

## CHAPITRE SIX

### L'idée d'État de droit

Dans les développements qui précèdent, nous avons décrit les idées portant sur le rapport de l'État et du droit, leur évolution et les divers courants intellectuels qui s'y rapportent. À cette occasion, Althusius nous est apparu comme l'un des défenseurs les plus fervents de l'idée d'État de droit (*Rechtsstaat*). Pour conclure, nous voulons maintenant décrire la façon dont la conception du rapport de l'État et du droit a évolué, du Moyen Âge au point culminant des théories politiques du droit naturel, tout en resituant les idées dans leur contexte.

#### AU MOYEN ÂGE

Lorsque le Moyen Âge commença à forger des théories sur cette question, l'idée germanique origininaire d'État de droit paraissait déjà insuffisante. D'après celle-ci, l'État n'existe que par et pour le droit ; la vie de l'État tout entière dépend d'un ordre juridique qui régule à la fois les relations privées et les relations publiques. Prenant pour modèle l'Église et un pouvoir, qui, par son origine et par son but, est au-delà du simple ordre juridique et en est indépendant, l'État prit conscience de lui-même et chercha lui aussi à s'émanciper, à secouer les chaînes que le droit lui imposait. À peine la science du droit et la philosophie eurent-elles senti souffler sur elles le souffle de l'Antiquité, qu'elles rivalisèrent pour donner corps à une idée de l'État qui soit indépendante de l'idée de droit.

Depuis le début, en effet, la pensée politique érudite du Moyen Âge supposait presque toujours que le fondement de l'État n'est pas seulement juridique, mais qu'il est aussi éthique et naturel. Selon cette

pensée, l'État produit le droit. Le but de l'État est de favoriser le bien-être corporel et spirituel. L'application du droit n'est qu'un moyen parmi d'autres d'y parvenir. Loin d'être docile et servile par rapport à l'ordre juridique, l'État est libre et dominant<sup>1</sup>.

Mais en dépit de ces idées qu'on empruntait pour la plupart à l'Antiquité, la doctrine médiévale proprement dite n'abandonna jamais l'idée germanique selon laquelle le droit est au même niveau que l'État, qu'il est indépendant vis-à-vis de lui. Elle ressentait le besoin irrésistible de fonder l'État sur le droit et de penser sa genèse comme un processus juridique. Qu'un gouvernement illégitime puisse produire des effets juridiques était pour elle tout bonnement inconcevable. De plus, la doctrine médiévale était imprégnée de l'idée que la mission de l'État est de réaliser une idée immuable du droit, idée dont il n'est pas lui-même la source et que, par conséquent, le droit n'est pas un simple moyen pour l'État, mais une fin en soi. Enfin, elle ne douta jamais que le pouvoir de l'État est soumis à des limites juridiques qui ont un caractère obligatoire et qui, une fois enfreintes, provoquent la diminution de la puissance du souverain et de l'obéissance des sujets.

Mais comment pouvait-on penser que, d'une part, le droit doit exister par, pour, et sous l'État, et d'autre part, que l'État doit exister par, pour, et sous le droit ? Le Moyen Âge ne parvint pas à penser que l'État et le droit existent entièrement l'un pour l'autre et l'un par l'autre. Il résolut le problème en recourant à la distinction entre droit positif et droit naturel, distinction qui venait de l'Antiquité mais qui avait pris des formes précises et variées, et qui avait donné lieu à d'innombrables controverses.

#### LE DROIT POSITIF EN TANT QUE PRODUIT DE L'ÉTAT

Le droit positif (*jus civile*) fut défini comme un produit librement créé (cela incluait le droit coutumier, qu'on concevait comme *statutum tacitum*) et comme un instrument malléable selon les besoins, comme une sphère de pouvoir non autonome de la communauté humaine. C'est là que réside le réagencement révolutionnaire de la pensée germanique originaire.

1 Cette idée se manifeste en particulier dans l'exigence d'une législation planifiée, dans la discussion relative à la « meilleure » constitution et dans l'appel à une « Réforme » qui marque les derniers siècles du Moyen Âge.

*Le droit positif en tant que droit objectif*

En tant que droit objectif, le droit positif fut entièrement subordonné à la volonté de l'État. On posa le principe que le législateur ne peut être lié par sa propre loi et on considéra peu à peu que la caractéristique principale de la souveraineté est de n'être liée par aucune loi.

Les partisans de la souveraineté du monarque identifièrent le droit positif à la volonté tacite ou expresse de ce dernier. Ils placèrent le monarque au-dessus de la loi qu'il avait faite lui-même ou que ses prédécesseurs avaient faite et ils enseignèrent que, loin d'être lié par la loi, le monarque peut l'adapter à ses besoins ou l'enfreindre au gré des circonstances. Depuis le XII<sup>e</sup> siècle, la théorie juridique faisait usage des principes issus des sources romaines comme « omnia jura habet Princeps in pectore suo », « quod Principi placuit legis habet vigorem », « error Principis facit jus » et surtout « Princeps legibus solutus est », principe qui fut au centre de controverses d'école pluriséculaires. La théorie philosophique de l'État approuvait ces principes et trouvait justement que le prince véritable se distingue du magistrat républicain par le fait que, contrairement à ce dernier, il n'est pas lié par les lois que le peuple a faites ou qu'il a contribué à faire. En tant que « lex animata », le prince peut se mouvoir à sa guise et modifier à tout moment le droit existant, en le reformulant selon les besoins du moment<sup>2</sup>. On ne manqua pas de tirer les conséquences de cette « potestas legibus soluta », dans l'Église au profit du Pape, dans l'État au profit de l'Empereur, et bientôt de chaque souverain<sup>3</sup>.

Les partisans de la souveraineté du peuple combattirent cette doctrine avec toutes les armes dont ils disposaient. Considérant que le caractère obligatoire de la loi a sa source dans le consentement de la communauté assemblée, ils voulaient soumettre à la loi tous les souverains, le Pape et l'Empereur aussi<sup>4</sup>. La distinction théorique entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif

2 Thomas d'Aquin, II, p. 353, XXI, p. 477. Voir aussi Jean de Salisbury, Occam, Peter von Andlou.

3 À propos de l'Empereur, voir la doctrine des légistes, les théories des Hohenstaufen, Occam, Aen. Sylv, Petrus de Andlo. À propos du pape, voir August. Triumph, Alv. Pel, Laelius, Aen. Sylv.

4 Voir Marsile de Padoue, I, chap. 7-11, 14-15, 18 ; Nicolas de Cues, II, chap. 9-10, 20 : Greg. Heimb. II ; Occam, *Dialogus*, III, tr. 1 l. 2 c. 6. Occam affirme qu'il n'existe probablement dans le monde entier aucune monarchie pure, au sens d'une monarchie dénuée de lois, qui reposerait sur la seule vertu du souverain. Thomas d'Aquin s'accorde avec lui quand il donne sa préférence à une monarchie limitée par les lois.

vit là le jour. Elle allait se révéler extraordinairement féconde pour l'idée d'État de droit<sup>5</sup>. Au début, cependant, la question porta exclusivement sur le titulaire de la souveraineté et non sur le rapport du pouvoir souverain au droit. En effet, les défenseurs de la souveraineté populaire revendiquaient que l'assemblée souveraine (ecclésiastique ou politique) fut supérieure au droit, ce que leurs adversaires revendiquaient pour le monarque<sup>6</sup>.

*Le droit positif en tant que droit subjectif*

Le droit subjectif était conçu comme une émanation de l'État, comme les normes du droit objectif sur lesquelles il se fonde, et donc comme dépendant du bon vouloir du souverain. Ainsi, en principe, on ne pouvait reconnaître aux droits acquis issus du droit positif une quelconque validité face au pouvoir de l'État.

On sait que Martinus était allé jusqu'à attribuer à l'Empereur une propriété véritable sur toute chose et donc le pouvoir de disposer entièrement du droit des personnes privées (en s'appuyant sur les termes tirés du l. 3. C de quadr. Praersr. 7,37 : « quum omnia principis esse intelligantur »). À propos de l'Église, la même doctrine avait été défendue en faveur du Pape. Mais bientôt l'opinion contraire, défendue par Bulgarus, gagna du terrain. D'après celle-ci, seul le droit de la souveraineté étatique prévaut sur le droit de propriété privée, tantôt qualifié de simple « *jurisdictio vel protectio* », tantôt nommé traditionnellement « *dominium* », mais qu'on rattachait désormais au droit public<sup>7</sup>. C'est justement à partir d'un tel droit de souveraineté que fut développée une théorie qui était étrangère à la conscience germanique originale, et qui disait qu'un droit d'expropriation permet à l'État de supprimer ou de modifier des droits privés, dès lors que l'intérêt de l'État l'exige<sup>8</sup>.

5 Ce sont surtout Marsile de Padoue et Nicolas de Cues qui développent des idées modernes sur ce point. Notons que Thomas d'Aquin, Occam, Petrus de Andlo et Patric. Sen. élaborent un système similaire pour la république et qu'ils font précisément de la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif (qui est contestée pour la monarchie) le critère de la république.

6 Marsile de padoue le réclame pour l'assemblée populaire, la doctrine de l'Épikie le réclame pour le concile, en contredisant le droit canonique.

7 Voir Gloss. Ord. l. 3, c. 7, 37 ; Jac. Aren ; Andr. Isern. ; Bartole ; Balde. Occam discute tous les points de vue dans *Dialogus* III tr. 2 l. 2 c. 21-25.

8 Sur l'histoire du droit d'expropriation au Moyen Âge du point de vue dogmatique, voir Georg Meyer, *Das Recht der Expropriation*, Leipzig, 1868.

L'histoire de la théorie de l'expropriation consista d'abord à ériger des limites précises au droit d'expropriation. De nombreuses controverses s'enflammèrent alors. Toutefois, la querelle principale portait moins sur le contenu que sur les effets de ces limites. On s'accordait généralement sur le fait que le pouvoir suprême lui-même ne peut pas mettre en cause arbitrairement les droits acquis, qu'il doit le faire « *ex justa causa* ». Certains dotèrent ce dernier principe de la force et du caractère obligatoire des vrais principes juridiques, et même ceux qui acceptaient que le souverain l'enfreigne dans certains cas le reconnurent comme règle. Parmi les *causa* suffisantes, on comptait la nécessité publique (l'intérêt privé devait céder devant elle en cas de collision des normes), mais aussi la confiscation pour crime et d'autres raisons assez disparates. On énonça avec une fermeté croissante le principe important selon lequel la privation d'un droit au nom de l'intérêt public doit être suivie d'un dédommagement de la part des pouvoirs publics. Mais on admettait souvent des exceptions à cette règle, soit sur la base de lois qui s'appliquaient également à tous, soit dans les situations d'exception.

