juges de décider si telle loi est ou non abrogée par telle autre. Sur ce point, la doctrine considère que la charge de la preuve repose

3177 J. REY, *Requête à M. le garde des sceaux, tendant à décliner la juridiction du Conseil d'État*, s.l., 1819, p. 9-10

3178 *Ibid.*, p. 10.

3179 Cécile GUÉRIN-BARGUES, « De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire : essai de généalogie », *Revue française de droit administratif*, 2009, p. 978.

3180 *Mémoires politiques*, p. 121.

3181 *Ibid.*, p. 124.

3182 *Jurisprudence criminelle du royaume*, 2^e année, Paris, Au bureau du journal de la jurisprudence criminelle, 1830, p. 324-332.

3183 Décision de la Cour de cassation du 18 septembre 1830, citée dans *Jurisprudence criminelle du royaume*, 2^e année, *op. cit.*, p. 328.

sur celui qui invoque l'abrogation, ce qui suppose un procès au cours duquel le juge sera amené à trancher la question³¹⁸⁴.

L'assemblée législative de révision que Rey propose de mettre en place³¹⁸⁵ pourrait aussi être amenée à intervenir. Notre juriste souhaite en effet que de telles assemblées se réunissent tous les cinq ans, afin de vérifier que les actes des diverses autorités ne contreviennent pas à la Constitution. Dans le cas d'une contrariété entre les deux, il lui reviendrait alors d'abroger les lois anciennes. Cela apparaît comme la manière la plus démocratique de clore les débats. Toutefois, cela ne concerne encore que le problème d'inconstitutionnalité et ne règle pas la question du conflit entre deux lois. Sauf à s'en remettre à la volonté du législateur explicitement formulée, les divergences d'interprétation risquent de demeurer incessantes et d'accroître le pouvoir des juges. Ce type de difficultés se retrouve plus ou moins dans les autres formes d'abrogation tacite.

B/ L'ABROGATION POUR CESSATION DES MOTIFS : UN REMÈDE OPPORTUN CONTRE LE MAINTIEN DES LOIS RIGOUREUSES

Une fois encore, Rey affirme que l'abrogation des lois pour cessation des motifs ne présente pas de « véritable difficulté³¹⁸⁶ ». Elle est effectivement une conséquence directe de sa théorie du droit et de la législation : toute loi doit être adaptée aux circonstances dans lesquelles elle est adoptée, et lorsque celles-ci changent, les lois doivent suivre cette évolution. « [I]l est évident que la loi tombe d'elle-même aussitôt que la cause a cessé *entièrement* », car cette « loi a cessé d'être loi »³¹⁸⁷. Si une telle proposition s'accorde parfaitement avec la conception reyienne du droit et de la loi, il n'est pas le seul à défendre cette forme d'abrogation³¹⁸⁸. Ceux qui l'admettent ne partagent pourtant pas nécessairement sa manière de concevoir les lois. Ils appartiennent en revanche généralement au camp des libéraux, et on comprend ainsi que, derrière ce qui se présente d'abord comme une simple question technique, se cachent en réalité des enjeux politiques.

L'avocat Mérilhou affirme que certaines lois disparaissent « lorsque l'ordre de choses

3184 F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte*, *op. cit.* p. 125 ; A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné*, Partie supplémentaire, t. 5, *op. cit.*, p. 631.

3185 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, I, B, 2.

3186 *Préliminaires*, p. 90 ; *JGLJ*, t. 2, p. 15 ; *TPGD*, p. 354.

3187 *TPGD*, p. 354 ; propos similaire dans *Préliminaires*, p. 90 et *JGLJ*, t. 2, p. 14-15.

3188 P.-A. MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, t. 8, *op. cit.*, p. 378 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Droit civil des français*, t. 1, *op. cit.*, p. 120 ; A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation de doctrine et de jurisprudence*, Première partie, t. 3, *op. cit.*, p. 259 ; *Thémis*, t. 2, p. 198 ; J. MÉRILHOU, « Abrogation », *art. cit.*, p. 38.

pour lequel [elles avaient] été [faites] n'existe plus » et reconnaît ainsi « l'abrogation tacite des lois de circonstances »³¹⁸⁹. Il précise que cela concerne les « lois transitoires » qui, « sous la restauration, suspendirent, pour un temps donné, la liberté individuelle ou la liberté de la presse », ainsi que toutes « les lois dites de circonstances, d'exception, de parti »³¹⁹⁰. Le cas de la loi du 9 novembre 1815 est à ce titre archétypal car son préambule prévoyait un terme au-delà duquel elle devait cesser d'être appliquée³¹⁹¹. Rey estime même que les précisions du préambule n'étaient pas nécessaires, puisqu'une telle disposition répressive ne pouvait qu'être une loi de circonstances, amenée à disparaître avec les troubles qui l'avaient vu naître. Évoquant, dans son plaidoyer pour la défense du rédacteur du *Père Michel*, les « tems si malheureux » qui justifient l'égarement dans lequel le législateur de l'époque est tombé en adoptant cette loi, Rey affirme que « [c]ette seule considération pourrait suffire à démontrer qu'une telle mesure était essentiellement provisoire »³¹⁹².

Les avocats réunis autour de la revue de *Jurisprudence criminelle du Royaume* se prononcent également en faveur d'une telle forme d'abrogation et leur intention est on ne peut plus claire. Ils entendent s'opposer à l'application des articles 291 et 294 du Code pénal qu'ils estiment être les « [f]ruits des tyranniques précautions de l'empire et des souvenirs anarchiques de la république »³¹⁹³. Ces articles, qui concernent notamment les réunions religieuses, ont été pensés comme « un obstacle que le législateur voulut établir contre les membres dissidens du clergé »³¹⁹⁴. Or, le contexte ayant changé, les rédacteurs affirment par conséquent que « cette entrave, élevée par une vaine terreur et par la tyrannie, s'évanouit avec les circonstances qui la firent établir »³¹⁹⁵.

La dimension politique de l'abrogation tacite pour cessation des motifs apparaît ainsi évidente. Ce sont généralement des vues libérales et une crainte de l'action répressive du gouvernement qui motivent ceux qui la défendent. Ce mode d'abrogation permet effectivement de tenir pour abrogées toutes les lois jugées trop rigoureuses, dès lors que les circonstances politiques ont évolué. Qui plus est, il arrive que certaines de ces lois ne reçoivent aucune application pendant un temps assez long, de sorte que les citoyens finissent par oublier complètement les incriminations posées. Admettre l'abrogation pour cessation des motifs permet donc également d'opposer une fin de non recevoir contre les gouvernements qui ressortiraient de vieilles lois oubliées, adoptées dans des circonstances politiques troubles, afin d'assurer la

3189 J. MÉRILHOU, « Abrogation », *art. cit.*, p. 38.

3190 *Ibid.*, p. 38.

3191 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, A, 3.

3192 *Défense du Père Michel*, *op. cit.*, p. 80-81.

3193 *Jurisprudence criminelle du royaume*, 2^e année, *op. cit.*, p. 330.

3194 *Ibid.*, p. 330.

3195 *Ibid.*, p. 330.

répression de faits dont les citoyens ignorent désormais le caractère répréhensible³¹⁹⁶. Par conséquent, ce qui détermine les juristes à se prononcer pour cette forme d'abrogation tient tout à la fois au désir d'ôter certaines armes d'entre les mains du gouvernement et à celui d'assurer la sécurité et la liberté des individus qui pouvaient ignorer l'interdit. Par ailleurs, la loi oblige car elle est réputée connue. Mais dans ces circonstances, l'inaction des autorités qui n'appliquent plus la loi pendant un certain temps lui fait perdre sa notoriété. La publicité n'est plus assurée³¹⁹⁷.

Ces idées se retrouvent toutes sous la plume de Rey. Lorsqu'il s'intéresse à cette forme d'abrogation tacite dans ses ouvrages de théorie de la législation, il l'illustre ainsi en envisageant une loi qui, « par exemple, [...] dans un moment de crise extraordinaire, prononce la peine de mort contre tout rassemblement de trois, quatre, cinq, six personnes³¹⁹⁸ ». Adoptée pour répondre aux besoins d'un moment de crise, puis oubliée au fond d'un tiroir durant des années, on ne saurait la faire ressurgir par surprise pour assurer la répression de faits nouveaux. Dans ce cas, « si le malheur des temps fait sentir le besoin d'une mesure semblable, il faut procéder comme la première fois, il faut porter une loi nouvelle³¹⁹⁹ ». Poursuivre des citoyens sur le fondement d'une loi oubliée d'eux constitue « un des plus grands moyens de tyrannie » et « une surprise affreuse envers [ceux] qui croient, avec raison, ne plus vivre sous l'empire d'une telle législation »³²⁰⁰. Il s'agit donc avant tout de lutter contre les lois oppressives. C'est pourquoi, alors même que Rey se prononce de façon générale contre la désuétude des lois, il admet que « la désuétude d'une loi rigoureuse, oppressive, d'une loi de circonstance [...] doive [seule] emporter son abrogation³²⁰¹ ». Certes, il se reprend immédiatement en affirmant que « ce n'est pas la seule désuétude qui produit cet effet, c'est en même temps la cessation des motifs³²⁰² ». Dans son esprit, une loi d'une telle nature ne pourrait en effet trouver d'éventuelle justification que dans certaines circonstances extraordinaires. Cela revient ainsi à dire que toute loi *rigoureuse* ou *oppressive* est essentiellement provisoire.

Si la lutte contre les lois rigoureuses apparaît comme la préoccupation principale de

3196 Alain DESRAYAUD aborde cette question sous l'angle de la désuétude : « Toute la question était de savoir si le non-usage pouvait [...] provoquer la désuétude [des incriminations pénales]. Partant du constat que ce non-usage était imputable au premier chef aux autorités chargées de faire observer la loi, quelques-uns considéraient que le doute sur l'existence de la loi devait bénéficier au prévenu surpris par la résurrection subite. Ils dénonçaient comme un scandale l'attitude des pouvoirs publics laissant tomber dans un sommeil léthargique une disposition pénale » (« Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008-1, p. 68).

3197 A. DESRAYAUD, « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », *art. cit.*, p. 70.

3198 *Préliminaires*, p. 89-90 ; *JGLJ*, t. 2, p. 14 ; *TPGD*, p. 354.

3199 *Préliminaires*, p. 90 ; *JGLJ*, t. 2, p. 15 ; *TPGD*, p. 354.

3200 *Préliminaires*, p. 90 ; *JGLJ*, t. 2, p. 15 ; *TPGD*, p. 354.

3201 *Préliminaires*, p. 91 ; le passage entre crochets est ajouté dans *JGLJ*, t. 2, p. 15 et *TPGD*, p. 355.

3202 *Préliminaires*, p. 91 ; *JGLJ*, t. 2, p. 15 ; *TPGD*, p. 355.

Joseph Rey, l'abrogation tacite pour cessation des motifs peut encore s'envisager dans une perspective démocratique. Nous avons vu que la manière dont il envisage l'énoncé des motifs ouvre une brèche démocratique dans le sens où l'exposé des raisons des lois devrait susciter l'adhésion des citoyens³²⁰³. Par conséquent, à défaut d'être en mesure de créer cette forme d'approbation populaire, on pourrait considérer que les motifs de la loi n'existent pas et que celle-ci est de fait tacitement abrogée. Lorsqu'il développe sur la cessation des motifs, Rey laisse d'ailleurs entendre que cette cause d'abrogation tacite constitue une sorte de palliatif à l'absence de toute participation populaire à l'élaboration des lois. Il affirme que « dans un État où l'on aura joui pendant un certain temps de toutes les garanties constitutionnelles », il deviendra « presque inutile » de reconnaître ce principe de l'abrogation tacite³²⁰⁴. Mais tant que la liberté de la presse et le droit de pétition ne sont pas suffisamment garantis, tant que les citoyens ne sont pas en mesure de « forcer le gouvernement à en proposer l'abrogation » et tant qu'un « bon système de *révision* » des lois n'est pas instauré, il convient de trouver un remède³²⁰⁵. Autrement dit, tant que les citoyens sont exclus du processus législatif, la théorie de l'abrogation tacite pour cessation des motifs doit permettre d'écarter les lois que le peuple juge dénuées de justifications pertinentes.

C'est peut-être ce qui explique que certains juristes refusent cette cause d'abrogation. Demolombe avance en effet que les motifs des lois ne conditionnent pas leur existence et ne participent donc pas des lois elles-mêmes. Il admet par conséquent qu'une loi puisse survivre à ses motifs, dès lors que « d'autres motifs, survenus depuis, la rendraient susceptible d'une application, qui, en la détournant de ses premiers motifs, n'aurait pourtant rien d'injuste ni de contraire à la volonté du législateur³²⁰⁶ ». Foucart juge pour sa part que les gouvernements sont dans leur droit lorsqu'ils réveillent « des dispositions qui dormaient depuis de longues années », pour « en demander l'application contre les particuliers »³²⁰⁷. Il balance toutefois cette affirmation en posant pour corollaire le devoir du gouvernement « de faire abroger formellement celles qu'il considère comme n'étant plus en harmonie avec l'état de société, [...] car il doit éviter tout ce qui peut entraîner les citoyens dans l'erreur ou devenir pour eux une source de procès³²⁰⁸ ». Félix Berriat-Saint-Prix partage également les vues de Foucart³²⁰⁹. Un tel positionnement prévient toutefois mal le risque de voir des individus condamnés sur le fondement de lois qu'ils

3203 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, A, 3, β.

3204 *Préliminaires*, p. 95 ; JGLJ, t. 2, p. 18 ; TPGD, p. 357-358.

3205 *Préliminaires*, p. 95 ; JGLJ, t. 2, p. 18 ; TPGD, p. 358.

3206 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 136.

3207 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public*, t. 1, *op. cit.*, p. 87.

3208 *Ibid.*, p. 88.

3209 « Il y a sans doute un inconvénient à ce que le pouvoir exécutif puisse remettre subitement en vigueur des dispositions depuis long-temps vouées à l'oubli, et surprendre ainsi les citoyens qui ignorent leur existence ; mais il est facile d'y remédier en abrogeant en masse toutes les lois antérieures à une certaine époque » (F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte*, *op. cit.*, p. 124).

ignoraient. C'est ce qui motive Belime à se prononcer pour l'abrogation tacite des lois désuètes. Ne voyant aucune « garantie que le souverain proclamerait exactement l'abrogation de toutes les lois devenues inutiles, peut-être même dangereuses³²¹⁰ », il préfère s'en remettre à l'abrogation tacite pour désuétude. Cela éviterait, ajoute-t-il, que l'on vienne « après un siècle, les réveiller de leur léthargie sous prétexte de défaut d'abrogation³²¹¹ ». Belime prend cependant soin de préciser que la désuétude ne peut concerner les lois naturelles puisqu'elles sont immuables. Il laisse alors entendre qu'il s'agit des lois protectrices des droits essentiels des citoyens, telles que celles réprimant les meurtres ou les pillages, qui ne sauraient jamais tomber en désuétude³²¹².

Joseph Rey refuse certes la désuétude en tant que telle. Toutefois, en laissant entendre que toutes les lois *rigoureuses* et *oppressives* sont des lois de circonstances, il admet que celles-ci disparaissent avec les circonstances qui les ont vu naître. Il peut alors se prononcer contre la désuétude des lois, car le risque est désormais que ce soient celles garantissant les droits des citoyens qui se trouvent écartées par l'action (ou plutôt l'inaction) des autorités publiques et des juges en particulier.

C/ L'ABROGATION POUR DÉSUÉTUDE : UN REFUS DE PRINCIPE

La question de la désuétude des lois est encore fréquemment agitée dans le premier XIX^e siècle. Malgré la montée en puissance du positivisme et du légicentrisme, il n'est pas rare de trouver des juristes pour qui le non usage d'une loi entraîne son abrogation. La Cour de cassation a d'ailleurs pu admettre cette forme d'abrogation au sujet d'anciennes ordonnances royales³²¹³, mais il est vrai qu'en 1825, la commission chargée de la révision des lois se prononce contre³²¹⁴. Plus le temps passe, plus les juristes développent des préventions contre cette modalité d'abrogation tacite. Au début du XIX^e siècle, néanmoins, rien n'est fixé sur ce point et la manière dont est traitée la désuétude n'est pas sans intérêt. Celle-ci s'entend d'un non usage de la loi, comme le fait qu'elle ne soit ni respectée ni appliquée. La désuétude ne peut donc être réduite à une simple question technique. Promulgation et abrogation pour désuétude entretiennent en

3210 W. BELIME, *Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 489.

3211 *Ibid.*, p. 489. .

3212 *Ibid.*, p. 490

3213 Décision du 18 février 1818, concernant l'ordonnance de commerce de 1673, laquelle est tombée en désuétude (Jean-Baptiste SIREY, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, t. 19, 1^{ère} partie, Paris, 1819, p. 139) ; A. DESRAYAUD, « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », *art. cit.*, p. 54-55

3214 « Rapport au Roi. Sur les travaux de la Commission de révision instituée par ordonnance du 20 août 1824 », *Le Moniteur Universel*, n° 559, 25 décembre 1825.

effet des liens étroits, dès lors que l'une et l'autre sont envisagées à l'aune de la volonté ou des pratiques populaires³²¹⁵. C'est ainsi que Merlin de Douai, alors Procureur général de la Cour de cassation, avait réussi à faire admettre à la Cour la désuétude en la faisant « passer pour l'expression de la volonté générale³²¹⁶ ».

On ne saurait toutefois penser la désuétude exclusivement à partir des pratiques populaires. Il faut en effet distinguer selon que ce sont les citoyens qui refusent de soutenir une loi ou les juges qui négligent de l'appliquer. Rey affirme certes que, dans tous les cas, il ne doit pas être permis de « négliger le respect [dû] à la loi³²¹⁷ ». Par ailleurs, nous avons vu que Rey cite le passage de Bentham dans lequel ce dernier refuse toute référence extérieure à la loi, et notamment à l'usage³²¹⁸. Pourtant, certaines de ses positions relatives au jury populaire – auquel Rey est d'ailleurs largement plus favorable que Bentham – font apercevoir une opinion quelque peu différente. En effet, le juriste se garde bien de dénoncer ce que d'aucuns nomment alors les « acquittements scandaleux³²¹⁹ », qui consistent en un refus du jury d'appliquer la loi à des faits pourtant avérés. Aussi, lorsqu'il traite de l'abrogation pour désuétude, plusieurs cas de figure doivent être distingués. Lorsque Rey s'intéresse précisément à l'abrogation pour désuétude, il se prononce franchement contre (1), car il l'envisage d'abord comme un non usage de la loi par les autorités publiques. Mais dans le cadre de ses réflexions sur l'institution judiciaire, il admet que les citoyens réunis en jury écartent l'application de certaines lois, ce qui peut s'apparenter à une forme de désuétude (2).

1. Un refus motivé par la crainte de l'arbitraire administratif et judiciaire

Joseph Rey se prononce contre l'abrogation tacite pour désuétude car il craint que les autorités publiques n'en profitent pour écarter l'application des lois protectrices des droits de citoyens. Ainsi, après avoir admis la désuétude des lois *rigoureuses* et *oppressives*, il apporte immédiatement des précisions. Il soulève ainsi une question purement rhétorique :

« S'il s'agit [...] d'une loi protectrice, salubre aux citoyens, dont l'inapplication ne résulte que de

3215 J. FERRAND, « Promulguer la loi sous la Révolution », *art. cit.*, §47.

3216 A. DESRAYAUD, « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », *art. cit.*, p. 43 et 50-57. Dans son article, l'auteur montre par ailleurs que l'admission de la désuétude participe également d'un certain respect pour l'évolution spontanée des mœurs, sur lesquelles le législateur ne devrait pas intervenir (*ibid.*, p. 47).

3217 *Preliminaires*, p. 95 ; *JGLJ*, t. 2, p. 18 ; *TPGD*, p. 357.

3218 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, II, A, 1.

3219 Élisabeth CLAVERIE, « De la difficulté de faire un citoyen : Les "acquittements scandaleux" du jury dans la France provinciale du début du XIX^e siècle », *Études rurales*, n° 95-96, 1984, p. 143-166.

la violence, des artifices ou de la prévarication plus ou moins constante de l'autorité, une telle désuétude pourra-t-elle opérer l'abrogation ?³²²⁰ »

Alors que la plupart de ceux qui admettent la désuétude imaginent que cette forme d'abrogation revêt une dimension populaire, Joseph Rey craint au contraire que cela ne fasse qu'augmenter les risques d'arbitraire de la part des autorités. Les partisans de l'abrogation pour désuétude l'identifient en effet à l'usage, lui-même devenu synonyme de coutume. C'est ce qu'on trouve par exemple sous la plume de Toullier. « L'usage ou la coutume, affirme-t-il, a [...] beaucoup de force, soit pour interpréter la loi, soit pour ajouter à ses dispositions, soit pour les corriger ou les abroger³²²¹ ». La désuétude est ainsi rattachée à une pratique populaire, car « [l']usage tire sa force du consentement tacite ou présumé du peuple et du législateur³²²² ». Portets juge même que l'usage est plus légitime que le droit issu de la volonté du législateur. C'est pourquoi « [l']usage ou la coutume peut [...] abroger la loi puisqu'il est lui-même une loi, et une infiniment respectable, car son utilité et sa convenance aux hommes qui s'y trouvent soumis ne peut être mise en problème³²²³ ». Pourtant, comme le signale Toullier, c'est au juge qu'il revient de décider si l'usage a été suffisamment constant pour que l'on puisse conclure à l'abrogation tacite d'une loi³²²⁴.

Conscient de ces enjeux, Joseph Rey estime par conséquent que remettre un tel pouvoir entre les mains des juges ou d'une autorité autre que le législateur présente trop de risques. Certes, il affirme que l'abrogation pour désuétude est néfaste, quand bien même ce seraient les citoyens qui refuseraient de faire usage d'une loi. Mais lorsqu'il présente les raisons qui motivent son refus, c'est essentiellement la crainte des magistrats qui est mise en avant. L'abrogation pour désuétude pousse en effet « les citoyens, *et surtout les magistrats*, à négliger le respect qu'ils doivent à la loi³²²⁵ ». Rey redoute ainsi que cela ne crée une incitation, pour les autorités, à négliger l'application de certaines lois. Le juriste n'y voit qu'une « source dangereuse d'arbitraire », et si l'« anarchie » est à craindre lorsque les citoyens méconnaissent la loi, c'est le « despotisme » qui

3220 *Préliminaires*, p. 91 ; *JGLJ*, t. 2, p. 15-16 ; *TPGD*, p. 355.

3221 C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 125.

3222 *Ibid.*, p. 127.

3223 X. PORTETS, *Cours de droit naturel*, *op. cit.*, p. 95.

3224 « C'est aux juges de décider, par le nombre et la qualité des actes, si l'usage est établi, si la coutume est acquise, si elle est prouvée, s'il s'est écoulé un tems assez long pour que le public et le législateur en aient eu connaissance » (C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 126-127). Il prend toutefois soin d'ajouter : « Lorsqu'un usage est public, uniforme, général et réitéré pendant un long espace de temps, sans réclamation, sans que les personnes intéressées se soient pourvues pour le faire réformer, sans que le ministère public ni les autres agens du Gouvernement l'aient fait proscrire, il devient l'expression tacite de la volonté de tous, et acquiert force de loi » (*ibid.*, p. 127). L'abrogation pour désuétude conférerait en effet un « rôle déterminant » au juge, chargé de reconnaître « ou non l'existence d'une coutume contraire ou le non-usage » (A. DESRAYAUD, « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », *art. cit.*, p. 49).

3225 *Préliminaires*, p. 95 ; *JGLJ*, t. 2, p. 18 ; *TPGD*, p. 357 ; c'est nous qui soulignons.

risque de s'installer lorsque ce sont les autorités qui agissent ainsi³²²⁶. Il lui semble une fois de plus que les problèmes soulevés par la responsabilité des fonctionnaires devraient réveiller quelques alarmes. En effet, alors que l'article 1382 du Code civil pose le principe général de la responsabilité pour faute, Rey affirme qu'aucun fonctionnaire n'a été poursuivi civilement depuis des années, à moins d'avoir d'abord subi une condamnation criminelle³²²⁷. La garantie des fonctionnaires prévue par la Constitution de l'an VIII ne concernait pourtant que les poursuites criminelles. Bien que cet article ne soit pas exactement tombé en désuétude, puisqu'il continue de s'appliquer au reste des citoyens, Joseph Rey considère qu'il y a bien une forme de désuétude quant à son application aux fonctionnaires³²²⁸. Il ne nie pas que celle-ci résulte en partie de l'usage populaire. D'après lui, les citoyens auraient en effet cessé de chercher à engager la responsabilité civile des agents du pouvoir. Mais cela relève avant tout des manquements de l'autorité judiciaire, qui refuse de juger civilement les fonctionnaires qui n'auraient pas préalablement fait l'objet d'une condamnation pénale. Ainsi, cette désuétude « n'a été produite que par l'abandon de tout espoir de réussite de la part des citoyens » et il est donc « impossible de pouvoir en tirer une preuve de véritable abrogation »³²²⁹. Cet article devrait donc toujours pouvoir être invoqué contre un fonctionnaire « devant un tribunal de magistrats [éclairés et] intègres³²³⁰ ». Est-ce à dire que si les citoyens avaient pu décider librement de laisser tomber cette disposition en désuétude, cela aurait pu aboutir à une abrogation tacite ? Rey n'en dit rien et il semble peu probable que les citoyens consentent à voir disparaître les lois *protectrices*.

L'opinion de Joseph Rey est avant tout dictée par le désir de protéger le peuple contre les abus des agents du pouvoir exécutif, dont les magistrats font partie. Seul le législateur devrait être en droit d'abroger les lois, et c'est pourquoi le juriste n'admet d'abrogation tacite que par référence à la volonté générale, exprimée par le législateur. Il identifie d'ailleurs la désuétude et l'erreur commune qui, toutes deux, conduisent à méconnaître cette volonté. En effet, ces deux hypothèses impliquent une « *cessation d'usage* », soit en raison « d'une fausse interprétation », soit en raison « de la non application d'une loi »³²³¹. C'est ce qu'affirme également Armand Dalloz, pourtant favorable à ces modes d'abrogation³²³². Pour Rey en revanche, l'adage d'après lequel

3226 *Préliminaires*, p. 95 ; *JGLJ*, t. 2, p. 18 ; *TPGD*, p. 357.

3227 *Préliminaires*, p. 92-93 ; *JGLJ*, t. 2, p. 16-17 ; *TPGD*, p. 355-356.

3228 REY identifie par ailleurs abrogation pour désuétude et pour erreur commune (voir *infra*, même §). En l'occurrence, l'inapplication de l'article 1382 du Code civil aux fonctionnaires s'apparenterait plutôt à une forme d'erreur commune.

3229 *Préliminaires*, p. 93 ; *JGLJ*, t. 2, p. 17 ; *TPGD*, p. 356.

3230 *Préliminaires*, p. 93 ; le passage entre crochets est ajouté dans *JGLJ*, t. 2, p. 17. Dans son *Traité*, il écrit alors « devant un tribunal de magistrats vraiment intègres, vraiment éclairés, dans toute la force que comportent pleinement ces deux mots » (*TPGD*, p. 356).

3231 *JGLJ*, t. 2, p. 18 ; *TPGD*, p. 358.

3232 Après avoir parlé de « l'autorité de l'usage pour l'abrogation des lois », Armand DALLOZ précise que cela vaut

l'erreur commune fait le droit est dangereux. Il « est une source d'arbitraire et de versatilité », qui conduit les jurisconsultes à regarder l'abrogation pour erreur commune « comme aussi légitime que celle qui s'opère par la volonté régulièrement émise du législateur »³²³³. Or, dans un État correctement constitué, nul ne saurait légitimement altérer la volonté du pouvoir législatif, auquel toutes les autres autorités doivent toujours se plier. L'organisation constitutionnelle des pouvoirs est également mise en avant par Foucart pour s'opposer à la désuétude. La Constitution ayant « établi un corps législatif qui se réunit chaque année pour faire les lois », c'est à lui seul qu'il appartient de les abroger, car « la loi ayant une source certaine, les juges n'ont d'autre droit que d'en faire l'application aux causes particulières qui leur sont soumises, sans pouvoir prononcer par voie de disposition générale et réglementaire »³²³⁴. La position de Foucart est toutefois plus absolue que celle de Rey, qui prend soin de distinguer les lois protectrices de celles oppressives, pour se prononcer en faveur de l'abrogation tacite des secondes³²³⁵. Foucart poursuit alors son argumentaire en signalant toutes les difficultés que soulève cette forme d'abrogation³²³⁶, comme le fait également Joseph Rey.

Rey, Foucart ou encore Félix Berriat-Saint-Prix³²³⁷ motivent en effet leur refus par certaines considérations pratiques. Ceux qui défendent ce mode d'abrogation précisent généralement les caractères qui permettent de reconnaître un usage en reprenant les idées avancées depuis le moyen-âge au sujet des coutumes *contra legem*³²³⁸. Toullier affirme ainsi que « cinq choses sont nécessaires [pour établir un usage] : il faut qu'il soit uniforme, public, multiplié, observé par la généralité des habitants, réitéré pendant un long espace de tems³²³⁹ ». Dalloz présente la même énumération, ajoutant toutefois que l'usage doit avoir été « constamment observé par le législateur, et non contraire à l'ordre ou à l'intérêt public³²⁴⁰ ». Pour Rey, cela restera toujours beaucoup trop vague :

« Un seul acte, ou quelques actes isolés d'exécution d'une loi pendant de longues années, suffiront-ils pour interrompre cette prescription ? Ensuite, quel sera le nombre d'années

également pour « *l'erreur commune*, qui n'est qu'un mode de désuétude, puisqu'elle consiste dans l'habitude général (*sic*) d'une fausse interprétation ou de la non application d'une loi » (*Dictionnaire général et raisonné de législation de doctrine et de jurisprudence*, Première partie, t. 3, *op. cit.*, p. 260).

3233 JGLJ, t. 2, p. 19 ; TPGD, p. 359.

3234 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public*, t. 1, *op. cit.*, p. 83. Cet argument du régime constitutionnel de la France est généralement invoqué par ceux qui refusent l'abrogation pour désuétude (A. DESRAYAUD, « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », *art. cit.*, p. 58-60).

3235 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, I, B.

3236 E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public*, t. 1, *op. cit.*, p. 84.

3237 F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte*, *op. cit.* p. 124.

3238 A. DESRAYAUD, « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », *art. cit.*, p. 48.

3239 C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. 1, *op. cit.*, p. 126.

3240 A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation de doctrine et de jurisprudence*, Première partie, t. 3, *op. cit.*, p. 260.

nécessaires pour l'opérer ? Ce laps de temps sera-t-il le même pour tous les cas, pour les lois d'un fréquent usage comme pour celles d'une rare application ? Quel sera le tribunal suprême qui fera une enquête par tout le territoire pour établir que tel ou tel droit n'est plus en usage ?³²⁴¹ »

Même s'il fait peu de doutes que Rey est avant tout animé par la crainte de l'arbitraire, il appuie son opinion en avançant des considérations techniques qui ne peuvent laisser ses lecteurs juristes indifférents. Car même ceux qui s'attachent à lister les caractères de l'usage sont conscients que la mise en œuvre de l'abrogation pour désuétude est délicate. Comme le souligne en effet Alain Desrayaud, prouver que les différents éléments permettant de caractériser un usage sont réunis n'était pas sans difficulté, et cette « difficulté d'établir la preuve de la désuétude n'était pas le moindre des arguments pour la combattre³²⁴² ».

Rey se positionne donc franchement contre la désuétude. Mais sa manière de défendre certaines pratiques des jurys populaires ouvre une brèche.

2. L'atténuation du principe : une défense de la « jurisprudence populaire³²⁴³ »

« Si la volonté des citoyens concourt à la formation de la loi, remarque Jérôme Ferrand, la loi n'est parfaite qu'aussi longtemps que cette volonté la soutient. Si elle cesse de la soutenir, la loi cesse d'être loi et, dans ces conditions, elle peut tout à fait s'éteindre par le non-usage ou par un usage contradictoire³²⁴⁴ ». C'est la conception de la loi des révolutionnaires et Joseph Rey s'inscrit une fois de plus dans cet héritage. La loi doit en effet être l'expression de la volonté générale : c'est une condition essentielle pour pouvoir la reconnaître comme telle. Certes, pour s'assurer du respect de cette maxime, le juriste s'en remet essentiellement aux principes du régime représentatif et à un élargissement de l'électorat. Sauf pour l'approbation de l'acte constitutionnel, il n'envisage pas de consulter la volonté des citoyens sur le contenu des lois. Plus précisément, car une telle affirmation serait exagérée, Joseph Rey s'en remet au droit de pétition et à la liberté de la presse pour permettre au peuple d'exprimer ses vœux en matière de législation et, en dernier ressort, à l'insurrection. Ce ne sont pas ces mécanismes qui nous intéressent ici, mais la manière dont le jury peut être amené à refuser de prêter sa sanction aux lois.

C'est dans son ouvrage sur les institutions judiciaires que Rey aborde ce qu'il nomme la « *jurisprudence populaire*, que les citoyens [anglais] ont cru devoir imaginer pour lutter contre le

3241 *Préliminaires*, p. 94 ; *JGLJ*, t. 2, p. 17 ; *TPGD*, p. 357.

3242 A. DESRAYAUD, « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », *art. cit.*, p. 62.

3243 *DJAF*, t. 1, p. 137.

3244 J. FERRAND, « Promulguer la loi sous la Révolution », *art. cit.*, §34.

pouvoir³²⁴⁵ ». Loin de faire partie de cette « grande majorité » de magistrats français qui dénonçaient alors les « acquittements scandaleux »³²⁴⁶, il justifie au contraire la pratique qui consiste, pour les jurés, à refuser d'appliquer une loi. Pour le dire en d'autres termes, il admet que, dans certaines hypothèses, les citoyens développent des usages contraires aux lois. Certes, Rey affirme que le jury ne s'intéresse « *principalement* » qu'aux faits, et que l'application de la loi n'est pas dans ses prérogatives³²⁴⁷. Par ailleurs, s'il revient au juge d'appliquer la loi, il n'est pas non plus dans son office de développer des usages contraires. Nul ne peut s'opposer à la volonté du législateur. Mais cela ne vaut en réalité que dans une organisation politique fondée sur les véritables principes. Or Rey n'hésite pas à pointer du doigt les vices des institutions pour légitimer cette « tactique³²⁴⁸ » des jurés anglais. « Dans tout faux système de gouvernement, qui n'a point pour but unique le bonheur de la masse et qui n'offre point aux citoyens les garanties légales suffisantes, il faut bien recourir à d'autres moyens³²⁴⁹ », estime-t-il. En l'occurrence, les jurés anglais ont fait preuve d'imagination afin d'écarter l'application des lois trop rigoureuses, à l'instar de cette « loi barbare qui prononce la mort contre le vol de quarante shillings dans un maison habitée³²⁵⁰ ». Pour ce faire, les jurés ont pris l'habitude de sous-estimer la valeur des objets dérobés afin d'écarter l'application de la loi. En théorie, il s'agit de se prononcer sur les faits et non sur la loi. Cependant, c'est bien un jugement sur la loi qui motive la décision sur les faits. L'objectif est d'écarter la peine prévue par la loi, et cela revient donc bien à développer des usages contraires à celle-ci. D'une certaine façon, la loi devient ainsi désuète, et le jury représente en quelque sorte la volonté populaire, le souhait du peuple de voir une telle loi abrogée. Joseph Rey présente d'autres tactiques imaginées par les citoyens anglais afin de s'opposer à la rigueur des peines. Ils prononcent par exemple des « *déclarations de démence* » dans le cadre des affaires de suicides, « afin d'éluder la loi cruelle et injuste qui punit surtout la famille du malheureux suicidé »³²⁵¹. Le juriste remarque d'ailleurs qu'une partie de la peine, celle qui ordonne que le suicidé soit « enterré sur un grand chemin avec un pieu au travers de son corps », a justement fini par être expressément abrogée par le Parlement britannique en 1823³²⁵².

3245 *DIJAF*, t. 1, p. 137.

3246 É. CLAVERIE, « De la difficulté de faire un citoyen : Les "acquittements scandaleux" » *art. cit.*, p. 144.

3247 *DIJAF*, t. 2, p. 34-35.

3248 *DIJAF*, t. 1, p. 137.

3249 *Ibid.*, p. 138.

3250 *Ibid.*, p. 138. On retrouve les mêmes pratiques en France à cette époque. Élisabeth CLAVERIE constate en effet que « la dureté de la peine pour des délits [que les les jurés] *considéraient* comme mineurs (travaux forcés pour vols) les préoccupaient effectivement et bien souvent, s'ils se prononçaient pour la non-culpabilité, c'était pour éviter au prévenu la peine extraordinairement élevée du Code » (« De la difficulté de faire un citoyen : Les "acquittements scandaleux" » *art. cit.*, p. 162).

3251 *DIJAF*, t. 1, p. 140.

3252 *Ibid.*, p. 140. De même en France, Élisabeth CLAVERIE attribue l'adoption de la loi de 1832 sur les circonstances atténuantes à « la pression » exercée par les jurés « à travers les "acquittements scandaleux" »

Bien que l'opinion de Rey sur les pratiques des jurés ne mette pas directement en jeu la question de l'abrogation pour désuétude, on retrouve néanmoins ce souci d'une sorte de sanction populaire des lois. Et si les citoyens refusent généralement de faire usage d'une loi, on peut considérer que celle-ci n'est pas conforme à la volonté générale et ne revêt donc pas les qualités essentielles d'une loi. Par ailleurs, quand on sait que Rey souhaitait introduire le jury en appel, pour les matières civiles et correctionnelles³²⁵³, on ne peut que le soupçonner de vouloir étendre au maximum cette forme de ratification populaire de la législation. Si une loi ne satisfait pas l'opinion publique, si les jurés éludent systématiquement son application en déformant les faits qui leurs sont présentés, cette loi devient en effet désuète et un usage contraire prend l'ascendant. Sans doute Rey n'y voit-il qu'un palliatif, une manière de « résister aux abus de pouvoir en l'absence de moyens plus conformes à un véritable état social³²⁵⁴ ». Mais la volonté de protéger les citoyens contre l'arbitraire et de faire obstacle aux lois *cruelles* pousse le juriste à défendre cette forme de *jurisprudence populaire*. Félix Berriat-Saint-Prix juge également que c'est l'un des avantages du jury, que de paralyser « l'application des lois oppressives ou trop rigoureuses », qui se trouvent ainsi « abolies de fait » avant de l'être « de droit »³²⁵⁵.

