



HAL
open science

De l'ordre de la nature à l'ordre des lois : l'évolution de la pensée juridique de Domat à Montesquieu

Isabelle Brancourt

► **To cite this version:**

Isabelle Brancourt. De l'ordre de la nature à l'ordre des lois : l'évolution de la pensée juridique de Domat à Montesquieu. La légitimité, 2021, *Ordre et Légitimité*, 73, pp.81-121. halshs-03762501

HAL Id: halshs-03762501

<https://shs.hal.science/halshs-03762501>

Submitted on 30 Aug 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Isabelle BRANCOURT
CR-HC au CNRS
Institut d'Histoire du droit – Jean Gaudemet (UMR 7184)

Preprint de la contribution à : Ordre et Légitimité, n° 73 de La Légitimité. Revue universitaire d'histoire et d'idées politiques, Cahier n° 20 des Amis de Guy Augé (ISSN 0153-2243), 2021.

*DE L'ORDRE DE LA NATURE A L'ORDRE DES LOIS : L'EVOLUTION DE LA PENSEE JURIDIQUE
DE DOMAT A MONTESQUIEU*

Dans la *Défense de l'Esprit des Lois*, de 1750, Montesquieu définit son ouvrage le plus célèbre, en son temps et pour les siècles, comme « de pure politique et de pure jurisprudence »¹. Si le terme de politique ne nécessite aucune définition, celui de jurisprudence en revanche, sous la plume de Montesquieu, ne doit pas nous égarer : il signifie ici que *De l'Esprit des Lois* est une œuvre de théorie du droit, nous dirions aussi de philosophie du droit. Une excellente étude récente fait d'ailleurs la démonstration de l'utilisation toute « philosophique » – au sens du XVIII^e siècle – que Montesquieu y fait du corpus juridique de référence, le droit romain : en fait de « jurisprudence », notre baron pratique allègrement une réinterprétation des textes et, surtout, des termes précis du *Digeste* par exemple, dans des sens qui en font un élément orienté de sa démonstration qui, elle, est politique². On en conclut, dans toute l'objectivité de ce terme-là, à une valeur de l'œuvre, incontestablement subversive de l'ordre politique du temps. Catherine Volpillac-Augé, spécialiste de référence, peut écrire : « *L'Esprit des lois*, 'prolem sine matre creatam', 'enfant sans mère' ou 'créature sans créateur' selon son auteur, manifeste clairement que de cette période riche de potentialités, est née une vision entièrement neuve. Le séisme qui s'est alors fait sentir ne s'explique pas autrement. »³ *Terminus ad quem*.

En contrepoint, Jean Domat a été choisi pour le moment très spécial qu'il représente dans l'histoire du droit dans les dernières décennies du XVII^e siècle. Il est ici un *terminus a quo*, ce qui ne signifie pas, bien sûr, qu'il n'entre pas lui-même dans un mouvement qui plonge ses racines bien avant lui, au moins au XVI^e siècle, plus spécialement sans doute dans l'œuvre du juriste Charles Loyseau. Dans son ouvrage au titre tellement suggestif : *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, Marie-France Renoux-Zagamé consacre pourtant à Domat une place centrale dans cette évolution : « La publication des *Lois civiles dans leur ordre naturel* précède d'un

¹ Premières lignes de la *Défense*, accessible en ligne sur Gallica.fr.

² Élise Frélon, « Montesquieu romaniste : Lois romaines, droit romain et science juridique classique dans l'*Esprit des lois* », dans I. Brancourt (dir.), *Au cœur de l'État. Parlement(s) et cours souveraines sous l'Ancien Régime*, Paris, Classiques Garnier, 2020, p. 223-248.

³ Catherine Volpillac-Augé, « Débats et polémiques autour de *L'Esprit des lois* », dans *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 35, n° 1, 2012, p. 3-11 (accessible en ligne, sur Cairn.fr).

siècle⁴ la révolution de 1789... : l'œuvre de Domat constitue elle aussi une rupture quasi révolutionnaire, une rupture qui, dans l'histoire de la pensée juridique, ne se contente pas d'annoncer, mais *permet*, et même rend indispensable, la mutation fondamentale que constituera la codification du droit »⁵. Domat s'est attelé, pendant la dernière décennie de sa vie, à la rédaction de cette véritable nouveauté qu'est un « Traité » de droit civil, avec tout ce que cela comporte de volonté pédagogique, laquelle se trouve confortée de la mise en chantier d'un des rares *Traité de Droit public* du XVII^e siècle⁶ : l'ensemble apparaît tout de suite comme une somme, qui doit entrer dans la formation de tout juriste qui se respecte. En 1723, grâce à l'avocat au Parlement Louis d'Héricourt⁷, une édition in-folio, à Paris chez R. Le Gras, réunit en deux volumes ces œuvres majeures de feu M. l'avocat du roi au présidial de Clermont d'Auvergne, qui entre alors dans *toutes* les grandes bibliothèques juridiques. Il y avait, sous-jacent à ce travail immense, un véritable projet politique : celui de concevoir un ordre rationnel – qu'il déclarait *naturel* – aux lois romaines pour servir de fondement à la compréhension des lois de son temps. C'était viser au principe d'unité sur la base d'un droit romain conçu comme LE droit pas excellence (d'où le titre des *Lois civiles*), afin de promouvoir une justice des hommes qui soit aussi exacte que souveraine, « image de Dieu » : Domat en attendait que le juge, privé désormais de toute latitude à l'interprétation⁸, devienne l'instrument – on osait même le mot « esclave » – de la loi. On comprend dès lors la convergence de l'œuvre de Domat, malgré des sources d'inspiration encore traditionnelles parfois⁹, voire exogènes (« pour le moins hétérogènes »¹⁰), avec le projet politique que développaient alors, sous l'autorité de Louis XIV, les tenants – tel Colbert ou Pussort – de l'État monarchique¹¹. Tout pouvoir devrait être ramené à l'unité, au centre, au roi. L'on a pu voir aussi, dans ce *Traité de Droit public* de Domat, la naissance de l'ordre administratif¹² à côté d'un ordre judiciaire (à la configuration

⁴ La première édition des *Lois civiles (sic)* date en effet de 1689 (Paris, J-B Coignard, 2 vol., in-4°), mais elle est corrigée et revue immédiatement pour une édition complète en 1694 (vol. 3). Le succès en est manifesté par une deuxième édition dès 1697 intégrant, mais à titre posthume, l'inachevé *Traité de droit public* (Paris, Aubouin, Eméry & Clouzier, 3 vol. in-4°).

⁵ Marie-France Renoux-Zagamé, « Domat : la source divine incorporée au droit romain », dans *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003, p. 77-146, ici p. 78.

⁶ Cf. David Gilles, *La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696) : du grand siècle au code civil*, thèse, Aix-Marseille, 2004.

⁷ 1687-1752. Louis [de ou] d'Héricourt du Vatie est d'abord ingénieur dans l'armée des Flandres, puis il entre dans les ordres, chez les Bénédictins puis les Oratoriens. Puis il passe au droit, devient avocat au parlement de Paris en 1712, sert le duc d'Orléans. Entre autres ouvrages, il est connu pour ses *Lois ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel et une analyse des Livres du droit canonique conférés avec les Usages de l'Église gallicane* (1719) dont la préface fait explicitement référence aux *Lois civiles de Domat* pour étayer ses propres intentions pédagogiques. L'ouvrage connaît 4 autres éditions (1721, 1730 et 1743) du vivant de son auteur et une en 1771. Les dates, confrontées à l'histoire mouvementée de la réception de la bulle *Unigenitus*, en sont rien moins qu'éloquentes. Il est l'un des plus célèbres avocats de son temps, même « le plus grand canoniste du XVIII^e siècle » (Jean-Louis Gazzaniga, « Avocats canonistes et gallicans (XVII^e- XVIII^e siècles) » ; dans : *Études d'histoire de la profession d'avocat : Défendre par la parole et par l'écrit*. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2004, en ligne sur <http://books.openedition.org/putc/12984>, § 15).

⁸ Sur la querelle de l'interprétation, voir les développements si éclairants de Jacques Krynen dans : *L'idéologie de la magistrature ancienne*, tome 1 de *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, « NRF », 2009, p. 139-190.

⁹ M.-F. Renoux-Zagamé, *op. cit.*, p. 80-81.

¹⁰ *Ibid.*, p. 81. Mme Zagamé parle aussi de « la multiplicité des influences perceptibles » (p. 79).

¹¹ Mais cela pose le problème de la réalité dans les faits ou non de l'adage : *une foi, une loi, un roi*.

¹² Cf. D. Gilles, « Jean Domat et les fondements du droit public », *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, (2006) 25-26, p. 95-119, ici p. 95.

encore passablement différenciée) que formaient alors l'ensemble des justices, royales ou concédées.

Le propos de la présente contribution sera aussi politique, tel un vagabondage intellectuel entre sources et historiographie autour des variations de la relation entre loi, ordre et légitimité à une époque charnière, sur l'exemple particulier de la conception de la noblesse dans la société. Le moment choisi est celui de la « crise de la conscience européenne », chère à Paul Hazard, du temps de la minorité agitée du Louis XIV à celui de la Régence et du règne personnel de Louis XV. La raison du choix des deux auteurs qui la délimitent, Domat (1625-1696) et Montesquieu (1689-1755) se trouve là. Il faut en effet situer le rayonnement intellectuel de l'un entre 1670 et sa mort, et de l'autre au moins à partir de 1730. Entre Domat et Montesquieu, on peut compter une à deux générations, selon l'évolution des critères démographiques de ce terme : c'est celle, par exemple, d'Henri François d'Aguesseau (1668-1751), le « jurisconsulte »¹³ que l'on appelle aussi « homme politique », ou de Louis de Rouvroy, duc de Saint-Simon, le « politique » qui est un passionné du droit et de l'ordre public de la France¹⁴. Nous nous arrêterons plus spécialement sur le premier de ces deux géants de la littérature, juridique dans un cas, mémorielle dans l'autre, parce qu'il est un héritier direct de Domat¹⁵ tout en préparant immédiatement Montesquieu. Pour ce dernier, on devra sans doute faire remonter son influence aux *Lettres persanes* qui, dès 1721, « lancèrent » littéralement leur auteur : les *Lettres*, anonymes mais transparentes, connurent immédiatement un immense succès littéraire et mondain en dépit de la réprobation de la censure¹⁶ ; elles sont certainement l'« œuvre avec laquelle s'ouvre l'horizon de la pensée du XVIII^e siècle »¹⁷. Pour autant, nous faisons nôtre cette remarque d'évidence : « le mouvement qui en 1748 affirme sa maturité et sa profondeur avec *L'Esprit des lois* s'enracine plus souterrainement dans un XVII^e siècle qui a fait naître Spinoza et Bayle, et s'est développé tout au long du premier XVIII^e siècle de manière plus ou moins discrète, et en tout cas désordonnée »¹⁸. Nous réparerons ici deux oublis dans l'évocation de ces ancêtres intellectuels à qui Montesquieu est redevable d'une part de sa « révolution » : celui de Grotius, d'une part, celui, en dépit de lui-même, de Descartes, d'autre

¹³ D'Aguesseau connaît Domat personnellement et semble bien, selon une tradition vraisemblable, avoir collaboré à ses derniers travaux. Il meurt en 1751, très âgé pour l'époque, semblant ainsi « rattraper » Montesquieu. Chancelier de France de 1717 à 1750, il est évidemment un acteur politique de premier plan, mais l'opinion lui dénie très vite une véritable stature « politique », terme qui, au demeurant, faisait horreur au chancelier lui-même. Cf. I. Storez [-Brancourt], *Le chancelier Henri François d'Aguesseau (1668-1751). Monarchiste et libéral*, Paris, Publisud, 1996 (accessible en ligne).