Il est tout à fait caractéristique que, pour protéger les droits acquis, la doctrine médiévale ait préféré ne pas entrer sur le terrain du droit positif : celui-ci ne paraissait pas assez sûr. On préférait fonder l'inviolabilité du droit subjectif sur le seul droit naturel. On n'étendait le droit subjectif qu'aussi loin que cette base semblait donnée, indépendamment du droit positif. À cet égard, deux principes furent placés au fondement de la doctrine entière. Le premier disait que l'ordre de la propriété s'enracine dans le « *jus gentium* », qu'il préexiste à l'État et qu'il est dérivé du droit naturel, indépendamment de l'intervention étatique, et que, par conséquent, les droits acquis par l'individu dans l'ordre de la propriété ne sont pas dus seulement à l'État. Le second principe était que le caractère obligatoire des contrats vient du droit naturel et que, par conséquent, bien que le souverain ne puisse pas s'obliger lui-même ni obliger ses successeurs par la loi, il peut s'obliger devant ses sujets par des contrats. Il en résulte que tout droit accordé par l'État en vertu d'un contrat est inattaquable, l'État lui-même ne peut le mettre en cause (exception faite, là encore, des interventions permises « *ex justa causa* »). En revanche, lorsqu'un droit subjectif ne pouvait se prévaloir d'aucun titre issu du droit naturel, la doctrine ne pouvait logiquement fournir à ce simple droit positif (« *jus mere positivum* ») une protection

comparable vis-à-vis de l'État. Cela concernait surtout les droits qui appartenaient à la rubrique des « privilèges » directement conférés par l'État, ceux dont le contenu relevait uniquement du droit positif et à propos desquels la théorie disait de plus en plus souvent qu'ils étaient révocables à tout moment, au nom de l'intérêt public.

#### LE DROIT NATUREL AU-DESSUS DE L'ÉTAT

Contrairement au droit positif, le droit naturel préexistait à l'État. Il lui était extérieur et supérieur – c'était l'avis de tous au Moyen Âge.

#### *Le droit naturel en tant que droit objectif*

Par delà les divergences qui existaient à propos de la source du droit naturel et de ce qui lui donne force de loi, on pensait qu'en tant que droit objectif, d'une part le droit naturel émane d'un principe qui est transcendant par rapport à l'État, d'autre part, il est un droit véritable, entièrement obligatoire. On supposait que la *lex naturalis* vaut comme loi avant la naissance de l'État, et que les principes juridiques qui sont au fondement de l'État lui-même en découlent, directement ou indirectement. On enseignait d'autre part que les normes du droit naturel ne peuvent être modifiées par le plus grand des pouvoirs terrestres, qu'elles sont supérieures au Pape comme à l'Empereur, au monarque comme au peuple souverain, en bref, qu'elles sont supérieures à la totalité des mortels. Les limites qu'elles imposaient ne pouvaient être enfreintes ni par une loi, ni par un acte du gouvernement, ni par une décision du peuple, ni par une coutume. Tout ce qui allait à l'encontre des principes éternels et indestructibles du droit naturel était sans validité et ne pouvait obliger personne. Mais ce n'est pas seulement au « jus naturale » proprement dit qu'on attribuait cette force. C'est aussi au droit divin révélé et au *commune jus gentium*. En effet, le rapport entre le droit naturel proprement dit et le droit divin révélé était le suivant : alors que celui-là avait été implanté dans la raison humaine à des fins terrestres, celui-ci avait été communiqué à l'homme par des moyens surnaturels, à des fins supraterrrestres<sup>9</sup>. Droit reconnu par tous les peuples, le *jus gentium* était défini comme l'ensemble des préceptes tirés du droit naturel, une fois

9 Voir notamment Thomas d'Aquin et Gerson.

pris en compte les rapports qui résultent de la corruption de la nature humaine. À ces préceptes (non pas créés mais seulement acceptés par les pouvoirs constitués), était attribuée une part du caractère inviolable et immuable du droit naturel<sup>10</sup>.

Cependant, plus cette idée du droit naturel comme droit que le législateur lui-même ne peut mettre en cause pénétrait dans le droit positif, ecclésiastique et séculier, plus le besoin d'imposer des limites à ce principe suprême grandissait. On avait beau se quereller sur la portée et le contenu de ces limites, on était d'accord sur un point : si le droit positif ne peut jamais détruire les normes du droit naturel, néanmoins, au moment de les mettre en œuvre et de les appliquer aux situations particulières, il peut et il doit les modifier, et en étendre ou en réduire la portée. C'est pourquoi on se mit à distinguer les principes éternels et immuables des préceptes secondaires, transformables ou même hypothétiques, au sein du *jus naturale*<sup>11</sup> proprement dit, mais aussi du *jus divinum* et du *jus gentium*.

### *Le droit naturel en tant que droit subjectif*

Ce qui valait pour les normes du droit naturel devait aussi valoir pour le droit subjectif qui en était dérivé. On a vu précédemment que la protection relative qu'on accordait aux droits acquis vis-à-vis de l'État reposait toujours sur le fait que leur titre concret de propriété avait un fondement dans le droit naturel, auquel il était mesuré. En outre, la doctrine médiévale était déjà imprégnée de l'idée que les droits et les devoirs directement dérivés du droit naturel, et qui en sont les attributs originaires, ont une validité absolue vis-à-vis du droit positif, qu'ils ne peuvent donc être ni relativisés ni supprimés par aucun titre juridique, quel qu'il soit. Dès le Moyen Âge, on déduisit de cette idée d'une part l'existence de droits de souveraineté originaires et essentiels pour la collectivité souveraine ou ses successeurs légitimes, d'autre part l'existence de droits de l'homme innés et inaliénables pour l'individu<sup>12</sup>.

10 Chez Thomas d'Aquin, la *lex humana* applique en détail les principes de la loi naturelle, soit en tirant les conséquences du *jus gentium*, soit à travers les dispositions du *jus civile*. Voir aussi Lupold von Bebenburg, Occam, Balde et Hieronymus de Tortis.

11 Par exemple chez Thomas d'Aquin, Lupold von Bebenburg et Occam.

12 Certes, ces droits ne sont pas explicitement formulés, mais ils résultent immédiatement de la valeur objective et absolue que l'on accorde aux plus hauts principes du droit naturel

## L'ÉTAT AU-DESSUS DU DROIT

Le pouvoir suprême fut ainsi maintenu à l'intérieur de limites juridiques, bien qu'on l'eût placé au-dessus du droit positif. Aux yeux de tous, outrepasser ces limites était commettre une injustice et se conduire en « tyran ». Mais la doctrine médiévale se divisa à propos des conséquences d'un tel abus.

Pour la doctrine originaire (qui ne fut jamais complètement abandonnée), tout acte du souverain transgressant les limites imposées au pouvoir par le droit naturel était illégitime et ne pouvait être source d'aucune obligation. Ainsi, tout juge et tout magistrat chargé de faire appliquer le droit devait considérer comme nul et non contraignant non seulement l'acte administratif contraire au droit, mais aussi la loi contraire au droit, fût-elle émise par le Pape et l'Empereur eux-mêmes. Étaient également nuls et non contraignants pour les sujets (*Untertanen*) individuels le commandement et la décision contraires au droit. De là naquit la doctrine selon laquelle le devoir d'obéissance dépend du caractère légitime du commandement<sup>13</sup>. Toute tentative de faire appliquer par la force une mesure contraire au droit paraissait un acte violent, justifiant la résistance violente et même armée. On conseillait le tyrannicide, on l'excusait même parfois (toutefois, les auteurs qui craignaient de s'écarter de l'idée du droit le refusaient).

Cette conception typiquement médiévale s'accordait entièrement avec la pratique du droit public féodal et avec le système des états (*Stände*)<sup>14</sup>. Mais elle se heurta à la formulation la plus tranchée du concept de

---

et du droit divin. Il suffit de jeter un coup d'œil rapide à la théorie médiévale du droit et de l'État (*die mittelalterliche Staats- und Rechtslehre*) pour s'apercevoir que, contrairement à la pensée antique, celle-ci a accueilli en elle l'idée de la valeur absolue et impériable de l'individu, idée qui a été révélée au monde par le christianisme et dont la culture germanique a senti toute la profondeur. Sur ce point, la théorie médiévale va bien au-delà de l'intuition : elle formule plus ou moins clairement l'idée que tout individu est sacré en vertu de sa vocation éternelle, et que sa liberté est inviolable même pour l'État, que la partie ne vaut pas seulement pour le tout mais aussi pour elle-même et que l'individu ne peut être considéré par la communauté comme un simple moyen, qu'il doit toujours aussi être considéré comme une fin. Voir Dante, *De Monarchia*, I, chap. 3 ; Occam, *Dialogus*, III, tr. 2. l. 2 c. 28 ; Nicolas de Cues, III, chap. 5 ; Decius, *Cons.*, 72 n° 2.

13 Voir Hugo de S. Victore Saxo ; Thomas d'Aquin, *De reg. Princ.* I, chap. 6 ; Eng. Volk., I, chap. 6 ; Occam, *Dialogus*, III, tr. 2. l. 2 c. 20 ; Decius, *Cons.*, 72, nr. 2.

14 Robert von Mohl fait remarquer à juste titre qu'au Moyen Âge, le droit de résister par les armes était souvent accepté, alors que l'idée d'une obéissance inconditionnée l'était très rarement.



souveraineté et à l'idée que, dans la sphère du droit, le souverain est formellement tout puissant. La doctrine dominante fut alors contrainte d'attribuer la toute-puissance formelle aux actes législatifs et administratifs, dans la monarchie, tandis que la théorie de la souveraineté populaire ne l'attribuait qu'au seul pouvoir législatif, appliquant ainsi le principe de la séparation des pouvoirs dans toute sa fécondité. Dans cette perspective, toutes les limites juridiques revenaient à exiger que la volonté du souverain soit conforme à la justice. Pourtant, si la volonté souveraine décidait d'ignorer ces revendications, le droit dont elle était la source était tout de même obligatoire et contraignant, pour les institutions comme pour les individus. Cette conception ne laissait donc aucune place à un droit de résistance active face aux actes illégitimes du souverain : la désobéissance n'était permise que sous forme de résistance passive, dans les situations extrêmes.

Toutefois l'idée demeurait vivante que les obligations imposées par le droit naturel à la volonté souveraine sont de véritables obligations juridiques. Même s'il est vain de chercher une frontière précise entre morale et droit naturel au Moyen Âge, on pensait tout de même qu'il existe une différence entre les purs commandements moraux (dont on ne doutait pas qu'ils valaient aussi pour le pouvoir suprême) et les limites juridiques proprement dites. Le langage commun l'atteste clairement. Personne ne doutait que les normes qui soumettent le pouvoir terrestre au droit naturel et divin et qui protègent les droits acquis jusqu'à un certain point sont de véritables normes juridiques, même s'il était exclu de les faire appliquer par la force. On ne doutait pas qu'il y a un droit avant l'État, en dehors de lui et au-dessus de lui. On ne doutait pas non plus que ce qui est formellement du droit puisse être matériellement une injustice, et que ce qui est formellement contraire au droit puisse être matériellement du droit. De plus, personne ne doutait que le devoir d'obéissance des sujets, bien qu'absolu du point de vue formel, ne trouve une limite matérielle dans les commandements supérieurs du droit divin et naturel<sup>15</sup>. Personne ne doutait que la parole biblique qui énonce qu'il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes contient un principe juridique valable toujours et partout ; que le sujet (*Untertan*) le plus modeste agit

---

15 Jean de Salisbury (*Policraticus*, chap. 1, 2, 4) affirme déjà que le prince reste « *legi justitiae subjectus* » et « *aequitatis servus* », dans la mesure où l'équité et la justice, dont la loi est l'interprète, doivent imprégner toute sa volonté. Voir aussi Thomas d'Aquin, Occam et Gerson.

conformément au droit quand il refuse d'obéir à un ordre du pouvoir suprême contraire à Dieu et à sa conscience et quand il en assume les conséquences. Personne ne doutait qu'il viole le droit s'il se comporte autrement. Immanente à la pensée du droit naturel, la distinction entre droit formel et droit matériel était loin d'être purement théorique. Sans parler de l'influence indirecte qu'elle put exercer sur le pouvoir législatif, son influence directe fut de la plus grande importance. En effet, tous les pouvoirs publics chargés de l'application du droit devaient faire coïncider autant que possible les actes du souverain avec le droit matériel, et ce au moyen de l'« interprétation » (à laquelle on donnait alors un sens extrêmement large).