À partir des dernières années de la Restauration et sous la monarchie de Juillet, certains se mettent même à défendre ce qu'ils nomment l'*omnipotence du jury*³²⁵⁶, comme le fait par exemple l'avocat Courrent en 1829. Celui-ci considère qu'il faut désacraliser la loi, ou du moins la forcer « à se conformer à la conscience humaine³²⁵⁷ ». Il estime qu'il est du devoir de tous, et du jury en particulier, « de juger la justice des lois d'après sa conscience » et de « désobéir à la loi, si [elle] est injuste »³²⁵⁸. Un tel point de vue était, on s'en doute, loin de recueillir l'unanimité. L'article 342 du Code d'instruction criminelle condamnait d'ailleurs explicitement une telle pratique en énonçant que les jurés « manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration de culpabilité ». C'est pourtant précisément ce que Courrent demande aux jurés lorsqu'il écrit qu'ils ont « *le droit et le devoir*, si la loi est injuste ou trop sévère, de violer la loi, pour *absoudre* l'accusé, ou *diminuer* la peine³²⁵⁹ ». Quelques années plus tard, un député de l'Assemblée constituante genevoise

(« De la difficulté de faire un citoyen : Les "acquittements scandaleux" » *art. cit.*, p. 162).

3253 *DJAF*, t. 2, p. 70-71.

3254 *Ibid.*, p. 138.

3255 F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français*, Paris, Videcoq, 1851, p. 601-602.

3256 Pascal VIELFAURE, *L'évolution du droit pénal sous la Monarchie de Juillet, entre exigences politiques et interrogations de société*, Aix-en-Provence, P.U. d'Aix-Marseille, 2001, p. 339.

3257 COURRENT, *Omnipotence du jury et attributions de la magistrature dans les Cours d'assises*, Paris, J. Lefebvre, 1829, p. 4. COURRENT dénonce ce qu'il nomme « la superstition à la loi », qu'il faut « détruire », pour « proclamer qu'au-dessus de la loi est un pouvoir inexpugnable : la conscience » (*ibid.*, p. 2).

3258 *Ibid.*, p. 4-5 et 46.

3259 *Ibid.*, p. 315.

présentera même le jury comme une partie du pouvoir législatif, permettant le perfectionnement des lois. « [I]l est une législation progressive³²⁶⁰ », selon ses termes. On retrouve donc chez différents auteurs l'idée d'une forme de contrôle citoyen des lois par le biais du jury.

Certes, Rey fait montre d'un plus grand respect envers les lois que ne le font les partisans de l'omnipotence du jury. Qui plus est, si l'on regarde du côté de Courrent, on remarque que, d'accord avec Constant, il rejette toute référence à la volonté générale ou majoritaire dans l'examen du bien fondé des lois³²⁶¹, pour faire primer le concept abstrait de *conscience*. Acquis au spiritualisme philosophique, Courrent n'entend pas défendre une conception démocratique ou populaire des lois et préfère s'en remettre à une solution plus individuelle en faisant appel à la conscience. Sous la plume de Joseph Rey au contraire, c'est précisément la dimension démocratique du jury qui l'intéresse. Sa proposition revient en effet à reconnaître dans les jurys citoyens une sorte de sanction populaire des lois.

Au final, même si le peuple apparaît largement absent dans le cadre du processus d'élaboration de la loi tel que l'envisage Rey, du moins en tant que sujet actif, il réapparaît au moment de l'exécution des lois et vient rappeler que son consentement est nécessaire pour assurer l'effectivité de la législation. Par ailleurs, quand bien même l'institution judiciaire fonctionnerait sans recours au jury populaire, il ne serait pas pour autant envisageable de se passer entièrement du consentement des citoyens. Bien que les hommes puissent longtemps subir le joug d'un pouvoir despotique, il est un terme au-delà duquel la force et la répression ne sont plus en mesure de soutenir l'édifice législatif. La résistance à l'oppression et l'insurrection apparaissent alors comme une nécessité de la nature, qui a pour effet d'entraîner l'abrogation de l'ensemble de la législation.

II/ L'INSURRECTION COMME MODE D'ABROGATION DE L'ENSEMBLE DE LA LÉGISLATION

« Citoyens, la révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie³²⁶² ». Cette formule bien connue de Bonaparte donne la mesure du rapport à la Révolution qu'entretiennent les français dans cette première moitié du XIX^e siècle. Dès Thermidor, le droit

3260 Intervention de James FAZY, *Mémorial des séances de l'Assemblée constituante genevoise*, Première partie, Genève, Imprimerie de Ferdinand Ramboz, 1842, p. 387.

3261 COURRENT, *Omnipotence du jury*, *op. cit.*, p. 5.

3262 « Proclamation des consuls de la République. Du 24 Frimaire, an VIII », *Bulletin des lois de la République*, n° 335, 1799, p. 1.

de résistance à l'oppression et le droit d'insurrection avaient été relégués hors des textes constitutionnels. Pourtant, malgré un certain déclin des théories insurrectionnelles, l'affirmation de ces droits constitue toujours une arme tout aussi dangereuse que nécessaire. Citant de Broglie qui affirme que la résistance à l'oppression est « un droit délicat et terrible qui sommeille au pied de toutes les institutions humaines », Antonin Sopena voit « dans cette image toutes les tensions qui traversent ce droit : d'un côté la défiance et le renvoi hors des institutions, de l'autre un besoin et une prétention universels »³²⁶³. Se conjuguent en effet, chez la plupart des penseurs de l'époque, la nécessité de reconnaître ce droit et la crainte que celui-ci n'aboutisse à une nouvelle révolution, à un renversement complet de l'organisation sociale. Certes, on trouve encore des revendications vraiment révolutionnaires, dans les courants républicains notamment, et la Restauration comme la monarchie de Juillet sont d'ailleurs confrontées à diverses insurrections de ce type. Mais ce sont là les franges contestataires de la société. Chez les penseurs qui font alors autorité, c'est d'abord la liberté, une liberté non politique, qui est mise en avant pour justifier l'insurrection. Droit naturel de l'homme, la liberté individuelle mérite en effet d'être défendue contre l'oppression des gouvernants. Or, puisque la Charte assure déjà le respect de la liberté, ou plutôt des diverses libertés individuelles, la résistance s'entend essentiellement comme une manière de forcer le gouvernement au respect de la Constitution. Aussi est-il rarement question d'envisager l'insurrection comme un moyen de renverser l'ensemble de l'édifice législatif, car la Charte constitutionnelle doit être intouchable. La conception spiritualiste de la liberté individuelle désamorce ici la charge politique de ce concept. Appréciant le rôle que joue la notion de liberté dans les révolutions, Hannah Arendt formule la remarque suivante : « C'est [...] devenu presque un axiome, y compris dans la théorie politique, que d'entendre par liberté politique non pas un phénomène politique, mais bien au contraire le champ plus ou moins libre d'activités non politiques qu'un corps politique donné autorise et garantit à ses membres³²⁶⁴ ». Bien que qualifiée de « politique » par la philosophe, on comprend que cette liberté est essentiellement individuelle. L'aspect démocratique est donc tout à fait mis de côté. Ainsi, dans le premier XIX^e siècle, le droit d'insurrection ou de résistance à l'oppression est certes admis, mais son acception conduit désormais à en écarter la dimension politique : sous l'empire de la Charte il ne saurait entraîner une véritable rupture de la légalité par le fait de l'irruption du peuple sur la scène politique. Après la Révolution, il devient en effet urgent de faire cesser toute velléité révolutionnaire, ce qui altère singulièrement l'idée d'insurrection. La tendance qui se dessine peut alors être dite conservatrice de plusieurs façons³²⁶⁵. Il s'agit d'abord de conserver ce droit de

3263 Antonin SOPENA, « Résister, de quel droit ? », *Vacarme*, n° 50, 2010/1, p. 82.

3264 H. ARENDT, *De la Révolution, op. cit.*, p. 41.

3265 Pierre ROSANVALLON qualifie l'idéologie des libéraux de la Restauration de « libérale-conservatrice » : « les libéraux de la Restauration entendaient mettre un point d'arrêt définir au processus révolutionnaire. S'ils

résistance ou d'insurrection, pour pouvoir éventuellement en user afin de conserver sa liberté. Et celle-ci étant elle-même garantie par la Charte, il convient en fin de compte de conserver l'ordre constitutionnel tel qu'il est établi (A).

C'est dans ce contexte que Rey livre ses idées sur le sujet. Dès ses *Préliminaires du droit*, il n'hésite pas à se prononcer en faveur de la reconnaissance du droit d'insurrections et il réaffirme cette position jusque dans son *Traité des principes généraux du droit*. D'abord envisagée uniquement du point de vue de la souveraineté nationale et de ses éventuelles limites, Rey en vient, en 1828, à présenter l'insurrection comme un mode d'abrogation de l'ensemble des lois. Il soulève alors la question « de savoir s'il n'est point des cas où toutes les lois d'un État doivent perdre leur empire à l'égard d'un ou de plusieurs individus³²⁶⁶ ». Contrairement au plan d'exposition que nous avons ici choisi, c'est d'ailleurs la première forme d'abrogation des lois que le juriste présente. La question du droit d'insurrection, écrit-il en effet dans son *Traité*, est « la plus importante de toutes celles qu'on peut élever sur le *cessation de l'empire des lois*, puisqu'elle porte sur tout le système légal d'une nation³²⁶⁷ ». Pourtant, il faut immédiatement prévenir que Rey perd rapidement de vue le thème de l'abrogation des lois pour insister exclusivement sur la légitimité et les modalités d'exercice du droit et du devoir d'insurrection.

Dans chacune de ses publications, il commence par aborder le thème de la résistance à l'oppression en discutant, avec Benjamin Constant, les opinions de Rousseau sur la souveraineté nationale. Nous avons déjà étudié cet aspect de son propos qui consiste, en dernière analyse, en une défense du pouvoir de la majorité, tempérée par le fait que celui-ci est conditionné par le respect du quasi-contrat social³²⁶⁸. Rey envisage en effet l'insurrection comme une rupture du pacte social, libérant les individus de leurs obligations sociales, et, par conséquent, de l'empire des lois. L'insurrection ainsi présentée tend donc moins à forcer le gouvernement au respect de la légalité, qu'à mettre un terme à une législation jugée vicieuse. Certes, le droit de résister s'étend à l'hypothèse où le pouvoir politique violerait les lois qu'il a lui-même établies. Mais, envisagée au titre de l'abrogation, l'insurrection est surtout pensée comme une révolte *contre* les lois. C'est d'ailleurs ainsi que l'idée émerge chez les théoriciens du droit naturel, pour lesquels « existe un ordre juridique naturel, antérieur et supérieur au droit posé par les hommes et qui en constitue l'étalon³²⁶⁹ ». Ainsi, « le droit de résistance est l'outil qui permet de neutraliser une norme

célébraient 1789, ils redoutaient la marée montante des revendications politiques et sociales que l'événement avait entraîné dans son sillage. D'où leur obsession de corseter les idéaux révolutionnaires dans leur interprétation minimale » (*La société des égaux*, op. cit., p. 104).

3266 TPGD, p. 342.

3267 Ibid., p. 352.

3268 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, B et C.

3269 Eric DESMONS, « Droit de résistance et histoire des idées », *Pouvoirs*, n° 155, 2015/4, p. 30 ; Matthias MALBLANC, « Un objet juridiquement insaisissable : le droit de résistance à l'oppression », *Jurisdoctoria*, n° 12,

juridique positive contrevenant au droit non posé³²⁷⁰ ». Cette logique se retrouve sous la plume de Rey, qui fait découler ce droit de la violation des droits fondamentaux de l'individu. Rey dépasse toutefois l'approche individualiste qui est celle de la plupart des juristes ou philosophes de son temps car, sous sa plume, la violation des droits individuels équivaut à une rupture du quasi-contrat. Le lien juridique qui soude la société est donc rompu, ce qui confère à la théorie reyienne du droit d'insurrection une dimension essentiellement politique.

Dans son *Traité*, Rey offre des développements plus étendus que dans ses publications précédentes sur les fondements du droit et du devoir de résistance à l'oppression et d'insurrection (B) et entreprend ensuite de préciser comment celui-ci pourrait être exercé pour produire les effets les plus favorables. On remarque alors que l'exercice de ce droit a pour effet de remettre le pouvoir constituant entre les mains de la nation et, par conséquent, de rétablir l'égalité politique pour fonder une nouvelle association (C).

A/ PENSER LE DROIT DE RÉSISTANCE À L'OPPRESSION ET LE DROIT D'INSURRECTION APRÈS LA RÉVOLUTION : UNE TENDANCE « LIBÉRALE-CONSERVATRICE³²⁷¹ »

Dans le premier XIX^e siècle, le droit de résistance à l'oppression ou d'insurrection est généralement admis par la plupart des auteurs. Il est vrai que certains s'y opposent, à l'instar de Bentham qui craint de soumettre l'appréciation de l'oppression au jugement individuel³²⁷². Cette opinion demeure toutefois relativement marginale. Même Joseph de Maistre, tout en posant le principe de l'obéissance passive et absolue aux ordres du souverain, n'exclut pas entièrement la légitimité de la résistance à l'oppression. Dans son *Du Pape*, paru en 1819, il la réinterprète pour l'admettre comme un « droit d'empêcher », un « droit d'opposition » qui n'a pas forcément à prendre la forme d'une révolution et se distingue de l'insurrection³²⁷³. Certes, de Maistre accepte seulement de reconnaître au pape le droit de délier les individus de leur obligation d'obéissance aux ordres du pouvoir politique. Ni droit d'insurrection ni véritable résistance, il s'agit seulement de substituer une forme d'obéissance à une autre, en faisant primer celle qu'il estime devoir être due à la religion et au pouvoir spirituel. D'ailleurs, affirme de Maistre, « on m'accordera sans

2015, p. 18-19.

3270 E. DESMONS, « Droit de résistance et histoire des idées », *art. cit.*, p. 30.

3271 Pour reprendre la formule de P. ROSANVALLON (*La société des égaux, op. cit.*, p. 104).

3272 J. BENTHAM, *Sophismes parlementaires*, Paris, Pagnerre, 1840, p. 278-279.

3273 J. DE MAISTRE, *Du Pape*, t. 1, Lyon, Russand, 1819, p. 226-227.

doute que si quelque chose peut justifier la résistance, c'est un attentat sur la religion nationale³²⁷⁴ ». D'autres, comme Nicole Robinet de la Serve, placent le droit d'insurrection sous la sanction des lois divines pour insister sur sa légitimité dès lors que le peuple est soumis à un tyran³²⁷⁵. La logique est cependant bien éloignée de celle des Ultras puisque l'auteur a plutôt versé dans le carbonarisme. Dans cette première moitié de siècle, ce sont surtout les idées libérales qui sont mobilisées pour soutenir la reconnaissance du droit de résistance.

Il est vrai que si l'on se tourne du côté des républicains, on reconnaît une autre tendance qui, sans négliger les appels à la liberté, envisage aussi l'insurrection par référence à la souveraineté du peuple et comme un moyen d'instaurer l'égalité, qu'il s'agisse d'une égalité matérielle ou d'une égalité politique. Blanqui illustre bien cette tendance progressiste qui prendra de l'ampleur sous la monarchie de Juillet³²⁷⁶. Ces républicains se réfèrent souvent aux dispositions de la déclaration de 1793 qui sacralise le devoir d'insurrection, comme le fait par exemple Charles Teste. Dans la « Déclaration des principes fondamentaux de la société », placée en préambule de son *Projet de constitution républicaine*, il reformule en effet l'article 35 de la déclaration montagnarde et affirme que l'insurrection est « le plus indispensable et le plus sacré des devoirs³²⁷⁷ ».

Mais la reconnaissance d'un droit d'insurrection, conçu comme une manière légitime de renverser toutes institutions politiques et la législation afin de reformer une association sur des bases renouvelées, reste minoritaire. Rares sont ceux qui mettent en avant la dimension vraiment politique de l'insurrection. Lerminier le fait, mais c'est parce qu'il se situe avant tout sur le registre de la fatalité historique. « L'insurrection qui déchire la légalité quand elle est corrompue et perfide est dans l'histoire des peuples un accident terrible et nécessaire³²⁷⁸ », écrit-il. Il reconnaît ainsi que lorsque « la légalité est mauvaise [...] il y a souffrance, schisme, douleur, révolution³²⁷⁹ ». Un autre juriste déclare que « la plupart des nations modernes doivent leur existence à l'insurrection³²⁸⁰ », conscient de la dimension tout aussi créatrice que destructrice de l'insurrection. Celle-ci permet en effet, comme son étymologie l'indique, de *s'élever*, et, en

3274 *Ibid.*, t. 2, p. 645.

3275 Jean-Pierre-François NICOLE ROBINET DE LA SERVE, *De la royauté selon les lois divines révélées, les lois naturelles et la Charte constitutionnelle*, Paris Baudouin, 1819, p. 109.

3276 Pierre LÉVÊQUE, « La gauche et l'idée révolutionnaire au XIX^e siècle », in Jean-Jacques BECKER *et al.* (dir.), *Histoire des gauches en France*, Paris, La Découverte, 2005, p. 309. Sous la monarchie de Juillet, on voit encore apparaître divers catéchismes politiques républicains qui justifient le droit d'insurrection en mobilisant l'article 35 de la déclaration de 1793 qui faisait de l'insurrection un droit et un devoir (Jean-Charles BUTTIER, « Peut-on catéchiser la Révolution ? (1789-1848) », *Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française*, 2013/4, §37-38 [En ligne : <https://journals.openedition.org/lrf/898>, consulté le 24.08.2021]).

3277 C. TESTE, *Projet de Constitution républicaine*, *op. cit.*, p. 55.

3278 E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 81.

3279 *Ibid.*, p. 80-81.

3280 François-André ISAMBERT, *Tableau historique des progrès du droit public et du droit des gens, jusqu'au XIX^e siècle*, Paris, Brissot-Thivars, 1829, p lxxxix.

l'occurrence, de s'élever au-dessus de l'ordre établi pour y mettre fin et constituer ensuite une nouvelle association. Dans cette acception de l'insurrection, elle revient alors à affirmer ou réaffirmer la souveraineté de la nation et, plus précisément encore, son pouvoir constituant. Elle dépasse donc la seule lutte pour le respect du droit en vigueur. Belime admet également que l'insurrection implique une rupture dans l'ordre politique, même s'il se refuse à identifier l'insurrection à une forme d'abrogation de la législation. Plus précisément, il écrit que « l'insurrection est plutôt un moyen de changer la forme du gouvernement que d'abroger la loi », en soulignant toutefois que le « premier soin » du « nouveau pouvoir » devrait être « d'anéantir les lois qui avaient été la cause ou le prétexte de la révolte »³²⁸¹. Il y a une certaine ambiguïté puisqu'en affirmant que l'insurrection conduit à un changement dans la *forme* du gouvernement, il suggère que la Constitution antérieure est abrogée par le fait même de l'insurrection. Belime n'explicite cependant pas ce point. Lepage reconnaît que « lorsque l'insurrection est considérable », il n'est plus possible de se référer au « droit de cité »³²⁸². Mais cela signifie seulement que, dans le cadre de la guerre qui éclate alors, « le droit de cité ne sert plus de règle » et « les belligérants n'ont plus à suivre que le droit des gens »³²⁸³. Précisons par ailleurs que Lepage n'évoque nullement un *droit* d'insurrection, mais aborde seulement ces questions au titre d'un examen des « guerres civiles »³²⁸⁴ qui peuvent éclater, sans préjuger de la légitimité de leurs motifs. Certes, son approche contractualiste lui permet de reconnaître, pour celui qui ne trouverait pas de quoi assurer sa subsistance, le droit de reprendre « sa liberté primitive, pour se procurer comme il pourra ce que [les autres associés] lui refusent »³²⁸⁵. De même, il pose le droit, pour chacun, de rompre le contrat et donc de s'émanciper de son devoir d'obéissance aux lois. Seulement, l'individu délié de ses obligations quitte simplement l'association et ne peut donc plus lui opposer une résistance³²⁸⁶.

La plupart des auteurs refusent en fait de prêter leurs plumes à des idées qui pourraient justifier une nouvelle révolution, tout en cherchant à préserver une sorte de droit de résistance à certaines lois. C'est d'abord et surtout au nom d'une défense de la liberté en général ou des libertés inscrites dans la Charte que la plupart d'entre eux se positionnent. Même le chantre du libéralisme reste précautionneux dans l'affirmation du droit de résistance³²⁸⁷. Constant pose en effet le droit et le devoir de résister aux lois injustes. Pour juger que les lois sont injustes, il faut

3281 W. BELIME, *Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 491.

3282 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 335.

3283 *Ibid.*, p. 335.

3284 P. LEPAGE, « De la guerre civile », *Éléments de la science du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 324-342.

3285 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 94.

3286 *Ibid.*, t. 2, p. 303-305.

3287 S. GOYARD-FABRE, « L'idée de souveraineté du peuple et le "libéralisme pur" de Benjamin Constant », *art. cit.*, p. 319-320.

certaines qu'elles « restreignent nos libertés légitimes », mais encore qu'elles « nous commandent des actions contraires [aux] principes éternels de justice et de pitié »³²⁸⁸. On ne saurait donc résister à toutes les lois qui méconnaissent nos droits car « [n]ous devons au repos public beaucoup de sacrifices »³²⁸⁹. On comprend effectivement qu'il faille avancer avec précaution lorsqu'on justifie la désobéissance, car il n'est pas question de faire une nouvelle révolution chaque fois qu'une loi vient restreindre la liberté individuelle. En revanche, en envisageant la résistance uniquement comme un acte ponctuel contre une loi en particulier, Constant fait obstacle à la reconnaissance d'un véritable droit d'insurrection entendu comme le renversement complet de l'ordre établi. Il le dit d'ailleurs lui-même : il s'agit d'opposer une « force d'inertie » qui « n'entraîne ni bouleversement, ni révolution, ni désordre »³²⁹⁰.

Si l'on se tourne du côté des doctrinaires et des éclectiques, on trouve tout à la fois cet amour de la liberté qui les conduit à admettre le droit de résistance, et un amour de l'ordre qui leur fait craindre les secousses sociales. Ainsi, bien que Guizot admette en principe ce droit³²⁹¹, il juge négativement le « droit de résistance personnelle »³²⁹² qu'il croit voir à l'œuvre sous la féodalité. Il le juge en effet « terrible [et] insociable, puisqu'il en appelle à la force, à la guerre, ce qui est la destruction de la société même »³²⁹³. S'il doit toujours demeurer « au fond du cœur des hommes » comme un obstacle posé à la « servitude », le progrès doit le transformer en une « résistance légale » et « le rendre à jamais inactif et inutile »³²⁹⁴. Or, sous l'empire de la Charte constitutionnelle, la résistance légale est désormais possible par la médiation des représentants, qui peuvent par exemple refuser de voter l'impôt. Tel est d'ailleurs le mérite de la Révolution de Juillet, affirme-t-il à la Chambre des députés en 1842, que d'avoir « été saisie et accomplie par les pouvoirs constitutionnels ordinaires »³²⁹⁵, sans l'intervention d'un prétendu pouvoir constituant de la nation. S'il peut exister des occasions « où la société ait le droit et raison de se séparer de son gouvernement », Guizot juge que cette « grande vérité » mériterait aujourd'hui d'être tue car elle n'est plus « d'aucune application »³²⁹⁶. L'organisation constitutionnelle des pouvoirs, le régime représentatif, autrement dit les Chartes de 1814 et de 1830, rendent désormais inutile toute

3288 B. CONSTANT, « Principes de politique », *op. cit.*, p. 14.

3289 *Ibid.*, p. 14.

3290 *Ibid.*, p. 14.

3291 GUIZOT qualifie le droit de résistance de « droit primitif et définitif dont toutes les institutions libres, les plus hautes comme les moindres, les plus savantes comme les plus grossières, ne sont, au fait, que des conséquences et des métamorphoses » (*Essais sur l'histoire de France*, Paris, J. L. J. Brière, 1823, p. 441-442).

3292 F. GUIZOT, « 4^e leçon. - 9 mai 1828 », *Cours d'histoire moderne*, Paris, Pichon et Didier, 1828, p. 32 (la numérotation des pages recommence à chaque leçon)

3293 *Ibid.*, p. 32.

3294 *Ibid.*, p. 31-32.

3295 *Le Moniteur Universel*, n° 231, 19 août 1842, p. 1811.

3296 *Ibid.*, p. 1811.

insurrection populaire. Ne reste alors qu'une résistance légale exercée par les représentants de la nation (et surtout de la raison). Il n'est plus question d'envisager cette résistance comme un moment politique fondamental où les cartes seraient rebattues.

Victor Cousin rejoint plus ou moins les idées de Guizot, le philosophe étant toutefois plus enclin à reconnaître la légitimité du droit d'insurrection. Certes, nous l'avons également vu s'émouvoir à l'idée que les individus puissent faire primer leur propre conservation sur le respect de leurs devoirs et s'émanciper du contrat social³²⁹⁷. C'est ce qu'il affirme en effet dans le cadre d'une dénonciation des doctrines de l'intérêt et des théories contractualistes, qu'il rattache plus ou moins à la philosophie de la sensation, accusée d'avoir « puissamment contribué aux dérives de la Révolution³²⁹⁸ ». Pourtant, dans son *Cours d'histoire de la philosophie morale*, il reconnaît que tout individu a le devoir de défendre ses droits naturels. De ce devoir découle alors le droit d'insurrection, c'est-à-dire « le droit de résister à quiconque essaye de [...] lui ravir [ses droits naturels], que ce soit un citoyen ou que ce soit le gouvernement³²⁹⁹ ». Et Cousin de citer en exemple « le droit de sûreté personnelle, le droit de libre pensée et de libre action dans une certaine mesure³³⁰⁰ ». La conservation de l'individu, à travers le *droit de sûreté personnelle*, semble donc malgré tout compter au nombre des droits permettant de légitimer la résistance. Le *jusnaturalisme* de Cousin lui permet ainsi d'asseoir sa justification du droit de résistance à l'oppression. Cousin refuse en revanche toute référence à la souveraineté du peuple dans le cadre de la justification du droit d'insurrection, préférant le fonder sur la souveraineté de l'individu et plus encore sur la souveraineté de la raison. Certes, si l'individu a ce droit, la société tout entière en jouit également, affirme-t-il³³⁰¹. Mais ce n'est pas un droit politique car tous les individus ne sont pas titulaires de tels droits, et la nation dans son ensemble ne l'est pas plus³³⁰². Il s'agit seulement de défendre les libertés individuelles. D'autres préfèrent alors parler de légitime défense pour insister sur la dimension individuelle et non politique de la résistance, à l'instar de Laferrière. Celui-ci refuse certes d'identifier droit de résistance et légitime défense, toutefois la manière dont il conçoit cette dernière les rapproche malgré tout. Il écrit en effet que la légitime défense protège avant tout « la sûreté, la liberté individuelle », mais que, « dans certains cas

3297 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, I, A, 2.

3298 T. POUTHIER, *Au fondement des droits*, *op. cit.*, p. 99.

3299 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 545.

3300 *Ibid.*, p. 545.

3301 *Ibid.*, p. 545.

3302 Victor COUSIN précise en effet, lorsqu'il aborde l'opinion de FERGUSON sur l'insurrection, que « [c]haque citoyen n'est pas appelé à participer au pouvoir, par cela seul qu'il est homme ; ce qui lui confère ce droit, c'est sa capacité politique, qui varie selon les lieux, les temps et les circonstances. De même le peuple tout entier n'a pas droit au pouvoir politique comme peuple, c'est-à-dire comme majorité [...] la souveraineté du peuple, entendue comme le droit naturel, absolu et universel pour chacun de participer soit à l'exercice soit à l'organisation du pouvoir, n'est qu'un principe faux et inapplicable » (*Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 545).

extraordinaires [elle] peut s'appliquer à la sûreté, à la liberté publique »³³⁰³. Cela revient donc à dépolitiser largement ce droit.

Par ailleurs, dans le contexte particulier des deux Chartes de 1814 et 1830, qui consacrent, d'après Cousin, les droits naturels révélés par la raison, l'insurrection consiste seulement à rappeler le gouvernement au respect du texte, comme ce fut le cas en Juillet 1830³³⁰⁴. Le philosophe considère en effet que la Charte doit être « au-dessus de tous les pouvoirs humains³³⁰⁵ ». Cela exclut par conséquent toute possibilité d'une insurrection ayant pour finalité de renverser le régime constitutionnel mis en place par ce texte. Sur le plan théorique, le droit naturel pourrait être mobilisé pour justifier les révoltes contre les lois positives qui le méconnaîtraient. Mais dans le contexte des monarchies constitutionnelles, il apparaît essentiellement comme une façon de soutenir la Charte. Le cours dans le cadre duquel le professeur de philosophie développe son opinion sur le droit d'insurrection est pourtant jugé dangereux par le gouvernement qui n'entend pas se faire rappeler à ses obligations. Il constitue « un foyer d'agitation libérale » et c'est pourquoi il est suspendu après l'assassinat du duc de Berry, dans le cadre de la réaction antilibérale qui s'ensuit³³⁰⁶.

Il faut dire qu'en 1820, le gouvernement n'est pas épargné par l'opposition libérale³³⁰⁷. En effet, certains n'hésitent pas à suggérer que la résistance est devenue nécessaire, parce qu'« il y a en ce moment oppression formelle par les ministres³³⁰⁸ ». C'est ce qu'affirme l'auteur anonyme des *Aperçus historiques* – brochure publiée en remplacement de la *Bibliothèque historique* alors poursuivie devant les assises pour un article sur le « despotisme ministériel »³³⁰⁹ – qui appelle à légiférer sur l'exercice du droit de résistance à l'oppression. Considérant que ce droit « est gravé dans le cœur de tous les hommes³³¹⁰ », l'auteur entend surtout se référer aux dispositions de la Charte qui, d'une part auraient été violées par les ministres³³¹¹ et, d'autre part, reconnaîtraient

3303 F. LAFERRIÈRE, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 4^e éd., Paris, Cotillon, 1854, p. 57.

3304 V. COUSIN, *Des principes de la révolution française*, *op. cit.*, p. xliv. Envisageant ensuite la Révolution de 1848, COUSIN cherche à l'expliquer par des considérations analogues. Bien que le refus de procéder à la réforme électorale ne soit pas une violation de la Charte, le philosophe affirme que la position conservatrice du roi « sans violer aucun article de la charte, l'écludait tout entière, et supprimait le gouvernement représentatif » (*ibid.*, p. xliv). Quelques pages plus loin, il revient toutefois sur les causes plus concrètes de la révolution de février et accuse encore « les fautes déplorables de deux dernières années du gouvernement de juillet » (*ibid.*, p. lxviii).

3305 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 449.

3306 P. VERMEREN, « Les vacances de Cousin en Allemagne : La raison du philosophe et la raison d'État, *Raison présente*, n° 63, 1982, p. 83-85.

3307 P. LÉVÊQUE, « La gauche et l'idée révolutionnaire au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 301.

3308 *Aperçus historiques*, 19 avril 1820, p. 20.

3309 A. CRÉMIEUX, *La censure en 1820 et 1821*, *op. cit.*, p. 29-31.

3310 *Aperçus historiques*, 19 avril 1820, p. 22.

3311 L'idée que le gouvernement ou les lois violent la Charte est souvent agitée à cette époque. Paul THUREAU-DANGIN signale en effet que dans les années 1820, « comme pour imaginer un fondement juridique aux

implicitement le droit de résistance des citoyens. En effet, son dépôt n'est-il pas « confié à la fidélité et au courage [...] de tous les citoyens³³¹² » ? Par conséquent, dès lors que les autorités publiques violent les articles de la Charte, les citoyens se doivent d'y résister. Comme pour la *Bibliothèque historique*, les auteurs des *Aperçus historiques* seront traduits devant la cour d'assises pour propos séditieux³³¹³, dans le cadre de la campagne menée par le gouvernement contre l'ensemble de la presse libérale. À la veille de la Révolution de Juillet, les journaux reprennent alors cet appel à la résistance contre les ordonnances illégales de Charles X³³¹⁴. Cette fois, l'initiative est couronnée de succès. Mais on est alors plus proche d'une résistance que d'une insurrection.

En effet, même si la distinction n'est pas toujours faite, certains auteurs différencient la résistance et l'insurrection. C'est ce qui se révèle chez de Maistre, Constant ou encore Guizot³³¹⁵. Sous la monarchie de Juillet, le juriste Joseph Pierre Chassan explicite cette distinction. L'insurrection « n'est qu'une voie de fait dénuée de toute moralité juridique », « une agression (*sic*) brutale contre un pouvoir, coupable peut-être, mais qui n'a point franchi ses limites constitutionnelles »³³¹⁶. En revanche, « [l]a résistance est un fait légitime, provoqué par un acte de violence [...] destructif de la loi fondamentale du pays³³¹⁷ ». Selon lui, seule cette dernière est légitime car elle vise à forcer le gouvernement à rentrer dans la légalité. Elle est conservatrice, alors que l'insurrection cherche le « renversement » et la « destruction » de l'ordre établi³³¹⁸. Théodore Fabas, avocat et collaborateur de la *Revue encyclopédique* affirme de même, en 1833, que « la résistance peut-être légitime, et l'insurrection, c'est-à-dire l'attaque à l'ordre politique tout entier, ne pas l'être³³¹⁹ ».

Enfin, il n'est pas rare que la reconnaissance du droit de résistance s'accompagne d'un refus de toute consécration positive. Depuis 1795, l'idée d'inscrire le droit de résistance à l'oppression dans la Constitution est généralement repoussée. Comme l'expliquait Daunou, la

menées insurrectionnelles, orateurs et écrivains de la gauche affirment à l'envie, avec une concordance qui révèle le mot d'ordre, que les lois nouvelles sont une violation flagrante de la Charte, une rupture du contrat constitutionnel, et ils en concluent, plus ou moins ouvertement, que le recours est ouvert aux armes non légales » (*Le parti libéral sous la Restauration*, *op. cit.*, p. 108).

3312 Loi du 15 mars 1815, citée dans *Aperçus historiques*, 19 avril 1820, p. 22. Une formule similaire est inscrite à l'article 75 de la Charte de 1814.

3313 A. CRÉMIEUX, *La censure en 1820 et 1821*, *op. cit.*, p. 31.

3314 P. LÉVÊQUE, « La gauche et l'idée révolutionnaire au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 302.

3315 C'est ce que révèle l'affirmation d'après laquelle « [a]ujourd'hui et parmi nous, [...] la résistance se transforme soudain en insurrection et l'insurrection en révolution. Tout orage devient déluge » (F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, t. 2, Paris, Michel Lévy Frères, 1859, p. 4).

3316 Joseph Pierre CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, Paris, Videcoq, 1837, p. 208.

3317 *Ibid.*, p. 208.

3318 *Ibid.*, p. 208-209.

3319 Théodore FABAS, « Politique du droit d'association », *Revue encyclopédique*, t. 60, Paris, Au bureau de la Revue encyclopédique, octobre-décembre 1833, p. 181.

Commission des onze chargée de rédiger la Constitution de 1795 a écarté ce droit, car il paraît « présenter trop de dangers et ouvrir la porte à trop d'abus³³²⁰ ». Il serait « immoral, impolitique et excessivement dangereux d'établir dans une constitution, un principe de désorganisation aussi funeste que celui qui provoque l'insurrection contre les actes du gouvernement³³²¹ », affirmait quant à lui Boissy d'Anglas. C'est seulement dans le cœur des hommes, comme le pense Guizot, que ce droit mérite d'être conservé. Cousin reconnaît ainsi à Ferguson le mérite d'avoir montré que ce droit, « encore qu'il soit légitime dans quelques cas extrêmes, n'est pas un principe qui puisse entrer dans une constitution [...] mais seulement un droit fatal et d'exception³³²² ». Belime³³²³ ou Laferrière partagent également ce point de vue. Le premier écrit qu'on ne peut pas le « faire entrer dans les systèmes »³³²⁴. Laferrière est légèrement plus ouvert puisque, tout en refusant d'inscrire le droit de résistance dans une déclaration de droits, il ajoute que la légitime défense pourrait « y figurer sans blesser l'ordre social³³²⁵ ».

Nous verrons que si Rey admet bien que le droit de résistance à l'oppression ou d'insurrection a une dimension « *extra-sociale*³³²⁶ », il le compte néanmoins au nombre des principes sociaux et juge nécessaire de l'inscrire au cœur de toute déclaration de droits.

B/ L'AFFIRMATION REYIENNE DU DROIT ET DU DEVOIR DE RÉSISTANCE À L'OPPRESSION ET D'INSURRECTION

Dans le cours de notre étude, nous avons déjà évoqué à diverses reprises la théorie reyenienne du droit d'insurrection ou de résistance à l'oppression – expressions qui, sous sa plume, se présentent comme des synonymes. Le moment est enfin venu d'entrer dans le détail des idées

3320 Pierre DAUNOU, cité par Sophie WAHNICH, « Résistance à l'oppression et devoir d'insurrection », in Jean-Claude ZANCARINI (dir.), *Le droit de résistance, XII^e-XX^e siècle*, Fontenay-aux-Roses, ENS Éditions, 1999, p. 249.

3321 François-Antoine DE BOISSY D'ANGLAS, cité par S. WAHNICH, « Résistance à l'oppression et devoir d'insurrection », *op. cit.*, p. 248.

3322 V. COUSIN, *Œuvres*, t. 2, *op. cit.*, p. 544.

3323 Commentant l'opinion de REY, qui souhaite faire inscrire le droit d'insurrection dans la déclaration de droits, en tant que mode d'abrogation des lois, BELIME prévient qu'il est « loin de partager son avis » (*Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 490).