¹⁴ La thèse de doctorat ès-Droit, de feu notre président Jean-Pierre Brancourt, publiée il y a juste 50 ans, n'a rien perdu de son actualité : *Le duc de Saint-Simon et la Monarchie*, Paris, Cujas, 1971, 286 pp. Saint-Simon est né en 1675. Il a connu et fréquenté (non pas intimement, mais dans leur activité professionnelle au parlement de Paris ou au Conseil du roi) les d'Aguesseau père (1635-1716) et fils. Montesquieu se réclame de son amitié. Voir aussi le récent article de Philippe Pichot : « D'Aguesseau et Saint-Simon : Regards croisés sur les lois fondamentales du royaume », dans I. Brancourt et Pascal Plas (dir.), *Henri François d'Aguesseau. Magistrat du Parlement et chancelier de France*, Paris, Mare et Martin, 2021, p. 67-78 (sous presse).

¹⁵ D. Gilles, « De la plume d'un avocat du roi à celle d'un Chancelier : Henri-François d'Aguesseau, lecteur de Jean Domat », *Cahiers Poitevins d'Histoire du droit*, 3 (2011), p. 163-183.

¹⁶ L'ouvrage a été imprimé à l'étranger. Lorsqu'il arrive début 1721 au service de la Librairie, attaché à la Chancellerie de France, d'Aguesseau en est le responsable suprême et son propre bibliothécaire personnel, et censeur, l'abbé Veissière, l'examine et inscrit de sa main : « Réprouvé absolument », en marge du « Registre des livres d'impression étrangère présentés au Garde des Sceaux pour la permission de débiter » (Edgar Mass, *Literatur und Zensur in der frühen Aufklärung. Produktion, Distribution und Rezeption der « Lettres persanes »*, Frankfurt [M., 1981], *Analecta Romanica*, 46).

¹⁷ Introduction à la prochaine édition des *Lettres* sur le site Montesquieu – Unité mixte de recherche 5317, CNRS (<http://montesquieu.ens-lyon.fr/spip.php?article7>).

¹⁸ C. Volpilhac-Auger, « Débats et polémiques », art. cit., version en ligne.

part, car avec ses promoteurs dans la société, tel Boileau¹⁹, ou ses interprètes plus ou moins fidèles, tel Malebranche, Descartes reste en politique *le* grand initiateur : aucun des juristes des règnes de Louis XIV et de Louis XV, de Domat à Montesquieu, n'échappe à l'influence de ce qui devient très vite « le cartésianisme ».

I – Nature et norme dans la pensée moderne du XVII^e siècle

Le cartésianisme n'est peut-être à la philosophie de Descartes que ce qu'une systématisation peu fidèle est à la pensée nuancée de l'auteur. Il n'en demeure pas moins que dès les années 1660, Descartes est dans la bouche de tous, même s'il est une pomme de discorde. C'est toute une génération qui va s'en trouver plus ou moins inspirée : en résultent quelques nouveautés ou du moins des inflexions significatives de tendances anciennes, non seulement pour une certaine conception de l'homme, de sa nature, de son action sur le monde, mais surtout pour une élévation à un statut quasi divin de sa raison qui fait entrer cette génération, « à pleines voiles d'admiration » inconsciente, dans le siècle des Lumières. Dans les milieux de la robe, la raison de Descartes est-elle pourtant d'un usage si nouveau, si révolutionnaire ? Pas sûr, confie prudemment Marie-France Renoux-Zagamé, que la raison juridique, toute traditionnelle, n'ait pas trouvé avec Descartes autre chose qu'un habit à la mode...²⁰ Il n'empêche que la question reste posée tant pour des juristes comme Domat, que pour de grands administrateurs du temps, tel Colbert, les Phélypeaux. L'exaltation par Descartes de la raison venait soutenir opportunément la cause de la raison d'État²¹, en un temps où les troubles même qui jalonnèrent le règne de Louis XIII, en démontraient la faible audience. C'était alors le temps de la France « baroque », exubérante, proliférante et excessive, celle du héros cornélien (ou pas²²) que les idées chevaleresques d'honneur et de gloire inspiraient beaucoup plus que les notions abstraites et juridiques de raison d'État et d'unité nationale ; une France dominée encore par une noblesse aux allures romanesques et turbulentes, en profondeur rétive à cette « gestation de l'État moderne »²³ dans lequel elle voyait un renversement général. Dans ce contexte, on comprend que le chancelier Séguier et, surtout, Mazarin aient soutenu Descartes : le cardinal italien lui obtint même une pension du Roi. Nous reviendrons sur cette alliance entre raison et État à un moment où ce dernier prend sa véritable définition et sa vraie figure. La Cour s'ouvrit à cette pensée : le prince de Condé (le « Grand ») invita le philosophe à Chantilly, tandis que les salons

¹⁹ On connaît son *Arrêt burlesque, donné en la grand'chambre du Parnasse, en faveur des maîtres-es-Arts, médecins et professeurs de l'Université de Stagyre, au pays des Chimères, pour le maintien de la doctrine d'Aristote*, satire qui répond à une requête de la Sorbonne au Parlement pour obtenir l'interdiction de l'enseignement de Descartes (paru anonymement en 1671). Boileau y « Défend à la Raison et à ses adhérents de plus s'ingérer à l'avenir de contester les commandements ci-avant et d'en trouver remèdes par mauvais moyens et voies de sortilèges comme observations, analyses, déductions et autres drogues non approuvées ni connues des anciens. »

²⁰ *Op. cit.*, p. 80.

²¹ Cf. Pierre Dardot et Christian Laval, « Chapitre 6. *Raison d'État, souveraineté et gouvernementalité*, dans *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'État en Occident*, Paris, La Découverte, 2020, 736 pp, p. 303 à 358, en ligne sur Cairn.info.

²² Le texte de *Cinna, ou la clémence d'Auguste* démontre en effet que Corneille a parfaitement intégré le discours de l'État : par ex. *Cinna* à Auguste (Acte II, sc. 1) : « N'imprimez pas, Seigneur, cette honteuse marque/ A ces rares vertus qui vous ont fait monarque./ Vous l'êtes justement, et c'est sans attentat,/ Que vous avez changé la forme de l'État./ Rome est dessous vos lois par le droit de la guerre/ Qui sous les lois de Rome a mis toute la terre. » On pourrait multiplier les citations révélatrices.

²³ Cf. Hubert Méthivier, *Le siècle de Louis XIII*, Paris, 1971, p. 5 à 10, mais surtout Arlette Jouanna, *Le devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l'État (1559-1661)*, Paris, Fayard, 1989, 504 pp., et Étienne Thuau, *Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu*, Paris, Armand Colin, 1966, 479 pp. (rééd. Albin Michel, 2000, 512 pp).

précieux et les femmes savantes s'entichaient de sa métaphysique et de sa physique. Madame de Sévigné se passionnait, non pas tant pour le fond de la matière elle-même, mais pour les débats que la philosophie de M. Descartes alimentait dans son cercle de gens d'esprit. La réaffirmation par Descartes des grandes vérités de la foi, sa démonstration, pour le moins originale, de l'existence de Dieu, lui attirèrent la bienveillante sympathie de cardinaux, Retz entre autres. Plus tard, Bossuet et Fénelon, tout en déplorant les mauvaises interprétations que l'on pourrait en tirer, se révèlent pétris de cartésianisme. Des ordres religieux, moins imprégnés de scolastique que les Dominicains ou les Jésuites, se montrèrent très réceptifs aux influences novatrices : les Génovéfains, par exemple, avec les Pères Le Bossu et Lallemant. Chez les Minimes, le Père Mersenne fut le principal correspondant de Descartes en France ; il se chargeait de transmettre au philosophe les objections qu'on formulait à propos de sa doctrine. L'Oratoire, enfin, a compté de grands cartésiens, en particulier, le Père Malebranche ; à travers eux, la philosophie de Descartes pénétra dans les collèges : elle allait imprégner ainsi la société en profondeur.

On connaît la première des maximes que Descartes s'astreignit à suivre « par provision » tandis qu'occupé « à rebâtir le logis », il assurerait commodément sa vie sans être « irrésolu » en ses actions « pendant que la raison [l]'obligerait de l'être en [s]es jugements »²⁴ : « [C']était d'obéir aux lois et aux coutumes de mon pays, retenant constamment la religion en laquelle Dieu m'a fait la grâce d'être instruit dès mon enfance... ». Réserve formelle du maître qui mettait à l'abri de son doute méthodique les domaines de la religion, de la politique et de la société. À l'exception de banales remarques sur *Le Prince* de Machiavel ou de quelques conseils politiques qu'il adresse, en particulier, à la princesse Élisabeth de Bohême²⁵, le silence présumé de Descartes en matière politique eût voulu que l'on s'en tînt à ce conformisme. La tentation était grande néanmoins de déduire de sa métaphysique des conclusions applicables à l'homme en société. Il est très apparent que bien peu de ses lecteurs ont résisté à cette tentation : celle de « rebâtir », justement, cette étonnante bâtisse de la monarchie de France à laquelle chaque siècle avait apporté, dans un style composite, son corps de logis. « La façade avait grand air »²⁶, comme le remarquait Pierre Gaxotte, mais tout administrateur zélé, qu'il fût de la justice ou des finances, qu'il fût Domat au présidial de Clermont ou d'Aguesseau au Parlement puis au Conseil, ne pouvait ignorer les obstacles que rencontraient quotidiennement les agents royaux dans la diversité des institutions coutumières et géographiques. Trois éléments qu'il faut bien appeler *cartésiens* ont été utilisés pour cela : la *raison*, dont on sait l'usage que Descartes en fait en philosophie, l'*esprit de géométrie* qui en découlait, et sa conception de la *nature*. Dans la pensée de d'Aguesseau, qui se laisse aller à philosopher pour combler le désœuvrement de son exil, entre 1722 et 1727, voilà ce que cela donne :

Au stade de la connaissance intellectuelle, le raisonnement de d'Aguesseau est le suivant : il affirme que, les idées venant de Dieu (présupposé de Descartes), toute perception intellectuelle est juste nécessairement : « Mes idées viennent de Dieu, qui, comme je l'ai dit en établissant le principe de ma certitude, ne peut ni me tromper, ni être trompé »²⁷. Plus loin, le Chancelier ajoute : « L'homme ne pénètre pas toujours la raison de sa certitude ; il faut pour

²⁴ René Descartes, *Discours de la méthode*, 3ème partie, éd. « La Pléiade », 1952, p. 140-41.