On ne trouve presque aucune trace, au Moyen Âge, de l'idée que la réalisation du bien commun, en tant que fin supérieure, délie le souverain de l'observance du droit naturel et des lois morales. C'est pourquoi lorsque Machiavel fonda sur elle sa théorie du prince, cela parut une innovation inouïe et un immense sacrilège. Les idées de l'audacieux florentin, tant par l'opposition que par l'adhésion (ouverte ou secrète) qu'elles suscitérent, furent à l'origine d'un large mouvement intellectuel qui transforma en profondeur la conception du rapport de l'État et du droit.

#### À PARTIR DU XVI<sup>e</sup> SIÈCLE

À partir du XVI<sup>e</sup> siècle, ces idées évoluèrent sur la base des fondements posés au Moyen Âge. La distinction entre droit positif et droit naturel, en particulier, resta une base inébranlable. Mais à plusieurs égards, ces deux ordres juridiques tendirent à s'unifier et à se pénétrer réciproquement. C'est précisément ce qui permit l'émergence d'un antagonisme entre deux tendances qui s'opposaient point par point, l'une promouvant l'État de droit constitutionnel (*Rechts- und Verfassungsstaat*), l'autre l'État absolutiste.

## LE DROIT POSITIF

En ce qui concerne le droit positif, on ne remet pas en cause l'idée qu'il provient de la société humaine et qu'il en dépend. Mais les vues divergeaient à ce propos.

*Le droit positif en tant que droit objectif*

Du point de vue du droit objectif, l'étatisation du droit positif progressait à grands pas, dans la théorie comme dans la pratique. On réduisait de plus en plus l'ensemble du droit positif au concept de règlement (*Satzung*) écrit et l'on assimilait le droit coutumier à un statut tacite. En même temps, on réduisait de plus en plus le règlement (*Satzung*) à la loi édictée par le souverain, de sorte qu'on tirait la force obligatoire des règlements – pour autant que ceux-ci n'étaient pas conçus comme de simples contrats – d'une délégation ou d'une confirmation du législateur, et on tirait la force obligatoire de la coutume – pour autant qu'elle n'était pas celle de la communauté souveraine – de l'accord tacite du législateur.

Toutefois, sur la question de la nature de la législation, les avis divergeaient complètement. La tendance absolutiste voyait la législation comme le résultat d'une création libre. En revanche, les tenants de l'État de droit y voyaient une manifestation du droit naturel et de son adaptation aux conditions du lieu et du temps. Dans un cas, l'accent était mis sur le commandement, dans l'autre, sur le contenu de la loi. Au XVI<sup>e</sup> siècle et au XVII<sup>e</sup> siècle encore, on continuait à penser que la force créatrice du droit n'est pas la volonté du législateur, mais sa raison ; que la nature juridique de la loi provient du constat formel, par le souverain, que son contenu s'accorde avec l'idée de justice ; que le commandement et l'usage éventuel de la force n'en sont que des conséquences et qu'ils relèvent tout au plus du concept de droit achevé ou parfait, sans être inhérents au concept de droit en général<sup>16</sup>. Cependant, l'opinion contraire, qui affirmait que la volonté souveraine est la vraie substance de la loi, triompha progressivement. D'après celle-ci, le caractère obligatoire de la loi provient exclusivement du commandement adressé au sujet par le

16 L'identification radicale des notions de « droit » et de « commandement » fut effectuée par Hobbes (*De cive*, chap. 14, *Léviathan*, chap. 24-26). En ce qui concerne le droit positif, Pufendorf et son école sont d'accord avec lui. Voir *Elem.* I, def. 12 § 6, *De jure naturae et gentium*, VIII, chap. 1 et *De off.* II, chap. 12. Voir aussi Thomasius.

prince : la délibération rationnelle du législateur qui précède la décision n'a plus d'importance que pour lui-même. Le concept de droit positif ne pouvait plus être pensé indépendamment du commandement émis par une volonté supérieure et de la sanction infligée par une puissance irrésistible. Néanmoins, les opinions intermédiaires ne manquaient pas. Assimiler le droit positif tout entier à la volonté souveraine n'empêchait pas de soumettre entièrement cette volonté aux préceptes du droit naturel, qu'on se représente l'instance supérieure à la volonté législatrice comme une volonté divine supérieure ou comme la puissance de la raison objective. La théorie qui, petit à petit, devint dominante au XVIII<sup>e</sup> siècle, sur cette base, est la théorie du droit rationnel abstrait. Elle réduisait d'une certaine manière la loi positive à un décret d'application du droit naturel.

Une telle opposition des principes devait entraîner la doctrine à se diviser en plusieurs courants, dès lors qu'on voulait déterminer si l'État est ou non au-dessus des lois.

On était d'accord pour dire que le législateur a autant de pouvoir pour modifier ou supprimer les normes qu'il en a pour les fonder. Mais au début du XVI<sup>e</sup> siècle, une vive controverse éclata sur la question de savoir si le législateur est lié par les lois qu'il a faites, ou que ses prédécesseurs ont faites, tant qu'elles ne sont pas abrogées.

Et alors que la doctrine médiévale avait défendu avec vigueur la thèse que le souverain est au-dessus du droit positif, un vaste mouvement théorique apparut, dont le but était d'anéantir la notion de « *potestas legibus soluta* ».

D'éminents juristes français et allemands s'opposèrent énergiquement à l'interprétation du principe romain « *Princeps legibus solutus est* » qui avait prévalu jusque-là. Ils n'y voyaient qu'une exception valable dans certains cas bien précis, et lui opposaient la règle selon laquelle « *Princeps legibus tenetur* ». Ce faisant, ils n'avaient aucunement l'intention de mettre en cause la souveraineté du prince. Ils soulignaient d'ailleurs que la même règle vaut pour l'assemblée du peuple et pour l'assemblée des meilleurs. Ulrich Zasius combattit avec la plus grande énergie la doctrine des « Italiens et autres courtisans des princes » qui ne lui avait jamais plu (« *sed mihi nunquam placuit ista sententia* »). Il voulait que l'Empereur et le pape soient soumis au droit positif, au droit naturel et au droit divin et ne soient déliés que des « *juris sollennitates* » : « *nam*

jura sunt divinitus per ora principum promulgata<sup>17</sup> ». Cujas limita le princepe « Princeps legibus solutus » avec une vigueur plus grande encore, dispensant le prince d'obéir uniquement à la « lex Julia et Papia Poppaea » et à quelques autres solennités. Il affirmait que le prince est soumis aux lois, qu'il ne possède qu'un pouvoir limité puisque le peuple lui-même, avant de transférer l'*imperium*, n'avait qu'un pouvoir limité<sup>18</sup>. Dans le même esprit, Donellus et d'autres Français n'attribuèrent au prince souverain qu'une « potestas legibus adstricta<sup>19</sup> ». En Allemagne, Friedrich Pruckmann développa la même idée dans un pamphlet enflammé contre l'absolutisme ; de nombreux auteurs adoptèrent ses thèses.

Plus le concept de souveraineté se précisait, plus il était nécessaire de distinguer l'obligation qu'a le souverain de respecter les normes qu'il a lui-même édictées et l'obligation qu'ont les sujets d'obéir aux lois qui leur sont imposés d'en haut. On y parvint en disant qu'il est exclu de contraindre le vrai souverain à respecter le droit. On s'appuyait sur la formule forgée par Thomas d'Aquin selon laquelle la loi oblige le souverain « quoad vim directivam », mais non « quoad vim coactivam ». De nombreux partisans du concept de souveraineté du monarque s'engagèrent dans cette voie et cherchèrent à faire progresser l'idée d'État de droit en prenant notamment modèle sur les théoriciens catholiques<sup>20</sup>.

Quant à leurs adversaires, les partisans de la souveraineté du peuple, ils soumettaient aux lois le monarque (qui pour eux n'était pas un souverain) et soutenaient qu'on pouvait employer la force pour le contraindre à les respecter, et que le droit pénal valait aussi pour lui<sup>21</sup>. Mais même pour le peuple souverain, ils n'exigèrent pas d'abord de « potestas legibus soluta ». Au contraire, ceux des monarchomaques qui abordaient cette question soutenaient tous que le peuple est lié par le droit positif, même si, en tant que totalité, on ne peut le contraindre ni le punir. C'est pourquoi Althusius, qui promouvait à tant d'égards l'idée d'État de droit constitutionnel (*Rechts- und Verfassungsstaat*), refusa de faire de la « potestas legibus soluta » une caractéristique de la *majestas* (qu'il définissait par ailleurs avec une grande rigueur).

17 Ulrich Zasius, *Lect. L.* 31 D. 1, 3, n° 1-12.

18 Jacques Cujas, *Op.* X, p. 789-790.

19 Hugues Doneau, *Commentarii de jure civili*, chap. 13.

20 On trouve cette doctrine chez Soto, Covarruvias, Grégoire de Valence, Fachinaeus et surtout chez Suárez.

21 Voir Vásquez, Alsted, Hoenonius.

La plupart des tenants de la conception de la double *majestas* reprirent la conception des monarchomaques, à cette différence près qu'en soumettant la *majestas* personnelle à toutes les lois positives, ils accordaient une « vis coactiva » aux seules lois constitutionnelles, et seulement une « vis directiva » aux autres lois. Les avis, cependant, étaient partagés. Certains en effet ne voulaient pas soumettre la « majestas personalis » aux lois civiles (« leges civiles »), mais seulement aux lois fondamentales (« leges fundamentales »). D'autres affirmaient que le titulaire de la « majestas realis » est au-dessus du droit positif comme du droit constitutionnel (*Verfassungsrecht*).

Ainsi, un courant puissant voulait supprimer le principe absolutiste « summa potestas legibus soluta est ». Mais la tendance qui triompha finalement fut celle qui le maintenait avec une vigueur redoublée.