3324 W. BELIME, *Philosophie du droit*, t. 1, *op. cit.*, p. 491.

3325 « La déclaration de 1789 au lieu d'employer les mots de *légitime défense* met au nombre des droits naturels la *résistance à l'oppression*, formule dangereuse [...]. L'oppression publique est un fait qui peut engendrer son contraire, la résistance publique. Mais ces faits, qui s'accomplissent en dehors de l'état normal des sociétés, ne doivent pas être inscrits dans une déclaration de droits. Ce qui peut y figurer sans blesser l'ordre social, ce qui est un principe de tous les temps, c'est LE DROIT DE LÉGITIME DÉFENSE » (F. LAFERRIÈRE, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 4^e éd., Paris, Cotillon, 1854, p. 57).

3326 *Préliminaires* p. 67 ; JGLJ, t. 1, p. 409 ; TPGD, p. 344.

développées par Rey à ce sujet. Dans les *Préliminaires* comme dans les *Leçons*, le juriste se borne à énoncer les fondements de ce droit et à justifier son inscription dans la législation positive. Dans le *Traité* en revanche, les développements sont plus étendus et l'insurrection est présentée tout à la fois comme un droit et comme un devoir, mais aussi comme un mode d'abrogation tacite de l'ensemble des lois.

On retrouve toujours le même socle venant justifier ce droit. Le droit de résistance repose d'abord sur un fondement (quasi-)juridique, puisqu'il résulte de la rupture du pacte social et de la violation des droits fondamentaux de l'individu (1). Or, puisque les droits et les devoirs de l'homme en société sont pensés sous la forme d'une réciprocité, Rey va alors avancer sur le terrain du devoir d'insurrection. À la suite des Jacobins, il présente en effet le devoir social de résistance comme corrélat indispensable du droit (2). Justifié théoriquement par des arguments de nature juridique, le droit d'insurrection déborde toutefois ce registre juridique. La résistance de l'être humain contre ce qui est source de souffrance est une nécessité imposée par sa nature même. L'histoire vient d'ailleurs témoigner du caractère nécessaire des actes de résistance indépendamment de toute théorie juridique. Rey prend alors soin de faire remarquer que l'insurrection ne devient inévitable qu'en raison des fautes commises par un gouvernement qui, s'il avait agi dans l'intérêt du peuple, aurait pu maintenir la stabilité (3).

1. Le fondement (quasi-)juridique du droit de résistance : rupture du pacte social et violation des droits fondamentaux

Les premiers germes de la théorie reyienne du droit d'insurrection apparaissent à l'occasion d'une réflexion sur les limites, ou plutôt sur les conditions mêmes, de la souveraineté nationale³³²⁷. En abordant le point de vue de Rousseau et de Constant, Joseph Rey soulève en effet la question de savoir « s'il est dans la nature de la société humaine de pouvoir être [...] dissoute pour cause de violation de ses conditions fondamentales³³²⁸ ». En 1828, il précise alors que cette question « rentre parfaitement dans l'examen des limites de l'empire de la loi³³²⁹ ». Le juriste répond ensuite franchement par l'affirmative, à la différence de Constant. En effet, ce dernier ne reconnaît pas de véritable dissolution de la société. Pour lui, la résistance à l'oppression est légitime certes, mais il s'agit avant tout d'une résistance ponctuelle et individuelle

3327 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, C.

3328 *Préliminaires* p. 67 ; *JGLJ*, t. 1, p. 409 ; *TPGD*, p. 344-345.

3329 *TPGD*, p. 345.

contre les lois jugées injustes et auxquelles il convient de désobéir³³³⁰. Pour Rey au contraire, la société étant soudée par un quasi-contrat social, la violation de celui-ci peut entraîner la dissolution de celle-là. La « rupture du pacte » est en effet rendue « nécessaire par la violation de ses conditions fondamentales de la part du plus grand nombre des associés envers le petit nombre³³³¹ ». Il y a, ajoute-t-il dans son *Traité*, « rupture du contrat social à l'égard de tout individu dont on violerait les droits fondamentaux³³³² ». Le juriste part ainsi de l'hypothèse d'une majorité opprimant une minorité, mais c'est parce que le cadre de la discussion avec Rousseau et Constant l'impose. Néanmoins, la question de l'insurrection dépasse cette hypothèse, pour concerner de façon plus générale toute forme de résistance contre les actes du pouvoir législatif. Rey affirme alors que la violation du quasi-contrat social entraîne une rupture des liens de société, qui libère les individus de leurs obligations, c'est-à-dire de leur devoir d'obéissance à la loi, légitimant ainsi leur résistance. Pour le dire dans les termes de l'abrogation des lois, la violation du quasi-contrat social a pour effet d'abroger l'intégralité de la législation à l'égard de cet individu. Tel est le premier fondement du droit d'insurrection. Par certains aspects, ce fondement (quasi-)juridique présente des analogies avec les justifications *jusnaturalistes* de la résistance à l'oppression telles qu'on les trouve chez Cousin par exemple, notamment lorsque Rey évoque la violation des droits fondamentaux des individus. Mais ses conclusions dépassent celles de Cousin, puisqu'il estime que c'est l'ensemble de la législation qui est abrogée à l'égard de l'individu lésé. Qui plus est, en présentant la violation de ces droits comme une cause de rupture des liens de société, Rey ne s'arrête pas à la simple question de l'atteinte à l'individu. Cette méconnaissance des droits, c'est-à-dire des intérêts élémentaires de l'individu, fragilise les liens de société. Lorsque l'intérêt qui est méconnu est « moindre que celui de l'existence », il n'est pas toujours opportun de résister, admet Joseph Rey. Dans cette hypothèse, il convient, « pour savoir si l'on doit résister, [...] de consulter les règles de la prudence [et la justice générale] »³³³³. Mais lorsque l'existence même est en jeu, le lien de société est tout simplement détruit. C'est pourquoi le juriste qualifie le droit d'insurrection de « règle *anti-sociale*, ou plus exactement *extra-sociale*³³³⁴ ». Le moment de l'insurrection apparaît alors comme une sorte d'état de nature³³³⁵, dans le sens où

3330 B. CONSTANT, « Principes de politique », *op. cit.*, p. 14 ; voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, II, A.

3331 *Préliminaires* p. 66 ; *JGLJ*, t. 1, p. 409 ; *TPGD*, p.344 .

3332 *TPGD*, p. 345.

3333 *Préliminaires*, p. 68 ; le passage entre crochets est ajouté dans *JGLJ*, t. 1, p. 410 et *TPGD*, p. 345.

3334 *Préliminaires* p. 67 ; *JGLJ*, t. 1, p. 409 ; *TPGD*, p. 344.

3335 L'idée est suggérée par Hannah ARENDT qui analyse les révolutions de l'époque moderne comme « les seuls événements politiques qui nous confrontent directement, inéluctablement, au problème du commencement » (*De la Révolution*, *op. cit.*, p. 27). Elle distingue néanmoins révolutions et insurrections, les premières « sont bien plus que des insurrections réussies », car elles expriment un « pathos de la nouveauté », et d'une nouveauté qui « est reliée à l'idée de liberté » (*ibid.*, p. 48).

le lien juridique qui soude la société est rompu jusqu'à ce qu'un « nouvel acte d'association³³³⁶ » soit élaboré.

C'est en effet une des suites logiques que l'on peut attendre des théories du contrat social. Certains jugent pourtant que les doctrines contractualistes fondent, au contraire, un devoir d'obéissance absolue. Frédéric Gros affirme ainsi que l'obéissance est le « [d]ogme majeur, unique, sacro-saint du contrat-social », car le « consentement initial » a pour effet « de verrouiller l'obéissance, en rendant la désobéissance impossible, illégitime³³³⁷ ». On trouve certes cette idée de soumission complète et entière à la loi ou au souverain dans certains passages de Rousseau ou de Hobbes. Mais même s'ils n'affirment pas franchement un droit d'insurrection, nous avons déjà vu que l'un comme l'autre posent certaines limites et/ou conditions au pouvoir social³³³⁸. De là peut alors facilement se déduire le droit, ou du moins la légitimité, d'une résistance ou d'une désobéissance à la loi. C'est d'ailleurs ce que remarque l'un des rédacteurs du *Mémorial catholique*, attribuant à Rousseau la responsabilité de la Révolution française. Selon lui, le *Contrat social* de Rousseau impliquerait même la reconnaissance d'un devoir d'insurrection. Il écrit en effet que « [l]e principe révolutionnaire que *l'insurrection est le plus saint des devoirs*, n'est qu'une traduction énergique et concise de ce passage du *Contrat social*, liv. I, chap. 1 : "L'homme est né libre, et partout il est dans les fers. Tant qu'un peuple est contraint d'obéir et qu'il obéit, il fait bien ; sitôt qu'il peut secouer le joug et qu'il le secoue, il fait mieux"³³³⁹ ». En outre, Locke reconnaît également une série de causes entraînant la dissolution du gouvernement et justifie ainsi le droit de résistance à l'oppression dans le dernier chapitre de son *Second traité du gouvernement civil*. La dissolution du gouvernement a notamment lieu lorsque « le *pouvoir législatif*, ou le Prince, agit d'une manière contraire à la confiance qu'on avoit prise en lui, et au pouvoir qu'on lui avoit commis³³⁴⁰ ». Dans cette hypothèse, la fin du contrat social n'est plus remplie et les législateurs « se mettent dans l'*état de guerre* avec le peuple, qui dès lors est absous et exempt de toute sorte d'obéissance à leur égard³³⁴¹ ». Il n'y a alors plus aucune loi qui vaille et « *tout autre droit cesse, hors le droit de se défendre et de résister à un agresseur*³³⁴² ». C'est le retour à l'état de nature, retour virtuellement possible dans toute théorie du contrat social.

Rey affirme justement que le droit d'insurrection est une « règle *anti-sociale*, ou plus exactement *extra-sociale*, puisque dans cette position chaque citoyen devient indépendant, sans

3336 *Préliminaires*, p. 67 ; JGLJ, t. 1, p. 409.

3337 F. GROS, *Désobéir*, op. cit., p. 151.

3338 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 3, III, C.

3339 Anonyme, « De la propagation des livres irrégieux depuis la Restauration », art. cit., p. 278.

3340 J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, Paris, Desvieux, an 3, p. 426.

3341 *Ibid.*, p. 428.

3342 *Ibid.*, p. 452.

cependant exclure, et souvent même pour perfectionner le retour à une nouvelle association³³⁴³ ». Le caractère *extra-social* de cette règle est ainsi tempéré par la finalité de l'insurrection qui est de reformer une nouvelle association. C'est la même chose que lorsqu'il développe les principes du droit. En effet, après avoir affirmé que, si individu ne peut assurer sa conservation sans porter atteinte à autrui, il a le droit et le devoir de sacrifier les intérêts de son semblable, Rey ajoute « qu'en pareil cas le lien de la société doit se rompre nécessairement³³⁴⁴ ». Mais c'est pour réintégrer immédiatement ce droit dans les principes de la société, qui ne peut « vouloir qu'aucun [de ses membres] puisse trouver dans cet état même un obstacle insurmontable à la satisfaction de ses premiers besoins³³⁴⁵ ». On retrouve cette même ambivalence lorsqu'il est question de la résistance à l'oppression, qui apparaît à la fois extra-sociale et éminemment sociale. Sociale puisqu'il s'agit de reformer une nouvelle association à l'issue du mouvement insurrectionnel, mais aussi parce que Rey considère que « toute déclaration des droits contient une lacune évidente et essentielle, si elle ne renferme l'énoncé du *droit d'insurrection*³³⁴⁶ ». Par ailleurs, il rattache ce droit à celui de légitime défense, qui n'en est, selon lui, qu'une application³³⁴⁷. Or, la légitime défense est bien admise devant les tribunaux sans qu'il ne s'agisse d'une règle *anti* ou *extra* sociale. Certes, l'argumentaire du droit de résistance est toujours refusé par la Cour de cassation, bien que certaines juridictions aient pu l'admettre³³⁴⁸. Quoi qu'il en soit, dans la théorie de Rey, tous ces droits ne sont qu'une conséquence du droit de conservation de l'individu, même si l'insurrection populaire a une portée qui n'est pas seulement individuelle. En outre, le juriste propose encore de faire de la résistance un devoir social.

2. Le devoir social de résistance : corrélat indispensable du droit

Dans la théorie reyienne, droit et devoir sont toujours conçus comme deux notions inséparables, même si les liens qu'ils entretiennent sont présentés différemment selon les publications. Pour nous en tenir essentiellement aux développements du *Traité*, car c'est là seulement que Rey envisage l'insurrection au titre des devoirs sociaux, le juriste affirme d'abord

3343 TPGD, p. 344.

3344 *Preliminaires*, p. 98 ; JGLJ, t. 2, p. 21 ; TPGD, p. 210.

3345 *Preliminaires*, p. 98 ; JGLJ, t. 2, p. 21 ; TPGD, p. 210.

3346 TPGD, p. 351.

3347 « L'absolution de celui qui commet un homicide dans le cas d'une *légitime défense* [...] est une véritable application du droit de résistance, du *droit d'insurrection* contre une oppression illégitime » (TPGD, p. 346 ; propos similaires dans *Preliminaires*, p. 68 et JGLJ, t. 1, p. 410).

3348 E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 92.

que, du devoir d'assurer la satisfaction de ses besoins élémentaires découle le droit pour l'individu de faire, et même d'exiger, le nécessaire pour y satisfaire³³⁴⁹. Il ajoute que dans le cadre du lien de société, « l'infériorité des moyens, et surtout leur absence totale, ou autrement la *faiblesse*, est la source de tout *droit*, tandis que la suffisance des moyens et surtout leur excédant, ou la *force*, est la source de tout *devoir* envers les autres³³⁵⁰ ». Lorsqu'il en vient à développer les principes de la résistance à l'oppression dans le cadre de ses réflexions sur l'abrogation des lois, Joseph Rey rappelle alors que « l'idée de tout *droit* [est] inséparable de celle du *devoir* de le seconder³³⁵¹ ». Par conséquent, dès lors que les droits fondamentaux d'un individu sont méconnus, ses semblables ont le devoir d'assister ce dernier dans la résistance qu'il pourrait opposer aux lois qui violent ses droits. Rey affirme en effet que « toute personne qui a cette puissance », c'est-à-dire la puissance de seconder celui qui use de son droit de résistance, « est dans *l'obligation, dans le devoir* de le faire »³³⁵².

C'est la logique qui était celle des rédacteurs de la déclaration de 1793, qui faisait également de l'insurrection un droit et un devoir. L'article 34 posait l'idée d'une solidarité face à l'oppression, en affirmant qu'« [i]l y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé », et « oppression contre chaque membre lorsque le corps social est opprimé ». La résistance ou l'insurrection individuelle peut donc être légitime, mais il faut bien reconnaître que ses chances de succès sont pratiquement illusoires. Avancer sur le terrain d'un devoir d'assistance vient alors compléter et transformer cette théorie de la résistance individuelle : en raison de la corrélation des droits et des devoirs de l'homme en société, toute oppression individuelle fait naître un devoir de résistance collective. Certes, on se situe toujours sur un registre théorique et abstrait, sans savoir comment donner à ces idées une réalité matérielle. Quel mécanisme mettre en œuvre pour assister l'individu lésé dans sa révolte contre les lois ? Comment juger de la légitimité de sa résistance sans s'en remettre au pouvoir de la majorité ? Il faut en effet pouvoir passer de la théorie à la pratique, penser les conditions de l'action réelle³³⁵³. Locke s'est également trouvé face à cette sorte d'aporie. Selon lui, chacun peut « *juger pour soi-même* [...] et décider si un autre homme s'est mis dans l'*état de guerre* avec lui³³⁵⁴ ». Dans le cadre d'un différend entre un ou plusieurs individus et le Prince, ajoute-t-il, c'est au « *corps du peuple* » qu'il revient de juger de la légitimité de la cause³³⁵⁵. Mais comment un individu

3349 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, III.

3350 TPGD, p. 215.

3351 *Ibid.*, p. 349.

3352 *Ibid.*, p. 349.

3353 Voir *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, III, C, 1.

3354 J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 478.

3355 Et LOCKE laisse entendre que si le Prince refuse la solution donnée par le peuple, il faut s'en remettre au Ciel (*Second traité du gouvernement civil*, *op. cit.*, p. 479).

isolé pourrait-il consulter le corps du peuple ? Comme le remarque Eric Desmons, Locke aboutit finalement à considérer que « le droit de résistance n'autorise pas l'action violente individuelle. C'est le peuple seul, comme corps public, qui possède le droit de juger les gouvernants³³⁵⁶ ». Cela condamne par conséquent toute résistance qui ne serait pas collective.

Au fil de ses développements sur le droit d'insurrection, Rey perd d'ailleurs de vue le point de départ qui était le sien, celui d'une résistance individuelle (ou celle d'une minorité) contre les lois au nom de la préservation des droits fondamentaux. Si la reconnaissance d'un *devoir* d'insurrection, entendu comme le devoir de seconder ceux qui exerceraient leur *droit* règle théoriquement la difficulté, elle n'est pas pour autant en mesure d'assurer réellement le succès d'une résistance individuelle. Qui plus est, le juriste sait que l'affirmation d'un devoir d'insurrection risque de compliquer la réception de ses idées.

Il ne peut en effet ignorer qu'une telle perspective ne manquera pas de susciter les alarmes de ses contemporains, méfiants envers tout ce qui rappelle de près ou de loin les montagnards de 1793. Si l'inscription du droit d'insurrection dans la Constitution est rejetée depuis 1795³³⁵⁷, on imagine facilement que l'idée d'un devoir d'insurrection n'était pas faite pour recueillir les faveurs. C'est pourquoi Rey anticipe les critiques en mettant ceux qui se présentent comme les gardiens de l'ordre social face à leurs propres paradoxes. Selon lui, tout le monde s'accorde pour reconnaître qu'il faut assister « l'homme que l'on maltraite ou qu'on dépouille d'une partie de sa propriété³³⁵⁸ », sous entendu dans le cadre de rapports de particuliers à particuliers. Mais « lorsqu'une nation entière est dépouillée des garanties indispensables pour protéger la fortune, la vie, l'honneur, la liberté des citoyens », celui qui vient s'opposer à ces lois oppressives en « négligeant » même son « propre intérêt » est regardé comme un « dangereux », un « désorganisateur », un « ennemi de tout ordre social »³³⁵⁹ ! Cela n'est pas logique estime Rey. Il utilise ici le registre discursif de ses adversaires philosophiques, en évoquant la négligence de ses intérêts personnels, afin de bien faire sentir à ses lecteurs que le devoir d'insurrection est « la règle la plus éminemment *morale* et la plus éminemment *sociale*³³⁶⁰ ».

Par ailleurs, indépendamment même de toutes les justifications théoriques envisageables, lorsque les gouvernements se font oppresseurs, la résistance apparaît comme une nécessité dictée par les lois mêmes de la nature humaine. Dès lors, plus rien ne saurait y faire obstacle.

3356 E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, op. cit., p. 43.

3357 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, II, A.

3358 TPGD, p. 350.

3359 *Ibid.*, p. 350.

3360 *Ibid.*, p. 350.

3. La nécessité des faits de résistance ou la responsabilité du gouvernement

Après avoir expliqué le droit d'insurrection par référence au quasi-contrat social, Rey affirme que ce droit repose sur un second fondement qui, en réalité, entretient des liens étroits avec le premier, puisqu'il s'agit de « cette loi immuable de tout être sensible, qui le porte à fuir le mal et surtout la destruction³³⁶¹ ». Cette loi de la sensibilité est justement l'un des motifs permettant à Rey de proposer sa théorie du quasi-contrat social et d'en préciser les contours. Mais sortir du champ lexical juridique du quasi-contrat ou des droits et des devoirs dans le cadre de la légitime défense permet d'insister sur le caractère nécessaire des phénomènes insurrectionnels. Nous avons d'ailleurs vu qu'il n'est pas le seul à présenter l'insurrection comme un événement fatal contre lequel il serait vain de s'opposer³³⁶². Pour notre juriste, un tel constat devrait couper court à toute discussion :

« Celui qui ne peut éviter sa perte absolue sans opposer la force à la force, fait très-bien de résister. Ceci est un fait contre lequel il n'y a même pas à raisonner ; car cet individu ne fait qu'obéir à la loi irrésistible de la nature.³³⁶³ »

Certes, le registre de la loi n'est pas tout à fait absent, mais en un sens infra-juridique, qui renvoie surtout à la nécessité. Rey parle d'ailleurs de « la cruelle nécessité » qui « fait naître le droit d'insurrection »³³⁶⁴. Cette *cruelle nécessité* n'est toutefois pas entièrement identifiable à une fatalité puisque les gouvernants ont entre leurs mains les moyens de prévenir les insurrections. Ce n'est que lorsqu'ils agissent contrairement à l'intérêt général que les révoltes populaires deviennent absolument inévitables. Si les insurrections sont rendues nécessaires lorsque le désespoir des peuples atteint son apogée, Rey considère en effet qu'il est fort aisé de les prévenir grâce à une bonne organisation sociale et politique. Il suffit de « corriger le vice d'organisation qui fait dominer les intérêts particuliers aux dépens de l'intérêt général³³⁶⁵ ». « Sous un gouvernement protecteur des droits de tous, écrit-il encore, un mouvement populaire me semble *absolument impossible* ; un tel état de choses ne fournit pas même un prétexte à l'esprit de turbulence ou d'ambition³³⁶⁶ ». Par ailleurs, si l'on craint malgré tout le mécontentement des citoyens, il est toujours possible d'éviter qu'il ne se transforme en insurrection, par le simple fait de donner aux

3361 *Préliminaires*, p. 67 ; *JGLJ*, t. 1, p. 409-410 ; *TPGD*, p. 345. Ce n'est que dans le *Traité des principes généraux du droit* que REY distingue les deux fondements.

3362 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, III, A.

3363 *Préliminaires*, p. 67 ; *JGLJ*, t. 1, p. 410 ; *TPGD*, p. 345.

3364 *TPGD*, p. 350.

3365 *Ibid.*, p. 348.

3366 *Préliminaires*, p. 69 ; *JGLJ*, t. 1, p. 411 ; *TPGD*, p. 347.

individus des moyens de « résistance *légale* contre l'injustice ou l'arbitraire³³⁶⁷ ». Par conséquent, puisqu'il est aisé de prévenir toute résistance violente, Rey juge que c'est « bien à tort qu'on s'est fait un épouvantail de l'article [...] qui porte en substance que lorsque les agents de l'autorité violent tous les droits, et que lorsqu'il n'y a plus de moyens de résistance légale, "l'insurrection est le plus saint des devoirs"³³⁶⁸ ».

Le juriste avance encore que l'histoire politique récente montre que « les puissances de l'Europe ont sanctionné par le fait la doctrine de l'insurrection *politique*³³⁶⁹ ». Et Rey d'évoquer, entre autres, leur « soulèvement contre le gouvernement impérial³³⁷⁰ ». Autrement dit, la Restauration n'a été rendue possible qu'au moyen d'une insurrection contre l'oppression de l'Empire, ce qui devrait inciter les gouvernants à tempérer leurs préventions contre la reconnaissance de ce droit. Il mobilise alors des exemples historiques anciens ou contemporains pour rassurer ses lecteurs sur le risque d'insurrection, et pour mettre en avant la responsabilité des gouvernements oppressifs dans le surgissement des violences insurrectionnelles. Les hommes ne deviennent « irritables » que « par une longue suite d'oppression »³³⁷¹, affirme-t-il. On retrouve ici la pensée de d'Holbach qui considérait que « les révoltes des peuples sont toujours des effets de l'oppression et de la tyrannie³³⁷² ». Même avis chez Nicole Robinet de la Serve, qui estime qu'un gouvernement sage n'a rien à craindre, mais qu'« il devient le véritable provocateur de l'insurrection, et la rend nécessaire et légitime » dès lors qu'il se fait liberticide³³⁷³. Loin de considérer les révoltes populaires comme des emportements soudains et irréfléchis des masses, Rey remarque plutôt que « [l]es peuples les plus irritables [qui d'ailleurs ne le sont jamais devenus que par une longue suite d'oppression] veulent ordinairement plus que des prétextes pour en venir à la révolte ouverte³³⁷⁴ ». Même lorsqu'ils ont de bonnes raisons de se révolter, ils restent encore souvent sur la réserve. « La vraie question, écrira le psychiatre Wilhelm Reich un siècle plus tard, n'est pas de savoir pourquoi les gens se révoltent, mais pourquoi ils ne se révoltent pas³³⁷⁵ ». Lorsqu'il revient sur les événements politiques du règne de Charles X, Joseph Rey remarque ainsi que « les peuples, loin d'avoir un besoin incessant de troubles, ne sont que trop prompts à se fier aux fausses promesses de ceux qui les gouvernent³³⁷⁶ ». Si l'insurrection finit par éclater, il faut donc reconnaître que les gouvernants l'ont bien cherché.

3367 TPGD, p. 351.

3368 *Ibid.*, p. 351-352.

3369 *Ibid.*, p. 346.

3370 *Ibid.*, p. 346.

3371 *Préliminaires*, p. 69 ; JGLJ, t. 1, p. 411 ; TPGD, p. 347.

3372 P.-T. D'HOLBACH, cité par J. ISRAËL, *Une révolution des esprits*, *op. cit.*, p. 92.

3373 J.-P.-F. NICOLE ROBINET DE LA SERVE, *De la royauté selon les lois divines révélées*, *op. cit.*, p. 116.

3374 *Préliminaires*, p. 69 ; JGLJ, t. 1, p. 411 ; le passage entre crochets est ajouté dans TPGD, p. 347.

3375 Wilhelm REICH, cité par F. GROS, *Désobéir*, *op. cit.*, p. 9.

3376 MSR, t. 2, p. 42.

Prenant l'exemple des insurrections plébéiennes de la République romaine antique, Rey remarque d'abord que la Plèbe se contenta longtemps de se retirer sur le mont Aventin avant que ne commence sa véritable révolte. Par ailleurs, « si la violence finit par s'emparer de cette multitude » et « devint même excessive », concède-t-il, il convient de noter que « le premier sang d'un Romain fut versé par la main des agens de la puissance publique³³⁷⁷ ». Il cite encore les récentes révoltes anglaises, notamment celle de Manchester du 16 août 1819³³⁷⁸, devenue tristement célèbre³³⁷⁹. Rey n'était pas sur le sol anglais lors de ce qu'on appelle aujourd'hui le « Massacre de Peterloo », mais des proches de Bentham faisaient partie de la manifestation³³⁸⁰, de sorte que Rey dut certainement rencontrer certains des participants. Les faits sont, en substance, les suivants. Alors que les manifestants étaient pacifiquement réunis à St Peter's Field pour réclamer une démocratisation de la vie politique, les magistrats de Londres firent disperser la foule par la force armée militaire. Douze à vingt personnes furent tuées par la police³³⁸¹, ce qui déclencha des émeutes dans les rues de Londres. Ce n'est toutefois pas ainsi que le raconte Rey à son lectorat français, préférant écrire que « malgré de telles horreurs [les homicides commis par les autorités], cette multitude, qu'on traite de factieuse, se dissipe presque sans résistance, elle ne peut se résoudre encore à arborer l'étendard (*sic*) d'une véritable insurrection³³⁸² ». Avec le silence gardé sur les émeutes ultérieures (qui n'ont pourtant pris fin qu'au lendemain soir), Rey cherche à montrer la violence des gouvernements, tout en rassurant sur les mœurs populaires. Aussi affirme-t-il que toute l'histoire des peuples témoigne de ce qu'ils souffrent « long-temps et très-patiemment, les maux les plus véritables et les injustices les plus criantes³³⁸³ » avant de se porter à la révolte. Et Rey de tirer l'enseignement suivant :

« Mais, enfin, s'il arrive un terme où l'excès du désespoir les porte à la résistance, c'est le résultat d'un sentiment naturel à tout être qui souffre, et non celui de telle ou telle théorie sur le droit d'insurrection.³³⁸⁴ »

L'insurrection se présente alors comme une menace qui planera toujours sur les gouvernements pour les rappeler à leurs devoirs, une épée de Damoclès suspendue au-dessus de leurs têtes. Comme le note d'ailleurs l'avocat Nicole Robinet de la Serve il n'y a « que la crainte de provoquer ces soulèvements généraux [...] qui puisse protéger les institutions d'un peuple libre³³⁸⁵ ». Refuser

3377 *Préliminaires*, p. 70 ; *JGLJ*, t. 1, p. 411 ; *TPGD*, p. 347.

3378 *TPGD*, p. 347.

3379 Fabrice BENSIMON, « Le bicentenaire de Peterloo, entre mémoire et histoire », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, t. 59, n° 2, 2019, p. 145-147.

3380 Richard CARLILE et John KNIGHT.

3381 M. RIOT-SARCEY, *Le procès de la liberté*, *op. cit.*, p. 96.

3382 *TPGD*, p. 347.

3383 *Préliminaires*, p. 70 ; *JGLJ*, t. 1, p. 411 ; *TPGD*, p. 348.

3384 *Préliminaires*, p. 70 ; *JGLJ*, t. 1, p. 411 ; *TPGD*, p. 348.

3385 J.-P.-F. NICOLE ROBINET DE LA SERVE, *De la royauté selon les lois divines révélées*, *op. cit.*, p. 93.

d'accorder une existence légale à un tel droit ne changera donc nullement la donne. « [L]e sauvage à qui l'on veut arracher sa proie ou la vie, cherche à se défendre, sans avoir lu nos philosophes ni entendu prononcer la déclaration des droits³³⁸⁶ », constate Joseph Rey.

Mais ne serait-il pas préférable de développer une bonne théorie du droit d'insurrection et d'inscrire ce droit dans la législation ? C'est effectivement que ce pense notre auteur. Loin « que la *déclaration* d'un tel droit puisse être nuisible à l'état social³³⁸⁷ », elle permettrait au contraire de préciser les formes dans lesquelles l'exercer afin d'éviter d'éventuels excès et de s'assurer que l'issue soit la plus bénéfique pour la société.

C/ MODALITÉS ET FINALITÉS DE L'INSURRECTION : LE RÉTABLISSEMENT DE L'ÉGALITÉ POLITIQUE AU FONDEMENT D'UNE NOUVELLE ASSOCIATION

Si la résistance à l'oppression est d'abord présentée comme un droit individuel résultant de la violation du pacte social et des droits fondamentaux, Rey l'envisage en réalité principalement comme un soulèvement des masses contre l'oppression des gouvernements. Certes, en posant le devoir de seconder l'individu qui résiste, le juriste tente de trouver des concepts permettant d'assurer le succès des résistances individuelles. Mais le passage de la théorie à la pratique n'est pas si aisé. Sans doute conscient de cette difficulté et soucieux de penser une véritable pratique de la résistance contre l'oppression des gouvernements, Rey ne peut finalement s'en remettre qu'aux insurrections collectives. Ainsi, lorsque, dans son *Traité*, il aborde enfin le droit d'insurrection sous l'angle de la pratique de l'action, cette posture nouvelle le ramène à la condition tragique du réel. Ses développements glissent rapidement de la question du droit d'insurrection reconnu à l'individu (ou à une minorité), à celle des émeutes populaires et des moyens de les terminer. Forcé de se faire plus pragmatique, le juriste propose alors de rétablir la loi de Solon, d'après laquelle tout citoyen est dans l'obligation de prendre un parti lorsqu'une révolte éclate. Par conséquent, dans la pratique, on en revient à la décision de la majorité (1). Parvenu à ce point, la thématique de l'abrogation des lois semble avoir été abandonnée en cours de route. Rey conclut seulement que la question du droit d'insurrection « était la plus importante de toutes celles qu'on peut élever sur la *cessation de l'empire des lois*, puisqu'elle porte sur tout le système légal d'une nation³³⁸⁸ ». Il sait pourtant que nulle révolution n'aboutit à l'abrogation complète de toute la législation. D'où cette interrogation à laquelle nous tenterons de répondre :

3386 *Préliminaires*, p. 70 ; *JGLJ*, t. 1, p. 411 ; *TPGD*, p. 348.

3387 *Préliminaires*, p. 69 ; *JGLJ*, t. 1, p. 410-411 ; *TPGD*, p. 346.

3388 *TPGD*, p. 352.

qu'en est-il, en fin de compte, de l'abrogation de l'ensemble des lois ? La piste que l'on avancera alors est que l'insurrection semble rétablir la nation dans son droit d'exercer directement la souveraineté nationale et, en premier lieu, son pouvoir constituant (2).

1. La loi de Solon ou l'obligation de prendre parti : l'indépassable majorité

C'est seulement dans son *Traité* que Rey en vient enfin à réfléchir plus concrètement aux modalités d'exercice du droit d'insurrection. Il ne s'agit pas de délimiter strictement le droit d'insurrection, comme souhaitait par exemple le faire Condorcet dans le projet de constitution girondine³³⁸⁹, mais seulement de proposer des règles pour permettre de résoudre le conflit une fois que celui-ci est né. Joseph Rey propose alors de se référer à la loi mise en place par Solon, d'après laquelle chaque citoyen devait obligatoirement prendre parti lorsqu'une émeute éclatait dans la cité. Il avance alors plusieurs arguments. Cette règle se justifie d'abord parce qu'elle permet de connaître la volonté des tous les citoyens et donc de mettre en application le principe d'après lequel la loi est l'expression de la volonté générale. Plus précisément encore, c'est au pouvoir constituant de la nation qu'on en revient, ainsi qu'à une forme primitive d'égalité politique (α). Rey argumente encore en évoquant les effets vertueux d'une telle participation générale sur le devenir de l'association, ou plutôt sur la formation d'une nouvelle société – puisque dans l'hypothèse d'une insurrection appuyée par la majorité, la société est dissoute. Il s'agit alors de forcer les *gens de bien* à prendre part au mouvement afin de pouvoir poser les fondements de la nouvelle association (β).

α . Le principe majoritaire et le rétablissement de l'égalité politique

Dans le chapitre 8 de la *Constitution d'Athènes*, Aristote rapporte que Solon,

« [v]oyant [...] qu'au milieu des troubles qui divisaient la ville, nombre de citoyens, par indifférence, s'en remettaient au hasard, [...] porta contre eux cette loi singulière : *Quiconque, en temps de trouble, ne prendra pas les armes pour l'un des deux partis, sera frappé d'atimie et exclu de la cité*³³⁹⁰ ».

Dans la Grèce antique, l'*atimie* consiste en une privation des droits politiques³³⁹¹, qui est ici la

3389 Alessandro FONTANA, « Du droit de résistance au devoir d'insurrection », in J.-C. ZANCARINI (dir.) *Le Droit de résistance, XII^e-XX^e siècle, op. cit.*, p. 21.

3390 ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, Paris, Émile Brouillon, 1891, trad. B. Haussoullier, p. 16.

3391 Claude ORRIEUX et Pauline SCHMITT-PANTEL, *Histoire grecque*, Paris, P.U.F., 2013, p. 488.

conséquence d'un désintérêt du citoyen pour la vie de la cité. Bien que l'existence de cette loi de Solon soit mise en doute, on sait que ce type de règles n'était pas inconnu des cités grecques³³⁹².

Joseph Rey considère que l'obligation faite à tout citoyen de prendre parti lorsque s'élève une émeute est un des moyens les plus sages pour encadrer les mouvements insurrectionnels. Il explique que c'est

« le moyen de se rapprocher, même dans ces moments de crise, du principe de la majorité, puisque chaque individu prenant part au mouvement, il est à présumer que le sort de l'État ne restera pas à la merci d'une poignée de factieux, mais qu'il dépendra vraiment de la volonté du plus grand nombre. Alors, si l'insurrection est juste et opportune, tout bon citoyen se range sous ses étendards (*si*) ; mais au contraire il se hâte de la combattre ou de la neutraliser si elle est injuste ou inconsidérée³³⁹³ ».

Cette règle permet ainsi de juger si l'insurrection est conforme à la volonté générale. En effet, lorsque l'insurrection éclate, elle entend déchirer la légalité du pays qui, en principe, est censée être l'expression de la volonté générale. Or, comme il est impossible de « trouver une règle aussi sûre que celle qui fonde la décision sur la *majorité* des membres de l'association³³⁹⁴ », la consultation de l'intégralité des citoyens et la décision rendue par la majorité semblent indépassables. Rey est alors obligé de céder au pragmatisme. S'il reconnaît que le pacte social est rompu à l'égard de l'individu dont l'existence est mise en danger par la société, pour lui reconnaître un droit de résistance à l'oppression et d'insurrection, force est de constater que l'individu ne fait pas le poids face à la majorité. Au niveau individuel, un tel droit peut au mieux constituer une légitime défense invocable devant les tribunaux. Mais jamais celui qui est ainsi lésé ne peut véritablement faire valoir son droit de résister et invoquer l'abrogation des lois à son égard si ses coassociés n'y consentent pas. Autrement dit, si, sur le plan théorique, la référence au quasi-contrat permet de poser des conditions et des limites à l'exercice de la souveraineté, sur le plan pratique, celles-ci restent illusoire sans l'assentiment la majorité.

Bien que cette issue puisse apparaître décevante après tous les développements relatifs à la défense de l'individu opprimé, sa portée reste considérable dans le contexte politique du premier XIX^e siècle. Il ne faut pas oublier qu'à l'époque, seule une très petite minorité de citoyens participe de près ou de loin à l'élaboration des lois. Certains rapprochent d'ailleurs le pouvoir de la majorité de l'idée même d'insurrection. C'est ce qui ressort en effet d'un discours prononcé par le ministre Pasquier en décembre 1819. Selon lui, si le Roi ou les chambres commettent des erreurs, l'opinion publique n'a pas à intervenir, car ce serait mettre « la force du nombre, celle de

3392 Alberto MAFFI, « De la loi de Solon à la loi d'Ilion ou comment défendre la démocratie », in Jean-Marie BERTRAND (dir.), *La violence dans les mondes grec et romain*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2005, §6 [En ligne : <http://books.openedition.org/psorbonne/21974>, consulté le 11.09.2021].