²⁵ Voir Pierre Guenancia, *Descartes et l'ordre politique. Critique cartésienne des fondements de la politique*, Paris, Gallimard, 2012, 406 pp. (éd. revue de celle de 1983).

²⁶ Première page de *La Révolution française* de Pierre Gaxotte (1928).

²⁷ Cf. *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, Paris, Libraires associés, 1759-1789, 13 vol., t. XI (1779), *Méditations métaphysiques sur les vraies et fausses idées de la justice*, p. 160.

cela qu'il médite sur la cause de ses idées, sur la vérité et sur l'infailibilité essentiellement attachées à Celui qui les lui donne ; sur l'absurdité de supposer que ce soit Dieu même qui le trompe »²⁸. En amont de sa démonstration, d'Aguesseau a posé que, chaque perception impliquant un jugement, ce « premier jugement que je porte [...] » est infailible, puisqu'il est « déterminé par l'Auteur de mon être qui est incapable de me tromper »²⁹. Bien sûr, il limitait cette infailibilité à une certaine catégorie de jugement : « Ce premier jugement consiste uniquement dans cette conscience intime que j'ai, comme toutes les autres intelligences, de ce qui se passe dans mon âme [...] »³⁰. D'Aguesseau conçoit, en effet, que l'erreur soit possible dans le jugement lorsque celui-ci résulte d'un raisonnement dont toutes les propositions peuvent n'être pas entièrement exactes. La première proposition demeure cependant, et l'évidence d'une idée participe au premier chef de cette infailibilité. L'opération de la raison devient alors « une espèce de prière naturelle que Dieu exauce toujours »³¹. La raison humaine, participant au privilège divin, devient alors une sorte d'arbitre suprême de la vérité : d'Aguesseau s'exprime ainsi : « Je citerai son opinion au tribunal de ma raison »³². Faudrait-il en conclure à l'infailibilité de la « raison » de « l'État » ? En attendant de se déterminer sur cette conséquence majeure, il fallait bien convenir de l'efficacité de la méthode : comme chez Domat, dans la pensée de d'Aguesseau, si l'ordre « naturel » est celui de la raison³³, il suffisait d'avancer *more geometrico*, c'est-à-dire comme en mathématiques³⁴, pour atteindre à cette raison de la loi, du droit.

Une convergence s'établit, par ailleurs, entre ce cartésianisme et l'influence, considérable dans le monde de la robe, de l'École du droit de la nature et des gens promue au XVII^e siècle par le Hollandais Hughes de Groot, autrement dit Grotius (1583-1645) et par l'Allemand Samuel Pufendorf (1632-1694). Dans le sillage de Michel Villey, Guy Augé, on le sait spécialement entre nous, avait entrepris des travaux sur le premier, « ce prince de la science juridique moderne »³⁵, mais l'unique article qu'il a publié³⁶ ne rend pas compte de l'importance de ses recherches et de son enseignement sur ce sujet que sa mort prématurée ne lui permit pas de mener à terme. Il trouvait en Grotius les racines philosophiques de l'irruption de la morale dans la science juridique au point même de se confondre avec elle³⁷. En 1625 était publié à Paris et dédié à Louis XIII son plus célèbre ouvrage : *De jure belli ac pacis (Du droit de la guerre et de la paix)*. L'audience fut immense : soixante-seize éditions au XVII^e et au XVIII^e siècle ; et les traductions multiples : en France, Barbeyrac donna la plus réputée en 1724, précédée du maître-ouvrage de Pufendorf : le *De jure naturae et gentium (Du droit de la nature et des gens)*³⁸. Vers 1718, ce sont précisément ces ouvrages dont, avec insistance, d'Aguesseau

²⁸ *Ibid.*, p. 219.

²⁹ *Ibid.*, p. 86.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 102, « comme le Père Malebranche l'a fort bien dit », précise d'Aguesseau.

³² *Ibid.*, p. 26.

³³ D'Aguesseau écrit précisément « qu'un Etre raisonnable doit agir raisonnablement, & que c'est-là ce qui forme véritablement son état naturel » (*Essai d'une institution au droit public, Œuvres, op. cit.*, t. I, p. 470).

³⁴ « [...] pour parler encore la langue géométrique », répète encore d'Aguesseau (*Méditations, op. cit.*, p. 514).

³⁵ Michel Villey, *Cours d'histoire de la philosophie du droit*, IV, p. 535.

³⁶ Guy Augé, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », dans : *Archives de Philosophie du droit*, tome XIII, 1968, p. 99 à 114.

³⁷ Voir aussi : M. Villey, « Le moralisme dans le droit à l'aube de l'époque moderne », dans : *Revue de droit canonique*, XVI, n°2-4, 1966, pp. 319, sq.

³⁸ L'ouvrage date de 1672 (traduction Jean Barbeyrac, *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence ou de la politique*, Amsterdam, 1706, 2 vol. in-4°) ;

recommandait la lecture à son fils pour ses études du droit et de l'histoire : « l'une est les Prolegomènes du Livre que Grotius a fait sur le Droit... Il [y] donne des idées fort justes & fort précises sur les principes généraux des Loix, & sur leurs différentes espèces, par des distinctions & des définitions qui m'ont toujours paru beaucoup plus exactes que celles qu'on trouve dans les Auteurs du Droit Romain »³⁹...

Dans ce contexte européen du XVII^e siècle, de troubles profonds tant religieux que politiques, qui devait inspirer à Hobbes une large part de son anthropologie pessimiste⁴⁰, Grotius, que la guerre indigne, propose dans le *De jure belli* la médiation du contrat, il fournit ainsi au contractualisme ébauché par les monarchomaques une base autrement solide que les fantaisies historico-politiques de la *Franco-Gallia*⁴¹, celle de la raison et de la nature. Ce contrat devient la clef de voûte de la construction juridique de Grotius, parce que, « en fin de compte », écrit Guy Augé, « toutes les institutions établies ne deviennent obligatoires, dans la perspective de Grotius, qu'en vertu d'une convention, expresse ou tacite »⁴². Par ailleurs, pour remédier à la jungle des nations qui ressemble à l'état de nature de Hobbes (*bellum omnium contra omnes*), Grotius prétend fonder un droit international fait de conventions, d'accords et de traités, sur un droit naturel rationnel et laïcisé. Dès lors, l'ampleur de son projet déborde le cadre des relations entre les États pour atteindre à la conception de l'État lui-même, du droit et de la loi, et pour ainsi étayer un *jus sociale*, c'est-à-dire un *droit de la société*. Ce droit est volontariste, la loi uniquement contraignante.

Malgré la diversité des emprunts⁴³, la philosophie de Grotius s'écarte de celle d'Aristote et des « classiques » de la scolastique médiévale pour puiser dans un néostoïcisme teinté de nominalisme⁴⁴ et dans une vision individualiste de l'homme, une conception à la fois morale et subjective du droit : il est, pour lui, « une faculté morale jointe à une raison suffisante »⁴⁵ ; « une

Pufendorf le fit suivre en 1673 d'un abrégé intitulé : *De officio hominis et civis juxta legem naturalem* (*Du devoir de l'homme et du citoyen selon la loi naturelle*).

³⁹ Cf. *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. I (1759), *Instructions sur les études propres à former un magistrat*, « Première instruction contenant un Plan général d'études, & en particulier celle de la Religion & celle du Droit », p. 272-3. D'Aguesseau revient sur les mérites de l'œuvre de Grotius dans sa 2^e Instruction, « Étude de l'Histoire » (p. 296-7). Sur Pufendorf et sa traduction et son abrégé par Barbeyrac, voir p. 296.

⁴⁰ Cf. Yves Guchet, *Histoire des idées politiques*, Paris, A. Colin, 1995, 2 vol., t. 1, p. 287 : une anthropologie pessimiste et mécaniste. Voir surtout Raymond Polin, *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, Paris, 1953 et *Hobbes, Dieu et les hommes*, Paris, 1991.

⁴¹ François Hotman, 1573 ; une première traduction française parut à Cologne en 1574.

⁴² Guy Augé, art. cit., p. 111.

⁴³ On peut parler d'éclectisme chez Grotius. La difficulté de sa pensée réside justement dans ce trait qui autorise interprétations divergentes et polémiques. Sans doute faut-il en voir la cause dans la préoccupation essentiellement juridique de Grotius qui l'amène à tempérer ses conceptions du réalisme juridique indispensable à la pratique du droit. Sans aller peut-être à l'éclectisme, la pensée de Domat est également composite au point de donner lieu, spécialement à propos de son *Traité de Droit public*, à des interprétations radicalement contraires (cf. M.-F. Renoux-Zagamé, *op. cit.*, p. 81 et D. Gilles, art. cit., p. 100). En toute logique, nous trouvons les mêmes incertitudes chez d'Aguesseau.

⁴⁴ Les racines stoïciennes de la pensée de Grotius sont fréquemment évoquées : Guy Augé, par exemple, parle de son « culte cicéronien et néo-stoïcien de la parole donnée » (art. cit., p. 108). Quant au nominalisme, il procède à maints égards de l'enseignement de Duns Scot (1266-1308). Porté par la vague de multiplication des universités au XIV^e siècle, il s'inscrit bientôt en réaction au thomisme triomphant chez les Dominicains. L'essentiel pour notre propos est la tendance du nominalisme qui ne donne de réalité qu'au singulier et à l'individuel, non aux concepts, à envisager la nature sans son lien avec son Créateur. Il y a dans le nominalisme un rationalisme implicite qui peut aboutir aussi bien au fidéisme qu'au scepticisme. Cf. Jacques Chevalier, *Histoire de la pensée*, Paris, t. 2, p. 463, sq. Le nominalisme, dans sa conception de la loi, lui retire toute légitimité « naturelle » et ne lui laisse qu'une origine arbitraire et positive.