Il faut souligner à ce propos que l'interprétation médiévale du principe romain « Princeps legibus solutus est » était attaquée de toutes parts. Mais le geste de Bodin qui faisait de la « potestas legibus soluta » le critère essentiel de la souveraineté fut plus important<sup>22</sup>. Tous les partisans absolutistes de la doctrine bodinienne de la souveraineté le suivirent sur ce point<sup>23</sup>. Être au-dessus du droit positif, insistaient-ils, ne signifie pas seulement que le souverain ne peut être contraint ni puni, mais aussi que pour lui « quoad vim directivam », la loi n'est pas une loi, mais tout au plus une règle qu'il observe librement.

Pour Bodin et son école, il n'y avait pas de différence entre les lois civiles ordinaires et les lois constitutionnelles (*Verfassungsgesetzen*) : la soumission aux « leges fundamentales » détruisait nécessairement le concept de souveraineté. Le souverain devait être autorisé à violer la constitution au nom du bien public<sup>24</sup>. La doctrine absolutiste radicale de la période suivante reprit cette idée, bien qu'elle considérât, contre l'avis de Hobbes<sup>25</sup>, que le prince est en quelque sorte moralement obligé de respecter la constitution existante du pays, ou du moins, celle devant laquelle il a prêté serment<sup>26</sup>.

22 Jean Bodin, *Les six livres de la République*, I, chap. 8, n° 82 sq.

23 Notamment Grégoire de Toulouse, Barclay, Arnisaeus, Valentinus Riemer, Schoenborner, Salmasius, Brunne-man.

24 Par exemple chez Grégoire de Toulouse, Barclay, Arnisaeus, Valentinus Riemer, Schoenborner, Salmasius, Brunne-man et Hippolithus a Lapide.

25 Voir aussi Spinoza, *Traité théologico-politique*, chap. 16 et *Traité politique*, chap. 4, § 1-3.

26 Voir Grasswinckel, Salmasius, Horn, Bossuet, Fénelon et Boecler.

Quant à la doctrine absolutiste modérée (qui était dominante en particulier en Allemagne), elle défendait l'État constitutionnel (*Verfassungsstaat*) et soutenait que les « leges fundamentales » sont de véritables limitations juridiques pour la souveraineté. Toutefois, elle chercha de plus en plus à développer le concept de la « potestas legibus soluta » et à lui donner de l'importance. Pour ce faire, elle affirma que les « leges fundamentales » ne sont pas vraiment des lois, qu'elles sont plutôt des contrats dont le caractère obligatoire a sa source dans le droit naturel. Pour elle, loin d'émaner de la « summa potestas », les lois fondamentales en sont le fondement, par conséquent, le souverain a beau être au-dessus d'elles, juridiquement, il est lié par elles au moins « quoad vim directivam », et parfois, selon le contenu du contrat, « quoad vim coactivam<sup>27</sup> ». Grotius lui-même opta pour cette solution. Il enseigna que le souverain est au-dessus de toutes les lois civiles, mais qu'en vertu du droit naturel, il est tenu de respecter les contrats et donc aussi la constitution. Il souligna plus que tous ses prédécesseurs que le souverain n'est au-dessus des lois civiles qu'en tant que souverain – ce qui était un progrès important – et que les actes du souverain en tant que personne privée sont soumis au droit privé ordinaire<sup>28</sup>.

Quand Pufendorf et ses successeurs reprirent la théorie selon laquelle le souverain est au-dessus des lois positives mais non au-dessus des lois constitutionnelles (qu'il doit respecter parce qu'elles sont des contrats), elle devint quasiment indiscutable<sup>29</sup>. Le concept tranchant de souveraineté de cette école fut repris partout. On admit la possibilité de clauses constitutionnelles qui déclaraient la nullité des actes anticonstitutionnels et des prétentions au trône en cas de violation de la constitution. Mais d'autre part, on refusait d'attribuer une « vis coactiva » aux lois fondamentales, au nom du fait que celle-ci est incompatible avec le concept de souveraineté. Lorsqu'on étendit aux pactes constitutionnels la théorie selon laquelle le souverain est autorisé à rompre les pactes « ex causa », que l'on compta la « *salus publica* » parmi ces « *causa* » et que l'on attribua au seul souverain le droit de choisir les moyens permettant de réaliser le bien public, le respect de la constitution dépendit

27 Voir Besold, *De maj.*, s. 1 c. 1 § 5-6.

28 C'est l'idée sous-jacente aux développements de Grotius, *De jure belli ac pacis*, II, chap. 14 § 1-2.

29 Voir en particulier Pufendorf, *Elem.* I def. 12 § 17-18; *De jure naturae et gentium*, VII, chap. 5 § 8 et *De off.* II, chap. 12.

finalement à nouveau de la seule appréciation et de la seule conscience du souverain. C'est pourquoi la théorie générale du droit public put se construire tout entière sur ce terrain-là : ses arguments aidaient les princes à battre en brèche les constitutions allemandes centrées sur les assemblées des états (*die deutsche landständische Verfassungen*). Quant aux défenseurs de l'ordre constitutionnel existant, quand ils ne voulaient pas abandonner complètement le terrain de la doctrine dominante, ils en étaient réduits à critiquer l'extension démesurée du concept de « *salus publica* », ou bien l'idée que la détermination du bien commun est la prérogative exclusive des gouvernants.

Les courants absolutistes des théories politiques du droit naturel avaient ranimé inconditionnellement le principe selon lequel le pouvoir souverain est au-dessus des lois, ce qui avait suscité une vive polémique sur le sens juridique des lois constitutionnelles. Mais il est remarquable qu'à partir du milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, les tendances libérales ont conçu le rapport de l'État et du droit quasiment de la même façon. La discussion portait désormais uniquement sur la nature et sur l'effectivité du droit constitutionnel.

La théorie de la souveraineté populaire abandonna peu à peu le point de vue des monarchomaques qui voulait que le peuple et le monarque soient soumis de la même manière au droit constitutionnel. Alors qu'elle soumettait tous les autres pouvoirs étatiques à la loi, elle éleva la volonté souveraine du peuple au-dessus du droit positif et au-dessus de la constitution elle-même. Elle fut ainsi entraînée vers l'absolutisme. Avec sa radicalité habituelle, Rousseau tira les conséquences ultimes de cette tendance<sup>30</sup>.

La doctrine constitutionnelle (*die konstitutionelle Doktrin*), en revanche, promut avec vigueur l'idée d'un droit constitutionnel (*Verfassungsrecht*) auquel aucune puissance étatique ne peut déroger. En cela, elle se révéla la véritable héritière de l'ancienne théorie de la souveraineté du peuple. Mais elle ne parvint pas non plus à mettre en cause le principe selon lequel le pouvoir suprême est au-dessus des lois. Tout ce qu'elle reprenait et développait de l'idée de l'État de droit constitutionnel (*Rechts- und Verfassungsstaat*), elle le fondait toujours sur un contrat dont le caractère

30 Parmi les théoriciens du droit naturel imprégnés de la pensée de Rousseau, Fichte tente certes de construire une sorte d'État constitutionnel dans lequel le peuple lui-même ne devient souverain que s'il respecte certaines conditions fixées à l'avance, mais matériellement, le peuple est pour lui au-dessus du droit constitutionnel.



obligatoire était fondé sur droit naturel. Ainsi, elle se distinguait de la doctrine de l'absolutisme modéré principalement sur deux points. Premièrement, parce qu'elle attribuait aux lois constitutionnelles une « vis coactiva » qui était également agissante vis-à-vis du souverain, ce qui revenait à admettre un droit à la résistance active pour protéger ces lois dans les cas d'extrême nécessité. Deuxièmement, parce qu'elle développait l'idée d'une constitution tacite (*stillschweigende Verfassung*) déduite du pacte étatique, valant pour tout État et imposant des limites juridiques intangibles à la « majestas », au profit des individus et en toutes circonstances, lois fondamentales tacite (*stillschweigende Grundgesetze*) qui possédaient exactement la même force que les lois écrites. Avant Ulrich Huber et son livre *De jure civitatis* de 1674, personne ne développa cette tendance – qu'on peut qualifier de constitutionnalisme jusnaturaliste (*naturrechtlicher Konstitutionalismus*) – sous ce double aspect. Personne n'alla aussi loin que lui. Or, il ne fait pas de doute que Huber empruntait les grandes lignes de sa théorie politique au système d'Althusius. Huber soutient que, dans tout État, un souverain simple ou composé est le titulaire de la « majestas » ; que celle-ci est une « potestas summa et legibus a se latis non nisi voluntarie obligata » (*De jure civ.*, I, 3, chap. 1, § 24-38 et I, 9, chap. 5). Les pactes fondamentaux sur lesquels repose toute « majestas » imposent à celle-ci des limites juridiques intangibles qui l'obligent en vertu du droit naturel et de la « potestas coactiva ». Les clauses tacites du pacte, en particulier, ont toujours et partout un caractère obligatoire. Même en cas de transfert inconditionnel du pouvoir étatique, elles protègent les droits individuels inaliénables (la personnalité, la propriété, la liberté d'expression, le respect des commandements divins, *De jure civ.*, I, 2, chap. 3-5 et I, 3, chap. 4.). Les dispositions expresses du pacte (*leges fundamentales*) ont le même caractère obligatoire et peuvent réduire encore plus la sphère du pouvoir souverain (I, 3, chap. 4-5). Si le souverain transgresse les limites de sa « majestas », alors son action est sans valeur juridique. Il devient un tyran et la résistance active est permise à son encontre. Du point de vue juridique, il perd son « imperium » et devient passible d'une peine (I, 9, chap. 3-4). Ces principes valent non seulement pour l'aristocratie et pour la monarchie (I, 2, chap. 5), mais aussi pour la démocratie, régime dans laquelle la minorité acquiert une « facultas resistendi » en cas de non-respect de la constitution par la majorité (I, 2, chap. 3, § 27 *sq.* et chap. 4., § 1-25).

Telles sont les pensées, formulées avec une rigueur variable, qui furent ensuite placées au fondement de la construction jusnaturaliste de l'État constitutionnel. Elles se diffusèrent largement à partir de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>31</sup>, en particulier en Allemagne.

Plus on fondait les limitations constitutionnelles du pouvoir de l'État sur le seul droit naturel, moins il semblait utile aux défenseurs de l'idée constitutionnelle (*die konstitutionelle Idee*) de revendiquer l'autonomie du droit positif vis-à-vis de l'État. Ainsi, vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'État avait presque entièrement absorbé le droit positif.

### *Le droit positif en tant que droit subjectif*

Concernant la relation de l'État au droit positif en tant que droit subjectif, les idées évoluèrent en connexion étroite avec la façon dont on concevait la relation de l'État au droit positif en tant que droit objectif.