3393 TPGD, p. 349.

3394 *Ibid.*, p. 343.

la multitude [...] au-dessus de celle des lois, au-dessus de celle des pouvoirs constitués³³⁹⁵ ». Puis, faisant très certainement référence à la déclaration de 1793, il dénonce alors l'« invocation de la force du nombre » que l'on « avait décoré du bon nom de *sainte insurrection* »³³⁹⁶. Il suggère donc que lorsque la multitude s'occupe de délibérer sur les affaires publiques, on court le risque de voir s'élever des insurrections. S'il faut parfois « venir au secours des institutions », cela ne saurait donc se faire « en allant chercher hors d'elles les moyens d'action qui ne peuvent venir légalement que d'elles seules³³⁹⁷ ». Or, dans un régime qui n'est pas fondé sur le pouvoir de la majorité, s'en remettre à l'opinion publique ou à la force du nombre, c'est se référer à quelque chose d'extra-constitutionnel et risquer l'insurrection. Comme chez Guizot, on retrouve l'idée que la résistance doit désormais passer par les canaux constitutionnels. C'est donc le recours à des gardes-fou extérieurs aux institutions qui se trouve condamné. Pasquier conclut alors que, « dans un État légalement constitué, l'insurrection n'est pas seulement le plus redoutable des crimes, [...] elle est encore le plus grand des malheurs³³⁹⁸ ».

Pour Rey, en revanche, il s'agit bien de poser des obstacles extérieurs aux pouvoirs constitués. En appelant tous les citoyens à prendre parti, le juriste laisse entendre qu'il s'agit de remettre l'exercice du pouvoir constituant entre les mains de l'ensemble de la nation. On en revient alors au principe de l'égalité politique, point de départ de l'association, car chacun est également intéressé aux décisions qui concernent le devenir de la société. C'est aussi la liberté politique qui s'exprime alors, puisque chacun est amené à participer à cette décision qui concerne les affaires publiques. Rey part ainsi d'un questionnement sur les limites de la souveraineté à l'égard des individus pour aboutir à réaffirmer hautement la souveraineté de la nation contre son risque d'accaparement par le gouvernement en général et le pouvoir législatif en particulier.

En effet, la thématique de l'insurrection se ramène, en dernière analyse, à celle du pouvoir constituant de la nation. On retrouve l'idée sieyèsienne d'après laquelle « [l]a nation possède un pouvoir "déconstituant" en vertu du droit naturel³³⁹⁹ ». En cas d'oppression, la nation ressurgit pour exercer son pouvoir constituant³⁴⁰⁰. Pourtant, il semble que pour Sieyès, ce pouvoir s'exprime toujours par le biais des représentants, alors que Rey cherche justement à opposer un contrepoids à la toute puissance du législatif. Le peuple et chacun des individus qui le composent réapparaissent ainsi sur la scène politique en tant que sujets actifs, sans l'intermédiaire de représentants qui ne sont que des mandataires. Éric Desmons signale par ailleurs que le fait

3395 Étienne-Denis PASQUIER, *Discours prononcés dans les chambres législatives*, t. 2, Paris, Crapelet, 1842, p. 29.

3396 *Ibid.*, p. 30.

3397 *Ibid.*, p. 30.

3398 *Ibid.*, p. 31.

3399 E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, *op. cit.*, p. 43.

3400 S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 401.

d'envisager les représentants comme des mandataires est ce qui autorise à penser « la résistance comme un "droit", au sens où, par analogie avec le droit civil, le mandataire doit rendre des comptes au mandant³⁴⁰¹ ». Rey ne l'affirme pas aussi explicitement et, dans ses écrits sur le droit constitutionnel rédigés au début de la Restauration, il n'admet qu'un mandat représentatif. Il n'est pas question d'introduire un risque constant de perturbation de l'activité législative par l'intervention directe des citoyens. Mais il est un terme au-delà duquel la représentation s'efface par ses propres fautes et devient illégitime à poser les lois qui doivent régir la société. La confiance est retirée ou, du moins, mise en doute. En résistant aux actes du pouvoir, une partie des citoyens signale qu'elle ne trouve plus son compte dans l'association que les législateurs sont chargés d'organiser. Alors, si la majorité reconnaît cette résistance comme légitime, il ne reste plus qu'à revenir au point de départ : « chaque citoyen devient indépendant, sans cependant exclure, et souvent même pour perfectionner le retour à une nouvelle association³⁴⁰² ». En effet, l'histoire montre bien que les insurrections n'ont jamais atomisé durablement les associations humaines. Elles constituent au contraire le geste préalable à la refondation des sociétés sur des bases renouvelées.

L'ampleur de l'entreprise de reconstruction sociale qui fait suite aux insurrections rend alors d'autant plus nécessaire de faire participer l'ensemble des forces vives de la nation, afin que les citoyens les plus vertueux apportent leur pierre à l'édifice.

β. La participation des gens de bien à la reconstruction de l'ordre social

La loi de Solon que Rey propose de rétablir est bien loin de faire l'unanimité. Lepage affirme que lorsque la guerre civile a éclaté, chaque citoyen doit prendre partie, car « c'est un devoir qui résulte du pacte social³⁴⁰³ ». Mais l'obligation de se positionner dans les conflits qui traversent la société est plutôt de nature à susciter les alarmes de ceux qui craignent que toute émeute partielle ne dégénère en guerre civile³⁴⁰⁴. Dans l'*Esprit des lois*, Montesquieu estime que cette règle pouvait être tout à fait convenir aux petites cités grecques, mais s'avère en revanche inadaptée aux États modernes. Il explique que les séditions qui survenaient alors faisaient participer la majeure partie de la cité, mais qu'« il étoit à craindre que [...] les gens les plus

3401 E. DESMONS, « L'insurrection et le "despotisme représentatif" », *Cités*, n° 17, 2004/1, p. 78.

3402 TPGD, p. 344.

3403 P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, t. 2, *op. cit.*, p. 337.

3404 « C'était un moyen de changer en guerre civile toute insurrection particulière », (N. DE CONDORCET, « Observations de Condorcet sur le vingt-neuvième livre de l'*Esprit des lois* », *op. cit.*, p. 365).

prudents ne se missent à couvert, et que par-là les choses ne fussent portées à l'extrémité³⁴⁰⁵ ». Il s'agissait donc de « faire rentrer le petit nombre des gens sages et tranquilles parmi les séditieux³⁴⁰⁶ », afin de permettre de résoudre le plus promptement et le plus sagement possible la situation. À l'inverse, dans les grands États modernes, ce sont toujours des « partis formés par peu de gens » qui déclenchent les hostilités, et il ne serait pas sage de faire courir le risque que chaque soulèvement d'une minorité de la population se transforme en une insurrection générale³⁴⁰⁷. Il serait donc inopportun d'attirer le gros des citoyens dans la sédition. Il faut au contraire « rappeler les séditieux au gros des citoyens³⁴⁰⁸ ». Condorcet n'est en revanche pas de cet avis. Selon lui, cette règle visait, déjà sous l'Antiquité grecque, à « obliger le gros de la nation à prendre parti dans les querelles entre un tyran [...] et les défenseurs de la liberté, afin d'assurer à ceux-ci l'appui des citoyens bien intentionnés³⁴⁰⁹ ». Nulle différence, donc, entre les petites cités grecques et les grands États modernes ; la plupart des insurrections sont d'abord le produit d'une minorité. On pourrait penser que cette obligation de prendre parti obtient ses faveurs, puisque, d'après Condorcet, elle sert la cause des *défenseurs de la liberté*. Pourtant, il juge cette règle inique, car « [i]l est injuste de punir un homme pour n'avoir pas pris un parti³⁴¹⁰ ».

Joseph Rey ne le rejoint pas sur ce point. Il reconnaît avec Montesquieu que l'intérêt de cette obligation est de forcer « la masse honnête et éclairée » à participer « à la révolution », afin qu'elle ne soit « point souillée des excès qui caractérisent les révolutions opérées seulement par une multitude ignorante »³⁴¹¹. Cependant, il se distingue de l'auteur de *l'Esprit des lois* car il n'estime pas que cette règle ait perdu de sa pertinence à l'époque moderne. Rey n'aborde pas du tout la question de savoir si la différence des circonstances vient altérer l'opportunité d'une telle obligation. En revanche, il fait savoir qu'il est toujours possible qu'une poignée d'hommes puissants fascinent les foules pour les porter à l'insurrection. Avant de présenter ses idées sur la loi de Solon, il affirme ainsi qu'il importe de réfléchir aux « moyens de prévenir ou de diminuer » les dangers des insurrections³⁴¹². Car même dans un État « assez bien organisé », il peut toujours rester « quelques vices intérieurs qui permettent à des hommes puissants d'exciter les passions de la multitude »³⁴¹³. Ce que Rey ne dit pas, dans son *Traité*, c'est que cette poignée d'hommes, puissants ou non, est parfois un bienfait pour le peuple.

3405 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 3, *op. cit.*, p. 287.

3406 *Ibid.*, p. 287.

3407 *Ibid.*, p. 287.

3408 *Ibid.*, p. 287.

3409 N. DE CONDORCET, « Observations de Condorcet sur le vingt-neuvième livre de *l'Esprit des lois* », *op. cit.*, p. 365.

3410 *Ibid.*, p. 364.

3411 TPGD, p. 349.

3412 *Ibid.*, p. 348.

3413 *Ibid.*, p. 348.

En effet, cette idée n'est, une fois encore, pas seulement littéraire. Rey a pu l'éprouver par son engagement politique dans les premières années de la Restauration. Lorsqu'il fonde l'Union de Grenoble en 1816, son but est d'abord d'organiser une résistance souterraine et pacifique. Il explique « que les agents de la tyrannie étant partout et depuis longtemps organisés pour obtenir leurs fins, les amis de la liberté, c'est-à-dire du libre exercice des droits de tous, qui n'est que l'accomplissement de la justice éternelle, devaient à leur tour s'organiser pour reconquérir ces droits, et conserver ceux dont pouvaient encore jouir certains peuples³⁴¹⁴ ». Aussi, tout en remarquant le caractère menaçant des sociétés secrètes, Rey affirme qu'on peut néanmoins se trouver forcé de recourir à ce moyen lorsqu'existent « des motifs extrêmes de légitime défense³⁴¹⁵ ». Quand les citoyens subissent l'oppression, quand les « bases mêmes du pacte social » sont mises en danger, on ne saurait « faire un crime à ceux qu'on a réduits » à user de tels « moyens de résistance à une pareille oppression »³⁴¹⁶. Certes, cette résistance passe d'abord par une prise de conscience : « Le moyen principal devait être la propagation générale des lumières et des justes principes du droit social, afin d'en répandre au moins l'esprit en tout lieux, tant que la force brutale des gouvernants empêcherait de les faire passer dans les institutions, et pour qu'au jour de la délivrance matérielle, on ne fût pas surpris dans un état d'ignorance des véritables conditions reconstitutives du gouvernement³⁴¹⁷ ». Il n'est donc pas nécessairement question de s'opposer à la *force brutale des gouvernants*. Mais en 1820, la situation a changé et l'urgence de s'insurger contre un gouvernement oppresseur prend désormais le dessus. La casquette de l'insurgé qui mobilise la foule vient alors remplacer celle du simple éducateur voué à diffuser les lumières. Il n'est toutefois pas question d'inciter les citoyens à prendre les armes. Le projet d'insurrection auquel Rey participe repose essentiellement sur un groupe d'hommes soigneusement sélectionnés dont de nombreux militaires, qui devaient seuls se charger d'assurer le renversement du gouvernement. C'est seulement une fois l'insurrection accomplie que l'ensemble de la population aurait alors été appelée à intervenir pour la ratifier. Après avoir mis en place un gouvernement provisoire, la première mesure que Rey projetait était en effet de « [c]onvoquer de suite une assemblée nationale sur les bases les plus libérales », afin de « reconstituer le Gouvernement définitif »³⁴¹⁸. On voit donc que Rey ne juge pas forcément nécessaire que l'insurrection soit réalisée par la majeure partie de la population. Ce qui importe, c'est qu'elle obtienne l'approbation du peuple et que les hommes sages et bienveillants s'occupent de la réorganisation politique et sociale à l'issue du mouvement.

3414 *Mémoires politiques*, p. 95.

3415 *Ibid.*, p. 85.

3416 *Ibid.*, p. 85-86.

3417 *Ibid.*, p. 95-96.

3418 *MSR*, t. 1, p. 127.

Deux éléments résultent de tout ceci. En premier lieu, la règle de Solon ne saurait avoir perdu de son opportunité, dans le sens où, d'une part, il est impossible d'éviter entièrement qu'une minorité ne soulève la masse du peuple et, d'autre part, il n'est pas exclu qu'une minorité s'arrange secrètement pour réaliser ce qui s'apparente à un coup d'État. Dans l'une et l'autre des situations, il importe simplement de pouvoir déterminer franchement si cela correspond à la volonté générale. En second lieu, cette règle a toujours pour effet de faire participer les hommes de bien au mouvement et surtout à la reconstitution sociale, ce qui est indispensable pour en tirer le plus de bienfaits possible. Et Rey d'affirmer qu'il est de la responsabilité des hommes vertueux de ne pas abandonner leurs semblables dans de tels moments. C'est le devoir d'insurrection qui réapparaît, mais pour prendre désormais la forme d'un devoir de conseil ou d'assistance dans le cadre de la reconstruction sociale à venir. Le juriste conclut alors son argumentaire pour le rétablissement de la loi de Solon par ces mots :

« La participation de l'homme honnête à des commotions aussi dangereuses étant le seul moyen d'empêcher leur déviation d'un but équitable et salubre, cet homme, par son inaction, deviendrait responsable de tous les maux qu'il eût pu détourner, et de la perte de tous les bienfaits dont il pouvait être l'auteur ou le coopérateur. Une telle obligation devient surtout rigoureuse pour celui qui, par son mérite, par son caractère éprouvé ou sa position particulière, se trouve à portée d'exercer une grande influence sur les auteurs de l'insurrection, et ensuite sur l'opinion générale du parti qui aura renversé les oppresseurs.³⁴¹⁹ »

Plus qu'une simple influence sur le parti qui prendra le pouvoir, Rey estime que cette participation seule « leur donne le droit d'intervenir dans l'organisation ultérieure de l'État³⁴²⁰ ». Puisque l'insurrection a pour finalité la formation d'un *nouvel acte d'association*, il est ainsi de la plus haute importance de faire participer les hommes de bien à l'élaboration de ce nouveau pacte social.

En fin de compte, la loi de Solon offre une manière de poser un nouvel équilibre. Elle reconnaît le fondement démocratique de tout pouvoir et la souveraineté nationale, puisqu'elle fait dépendre « le sort de l'État [...] de la volonté du plus grand nombre³⁴²¹ ». Elle prévient en même temps les erreurs qui pourraient être commises par une « multitude ignorante et corrompue³⁴²² » en assurant la participation des hommes honnêtes. On peut alors dire, pour reprendre les termes du quasi-contrat social, que le peuple prend acte de la rupture du pacte social, pour remettre entre les mains de certains hommes la faculté de lui proposer les fondements d'une nouvelle association. Il nous faut maintenant en tirer les conséquences en matière d'abrogation des lois.

3419 TPGD, p. 351.

3420 *Ibid.*, p. 349.

3421 *Ibid.*, p. 349.

3422 *Ibid.*, p. 349.

2. Et l'abrogation en fin de compte ?

La résistance s'entend donc d'une résistance contre l'oppression des lois – même si cela peut également concerner les actes des autres autorités. Ainsi, tout en reprenant une part de l'héritage de 1789 et de 1793, Rey se singularise ici par rapport aux révolutionnaires qui n'entendaient pas que la loi puisse être oppressive. Certes, l'affirmation du droit de résistance à l'oppression repose sur la dialectique loi naturelle/loi positive qui permet « d'opposer aux lois positives un droit supérieur³⁴²³ ». Pourtant, même si ces deux déclarations sont marquées par le *jusnaturalisme*, leur lecture suggère fortement que le risque d'oppression concerne essentiellement les actes du pouvoir exécutif. De plus, « les débats [...] semblent montrer que, pour beaucoup, il ne devait s'agir que d'un droit ouvert à titre exceptionnel et qui, singulièrement, devait viser un "Exécutif" toujours soupçonné et non un "Législatif" intrinsèquement libérateur³⁴²⁴ ». Certains révolutionnaires envisageaient toutefois l'éventualité d'une loi oppressive. Il en va ainsi de Romme, qui, au sein du Comité d'analyse des différents projets de déclaration de droits, défendait des idées que l'on retrouve chez Rey. Il affirmait par exemple que « [l]e mal étant dans la loi », son « remède, dans ce cas extrême et critique, doit être dans la volonté immédiate du peuple »³⁴²⁵. Par conséquent, Romme estimait que « devant l'insurrection la loi se tait³⁴²⁶ ». Mais bien que la possibilité de résister à « un législateur dévoyé » ne soit pas entièrement écartée, une telle hypothèse apparaissait « manifestement improbable »³⁴²⁷. Par ailleurs, l'article 7 de la déclaration de 1789, repris à peu de mots près dans l'article 10 du texte de 1793, exclut la résistance à la loi. Il est en effet prévu que « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant » et « se rend coupable par la résistance ». Par conséquent, nul droit contre la loi ne pouvait être reconnu. D'accords avec Rousseau, les révolutionnaires estimaient que la loi était nécessairement parfaite³⁴²⁸. Pourtant, du principe posé par Rousseau à la réalité de la représentation, l'écart est sensible et Rey en semble désormais conscient lorsqu'il présente l'insurrection comme un mode d'abrogation des lois. Qui plus est, il n'admet par l'idée

3423 S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 399.

3424 *Ibid.*, p. 399-400.

3425 Charles-Gilbert ROMME poursuit ainsi : « L'insurrection est alors un droit sacré, imprescriptible et supérieur à la loi, et ce droit dans son exercice ne connaît d'autre régulateur que les vertus mêmes des opprimés, et leur dévouement généreux et sublime à la conservation de la liberté publique » (Séance du 17 avril 1793, *Archives parlementaires*, t. 62, op. cit., p. 266).

3426 C.-G. ROMME, Séance du 17 avril 1793, *Archives parlementaires*, t. 62, op. cit., p. 267.

3427 S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 400.

3428 « L'opposition entre la loi et l'arbitraire qui est la caractéristique fondamentale de l'esprit de 1789 donne tout son sens au droit de résistance de l'article 2 de la Déclaration. Ce droit ne peut s'exercer, pour la majorité des révolutionnaires, que contre un Exécutif dévoyé. La loi, quant à elle, est censée ne pouvoir mal faire puisqu'elle est l'expression de la volonté générale. C'est cet état d'esprit, fortement empreint de rousseausime, qui durera tout au long du XIX^{ème} siècle » (E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne*, op. cit., p. 58).

d'infailibilité de la puissance souveraine, ce qui l'invite à dépasser le point de vue de Rousseau et des révolutionnaires.

La conception reyienne du droit d'insurrection lui permet alors d'éviter un accaparement complet de la souveraineté par le législateur, car ce droit se présente comme une sorte de garde-fou face au pouvoir législatif dans sa forme institutionnalisée³⁴²⁹. Si le peuple ne peut intervenir directement dans le processus législatif, Rey lui ménage au moins la possibilité de s'opposer aux lois en faisant de l'insurrection un mode d'abrogation. Le juriste n'offre toutefois pas à son lecteur de développements qui explicitent vraiment la manière dont il lie abrogation des lois et droit d'insurrection. Il nous faut donc essayer de le faire par nous-même. Mais si la question de l'abrogation des lois n'est pas plus développée, c'est certainement parce qu'elle n'est pas sa préoccupation principale lorsqu'il s'engage dans ces développements. Quelle est alors sa motivation si ce n'est de penser une pratique de la révolution qui remet le pouvoir constituant entre les mains de nation ? En effet, nous proposons de considérer que si Rey inscrit désormais la thématique de l'insurrection dans le cadre d'une théorie de l'abrogation des lois, c'est pour réaffirmer par des biais détournés le pouvoir constituant du peuple mais aussi la nécessité d'une forme de ratification implicite des lois. C'est un retour à la volonté générale qui s'effectue alors.

Au début de ses développements, le juriste reconnaît que la rupture du pacte social à l'égard d'un individu a pour conséquence d'abroger toutes les lois à son égard ; cet individu peut donc se considérer exonéré de tout devoir d'obéissance aux lois et il dispose par conséquent du droit d'opposer sa résistance. Cette perspective d'une insurrection individuelle s'amenuise alors progressivement au cours de ses développements, jusqu'à disparaître tout à fait. Elle se voit finalement remplacée par la seule considération d'une insurrection plus généralisée, d'une révolution en somme. L'issue en est déterminée par l'ensemble de la nation appelée à se prononcer sur sa légitimité. Avant d'avoir pu recueillir l'assentiment (ou non) de l'ensemble de la population, il nous semble que la législation est en quelque sorte suspendue ou qu'elle demeure dans un état quantique. Comme le chat de Schrödinger dont on ne sait s'il est mort ou vivant avant d'avoir ouvert la boîte où il se trouve³⁴³⁰, il y a une incertitude quant à l'état de la législation avant de connaître l'issue de la consultation populaire. Si la majorité se prononce contre l'insurrection, il faut admettre que les lois demeurent et n'ont même jamais été suspendues, car ce n'est pas ce qui résulte de la volonté générale. En revanche, si la majorité juge l'insurrection légitime, alors elle reconnaît que le pacte social a été rompu et que, par conséquent, la législation

3429 Roxani FRAGKOU remarque que « [l]a consécration juridique de la résistance représente [...] la "sanction infligée" par le constituant [le peuple] contre l'excès du pouvoir » (« Le droit de résistance à l'oppression en droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, t. 65, n° 4, 2013, p. 850).

3430 Erwin SCHRÖDINGER, *Physique quantique et représentation du monde*, Paris, Éditions du Seuil, 1992, p. 106.

a cessé d'exercer son empire au moment de cette rupture. Il y a donc eu abrogation de l'ensemble des lois dès cet instant, car elles n'étaient plus l'expression de la volonté générale.

Notre interprétation permet d'expliquer pourquoi Rey fait de la question du droit d'insurrection la plus importante de celles qui se présentent au sujet de l'abrogation des lois. Toutefois, il n'envisage pas exactement les révolutions comme des ruptures complètes de la légalité. Il sait qu'aucune d'entre elles ne fait entièrement table rase du passé, ce qui ne semble pas le contrarier. Il rétorque en effet à Savigny, qui accuse la Révolution française d'avoir détruit une grande partie du droit civil, que cela est entièrement faux. « On n'a rien touché au droit civil que ce qui était révoltant et incompatible avec le nouvel ordre de choses, comme par exemple le droit d'aînesse, les substitutions, les mains-mortes³⁴³¹ », affirme-t-il. En revanche, il ne répond rien à l'affirmation de Savigny d'après laquelle la Révolution a entièrement renversé « l'ancienne Constitution de la France³⁴³² ». Et c'est en fait ici que l'essentiel se joue en termes d'abrogation des lois. Puisque l'insurrection implique un retour du pouvoir constituant entre les mains du peuple souverain, seule la législation constitutionnelle est amenée à être entièrement abrogée. Il s'agit de redessiner les formes de l'association, de poser les nouvelles règles du jeu, d'élaborer un *nouvel acte d'association* ; en bref, une nouvelle constitution. Et seul ce qui est incompatible avec les nouvelles dispositions constitutionnelles doit être considéré comme abrogé³⁴³³. On peut donc se demander pourquoi Rey a opté pour une telle présentation de ses idées dans son *Traité*. L'abrogation de l'ensemble de la législation en raison d'une insurrection n'a finalement aucune réalité pour lui. La seule chose à laquelle cela peut se rattacher, c'est à l'abrogation tacite pour contrariété avec une loi nouvelle.

Pourquoi donc s'est-il lancé dans ces développements ? Quel est l'effet qu'il espérait produire ? C'est ici l'occasion de défendre le droit d'insurrection et de perpétuer la mémoire de la Révolution, non seulement comme un moyen de lutte pour la légalité, mais encore comme un instrument d'opposition contre les mauvaises lois et pour la réforme de la société. Qui plus est, outre que cela lui permet de réaffirmer le pouvoir constituant de la nation et la nécessité d'une certaine forme de ratification tacite des lois, les pages qu'il consacre à ce sujet témoignent d'une volonté de proposer des pistes pour penser l'action révolutionnaire. Rey semble en effet avoir espéré toute sa vie le renversement du désordre social qu'il déplore et l'instauration d'un nouvel ordre social fondé sur ce qu'il juge être ses véritables bases. L'essentiel de ses travaux et recherches porte, d'une part, sur les principes qui devront être reconnus au fondement du nouvel

3431 BMG, F. 11433, p. 55.

3432 F. C. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation*, op. cit., p. 77.

3433 Voir *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 3, I, A sur l'abrogation tacite pour contrariété avec une loi nouvelle.

ordre social, et, d'autre part, sur les moyens de les mettre en œuvre. Ces moyens ne reposent pas exclusivement sur l'insurrection. Comme nous avons pu nous en convaincre, Rey préférerait largement que cela passe par des réformes législatives dans les formes ordinaires. Mais le risque que le mécontentement des peuples ne les poussent à retomber dans un épisode révolutionnaire ne doit pas être écarté. Le contexte semble d'ailleurs l'annoncer, et c'est pourquoi il convient de réfléchir à la pratique de l'insurrection, sans se cantonner à l'affirmation théorique du droit et du devoir.

À la théorie des principes se joint alors une théorie de l'action qui vise à rendre possible cette révolution tout en minimisant les risques d'un potentiel détournement de son but. Par ailleurs, dans la décennie 1820, Joseph Rey a multiplié ses contacts avec ceux que l'on peut considérer comme les résistants libéraux de divers pays européens. À cette époque, on assiste en effet à un développement des échanges entre les libéraux de France, d'Espagne, d'Angleterre ou encore du Portugal. L'idée et même les projets d'insurrection sont omniprésents dans les cercles qu'il fréquente, notamment en Angleterre où Joseph Rey reste jusqu'en 1826. Pierre Lévêque remarque toutefois que l'idée d'engager une action révolutionnaire perd du terrain, en France du moins, après les échecs des diverses conspirations projetées par la Charbonnerie notamment. Au temps de l'action succède une période, à partir de 1823, où la résistance prend la forme « d'une action légale : propagande écrite et orale, et participation, couronnée de succès, aux élections³⁴³⁴ ». En un sens, Rey suit également cette trajectoire. Lorsqu'il rentre en France, en 1826, il n'est plus question pour lui de s'engager dans des conspirations, mais cela ne l'empêche pas de réfléchir aux moyens de l'insurrection. Car sous le règne de Charles X, l'adoption de lois telles que celle sur le sacrilège ou la loi dite du milliard des émigrés rendait nécessaire la résistance libérale³⁴³⁵. Or, en 1827, un événement vient remettre sur la table la question des moyens de l'insurrection. Comme le rapporte Philippe Oulmont « [l]es barricades ressurgissent pour la première fois sous la Restauration, les 19 et 20 novembre 1827, dans des conditions mal élucidées, lors de l'élection de députés libéraux à Paris³⁴³⁶ ». Joseph Rey relate justement l'événement dans ses *Mémoires*, événement dans lequel il reconnaît le « prélude d'un retour aux moyens insurrectionnels³⁴³⁷ ». On peut donc penser que le juriste, voyant s'annoncer une révolution prochaine, a entrepris de proposer une piste pour la régler le plus pacifiquement possible. Par ailleurs, à cette époque, libéraux comme royalistes, malgré leurs opinions

3434 P. LÉVÊQUE, « La gauche et l'idée révolutionnaire au XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 301-302.

3435 MSR, t. 2, p. 42-44.

3436 Philippe OULMONT, « Un demi-siècle d'insurrections et de barricades », in Jean-Jacques BECKER *et al.* (dir.), *Histoire des gauches en France*, *op. cit.*, p. 169-170.

3437 MSR, t. 2, p. 87.

divergentes, forment une majorité opposée aux ministères³⁴³⁸. Aussi Rey pouvait-il facilement être convaincu que le recours à la majorité, en plus d'être conforme aux principes de l'ordre social, permettrait le renversement du gouvernement et de ses mauvaises lois. En complétant en 1828 sa théorie du droit d'insurrection, le juriste espère donc apporter sa contribution à la future révolution afin que celle-ci se réalise et se conclut de la façon la plus pacifique et la plus bénéfique pour l'ensemble de la population.

3438 « La majorité était royaliste, il est vrai, mais elle était fortement anti-ministérielle ; et, d'ailleurs, la chambre des députés comptait une forte minorité libérale, composée de toutes les nuances du côté gauche, alors réunies d'une manière assez intime » (*MSR*, t. 2, p. 87).

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

L'étude des principes de la législation que développe Joseph Rey nous amène à reconnaître combien ses réflexions et ses propositions théoriques comme pratiques doivent à l'épisode révolutionnaire ainsi qu'à l'héritage rationaliste et universaliste des Lumières. Qu'il s'agisse d'envisager les lois comme un instrument du progrès social et moral, comme le liant des sociétés destiné à fédérer les individus autour d'habitudes et de mœurs communes ou encore de penser la loi comme l'expression de la volonté générale et, par conséquent, de réfléchir aux manières de susciter l'adhésion populaire, le juriste s'inscrit en effet dans l'héritage du XVIII^e siècle. Cette position peut parfois être délicate à tenir dans la France du premier XIX^e siècle. Comme nous l'avons constaté à différentes reprises, le volontarisme politique et législatif est loin de faire l'unanimité après la Révolution. Les libéraux redoutent l'intervention du législateur dans certains domaines, qu'il s'agisse par exemple d'instaurer plus d'égalité (conçue dans un rapport antagoniste avec la liberté) ou de passer par la loi pour procéder à la réforme des mœurs. Par ailleurs, Rey ne propose pas seulement un volontarisme réformateur qui serait laissé entre les mains des élites. En plus d'affirmer que les hommes peuvent modifier leur devenir par le biais de la législation, le juriste se positionne en faveur d'un volontarisme de tendance démocratique.

En effet, sa théorie de la législation demeure marquée par la référence à la volonté générale, c'est-à-dire, dans ses termes, la volonté de la majorité. Bien que cela n'apparaisse pas explicitement dans chacun de ses développements, la tension entre une conception idéalisée ou technicienne de la loi et une conception démocratique de celle-ci semble finalement se résoudre en faveur de la seconde. Sous sa plume, les deux approches ne s'opposent d'ailleurs pas. S'il convient de réserver l'élaboration des lois à ceux ayant pu faire les preuves d'un haut niveau d'instruction et d'une moralité exemplaire, c'est parce que ces qualités laissent présumer une plus grande capacité de déterminer et de mettre en œuvre la volonté générale. De surcroît, il ne s'agit encore que d'une présomption. Les lois, même élaborées par les hommes les plus sages, même revêtues de toutes les qualités formelles attendues, même justifiées par les motifs les plus raisonnables (c'est-à-dire les plus conformes à l'utilité ou au bonheur), doivent encore passer l'épreuve de la confrontation avec leurs destinataires. Il est indispensable qu'elles suscitent l'adhésion populaire. Les règles que propose Rey pour élaborer les meilleures lois possibles tendent, en dernière analyse, à s'assurer que la législation passe avec succès cette épreuve.

Malgré les recherches les plus approfondies sur l'homme, sur les principes de l'ordre social et sur les conditions du bonheur individuel comme collectif, nulle présomption de

perfection législative ne saurait remplacer l'épreuve du réel. Il résulte en effet de la théorie reyienne du droit et de la législation une impression de tension entre la recherche d'une forme de droit idéal qui serait en mesure d'assurer l'égalité sociale et, par là, le bonheur individuel et collectif d'une part, et la nécessité de revenir toujours à cette réalité matérielle dans toute sa dimension tragique d'autre part. Rey ne peut se contenter, comme le font les philosophes spiritualistes, de poser certaines valeurs et certains principes de façon axiomatique. Ainsi, à l'issue et en dépit de tous ses efforts théoriques pour poser un certain nombre de principes encadrant l'action de la législation et du pouvoir social dans son ensemble, l'obstacle opposé par la matérialité des faits demeure infranchissable. La puissance du plus grand nombre l'emportera toujours comme le révèlent les révolutions politiques. C'est précisément ce qui résulte de l'examen de la théorie reyienne du droit d'insurrection. D'abord présenté comme une manière de sauvegarder l'individu face à au pouvoir de la majorité, ce qui devait sans doute tendre à rassurer ses contemporains soucieux d'écarter la souveraineté nationale, le droit d'insurrection se conclut finalement par la réaffirmation de cette même souveraineté. L'ensemble des individus est ainsi amené à se prononcer sur le devenir de la société et la majorité a toujours le dernier mot.

Le rapport entre minorité et majorité soulève des difficultés qui semblent insolubles et qui ont d'ailleurs souvent travaillé les utilitaristes. En 1829, Joseph Hume et Francis Place échangeaient justement une correspondance à ce sujet. Le premier demandait au second que faire si, « dans une société composée de trente individus, vingt-neuf s'entendent, s'ils y trouvent du plaisir, pour rôti et manger le trentième ? Ne semble-t-il pas légitime que la majorité des plus pauvres s'entende pour s'emparer des biens de la minorité des riches, et les partager au bénéfice du plus grand nombre ?³⁴³⁹ ». Place répondait alors que « si vraiment la majorité croit qu'il est de son intérêt de manger ou de dépouiller la minorité, il est inévitable qu'elle exécute son dessein³⁴⁴⁰ ». Comme le note Mohammed El Shakankiri, « Place ne croit pas aux expédients constitutionnels qui peuvent refréner les violences du plus grand nombre³⁴⁴¹ ». C'est également à ce terme qu'aboutit la réflexion juridique de Joseph Rey bien qu'il cherche à s'en départir. Verser le sang d'un seul homme, même celui d'un tyran, ne saurait jamais être une option véritablement satisfaisante³⁴⁴². Mais puisqu'il est nécessaire que la puissance physique finisse par l'emporter, il importe de trouver des expédients pour faire en sorte que les rapports de force passent le moins possible par le recours à la violence et aux révolutions. En présentant l'insurrection comme une

3439 Joseph HUME cité par M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, op. cit., p. 330.

3440 Francis PLACE, cité par M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, op. cit., p. 330.

3441 M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, op. cit., p. 330.

3442 Même lorsqu'il était encore actif au sein des réseaux d'opposition libérale européens, REY affirme s'être souvent trouvé en contradiction avec ses camarades. « Quelques uns se prenaient à rire lorsque je disais que si nous venions un jour au pouvoir, nous ne devrions chercher à le consolider qu'en faisant le bonheur de nos ennemis eux-mêmes » (MSR, t. 2, p. 18).

modalité d'abrogation des lois, Rey adresse un clin d'œil à destination de tous ceux qui s'opposent à la formule démocratique de Rousseau. Seules des lois conformes à la volonté de la majorité sont en mesure de souder la société et d'assurer sa pérennité.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

À l'issue de cette deuxième partie, il est désormais possible de mesurer combien la théorie reyienne du droit et de la législation est avant tout politique. Loin des considérations purement techniques et des commentaires des Codes, les propositions de Joseph Rey révèlent une conception politique du juridique. Ses développements sur le droit et la loi lui offrent en effet l'occasion de proposer un projet de société démocratique et égalitaire dans des termes qui peuvent éventuellement trouver quelque résonance chez ceux qui paraissent pourtant le moins acquis à ce type d'idéal : les juristes.

C'est sans doute pourquoi il apparaît si singulier. Sa théorie du droit est proprement révolutionnaire : inscrite dans l'héritage des Lumières et de la Révolution française, elle conduit à envisager le droit et la législation comme les instruments mêmes de la révolution politique, économique et sociale que Joseph Rey appelle de ses vœux. Mais si celle-ci passe par une modification fondamentale des institutions juridiques, elle présuppose avant tout un changement dans les mentalités. Le juriste est certes acquis à l'idée révolutionnaire que la législation est le rouage central, la pièce clef pour procéder à la réforme politique de la société. Ce n'est toutefois pas le champ d'action dans lequel il souhaitait initialement situer son activité. En effet, c'est parce que le hasard l'a conduit à se porter sur la profession de juriste qu'il développe ses idées en termes juridiques. Son projet premier était de devenir professeur de grammaire, discipline qu'il juge propre à « éclairer les principes du gouvernement, comme toute autre question humanitaire³⁴⁴³ ». C'est précisément le but qu'il poursuit toute sa vie indépendamment des diverses casquettes qu'il revêt selon ses activités. Rey cherche à *éclairer* ses contemporains sur les principes politiques et sociaux pour faire changer leurs mentalités. Par là, il entend continuer à faire vivre les idéaux démocratiques et égalitaires des philosophes du XVIII^e siècle et de la Révolution.

Son combat se situe donc avant tout dans le champ des idées, car « [c]e sont définitivement les idées qui gouvernent les hommes³⁴⁴⁴ ». Rey est conscient de leur puissance et avance ainsi sur le terrain des croyances populaires et de l'imaginaire collectif pour susciter des affects aptes à produire de nouvelles pratiques. Il ne s'est toutefois pas cantonné au domaine des idées puisqu'il a toujours combiné une approche théorique des questions juridiques, sociales et politiques avec des réalités concrètes. Avocat, magistrat, résistant libéral, membre de sociétés de

3443 *Ibid.*, p. 52.