⁴⁵ *De jure belli ac pacis*, éd. Pradier-Fodéré, 3 vol., Paris, 1867, II, V.X, 1.

morale unilatérale », commente Guy Augé, « dont le juge deviendra le simple gendarme sanctionnant des clauses uniquement parce qu'elles ont été consenties, sans souci de leur justesse »⁴⁶. « Lié dans l'Antiquité et au Moyen Âge à une vision cosmologique »⁴⁷, le *jus naturale* « classique », spécialement thomiste, impliquait nécessairement la référence à un système de valeurs transcendantes qui plaçaient au cœur de l'homme, même déchu, le sens de d'un *ordre*, créé par Dieu. Cet ordre ne devait pas être analysé comme un pure donné subjectif, fruit de l'analyse raisonnable du sujet-Homme sur lui-même, mais comme un idéal à atteindre, un objectif dont la contemplation intellectuelle fournit, par la réflexion raisonnable, une image plus ou moins nette. Cet ordre est normatif parce qu'il permet de dégager des lois valables pour l'humanité toute entière. Pour Grotius, au contraire, la source exclusive du droit naturel est l'homme et la réflexion qu'il fera sur lui-même : « le droit naturel (...) consiste dans certains principes de la droite Raison, qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête, selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable »⁴⁸. Dès lors – hypothèse abominable, reconnaît Grotius dans son Préliminaire – son droit naturel demeurerait même si l'on concédait que Dieu n'existait pas : « Au reste », affirme-t-il, « le droit naturel est immuable, jusques-là que Dieu même n'y peut rien changer »⁴⁹. La nature devenait une maîtresse de vérité dont l'homme ne pouvait en aucun cas mépriser la voix. Grotius gardait le principe de l'existence impérative de Dieu : il était une *autre* source du droit. Finalement, l'auteur parvenait à la conciliation de ces deux principes : « Le droit naturel lui-même peut être attribué à Dieu, puisque la divinité a voulu que de tels principes existassent en nous »⁵⁰. La nouveauté n'était pas dans les termes : loi de Dieu, loi de nature ; elle se trouvait dans leur séparation qui devrait tendre possiblement à leur opposition. La tentative de conciliation après coup supposait à elle seule l'idée d'une rupture qui était impensable dans la philosophie médiévale.

Avec Pufendorf, ce droit naturel rationnel s'est renforcé encore : il est devenu le fondement de toutes les institutions, des constitutions politiques ; la définition qu'il en donnait est éclairante : « la loi de la nature est celle qui convient si invariablement à la nature sociable et raisonnable de l'homme que, sans l'observation de ses maximes, il ne saurait y avoir parmi le genre humain de société honnête et paisible »⁵¹. Pufendorf a donné force à un vocabulaire dont les traductions françaises accentueront les résonances « éclairées » : raison, nature, genre humain, nation. Avec lui, malgré des précautions oratoires, se trouve consommée la séparation de la théologie et de la loi naturelle⁵². Bien sûr il récuse l'idée de l'inexistence de Dieu, proclamant que « pour donner force de loi à ces principes de la raison il faut supposer l'existence d'une divinité qui, par sa Providence, gouverne toutes les choses et principalement le genre humain »⁵³, mais, une fois encore la conciliation n'intervient qu'après. La tâche

⁴⁶ Guy Augé, art. cit., p. 109.

⁴⁷ Y. Guchet, *op. cit.*, p. 274.

⁴⁸ Cité par Y. Guchet, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 275.

⁵⁰ Cité par P. Hazard, *La crise de la conscience européenne*, t. II, p. 52. Voir aussi : André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969, p. 11.

⁵¹ Cité par P. Hazard, *op. cit.*, t. II, p. 55.

⁵² Joseph Hudault fait des œuvres de Pufendorf et de Locke le point de départ de la pensée juridique moderne, évoquant la signification subjectiviste que prend désormais le terme *jus*, le droit, affirmation de la primauté et de l'autonomie de la personne dans l'ordre juridique. Désormais, l'état de nature vient remplacer l'« ordre naturel » des classiques. Cf. J. Hudault, « Statut personnel et droit naturel dans l'œuvre de G.J.B. Target », dans : *Colloque international des Lumières*, Lille, 1973, t. I, p. 331, *sq.*

⁵³ Cité par J.-J. Chevallier, *Histoire de la pensée politique*, Paris, 1979, 3 vol., t. 2, p. 22.

essentielle du Législateur est de donner « force entière de loi civile » à ce droit naturel que la raison dicte. L'autorité publique qui en est le protecteur, a, chez Pufendorf comme chez Grotius, une origine contractuelle et individualiste, avec la mission de conserver l'état de paix qui, à proprement parler, est, pour Pufendorf, l'état naturel de l'homme⁵⁴.

Il y avait dans ce courant jusnaturaliste un puissant ferment de révolution. D'abondantes études en ont démontré les retentissements au XVIII^e siècle⁵⁵. Nul n'ignore l'influence de Pufendorf, associée à celle de Locke, sur Montesquieu, et sans doute faut-il voir là l'origine des frappantes convergences (d'apparence ou de pensée ?) entre d'Aguesseau et l'auteur de *L'esprit des Lois* : aucun contact personnel ne peut les expliquer et la seule appartenance à l'institution parlementaire ne suffit pas à les justifier. On a souligné le rôle joué par Domat dans la diffusion en France de ce droit naturel qui, par-delà Pothier, influença les rédacteurs du Code civil de Napoléon : à ces noms de jurisconsultes et de « philosophes », il est impératif d'ajouter celui du législateur que fut d'Aguesseau.

II – Ordre et loi chez Domat et d'Aguesseau

Il aurait fallu relire l'intégralité des *Œuvres* de Jean Domat, comprendre ses *Loix civiles dans leur ordre naturel* à la lumière de son *Traité de Droit public*⁵⁶, dont il estime les fondements communs à ceux des lois civiles⁵⁷, pour apporter un regard approprié et personnel à la problématique qui nous retient. Le temps nous en a manqué. Pour autant, en mettant nos pas dans le sillon très riche creusé par les récents commentateurs et analystes, il nous est possible, *a minima*, de préciser les points les plus importants qui font la nouveauté de la pensée juridique de Domat. En partant de la lecture des *Harangues* de l'avocat du roi clermontois, Marie-France Renoux-Zagamé a dégagé en Domat la figure du juge : sans surprise, il apparaît à l'évidence que Domat nourrit un idéal extrêmement élevé du juge et de ses devoirs. Le juge rendant « la justice de Dieu même » est élevé au plus haut degré de la hiérarchie des hommes, sachant que le roi est juge aussi et d'abord, mais ses officiers n'apparaissent pas investis par le roi, mais bien plutôt directement par Dieu. Reproduisant – même différemment – la confusion de Grotius, le point de vue de Domat est donc d'abord une vision morale. Ce n'est pas là, semble-t-il, qu'il faille rechercher la nouveauté de Domat que Mme Zagamé détecte dans *Les lois civiles* en deux points essentiels par leur imbrication même chez Domat : la volonté d'embrasser en un seul

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Sur ce sujet, outre naturellement, le livre de M.-F. Renoux-Zagamé, voir : F. Funck-Brentano, *Le droit naturel au XVII^e siècle : Pascal, Domat, Puffendorf (sic). Une page de l'histoire de la sophistique en France*, Paris, 1887, extrait de la *Revue d'Histoire diplomatique*, t. I, 1887, p. 492-511 ; M. Villey, « Les fondateurs du droit naturel moderne », dans *Archives de Philosophie du Droit*, 1961 ; Leo Strauss, *Droit naturel et histoire*, trad. de l'anglais, Paris, Flammarion, 1986, et Simone Goyard-Fabre, « Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques », dans *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Université de Caen, 1988, p. 9, *sq.* ; Alfred Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, "Léviathan", 1991. Actuellement, la philosophe et chercheuse Gaëlle Demelemestre multiplie les travaux et publications sur ce thème (cf. entre autres : « Droit naturel et *ius gentium* au tournant du XVII^e siècle », dans I. Brancourt (dir), *Au cœur de l'État, op. cit.*, p. 185-221.

⁵⁶ Et surtout de sa préface, en forme de *Traité des lois*, puisque l'œuvre est inachevée, ce qui donne à son préambule une valeur doctrinale tout à fait essentielle même à l'interprétation du projet qu'il a conçu de réunir droit privé et droit public en une seule œuvre doctrinale à but pédagogique. Il y a là un évident projet de philosophie du droit : « Il faut remarquer », écrit Domat, « sur ce plan des matières du droit public qu'elles ont cela de commun avec celles du Droit privé, dont il a été traité dans les *Lois civiles*, qu'elles doivent toutes être précédées de trois matières qui sont également du Droit public et du Droit privé, et préliminaires à l'un et l'autre ; savoir ce qui regarde la nature et l'esprit des règles, les distinctions des personnes et celles des choses » (cité par D. Gilles, « Jean Domat et les fondements du droit public », art. cit., p. 96, n. 5).

⁵⁷ D. Gilles, « Jean Domat et les fondements du droit public », art. cit., p. 96.

corps de doctrine tout le droit privé pour le mettre, selon une méthode déductive strictement rationnelle, dans son « ordre naturel ». La commentatrice susnommée y a vu, à défaut d'un authentique « cartésianisme », une méthode volontairement calquée sur celle des géomètres. Il s'agit d'une méthode mathématique, maniant les opérations d'analyse, de « distinction », comme l'on disait alors, c'est-à-dire d'individualisation des notions, des principes et des faits, puis de classification selon une logique purement abstraite. Le corpus juridique n'est plus étudié ni par la glose ni dans son évolution historique, mais en un processus purement rationnel de comparaison avec le droit romain qui est, pour Domat, la raison juridique pure. Mme Zagamé, plutôt que l'influence de Descartes, y voit la marque de son temps, de ce *mos geometricus* : ce dernier se superpose chez Domat à l'étape précédente du *mos gallicus* (c'est-à-dire de l'école humaniste), qui, transmis certainement par ses maîtres de Bourges où il a fait ses études de droit, avait déjà rompu avec la scolastique traditionnelle mais sans la radicalité d'un rejet définitif. Dans l'ambiguïté encore des sources et des méthodes, l'ordre des lois de Domat est donc un ordre rationalisé. Il est *naturel* en ce qu'il est *logique*, non plus en ce qu'il découle de l'observation de la nature humaine, encore moins d'une méditation historique de l'évolution de l'humanité dans la diversité du destin des peuples. Or cette nature humaine qu'aperçoit Domat sur la terre est une nature corrompue : c'est sur ce point qu'en droit, Domat croise aussi le chemin de Pascal et empreinte ce chemin que l'on taxera de *janséniste*. Car, chez Domat, l'*ordre* – le terme revient sans cesse – est celui de l'Amour, mais il a été perdu : dans une vision purement augustinienne, en effet, la société selon Domat est dite naturelle à l'homme, non parce que qu'elle est l'unique moyen de son existence et de sa survie (Aristote), mais parce qu'elle est le seul moyen pour l'homme d'obéir « au commandement de l'amour » pour aller à Dieu⁵⁸. Comme chez Pascal, l'ordre de la nature fusionnant avec celui de la surnature, la nature de Domat n'est – ou ne doit être – que ce que Dieu a voulu qu'elle soit. La loi devient précepte divin ou n'est pas de l'ordre de *la nature* : c'est du moins cet « esprit » de la loi que le juriste doit garder sans cesse et dont le juge doit se faire le prêtre⁵⁹.