Le courant qui, depuis le début du XVI<sup>e</sup> siècle, s'opposait à l'idée que le législateur est au-dessus des lois faisait également front contre la doctrine alors dominante qui mettait en cause les droits acquis. On défendit la thèse que le droit acquis en tant que tel ne peut être mis en cause, pas même par l'État ; que ce n'est pas la protection des droits acquis qui requiert une justification spéciale, mais l'intervention de l'État quand il les met en cause, en tant qu'elle est une exception. Notons que le « jus quaesitum » n'avait pas besoin de présenter un acte de naissance jusnaturaliste pour se voir garanti face à l'État. La protection lui était due dès lors qu'il était « bien acquis » d'après les lois existantes. On essaya de limiter autant que possible les exceptions à cette règle. Et quand on admettait que des droits acquis soient enfreints, en général au nom de l'intérêt public, on exigeait toujours le dédommagement entier

31 Chez Locke, le peuple est finalement au-dessus de la constitution. Il n'est lié que par les droits inaliénables de l'individu. Seul le pouvoir législatif est en plus limité par la constitution, de sorte que par exemple, il ne peut agir qu'en respectant certaines formes et qu'il ne peut déléguer sa prérogative (*Deuxième traité du gouvernement civil*, chap. 11, § 136-141). Montesquieu et ses successeurs mettent l'accent sur la séparation et sur la limitation réciproques des différents pouvoirs, sans thématiser en détail la question de la limitation du pouvoir de l'État lui-même. La doctrine jusnaturaliste allemande du XVIII<sup>e</sup> siècle fut d'autant plus attentive à cette question. On fut de plus en plus d'accord pour dire que le pouvoir souverain n'est pas lié par les lois qu'il édicte, mais qu'il est lié par la constitution naturelle et écrite de façon « coactive » (Wolff, Achenwall, Nettelbladt, Schlözer). En revanche, chez Kant, l'idée d'État constitutionnel (*Verfassungsstaat*) prend une forme fuyante à cause du rejet par Kant du droit de résistance.

du porteur (*Träger*) du droit. On contesta particulièrement le principe de la doctrine italienne selon lequel la « plenitudo potestatis » permet l'expropriation sans justification juridique.

Ce mouvement de protection des droits acquis laissa des traces durables. Mais en ce qui concerne les principes, le point de vue qui s'imposa fut différent. Il reprenait pour l'essentiel des thèses déjà énoncées au Moyen Âge. Comme de nombreux juristes reprenaient l'ancienne doctrine italienne quasiment telle quelle, la théorie politique du droit naturel fut conduite à la reprendre et à la développer sur deux points.

En premier lieu, la conception la plus stricte de la souveraineté ravaillait sans cesse l'idée que le mieux établi des droits acquis est sans force vis-à-vis de la « plenitudo potestatis ». Bodin et ses successeurs forgèrent le principe de la toute-puissance formelle du souverain, mais en même temps, ils admettaient tout de même l'existence de droits et de devoirs matériellement parfaits entre le souverain et les sujets, du moins sur le terrain du droit privé<sup>32</sup>. Hobbes et ses partisans élevèrent l'omnipotence formelle de l'État au rang d'une omnipotence matérielle. Ils refusèrent ainsi qu'un droit établi des sujets (*Untertanen*) puisse être invoqué face au prince, et qu'un devoir établi du prince puisse être invoqué par les sujets<sup>33</sup>. Les protestations s'élevèrent de toutes parts contre cette thèse. La théorie de Pufendorf ne s'en trouva que mieux accueillie : elle affirmait que les sujets ont certes des droits véritables face au souverain, mais que ceux-ci sont imparfaits et que le souverain peut certes avoir de véritables obligations vis-à-vis des sujets, mais que celles-ci sont imparfaites<sup>34</sup>. La doctrine constitutionnelle (*die konstitutionelle Doktrin*) fut la première à rétablir la pleine validité juridique des droits des sujets face au souverain. Ce n'est pas son assaut contre le principe de la toute-puissance formelle du pouvoir suprême, mené en vain, qui fut son apport durable. C'est le fait qu'elle ait attribué toutes les prérogatives de la souveraineté (en tant qu'elles prévalent sur le droit subjectif) au seul pouvoir législatif – pouvoir qu'elle distinguait soigneusement des autres fonctions de l'État.

En second lieu, la théorie politique du droit naturel fut amenée à reprendre la distinction entre les droits acquis fondés sur le droit naturel

32 Jean Bodin, *Les six livres de la République*, I, chap. 8 n°99-106 et II chap. 3-4.

33 Thomas Hobbes, *De cive*, chap. 6, 7 et 12 ; *Léviathan*, chap. 18-19.

34 Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, VII, chap. 8-9, VIII chap. 1 et 5, IV, chap. 4 et *De off.* II, chap. 11-12. Voir aussi Bossuet et Fénelon.

et ceux qui étaient seulement fondés sur le droit positif, dans la mesure où elle reprenait l'idée que le souverain est au-dessus de la loi positive. En dépit des protestations de Grotius<sup>35</sup>, la théorie dominante revenait toujours vers la thèse typiquement médiévale selon laquelle les droits acquis fondés sur le droit naturel sont les seuls à être légitimement protégés contre les interventions de l'État, puisque les normes du droit naturel sont les seules à limiter le pouvoir de l'État. On était ainsi amené à justifier la protection des droits acquis par deux grandes catégories : celle de la propriété fondée sur le *jus gentium*, et celle des contrats dont le caractère obligatoire s'enracine dans le droit naturel. Quant aux droits qui ne pouvaient être tirés ni de la propriété établie, ni d'un contrat avec le souverain, on les qualifiait de simples privilèges, et on les abandonnait à ceux qui souhaitaient les abolir plus ou moins arbitrairement<sup>36</sup>. Notons qu'on n'était d'accord ni sur l'extension de ces deux catégories ni sur le degré de protection à accorder aux droits acquis. Premièrement, on avait tendance, en général, à reconnaître comme propriété inviolable tous les droits patrimoniaux, mais seulement les droits patrimoniaux. C'est la raison pour laquelle on avait besoin du concept de « *dominium eminens* », qui était à la mode depuis Grotius : il permettait de donner un fondement juridique non seulement aux expropriations ponctuelles, mais aussi à la refonte complète du système de la propriété par l'État. Car s'il est vrai que le « *dominium eminens* » est par nature « le droit supérieur inhérent à l'idée d'État », pour reprendre l'expression si juste de Lorenz von Stein<sup>37</sup>, sur le terrain du droit réel, il signifie qu'un droit de souveraineté est indispensable pour modifier un ordre de la propriété fondé sur le droit naturel. Il autorise l'État, en vertu du droit naturel, à pénétrer dans cet ordre comme un sujet qui y est partout chez lui<sup>38</sup>. Deuxièmement, on commença à exclure de plus en plus les droits publics de la sphère des droits acquis protégés par le droit de propriété, même si leur forme patrimoniale donna lieu pendant un temps à des incertitudes. En dernier ressort, la question était de savoir si les droits acquis dans le domaine du droit public peuvent être invoqués

35 Grotius, *De jure belli ac pacis*, II, chap. 14, § 7-9.

36 Par exemple chez Bodin, mais aussi Bossuet, Fénelon, Pufendorf et son école.

37 Pour l'histoire de la doctrine du *dominium eminens*, on se reportera à Lorenz von Stein, *Verwaltungslehre*, VII, p. 164 sq.

38 C'est pourquoi le *dominium eminens* qui, pour Grotius, est à peu près l'équivalent du droit d'expropriation, se transforma en un concept toujours plus large chez ses successeurs (Horn, Pufendorf, Conring, Wolff).

face au souverain et si oui, dans quelle mesure. Pour y répondre, il fallait savoir dans quelle mesure on applique à la constitution le principe du caractère obligatoire des contrats et dans quelle mesure on fait découler les droits particuliers de la constitution.

Le puissant mouvement lancé par la doctrine constitutionnelle (*die konstitutionelle Doktrin*) contre l'absolutisme montant cherchait avant tout à mieux protéger les droits subjectifs contre l'arbitraire du pouvoir étatique. Loin de chercher à renforcer les droits acquis reconnus par le droit positif, on cherchait à étendre la sphère des droits garantis par le droit naturel. En effet, depuis qu'on était parvenu à faire admettre la propriété inviolable parmi les droits fondamentaux (*Grundrechte*) de l'individu<sup>39</sup>, et à présenter ces droits fondamentaux comme un droit constitutionnel naturel valable pour tous les États, la tendance dominante consistait à mettre en valeur le « droit inné », dans la théorie comme dans la pratique, et à supprimer, par la révolution ou par la réforme, tous les droits acquis faisant obstacle au système des droits de l'homme.

#### LE DROIT NATUREL EN TANT QUE SOURCE DE L'ÉTAT

En ce qui concerne le rapport de l'État au droit naturel, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, l'idée que le droit naturel est la source, le but et la limitation du pouvoir de l'État devint la clé de voûte de la théorie du droit naturel en pleine expansion.

#### *Le droit naturel en tant que droit objectif*

En tant que droit objectif, le droit naturel apparaissait comme une véritable loi juridique contraignante, comme au Moyen Âge, du moins

39 Chez Bodin déjà, la liberté comme la propriété font partie des droits fondamentaux des individus (*Les six livres de la République*, II, chap. 3-4) : la monarchie reconnaît la « libertas et rerum dominia » des sujets, alors que la tyrannie ne le fait pas. On retrouve la même idée chez les monarchomaques. À l'époque suivante, la polémique contre le *dominium eminens* s'appuya sur l'argument que, contrairement à l'opinion générale, la propriété ne provient pas d'abord d'une communauté de biens originaires qu'on aurait divisée, ou que l'État aurait distribuée, mais elle provient *ex jure divino et naturali* d'un droit spécial acquis avant la formation de la société. Ensuite, la conception de Locke fit époque : selon le philosophe anglais, la propriété est une manifestation de la personnalité qui apparaît avant l'État et qui relève du droit naturel. L'individu ne la confie à la société que pour qu'elle la protège. Cette conception s'imposa non seulement en Angleterre, mais aussi dans la doctrine continentale. Voir Bossuet, Fénelon, Voltaire, Montesquieu, Sieyès, Kant.

à ceux qui s'interrogeaient sur son essence et sur la source de sa normativité. On voyait en lui la source juridique de tout pouvoir étatique : on pensait qu'il a précédé l'État, que l'État est né selon un processus juridique, conformément aux lois naturelles. De plus, on considérait que le but principal de l'État – la réalisation du droit – provient du droit naturel. Le droit civil paraissait constitué des normes intangibles du droit rationnel, évidentes en elles-mêmes, et des commandements divins révélés. Sa tâche était d'appliquer les normes juridiques à l'état civil et à ses conditions changeantes, alors que les principes supérieurs du droit naturel, immuables pour Dieu lui-même et *a fortiori* pour toutes les puissances terrestres, passaient pour être valables toujours et partout dans l'État<sup>40</sup>. Enfin, on tirait du *jus divinum*, du *jus naturale* et du *jus gentium* des règles dont on pensait qu'elles limitaient effectivement le pouvoir de l'État. En effet, même pour l'interprétation la plus radicale du concept de souveraineté, la « potestas legibus solutus » ne concernait que le droit positif<sup>41</sup>. Contre les courants qui cherchaient à limiter formellement la souveraineté, l'idée s'imposa progressivement que le droit naturel lui-même ne possède qu'une « vis directiva » en dernier ressort, et non une « vis coactiva » vis-à-vis de la toute-puissance formelle du souverain. On se représentait toutefois ce qui limite le pouvoir suprême comme une véritable obligation juridique. Les limites juridiques étaient rarement transformées en simples postulats éthiques.