3444 *Ma biographie morale et politique*, p. 89.

charité ou de philanthropie, acteur de la fondation des premières écoles maternelles en France ou encore conseiller municipal, à aucun moment il ne cesse de chercher à mettre en œuvre ses vues théoriques. Mais quand il propose aux juristes de son temps ses principes généraux du droit et de la législation, il agit essentiellement en tant que passeur d'idées qu'il doit adapter au nouveau contexte politique. Il s'agit de les engager à poursuivre la révolution amorcée au siècle précédent tout en tirant les leçons de l'histoire récente. Ce dessein est particulièrement sensible lorsque Rey entreprend d'asseoir le gouvernement représentatif, désormais horizon indépassable, sur un fondement démocratique afin de faire évoluer les pratiques politiques et législatives. Sa théorie juridique révèle encore et surtout le désir de donner une postérité et une réalité à la devise républicaine dont seul le premier terme a connu quelques développements. En effet, si la liberté individuelle est plus ou moins garantie par les Chartes constitutionnelles, l'absence d'égalité et de fraternité est frappante. À défaut d'égalité et de fraternité, la liberté ne peut être que celle des bourgeois privilégiés. C'est précisément ce qui résulte, en pratique, de la doctrine des très formels et très spiritualistes droits subjectifs. Celle-ci étant alors relativement neuve voire même toujours en cours d'élaboration, Rey pouvait par conséquent espérer produire quelques infléchissements en faisant entendre une voix dissidente qui insistait sur la dimension sociale, relationnelle et égalitaire d'un droit conçu à partir d'une philosophie matérialiste. C'est pourquoi il s'engage sans cesse dans d'interminables discussions théoriques avec ses contemporains.

Assurer le succès de la révolution sociale qui remplacera le système de la rivalité et de la concurrence par l'association universelle fondée sur la communauté de biens et la coopération mutuelle passe donc par une *révolution des esprits*. Il faut ainsi équilibrer la théorie et l'action qui sont toujours en interaction constante : insuffler de nouvelles idées (ou continuer à porter et à défendre celles qui n'ont pas encore produit leurs fruits), des idées sociales et égalitaires, pour favoriser la réforme pacifique des institutions, celles-ci agissant à leur tour sur l'évolution des mœurs publiques. Tout le discours porté par Rey peut d'ailleurs être envisagé comme une action : *dire, c'est faire*³⁴⁴⁵. Cette formule ne saurait toutefois s'entendre à la manière dont Austin la comprenait : tenir un discours écrit ou oral constitue une action mais son caractère performatif dépend de sa réception. Car *lire* c'est également *faire*³⁴⁴⁶ et la performativité des énoncés formulés par Rey est effectivement dépendante des lectures qui en ont été faites. Or, trop matérialiste, trop radical, trop politique pour ses homologues, sa théorie juridique ne pouvait créer qu'une réaction de rejet. Le discours reyien sur droit et la législation comme l'ensemble de son œuvre théorique se présente ainsi comme un bastion de résistance contre l'organisation juridique de la « paix bourgeoise ». Mais les rapports de force n'étaient pas à son avantage.

3445 John AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1970.

3446 S. FISH, *Quand lire c'est faire*, *op. cit.*

CONCLUSION GÉNÉRALE

Plusieurs problématiques ont été soulevées tout au long de ce travail. L'une des premières concernait le positionnement de Rey parmi les hommes de son temps et en particulier les juristes. Cette étude a permis de mettre à jour des éléments susceptibles d'expliquer la faible publicité de ses idées.

Né en province et ayant passé le plus clair de son temps loin de la capitale, il ne pouvait tout d'abord bénéficier des meilleurs réseaux de diffusion. Lorsqu'il entreprit de toucher un public large avec la publication du *Journal général de législation et jurisprudence*, la tentative fut un échec, la revue cessant ses activités moins de deux ans après sa création. Enfin, à la différence de la plupart des juristes du premier XIX^e siècle que nous connaissons bien aujourd'hui, Rey n'a pas réussi à se faire une place à l'Université. Certes, à l'époque, la notoriété ne dépendait pas nécessairement du statut de professeur puisque de nombreux praticiens faisaient alors autorité³⁴⁴⁷. Rey n'a toutefois jamais compté parmi ceux-ci. Il n'était pas pour autant un obscur personnage inconnu de ses contemporains. Il a en effet noué des relations avec bon nombre de personnalités importantes de l'époque, Tracy, Lafayette Bentham, Cousin ou Constant : autant de figures intellectuelles et politiques qui auraient pu contribuer à donner une large audience à ses idées. Aussi, bien qu'un certain nombre d'éléments matériels puissent être avancés, il nous semble que les raisons de son insuccès tiennent plus au fond de ses idées et au contexte qu'aux moyens matériels mis en œuvre pour les diffuser.

Ce travail a en effet permis de mettre en lumière un aspect fondamental du contexte du premier XIX^e siècle : le rejet de tout discours apparenté à la philosophie matérialiste du XVIII^e siècle, à Rousseau et, dans une moindre mesure, à la Révolution française. Or, Joseph Rey revendiquait précisément ce triple héritage. Le juriste grenoblois espérait en effet poursuivre l'entreprise d'émancipation amorcée au siècle précédent en se faisant le porte-voix d'une tradition égalitaire et démocratique ancrée sur un socle matérialiste. Sur le plan philosophique, il s'inscrivait dans le sillage d'hommes tels que d'Holbach ou Helvétius. Sur le plan politique, ce sont les idées du *Contrat social* adaptées au régime représentatif et au matérialisme philosophique que l'on retrouve sous sa plume. Toutefois, en dépit des efforts consentis pour rendre son propos audible en l'adaptant à la nouvelle configuration politique post-révolutionnaire, l'échec fut cuisant. Au moment où il écrivait pour donner une postérité aux idées radicales du XVIII^e siècle, d'autres s'employaient à construire le récit qui rattache cet ensemble d'auteurs soit à la

3447 P.-N. BARENOT; « De quelle pensée juridique faisons-nous l'histoire ? », *art. cit.*

Révolution en général (lorsqu'ils la désavouaient entièrement), soit à la Terreur en particulier. Dans l'un et l'autre des cas, il s'agissait de jeter l'alarme : ils soutenaient que certaines idées, la philosophie matérialiste en l'occurrence, étaient dangereuses, créatrices de désordre et de violence. Il convenait donc de les rejeter. Les éclectiques qui dominaient alors le paysage intellectuel se présentaient néanmoins comme des modérés qui cherchaient à protéger les acquis révolutionnaires en termes de libertés individuelles, tout en écartant la dimension égalitaire et démocratique qui, ancrée sur le matérialisme philosophique, aurait été le socle de la Terreur.

Nous avons également pu remarquer que la plupart des premiers socialistes partageaient avec les éclectiques la même adhésion au spiritualisme et le même rejet du matérialisme. Étaient-ils tributaires de la critique du matérialisme proposée par les philosophes depuis le début du siècle ? Cette piste mériterait d'être creusée. Il serait en effet intéressant d'étudier ce qui distingue les différentes formes de socialismes à partir d'une analyse de leurs soubassements philosophiques. À s'en tenir aux trois premières grandes options en présence, celles de Robert Owen, de Fourier et des saints-simoniens, seule la proposition communiste de Owen se fonde sur des présupposés philosophiques matérialistes. Les affinités nombreuses qui relient sa pensée à celle de Rey laissent ainsi supposer que la philosophie est un criterium pertinent pour discriminer les nombreuses manières de concevoir le socialisme dans le premier XIX^e siècle. Quand on sait par ailleurs que, quelques années plus tard, Marx partagera les mêmes réquisits, cette piste mériterait d'être creusée.

Mais telle n'est pas là l'objet de nos préoccupations. L'heuristique qui traverse notre travail est celle de l'héritage. Et l'on peut affirmer de ce point de vue que le contexte dans lequel Rey a formulé ses idées philosophiques, politiques ou juridiques n'était guère propice à leur réception. Le milieu des juristes en particulier, acquis à l'éclectisme cousinien, faisait front contre tous ceux qui tentaient de proposer des doctrines inscrites dans l'héritage matérialiste du XVIII^e siècle. Jugé indigne de la nature humaine, le matérialisme conduisait à leurs yeux à renverser tous les fondements de l'ordre social et politique qu'il s'agissait désormais de protéger envers et contre tout.

Le rapport entre philosophie et politique mérite d'autant plus d'être questionné que la portée révolutionnaire du matérialisme est défendue par d'autres auteurs que les seuls hommes du premier XIX^e siècle. Sartre remarquait par exemple que cette option philosophique fut toujours liée « à l'attitude révolutionnaire³⁴⁴⁸ ». Sous sa plume, Épicure apparaissait ainsi comme « [l]e premier qui voulut nommément débarrasser les hommes de leurs craintes et de leurs

3448 Jean-Paul SARTRE, « Matérialisme et Révolution », *Situations III*, Paris, Gallimard, 1949, p. 173.

chaînes, le premier qui voulut, dans son enclos, abolir le servage³⁴⁴⁹ ». Selon Jean-Paul Sartre, le matérialisme serait en effet « le meilleur instrument d'action » pour changer le monde, « une force de mobilisation, de transformation et d'organisation »³⁴⁵⁰ qui aurait largement contribué « à préparer la Révolution de 1789³⁴⁵¹ ».

Aujourd'hui, l'historien des idées Jonathan Israel avance également l'existence d'une filiation entre une certaine forme de radicalité philosophique et le développement des idées révolutionnaires³⁴⁵². En étudiant les philosophes des Lumières, il propose une nouvelle manière d'envisager le partage entre Lumières radicales et Lumières modérées. À la suite des recherches réalisées par Margaret Jacob³⁴⁵³, il affirme que les idéaux démocratiques et égalitaires que la Révolution française a cherché à mettre en œuvre trouvent leurs origines philosophiques dans la branche radicale des Lumières qu'il fait remonter à Spinoza. D'après lui, les revendications d'égalité, de liberté et de démocratie (représentative) sont principalement le produit d'écrits radicaux, parmi lesquels il range ceux de d'Holbach, Helvétius, Diderot ou encore Condorcet. Il définit ainsi leurs principes fondamentaux :

« démocratie ; égalité raciale et sexuelle ; libre choix individuel du style de vie ; liberté totale de pensée, d'expression et de la presse ; éradication de toute autorité religieuse dans l'établissement des lois et dans l'éducation ; séparation complète de l'Église et de l'État : celui-ci, entièrement séculier, a pour but de promouvoir les intérêts terrestres de la majorité, et d'empêcher que les intérêts privés d'une minorité prennent le contrôle de la fabrication des lois. Les Lumières radicales ont pour maxime directrice que tous les êtres humains ont les mêmes besoins fondamentaux, les mêmes droits et le même statut [...] ; tous, par conséquent, doivent être traités de la même manière, sur la base de l'équité [...] ; tous méritent que les intérêts propres et leurs aspirations soient respectés à égalité par la loi et par le gouvernement. Les Lumières radicales sont universalistes : tous les êtres humains ont le même droit de rechercher le bonheur selon leurs propres voies, de penser et de dire ce qu'ils tiennent pour juste³⁴⁵⁴ ».

Les Lumières radicales furent dans une très large mesure des penseurs matérialistes ou du moins monistes³⁴⁵⁵ et Israel considère que cette position philosophique fut essentielle à l'affirmation de leur radicalité politique. Il estime d'ailleurs que l'avènement des Idéologues sur la scène politique et surtout la réhabilitation publique de Condorcet constituent une « brève restauration des

3449 *Ibid.*, p. 173-174.

3450 *Ibid.*, p. 168-169.

3451 *Ibid.*, p. 174.

3452 J. ISRAEL, *Une révolution des esprits, op. cit.* Et dans une moindre mesure, on retrouve également cette idée dans *Radical Enlightenment, op. cit.*

3453 Margaret JACOB, *The Radical Enlightenment : Pantheists, Freemasons and Republicans*, London, George Allen and Unwin, 1981.

3454 J. ISRAEL, *Une révolution des esprits, op. cit.*, p. 1-2.

3455 « [I]l ne pouvait y avoir que deux versions des Lumières : d'un côté, des Lumières modérées (dualistes), qui préconisent un équilibre entre raison et tradition, et soutiennent majoritairement le *statu quo* ; de l'autre côté, des Lumières radicales (monistes), qui rassemblent l'esprit et le corps en une unité, réduisent Dieu et la nature à la même chose, excluent les miracles et les esprits détachés des corps, et invoquent la raison, et non la tradition, comme seul guide pour la vie humaine » (J. ISRAEL, *Une révolution des esprits, op. cit.*, p. 25).

Lumières radicales³⁴⁵⁶ » après l'épisode de la Terreur – qu'il juge pour sa part tout à fait étrangère aux idées développées par les radicaux.

Les discussions auxquelles ont donné lieu les travaux d'Israel doivent engager à les prendre avec des précautions suffisantes. Il lui a surtout été reproché, à juste titre, de s'intéresser aux idées et aux écrits philosophiques, qu'il suppose en mesure de changer les mentalités, sans vraiment s'arrêter sur leur circulation, leur réception et donc sur le contexte³⁴⁵⁷. Autrement dit, il ne serait pas véritablement en mesure de montrer comment, concrètement et matériellement, les idées des philosophes radicaux ont pu imprégner les mentalités au point de mener à la grande Révolution de 1789.

Par ailleurs, il serait également téméraire de se fonder sur ses affirmations pour considérer que la radicalité des revendications politiques est nécessairement adossée à une philosophie matérialiste. Israel lui-même semble parfois remarquer un divorce entre les deux. Rousseau vient ici, une nouvelle fois, perturber les catégories : il brouille les cartes en participant des deux courants à la fois. Il combat l'athéisme, adopte une conception dualiste de l'être humain, croit au caractère inné du sentiment de justice³⁴⁵⁸, etc. Autant d'affirmations qui le distingue du parti encyclopédiste et de la radicalité qu'il affiche. Mais Jonathan Israel considère malgré tout que Rousseau propose, avec *l'Émile* et le *Contrat social*, « la pierre angulaire d'un puissant nouveau radicalisme qui est à la fois philosophique, politique et moral³⁴⁵⁹ ». Démocrate et égalitariste, le citoyen de Genève fonde en effet son propos sur une philosophie spiritualiste qui l'éloigne du courant matérialiste et radical des Lumières. Aussi la dichotomie entre radicaux (matérialistes monistes) et modérés (spiritualistes ou idéalistes dualistes) présente des limites et

3456 J. ISRAEL, *Une révolution des esprits*, op. cit., p. 229.

3457 Margaret JACOB écrit ainsi : « Il y a une différence méthodologique profonde entre Jonathan Israel et moi sur la manière d'aborder les textes. Pour ma part, j'y vois des actes de parole, écrits en relation avec leur époque, et qui ne peuvent être compris qu'en relation avec leur contexte. De même, apprécier leur réception requiert un autre exercice qui consiste à recréer la temporalité, et non pas un exercice les incluant dans une échelle présumée de principes rationnels et cohérents, ou en les en excluant. Léo Strauss a appris aux historiens à penser de cette manière, mais nous connaissons les dégâts que ses méthodes peuvent causer dans l'entreprise de recherche de la vérité » (M. JACOB et J. ISRAEL, « Interviews croisées », *Lumières*, n° 13, 2009/1, p. 28-29). Voir également David A. BELL, « Where do we come from ? », *The New Republic*, 8 février 2012 [En ligne : <https://newrepublic.com/article/100556/spinoza-kant-enlightenent-ideas>, consulté le 01.4.2022] ; Marc BELISSA, « Les Lumières radicales. La Philosophie, Spinoza et la naissance de la modernité (1650-1750) », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 345, 2006, p. 206 ; Antoine LILTI, « Comment écrit-on l'histoire intellectuelle des Lumières ? Spinozisme, radicalisme et philosophie », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2009/1, p. 177).

3458 J. ISRAEL, *Radical Enlightenment*, op. cit., p. 719.

3459 « Written at the same time as the *Contrat social*, *Émile* forms, together with that work, the fullest, most mature statement of Rousseau's thought, constituting the cornerstone of a potent new radicalism which is at once philosophical, political, and moral » (J. ISRAEL, *Radical Enlightenment*, op. cit., p. 718).

ces catégories totalisantes ne rendent pas toujours justice aux philosophes du passé³⁴⁶⁰. Avec Rousseau puis, plus tard, avec les premiers socialistes, on remarque en effet un divorce, ou du moins une impossibilité de rabattre purement et simplement les opinions politiques sur des écoles philosophiques. Nous avons d'ailleurs pu constater que Destutt de Tracy, qui partage pourtant le même héritage philosophique que Joseph Rey et que Israel reconnaît comme un héritier des philosophes radicaux³⁴⁶¹, n'aboutit pas du tout aux mêmes conclusions pour ce qui concerne l'égalité. L'originalité de Rey consiste dans la synthèse qu'il opère entre les idées libérales de Tracy ou de Bentham et les nouvelles théories socialistes pour proposer une manière de penser l'égalité et la liberté ensemble et non dans un rapport antagoniste³⁴⁶². De même, il ne suffit pas de remarquer que les spiritualistes éclectiques du premier XIX^e siècle fondent leur refus de la démocratie ou de l'égalité réelle sur une certaine philosophie pour en conclure que le spiritualisme est inapte à concevoir l'une et l'autre. Il faudrait plutôt dire que la philosophie matérialiste crée sans doute une disposition plus grande à la radicalité politique en ce qu'elle s'émancipe à la fois de la tradition, de la religion et de toutes les conceptions métaphysiques qui peuplent nos représentations de l'homme, du bien, de la vie sociale, etc... Autrement dit, la philosophie matérialiste crée les conditions favorables à une émancipation tous azimuts, sans pour autant pousser nécessairement ses adeptes vers la révolution égalitaire et démocratique des idées ou des pratiques.

Si la contribution de Jonathan Israel mérite donc d'être nuancée, il ne faut toutefois pas oublier qu'il n'est ni le seul ni le premier à tisser ce lien étroit entre philosophie radicale et émancipation politique. À suivre Rey comme on l'a fait, on ne saurait nier que les travaux de Jonathan Israel ont ouvert des perspectives heuristiques fécondes et que notre étude peut, dans une certaine mesure, contribuer à cette histoire des origines matérialistes de la démocratie moderne (représentative) et des revendications égalitaires. Nous avons en effet pu constater que les vues politiques de Rey s'ancrent sur un matérialisme philosophique qui se décline sous la forme d'un utilitarisme hédoniste. Son adhésion aux principes démocratiques et égalitaires tient à

3460 C'est une remarque formulée notamment par Margaret JACOB : « [T]out en accordant qu'il existe dans les Lumières des variantes incluant radicaux, modérés et conservateurs, je trouve que tout énoncé qui jette Montesquieu, Ferguson et Smith dans le lit de Procuste où l'on trouve les défenseurs de la domination, de l'aristocratie et de la Cour invente un système totalisant et ne rend pas justice à la subtilité et à l'ampleur de la pensée qui l'anime (*sic*) » (« Interviews croisées », *art. cit.*, p. 25). Samuel MOYN reproche également à ISRAEL de fonctionner avec une liste de valeurs conformes à la pensée radicale et de classer ensuite les auteurs selon ces critères (« Mind the Enlightenment », *The nation*, 12 mai 2010 [En ligne : <https://www.thenation.com/article/archive/mind-enlightenment/>, consulté le 15.04.2018]).

3461 J. ISRAEL, *Une révolution des esprits*, *op. cit.*, p. 229.

3462 Ludovic FROBERT et Mickael DROLET font le même constat : « Rey sought to bridge a widening gap between the competing and contested variants of liberalism and socialism. He sought to reconcile liberal freedom with republican self-determination, and to accommodate both to a radical and thoroughgoing idea of equality » (« Kindness as the foundation to community », *art. cit.*, p. 117-118).

cette conviction qu'aucune société ne peut fonctionner de manière harmonieuse et pérenne dès lors que la majorité des individus demeure insatisfaite car, dans ce cas, les rapports de force sont inversés. Lorsque le pouvoir de décision est disjoint de la puissance matérielle du nombre alors aucun équilibre n'est possible. C'est d'ailleurs pourquoi, malgré son désir de théoriser un ensemble de principes de législation rationnels et de portée universelle, Rey ne peut écarter entièrement la question de la réception populaire des lois. La nécessité de recueillir l'assentiment des destinataires de la loi est effectivement très présente dans sa manière de concevoir son élaboration, son application et son abrogation. L'égalitarisme de Rey tient également à son matérialisme. Outre le fait que cette approche lui permet de dépasser l'égalité juridique pour penser l'égalité réelle, le juriste est également certain que lorsque les inégalités de condition sont telles qu'une minorité vit dans l'abondance au détriment de la majorité, la pérennité de l'ordre social ne peut plus être assurée. C'est peut-être sur ce point que le devenir de nos sociétés capitalistes lui a le plus donné raison puisque l'accroissement des inégalités sociales ne cesse de susciter des mouvements de révoltes à travers le monde. Peut-être est-ce parce que, à la différence de ce que considère Jonathan Israel, les valeurs défendues par les matérialistes radicaux n'ont pas « fini par triompher dans une bonne partie du monde après 1945³⁴⁶³ ». Il nous semble en effet que le monde est toujours dominé par une forme de libéralisme proche de celui promu par la philosophie spiritualiste post-révolutionnaire, notamment l'éclectisme. Ce constat, qui mériterait discussion, permet d'ailleurs d'expliquer le succès qu'ont connu les éclectiques et plus largement les libéraux d'une part, et l'oubli historiographique dans lequel Rey est tombé d'autre part. L'histoire est toujours écrite du point de vue des vainqueurs. Celle du matérialisme dans la France du premier XIX^e siècle reste encore à faire car elle pourrait contribuer à réveiller certains imaginaires politiques oubliés. Poursuivre une réflexion de fond sur les rapports entre philosophie et politique offrirait en outre des perspectives heuristiques intéressantes et apparaît ainsi nécessaire pour tenter de repenser à nouveaux frais les problématiques de l'époque moderne.

Aussi stimulantes que puissent être ces perspectives, l'objet de notre étude était de circonscrire autant que possible les rapports entre droit et philosophie. Plusieurs questions se présentent de ce point de vue. Est-il possible, et le cas échéant comment, de construire une théorie du droit ancrée sur un socle matérialiste ? Joseph Rey y parvient-il ? Et quels dividendes pouvons-nous tirer d'une telle approche du droit ? Pour répondre à ces questions, il nous semble nécessaire d'envisager le matérialisme (de même que le spiritualisme) comme une manière particulière d'approcher le réel.

3463 J. ISRAEL, *Une révolution des esprits, op. cit.*, p. 2.

Pour reprendre la définition qu'en propose Clément Rosset, le réel est « l'existence en tant que fait singulier, sans reflet ni double : une *idiotie* donc, au sens premier du terme³⁴⁶⁴ ». Le réel est ainsi indicible, « c'est ce qui reste... quand on se tait [...], *c'est le silence*³⁴⁶⁵ », pour reprendre les mots d'André Comte-Sponville. Par conséquent, tout discours sur le réel nous en éloigne nécessairement. Toute tentative de description du réel est toujours un acte de création langagière. « Parler le réel, c'est le manquer », voire le « déborder »³⁴⁶⁶. Cependant, il existe différentes façons de l'aborder selon qu'on le juge suffisant ou insuffisant. Et l'histoire de la philosophie, notamment de la métaphysique, témoigne d'une « réticence ancestrale [...] à prendre en considération la seule réalité³⁴⁶⁷ ». Inlassablement, les penseurs ont doublé le réel en créant des « êtres imaginaires », pour reprendre le vocable reyen. Si tout discours sur le monde, aussi descriptif qu'il se veuille, constitue nécessairement une manière de doubler le réel, la tâche d'une bonne philosophie tient alors moins à l'énoncé d'un discours vrai qu'à la réfutation des « idées beaucoup plus fausses que la vérité qu'elle énonce *a contrario* »³⁴⁶⁸.

Or, quiconque admet cette façon de concevoir la philosophie sera forcé de reconnaître que le spiritualisme et ses dérivés en matière de doctrine juridique ne remplissent pas leur office. Loin de chercher à revenir à la matière la plus brute pour tenter d'accéder à la connaissance du monde, les philosophes et juristes spiritualistes greffent au contraire sur cette matière première un ensemble de doubles, d'idées, de fantômes et autres êtres imaginaires qui n'ont nulle consistance, mais qui doivent pourtant donner les clefs d'intelligibilité ou d'interprétation du réel. Ce sont la raison cousinienne, le sens moral, le sentiment intime ou encore le libre-arbitre qui sont ainsi présentés au lecteur comme éléments constitutifs de la nature humaine. À l'inverse, Joseph Rey entend accéder à la connaissance de l'homme à partir de la seule matière brute du corps humain et de ses mécanismes de fonctionnement. Son entreprise est donc cruelle, au sens premier et le plus fort du terme. « *Cruor*, d'où dérive *crudelis* (cruel) ainsi que *crudus* (cru, non digéré, indigeste), désigne la chair écorchée et sanglante : soit la chose elle-même dénuée de ses atours ou accompagnements ordinaires, en l'occurrence de la peau, et réduite à son unique réalité, aussi saignante qu'indigeste³⁴⁶⁹ ». Indigeste, la réalité l'est à n'en pas douter pour les penseurs spiritualistes qui entendent précisément s'élever au-dessus de la matière pour découvrir des vérités d'un ordre supérieur. Certes, elle l'est aussi aux yeux de Rey comme le suggère toute son entreprise théorique destinée à proposer une nouvelle organisation sociale. Adopter une

3464 C. ROSSET, *Le réel, Traité de l'idiotie*, Paris, Éditions de minuit, 1977/2004, p. 7.

3465 André COMTE-SPONVILLE, *Une éducation philosophique*, Paris, P.U.F., 1989, p. 340.

3466 C. ROSSET, *Le réel, Traité de l'idiotie, op. cit.*, p. 101.

3467 C. ROSSET, *Le principe de cruauté*, Paris, Éditions de minuit, 1988, p. 12.

3468 *Ibid.*, p. 37.

3469 *Ibid.*, p. 18.

approche matérialiste et admettre le tragique ne confine pas nécessairement à une posture fataliste car le réel est mouvement continu, changement, évolution, et l'affirmation d'une nouvelle théorie du droit peut participer à cette transformation du réel. Mais cette approche du monde nécessite une certaine patience et implique, quoi qu'il en soit, de commencer par dire un grand oui au réel avant d'entreprendre une réflexion sur ses possibilités d'amélioration³⁴⁷⁰.

Peu importe la manière d'envisager le droit et la loi, ces concepts ont toujours pour fin de déterminer ce qui devrait être afin de modifier ce qui est³⁴⁷¹. Si pour Rey le réel apparaît peut-être plus suffisant que pour les spiritualistes, il ne le juge pas pour autant toujours satisfaisant. Il se distingue surtout de la plupart des ses contemporains parce qu'il tente de penser la morale et le droit à partir des mécanismes biologiques et physiologiques de l'être humain. C'est donc en partant du cru qu'il tente de déterminer le devoir-être à partir d'une connaissance de ce vers quoi l'homme tend de lui-même, c'est-à-dire en tant qu'organisme mu par un désir de conservation et de bien-être. Le juriste propose ainsi un nouvel équilibre entre *être* et *devoir-être*. Mais il faut cependant reconnaître que Rey n'est peut-être pas toujours aussi rigoureux qu'il le souhaiterait. Proposer une norme et affirmer l'existence de cette norme correspond en effet à deux registres bien différents. Or, le juriste recourt parfois à des affirmations et au champ lexical de la vérité objective alors même qu'il développe des propositions purement normatives.

Nous avons vu qu'en revendiquant la méthode d'observation, Rey en propose une interprétation personnelle assez extensive puisqu'il considère que l'enquête ne doit pas se limiter à rechercher ce qui est, mais doit également contribuer à déterminer ce qui *devrait être*³⁴⁷². Il cherche ainsi à donner un sens aux phénomènes qui se présentent, à donner un sens au hasard et, *in fine*, à ordonner le désordre. Il confère alors au réel une *valeur ajoutée*³⁴⁷³. Il donne une signification à l'insignifiant. Si ses préventions contre le spiritualisme l'empêchent de sauter à

3470 De ce que nous avons pu aborder de la réflexion juridique de Charles COMTE, il nous semble que c'est lui qui parvient le mieux à suivre cette voie lorsqu'il rédige son *Traité de législation*.

3471 En effet, « dire que le droit est l'univers qui définit ce qui doit être, revient nécessairement à dire qu'il pose ce qui n'est justement pas » (Olivier CAYLA, « Ouverture : Le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », *Le Droit, Revue française de théorie juridique, La fiction*, n° 21, Paris, P.U.F., 1995, p. 5). « Le droit, affirme-t-on souvent, traduit le réel, dénonce le mensonge et ne tolère pas l'erreur. Rien n'est plus inexact. Le droit vit, en effet, de fictions qui s'opposent au réel, officialise le mensonge et fabrique délibérément l'erreur » (Jean-Louis BAUDOUIN, « Rapport général », in *La vérité et le droit (journées canadiennes)*, Travaux de l'association Henri Capitant, 1987, t. 38, Paris, Economica, 1989, p. 22).

3472 Voir *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 1, II.

3473 Pour reprendre l'image de Clément ROSSET, qui ajoute : « La signification dont on affuble le réel n'est pas une vérité démontrable, un fait observable, une réalité tangible qu'il suffirait d'exhiber pour convaincre les incrédules. Mais plutôt un ton, un parfum, un air, bref une "valeur", dans tous les sens du terme [...]. Toute réalité est ainsi susceptible de s'enrichir d'une valeur ajoutée qui [...] la rend néanmoins autre, disponible, capable de s'intégrer aussi bien dans un circuit de consommation quelconque que dans une philosophie, dans une circulation intellectuelle du sens » (*Le réel, Traité de l'idiotie, op. cit.*, p. 40-41).

pieds joints dans l'oasis de l'abstraction, son désir presque ontologique de voir ses semblables vivre heureux dans une société harmonieuse le conduit parfois au-delà d'un matérialisme rigoureux. Car cette option philosophique est ici à double tranchant. D'un côté, elle implique une prise en compte des rapports des forces qui peut incliner à considérer que, tôt ou tard, les antagonismes sociaux devront se résoudre par l'avènement d'une société démocratique et égalitaire (communiste) comme le veut le schéma marxiste. De l'autre, si le matérialisme ne fait pas obstacle à une axiologie des plaisirs et des peines du point de vue individuel et dès lors qu'elle n'est pas normative, il n'offre pas de véritable assise à l'idée d'un droit à l'égalité ou d'un droit légitime ou naturel qui est pourtant au cœur du projet reyien. Cette tension soulève donc une interrogation.

Rey a-t-il vraiment cru à l'existence d'un véritable droit naturel, ainsi qu'il l'affirme ? Nous avons de très fortes raisons d'en douter. Il faut en effet se rappeler les développements qu'il consacre aux idées en général, lesquelles *n'existent que dans notre esprit*. Le juriste avance en Idéologue lorsqu'il cherche à théoriser le droit et commence par retracer la genèse idéologique des notions de droit et devoir. Or, ce qui distingue par exemple l'idée d'une rose de celle de bonté ou de droit, c'est la substance des objets auxquels ces concepts renvoient. Alors qu'une rose présente une réalité matérielle et palpable à l'ensemble des observateurs, les notions de l'ordre moral dépendent largement de la subjectivité de chacun. Bien que Rey tente d'asseoir son propos sur des éléments plus tangibles que ses adversaires spiritualistes, notamment sur le fonctionnement biologique du corps humain, il n'en demeure pas moins que le droit apparaît, à certains égards, comme un de ces *êtres imaginaires* qu'il condamne par ailleurs. Quand il se limite à penser le droit comme ce qui est conforme aux lois de notre organisation biologique, Rey ne s'écarte pas vraiment du réel. Mais lorsqu'il introduit une notion de réciprocité entre les droits et les devoirs des individus à l'échelle sociale – pour proposer un droit à vocation égalisatrice et poser le devoir des plus forts ou des plus riches d'apporter leur assistance aux plus faibles ou aux plus pauvres –, il faut bien reconnaître qu'il produit lui-même un discours qu'il souhaiterait performatif.

C'est toute la difficulté qu'il y a à penser les questions de l'ordre moral selon une philosophie matérialiste, d'autant plus lorsqu'il s'agit de proposer une axiologie à l'échelle sociale qui se veut normative et qui ne se fonde pas sur des bases incertaines. Joseph Rey conçoit alors la société comme une sorte d'organisme possédant ses propres lois d'organisation et met ainsi à bonne distance la perception individualiste qui domine la pensée libérale. Si cette forme d'individualisme s'avère effectivement inadaptée, dans le sens où l'individu ne saurait sérieusement se concevoir indépendamment de toute relation aux autres, la reconnaissance de

l'interdépendance des hommes n'implique pas pour autant une nécessaire solidarité bienveillante entre eux. Passer du descriptif au prescriptif implique toujours un jugement de valeur et le recours à la science n'est pas une garantie d'impartialité. N'a-t-on pas vu des travaux scientifiques mobilisés pour justifier des options aussi diverses que le darwinisme social ou le devoir d'entraide³⁴⁷⁴ ?

Il est vrai que de plus en plus de travaux tendent à présenter, non seulement les sociétés humaines, mais l'ensemble du monde animé, voire inanimé, comme un écosystème dont chacun des éléments est interdépendant. Notre époque est effectivement marquée par une prise de conscience de plus en plus vive de l'interdépendance du vivant³⁴⁷⁵. On sait aujourd'hui qu'il existe une « communauté de destin entre l'homme, la société et son environnement³⁴⁷⁶ ». La récente épidémie de Covid-19 n'a fait que le confirmer³⁴⁷⁷. Déjà sensible à ces questions et à ces enjeux, Rey ne néglige d'ailleurs pas les rapports avec les animaux non humains lorsqu'il s'interroge sur la morale. Dans ses *Bases de l'ordre social* il propose quelques développements dans lesquels il insiste sur la nécessité de préserver autant que possible le bien-être des autres espèces, puisqu'elles contribuent à la fois à la satisfaction des intérêts matériels et affectifs des hommes³⁴⁷⁸. Il est donc conscient qu'il existe une interdépendance plus vaste que celle qui lie les hommes entre eux. S'il considère malgré cela que « la science générale de la nature est encore trop arriérée pour que

3474 C'est ce que tente de faire REY en son temps et ce que fera par la suite KROPOTKINE lorsqu'il discute les travaux des scientifiques et de DARWIN en particulier pour s'opposer aux lectures de Hebert SPENCER et mettre en avant l'entraide comme *facteur de l'évolution* (*L'entraide, un facteur de l'évolution*, nada éditions, Paris, 2020) ; voir également Claire VACHET, « Pierre Kropotkine et la loi naturelle de l'entraide : le fondement d'un droit nouveau ? », *Clio@Themis*, n° 20, 2021 [En ligne : <http://journals.openedition.org/cliothemis/1250>, consulté le 12.08.2022].

3475 Le terme « vivant » venant par ailleurs se substituer à celui de « nature », afin d'éviter notre traditionnelle distinction entre nature et culture. Celle-ci place l'homme dans une position d'extériorité par rapport à la nature et aux autres vivants, animaux non humains comme végétaux. Voir notamment Philippe DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005. Dans le champ du droit, le terme de « biodiversité » permet de penser les relations entre toutes les espèces et leur milieu, et « de s'abstraire [...] de la vision traditionnelle qui sépare espaces naturels et espaces anthropisés » (Anny ROUSSO, « Le principe de solidarité écologique ou l'irruption de la science dans le droit », *Revue juridique de l'environnement*, t. 44, 2019/3, p. 485)

3476 Selon l'expression de l'écologue et géographe Raphaël MATHEVET, cité par A. ROUSSO, « Le principe de solidarité écologique », *art. cit.*, p. 86.

3477 C'est ce que remarquent par exemple Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRENE et Véronique JAWORSKI dans un rapport fait pour le groupes des Verts au Parlement européen : « La situation actuelle, sur le plan écologique et sanitaire, appelle à une prise de conscience existentielle : celle de l'interdépendance du vivant humain et non humain et de tout ce qui l'entoure, autrement dit de l'existence d'un lien matriciel qui affirme que de la protection de la planète, notre maison-mère, dépend la survie de l'humanité, la communauté des hommes. Ce lien, intra-spatial, inter-espèce et intergénérationnel, suppose des rapports positifs de réciprocité et d'échanges dans un respect mutuel, ceci, pour une cohabitation en bonne entente, une harmonie d'ensemble, en un mot : un équilibre » (*Des changements de paradigme juridique pour un droit de l'environnement renforcé*, s.l., Les Verts, 2021, p. 6).

3478 *DBOS*, t. 2, p. 180-183.

nous puissions établir des lois *morales* applicables à *tout* ce qui existe³⁴⁷⁹ », il ne ferme pas la porte aux progrès futurs. Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'utilitarisme (et la prise en compte de la sensibilité) constitue l'un des socles de la pensée antispéciste contemporaine, représentée notamment par Peter Singer³⁴⁸⁰. On en trouve les germes chez Bentham³⁴⁸¹. Et bien que Rey mette en avant « *l'égoïsme* de l'espèce humaine³⁴⁸² », autrement dit son spécisme, sa philosophie force à prendre en compte les plaisirs et les souffrances des autres animaux. Et lorsqu'il suggère la possibilité future *d'établir des lois morales applicables à tout ce qui existe*, on peut remarquer qu'il anticipe certains développements de nos législations contemporaines sur l'écologie et la préservation de la biodiversité des écosystèmes³⁴⁸³. Plus modeste dans sa portée, puisque notre juriste se limite alors à penser l'interdépendance des êtres humains, l'idée de réciprocité qui est au cœur de la théorie reyenienne du droit n'est donc pas tout à fait dépourvue d'attaches matérialistes, bien qu'à son époque les fondements scientifiques puissent encore faire défaut. Mais malgré tout, les principes et normes juridiques qu'il prétend déduire de cette interdépendance ne peuvent se présenter comme de pures et simples déductions tirées de l'observation du réel.

Même si Rey n'est peut-être pas le plus rigoureux des matérialistes, son approche prévient néanmoins certaines conséquences juridiques qu'un *refus du réel* peut entraîner. Nous pouvons ici apprécier l'apport d'une philosophie matérialiste dans l'approche du droit et de la législation. Force est de reconnaître que la théorie de Joseph Rey aurait évité une foule de discussions relatives à la dialectique droit objectif/droits subjectifs. Qui, en effet, peut penser un droit propre à l'individu s'il ne se situe pas en décalage avec ce que le réel donne à voir ? Comment penser le droit autrement que comme le produit d'une transaction sociale, le résultat d'un échange ou simplement comme un instrument permettant de donner une mesure, de fonder un équilibre ? Il est vrai que Rey tente de ménager une place, dans le champ juridique, pour une sorte de droit de conservation pensé d'un point de vue purement individuel. Mais c'est pour réintégrer

3479 *Ibid.*, p. 181.