Pour sa part, David Gilles, en recherchant dans l'œuvre de Domat « les fondements du droit public », révèle toute l'ampleur des conséquences de ce qui précède. Pourtant, contrairement à la rupture assumée avec le passé concernant le droit privé, Domat, non sans contradictions apparentes ni ambiguïtés, se refuse à tourner le dos à la tradition de la science politique que lui ont léguée les siècles. En fait, à son corps défendant peut-être, il se révèle l'enfant des décennies qui le précèdent⁶⁰. À bien des égards, il entérine l'héritage qui va des *Six livres de la République* de Jean Bodin (1576) à ceux que l'on appelle *théoriciens* de la monarchie, autour de Richelieu, de la génération des Cardin Le Bret jusqu'à Bossuet, mais intégrant la formulation apparemment autonome, voire antagoniste, de la haute magistrature robine⁶¹.

Certes Domat, aux premières lignes de son traité, se montre homme « d'ordre »⁶², persuadé que la société des hommes « forme un corps dont chacun est membre »⁶³, que Dieu

⁵⁸ M.-F. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁹ Mme Zagamé développe cette « théocratie judiciaire » de Domat, *op. cit.*, p. 121, *sq.*

⁶⁰ « Jean Domat et les fondements du droit public », *art. cit.*, p. 100.

⁶¹ Cf. Arlette Jouanna, *Le Prince absolu. Apogée et déclin de l'imaginaire monarchique*, Paris, Gallimard, 2014, 255.

⁶² « Il n'y a personne qui ne soit très persuadé de la conséquence du bon ordre dans un État » (*Le droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1697, n^{le} éd. revue et corrigée, à Paris, chez la veuve de Pierre Ribou, M DCC XXIII, in-fol p. 1).

⁶³ *Ibid.*, p. 1, 7, 64 (entre autres).

est la source de cet ordre et que le but en est le « bien commun », enfin que le gouvernement est « d'institution divine »⁶⁴. Mais, au Titre IX, « Des divers ordres de personnes qui composent un État », Domat avertit : « Si quelque lecteur étoit surpris de ce que pour distinguer les conditions et professions, on ne s'est pas servi dans ce titre de la distinction ordinaire de toutes les conditions en trois ordres qu'on appelle communément les trois États du Clergé, de la Noblesse et du Tiers État, il est prié de considérer que *cette distinction n'a pas son usage pour le dessein de ce livre* [...]»⁶⁵. Ainsi sans prétendre faire aucun préjudice à l'usage que doit avoir cette distinction », suggère-t-il, « on a crû pouvoir par d'autres vûes distinguer les conditions d'une autre manière »⁶⁶. Si le vocabulaire risque encore de faire confusion, les définitions, elles, ne trompent pas. Domat annonce, par exemple, au début du Titre IX: « Ainsi on appelle *ordre* de personnes, les différentes conditions et professions qui plaçant chacun dans le sien, et donnant à tous leur rang, compose l'ordre général ⁶⁷», mais le commentateur ne doit pas oublier de rapporter cet énoncé, d'une part, à son introduction du Livre I^{er}: « Car c'est par la situation de chacun dans le corps de la société », dogmatise Domat, « que Dieu, de qui il doit tenir sa place, luy prescrit, en l'y appelant, tous ses fonctions et tous ses devoirs »⁶⁸ ; d'autre part, au Titre II dans lequel, parlant *De la puissance* (c'est-à-dire de l'union de l'autorité et de la force)⁶⁹, Domat glisse que seul le souverain a le droit de pourvoir à l'ordre public⁷⁰. Aussi la boucle est-elle bouclée et « l'ordre » des états et des conditions devient-il le résultat d'une appréciation étatiste du rang des « professions ». Les différents caractères qui les distinguent, explique Domat, sont « l'utilité, la nécessité, l'autorité, etc. »⁷¹, tous critères rationnels et non pas tirés de l'histoire ; et, ajoute Domat : « Toutes les manières de distinguer les différentes conditions et professions, ont leur fondement sur quelques qualitez que les Loix considèrent dans les personnes »⁷². Il y a néanmoins deux sortes de « qualitez », poursuit notre jurisconsulte : celle qui font l'état des personnes et celles « qui déterminent [noter la force de ce terme !] chaque personne à un certain genre de vie »⁷³. La variante entre « conditions » et « professions » permet à Domat de distinguer « dans le langage des Loix », la hiérarchie de l'emploi, les unes et les autres s'interpénétrant mutuellement. L'échelonnement social qu'il décrit alors est le suivant : en premier, correspondant au besoin « de maintenir [l'État] en paix » vient « la profession des armes » ; puis, pour « le bon ordre du gouvernement », le Conseil, les officiers et les gouverneurs ; en troisième place, pour « le règne de la justice », les juges ; suivent, et dans cet ordre, la « police », les finances, ceux qui cultivent « les sciences », le commerce, les arts et métiers, enfin l'agriculture⁷⁴. Pas un moment, ni le mot *Clergé* ni les

⁶⁴ *Ibid.*, p. 4. Il est à noter que, en termes fort différents de Jean Bodin, Domat considère qu'il existe deux « espèces » de gouvernement, la Monarchie et la République laquelle peut être ou aristocratique ou démocratique, selon le nombre des personnes qui exercent la souveraineté. « Le Monarchique est le plus universel, et le plus ancien », « le plus naturel » aussi, précise Domat qui n'exclut nullement pour autant la légitimité de la République (p. 2).

⁶⁵ Nous soulignons.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 64-65.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 1.

⁶⁹ C'est proprement la « puissance publique » de Charles Loyseau. Nous y reviendrons.

⁷⁰ *Traité du Droit public, op. cit.*, p. 27.

⁷¹ *Ibid.*, p. 64.

⁷² *Ibid.*, p. 65. Ces différentes manières « distinguent les personnes dans l'ordre de la société selon leur rapport à cet ordre », précise Domat (p. 65). Plus loin (p. 66), Domat rectifie quelque peu : le classement se fait alors selon les critères de « l'honneur, la dignité, l'autorité, la nécessité et l'utilité ».

⁷³ *Ibid.*, p. 65.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 69-70.

termes de *noblesse* ou de *nobles* n'apparaissent dans cette dissertation, pas même lorsqu'il est question du rôle de la naissance dans la hiérarchie des conditions⁷⁵, ou bien à l'occasion de la profession des armes où il n'est question que de « princes du sang, officiers de la Couronne, gouverneurs, ducs, comtes, marquis et autres vassaux »⁷⁶. Encore cette hiérarchie pose-t-elle un grave problème : « la plus difficile de toutes les questions de cette nature [...] est celle du rang et de la préséance entre la profession des armes et celle de la justice qu'exprime ordinairement en ces deux mots, *la robbe (sic)* et *l'épée* »⁷⁷. Suit une *disputatio* qui balance longuement les arguments des tenants de l'épée et de ceux de la robe : l'auteur conclut néanmoins – et prudemment – « de toutes ces réflexions sur le parallèle des armes et de la Justice, que l'ordre des armes a le premier rang »⁷⁸, mais personne ne s'avisera de dire que *tous* ceux qui font la profession des armes doivent précéder *tous* ceux qui administrent la justice ! De nobles et de noblesse, de nouveau, il n'en est pas question une seule fois. Opposant « usage » et « raisons », Domat relève que « plusieurs ne conviennent pas de l'équité de cet usage qui est comme un jugement tacite que le public a rendu entre ces deux ordres (*sic*) »⁷⁹. Plus « jésuite » que possible, notre ami de Port-Royal jette l'éponge et laisse l'adaptation de l'usage à l'équité à qui ? Au temps ? à d'autres ? De fait, aux « Princes et autres, qui ont le gouvernement souverain, soit dans les Monarchies ou dans les Républiques, et qui devraient décider cette question »⁸⁰. Sa doctrine peut permettre de régler la préséance du connétable et du chancelier, mais l'*Ordre* de la noblesse, en corps, a disparu de son *droit public*.

Ainsi Jean Domat opéra, me semble-t-il, une nouvelle et discrète révolution. Bien sûr, il conserve « l'ordre », strictement hiérarchisé, mais aussi strictement « fonctionnel ». Cet ordre est créé par un Dieu déjà souverainement – et certes, « adorablement » – horloger, qui a mis, une fois pour toutes, chacun en sa place. On trouve là l'une des bases intellectuelles du conservatisme. Nourri de scolastique, Domat prétend faire de cette analyse le résultat d'une sincère observation de *la nature*. Mais, ami de Pascal et son conseiller juridique, comme lui pessimiste, notre janséniste n'est pas loin de penser avec lui que « cet ordre n'est fondé que sur la seule volonté des législateurs qui ont pu avoir de bonnes raisons, mais dont aucune n'est prise d'un droit naturel [...] »⁸¹. Enfin, plus près en cela de Pierre Nicole, Domat est essentiellement un « logicien » : rompu à la procédure, ce grand civiliste envisage les droits en termes d'*intérêts*, d'actions en justice, fondés sur une connaissance approfondie des « principes », en fait du Code Justinien et du *Digeste*⁸². Ce sous-bassement romaniste n'allait pas tarder à produire dans le droit des efforts plus radicaux encore de rationalisation.

En tout cas, à l'époque même de Domat, le rédacteur discret⁸³ du *Traité de la noblesse et de son origine, suivant les préjugés rendus par les commissaires députés pour la vérification des Titres de Noblesse*⁸⁴ ouvre son propos par ces lignes acérées : « La Nature ne fait pas les

⁷⁵ « Car il est de l'équité, et de l'intérêt public, que ces mérites, qui dans ces maisons ont été l'effet des services rendus au public, soient reconnus dans les personnes des descendants ; et que cette considération les excite à imiter ceux de qui elle leur vient » (*ibid.*, p. 67).

⁷⁶ *Ibid.*, p. 69.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 71.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 73.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 71.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 72.

⁸¹ Blaise Pascal, *Premier discours sur la condition des Grands*, « La Pléiade », Paris, 1954, p. 616.