Cette conception jusnaturaliste trouva une dangereuse rivale dans la doctrine politique de la raison d'État (*ragione di stato, ratio status*) venue d'Italie. La théorie de Machiavel n'admettait aucun autre précepte supérieur au souverain que celui qui obligeait à servir l'intérêt de l'État. Mais elle était rarement acceptée sans restriction. En effet, la plupart des auteurs politiques qui recouraient au principe de la *ratio status* faisaient une entorse à ce principe au profit du droit divin et du droit naturel, qui restaient inviolables à leurs yeux<sup>42</sup>. Mais il est vrai

40 Voir Soto, Vásquez, Grégoire de Valence, Molina, Suárez.

41 On se contentera de mentionner que d'une part les tenants de la théorie de la souveraineté du peuple soumettaient tous le peuple souverain au *jus divinum, naturale et gentium*, d'autre part que Bodin (*Les six livres de la République*, I, chap. 8, II, chap. 4) et tous ceux qui adhéraient au principe de la *potestas legibus soluta* du souverain affirmaient explicitement que la souveraineté est soumise à ces mêmes limites juridiques.

42 C'était le cas en Allemagne de Besold (*De maj.*, S. 1 c. 7 § 5-7), de Hippolithus a Lapide et de Conring.

que plus la raison d'État arrivait au premier plan, plus les obligations imposées à l'État par le droit naturel faiblissaient. C'est pourquoi les partisans du droit mettaient tout le monde en garde contre la doctrine des étatistes (« statistae »).

Mais il s'agissait d'un danger qui assaillait de l'extérieur une théorie du droit naturel fermée sur elle-même. Hobbes fut le premier à tenter de détruire le droit naturel sur son propre terrain et avec ses propres armes. Il réduisit le droit pré-étatique de l'état de nature à un « jus inutile », qui en réalité ne contient même pas le germe d'un droit. Il laissa complètement dépérir, dans l'État, tout le droit que l'État n'avait pas engendré lui-même. Le droit devait naître de son seul commandement et de sa seule contrainte. Il rejeta absolument l'idée que le pouvoir de l'État puisse être soumis à une obligation juridique au motif que c'est l'État qui décide souverainement de ce qui est juste et injuste.

En libérant ainsi l'État de la tutelle de tout droit antérieur ou supérieur, on permit à l'absolutisme d'atteindre son but ultime. À partir de là, toutes les théories absolutistes conservèrent cette idée. La théorie selon laquelle le droit naturel impose des limites juridiques au souverain réapparut souvent, par exemple chez Spinoza et plus tard chez Rousseau. Mais elle n'était que nominale. Les dites « limites juridiques » désignaient en fait les bornes naturelles de toute puissance matérielle, les postulats mis en œuvre dans le calcul de l'intérêt propre ou les effets nécessaires d'une organisation viable du pouvoir politique<sup>43</sup>.

Pufendorf et son école s'opposèrent à cette tendance ; ils soulignèrent le caractère juridique du droit naturel. Au cours d'une vive polémique, ils réaffirmèrent les anciens principes contre Hobbes, notamment l'idée que le droit naturel a une validité avant l'État, qu'il donne au droit civil ses principes directeurs et qu'il oblige le souverain. Mais Pufendorf modifia aussi l'ancienne doctrine sous l'influence des idées de Hobbes. Il affirma en effet que le droit naturel est un droit imparfait, qu'il a besoin de la

43 Spinoza souligne lui-même qu'à la différence de Hobbes, il conçoit un droit naturel qui continue d'exister au sein de l'État et pour l'État. Mais son droit naturel n'est pas du droit, il n'est que l'autolimitation rationnelle de la puissance. Voir *Traité théologico-politique*, chap. 16, 17 et 20 ; *Traité politique*, chap. 3, § 4-7 et 9, chap. 4 § 1 et 4, chap. 5 § 1-7. De même, chez Rousseau, les limites de la souveraineté ne sont pas de véritables limites juridiques (*Du Contrat social*, II, chap. 4). Dans la même perspective, la doctrine des physiocrates français et de leurs disciples allemands limite la souveraineté par « les évidences » du droit naturel, mais ces dernières ne sont pas de véritables principes juridiques.

sanction du souverain pour valoir au sein de l'État, et que l'obligation qu'a le souverain de respecter les normes du droit naturel n'est qu'une « *obligatio imperfecta*<sup>44</sup> ». Thomasius, J. H. Boehmer et d'autres représentants de cette tendance procédèrent d'une manière similaire, même s'ils insistèrent plus que Pufendorf sur le fait que le droit naturel est du droit, et même si, dans la foulée, ils furent les premiers à tenter de distinguer clairement le droit naturel, la morale et la politique<sup>45</sup>. Dans le même temps, l'idée d'État de droit se trouva affaiblie par l'importance nouvelle accordée au principe « *salus publica suprema lex esto* ». On avait beau considérer ce principe comme l'une des normes suprêmes du droit naturel, en réalité, on le traitait à la fois comme une limite et comme un instrument de l'absolutisme, et on lui donnait le pouvoir de refouler progressivement l'idée de justice au profit du principe de l'efficacité de l'action dans la sphère des idées du droit naturel<sup>46</sup>.

De nombreuses voix s'élevèrent pour protester contre l'allègement des chaînes que le droit naturel impose à l'État. Ces voix étaient loin d'être toutes d'accord sur la source du caractère obligatoire du droit naturel. Pour certains auteurs, il venait plus ou moins directement de la volonté divine. D'autres plaçaient la justice immanente à l'essence de Dieu au-dessus de tout le reste. D'autres, enfin, défendirent l'idée qui finalement allait vaincre : l'idée d'un droit rationnel absolu qui oblige tous les être rationnels. Quoi qu'il en soit, tous en concluaient que la validité du droit naturel au sein de l'État, vis-à-vis de l'État, et à l'état de nature est indépendante de la volonté du souverain<sup>47</sup>.

À vrai dire cette position était compatible avec l'affirmation de la toute-puissance formelle du pouvoir de l'État et avec l'idée que ce dernier est supérieur, en dernier ressort, au droit naturel lui-même. Mais lorsque le droit naturel s'allia avec la doctrine constitutionnelle (*die konstitutionnelle Doktrin*), il ne cessa de revendiquer la force de contraindre le souverain lui-même<sup>48</sup>.

44 Pufendorf, *Elem.* I, def. 12 § 6 ; *De jure naturae et gentium*, VII, chap. 8-9 ; VIII, chap. 1 ; *De off.* II, chap. 9 et 12.

45 C'est Thomasius qui effectua cette séparation (*Fundamenta juris naturae et gentium*, I). De plus, il distingua plus clairement que quiconque le droit naturel objectif et le droit naturel subjectif (ainsi que le droit objectif et le droit subjectif en général).

46 Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, VII, chap. 9 ; VIII chap. 1 ; *De off.* II, chap. 11. Voir aussi Arnisaeus et Besold.

47 Voir la critique de Hobbes par Cumberland (1693), la critique de Pufendorf et Thomasius par Alberti (1678). Voir aussi Wolff et son école.

48 Voir Huber, Locke, Wolff, Nettelblatt, Achenwall, Daries, Scheidemantel et Schlözer.



En même temps, une tendance apparut qui affirmait la toute-puissance du droit naturel, d'un double point de vue. Premièrement, on élaborait un droit rationnel abstrait, un système juridique régulant l'ensemble des rapports des êtres vivants, qui n'accordait un pouvoir de décision au droit positif que sur les questions secondaires, et qui, sur toutes les questions importantes, émettait des normes valables pour tous, que l'État était chargé de faire respecter impérativement. Deuxièmement, on élaborait la théorie selon laquelle la vocation de l'État n'est pas de favoriser le bien-être ni la culture, mais simplement de réaliser l'idée de droit. Cette théorie ralentissait le déclin du droit qu'entraînait le principe « *salus publica suprema lex* », mais en même temps, elle abandonnait complètement le concept d'État qui avait été conquis après tant d'efforts<sup>49</sup>.

En fin de compte, la théorie du droit naturel revenait par là à un concept d'« État de droit » (*Rechtsstaat*) qui correspondait au stade embryonnaire et peu développé de l'ancienne vie politique germanique. Si un tel « État de droit » avait pu voir le jour, le prix à payer aurait nécessairement été la non-liberté absolue et l'impuissance du pouvoir de l'État.

C'est justement avec Kant que le système du droit naturel commença à périlcliter, au moment où le philosophe subordonnait entièrement l'État au droit rationnel et limitait comme jamais le but de l'État à la réalisation du droit. En effet, d'une part, Kant rend sa liberté à l'État quand il supprime complètement la division ancestrale entre droit naturel et droit positif et quand il ne reconnaît qu'un seul droit : par son contenu celui-ci est certes un droit rationnel donné *a priori*, immuable pour l'État, mais sa validité réelle vient de son effectuation par l'État ; c'est donc finalement comme droit positif provenant d'une législation libre qu'il voit le jour. D'autre part, il rétablit la puissance souveraine de l'État quand il pose qu'aucune garantie extérieure ne peut empêcher les abus de pouvoir de l'État et quand il dissout l'obligation juridique qui s'impose à l'État en une injonction à agir de façon raisonnable.

---

49 La théorie qui affirme que le but de l'État est de faire respecter le droit fut développée en ce sens strict par Locke, par Wilhelm von Humboldt et par Kant. Dans la pratique, elle demeurerait souvent compatible avec le système de l'État-providence et de l'État-tutelle.

*Le droit naturel en tant que droit subjectif*

Pour ce qui touche au rapport entre l'État et le droit naturel en tant que droit subjectif, un regard en arrière sur ce que nous avons dit du système des droits de l'homme montre que la façon dont on le concevait était étroitement liée à la façon dont on concevait les normes du droit naturel (leur signification et leur puissance)<sup>50</sup>. Jusqu'au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, les droits subjectifs issus du droit naturel avaient été reconnus comme de vrais droits, même si la théorie de la souveraineté de l'époque leur avait enlevé leur aspect contraignant. Ils furent annihilés par Hobbes et ses disciples. Ils furent rétablis comme « droits imparfaits » par Pufendorf et son école. Le courant constitutionnel (*die konstitutionelle Richtung*) leur redonna un caractère obligatoire. Avec Kant, ils prirent part à la transformation du droit naturel en un droit rationnel qui coïncide avec le droit positif. Parallèlement, les droits naturels et inaliénables de l'individu ne cessèrent de poursuivre leur irrésistible ascension. D'une part, tous les titres du droit positif s'effondraient face à ces derniers, d'autre part la fonction de l'État se réduisait à celle d'une compagnie d'assurance pour les personnes et les biens. Au fur et à mesure, le centre de gravité de l'édifice du droit naturel se déplaçait du droit objectif vers le droit subjectif.