3480 Peter SINGER, *La Libération animale*, Paris, Payot, 2012.

3481 « Ce que nous proposons, c'est d'étendre le domaine du bonheur partout où respire un être capable de le goûter ; et l'action d'une âme bienveillante n'est pas limitée à la race humaine ; car si les animaux que nous appelons inférieurs n'ont aucun titre à notre sympathie, sur quoi s'appuieraient donc les titres de notre propre espèce ? La chaîne de la vertu enserme la création sensible tout entière. Le bien-être que nous pouvons départir aux animaux, est intimement lié à celui de la race humaine, et celui de la race humaine est inséparable du nôtre. Il serait [...] grandement à désirer que quelque moraliste bienfaisant prît les animaux sous sa protection, et revendiquât leurs droits à la protection des lois et à la sympathie des hommes vertueux. » (J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale*, t. 1, Bruxelles, J. P. Meline, 1834, p. 27-28)

3482 *DBOS*, t. 2, p. 181.

3483 Cherchant à « conceptualiser les avancées de la science par la création de nouveaux principes », la loi du 8 août 2016 est venue poser le « principe de solidarité écologique » qui « reconnaît pour la première fois et de façon explicite l'interdépendance de tous les êtres vivants entre eux et avec leur milieu » (A. ROUSSO, « Le principe de solidarité écologique », *art. cit.*, p. 484).

immédiatement cette exception dans le cadre d'une réflexion sur la société et l'inscrire au sein des principes sociaux. Sans se priver de penser le droit à partir de l'individu, le juriste ne plonge donc jamais complètement dans le domaine de l'abstraction et la question du conflit entre divers droits est, de fait, exclue. Si les intérêts peuvent éventuellement se trouver prisonniers de rapports antagonistes, le droit apparaît précisément comme ce qui vient régler le conflit. Ainsi, les libertés et les droits individuels ne s'opposent pas les uns aux autres mais apparaissent et se développent ensemble.

L'étude de Joseph Rey ne présente donc pas seulement un intérêt historique puisqu'il est toujours possible de tirer de nouveaux dividendes de son approche matérialiste du réel et de la théorie du droit qu'il propose en conséquence. Par ailleurs, certaines de ses préoccupations sont encore les nôtres aujourd'hui, à une époque fortement marquée par les questions de justice sociale. Les idéaux égalitaires, communautaires et coopératifs de notre auteur, loin d'avoir été réalisés, continuent à être portés par divers groupes d'hommes et de femmes. Les propositions de Joseph Rey conservent donc une actualité certaine dans un contexte où l'idée d'un retour à des formes d'association liées par l'entraide et la solidarité apparaît de plus en plus séduisante.

Lire Joseph Rey au XXI^e siècle permet ainsi d'accéder à l'univers du XIX^e siècle qui fonde notre modernité politique et juridique, tout en suscitant des réflexions sur nos formes contemporaines d'organisation sociale et politique. Aborder l'histoire à partir du point de vue des vaincus, qu'il s'agisse des véritables dominés ou des propositions théoriques marginalisées, permet alors d'offrir une nouvelle manière de comprendre notre présent tout en nourrissant nos imaginaires et en cultivant l'horizon des possibles.

ANNEXES

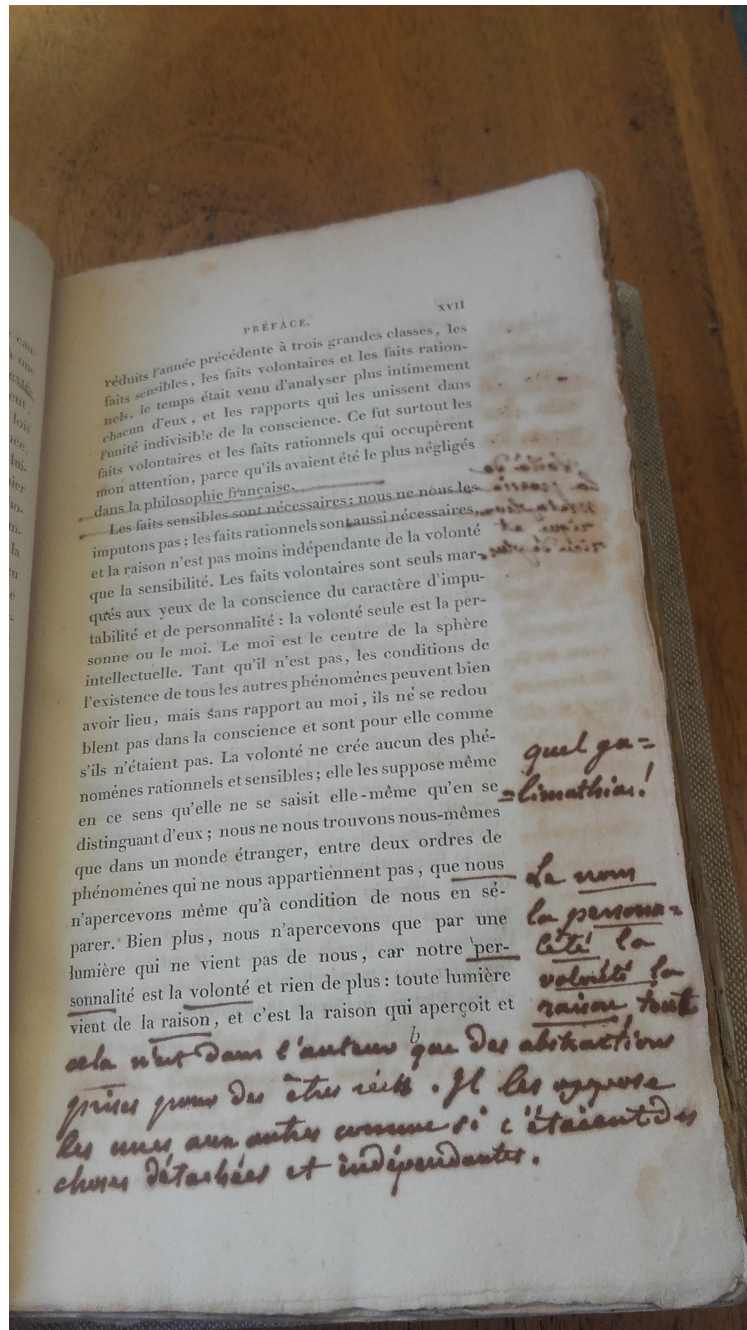


Illustration n° 1: Marginalia de Joseph Rey sur l'ouvrage de Victor Cousin, *Fragments philosophiques*, Paris, Sautetlet, 1826, p. xviii (BMG, F. 5194).

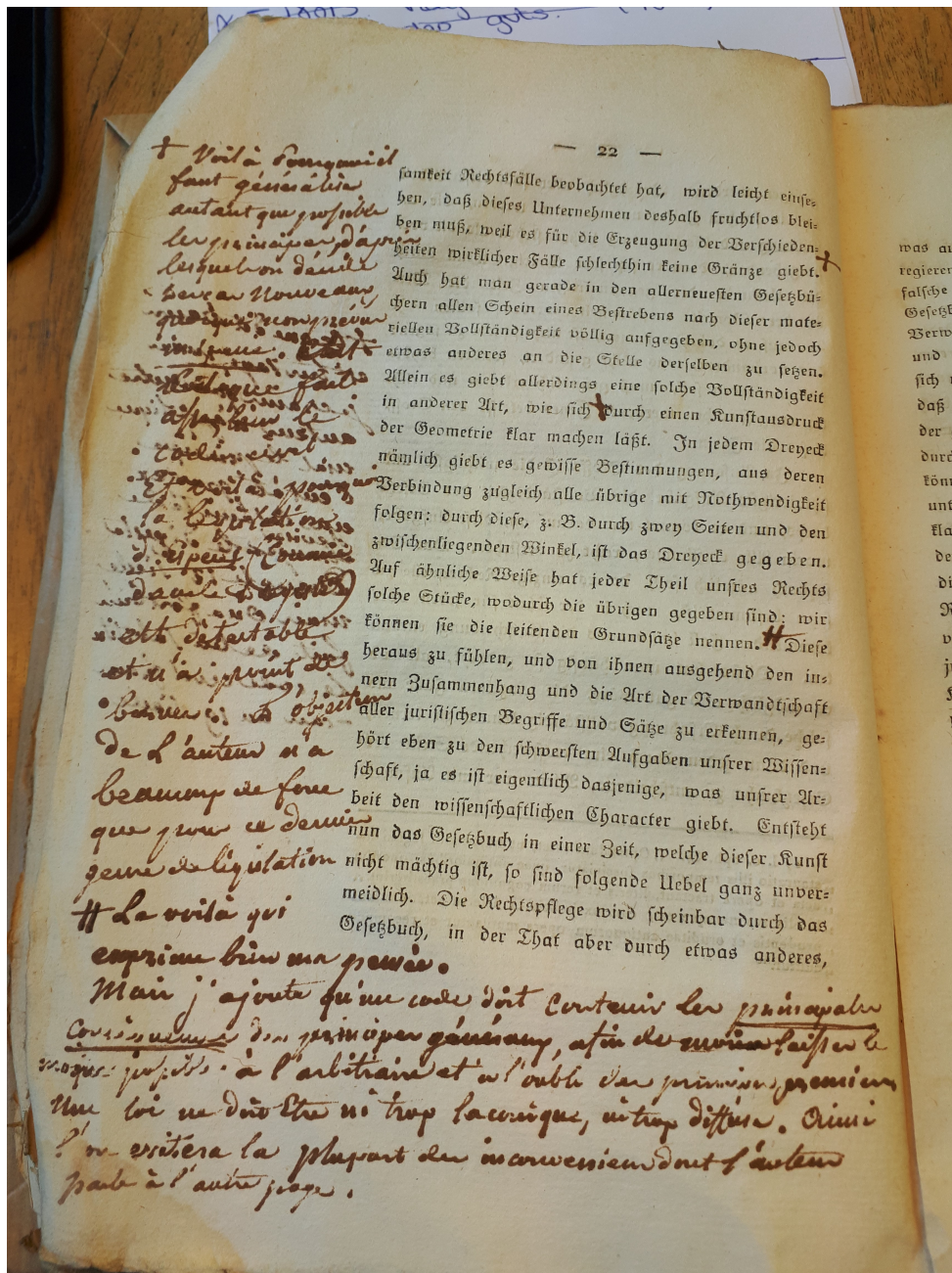


Illustration n° 2 : Marginalia de Joseph Rey sur l'ouvrage de Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, p. 22 (BMG, F. 11433).

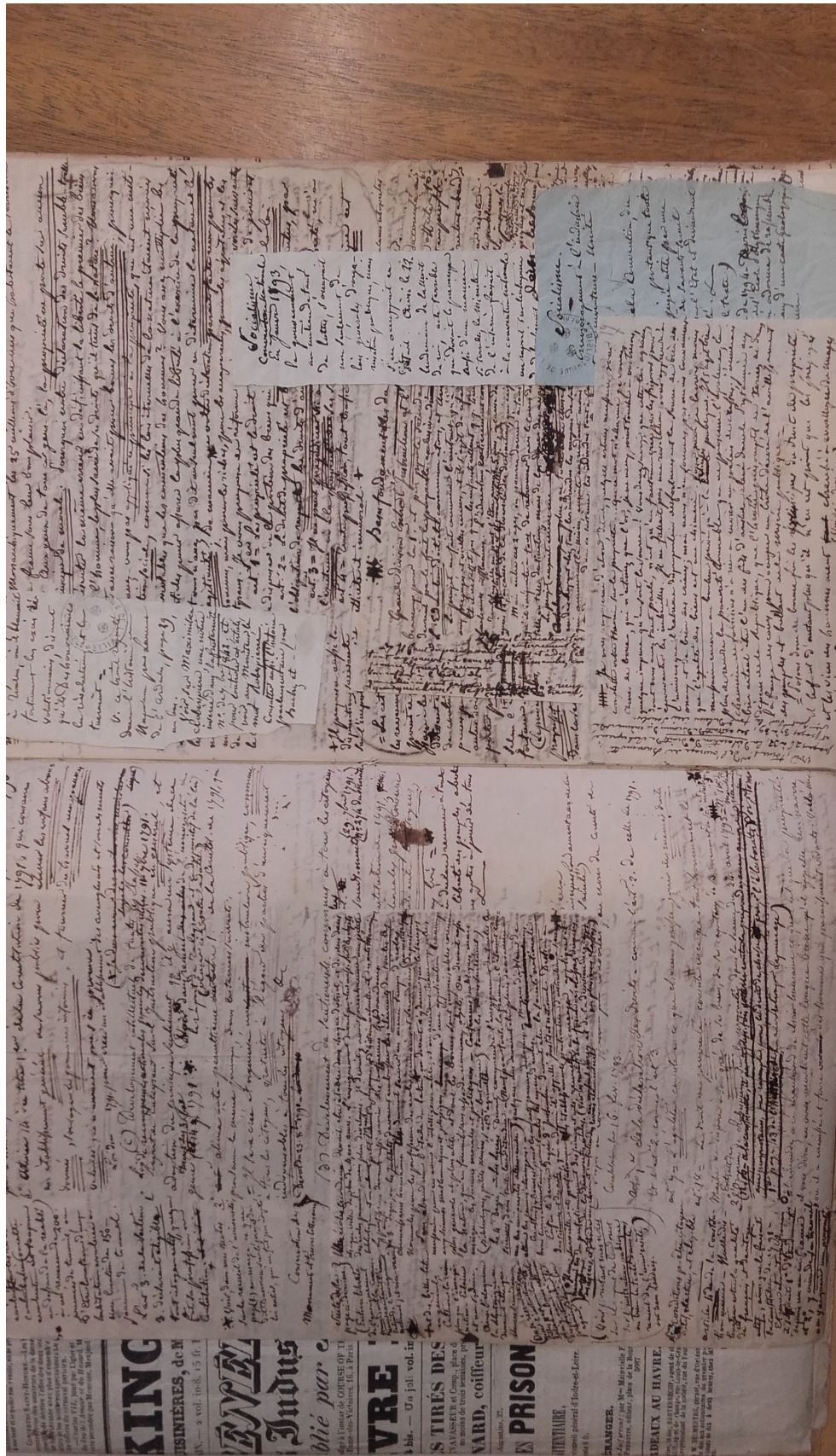


Illustration n° 3 : Joseph Rey, « Notes sur l'état actuel des idées sociales en France » (BMG, T. 3980, liasse n°5).

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE

I. SOURCES

A. DE JOSEPH REY

1. PUBLICATIONS DE JOSEPH REY

- *De l'État actuel de la France, sous le rapport des idées politiques*, Paris, Delaunay, 1814.
- *Adresse à l'Empereur*, Paris, Eymery, 1815.
- *Des Bases d'une constitution ou de la balance des pouvoirs dans un État*, Grenoble, Baratier frères, 1815.
- *Discours sur le sujet présenté par l'Académie de Lyon de Lyon, pour le Concours de 1817*, s.l.n.d.
- *Quelques vues sur l'équilibre politique des nations de l'Europe en particulier*, Paris, Lhuillier, 1818.
- *Défense du Père Michel*, Paris, Poulet, 1818.
- *De la Responsabilité des agens du pouvoir d'après nos lois actuelles, et du droit de défense et d'indemnité des citoyens envers les agens du pouvoir*, Paris, L'Huillier, 1818.
- *Catéchisme de la Charte constitutionnelle à l'usage de toutes les classes de citoyens, ou Dialogue entre un curé vendéen, devenu constitutionnel, et un grenadier de l'ex-garde, redevenu cultivateur*, Paris, Lhuillier, 1818.
- *Plainte adressée à M. le Procureur du Roi près le tribunal de la Seine, contre M. le Lieutenant-général Donadien et ses complices, accusés d'assassinat*, Paris, 3 mai 1819.
- *Requête à M. le Garde des Sceaux, tendant à décliner la juridiction du Conseil d'État*, s.l., 1819.
- *Mémoire pour Joseph Rey, de Grenoble, Avocat à la Cour royale de Paris ; Contre une décision du Conseil de discipline des Avocats près la même Cour*, s.l.n.d.
- *Préliminaires du droit ou Introduction à un traité de législation générale*, Paris, Poulet, Comte, 1819.
- « Essai d'un cours sur les principes généraux du droit et de la législation », *Journal général de législation et de jurisprudence*, t. 1, 1820, p. 1-26, 129-158, 257-287 et 385-415 ; *ibid.*, t. 2, 1820, p. 5-24, 121-144 et 245-269.
- *Quelle est la classe de citoyens la plus intéressée au maintien du gouvernement ?*, Paris, Librairie Politique, 1820.

- *Du Perfectionnement des études légales dans l'état actuel de la société*, Paris, Treuttel et Wurtz, 1827.
- *Des Institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France et de quelques autres États anciens et modernes*, 1^{ère} éd., Paris, Nève, 1826, 2 t.
- *Traité des principes généraux du droit et de la législation*, Paris, Alex-Gobelet, 1828.
- *Lettres sur le système de la coopération mutuelle et de la communauté de tous les biens, d'après le plan de M. Owen*, Paris, Sautet et Cie, 1828.
- *Pétition à la chambre des députés pour l'adoption d'un nouveau plan d'éducation nationale suivie de l'essai d'un projet de loi et de l'exposé des motifs*, Paris, Mesnier, 1830.
- *Adresse au Roi*, Angers, Le Sourd, 1832.
- « Notice sur l'usage de la chaux en agriculture, rédigée d'après les observations faites dans les départements du Maine-et-Loire, de la Mayenne et de la Sarthe », *Bulletin de la société industrielle d'Angers*, 3^e année, Angers, Ernest le Sourd, 1833, p. 262-278.
- *Statistique des prisons du département de Maine-et-Loire accompagnée d'observations sur les moyens d'améliorer notre système pénitentiaire*, Angers, Le Sourd, 1833.
- *Lettres à ma femme sur les écoles de la première enfance, dites Salles d'asile*, Grenoble, Prudhomme, 1835.
- *Des Bases de l'ordre social*, Angers, Le Sourd, 1836, 2 t.
- « Lettres. En réponse aux deux Articles sur l'Ouvrage des Bases de l'Ordre social », *Revue de Toulouse*, Toulouse, Au Bureau central des revues-unies, 1837, p. 285-312.
- *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France et de quelques autres États anciens et modernes*, 2^e éd., Paris, G. Thorel, 1839, 2 t.
- « Éducation des sourds-muets par la parole », *Courrier de l'Isère*, 18 août 1840.
- Avec BARRÉ J. A., *Traité complet d'éducation physique, intellectuelle et morale, suivi d'essais de cours sur les diverses branches de l'enseignement du premier et du second degré*, t. 1, Grenoble, Prudhomme, 1841.
- « Colonie agricole de Metray », *Courrier de l'Isère*, 15 décembre 1842.
- *Histoire de la conspiration de Grenoble en 1816, avec un fac-similé, des dernières lignes écrites par Didier, au moment de sa condamnation à mort*, Grenoble, Barnel, 1847.
- « Notice historique sur les sociétés secrètes », *Patriote des Alpes*, 26 et 28 octobre, 4, 9, 11, 13, 16, 18, 20 et 25 novembre, 7, 11, 14 et 16 décembre 1847.
- *Notice historique sur les Sociétés secrètes qui ont existé en France pendant la Restauration*, Grenoble, Barnel, 1847.
- *Appel au ralliement des socialistes*, Paris, Bureau de la Démocratie pacifique, 1847.

- *Profession de foi électoral du citoyen Joseph Rey ex conseiller à la cour d'appel de Grenoble. Grenoble, 30 avril 1849, Grenoble, N. Maisonville, 1849.*
- Avec BARRÉ J. A., *Traité complet d'éducation physique, intellectuelle et morale*, Paris, Librairie classique de Dezobry et E. Magdeleine, 1852.
- *De la méthode Jacotot*, Grenoble, Prudhomme, s.d.

2. SOURCES ET ARCHIVES MANUSCRITES DISPONIBLES À LA BIBLIOTHÈQUE MUNICIPALE DE GRENOBLE

■ Correspondances

- Lettre de Prosper ENFANTIN, 10 décembre 1826, N.4.
- Lettre de Auguste COMTE, 23 octobre 1836, N.11.
- « Correspondance St-Simonienne », T. 3850.
- « Correspondance communiste », T. 3951.
- « Résidu de documents sur mes relations avec l'école phalanstérienne, et comptes courants », T. 3952.
- « Correspondance avec Grégoire Bordillon, d'Angers, ancien préfet de l'Isère, et avec A. Guépin, de Nantes, appartenant à l'école de médecine de la dite ville. Principalement sur l'ouvrage de ce dernier intitulé Philosophie du socialisme, T. 3953.
- « Correspondance avec le préfet de l'Isère au sujet d'établissements philanthropiques, ou autres objets analogues », T. 3954.
- « Correspondance avec M. Coignet, et M. Marius Chastaing, tous deux de Lyon, principalement au sujet d'ouvrages socialistes », T. 3955.
- « Correspondance avec M. de Tracy et M. Lanjuinais », T. 3956.
- « Lettres et billets reçus en Anglet. », T. 3957.
- « Correspondance reçue 1821-1830 », T. 3958 ; Correspondance avec Mme Sirey du Saillant », T. 3959.

■ Autobiographies / mémoires

- *Mémoires sur la Restauration*, 3 t., T. 3938.
- *Mémoires politiques*, T. 3939.
- *Ma biographie morale et politique depuis l'époque de ma naissance en 1779, jusqu'en 1820*, T. 3940.

- **Ouvrages possédés par Joseph Rey et comprenant des *marginalia***

- BROWN Thomas, *Lectures on the philosophy of the human mind*, 2^e éd., Edinburgh, 1824, 4 t., F. 5364.
- CABET Étienne, *Voyage en Icarie*, Paris, Au bureau du populaire, 1845, E. 26915.
- COMTE Charles, *Traité de législation, ou Exposition des lois générales suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent ou restent stationnaires*, Paris, Sautelet, 1826, 4 t., F. 11454.
- COUSIN Victor, *Fragmens philosophiques*, Paris, Sautelet, 1826, F. 5194.
- FOURIER Charles, *Le nouveau monde industriel et sociétaire*, Paris, Bossage, 1829-1830, E. 27024.
- LAROMIGUIÈRE Pierre, *Leçons de philosophie sur les principes de l'intelligence, ou sur les causes et sur les origines des idées*, 4^e éd., Paris, Bruno-Labbe, 1826, t. 1 et 2, F. 5206.
- MASSIAS Nicolas, *Observations sur les attaques dirigées contre le spiritualisme, par M. le docteur Broussais, dans son livre sur l'irritation et la folie*, Paris, Firmin Didot, 1828, E. 27134.
- MASSIAS Nicolas, *Lettre à M. le docteur Broussais, sur sa réponse aux observations du baron Massias* Paris, Firmin Didot, 1829, E. 27135.
- OWEN Robert, *Le livre du nouveau monde moral*, Paris, Paulin, 1847, E. 26907.
- PECQUEUR Constantin, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique, ou études sur l'organisation des sociétés*, Paris, Capelle, 1842, E. 26985.
- REY Joseph-Auguste, *Théorie et pratique de la science sociale*, Paris, Prudhomme, 1842, 3 t., X. 117.
- STEWART Dugald, *Esquisse de philosophie morale*, trad. et préface de Théodore JOUFFROY, Paris, Johanneau, 1826, F. 5370.
- SAVIGNY (VON) Friedrich Carl, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, F. 11433.

- **Autres**

- « Projet de transformation en colonie agricole de l'institution existante à Grenoble pour l'extinction de la mendicité », T. 3961.
- « Projets de colonies agricoles pour jeunes détenus », T. 3962.
- « Projets de colonie agricole pour les enfants trouvés et autres orphelins pauvres du département de l'Isère », T. 3963.
- « Rapport fait au Comité de patronage des jeunes libérés du département de l'Isère », T. 3971.

- *Projet de Constitution monarchique pour la France en 1815*, T. 3973.
- « Histoire critique des Tentatives d'amélioration sociale depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours », T. 3978.
- « Notes autographes pour l'histoire critique des tentatives d'amélioration sociale », T. 3980.
- « Toast porté au banquet du 3 X^{bre} 1848. À la conciliation générale des intérêts », X. 80.
- *Des Bases de l'ordre social*, Angers, Le Sourd, 1836, 2 t., annoté par Rey, X. 98.

B. ARCHIVES NATIONALES

- Justice. Personnel. Tribunaux ordinaires des douanes, départements étrangers, 1810-1814, BB/1/134.
- Magistrats et personnel judiciaire, organisation judiciaire, 1790-1912 (Pra à Roz), BB/5/246.
- Cours et tribunaux, Cours royales et Cour de Cassation, BB/6/188.
- Cabinet du Ministre. Affaires diverses classées par ordre alphabétique. Press – V (n° 105 à 130), 1814-1823, BB/30/254.
- Cour des Pairs, Complot du 19 août 1820, CC/518.
- Condamnés amnistiés (Q-V), 1825-1830, F/7/6775.

C. DOCTRINE JURIDIQUE / PHILOSOPHIE DU DROIT

- *Encyclopédie du droit, ou répertoire raisonné de législation et de jurisprudence*, t. 1, Paris, Coulon et C^{ie}, 1836.
- *Mémoires de l'Académie de Législation*, t. 1, Paris, C. F. Patris, s.d.
- *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique* t. 5, Paris, Joubert, 1838.
- *Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte ; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats*, Paris, Au Bureau de la Thémis, 1819-1831, 10 t.
- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991.
- BELIME William, *Philosophie du droit, ou cours d'introduction à la science du droit*, t. 1, Paris, Joubert, 1844.

- BENTHAM Jeremy
 - *Traité de législation civile et pénale*, Paris, Bossange, 1802, 3 t.
 - *Théorie des peines et des récompenses*, Londres, Vogel et Schulze, 1811, 2 t.
 - *Tactique des assemblées législatives, suivie d'un Traité des sophismes politiques*, Genève, J.-J. Paschoud, 1816, 2 t.
 - *Constitutional Code ; for the use of all nations and all governments professing liberal opinions*, t. 1 (seul paru), London, Robert Heward, 1830.
 - *Déontologie ou science de la morale*, t. 1, Bruxelles, J. P. Meline, 1834.
 - *Sophismes parlementaires*, Paris, Pagnerre, 1840.
 - *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, 11 t.
 - *La table des ressorts de l'action*, trad. J.-P. CLÉRO, Paris, L'Unebévue, 2008.
 - *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. du Centre Bentham coordonnée par J.-P. CLÉRO et E. DE CHAMPS, Paris, Vrin, 2011.
- BERGASSE Nicolas, *Discours de M. Bergasse, Sur la manière dont il convient de limiter le pouvoir législatif & le pouvoir exécutif dans une monarchie*, s.l., 1789.
- BERRIAT-SAINT-PRIX Jacques
 - *Précis d'un cours sur les préliminaires du droit*, Grenoble, J. Allier, 1809.
 - *Recherche sur les divers modes de publications des lois depuis les romains jusqu'à nos jours*, Paris, C.-H. Langlois, 1838.
- BERRIAT-SAINT-PRIX Félix, *Commentaire sur la Charte Constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836.
- BLONDEAU Hyacinthe, *Essai sur quelques points de législation ou de jurisprudence*, Paris, Videcoq, 1850.
- BONALD (DE) Louis, « Quelques notions de droit en réponse à M. de Cormenin », *Mélanges littéraires, politiques et philosophiques*, t. 2, Paris, Le Clere, 1858, p. 406-414.
- BOYS (DU) Albert, « Théorie raisonnée du Code civil, Par M. Frédéric Taulier », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 16, Paris, Bureau de rédaction, 1842, p. 3544-366.
- CHASSAN Joseph Pierre, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, Paris, Videcoq, 1837.
- COMTE Charles
 - *Traité de législation, ou Exposition des lois générales suivant lesquelles les peuples prospèrent, dépérissent ou restent stationnaires*, Paris, Sautelet, 1826, 4 t.
 - *Traité de la propriété*, t. 1, Paris, Chamerot, 1834.

- COURRENT, *Omnipotence du jury et attributions de la magistrature dans les Cours d'assises*, Paris, J. Lefebvre, 1829.
- DALLOZ Désiré
 - *Jurisprudence du XIX^e siècle*, t. 18, Bruxelles, Tarlier, 1831.
 - *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 19, Paris, Au Bureau de la jurisprudence générale, 1852.
- DALLOZ Armand
 - *Dictionnaire général et raisonné de législation de doctrine et de jurisprudence*, Première partie, t. 2, 3 et 4, nouvelle éd., Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1844.
 - *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Partie supplémentaire, t. 5, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1841.
- DEGÉRANDO Joseph Marie, *Institutes du droit administratif*, t. 1, Paris, Nève, 1829.
- DELVINCOURT Claude-Étienne, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, Paris, P. Gueffier, 1813.
- DEMOLOMBE Charles
 - *Cours de Code civil*, t. 1, Paris, Auguste Durand, 1845.
 - *Cours de Code Napoléon*, t. 9, Paris, Auguste Durand, 1852.
- DOMAT Jean, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, 1689.
- DUCANCEL Charles-Pierre, *La Constitution non écrite du Royaume de France*, Paris, Hacquart, 1814.
- DUGAS-MONTBEL Jean-Baptiste, *De l'influence des lois sur les mœurs, et de l'influences des mœurs sur les lois*, Saint-Étienne, Gaudet, 1830.
- DUNOYER Charles-Barthélemy
 - *L'industrie et la morale considérées dans leurs rapports avec la liberté*, Paris, Sautet, 1825.
 - *De la liberté du travail*, Liège, Librairie scientifique et industrielle, 1846.
- DUPIN André-Marie, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats*, Paris, Joubert, 1835.
- DURANTON Alexandre, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 2^e éd., t. 1, Paris, A. Gobelet, 1828.
- FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, 11 et 12, Paris, Videcoq, 1836.

- FOU CART Émile-Victor
 - *Éléments de droit public et administratif*, 3^e éd., Paris, Videcoq, 1843, 3 t.
 - *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, 4^e éd., Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1855.
- GRENIER B., « De la controverse du droit, considérée dans la philosophie, dans la loi et dans l'application », *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 4, Paris, Bureau de rédaction, 1836, p. 321-331 ; *ibid.*, t. 5, 1837, p. 297-316 ; *ibid.*, t. 7, 1838, p. 81-104 ; *ibid.*, t. 8, 1838, p. 53-63, 191-202, 274-286 et 420-441.
- GUYHO C., « De la souveraineté », troisième article, *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 6, Paris, Bureau de rédaction, 1837, p. 93-106.
- ISAMBERT François-André, *Tableau historique des progrès du droit public et du droit des gens, jusqu'au XIX^e siècle*, Paris, Brissot-Thivars, 1829.
- LAFERRIÈRE Firmin
 - *Histoire du droit français*, t. 2, Paris, Joubert, 1838.
 - *Cours de droit public et administratif*, 2^e éd., Paris, Joubert, 1841.
 - *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 4^e éd., Paris, Cotillon, 1854.
- LANJUINAIS Jean-Denis
 - *Du Conseil d'État et de sa compétence*, Paris, Delaunay, 1817.
 - *Constitutions de la nation française*, t. 1, Paris, Baudoin Frères, 1819.
- LENGLET Étienne-Géry, *Questions sur le pacte social des Français*, Douai, Mme Wagrez, 1815.
- LEPAGE Pierre, *Éléments de la science du droit à l'usage de toutes les nations et de toutes les classes de citoyens, ou Sources des devoirs de l'homme social, tant dans le for intérieur que dans le for extérieur*, Paris, G. C. Hubert, 1819, 2 t.
- LERMINIER Eugène
 - *Philosophie du droit*, Paris, Paulin, 1831, 2 t.
 - *De l'Influence de la Philosophie du XVIII^e sur la législation et la sociabilité du XIX^e*, Paris, Mme Prévost-Crocius, 1833.
- LHERBETTE Armand-Jacques, *Introduction à l'étude philosophique du droit*, Paris, Delaunay, 1819.
- MACAREL Louis-Antoine
 - *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, Au bureau du recueil des arrêts du Conseil d'État, 1828.
 - *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833.

- MAILHER DE CHASSAT Antoine, *Traité de l'interprétation des lois*, nouvelle éd., Paris, Videcoq, 1836.
- MATTER Jacques, *De l'influence des mœurs sur les lois, et de l'influence des lois sur les mœurs*, Paris, Firmin Didot, 1832.
- MERLIN DE DOUAI Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, t. 8, 3^e éd., Paris, Garnery, 1808.
- MOLINIER Victor, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. 1, Paris, Arthur Rousseau, 1893.
- MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, *De l'Esprit des lois*, Paris, Veuve Dabo, 1824, 4 t.
- MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot, 1780.
- NICOLE ROBINET DE LA SERVE Jean-Pierre-François, *De la royauté selon les lois divines révélées, les lois naturelles et la Charte constitutionnelle*, Paris Baudouin, 1819.
- ORTOLAN Joseph Louis Elzéar
 - *Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe*, Paris, Fanjant Aîné, 1831.
 - *De la souveraineté du peuple et des principes du gouvernement républicain moderne*, Paris, Joubert, 1848.
 - *Éléments de droit pénal*, Paris, Plon Frères, 1855.
- OUDOT Julien-François, *Premiers essais de philosophie du droit*, Paris, Joubert, 1846.
- PINHEIRO-FERREIRA Silvestre, *Cours de droit public interne et externe*, Paris, Rey et Gravier, 1830, 2 t.
- PONCET Bénigne, *Traité élémentaires de législation et de procédure, Premier Traité, Des actions*, Dijon, Bernard-Defay, 1817.
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique au XVIII^e siècle*, t. 2, 2^e éd., Paris, Mourtardier, 1827.
- PORTETS Xavier, *Cours de droit naturel, des gens et public*, Paris, J.-P. Aillaud, 1830.
- PORTIEZ (DE L'OISE) Louis-François, *Cours de législation administrative*, t. 1, Paris, Garnery, 1808.
- POUHAËR Charles-François, *Thèse pour la Licence (sur la propriété)*, Rennes, 1838.
- PRADIER-FODÉRÉ Paul, *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1869.
- PRÉVÔT DE LA JANNÈS Michel, *Les principes de la jurisprudence française*, t. 1, Paris, Barrois, 1780.

- PROUDHON Pierre-Joseph, *Qu'est-ce que la propriété, ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, Paris, J.-F. Brocard, 1840.
- PROUDHON Jean-Baptiste-Victor
 - *Traité du domaine public*, t. 1, Dijon, Lagier, 1833.
 - *Traité du domaine de propriété*, Bruxelles, Société typographique belge, 1841.
- RABAUT SAINT-ETIENNE Jean-Paul, *Idées sur les bases de toute constitution*, s.l, 1789.
- ROEDERER Pierre-Louis
 - *De la propriété considérée dans ses rapports avec les droits politiques*, Paris, Porthmann, 1819.
 - *Œuvres du Comte P. L. Roederer*, t. 3, Paris, Firmin Didot Frères, 1854.
- ROSSI Pellegrino
 - « Sur les principes dirigeants », *Annales de législation et de jurisprudence*, t. 2, Genève, Manget et Cherbuliez, 1821, p. 170-193.
 - *Traité de droit pénal*, Bruxelles, Louis Hausman et Compagnie, 1829, 3 t.
 - *Cours d'économie politique*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1840.
 - *Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*, t. 2, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1857.
 - *Cours de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1866.
- ROUTHIER Guillaume, *De l'organisation du Conseil-d'État en cour judiciaire*, Paris, Rendue, 1828.
- SAVIGNY (VON) Friedrich Carl, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, P.U.F., 2006.
- SIREY Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, t. 19, 1^{ère} partie, Paris, 1819.
- TAULIER Frédéric, *Théorie raisonnée du Code civil*, Paris, Alphonse Delhomme, 1840-1848, 7 t.
- TESTE Charles, *Projet de Constitution républicaine et déclaration des principes fondamentaux de la société*, Bruxelles, 1836.
- TOROMBERT Honoré, *Principes du droit politique*, Paris, Rey et Gravier, 1825.
- TOULLIER Charles Bonaventure Marie, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, t. 1, 3, 4 et 11, 4^e éd., Paris, Warée, 1824.
- TROPLONG Raymond-Théodore
 - *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De la prescription*, t. 1, 2^e éd., Paris, Hingray, 1835.
 - *De la propriété d'après le Code civil*, Paris, Firmin et Didot Libraires, 1848.

- WARNKOENIG Léopold Auguste, « État de la philosophie du droit », *Nouvelle revue germanique*, 1829, t. 1, p. 350-366 ; et *ibid.*, t. 2, p. 60-71 et 289-311.

D. PHILOSOPHIE / MORALE

- *La Décade philosophique, littéraire et politique*, an 4, 4^e trimestre, Paris, 1796.
- *La Décade philosophique, littéraire et politique*, an 8, 3^e trimestre, Paris, 1800.
- BALLANCHE Pierre-Simon
 - *Essai sur les institutions sociales dans leur rapport avec les idées nouvelles*, Paris, P. Didot aîné, 1818.
 - « Abolition de la peine de mort », *La France littéraire*, t. 12, Paris, Au bureau de la France littéraire, 1834, p. 273-297.
- BONALD (DE) Louis
 - *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile*, t. 1, s.l., 1796.
 - *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social, ou du pouvoir, du ministre et du sujet dans la société*, Paris, 1800.
 - *Législation primitive, considérée dans les derniers temps par les seules lumières de la raison*, t. 1, Paris, Le Clere, 1802.
 - *Du divorce, considéré au XIX^e siècle relativement à l'état domestique et à l'état public de société*, 2nd éd., Paris, Le Clere, 1805.
- CARIOL Jules, « Faculté de l'académie de Paris. Cours de M. Cousin », *Journal général de législation et de jurisprudence*, t. 1, 1820, p. 492-504 ; *ibid.*, t. 2, 1820, p. 112-119.
- COMTE Auguste
 - *Cours de philosophie positive*, t. 1, Paris, Rouen Frères, 1830.
 - *Cours de philosophie positive*, t. 3, Paris, Bachelier, 1838.
- CONDILLAC (BONNOT DE) Étienne, *Œuvres complètes de Condillac, Histoire ancienne*, t. 7, Paris, Lecoq et Durey, 1821.
- CONSTANT Benjamin et KANT Emmanuel, *Le droit de mentir*, Paris, Éditions mille et une nuits, 2003.