⁸² *Les lois civiles et Le droit public* sont suivis d'un *Legum delectus* extrait du *Digeste* par Domat.

⁸³ Seule l'épître dédicatoire donne le nom de l'auteur, Alexandre de Belleguise, l'un des commissaires départis.

⁸⁴ À Paris, chez Jacques Morel, dans la grand-salle du Palais, M DCC, in-12, 189 p.

Nobles, ny les Roturiers, la condition qu'elle donne aux hommes est d'être libres et si nous remarquons d'autre différence entr'eux, elle est plutôt un effet de l'autorité souveraine, une récompense de la vertu, ou l'exécution des Loix civiles, qu'un privilège de la naissance »⁸⁵. Refoulant « la noblesse de race » au quatrième chapitre de son ouvrage, l'auteur commence évidemment par l'anoblissement par lettres (chapitre premier), par les offices (2^e chapitre), enfin par les fiefs de dignité (3^e chapitre), parce que « ce seroit », martèle-t-il, « une erreur de croire que la Nature se mêlât de la différence des conditions, c'est un pur ouvrage de l'autorité du Prince et des Loix civiles »⁸⁶. Rien de plus facile après lui de connaître le droit nobiliaire⁸⁷, qui est fait d'édits et de déclarations d'ailleurs de plus en plus nombreux après 1600... Domat en assurant des hommes « que la nature [les] rend tous égaux » (allusion unique, sauf erreur), ouvrait ainsi l'horizon de ce principe premier des Lumières : l'égalité universelle et naturelle de tous les hommes.

Autour de 1719-20, alors qu'il rédige, en exil, ses *Instructions*, à son fils aîné, sur les études propres à former un magistrat, puis son *Essai d'une institution au droit public*, Henri François d'Aguesseau exprime toute sa compréhension – et sa pleine approbation – à la nouveauté de la démarche de Domat : « Personne n'a mieux approfondi que cet Auteur », écrit d'Aguesseau, « le véritable principe des Loix ; & ne l'a expliqué d'une manière plus digne d'un Philosophe, d'un Jurisconsulte, & d'un Chrétien. Après avoir remonté jusqu'au premier principe, il descend jusqu'aux dernières conséquences. Il les développe dans un ordre presque géométrique : toutes les différentes espèces de Loix y sont détaillées avec les caractères qui les distinguent. C'est le plan général de la Société Civile le mieux fait, & le plus achevé qui ait jamais paru, & je l'ai toujours regardé comme un Ouvrage précieux... »⁸⁸

Avec d'Aguesseau, un pas décisif est, à mon avis, franchi dans l'évolution de la conception de la loi et de l'ordre en général, de l'ordre social en particulier. Moins connu aujourd'hui que son cadet Montesquieu, moins « lancé » sûrement que lui dans le monde des salons, Henri François est, pourtant, au parlement de Paris (1691-1717) puis à la chancellerie de France (1717-1750), plus à même que son illustre contemporain de peser sur l'évolution institutionnelle de la France. Les juristes de la seconde moitié du XVIII^e siècle ne s'y sont pas trompés. Le parallèle de leurs deux pensées reste à faire, mais les coïncidences sont frappantes. Sur le plan qui nous occupe, d'Aguesseau dont Domat fut le maître, innove sans doute moins, mais va beaucoup plus loin que lui. Parce qu'il est nourri des *Loix civiles* et d'un droit romain, cicéronien, impérial et jusnaturaliste, d'Aguesseau promeut une conception plus nettement subjectiviste de la loi en général et d'un droit naturel qui est le fruit de la raison raisonnante (on n'est pas loin d'en établir une sorte de « code » qu'il serait désormais possible d'enseigner). C'est à l'aune de ce « code » que devrait idéalement être réformé le droit privé français, fruit d'une histoire tellement complexe. Bien sûr, d'Aguesseau, revenu au ministère en 1727 armé de son ambitieux *Mémoire pour la réformation de la justice*, dit « Mémoire de Fresnes », découvre avec le maniement des affaires les bienfaits de la prudence et de la temporisation. Il

⁸⁵ P. 1-2. La suite n'est pas moins instructive du changement considérable intervenu dans le sens du mot « nature » : « Les Romains, les François, les Allemands et les autres Nations n'auroient pas fait de Loix différentes pour acquérir la Noblesse, si elle étoit un droit qu'on apportât en venant au monde ; Car enfin la nature est partout la même ».

⁸⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁸⁷ Récapitulation utile dans Alain Texier, *Qu'est-ce que la noblesse ? Histoire et droit*, Paris, Tallandier, 1988.

⁸⁸ *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. I (1759), « Première instruction contenant un Plan général d'études... », p. 273.

n'empêche que l'état de sa pensée qui affleure à travers son œuvre imprimée – *post-mortem*... , donc potentiellement traitresse⁸⁹ – est en soi une révolution silencieuse.

Dans la suite de ce qui a été vu pour Domat, à propos de l'ordre de la société et de la place si critique de la noblesse dans celle de son temps, notre analyse de la conception de d'Aguesseau de l'état des personnes révèle que ce dernier anéantit toute possibilité de concevoir la noblesse comme « qualité d'état »⁹⁰. Parce que d'Aguesseau a lu Hobbes (qui lui fait horreur), parce qu'il a étudié Pufendorf (qui l'endort, mais pas son traducteur Barbeyrac), et Locke (qu'il critique pied à pied), parce qu'il connaît Bolingbroke, d'Aguesseau alimente la conception étatiste déjà présente dans la pensée juridique du XVII^e siècle de ferments plus individualistes encore, et surtout de concepts purement libéraux. Il propose, en particulier dans son *Essai sur l'état des personnes* (vers 1690)⁹¹ et dans son *Essai d'une institution au droit public* (vers 1720), deux axiomes essentiels de son analyse politico-sociale : les hommes, d'une part, sont nés *libres* et *égaux* ; l'état d'une personne, d'autre part, est *uniquement* constitué par les marques que la nature, conçue spécifiquement comme ce que les hommes ont *en commun*, imprime à temps, ou définitivement, dans l'homme, considéré de façon individuelle, à l'exclusion de toute influence du passé familial ou social des individus. L'homme a été « placé par une main invisible & toute-puissante », écrit-il, « entre Dieu qui l'a créé, & d'autres êtres qui lui sont égaux »⁹² ; ou encore, « Tous les hommes sont sortis égaux des mains de la nature, également libres, également nobles, tous enfans d'un même père, & membre d'un même corps »⁹³. On ne s'attendait pas à trouver ici le mot *noble*. Je pourrais multiplier les citations : elles sont d'une parfaite cohérence⁹⁴. La hiérarchie visible des hommes n'est que « ce dehors emprunté qu'ils reçoivent des mains de la Fortune »⁹⁵. Avocat général, en 1693, il n'hésite pas à trancher en faveur de la magistrature le débat déjà soulevé par Domat parce qu'elle réduit les hommes à leur véritable condition : « Ces distinctions qui ne sont fondées que sur le hasard de la naissance, ces grands noms dont l'orgueil du commun des hommes se flatte, & dont les sages mêmes sont éblouis, deviennent des secours inutiles dans une profession dont la Vertu fait toute la noblesse, & dans laquelle les hommes sont estimés, non pour ce qu'ont fait leurs pères, mais par ce qu'ils font eux-mêmes. Ils quittent en entrant dans ce Corps célèbre, le rang que les préjugés leur donnoient dans le Monde, pour reprendre celui que la Raison leur donne dans l'ordre de la Nature et de la Vérité »⁹⁶. Emballément de la rhétorique et de la jeunesse, plaidera-t-on. D'autres que d'Aguesseau faisaient alors résonner les grands-chambres de leur ferveur de

⁸⁹ D'Aguesseau laisse inachevés la plupart de ses travaux théoriques, il ne doit pas être exclu qu'il se soit quelque peu effrayé des conséquences ultimes de ses spéculations philosophiques. Il a toujours strictement interdit que l'on publie ses écrits, y compris ceux issus de son activité d'avocat et de procureur général du roi (plaidoyers et discours ou mercuriales).

⁹⁰ Ouvrant la voie à l'interprétation plus radicale de d'Aguesseau, Domat, quant à lui, rangeait « la qualité de gentilhomme », comme celle de l'ecclésiastique, parmi les qualités relevant de « l'état des personnes » (*Le droit public, op. cit.*, p. 65).

⁹¹ Voir I. Storez, *op. cit.*, p. 502, n. 103.

⁹² *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. I (1759), *Essai d'une institution au droit public*, p. 447.

⁹³ *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. V (1768), *Essai sur l'état des personnes*, p. 416.

⁹⁴ Cf. I. Storez, *op. cit.*, p. 501-516.

⁹⁵ *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. I (1759), *17^e Mercuriale : La prévention* (composée pour la Saint-Martin 1714), t. I, p. 190.

⁹⁶ *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. I (1759), *1^{er} Discours pour l'ouverture des audiences du Parlement (1693) : l'indépendance de l'avocat*, t. I, p. 3-4.

robins⁹⁷. Pourtant, dans le calme de son cabinet de Fresnes, lorsqu'il rédige ses *Méditations métaphysiques* aux alentours de 1723, d'Aguesseau n'en démord pas : L'homme « respectera dans tous les hommes l'égalité de la nature, & il les aimera non seulement comme ses égaux, mais comme ses frères »⁹⁸.

Par ailleurs, en réduisant la nature à ce qui est *commun* à tous les hommes, d'Aguesseau se montrait complètement étranger à toute idée de distinction héréditaire, arbitraire et conventionnelle, ou tacite, étranger aussi à cette chaîne de relations mutuelles qui hiérarchisaient la société française traditionnelle, spécialement les gentilshommes en fonction de leurs amitiés, de leurs fidélités, de leurs clientèles, de leur crédit⁹⁹. Dès lors les privilèges, qui – rappelons-le – structurent les rapports juridiques de la société d'alors, de bas en haut de l'échelle sociale, lui apparaissaient comme, définitivement, contraires à la raison, contraires à la nature de l'homme, donc superflus ou souvent « odieux »¹⁰⁰ ; il fallait entreprendre de les réduire d'autant que tout privilège est une grâce : il n'y a pas d'injustice à le supprimer¹⁰¹. L'hostilité de principe de d'Aguesseau à l'égard de la noblesse féodale se nourrissait de cette théorie : elle devenait un corps de privilégiés, d'usurpateurs, même, car « l'habitude [seule] nous a familiarisés avec cet étrange renversement de l'ordre naturel »¹⁰². Mais, heureusement, « il y a longtemps qu'on s'est désabusé de cette vieille erreur, que la simple possession d'une seigneurie pouvoit donner un caractère public, & une autorité reconnue dans l'État »¹⁰³. Et d'Aguesseau rejoignait Charles Loyseau, déplorant « ces siècles grossiers » qui avaient permis, en liant le pouvoir « à la glèbe », la naissance d'une telle confusion ! Non que le chancelier fût un révolutionnaire : il était, au contraire, animé en politique d'un sens aigu du possible et du faisable, et d'un goût non moins prononcé pour la défense de l'autorité et pour la « tranquillité publique »¹⁰⁴, se souvenant toujours qu'« au salut de l'État [...] tout intérêt doit céder »¹⁰⁵.