L'ÉTAT AU-DESSUS DU DROIT

Que se passe-t-il, du point de vue juridique, quand l'État dépasse les limites du droit ? Les conceptions divergent à ce sujet. Elles tournent autour de deux grands principes opposés : d'après le premier, lorsque le souverain agit hors de la sphère de compétence qui est la sienne, il ne peut plus être considéré comme souverain ; le second principe exige au contraire que l'on admette inconditionnellement la toute-puissance formelle du souverain.

La théorie politique du droit naturel n'était d'accord que sur un point : seul le gouvernement dont l'existence repose sur une base juridique a le droit de gouverner. La théorie dominante suivait le principe de légitimité dans sa forme la plus stricte. Elle considérait comme nulles et sans validité les actions gouvernementales d'un monarque dont le pouvoir passait pour usurpé tant qu'il n'était pas légitimé et elle accordait

50 Les monarchomaques exposent la doctrine du « tyrannus quoad titulum » de la même manière qu'Althusius. Voir Junius Brutus, Boucher, Mariana, Hoenonius.

à l'individu le droit et le devoir de lui désobéir. Elle autorisait même l'homme privé à attaquer et à tuer le « tyrannus absque titulo », qui était proscrit comme un ennemi public. Sur ce point, les partisans de la souveraineté du peuple et les partisans de la souveraineté du prince étaient d'accord. C'est sur la question de la légitimation du pouvoir politique que les avis divergeaient : pour les uns, la seule force capable de légitimer un nouveau pouvoir était le consentement (expresse ou tacite) du peuple, qui pouvait modifier la constitution, pour les autres il fallait que l'ancien prince légitime abdique, expressément ou tacitement<sup>51</sup>. Avec Grotius, une position contraire émergea peu à peu. Elle attribuait un sens juridique plus ou moins grand à la possession comme telle. Transplantant une idée au départ purement politique sur le terrain du droit naturel, elle énonçait que la pleine possession de la souveraineté donne immédiatement des droits de souveraineté<sup>52</sup>.

À partir du moment où l'on parlait du principe que le souverain n'a plus à être considéré comme un souverain en dehors de la sphère de compétence que lui attribue l'ordre juridique, il était facile d'identifier le souverain légitime qui sort de cette sphère à un usurpateur. Car, dans ce cas, le titre lui manque. Au XVI<sup>e</sup> siècle et au début du XVII<sup>e</sup> siècle, cette conception devint importante chez les auteurs qui, par ailleurs, plaidaient pour la souveraineté du monarque. On était d'avis que tout acte de souveraineté qui outrepassa les limites juridiques est nul, même s'il se déguise sous une forme légale, et qu'il revient au juge de déclarer cette nullité. Traduire en justice le souverain devenu un tyran après une grave violation du droit, le contraindre à respecter les normes et le destituer, tout cela semblait compatible avec l'essence de la souveraineté. Pour les institutions et même pour les sujets (*Untertanen*)

51 Au départ, on se satisfaisait du principe selon lequel le « consensus populi » légitime le pouvoir. Plus tard, les défenseurs de la souveraineté populaire insistèrent sur le fait que le consentement doit être vraiment libre. Voir Locke (*Deuxième traité du gouvernement civil*, chap. 16 § 175-196) et Sidney. À l'inverse, les partisans de la souveraineté du prince affirmèrent ce qu'on dénomma plus tard le « principe de légitimité », à savoir l'idée que l'assentiment du peuple ne doit jamais porter préjudice au monarque légitime. Voir par exemple Kestner ; H. Cocceji, *De regimine usurpatoris rege ejecto*, Francfort, 1705 ; Schmier ; Nettelbladt ; Achenwall. Hobbes, Conring et Boehmer leur opposèrent l'idée que le peuple n'a plus aucune obligation vis-à-vis du prince légitime quand celui-ci n'est plus capable de les protéger.

52 Voir notamment Francisco de Vitoria, *Relecciones*, III, n° 23 ; Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, I, chap. 4, § 15 et Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, VIII, chap. 12, § 2-4.

individuels, le devoir d'obéissance devint conditionnel : il dépendait de la légitimité des actes du souverain<sup>53</sup>. Quant à la question de savoir s'il existe un droit de résister par les armes au souverain légitime qui prend des mesures illégitimes, elle resta controversée après les fameuses hésitations de Luther et des autres réformateurs. Un tel « jus resistendi » fut néanmoins approuvé dans une large mesure par des théologiens et des juristes, qui, par ailleurs, n'avaient pas du tout tendance à remettre en cause le principe de l'autorité du pouvoir (*das obrigkeitliche Princip*).

À l'inverse, le principe de la toute-puissance formelle du souverain impliquait que l'obéissance est due à tous les commandements du pouvoir suprême, même à ceux qui sont matériellement injustes. Il impliquait en outre qu'il ne peut pas y avoir de juridiction au-dessus du souverain ; que tous les sujets doivent une obéissance absolue à l'État, et qu'aucun droit de résistance active ne résulte de la violence d'un tyran. Qu'il faille obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes, ce fut le seul principe que la doctrine absolutiste maintint fermement. Comme au Moyen Âge, celle-ci enseignait que chacun a le droit et le devoir d'opposer la résistance passive du martyr à un commandement qui va contre sa conscience.

Les monarchomaques placèrent la question du droit de résistance au cœur de leur système. Mais comme ils avaient remplacé la souveraineté du monarque par la souveraineté du peuple, cette question devint celle des conséquences juridiques que pouvait avoir la violation des lois par le gouvernement. Car tous les droits que les monarchomaques accordaient au peuple contre le tyran étaient pour eux la conséquence, et non une limitation, du principe de la souveraineté. Pour ce qui touchait aux droits des sujets en tant que tels, en ces temps d'agitation politique, les conceptions révolutionnaires ne manquèrent pas. Certaines allaient jusqu'à accorder un droit général d'insurrection à tous les individus menacés pour leurs opinions, certains jusqu'à justifier le tyrannicide. Mais la doctrine systématique des monarchomaques (qu'on trouve dans sa forme achevée chez Althusius) soulignait plutôt la toute-puissance formelle de l'État vis-à-vis des sujets individuels. Elle enseignait que l'homme privé ne jouit d'aucun droit de résistance active vis-à-vis du peuple souverain ou du prince légitime qui exerce cette souveraineté. En cela, elle ne modifiait les principes de

53 C'est le cas chez Luther et les autres représentants de la Réforme, même s'ils n'admettent que la résistance passive. C'est aussi le cas chez les jusnaturalistes de toutes tendances et chez d'autres juristes comme Suárez ou Molina.

l'adversaire que sur un point : lorsqu'elle accordait à l'individu, même à l'encontre de l'État, un droit de légitime défense fondé sur le droit naturel dans les cas où certains de ses biens irremplaçables seraient menacés<sup>54</sup>. Mais certains monarchomaques défendaient des idées originales, quand par exemple ils accordaient aux « magistratus inferiores » le droit et le devoir de résister par les armes aux mesures tyranniques du « summus magistratus », non seulement lorsqu'ils siègent dans l'assemblée populaire, mais aussi à chacun d'entre eux quand il est dans son district. Ou quand ils accordaient aux villes et aux provinces menacées de tyrannie le droit de résister à l'État et même le droit de faire sécession. Mais comme ces principes étaient déduits d'une part de la fonction des éphores – fonction constitutionnelle (*verfassungsmässig*) définie par le peuple souverain –, d'autre part du principe fédéral (*foederalistisch*), principe également constitutionnel (*Verfassungsprinzip*), tout se passait comme si, au lieu de proclamer un droit révolutionnaire, on proclamait plutôt un droit constitutionnel formel, universel et contraignant, conformément à la pensée d'Althusius.

Comme les monarchomaques, les partisans de la double souveraineté accordaient à la collectivité et à ses représentants un droit plus ou moins grand de résister au prince légitime qui devient tyrannique selon qu'ils plaçaient la souveraineté du peuple au-dessus de celle du prince ou l'inverse. Ils lui accordaient aussi ainsi un droit de le traduire en justice, de le déposer et de le punir<sup>55</sup>. C'est par ce biais précis qu'ils ouvrirent la voie à une application étendue du principe de souveraineté : ce principe, qui ne laisse à l'individu qui n'est pas appelé à prendre part à l'exercice de la souveraineté collective que le droit de résistance passive et de légitime défense, fut appliqué aux sujets (*Untertanen*) eux-mêmes<sup>56</sup>.

Les champions de la souveraineté exclusive du prince attribuèrent parfois eux-mêmes au peuple un droit plus ou moins étendu d'annuler et de combattre les actes illégitimes du souverain et de déposer le tyran, dès lors que ces droits étaient explicitement inscrits dans la constitution. Ils n'avaient pas besoin, pour cela, de concéder aux sujets un droit de résistance en bonne et due forme, que ces derniers auraient pu invoquer face à l'État. Parmi ces auteurs, nombreux étaient ceux qui continuaient

54 Pour les monarchomaques réformés, la théorie de Calvin selon laquelle l'individu ne jouit d'aucun droit de résistance, même contre les tyrans, faisait autorité dans l'ensemble. Voir Junius Brutus, Althusius, *supra*, p. 125, Hoenonius, Alsted.

55 Voir Vásquez, Covarruvias, Bellarmin, Soto, Molina et Suárez.

56 Voir Vásquez, Molina et Suárez.

à penser que le souverain peut être attaqué et chassé en cas de tyrannie extrême, en vertu du droit naturel, même quand la constitution ne le précise pas. Grotius par exemple affirmait la toute-puissance formelle de l'État et il n'admettait un droit de résistance que si ce droit était reconnu dans le pacte de domination par une clause spéciale, au profit du peuple (en tant qu'il est le souverain originaire). Toutefois, dans les cas les plus graves de tyrannie, il admettait un droit de révolution.

Au sein de la doctrine absolutiste, à partir du milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, le principe de la toute-puissance du prince fut porté à son comble. En réalité, Hobbes fut le seul à vouloir réfuter l'idée qu'il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes, et que, par conséquent, tout sujet a le droit et le devoir de désobéir à un commandement fautif<sup>57</sup>. Néanmoins la doctrine qui devint dominante fut celle qui posait qu'il faut obéir inconditionnellement au souverain, que tout ordre du prince matériellement illégitime oblige formellement les sujets et qu'aucun droit de résistance n'est pensable à l'encontre de l'État<sup>58</sup>. Pufendorf et les jusnaturalistes de son école furent de ceux qui la défendaient énergiquement, même s'ils insistaient beaucoup par ailleurs sur l'existence de normes matérielles limitant le pouvoir de l'État et sur les droits fondamentaux indestructibles des individus<sup>59</sup>.

Quant à la théorie de la souveraineté du peuple, plus elle plaçait la volonté du peuple au-dessus du droit constitutionnel existant, et plus, d'autre part, sa conception du peuple était individualiste, plus la place qu'elle accordait au droit formel de révolution dans son système était grande. Jusque là, le droit d'insurrection avait toujours été conçu comme un droit d'exception et un droit de résister spontanément aux abus de pouvoirs, nécessité par le manque de moyens juridiques permettant de répondre aux abus. Mais on vit de plus en plus en lui la marque d'un droit suprême de souveraineté, l'expression même de la souveraineté du peuple, laquelle n'est liée par aucune norme juridique et qui peut ignorer les pouvoirs constitués comme bon lui semble<sup>60</sup>.