- COUSIN Victor
 - *Fragmens philosophiques*, Paris, Sautet, 1826.
 - *Fragments philosophiques*, t. 1, 3^e éd., Paris, Ladrangé, 1838.
 - *Œuvres*, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1840-1841, 2 t.
 - *Justice et Charité*, Paris, Firmin Didot, 1848.
 - *Premiers essais de philosophie*, 3^e éd., Paris, Librairie Nouvelle, 1855.
 - *Des principes de la Révolution française et du gouvernement représentatif, suivi de Discours politiques*, nouvelle éd., Paris, Didier et C^{ie}, 1864.
- DAMIRON Philibert, *Essai sur l'histoire de la philosophie en France au dix-neuvième siècle*, 2^e éd., t. 1, Paris, Schubart et Heideloff, 1828.
- DEGÉRANDO Joseph Marie, *Histoire comparée des systèmes de philosophie, relativement aux principes des connaissances humaines*, Paris, Henrichs, 1804, 2 t.
- DESTUTT DE TRACY Antoine-Louis-Claude
 - « Mémoire sur la faculté de penser », *Mémoires de l'Institut national des sciences et des arts, Sciences morales et politiques*, t. 1, Paris, Baudouin, an VI, p. 283-450.
 - *Projet d'Éléments d'Idéologie*, Paris, Didot et Debray, 1801.
 - *Éléments d'Idéologie, I, Idéologie proprement dite*, 3^e éd., Paris Veuve Courcier, 1817.
 - *Éléments d'Idéologie, III, Logique*, 2^e éd., Paris, Veuve Courcier, 1818.
 - *Éléments d'idéologie, IV et V, Traité de la volonté et de ses effets*, 2^e éd., Paris, Veuve Courcier, 1818.
 - *Commentaire sur l'esprit des lois de Montesquieu, suivi des Observations de Condorcet sur le vingt-neuvième livre de l'Esprit des lois*, Paris, Th. Desoer, 1822.
- DIDEROT Dennis, *Supplément au Voyage de Bougainville*, Paris, Librairie générale française, 1985.
- DUPIN André-Marie, *Règles de droit et de morale tirées de l'écriture sainte*, Paris, Plon, 1858.
- HALLER (DE) Louis, « Des variations du système libéral », *Le Mémorial catholique*, t. 1, 1824, p. 133-140.
- HELVÉTIUS Claude-Adrien
 - *De l'Esprit, Œuvres d'Helvétius*, t. 1, Paris, Briand, an II (1793).
 - *De l'Homme, Œuvres d'Helvétius*, t. 3, Paris, Briand, an II (1793).
 - (MONTESQUIEU), *De l'Esprit des lois : avec les notes d'Helvétius*, t. 1, Paris, A. Hiard, 1833.

- HOBBS Thomas
 - *Le citoyen, ou fondements de la politique*, Paris, Flammarion, 1982.
 - *Léviathan, ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard, 2000.
- D'HOLBACH Paul Thiry, *Système de la nature, ou Des lois du monde physique et du monde moral*, (édition parue sous le nom de MIRABAUD), Londres, 1770, 2 t.
- JOUFFROY Théodore
 - *Cours de droit naturel, professé à la faculté des lettres de Paris*, Paris, Prévost-Crocius, 1834-1835, 2 t.
 - *Cours de droit naturel, professé à la faculté des lettres de Paris*, t. 3, Paris, Hachette, 1842.
- KANT Emmanuel, « Qu'est-ce que les Lumières ? », in *Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, Flammarion, 1991, p. 43-51.
- LAMENNAIS (DE) Félicité Robert, *Essai sur l'indifférence en matière de religion*, t. 1, Paris, Tournarchon-Molin et H. Seguin, 1817.
- LAROMIGUIÈRE Pierre, *Leçons de philosophie sur les principes de l'intelligence, ou sur les causes et sur les origines des idées*, 4^e éd., Paris, Bruno-Labbe, 1826, 3 t.
- LOCKE John, *Second traité du gouvernement civil*, Paris, Desveux, an 3.
- MAISTRE (DE) Joseph
 - *Considérations sur la France*, Londres, 1797.
 - *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Paris, Société typographique, 1814.
 - *Du Pape*, Lyon, Russand, 1819, 2 t.
 - *Les soirées de Saint-Pétersbourg, ou entretiens sur le gouvernement temporel de la providence, suivi d'un traité sur les sacrifices*, t. 1, Paris, Librairie grecque, latine et française, 1821.
- MASSIAS Nicolas, *Lettre à M. le docteur Broussais, sur sa réponse aux observations du baron Massias* Paris, Firmin Didot, 1829.
- PAINE Thomas, *Droits de l'homme ; en réponse à l'attaque de M. Burke sur la Révolution française*, 2^e éd., Paris, Buisson, 1793.
- RATIER Marie Stanislas, *Cours complet de philosophie, mis en rapport avec le programme universitaire, et ramené aux principes du catholicisme*, t. 2 Paris, Gaume Frères, 1843.
- RENOUARD Augustin-Charles, *Éléments de morale*, Paris, Ant. Aug. Renouard, 1818.

- ROUSSEAU Jean-Jacques
 - *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée (sic)*, suivies du *Discours l'économie politique*, Londres, 1782.
 - « Discours sur l'économie politique », *Œuvres de J. J Rousseau*, t. 3, Paris, A Belin, 1817, p. 339-368.
 - *Émile ou De l'éducation*, Paris, Garnier Frères, 1866.
 - *Du contrat social, précédé de Discours sur l'économie politique et Du contrat social, première version et suivi de Fragments politiques*, Paris, Gallimard, 1964.
 - *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Flammarion, 2008.
- SECONDS Jean-Louis, *Le sensitisme, ou la pensée et la connaissance des choses replacées dans les sens, traitées historiquement dans l'ordre de nos sensations, et réduites à l'histoire naturelle de l'homme sentant et du monde sensible*, Paris, 1815.
- SMITH Adam, *Théorie des sentiment moraux*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1860.
- VOLNEY, *La loi naturelle ou Principes physiques de la Morale*, Paris, Baudouin Frères, 1826.
- VOLTAIRE, *Œuvres complètes*, t. 35, De l'imprimerie de la société littéraire et typographique, 1785.

E. SOCIALISME(S), MOUVEMENTS COOPÉRATIFS

- *Démocratie pacifique*, 23 janvier 1845.
- *Le Globe*, 8^e année, n° 53, 22 février 1832.
- *The London Co-operative Magazine*, t. 3-4, 1828-1830, réimpression, Wesport, Greenwood Reprint Corporation, 1970.
- *La Phalange. Journal de la science sociale*, 1^{ère} année, t. 1, n° 29 (juin 1837).
- *La Phalange. Journal de la science sociale*, 2^e série, t. 2, n° 35, 1^{er} juin 1839.
- *La Phalange, Revue de la science sociale*, 1^{ère} série, t. 9, Paris, 1849.
- *Le Producteur, journal de l'industrie, des sciences et des beaux-arts*, t. 1, Paris, Sautet, 1825.
- *Religion Saint-simonienne. Recueil de prédications*, t. 2, Paris, Johanneau, 1832.
- BLANC Louis, *Organisation du travail*, 9^e éd., Paris, Au bureau du *Nouveau Monde*, 1850.
- BUONARROTI Philippe, *Conspiration pour l'égalité dite de Babouv*, t. 1, Bruxelles, À la librairie romantique, 1828.

- CABET Étienne, *Voyage en Icarie*, Paris, Au bureau du populaire, 1845.
- GAY Jules, *Le socialisme rationnel et le socialisme autoritaire*, Genève, J. Gay et fils, 1868.
- LEROUX Pierre, *De l'égalité*, nouvelle éd., Boussac, 1848.
- MARX Karl et ENGELS Friedrich, *L'idéologie Allemande*, Paris, Éditions sociales, 1968.
- MARX Karl, *Philosophie*, Paris, Gallimard, 1982.
- OWEN Robert
 - *Le livre du nouveau monde moral*, trad. Thornton, Paris, Paulin, 1847.
 - *Courte exposition d'un système social rationnel*, Paris, Marc-Aurèle, 1848.
 - *Nouvelle vision de la société*, Lyon, Atelier de création libertaire, 2012.
- PASSY Hippolyte, *Des causes de l'inégalité des richesses*, Paris, Firmin Didot, 1848.
- PECQUEUR Constantin, *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique, ou études sur l'organisation des sociétés*, Paris, Capelle, 1842.
- SAINT-SIMON (DE) Claude-Henri, *Nouveau christianisme, dialogue entre un conservateur et un novateur*, Paris, Bossange Père, 1825.

F. JOURNAUX, REVUES ET AUTRES

- *Affaire du 19 août 1820, Arrêt de la cour des Pairs du lundi 16 juillet 1821*, s.l.n.d.
- *Aperçus historiques*, 19 avril 1820.
- *Archives parlementaires de la Révolution française*, t. 9, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1877.
- *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, 2ième série, t. 32 et 38, Paris, Paul Dupont, 1870 et 1876.
- *Archives parlementaires, Première série (1789 à 1799)*, t. 62, Paris, Paul Dupont, 1902.
- *Bibliothèque historique, ou recueil de matériaux pour servir à l'histoire du temps*, t. 8, 1819.
- *Bulletin des lois de la République*, n° 335, 1799.
- *Bulletin des lois du Royaume de France*, 7e série, t. 3, 4 et 14 Paris, Imprimerie royale, 1817 et 1822.
- *Le Censeur européen, ou Examen des diverses questions de droit public, et de divers ouvrages littéraires et scientifiques, considérés dans leurs rapports avec les progrès de la législation*, t. 1, 7, 11 et 12, Paris, Au bureau du Censeur européen, 1817-1819.

- *Le Constitutionnel*, n° 121, 26 juillet 1825.
- *Le Défenseur de la Constitution*, n° 6, 1792.
- *Discussions aux deux chambres (Session de 1816) sur les lois des élections, de la liberté individuelle, des journaux et du budget* t. 1, Paris, Gueffier, 1817.
- *Encyclopédie des gens du monde, répertoire universel des sciences, des lettres et des arts*, t. 21, Paris, Treuttel et Würtz, 1844.
- *Gazette nationale, ou le moniteur universel*, n° 229.
- *Le Globe, recueil philosophique et littéraire*, t. 4 et 7, 1827-1829.
- *L'Indépendant, journal général, politique, littéraire et militaire* du Samedi 7 août 1819, n°91.
- *Journal des débats politiques et littéraires*, 27 août 1827.
- *Journal du palais*, Paris, 1854/2.
- *Journal royal*, n° 22, octobre 1814.
- *Jurisprudence criminelle du royaume*, 2^e année, Paris, Au bureau du journal de la jurisprudence criminelle, 1830.
- *Mémorial des séances de l'Assemblée constituante genevoise*, Première partie, Genève, Imprimerie de Ferdinand Ramboz, 1842.
- *Le Moniteur Universel*, n° 559, 25 décembre 1825.
- *Le Moniteur Universel*, n° 231, 19 août 1842.
- *Procès des la société dite les Amis de la liberté de la presse*, Paris, Librairie constitutionnelle de Brissot-Thivars, 1820.
- *Projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an VIII*, Paris, Emery, 1801.
- *Revue encyclopédique, ou Analyse raisonnée des productions les plus remarquables dans les sciences, les arts industriels, la littérature et les beaux-arts*, t. 6, 40 et 60, Paris, Au Bureau central de la Revue Encyclopédique, 1820-1833.
- *Revue Républicaine*, t. 1, Paris, Au bureau de la Revue républicaine, 1834.
- Anonyme, « De la propagation des livres irréligieux depuis la Restauration », *Le Mémorial catholique*, t. 3, 1825 p. 261-299.
- BARANTE (DE) Prosper, *La vie politique de M. Royer-Collard*, t. 2, 2^e éd., Paris, Didier et C^{ie}, 1862.
- BENTHAM Jeremy, *The Correspondence of Jeremy Bentham*, t. 12, Clarendon Press, 2006 (éd. Luke O'SULLIVAN et Catherine FULLER).

- BROTHIER Léon, « Quelques aperçus philosophiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Rey, de Grenoble », *Revue de Toulouse*, Toulouse, Au Bureau central des revues-unies, 1837, p. 129-153.
- CABANIS Pierre-Jean-Georges
 - « Septième Mémoire. De l'influence des maladies sur la formation des idées et des affections morales », *Rapports du physique et du moral de l'homme*, 3^e éd., Paris, Caille et Ravier, 1815, p. 409-471.
 - *Œuvres complètes*, t. 1, Paris, Bossange Frères, 1823.
- CHATEAUBRIAND (DE) François-René
 - *Œuvres complètes*, t. 4, Paris, Furne, 1834.
 - *Mémoires d'outre-tombe*, t. 6, Paris, Penaud frères, 1851.
- CHÉRON François, *Sur la liberté de la presse*, Paris Pillet, 1814.
- CONDORCET (DE) Nicolas
 - « Sur l'admission des femmes au droit de cité », *Journal de la société de 1789*, n°5, (3 juillet 1790), p. 2.
 - *Plan de constitution présenté à la Convention nationale les 15 et 16 février 1793*, Paris, Imprimerie nationale, 1793.
 - « Sur la nécessité de faire ratifier la constitution par les citoyens », *Œuvres complètes*, t. 15, Paris, 1804, p. 201-224.
- CONSTANT Benjamin
 - *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la Constitution actuelle de la France, formant une espèce de Cours de politique constitutionnelle*, t. 1, Paris, Plancher, 1818.
 - *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la Constitution actuelle de la France, formant une espèce de Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1861, 2 t..
- CORMENIN Louis-Marie, *Libelles politiques*, t. 3, Bruxelles, Société belge de librairie, 1833.
- COURTIN Eustache-Marie, *Encyclopédie Moderne, ou Dictionnaire abrégé des sciences, des lettres et des arts*, t. 19, Paris, Au Bureau de l'Encyclopédie, 1830.
- DEGÉRANDO Joseph-Marie, *Le visiteur du pauvre*, 3^e éd., Paris, Renouard, 1826.
- FROMENT, *La police sous la Restauration*, t. 2, Paris, Lemonnier, 1829.
- GARROS Pierre-Ascension, *De la sauvegarde des peuples, contre les abus du pouvoir*, Paris, Mme Gouillet, 1815.

- GUIZOT François
 - *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*, Paris, Maradan, 1816.
 - *Du gouvernement de la France depuis la Restauration et du Ministère actuel*, 3^e éd., Paris, À la librairie française de Ladvocat, 1820.
 - *Journal des cours publics. Faculté des lettres. Cours de M. Guizot*, Paris, Au bureau du journal, 1820-1821.
 - *Cours d'histoire moderne*, Paris, Pichon et Didier, 1828.
 - *Cours d'histoire du gouvernement représentatif*, t. 1, Paris, J.-P. Aillaud, 1830.
 - *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, t. 2, Paris, Michel Lévy Frères, 1859.
 - *Histoire parlementaire de France*, t. 3 et 4, Paris, Michel Lévy frères, 1863-1864.
 - *Méditations sur la religion chrétienne*, Paris, Lévy, 1868.
- MARRAST Armand, *Journal de la langue française*, t. 4, Paris, 1829.
- PASQUIER Étienne-Denis, *Discours prononcés dans les chambres législatives*, t. 2, Paris, Crapelet, 1842.
- REY Joseph-Auguste, *Théorie et pratique de la science sociale*, Paris, Prudhomme, 1842, 3 t.
- ROBESPIERRE (DE) Maximilien
 - *Le point du jour, ou résultat de ce qui s'est passé la veille à l'Assemblée nationale*, t. 21, Paris, De Cussac, 1791.
 - *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Alger, 1830.
 - *Œuvres*, t. 3, Paris, 1840.
 - « Discours de Robespierre à la Convention du 10 mai 1793 », in MASTOR Wanda, BENETTI Julie et al. (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 66-68.
- SABATIER DE CASTRES Antoine, *Le véritable esprit de J. J. Rousseau*, t. 1, Metz, Collignon, 1804.
- SAY Jean-Baptiste, *Essai sur les moyens de réformer les mœurs d'une nation*, Paris, Treuttel et Wurtz, 1799.
- SIEYÈS Emmanuel-Joseph
 - *Qu'est-ce le tiers-état ?*, 3^e éd., s. l., 1789.
 - « Discours à la Convention nationale, séance du 18 Thermidor an III (5 août 1795) », in MASTOR Wanda, BENETTI Julie et al. (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 242-253.

- STENDHAL
 - *Correspondance de Stendhal (1800-1842)*, t. 1, publiée par PAUPE Adolphe et CHERAMY Paul Arthur, Paris, Charles Bosses, 1908.
 - *Journal (1801-1805)*, Paris, Le Divan, 1937.
- TALLEYRAND-PÉRIGORD (DE) Charles Maurice, *Rapport sur l'instruction fait au nom du Comité de législation à l'Assemblée nationale, les 10, 11 et 19 septembre 1791*, Paris, Baudouin, 1791.
- TARAYRE Jean-Joseph, *Discours prononcé par M. le Général Tarayre, le 3 juillet 1820, sur le budget des voies et moyens*, Paris, Aimé Comte, 1820.
- THIERRY Augustin, *Lettres sur l'histoire de France. Dix ans d'études historiques*, Paris, Garnier Frères, 1826.
- VILLEMALIN Abel-François, *Cours de littérature française, Première partie*, t. 2, Paris, Didier, 1838.

II. BIBLIOGRAPHIE

A. SUR JOSEPH REY

- AVRIL Pierre, « Un magistrat socialiste sous Louis-Philippe, Joseph Rey, de Grenoble, et sa correspondance Saint-Simonienne (1779-1855) », *Revue politique et parlementaire*, t. 52, n° 156, 1907, p. 554-559.
- BOISSON Nicolas, *Les figures de Joseph Rey de Grenoble (1779-1855) : conspirateur libéral, « philosophe » et socialiste « utopique »*, Mémoire de troisième année réalisé sous la direction d'Olivier IHL, IEP Grenoble, 2001 [En ligne : <https://www.memoireonline.com/06/12/5950/Les-figures-de-Joseph-Rey-1779-1855-conspirateur-liberal-philosophe-et-socialiste-utopique.html>].
- DEMOUGEOT Antoine, *Le philosophe Rey de Grenoble*, s.n.l.d, BMG, Vh. 3141.
- DUMOLARD Henry, « Joseph Rey, de Grenoble (1779-1855) et ses mémoires politiques », *Annales de l'Université de Grenoble*, t. 4, n° 1, 1927, p. 71-111.
- DROLET Mickael et FROBERT Ludovic
 - « The "science of education" and Owenism : the case of Joseph Rey (1779-1855) », *History of European ideas*, n° 47 (2), 2021, p. 216-230.
 - « Kindness as the foundation to community : For a "radical equality tempered by benevolence" : Joseph Rey of Grenoble (1779-1855) », *English historical review*, n° 136 (578), 2021, p. 117-150.

- JOLLY Claude, *Destutt de Tracy, Lettres à Joseph Rey 1804-1814*, Genève, Librairie Droz, 2003.
- MAITRON Jean (dir.), *Dictionnaire biographique du mouvement ouvrier français, première partie : 1789-1864*, t. 3, Paris, Les Éditions ouvrières, 1966, p. 304-306.
- QUÉRARD Joseph-Marie *La France littéraire*, t. 12, Paris, Didot, 1859, p. 230-232.
- REGAD Mathilde, *Attaquer le droit pénal par la philosophie, Le cas Joseph Rey*, Meylan, Éditions Campus Ouvert, 2015.
- ROCHAS Adolphe, *Biographie du Dauphiné*, t. 2, Paris, Charavay, 1^{ère} éd., 1860.
- RUDE Fernand, *Un socialiste "utopique" oublié, Joseph Rey (1779-1855), conférence faite à la Faculté des Lettres de Grenoble le 13 mars 1844*, Grenoble, Imprimerie Allier, 1944 (extrait des *Annales lettres de l'Université de Grenoble*, t. 20, 1944).
- SPITZER Alan Barrie, *Old Hatreds and Young Hopes, The French Carbonari Against the Bourbon Restoration*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- WEILL Georges
 - « Un éducateur oublié, Joseph Rey », *Revue internationale de l'enseignement*, t. 49, Janvier-Juin 1905 p. 65-69.
 - « Les mémoires de Joseph Rey », *Revue historique*, n° 157, 1928, p. 291-307.

B. OUVRAGES ET THÈSES

- ALTHUSSER Louis, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, P.U.F., 4^e éd., 2003.
- ANGENOT Marc, *L'histoire des idées*, Liège, P.U. de Liège, 2014.
- ARENDT Hannah, *De la Révolution*, Paris, Gallimard, 2012.
- ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, Paris, Émile Brouillon, 1891.
- ARNAUD André-Jean
 - *Essai d'analyse structurale du Code civil français, La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, préface de VILLEY Michel et postface de MOUNIN Georges, Paris, L.G.D.J., 1973.
 - *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, P.U.F., 1975.
 - (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, Lextenso, 2018.
- AUDREN Frédéric et HALPÉRIN Jean-Louis, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités, XIX^e – XX^e siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013.

- AUDREN Frédéric, CHAMBOST Anne-Sophie et HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2020.
- AUSTIN John, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1970.
- AZOUVI François, *Descartes et la France. Histoire d'une passion nationale*, Paris, Athème Fayard, 2002.
- BACOT Guillaume, *Carré de Malberg et l'Origine de la distinction entre la Souveraineté du Peuple et la Souveraineté nationale*, Paris, CNRS Éditions, 1985.
- BARANTE (DE) Prosper, *La vie politique de M. Royer-Collard*, t. 2, 2^e éd., Paris, Didier et C^{ie}, 1862.
- BARTHELET Philippe (dir.), *Joseph de Maistre*, Lausanne, L'Âge d'homme, 2005.
- BAUREPAIRE-HERNANDEZ Adeline et GUEDJ Jérémy, *L'entre-deux électoral. Une autre histoire de la représentation politique en France (XIX^e-XX^e)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015.
- BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, P.U.F., 1994.
- BECKER Jean-Jacques *et al.* (dir.), *Histoire des gauches en France*, Paris, La Découverte, 2005.
- BERLIN Isaïa, *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1988.
- BIGOT Grégoire
 - *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitude d'une ambition. 1800-1872*, Paris, L.G.D.J., 1999.
 - *Ce droit qu'on dit administratif : études d'histoire du droit public*, Paris, La mémoire du droit, 2015.
- BINOCHÉ Bertrand, *La raison sans l'Histoire, Échantillons pour une histoire comparée des philosophies de l'Histoire*, Paris, P.U.F., 2007.
- BLAY Michel (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse/CNRS Éditions, 2003.
- BLOCH Marc, *La société féodale*, Paris, Éditions Albin Michel, 1994.
- BONNECASE Julien
 - *La Thémis (1819-1831). Son fondateur, Athanase Jourdan*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1914.
 - *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle*, Paris, E. de Brocard, 1919.
 - *L'École de l'Exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, E. de Brocard, 1924.
- BOUDON Julien, *Les Jacobins, Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, L.G.D.J., 2006.

- BOURGEOIS Léon, *Solidarité*, Paris, Armand Colin et C^{ie}, 1996.
- BOUVERESSE Jacques, *Histoire des institutions de la vie politique et de la société française de 1789 à 1945*, Mont-Saint-Aignan, P.U. de Rouen et du Havre, 2012 [En ligne : <http://books.openedition.org/purh/5844>].
- BREHIER Émile, *Histoire de la philosophie*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 2004.
- BRUNET Pierre, *Vouloir pour la nation, Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, L.G.D.J., 2004.
- BUFFELON-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEURE Virginie, *Droits civil. Les obligations*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2020.
- CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre et JAWORSKI Véronique, *Des changements de paradigme juridique pour un droit de l'environnement renforcé*, s.l., Les Verts, 2021.
- CANTO-SPERBER Monique (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^e éd., Paris, Quadrige/P.U.F., 2004, 2 t.
- CAPITANT Henri, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, legs)*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1927.
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. 2, Paris, Sirey, 1922.
- CERVANTÈS (DE) Miguel, *Don Quichotte de la Manche*, t. 2, Paris, Flammarion, 1981.
- CHAMBOST Anne-Sophie
 - *Proudhon et la norme, Pensée juridique d'un anarchiste*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2004.
 - *Proudhon, L'enfant terrible du socialisme*, Paris, Armand Colin, 2009.
 - (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J./Lextenso Éditions, 2014.
- CHAPPEY Jean-Luc
 - *La Société des Observateurs de l'homme (1799-1804), Des anthropologues au temps de Bonaparte*, Paris, Société des études robespierristes, 2002.
 - *Sauvagerie et civilisation. Une histoire politique de Victor de l'Aveyron*, Paris, Fayard, 2016.
- CHAPOUTOT Johann, *Histoire de l'Allemagne (1806 à nos jours)*, Paris, P.U.F., 2017.
- CHARBONNAT Pascal, *Histoire des philosophies matérialistes*, Paris, Éditions Syllepse, 2007.
- CHAUMET Pierre-Olivier, *Introduction historique au droit. De la fin de l'Antiquité à la codification napoléonienne*, Paris, Ellipse, 2016.

- CHEVALLIER Jacques, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J./Lextenso, 2015.
- CHIANÉA Gérard, *Histoire des institutions publiques de la France, III, L'État moderne en formation (1789-1870)*, Grenoble, P.U.G., 1996.
- CITTON Yves et DUMASY Lise (dir.), *Le moment idéologique, Littérature et sciences de l'homme*, Lyon, ENS Éditions, 2013.
- CITTON Yves, *Lire, interpréter, actualiser. Pourquoi les études littéraires ?*, Paris, Éditions Amsterdam, 2017.
- CLAUZADE Laurent, *L'idéologie ou la révolution de l'analyse*, Paris, Gallimard, 1998.
- CLÉMENT Élisabeth, DEMONQUE Chantal et *al.*, *La Philosophie de A à Z*, Paris, Hatier, 2000.
- CLÉMENT Jean-Paul, JAUME Lucien et VERPEAUX Michel (dir.), *Liberté, Libéraux et Constitutions*, Paris, Economica, 2000.
- COMTE-SPONVILLE André, *Une éducation philosophique*, Paris, P.U.F., 1989.
- CORNU Marie, ORSI Fabienne et ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, P.U.F., 2017.
- COUGNY Gaston et ROBERT Adolphe (dir.), *Dictionnaire des parlementaires français*, t. 2, Paris, Bourlotin, 1890.
- CRÉMIEUX Albert, *La censure en 1820 et 1821 : étude sur la presse politique et la résistance libérale*, Paris, Édouard Cornély et C^{ie}, 1912.
- DALED Pierre-Frédéric, *Le matérialisme occulté et la genèse du « sensualisme ». Écrire l'histoire de la philosophie en France*, Paris, J. Vrin, 2005.
- DAVID Marcel, *La souveraineté du peuple*, Paris, P.U.F., 1996.
- DE CHAMPS Emmanuelle, « *La déontologie politique* » ou la pensée constitutionnelle de Jeremy Bentham, Genève, Droz, 2008.
- DELALANDE Nicolas et SPIRE Alexis, *Histoire sociale de l'impôt*, Paris, La Découverte, 2010.
- DENIS Vincent, QUIVIGER Pierre-Yves et SALEM Jean (dir.), *Figures de Sieyès*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008.
- DESCOLA Philippe, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005.
- DESCOMBES Vincent, *Le complément du sujet. Enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Paris, Gallimard, 2004.
- DESMONS Eric, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- DESROCHE Henri, *Le projet coopératif*, Paris, Les Éditions ouvrières, 1976.

- DUFOUR Alfred, MONNIER Victor et QUASTANA François (éd.), *Rousseau, le droit et l'histoire des institutions, Actes du colloque international pour le tricentenaire de la naissance de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) organisé à Genève, les 12, 13 et 14 septembre 2012*, Genève, Schulthess, 2013.
- DUFOUR Gérard, *Juan Antonio Llorente en France (1813-1822) : contribution à l'étude du libéralisme chrétien en France et en Espagne au début du XIX^e siècle*, Genève, Droz, 1982.
- DUPUIS Serge, *Robert Owen, Socialiste utopique 1771-1858*, Paris, CNRS, 1991.
- DUPUIS-DÉRI Francis, *La peur du peuple, Agoraphobie et agoraphilie politiques*, Montréal, Lux éditeur, 2016.
- EL SHAKANKIRI Mohamed, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, L.G.D.J., 1970.
- ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparée*, 6^e éd., Paris, Sirey, 1914, rééd., Paris, Assas, 2001.
- ESMONIN Edmond, BLET Henri, ARGENTON Georges et al., *La révolution de 1848 dans le département de l'Isère*, Grenoble, Imprimerie Allier, 1949.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Le droit des contrats*, Paris, P.U.F., 2018.
- FALELAVAKI Yannick, *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 2016.
- FEBVRE Lucien, *La terre et l'évolution humaine. Introduction géographique à l'histoire*, Paris, La Renaissance du livre, 1922.
- FÉNÉLON, *Les aventures de Télémaque*, Paris, Dunod, 1994.
- FERREIRA Oscar, *Le constitutionnalisme octroyé, Itinéraire d'un interconstitutionnalisme au XIX^e siècle*, Paris, Éditions ESKA, 2019.
- FIORENTINO Karen, *La seconde chambre en France dans l'histoire des institutions et des idées politiques*, Paris, Dalloz, 2008.
- FISH Stanley, *Quand lire c'est faire : l'autorité des communautés interprétatives*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007.
- FOURNEL Jean-Louis, GUILHAUMOU Jacques et POTIER Jean-Pierre (dir.), *Libertés et libéralismes. Formation et circulation des concepts*, Lyon, END Éditions, 2012.
- GEORGE Julien, *Les passions politiques de la doctrine juridique. Le droit de propriété au XIX^e et XX^e siècles*, thèse de doctorat en droit, Université Toulouse 1, 2008.
- GÉRARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Bentham*, Bruxelles, P. U. de Saint-Louis, 1987.
- GHESTIN Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006.
- GOLDSCHMIDT Victor, *Anthropologie et politique. Les principes du système de Rousseau*, Paris, J. Vrin, 1974.

- GOYARD-FABRE Simone, *L'interminable querelle du contrat social*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983.
- GROS Frédéric, *Désobéir*, Paris, Albin Michel/Flammarion, 2017.
- GUENIFFEY Patrice, *Le nombre et la raison, La Révolution française et les élections*, Paris, EHESS, 1993.
- GUSDORF Georges, *La conscience révolutionnaire : Les Idéologues*, Paris, Payot, 1978.
- GURVITCH Georges, *L'Idée du Droit Social. Notion et système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1931.
- HAKIM Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2002.
- HALÉVY Élie
 - *La formation du radicalisme philosophique*, t. 1, Paris, Félix Alcan, 1901.
 - *La formation du radicalisme philosophique*, t. 3, Paris, P.U.F., 1995.
- HALPÉRIN Jean-Louis
 - *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, thèse de doctorat, Université Paris II, 1985.
 - *L'impossible Code civil*, Paris, P.U.F., 1992.
 - *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, 2008.
 - (dir.), *Paris capitale juridique (1804-1950), Études de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Paris, Éditions Rue d'Ulm, 2011.
 - *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, P.U.F., 2012.
- ISRAEL Jonathan
 - *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
 - *Une révolution des esprits. Les Lumières radicales et les origines intellectuelles de la démocratie moderne*, trad. M. DUMONT et J.-J. ROSAT, Marseille, Agone, 2010.
- JACOB Margaret, *The Radical Enlightenment : Pantheists, Freemasons and Republicans*, London, George Allen and Unwin, 1981.
- JAFFRO Laurent (dir.), *Le sens moral : Une histoire de la philosophie morale de Locke à Kant*, Paris, P.U.F., 2000.
- JAUME Lucien et TROPER Michel (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, L.G.D.J., 1994.
- KAUTSKY Karl, *La lutte des classes en France en 1789*, trad. Édouard Berth, Paris, Librairie G. Jacques & C^{ie}, 1901.

- KRIEGEL Blandine, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, P.U.F., 1989.
- KROPOTKINE Pierre, *L'entraide, un facteur de l'évolution*, nada éditions, Paris, 2020.
- KUHN Thomas, *La structure des révolution scientifiques*, Paris, Flammarion, 2016.
- LAGASNERIE (DE) Geoffroy, *La conscience politique*, Paris, Éditions Fayard, 2021.
- LAQUEUR Thomas, *La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, Paris, Gallimard, 1992.
- *La vérité et le droit (journées canadiennes)*, Travaux de l'association Henri Capitant, 1987, t. 38, Paris, Economica, 1989.
- LECOQ PUJADE Benjamin, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, thèse de droit public réalisée sous la direction de Philippe BLACHÈRE et Stéphane CAPORAL, Université Jean Moulin (Lyon 3), [En ligne : <http://www.theses.fr/2019LYSE3060>].
- *Le droit subjectif en question*, *Les Archives de la Philosophie du droit*, n° 9, 1964.
- LEFEBVRE Philippe, *Les pouvoirs de la parole, L'Église et Rousseau (1762-1848)*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1992.
- *Lexique des termes juridiques*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2011.
- LOCHAK Danièle, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2018.
- MANIN Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996.
- MARÇOT Jean-Louis, *Comment est née l'Algérie française? (1830-1850). La belle utopie*, Paris, La Différence, 2012.
- MAZARI Samir, *L'accessibilité du droit par la codification selon Jeremy Bentham*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris-Est, 2019.
- MEUSY Jean-Jacques (dir.), *La Bellevilloise (1877-1939), Une page de l'histoire de la coopération et du mouvement ouvrier français*, Paris, Créaphis, 2001.
- MIAILLE Michel, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976.
- MORABITO Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 14^e éd., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso, 2016.
- MORIZOT Baptiste, *Manières d'être vivant*, Paris, Acte Sud, 2020.
- MOUKETE Ferdinand, *Le discours satirique dans les « Mémoires d'outre-tombe » de Chateaubriand*, thèse de doctorat réalisée sous la direction de Francis CLAUDON, Université Paris-Est, 2001, [En ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00692007/document>].
- MULSOW Martin, *Savoirs précaires, Pour une autre histoire des idées à l'époque moderne*, Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2018.
- MUSSO Pierre, *Saint-Simon et le saint-simonisme*, Paris, P.U.F., 1999.

- NAY Olivier, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Colin, 2004.
- NICOLAS Jean, *La Rébellion française, Mouvements populaires et conscience sociale 1661-1789*, Paris, Éditions du Seuil, 2002.
- NICOLET Claude, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, Paris, Gallimard, 1994.
- NIETZSCHE Friedrich, *Aurore*, Paris, Flammarion, 2012.
- OGIEN Ruwen, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine*, Paris, Grasset & Fasquelle, 2011.
- ORRIEUX Claude et SCHMITT-PANTEL Pauline, *Histoire grecque*, Paris, P.U.F., 2013.
- PASQUINO Pasquale, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998.
- PAULET-GRANDGUILLOT Emmanuelle, *Libéralisme et démocratie. De Sismondi à Constant, à partir du Contrat social (1801-1806)*, Genève, Slatkine, 2010.
- PICAUVET François, *Les Idéologues, Essai sur l'histoire des idées et des théories scientifiques, philosophiques, religieuses, etc., en France depuis 1789*, Paris, Alcan, 1891.
- PLATON, *Sophiste – Politique – Philèbe – Timée – Critias*, Paris, Garnier Frères, 1969.
- POISSON Jacques, *Le romantisme et la souveraineté*, Paris, J. Vrin, 1931.
- POPOVICI Alexandra, *Êtres et avoirs. Esquisse sur les droits sans sujet en droit privé*, Thèse de doctorat en droit, soutenue à l'Université de Laval, Québec, Canada, 2016.
- POUTHIER Tristan, *Au fondement des droits. Droit naturel et droit individuel en France au XIX^e siècle*, Paris, Classiques Garnier, 2019.
- PROCACCI Giovana, *Gouverner la misère, La question sociale en France 1789-1848*, Paris, Éditions du Seuil, 1993.
- RANCIÈRE Jacques
 - *Le maître ignorant, Cinq leçons sur l'émancipation intellectuelle*, Paris, Arthème Fayard, 1987.
 - *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique, 2005.
- REY Alain (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française* t. 2, Paris, Dictionnaire le Robert, 4^e éd., 2012.
- RIALS Stéphane, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988.
- RIOT-SARCEY Michèle
 - *Le réel de l'utopie. Essai sur le politique au XIX^e siècle*, Paris, Albin Michel, 1998.
 - *Le procès de la liberté, Une histoire souterraine du XIX^e siècle en France*, Paris, La Découverte, 2016.
- ROMAN Diane, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, L.G.D.J., 2002.