III – Dieu et le Roi ou la définition de l'État absolu de droit divin

L'historiographie de l'évolution politique et juridique de la France a tendance, par la commodité du terme, à gommer la spécificité de cet État, qu'au mieux l'on dit « moderne ». En faisant remonter indéfiniment la « naissance » – du moins la « renaissance » – de l'État, sans doute n'a-t-on pas pris suffisamment attention au moment et aux auteurs qui l'ont véritablement

⁹⁷ Cf. B. Garnot, « Parlementaires contre ducs et pairs : les fondements théoriques d'un conflit au sein des élites (fin XVII^e siècle-début XVIII^e siècle) », *Cahiers d'histoire*, tome 45, n° 4-2000, p. 631-643. L'auteur y analyse dix mercuriales prononcées par l'avocat général Durand devant le Parlement de Bourgogne, de 1681 à 1693.

⁹⁸ *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. XI (1779), *Méditations métaphysiques*, p. 519.

⁹⁹ Cf. sur les bases des travaux de R. Mousnier, A. Jouanna, *Le devoir de révolte...*, déjà cité, et J.-M. Constant, *La noblesse française aux XVI^e et XVII^e siècles*, Paris, Hachette, 1994. Voir aussi *Patronages et clientélismes. 1550-1750*, éd. Ch. Giry-DeLoison et R. Mettam, Lille, 1995.

¹⁰⁰ *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. VII (1770), *11^e Mémoire : Au sujet de la proposition de renvoyer au Grand-Conseil...*, p. 633.

¹⁰¹ *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. V (1768), *Mémoire (sur l'exemption de la juridiction royale d'un cardinal français)*, p. 218.

¹⁰² BnF. Ms.fr. 8620, f° 95 v°-96.

¹⁰³ *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. VII (1770), *Procès-verbal de ce qui s'est passé au Parlement de Paris en 1716, au sujet d'une accusation de duel intentée par le Procureur général du Roi, contre un Pair de France, qui n'avoit pas encore été reçu au Parlement*, p. 618.

¹⁰⁴ Lettre à son fils aîné, Henri François-de-Paule, du 26 mars 1738, in D. B. Rives, *Lettres inédites du chancelier d'Aguesseau*, Paris, 1823, in-8°, t. II, p. 290.

¹⁰⁵ *Œuvres de M. le Chancelier...*, t. VII (1770), *7^e Mémoire pour prouver que les fiefs et les offices des criminels [...] appartiennent au Roi*, p. 559.

énoncé puis défini¹⁰⁶. Il n'est pas question de nier les avancées médiévales dans la conception d'une autorité qui, en politique, surpasse les hommes et leur temps¹⁰⁷. Pour autant, il existe bien un moment capital et distinctif, nous semble-t-il, dans cette « naissance » de l'État qui n'en finit pas de naître, c'est celui de la fin des Guerres de religion : « Si l'obéissance était due à mes prédécesseurs, vous me devez plus de dévotion, d'autant que j'ai *établi* l'État, Dieu m'ayant choisi pour me mettre au Royaume qui est mien par héritage et par acquisition »¹⁰⁸. Dieu, le Roi, l'État : tout y est.

Domat, à la fin du XVII^e siècle, l'un des premiers avec cette précision, l'un des plus entendus au moins¹⁰⁹, va s'occuper de définir cet État *établi* (non *rétabli* après troubles et guerres) un siècle plus tôt. Dans « Domat et les fondements du droit public » dont nous nous permettons de reprendre les citations les plus importantes¹¹⁰, David Gilles a très bien exposé le projet de Domat pour qui « le droit public n'est autre chose que le système des règles qui regardent l'*ordre général* du gouvernement et de la Police d'un État » lequel « a cela de commun en tous [États], que l'*ordre général* y est maintenu par une puissance supérieure et souveraine, soit qu'elle réside en une seule ou en plusieurs personnes » (nous soulignons). Cet *ordre* chez Domat semble acquérir ici une résonance quasi constitutionnelle. Couplé avec le mot « Police » omniprésent dans le *Traité de Droit public*¹¹¹, il a fait parler d'« État gendarme », chez Domat, mais David Gilles démontre habilement la confusion, car l'État de Domat est rien moins que libéral. En effet, sur l'apparence d'une base scripturaire parfaitement traditionnelle, notre Clermontois réaffirme que toute puissance vient de Dieu, mais ajoute : « la puissance du gouvernement est proportionnée à ce ministère et au rang que tient, dans le corps de la société des hommes qui composent un État, celui qui, en étant le chef, doit *remplir la place de Dieu* » (nous soulignons). « Lieutenant », « tenant place »... N'y avait-il dans les termes de Domat rien de très classique ? Pas si sûr, quand on trouve aussi sous sa plume à propos de la fonction de juger (dont il fait aussi le premier devoir du souverain¹¹²), ce propos capital : « car la fonction de juger les hommes que la nature rend tous égaux n'est *naturelle à aucun d'eux* et que toute autorité d'un homme au-dessus d'un autre est une participation de celle de Dieu, la fonction de juger est une fonction qu'on peut en ce sens appeler divine puisqu'on y exerce un pouvoir qui

¹⁰⁶ La discussion s'est engagée déjà autour de la parution en 2000 du livre de feu Bernard Vonglis (*L'État, c'était bien lui. Essai sur la monarchie absolue*, Paris, Cujas, 224 p.). Cf. notre compte rendu : « Oui, Monsieur Vonglis : l'État, c'était bien lui. Mais quel État ? » (accessible en ligne sur HAL-CNRS, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00129390/document>). C'est, me semble-t-il, la principale difficulté de la lecture du livre de Mme Zagamé.

¹⁰⁷ C'est tout l'apport du groupe de réflexion qui s'est créé, il y a bientôt 30 ans, autour de Jacques Krynen, d'Albert Rigaudière, pour l'étude des racines de l'État en Occident. L'historiographie considérable.

¹⁰⁸ Célèbre discours d'Henri IV à la haute magistrature du Parlement convoquée au Louvre en janvier 1599 pour la contraindre à enregistrer l'Édit de Nantes. C'est nous qui avons souligné.

¹⁰⁹ Avant lui, l'abbé Claude Fleury compose, « pour l'éducation des Princes » un *Droit public de France* qui n'est, cependant, imprimé qu'en 1769 par Jean-Baptiste Daragon (Paris, 4 parties en 2 vol., in-12). Je ne sais rien d'une éventuelle correspondance entre Domat et Fleury, en revanche, ce dernier appartient au cercle des conseils et des amis de d'Aguesseau qui a dû avoir connaissance, même communication de ses écrits, dès avant l'héritage qu'il a fait de la bibliothèque de l'abbé.

¹¹⁰ Art. cit. (téléchargeable en ligne), ici, respectivement, p. 99, 108 n.43, 107.

¹¹¹ Sur la définition de la « police », voir encore les développements remarquables de David Gilles tout au long de l'article cité. L'auteur observe en particulier la naissance avec Domat de la « fonction publique » dans toute l'acception contemporaine de ce terme. On comprend pourquoi et comment le mot Administration, désormais avec une majuscule et sans complément, entre dans le dictionnaire français au milieu du XVIII^e siècle.

¹¹² Domat pose « le fondement et le premier principe de tous les devoirs des souverains, qui consiste à faire régner Dieu même, c'est-à-dire régir toutes choses selon sa volonté, [...] n'est autre chose que la justice. Ainsi c'est ce règne de la Justice qui doit faire la gloire de celui des princes » (cité dans D. Gilles, p. 106 n. 33).

n'est *naturel qu'à Dieu* »¹¹³ (nous soulignons). C'est là que le bât blesse : cette autorité supérieure et souveraine, qui n'a plus rien de *naturel* (on croirait lire Pascal), mais qui est *divine* parce que donnée de Dieu pour « faire régner Dieu lui-même » (*sic*) garde-t-elle quelque chose de proprement humain ? Nature et surnature confondue, celui en qui réside le pouvoir souverain acquiert logiquement les attributs de Dieu même : « La puissance de ceux qui gouvernent doit avoir deux caractères », commente David Gilles pour introduire cette phrase essentielle de Domat : « l'un de faire régner la justice à qui cette puissance se doit tout entière, et l'autre d'être *aussi absolue* que doit être l'empire de la justice, c'est-à-dire le règne de Dieu même qui est la justice, et qui veut régner par eux, comme Il veut qu'ils règnent par Lui »¹¹⁴ (nous soulignons). La « puissance publique », selon les termes mêmes de l'avocat du roi est désormais, au même titre que l'Église (et en *concurrence avec elle*, le mot n'est pas trop fort), enrôlée dans la mission ultime assignée à toute société, le retour à Dieu, l'accès à la Cité de Dieu. L'État, comme dans un miroir, est devenu, *a minima*, « le double » de l'Église.

Henri François d'Aguesseau a systématisé encore la conception étatiste du gouvernement des hommes. On atteint avec lui, par cet État qui est donné de Dieu, à une conception pré-constitutionnaliste de la monarchie. On pourrait faire un livre de toutes les citations qui étayent la présente affirmation. Elles seraient extraites non seulement de son *Essai d'une institution au droit public*, mais d'une infinité de mémoires : comme magistrat du parquet de la plus haute juridiction de France, dans un contexte où les relations entre l'Église et l'État se sont compliquées d'une multitude d'Affaires, de nature d'ailleurs fort différentes¹¹⁵, d'Aguesseau a construit une véritable doctrine de la toute-puissance de l'État, dont la devise citée plus haut reste le symbole le plus fort : l'Église est dans l'État et non pas l'État dans l'Église. Nous nous bornerons à quelques extraits du *Mémoire. Où l'on examine si un Cardinal François qui commet un crime de lèse-Majesté, est exempté de la Juridiction Royale, par sa dignité*¹¹⁶ qui est daté par ses éditeurs de 1700 : d'Aguesseau y articule au sujet du Clergé, comme nous l'avons vu pour la noblesse, le droit naturel à celui de la souveraineté, en termes explicitement étatistes. Y analysant les droits généraux des « Puissances temporelles qu'il a plû à Dieu d'établir pour gouverner les hommes », sur les ecclésiastiques, il écrit : « Comme Hommes, ils sont sujets aux Lois de la nature ; et le droit naturel qui, de l'aveu des Papes, permet à tout Séculier de repousser la violence d'un Ecclésiastique par la violence même, donne à plus forte raison, autant & plus de pouvoir à ces grandes Sociétés qui forment les États & les empires, contre ceux qui en troublent la paix & la sûreté par leur crime, sans distinguer si le coupable est laïc, ou s'il est consacré au service des autels ». « Ainsi le Droit naturel les assujettit naturellement à la Société », renchérit le procureur général du roi, « comme à la loi du plus fort. Le Droit civil rend cette soumission utile, par les avantages qu'elle procure ; ils naissent hommes & citoyens, ils ne cessent pas de l'être, en devenant Ecclésiastiques. » Mieux encore, le droit canonique apporte lui-même son renfort à ce système de sujétion : « Le Droit canonique », remarque d'Aguesseau, « ajoute à leur état de nouveaux engagements : ils deviennent les Ministres de Dieu par lequel les Rois règnent... plus obligés [par conséquent]...