- ROSANVALLON Pierre :
 - *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985.
 - *La société des égaux*, Paris, Éditions du Seuil, 2011.
- ROSSET Clément
 - *Le réel, Traité de l'idiotie*, Paris, Éditions de minuit, 1977/2004.
 - *Le philosophe et les sortilèges*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1985.
 - *Le principe de cruauté*, Paris, Éditions de minuit, 1988.
- SARTRE Jean-Paul, *Situations III*, Paris, Gallimard, 1949.
- SCHRÖDINGER Erwin, *Physique quantique et représentation du monde*, Paris, Éditions du Seuil, 1992.
- SCOTT Joan W., *La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998.
- SECRÉTAN Catherine, DAGRON Tristan et BOVE Laurent (dir.), *Qu'est-ce que les Lumières « radicales » ? Libertinage, athéisme et spinozisme dans le tournant philosophique de l'âge classique*, Paris, Éditions Amsterdam, 2007.
- SINGER Peter, *La Libération animale*, Paris, Payot, 2012.
- SKORNICKI Arnault et TOURNADE Jérôme, *La nouvelle histoire des idées politiques*, Paris, La Découverte, 2015.
- SLOTERDIJK Peter et OLIVEIRA Carlos, *Essai d'intoxication volontaire*, Hachette littérature, 2001.
- *Spinoza au XIX^e siècle : Actes des journées d'études organisées à la Sorbonne (9 et 16 mars, 23 et 30 novembre 1997)*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008 [En ligne : <http://books.openedition.org/psorbonne/201>].
- SPITZER Alan Barrie, *Old Hatreds and Young Hopes, The French Carbonari Against the Bourbon Restoration*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- TARDY Jean-Noël, *L'âge des ombres. Complots, conspirations et sociétés secrètes au XIX^e siècle*, Paris, Les Belles Lettres, 2015.
- TERREL Jean, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Éditions du Seuil, 2001.
- THUREAU-DANGIN Paul, *Le parti libéral sous la Restauration*, Paris, E. Plon et C^{ie}, 1876.
- TISSOT Joseph, *Th. Jouffroy, sa vie et ses écrits*, Paris, Didier et Cie, 1876.
- TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860)*, Paris, L.G.D.J., 2007.

- TRIOMPHE Robert, *Joseph de Maistre, Études sur la vie et sur la doctrine d'un matérialiste mystique*, Genève, Droz, 1968.
- TROPER Michel, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., 2011.
- VERMEREN Patrice, *Victor Cousin, Le jeu de la philosophie et de l'État*, Paris, L'Harmattan, 1995.
- VIELFAURE Pascal, *L'évolution du droit pénal sous la Monarchie de Juillet, entre exigences politiques et interrogations de société*, Aix-en-Provence, P. U. d'Aix-Marseille, 2001.
- VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 2010.
- VITU André, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, t. 2, Paris, Cujas, 1982.
- XIFARAS Mikhaïl, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 2004.
- ZANCARINI Jean-Claude (dir.), *Le droit de résistance, XII^e-XX^e siècle*, Fontenay-aux-Roses, ENS Éditions, 1999.
- ZINN Howard, *Désobéissance civile et démocratie. Sur la justice et la guerre*, Marseille, Agone, 2010.

C. REVUES, ARTICLES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

- *Corpus, Descartes et Leibniz au XIX^e siècle*, n° 68, 2015.
- ARNAUD André-Jean et Nicole, « Le socialisme juridique à la "Belle Époque" », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 3-4, n° 1, 1974-1975, p. 25-54.
- ANTONETTI Guy, « La Faculté de droit de Paris à l'époque où Boissonade y faisait ses études », *Revue internationale de droit comparé*, t. 43, n° 2, 1991, p. 333-356.
- BACOT Guillaume
 - « Jean-Jacques Rousseau, entre démocratie absolue et démocratie totalitaire », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 76, n°3, 1998, p. 409-428.
 - « Royer-Collard et le gouvernement représentatif », *Revue historique de droit français et étranger*, t. 89, n°2, 2011, p. 247-262.
- BARENOT Pierre-Nicolas, « De quelle pensée juridique faisons-nous l'histoire ? Réflexions autour de quelques données bibliométriques », *Clio@Themis*, n° 14, 2018 [En ligne : <https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=771>].
- BART Jean, « Le Droit, la Loi, les Mœurs. L'enjeu de la codification », *Droit et Société*, n° 14, 1990, p. 47-54.

- BAUMERT Renaud, « L'école historique d'Édouard Laboulaye », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 47, 2018/1, p. 97-118.
- BEAUD Olivier, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne tout entière. Considérations sur l'impensé « territorial » dans la pensée juridique de Savigny », *Annuaire de l'institut Michel Villey*, 2009, [En ligne : <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/l-essai-contre-la-codification-ou-le-refus-d-un-droit-uniforme-pour-l-allemande-tout-entiere-considerations-sur-l-impense-territorial-dans-la-pensee-juridique-de-savigny-29>].
- BEAUREGARD Stéphanie, « La place des droits subjectifs dans l'histoire de la philosophie du droit », *Revue générale de droit*, t. 24, n° 4, décembre 1993, p. 593-603.
- BEIGNIER Bernard, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 6, 1988, p. 77-101.
- BELL David A., « Where do we come from ? », *The New Republic*, 8 février 2012 [En ligne : <https://newrepublic.com/article/100556/spinoza-kant-enlightenlent-ideas>]
- BELISSA Marc, « Les Lumières radicales. La Philosophie, Spinoza et la naissance de la modernité (1650-1750) », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 345, 2006, p. 204-208.
- BENSIMON Fabrice, « Le bicentenaire de Peterloo, entre mémoire et histoire », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, t. 59, n° 2, 2019, p. 145-147.
- BIENVENU Jean-Jacques, « Quelques aspects de la doctrine juridique à l'Académie de législation », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 9, 1989, p. 45-68.
- BIGOT Grégoire, « La dictature administrative au XIX^e siècle : théorie historique du droit administratif », *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 435-442.
- BINOCHE Bertrand, « Comment suivre la nature ? Tracy lecteur de Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n° 5, 2001, p. 59-91.
- BISCAY Myriam, « Utilité et pratique dans l'enseignement du droit dans la première moitié du XIX^e siècle : un vieux débat », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 34, 2014, p. 207-230.
- BOFFA Massimo, « Joseph de Maistre : La défense de la souveraineté », *Le Débat*, 1986/2, n° 39, p. 81-93.
- BOLARD JACQUES, « L'osmose et la vie selon Dutrochet, *Bibnum*, *Bibnum*, Sciences de la vie, [En ligne : <http://journals.openedition.org/bibnum/508>].
- BOTTINI Fabien, « La promulgation des lois parlementaires », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 76, 2008/4, p. 761-784.
- BOUGLÉ Célestin, « Rousseau et le socialisme », *Revue de métaphysique et de morale*, t. 20, n° 3, 1912, p. 341-352.

- BRÉMAND Nathalie, « "Socialistes utopiques", les mal-nommés », *Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique*, n°124, 2014, p. 13-24.
- BUTTIER Jean-Charles, « Peut-on catéchiser la Révolution ? (1789-1848) », *Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française*, 2013/4, [En ligne : <https://journals.openedition.org/lrf/898>].
- CAMGUILHEM Benoît, « La garantie des fonctionnaires. La séparation des autorités administratives et judiciaires selon Gérando », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 33, 2013, p. 467-477.
- CASTILLO Monique, « Vrais et faux procès des lumières », in DUFLO Colas (dir.), *Lumières, matérialisme et morale. Autour du cas Diderot*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2016, p. 201-220.
- CAYLA Olivier, « Ouverture : Le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », *Le Droit, Revue française de théorie juridique, La fiction*, n° 21, Paris, P.U.F., 1995, p. 3-15.
- CAZALS Géraldine et HAKIM Nader, « L'histoire de la pensée juridique : historiographie, actualité et enjeux, *Clio@Themis*, n° 14, 2018 [En ligne : <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=676>].
- CHAMBOST Anne-Sophie
 - « Proudhon, lecteur critique du *Contrat social* », *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique, Actes du colloque international de l'AFHIP (6-7 septembre 2007)*, Aix-en-Provence, P. U. d'Aix-Marseille, 2008, p. 459-475.
 - « "Ce n'est pas du droit..." L'histoire des idées politiques est-elle utile en droit ? », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 35, 2015, p. 499-538.
- CHAPPEY Jean-Luc
 - « De la science de l'homme aux sciences humaines : enjeux politiques d'une configuration du savoir », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 15, 2006/2, p. 43-68.
 - « Héritages républicains et résistance à "l'organisation impériale des savoirs" », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 346, 2006, p. 97-120.
- CHAZAL Jean-Pierre, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, 2001/45, p. 303-333.
- CHERFOUH Fatiha et HAKIM Nader, « L'histoire de la pensée juridique contemporaine : hétérogénéité et expansion », in Jacques KRINEN et Bernard D'ALTEROCHE (dir.), *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Garnier, 2014, p. 117-128.
- CLAUZADE Laurent, « La théorie cérébrale d'un naturaliste spiritualiste, Henri-Marie Ducrotay de Blainville », *Revue d'histoire des sciences*, t. 65, n° 2, 2012, p. 237-257.

- CLAVERIE Élisabeth, « De la difficulté de faire un citoyen : Les "acquittements scandaleux" du jury dans la France provinciale du début du XIX^e siècle », *Études rurales*, n° 95-96, 1984, p. 143-166.
- COCHUT André, « Histoire du suffrage universel », *Revue des deux mondes*, t. 82, Paris, 1869, p. 426-467.
- CONCHE Marcel, « Athéisme et matérialisme », *Raison présente*, n° 16, 1970, p. 19-31.
- CONDETTE Jean-François, « RATTIER Marie Stanislas », *Les recteurs d'académie en France de 1808 à 1940*, t. 2, Paris, Institut national de recherche pédagogique, 2006. p. 326-327.
- COSTE Clément, « Penser l'impôt au XIX^e. Controverses fiscales et contributions saint-simoniennes dans la France des années 1830 », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 124 | 2014 [En ligne : <https://journals.openedition.org/chrhc/3682?lang=en>].
- CUVELIER Claire, HUET Delphine et JANSSEN-BENNYNCK Clémence, « La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkine-Guetzévitch », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2014/6, p. 1534.
- DENEYS Henry, « Le crépuscule de l'Idéologie : sur le destin de la philosophie "idéologiste" de Destutt de Tracy », *Corpus*, n° 26/27, 1994, p. 99-132.
- DESMONS Eric
 - « L'insurrection et le "despotisme représentatif" », *Cités*, n° 17, 2004/1, p. 73-86.
 - « Droit de résistance et histoire des idées », *Pouvoirs*, n° 155, 2015/4, p. 29-40.
- DESRAYAUD Alain
 - « Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ? », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Aix-en-Provence, P. U. d'Aix-Marseille, 2008-1, p. 41-72.
 - « De la sûreté à la citoyenneté, l'accessibilité du code civil de 1804 », *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Dalloz, 2012, p. 677-395.
- DESROCHE Henri, *Le projet coopératif*, Paris, Les Éditions ouvrières, 1976.
- DILAS-ROCHERIEUX Yolène, « Utopie et communisme. Étienne Cabet : de la théorie à la pratique », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1993 | 40-2, p. 256-271.
- DONNIER Jean-Baptiste, « Le droit naturel des juristes », *Les Cahiers Portalis*, n° 2, 2015/1, p. 27-38.
- DUFOURMONT Eddy, « Nakae Chōmin a-t-il pu être à la fois un adepte de Rousseau et un matérialiste athée ? », *Ebisu – Études japonaises*, n° 45, 2011, p. 5-25.

- DURELLE-MARC Yann-Arzel
 - « La Revue bretonne de droit et de jurisprudence de Firmin Laferrière (Rennes, 1840-1842) et l'école historique française du droit », in Jacques POUMARÈDE (dir.), *Histoire de l'histoire du droit*, Toulouse, P.U. de Toulouse 1 Capitole, 2006, p. 373-387.
 - « Nature et origines du droit de pétition », *La revue administrative*, 2008, p. 47-60.
 - « Publier : donner à la loi sa vigueur (1789-An II) », *Clio@Themis*, n°6, 2013, [En ligne : <https://www.cliothemis.com/Publier-donner-a-la-loi-sa-vigueur>].
 - « Qui gardera les gardiens ? Sur la *jurie constitutionnaire* de Sieyès », in Wanda MASTOR, Julie BENETTI et al. (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 253-261.
 - « Le droit de pétition. Paradoxe d'une prérogative du citoyen en régime représentatif », *Jus Politicum*, n° 27, 2022 [En ligne : <https://juspoliticum.com/article/Le-droit-de-petition-Le-paradoxe-d-une-prerogative-du-citoyen-en-regime-representatif-1455.html>].
- EGE Ragip, « L'économie politique et les systèmes sociaux pendant la première moitié du XIX^e siècle », in BÉRAUD Alain (éd.), *Nouvelle histoire de la pensée économique, Des premiers mouvements socialistes aux néoclassiques*, t. 2, Paris, La Découverte, 1993, p. 12-61.
- FARAUT Vivien, « Les outils de représentation graphique de l'espace relationnel face au secret : le cas des conspirateurs du 19 août 1820 », *Les Cahiers de Framespa*, n° 18, 2015 [En ligne : <https://journals.openedition.org/framespa/3233?lang=en>].
- FERRAND Jérôme
 - « Promulguer la loi sous la Révolution », *Clio@Themis*, n° 6, 2013 [En ligne : <https://www.cliothemis.com/Promulguer-la-loi-sous-la>].
 - « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique. Enquête sur les soubassements de la culture juridique contemporaine », *Clio@Themis*, n°9, 2015, [En ligne : <http://www.cliothemis.com/La-science-du-droit-a-l-epreuve-du#nh47>].
- FERREIRA Oscar, « Le Roi "dans" la Charte de 1814. Prisons imaginaires », *Jus Politicum*, n° 13, 2004, [En ligne: <http://juspoliticum.com/article/Le-Roi-dans-la-Charte-de-1814-Prisons-imaginaires-919.html>].
- FRAGKOU Roxani, « Le droit de résistance à l'oppression en droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, t. 65, n° 4, 2013, p. 831-857.
- FROBERT Ludovic, « What is a just society ? The answer according to the Socialistes Fraternitaires Louis Blanc, Constantin Pecqueur, and François Vidal », *History of Political Economy*, Duke University Press, 2014, 46 (2), p. 281-306.
- FURET François et HAUSSER Isabelle, « Rousseau et la Révolution française », *Commentaire*, n° 140, 2012/4, p. 1101-1110.

- GANS Jacques, « Robert Owen à Paris en 1837 (coup d'œil sur le groupe des Owenistes Parisiens) », *Le Mouvement Social*, n° 41, 1962, p. 35-45.
- GAUCHET Marcel, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, n°3, 1980/3, p. 3-21.
- GAUDEMET Jean, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 19, 1998, p. 87-124.
- GENGEMBRE Gérard
 - « Fréquentation et sociabilité mutuelles », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 18, 2003/2, p. 259-270.
 - « Louis de Bonald et la France révolutionnée », *Romantisme*, n° 12, 1976, p. 77-84.
- GESLIN Albane, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in SERGUES Bertrand, *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, L.G.D.J./Lextenso éditions, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2016.
- GOYARD-FABRE Simone, « L'idée de souveraineté du peuple et le "libéralisme pur" de Benjamin Constant », *Revue de métaphysique et de morale*, t. 81, n° 3, 1976, p. 289-327.
- GUÉRIN-BARGUES Cécile, « De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire : essai de généalogie », *Revue française de droit administratif*, 2009, p. 975-994.
- GUIBET-LAFAYE Caroline, « La naturalisation de l'appropriation privative », *Revue de philosophie économique*, n° 15, 2014/2, p. 35-68.
- HALPÉRIN Jean-Louis
 - « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 263, 1986, p. 99-102.
 - « Une enquête du ministère de l'intérieur sous le Directoire sur les cours de législation dans les écoles centrales », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 3, 1986, p. 57-82.
 - « Le pouvoir exécutif et la Justice en France, l'échec du Pouvoir judiciaire sous la Révolution », *Giornale di storia costituzionale*, n° 28, 2014, p. 111-122.
 - « Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 30 | 2017, p. 31-48.
- HAMEL Christopher et ROUSSIN Juliette, « L'injustifiable majorité ? Loi naturelle et logiques majoritaires dans la pensée politique de John Locke », *Raisons politiques*, n° 53, 2014/1, p. 81-106.
- HAROCHE Claudine et MONTOIA Ana, « Former et réformer les mœurs : une question morale et politique », in CURAPP, *Les bonnes mœurs*, Paris, P.U.F., 1994, p. 191-213.

- HENROT André, « Philosophie de l'impôt », *Mémoires de l'Académie nationale de Metz*, t. 13, 7^e série, 2010, p. 113-120.
- HERRERA Carlos Miguel, « Droits sociaux et politique chez Georges Guvitch », *Droit et société*, n° 94, 2016/3, p. 513-524.
- HOFFMANN Paul, « Benjamin Constant critique de Jean-Jacques Rousseau », *Revue d'histoire littéraire de la France*, t. 82, n° 1, 1982, p. 23-40.
- HUMMEL Jacky, « Guizot, théoricien de la légitimité », *Revue de droit public*, n° 4, 2006, p. 903-914.
- IMBERT Jean, « L'enseignement du droit dans les écoles centrales sous la Révolution », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 3, 1986, p. 37-56.
- JAFFRO Laurent, « Ambiguïtés et difficultés du sens moral », in GAUTIER Claude et LAUGIER Sandra, *Normativités du sens commun*, Paris, P.U.F., 2009, p.303-318.
- JOUANJAN Olivier, « Sur une réception française de Savigny », *Droits*, n° 46, 2007/2, p. 159-182.
- KANAYAMA Naoki, « Les civilistes français et le droit naturel au XIX^e siècle. À propos de la prescription », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 8, 1989, p. 129-154.
- KRYSTUFEK Zdenek, « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne », *Revue historique de droit français et étranger*, 4^e série, t. 44, 1966, p. 59-75.
- LAMY Jérôme, « L'Empire des milieux », *Zilsel*, n° 5, 2019/1, p. 469-483.
- LANDRIN Xavier, « L'"électisme spiritualiste" au XIX^e siècle : sociologie d'une philosophie transnationale », PINOT Louis (dir.), *Le commerce des idées philosophiques*, Broissieux, Édition du Croquant, 2009, p. 29-65.
- LARRÈRE Catherine, « Montesquieu et l'espace », in PAQUOT Thierry et al, *Espace et lieu dans la pensée occidentale*, Paris, La Découverte, 2012, p. 147-169.
- LECOMTE Catherine, « La faculté de droit dans la tourmente politique, 1830-1848 », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 10-11, 1990, p. 59-98.
- LE GAL Sébastien, « La dignité royale durant la Restauration et la Monarchie de Juillet : Perspectives constitutionnelles », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 86, n° 3, 2008, p. 331-357.
- LEGRAND Georges, « Deux précurseurs de l'idée sociale catholique en France. de Maistre et de Bonald », *Revue néo-scholastique*, n°25, 1900, p. 58-78.
- LHUISSIER Anne, « Le restaurant sociétaire de Grenoble sous la Seconde République », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 26-27, 2003, p. 85-110.

- LILTI Antoine, « Comment écrit-on l'histoire intellectuelle des Lumières ? Spinozisme, radicalisme et philosophie », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2009/1, p. 171-206.
- LUCAS-DUBRETON Jean, « Une conspiration sous Louis XVIII », *Revue des Deux Mondes*, vol. 18, 1933, p. 118-152 et 399-430.
- *Lumières*, n°13, 2009/1.
- MAFFI Alberto, « De la loi de Solon à la loi d'Ilion ou comment défendre la démocratie », in BERTRAND Jean-Marie (dir.), *La violence dans les mondes grec et romain*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2005 [En ligne : <http://books.openedition.org/psorbonne/21974>].
- MALBLANC Matthias, « Un objet juridiquement insaisissable : le droit de résistance à l'oppression », *Juridictoria*, n° 12, 2015, p. 17-44.
- MARTIN Xavier
 - « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Revue d'histoire du droit français et étranger*, t. 60, n°4, 1982, p. 589-618.
 - « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 4, 1987, p. 87-144).
- MAULIN Éric, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n°328, 2002, p. 5-25.
- MESTRE Jean-Louis
 - « À propos de l'application de la Constitution de 1791 par le Tribunal de cassation », *Études sur l'ancienne France offertes en hommage à Michel Antoine*, Paris, École nationale des chartes, 2003, p. 243-252.
 - « Les contrôles judiciaires *a posteriori* de constitutionnalité à partir de la Révolution », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010 [En ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-contrôles-judiciaires-a-posteriori-de-constitutionnalite-a-partir-de-la-revolution>].
- MOYN Samuel, « Mind the Enlightenment », *The nation*, 12 mai 2010 [En ligne : <https://www.thenation.com/article/archive/mind-enlightenment/>].
- NAVET Georges
 - « Le droit naturel des éclectiques », *Corpus, Revue de philosophie*, n°33, 1997, p. 115-130.
 - « Eugène Lerminier (1803-1857) : la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 4, 2001, p. 33-56.
- NEMO Philippe, « Les théocrates », *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, Paris, P.U.F., 2013, p. 1059-1088.

- NIORT Jean-François
 - « Les Portalis et l'esprit du XIX^e siècle », *Droits*, n° 42, 2005/2, p. 93-118.
 - « Retour sur "l'esprit" du Code civil des français », *Histoire de la justice*, n° 19, 2009/1, p. 121-160.
- OZOUF Jacques, « Le peuple et l'école. La demande populaire d'instruction en France au XIX^e siècle », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, n° 43, 2009 [En ligne : <http://journals.openedition.org/ccrh/3512>].
- OZOUF Mona, « Ballanche, l'idée et l'image du régicide », *Le Débat*, n° 39, 1986/2, p. 67-80.
- PATAULT Anne-Marie, « La Propriété non exclusive au XIX^e », *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, t. 61, n° 2, 1983, p. 217-237.
- PINNA Mario, « Un aperçu historique de "la théorie des climats" », *Annales de géographie*, t. 98, n° 547, 1989, p. 322-325.
- PLONGERON Bernard, « Nature, métaphysique et histoire chez les idéologues », *Dix-huitième siècle*, 1973|5, p. 375-412. POUTHIER Tristan, « Le droit naturel des "Éclectiques" et la doctrine publiciste des libertés sous la Monarchie de Juillet », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, [En ligne : <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-naturel-des-Eclectiques-et-la-doctrine-des-libertes-sous-la-Monarchie-de-Juillet-287.html>].
- PRANCHÈRE Jean-Yves, « Totalité sociale et hiérarchie », *Revue européenne des sciences sociales*, 49-2|2011, p. 145-167.
- RABIER Michaël, « Deus sive populus. Joseph de Maistre, Jean-Jacques Rousseau et la question de la souveraineté », *Jus Politicum*, n° 11, 2013 [En ligne : <http://juspoliticum.com/article/Deus-sive-populus-Joseph-de-Maistre-Jean-Jacques-Rousseau-et-la-question-de-la-souverainete-791.htm>].
- RÉGNIER Philippe, « Les premiers journaux saint-simoniens ou l'invention conjointe du journal militant et du socialisme. *Le Producteur* d'Enfantin et Rodrigues et *L'Organisateur* de Laurent et Bazard », in BOUCHET Thomas et al., *Quand les socialistes inventaient l'avenir*, Paris, La Découverte, 2015, p. 37-48.
- RÉMY Philippe
 - « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e siècle », *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 2, 1985, p. 91-105.
 - « "La Thémis" et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n°4, 1987, p. 145-160.
- RIBOT Théodule, « Philosophie et psychologie en France (1877) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 2, 2000/1, p. 107-123.

- ROUSSO Anny, « Le principe de solidarité écologique ou l'irruption de la science dans le droit », *Revue juridique de l'environnement*, t. 44, 2019/3, p. 479-198.
- SALAÜN Franck, « Les larmes de Wolmar. Rousseau et le problème du matérialisme », in SALEM Jean et CHARRAK André (dir.), *Rousseau et la philosophie*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2004, [En ligne : <http://books.openedition.org/psorbonne/18656>].
- SERNA Pierre, « Politiques de Rousseau et politiques de Robespierre : faux semblants et vrais miroirs déformés », *Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française*, 2015/9.
- SERRAND Pierre, « La loi dans la pensée des rédacteurs du Code civil », *Droits*, 2005/2 (n°42), p. 31-48.
- SIMON Walter M., « The « two cultures » in nineteenth-century France : Victor Cousin and Auguste Comte », *Journal of the History of Ideas*, vol. 26, n° 1, 1965, p. 45-58.
- SKINNER Quentin, « Lectures. Part two : Is it still possible to interpret texts ? », *International journal of psychoanalysis*, n° 89, 2008/3, p. 647-654.
- SOLEIL Sylvain, « Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830) », *Revista Brasileira de Direito processual penal*, vol. 7, n° 2, 2021, p. 763-800.
- SOPENA Antonin, « Résister, de quel droit ? », *Vacarme*, n° 50, 2010/1, p. 82-85.
- SPECTOR Céline, « Coutumes, mœurs, manières », in VOLPILHAC-AUGER Catherine (dir.), *Dictionnaire Montesquieu*, Lyon, ENS de Lyon, 2013, [En ligne : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376474087/fr>].
- SPITZ Jean-Fabien, « Quentin Skinner », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 40, 2014/2, p. 347-377.
- STASZAK Jean-François, « À quoi sert la "théorie des climats" ? », *Corpus*, n° 34, 1998, p. 9-43.
- TANCHOUX Philippe, « Les "pouvoirs municipaux" de la commune entre 1800 et 1848 : un horizon chimérique ? », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 20, 2013/2, p. 35-48.
- THUILLIER Guy, « Aux origines de l'École libre des sciences politiques : L'Académie de législation en 1801-1805 », *La Revue administrative*, vol. 38, n° 223, 1985, p. 23-31.
- TROPER Michel, « La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 34, 2012/2, p. 299-310.
- VACHET Claire, « Pierre Kropotkine et la loi naturelle de l'entraide : le fondement d'un droit nouveau ? », *Clio@Themis*, n°20, 2021 [En ligne : <http://journals.openedition.org/cliothemis/1250>].

- VENTRE-DENIS Madeleine
 - « La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de droit de Paris (1819-1822) », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 53, 1975/4, p. 596-622.
 - « Sciences sociales et Université au XIX^e siècle. Une tentative d'enseignement de l'économie politique à Paris sous la Restauration », *Revue historique*, t. 256, fasc. 2, octobre-décembre 1976, p. 321-342.
 - « La Faculté de Droit de Paris et la vie politique sous la Restauration. L'affaire Bavoux », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n° 5, 1987, p. 33-64.
- VERMEREN Patrice, « Les vacances de Cousin en Allemagne : La raison du philosophe et la raison d'État, *Raison présente*, n° 63, 1982, p. 77-97.
- VERMEREN Patrice, « Les têtes rondes du Globe et la nouvelle philosophie de Paris. (Jouffroy et Damiron) », *Romantisme*, n° 88, 1995, p. 23-34.
- WEIDENFELD Katia, « "Nul n'est censé ignorer la loi" devant la justice royale (XIV^e-XV^e siècles) », in *Informers : institutions et communication (XIII^e-XV^e siècles)*, Paris, P. U. de la Sorbonne, 2005, p. 165-183.
- ZANONE Damien, « Les mémoires comme genre ? La mémoire historique en quête d'une forme stable dans la première moitié du XIX^e siècle français », *Intercâmbio, Revue d'études françaises*, n° 11, 2002, p. 35-62.

Table des matières

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	11

PARTIE 1. L'ancrage de la théorie juridique de Joseph Rey : la connaissance de l'homme et de son milieu	61

Chapitre 1. Les soubassements philosophiques de la théorie juridique de Joseph Rey : l'héritage matérialiste.....	65

Section 1 : Le matérialisme méthodologique de Joseph Rey.....	69

I/ L'affirmation d'une épistémologie sensationniste héritée de l'Idéologie.....	73

II/ Un apparent consensus autour de la méthode d'observation.....	87

III/ Première réfutation du spiritualisme : une défense du sensationnisme	97

Section 2 : Les fondements de la morale ou l'utilitarisme hédoniste de Joseph Rey....	109

I/ Une conception déterministe de la volonté.....	111

A/ Un déterminisme vertueux et volontariste.....	112

B/ La condamnation du déterminisme comme immoralisme	119

II/ La reconnaissance de l'intérêt comme clef de voûte du monde moral	123

A/ L'affirmation d'une morale des intérêts	124

B/ ... complétée par l'introduction ambiguë de la notion de sympathie.....	133

III/ De l'impossibilité d'une morale non utilitariste.....	140

A/ Un aperçu substantiel de la critique de l'utilitarisme moral	141

B/ La raison cousinienne et le sens moral contre l'intérêt.....	144

C/ Les morales déontologiques au prisme de la critique reyienne	152

Conclusion du chapitre 1.....	161

Chapitre 2. Les fondements de l'ordre social et politique : une adaptation des thèses de Rousseau.....	165

Section 1 : Comment (re)faire société après la Révolution ?	169

I/ Les théories du contrat social : un héritage sous bénéfice d'inventaire.....	172

A/ Le rejet des théories contractualistes après la Révolution.....	173

1. L'anti-rousseauisme des théocrates.....	174

2. L'entre-deux éclectique.....	179
B/ L'aporie d'un état de nature originel et asocial	184
1. L'impossible état de nature antésocial.....	184
2. La dénonciation des effets pervers de la dialectique état de nature / société	190
3. L'état naturel d'interdépendance, socle de la fraternité	198
II/ Faire société par le droit.....	203
A/ Le quasi-contrat social : une proposition théorique pour penser l'articulation de l'individu et de la société.....	203
1. Le caractère programmatique du quasi-contrat social	206
2. Le quasi-contrat, ou l'adhésion de la volonté à la nécessité.....	210
3. La dimension émancipatrice du quasi-contrat social.....	214
B/ Les « lois constitutives » des sociétés : une juste répartition des charges et des avantages sociaux.....	220
Section 2 : L'affirmation de l'égalité comme exigence sociale.....	231
I/ Les inégalités dénoncées	234
A/ La société mise en péril par les inégalités matérielles.....	236
B/ La dégradation morale des pauvres et des femmes.....	241
II/ L'idéal égalitaire de Joseph Rey : de l'inégalité naturelle à une « pieuse inégalité »	247
A/ Les premiers germes de la réflexion reyienne sur l'égalité.....	248
B/ Penser l'égalité à partir des inégalités naturelles	250
C/ L'égalité réelle rendue possible par la mise en œuvre d'une « pieuse inégalité »	255
III/ L'égalité spirituelle des éclectiques	260
A/ L'ordre social : gardien des inégalités naturelles.....	262
B/ L'égalité dans la liberté.....	265
C/ Deux conceptions de l'égalité.....	270
Section 3 : Les principes de l'ordre politique : une démocratisation du régime représentatif.....	275
I/ L'origine démocratique des pouvoirs publics.....	278
A/ Une théorie des pouvoirs législatif et exécutif héritière de la Révolution française.....	279
1. La prédominance du pouvoir législatif	281

2. Le rôle subalterne du pouvoir exécutif.....	288
B/ Les innovations introduites par l'ajout des pouvoirs électoral et constituant	292
1. Le pouvoir électoral : premier degré de la souveraineté	293
2. L'ajout audacieux d'un pouvoir constituant.....	295
α. Les controverses autour du pouvoir constituant.....	296
β. L'affirmation du pouvoir constituant	298
II/ Penser la souveraineté après la Révolution	304
A/ La défense du principe de souveraineté nationale.....	305
1. Un contexte de réaction contre les conceptions révolutionnaires de la souveraineté.	306
α. Omni potestas a deo	306
β. De la raison souveraine à la souveraineté de la raison.....	308
2. L'argumentation reyenienne en faveur de la souveraineté nationale	313
3. L'ambiguïté du concept de « nation ».....	319
B/ Une souveraineté nationale inaliénable.....	324
III. La consécration du pouvoir de la majorité.....	328
A/ Les conditions d'aptitude à l'exercice de la souveraineté : un élargissement du corps électoral.....	330
1. Élargir le corps électoral pour en finir avec le pouvoir de la richesse.....	332
2. Des hésitations autour du suffrage universel masculin.....	340
B/ La volonté majoritaire comme volonté générale.....	345
C/ Le domaine de la souveraineté : une énième discussion autour de Jean-Jacques Rousseau.....	350
Conclusion du chapitre 2.....	359
Conclusion de la Partie 1.....	361
 PARTIE 2. Du droit à la législation : la réalisation de l'égalité sociale.....	 365
 Chapitre 1. La théorie reyenienne du droit, ou l'égalité par le droit.....	 369
Section 1 : Une théorie relationnelle du droit.....	373
I/ Une approche matérialiste des lois de la nature.....	376
A/ La loi naturelle d'après la doctrine spiritualiste	377

B/ Les lois de la nature appréhendées dans une perspective hédoniste.....	383
1. La définition des lois de la nature selon Destutt de Tracy.....	384
2. L'ambiguïté terminologique de la référence à la nature.....	387
3. Les lois de la nature humaine comme socle du travail législatif.....	390
II/ Aux origines des idées de droit et de devoir : les besoins comme principe du droit.....	395
A/ La genèse idéologique des concepts de droit et de devoir.....	396
B/ L'impossible droit subjectif	399
III/ Une réciprocité des droits et des devoirs à l'échelle sociale.....	403
Section 2 : La référence au droit (naturel) comme instrument d'évaluation et de critique de l'ordre juridique positif	415
I/ La compatibilité des lois de la nature et des lois expression de la volonté générale	416
II/ Les usages du droit.....	418
A/ La neutralisation de la charge critique du droit naturel.....	420
B/ Les usages politiques du droit par Joseph Rey.....	427
1. Droit légitime et droit déclaré.....	428
2. La dénonciation des obstacles opposés à la garantie du droit.....	437
Section 3 : Le droit de propriété, topos significatif d'une théorie relationnelle du droit	443
I/ Le droit de propriété fondé sur le travail.....	446
A/ La genèse idéologique du concept de propriété	446
1. La propriété privative et exclusive selon Destutt de Tracy	446
2. L'adaptation de Joseph Rey : une brèche ouverte en faveur la propriété commune.....	448
B/ Le travail de l'homme, cause originelle du droit de propriété.....	451
1. Le mécanisme de création du droit de propriété.....	452
2. Les vices de l'organisation capitaliste de la propriété privée.....	458
C/ L'examen critique des dispositions du droit civil : l'héritage en question.....	462
II/ Une conception sociale de la propriété.....	466
A/ Une limite sociale à l'acquisition par le travail : le « droit d'acquérir ».....	468
B/ Une nouvelle physionomie du droit de propriété dans le système de la communauté coopérative.....	474
1. La dénonciation de l'abus.....	474

2. Le droit de propriété comme droit de jouissance.....	478
3. Les garanties apportées par le système de la communauté coopérative.....	480
Conclusion du chapitre 1.....	485
 Chapitre 2. Les principes de la législation : une recherche de perfection législative dans une perspective démocratique.....	489
 Section 1 : La figure du législateur : un génie démiurgique ?	493
I/ La mission du législateur ou les finalités de la loi	495
A/ Une finalité invariable : la réalisation du but social	495
B/ La législation comme instrument du progrès moral et social.....	497
1. Le rapport des lois et des mœurs.....	497
2. Les lois au service de l'amélioration des mœurs	503
3. La prise en compte stratégique des mœurs.....	508
C/ La juste prise en compte des circonstances.....	512
1. La condamnation de l'idéologie portée par le relativisme politique de Montesquieu.....	514
2. L'exagération de Montesquieu dans l'importance donnée au climat.....	518
II/ Le socle de connaissances scientifiques nécessaires au législateur.....	523
A/ Les causes de retard dans les progrès de la science législative	523
B/ Les propositions d'amélioration des études juridiques	526
III/ Les qualités morales des législateurs.....	534
 Section 2 : L'élaboration de la loi : une perspective universaliste.....	537
I/ La discussion avec Savigny sur l'opportunité de la codification et de l'uniformité des lois.....	538
A/ Une divergence de vues quant à l'origine du droit : contingence historique ou nature humaine ?	540
B/ L'époque de la codification	543
C/ La nécessité d'une législation uniforme	547
1. L'universalité des principes généraux du droit et de la législation	548
2. Les arguments en faveur de l'uniformité des lois.....	550
3. L'infléchissement du principe : le maintien des résistances locales.....	554
II/ Comment assurer l'effectivité des lois ? Rey à l'école de Bentham	557
A/ Une nomographie, ou l'art de faire les lois.....	558

1. La complétude des lois : une posture positiviste pour limiter l'arbitraire...	559
2. Les règles d'écriture des lois au service de leur accessibilité	562
3. L'énoncé des motifs ou l'esquisse d'un contrôle citoyen des lois.....	563
α. Une plus-value pour interpréter les lois.....	564
β. L'énoncé des motifs comme vecteur d'adhésion populaire.....	565
B/ La promulgation comme acte d'éducation à la loi	569
1. Une timide dénonciation de l'insuffisance des procédés de promulgation et de publication des lois	571
2. Assurer la publicité des lois : des propositions inscrites dans l'héritage révolutionnaire.....	574
Section 3 : L'abrogation de la loi : un mode d'intervention démocratique.....	581
I/ Les modalités ordinaires d'abrogation tacite des lois	582
A/ L'abrogation pour contrariété avec une loi nouvelle : de l'évidence du principe aux difficultés de mise en œuvre	583
B/ L'abrogation pour cessation des motifs : un remède opportun contre le maintien des lois rigoureuses	585
C/ L'abrogation pour désuétude : un refus de principe.....	589
1. Un refus motivé par la crainte de l'arbitraire administratif et judiciaire.....	590
2. L'atténuation du principe : une défense de la « jurisprudence populaire ». 594	
II/ L'insurrection comme mode d'abrogation de l'ensemble de la législation.....	597
A/ Penser le droit de résistance à l'oppression et le droit d'insurrection après la Révolution : une tendance « libérale-conservatrice »	600
B/ L'affirmation royenne du droit et du devoir de résistance à l'oppression et d'insurrection	607
1. Le fondement (quasi-)juridique du droit de résistance : rupture du pacte social et violation des droits fondamentaux.....	608
2. Le devoir social de résistance : corrélat indispensable du droit.....	611
3. La nécessité des faits de résistance ou la responsabilité du gouvernement	614
C/ Modalités et finalités de l'insurrection : le rétablissement de l'égalité politique au fondement d'une nouvelle association.....	617
1. La loi de Solon ou l'obligation de prendre parti : l'indépassable majorité. .	618
α. Le principe majoritaire et le rétablissement de l'égalité politique	618
β. La participation des gens de bien à la reconstruction de l'ordre social	621
2. Et l'abrogation en fin de compte ?	625

Conclusion du chapitre 2.....	631
Conclusion de la Partie 2.....	635
Conclusion générale.....	637
Annexes	649
Sources et bibliographie.....	653