¹¹³ *Ibid.*, p. 109.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 106 n. 34.

¹¹⁵ Elles sont dogmatiques avec l'affaire du Quiétisme comme avec toutes celles du jansénisme, mais elles sont aussi, et souvent juridictionnelles, comme l'affaire du procès du cardinal de Bouillon au début des années 1700. C'est sans compter avec les retombées de la crise si grave, que l'on peut dire institutionnelle, de la Régale de la décennie 1680.

¹¹⁶ *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, t. V (1768), p. 199, sq. Respectivement, dans ce qui suit, p. 200, 201, 202

à donner aux peuples l'exemple de la fidélité & de la soumission qui est due à une Puissance émanée de Dieu même ». On trouve alors, parfaitement explicite, ce que le XIX^e siècle appellera « Alliance du Trône et de l'Autel »¹¹⁷ : parlant de « cette Puissance » des rois, comme d'« une autorité qui se joint partout à celle de l'Eglise, pour en faire observer les Lois, & pour réprimer par la terreur des peines corporelles, ceux que la crainte des peines spirituelles ne rend pas assez soumis à la puissance de l'Eglise ». Car « Ces deux puissances différentes dans leur effet, sont égales dans leur principe, puisqu'elles sont toutes deux émanées de Dieu même ». Il ne restait plus qu'à poser comme fondement à ces affirmations « nature même de la Puissance temporelle » qui est dotée de deux caractères : « Le premier, est d'être universelle ; le second, d'être indépendante, & de se suffire pleinement à elle-même [...] Toute puissance suprême par laquelle un État est gouverné, doit s'étendre sur tous ceux qui sont renfermés dans cet État, par rapport à la fin pour laquelle elle est établie, c'est-à-dire pour la sûreté, le repos, le bonheur de ceux qu'elle gouverne ». Notons que la Justice de Domat est désormais remplacée par ce qui sera le bréviaire des « valeurs » des Lumières en politique, celles mêmes du baron de la Brède.

Pour en revenir à celui-ci, imaginons seulement que Dieu soit attaqué, le miroir de la Divinité brisé, il ne restera plus, au mieux, qu'une glace sans tain, « Dieu caché », renfermé dans le for privé ; au pire, un Être suprême, ce Grand Horloger des déistes, nécessaire à la raison pour continuer à rationaliser le monde. Domat n'a même pas imaginé une telle abomination, même s'il ne connaît que trop la méchanceté des hommes, mais il se plaît à penser que grâce à Dieu, toujours, le Sel de la Terre est là et que le roi peut bien être un saint. Et s'il ne l'était pas ? Puniton de la Providence pour les péchés des hommes, mystère de l'Innocence crucifiée... D'Aguesseau croit de toute son âme encore en Dieu et en l'Église, une, sainte, catholique, apostolique... mais pas vraiment « romaine » (du moins pas à la manière de la Rome de son temps). Spinoza et Bayle étant passés par là, d'Aguesseau chancelier, et pleinement conscient de ses responsabilités, a compris le « terrible combat » que Bossuet, déjà, avait vu se dessiner contre l'Église. C'est la raison pour laquelle il veut, avec opiniâtreté, dès 1716-17, la paix de l'Église de France par la réception – modérée et raisonnable – de la bulle *Unigenitus* qui la déchire. C'est pourquoi il entreprend et favorise des travaux d'apologétique. Est-ce la raison foncière qui lui l'arrête dans ses *Méditations* par trop cartésiennes et lui fait laisser tous ces travaux inachevés ? Y a-t-il alors une forme de trahison de sa pensée à les avoir publiés, malgré lui ?

Car c'est le même chancelier qui fait censurer *L'Esprit des lois* en 1748. Alors même que ses propres écrits privés pouvaient en être le prélude, l'ouvrage de Montesquieu ne peut en rien plaire à d'Aguesseau parce qu'il attaque la religion. Mais le baron s'en offusque. Suivons encore ici Catherine Volpilhac-Auger pour comprendre¹¹⁸ : aussitôt publié (à l'étranger toujours) et répandu chez nous en novembre 1748, *De l'esprit des lois* « a tourné la tête de tous les Français », écrit l'Abbé de Raynal. Si vraie que soit la prudence de Montesquieu (« la notion même de provocation [lui] est étrangère), Catherine Volpilhac, à l'étude de son manuscrit, le montre faisant la chasse à tout ce qui peut choquer d'emblée les autorités de la censure ou de la justice. N'est-ce pas là pur et simple camouflage ? On y voit en tout cas la claire manifestation d'une conscience aigüe de ses audaces et des polémiques (présentes ou futures) ouvertes par

¹¹⁷ I. Brancourt, « À l'heure de l'alliance du Trône et de l'Autel : religion, droit et politique chez d'Aguesseau », dans I. Brancourt et Pascal Plas (dir.), *op. cit.*, p. 47-66.

¹¹⁸ C. Volpilhac-Auger, « Débats et polémiques autour de *L'Esprit des lois* », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 35, n^o. 1, 2012, p. 3-11.

son ouvrage, la raison pour laquelle Montesquieu devient très rapidement « le pivot de la pensée politique ». Catherine Volpillac n'hésite pas d'ailleurs à parler de « stratégie », de « manœuvre » : « Montesquieu sait aussi parfaitement », écrit-elle, « qu'il énonce des propositions propres à inquiéter ou au moins surprendre la plupart de ses contemporains ». Il « transige sur la forme, jamais sur le fond » ! En conséquence, il ne fallait tout de même pas prendre le Chancelier, tout enfant du Bon Dieu qu'il fût..., « pour un canard sauvage ».

Est-il vraiment surpris, Montesquieu, lorsqu'il se voit attaqué par *Les Nouvelles ecclésiastiques* ? Car, en deux livraisons de 1749, c'est la feuille janséniste qui décoche les premières flèches¹¹⁹. Avec toute l'intransigeance qu'on imagine, la dénonciation porte globalement l'accusation d'*impiété* contre l'œuvre du baron de la Brède. Les livres qui concentraient les foudres étaient le I, sur la définition de la loi et des lois naturelles, le III, sur la *vertu*, le XIV où Montesquieu osait défendre le suicide, et attaquait le monachisme, le XVI où il abordait la polygamie, le XXII à propos de l'usure, le XXIII sur le fondement du mariage, le XXIV où il honorait Bayle et faisait l'éloge des stoïciens, le XXV où, s'interrogeant sur le véritable mobile de l'attachement à une religion, il faisait l'éloge de la tolérance. C'était toute l'œuvre de l'insolent qu'il fallait réviser et, en 1751, l'abbé Gaultier, janséniste notoire, s'avisait de la dangerosité des *Lettres persanes*¹²⁰, trente ans après leur publication... Elles étaient aussi accusées « d'impie ». Dans l'un et l'autre cas, Montesquieu s'est fendu d'une défense en règle : mais quoi ! « On ne peut guerre imputer aux Lettres persanes », prétend-il, « les choses que l'on a prétendu y choquer la religion » :

« Ces choses ne s'y trouvent jamais liées avec l'idée d'examen¹²¹ mais avec l'idée de singularité jamais avec l'idée de critique, mais avec celle d'idée extraordinaire. C'étoit un Persan qui parloit et qui devoit être frappé de tout ce qu'il voyoit et de tout ce qu'il entendoit.

Dans ce cas là quand il parle de religion, il n'en doit pas paroître plus instruit que des autres choses, comme des usages et des manières de la nation qu'il ne regarde point comme bonnes ou mauvaises, mais comme merveilleuses.

Comme il trouve bizarres nos coutumes, il trouve quelque fois de la singularité dans de certaines choses de nos dogmes parce qu'il les ignore et il les explique mal parce qu'il ne connoit pas rien de ce qui les lie et de la chaîne ou ils tiennent. »¹²²

À ce rythme, Montesquieu avait pu stigmatiser le Pape, « vieille idole qu'on encense par habitude », ironiser sur la Trinité, dénier à l'Eucharistie sa valeur sacramentelle par la Transsubstantiation, traiter le clergé de « mêlée noire » et infecte...¹²³ À l'époque de *l'Esprit des lois*, il utilise exactement les mêmes parades, celles de l'incompris et du naïf : « ouvrage de pure politique et de pure jurisprudence », certes, il « a eu souvent occasion d'y parler de la religion chrétienne ; il l'a fait de manière à en faire sentir toute la grandeur ; et s'il n'a pas eu

¹¹⁹ Pierre Rézat, art. « Défense de l'Esprit des Lois », *Dictionnaire électronique Montesquieu*, <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376471782/fr/>.

¹²⁰ [Abbé Jean-Baptiste Gaultier], *Les Lettres persanes convaincues d'impie*, M.DCC.LI (en ligne sur Gallica.fr).

¹²¹ Distinction capitale où « examen » est à rapporter au « libre examen » revendiqué par les protestants, ainsi qu'à l'esprit critique rationaliste qui se développe en France au moins depuis 1680, dans le sillage de Descartes (même trahi) et de Fontenelle.

¹²² *Pensées*, vol. III, n° 2032 (fol. 320), accessible en ligne sur www.unicaen.fr.

¹²³ Cf. I. Brancourt, « Religion et censure des *Lettres persanes* », dans Myrtille Méricam-Bourdet (dir.), *mélanges offerts en hommage à Catherine Volpillac-Auger*, à paraître aux Éditions de l'ENS de Lyon.

pour objet de travailler à la faire croire, il a cherché à la faire aimer »¹²⁴. Montesquieu est âgé, passablement malade. On lui laisse le bénéfice du doute...

Mais l'on n'est pas forcé de le croire. Il était attaqué de spinozisme. Était-ce simple vue de l'esprit ?

Isabelle Brancourt

¹²⁴ Premières lignes de la *Défense*, accessible en ligne sur Gallica.fr.