57 Hobbes, *De cive*, chap. 6, § 13-16, chap. 12, § 1-4. Mais dans le *Léviathan* (chap. 21), Hobbes reconnaît à l'individu un droit de légitime défense, car, explique-t-il, il est impossible de l'interdire, même quand la légitime défense s'oriente contre le souverain.

58 Voir Grasswinckel, Salmasius, Spinoza, Filmer, Alberti, Bossuet et Fénelon.

59 Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, VII, chap. 8, VIII chap. 1 ; *De off.* II, chap. 9, § 4 ; Thomasius, *Inst. j. d.*, III, chap. 6, § 119-120.

60 C'est déjà le cas chez Milton. D'une façon similaire, Sidney déclare qu'il n'est pas obligatoire d'obéir aux lois injustes du souverain (*Discours sur le gouvernement*, III, p. 11 et 20) ; il autorise la résistance active à l'encontre des mesures tyranniques (*ibid.*, p. 4

Ainsi, on confia de plus en plus à la théorie constitutionnelle (*die konstitutionnelle Theorie*) et à elle seule la tâche de mettre en valeur le principe de protection juridique qu'implique l'idée d'État de droit.

Pour accomplir cette tâche, la doctrine constitutionnelle (*die konstitutionnelle Doktrin*) commença par réaffirmer le caractère obligatoire et contraignant de toutes les limites juridiques auxquelles elle soumettait l'État. Elle revint par là au principe selon lequel les actes du souverain sont nuls quand ils enfreignent le droit. Elle déclara que les lois qui outrepassent la sphère de compétence matérielle du pouvoir législatif sont frappées de nullité<sup>61</sup>. Et surtout, elle renouvela la théorie de l'obéissance conditionnelle et du droit à la résistance active. Elle y mit tant d'énergie que cette théorie fit partie du système constitutionnel jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle. On considérait que lorsque le souverain empiète sur les droits fondamentaux du peuple ou des individus, que ceux-ci soient donnés par la nature ou garantis par la constitution, alors le contrat social est rompu, on retourne à l'état de nature et chacun retrouve son droit à l'autodéfense armée auquel il avait renoncé au sein de l'État. Cette idée n'était pas toujours exposée avec la même rigueur que Huber, qui allait jusqu'à déduire un « jus resistendi » de la minorité vis-à-vis de la majorité en démocratie<sup>62</sup>, ou que Locke, qui envisageait qu'on puisse prendre les armes en invoquant le ciel en dernier ressort<sup>63</sup>. Mais on retrouvait là le même principe qu'au fondement des déductions de la théorie allemande du droit naturel : le droit de résistance n'était reconnu qu'avec de nombreuses réserves, il n'était accordé qu'au peuple pris comme un tout ou à la majorité, et seulement dans les situations

---

et sq.), et il ajoute que « the general revolt of a nation cannot be called a rebellion ». À vrai dire, Rousseau va encore plus loin (*Du Contrat social*, III, chap. 10) : dans les cas où le gouvernement s'arroge la prérogative du souverain (ce qui arrivait fréquemment à l'époque), il autorise « tous les citoyens rentrés de droit dans leur liberté naturelle » à résister par la violence à cet état de fait. Quant à Fichte, il ne reconnaît certes qu'au peuple dans son entier le droit de faire la révolution, mais il affirme aussi que les individus qui s'insurgent ne peuvent commettre d'injustice, dès lors que leur action devient collective.

61 Locke caractérise explicitement les droits naturels inviolables de l'individu (la vie, la liberté et la propriété) comme des limites formelles qui s'imposent au pouvoir législatif lui-même, bien que celui-ci provienne du peuple (*Deuxième traité du gouvernement civil*, chap. 9 § 131, chap. 11, § 134 sq.).

62 Huber, *De jure imperii sine vi a populo sui juris constituti*, I, 3, chap. 4 § 7 ; I, 9, chap. 3.

63 Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, chap. 18 § 199-210, chap. 19, § 243. Pour Hume, tout dépend du degré de l'urgence (*Traité de la nature humaine*, II, 7).

de nécessité extrême<sup>64</sup>. Kant fut le seul à rompre radicalement avec l'idée qu'un droit de révolution ancré dans la constitution est possible dans certains cas. Il chercha plutôt à combiner l'idée d'un État de droit constitutionnel avec l'idée de la toute-puissance formelle de l'État<sup>65</sup>.

Et pour cause : en fin de compte, tout appel à la résistance et à la révolte n'est pas une conséquence de l'idée d'État de droit, mais sa négation, car l'État de droit suppose nécessairement la toute-puissance formelle d'une instance étatique suprême, quelle qu'elle soit<sup>66</sup>. Dans le domaine de la protection juridique, la contribution durable de la doctrine constitutionnelle (*die konstitutionnelle Doktrin*) qui se fondait sur le droit naturel ne vient pas de ses tentatives de construire une protection juridique contre l'État ou hors de l'État. Elle réside dans le postulat qu'il est possible d'organiser la protection juridique dans et par l'État, postulat qui prit un aspect plus incisif et plus radical que jamais avec la théorie de la division des pouvoirs. À cet égard, toute la doctrine ultérieure fut marquée par ces grandes idées (dont les contours devinrent de plus en plus clairs), que le primat de l'État sur le droit ne peut se manifester qu'à travers les facteurs et les formes de la législation ; que l'administration est soumise à la loi ; que le pouvoir judiciaire, en tant que pouvoir spécifique, requiert une organisation indépendante et une procédure réglée par ses normes propres<sup>67</sup>. Toutefois ces principes abstraits du droit naturel n'étaient pas suffisants pour construire l'État de droit réel. Ils furent cependant l'étoile polaire qui servit de point de repère dans le processus de construction et de consolidation des fondements

64 Par exemple, chez Wolff, *Polit.* § 433 sq. ; *Jus nat.*, VIII, § 1041 sq. ; *Inst.* § 1079 sq.

65 Kant refuse tout acte de résistance à l'encontre du pouvoir établi de la part de l'individu ou du peuple. Il refuse toute possibilité de traduire ce pouvoir en justice et de le punir pénalement, tout soulèvement et toute violence révolutionnaire engagée au nom de la lutte contre la tyrannie. Il ne permet qu'une résistance « négative », non une résistance active. Il n'admet aucune exception à cette règle, même en vertu d'un prétendu état d'urgence, car « le prétendu droit d'enfreindre le droit en cas de nécessité est absurde ». Il admet que le peuple a « certains droits inaliénables vis-à-vis du chef de l'État », mais une garantie extérieure de ces droits est impensable : « la liberté de plume est l'unique palladium des droits du peuples ». Voir Kant, *Théorie et pratique* et *Métaphysique des mœurs, Doctrine du droit*.

66 Quand des lois peuvent être déclarées formellement nulles, parce qu'elles ne sont pas conformes à la constitution matériellement, comme c'est le cas aux États-Unis, alors il y a une instance qui est formellement omnipotente, à savoir le pouvoir constituant.

67 Sur le développement de l'idée de « pouvoir judiciaire », voir Montesquieu, *De l'esprit des lois*, VI, chap. 5-6 ; XI, chap. 6 ; XII, chap. 22 ; Hume, *Traité de la nature humaine*, II, 3 ; Kant, *Doctrine du droit*.



historiques de l'État de droit. Ils permirent non seulement de repousser définitivement les attaques que les droits privés (et les tribunaux qui les protégeaient) lancèrent contre l'État, mais aussi de développer, sous forme moderne, pour le droit public, les germes de protection juridique qui étaient immanents au concept germanique d'État, et qui n'avaient jamais complètement disparu.

### AU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE

Concernant le rapport de l'État et du droit, les idées du droit naturel avaient atteint leur point culminant dans les dernières décennies du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ensuite commença le déclin et l'effondrement de l'édifice théorique du droit naturel. La description de ce processus tombe hors du cadre de la présente étude.

La théorie du droit naturel fut supplantée en Allemagne par les conceptions de l'École historique du droit. Celle-ci dépassa définitivement l'ancienne division du droit en droit naturel et en droit positif. Conçu désormais comme la manifestation vitale, unitaire et positive d'une conscience commune organique, le droit n'était plus simplement le prolongement de l'une ou de l'autre partie de l'ancienne opposition : il les unissait en une synthèse plus haute. Dans la conception historico-organique du droit, les éléments déterminant le rapport de l'État au droit provenaient à la fois du droit positif et du droit naturel de l'ancienne doctrine. Au lieu de situer le droit avant l'État et au-dessus de lui, ou d'en faire un produit de l'État inférieur à lui, on affirma que le droit et l'État sont nés en même temps, qu'ils existent l'un par l'autre, qu'ils sont liés l'un à l'autre.

L'élaboration philosophique de cette idée demeura inachevée jusqu'à aujourd'hui. De tous côtés, les défauts de l'École historique ont été mis en lumière ; les fondements de sa conception du droit ont été mis en question. En ce qui concerne le rapport de l'État et du droit, deux tendances opposées se sont dégagées du chaos des idées modernes pour s'opposer à la conception historico-organique du droit. D'un côté, les idées du droit naturel abstrait ont réoccupé un moment le devant de la

scène et elles ont menacé l'idée d'État. D'un autre côté, une tendance gagne du terrain actuellement en Allemagne : elle part de l'ancienne conception du droit positif, elle la prive de son complément – le droit naturel – et elle menace le concept de droit à la racine. Dans cette nouvelle perspective, l'idée de droit se dissout dans l'idée d'utilité du point de vue de son contenu, et, du point de vue de ses effets, elle se dissout dans l'idée de pouvoir. Si cette tendance triomphe, on dira que le seul mérite de l'École historique est d'avoir nié le droit naturel. On dira aussi que les idées du droit naturel n'ont été qu'un vain jeu de l'imagination humaine, qu'elles se sont développées pour rien durant plusieurs siècles.

Si au contraire un droit continue d'exister à l'avenir – qui n'ait pas du droit que le nom, éclatant et ancien, mais qui soit lié à une idée d'humanité bien précise, idée unique et précieuse – une autre perspective historique s'ouvre alors. En effet, le droit naturel a considérablement enrichi l'idée de droit. Loin d'avoir abandonné cet apport, la conception historique l'a généralisé. Il ne pourra plus se perdre, quelle que soit la manière dont la conception du droit évolue et se perfectionne à l'avenir. L'idée de justice revendiquera toujours cette indépendance pour laquelle le droit naturel s'est battu, contre les idées d'utilité sociale et de puissance collective, même si le droit est entièrement conçu comme droit positif.

À partir du moment où en théorie le droit naturel et le droit positif coïncident, on ne peut plus penser que l'État et le droit sont en conflit, comme le pensait l'ancienne doctrine. Les idées nées dans des lieux différents peuvent maintenant se rejoindre et se fondre les unes aux autres. Nous ne nous demandons plus si l'État est apparu avant le droit, ou si le droit est apparu avant l'État : pour nous, les deux sont co-originaux. Les deux ont leur racine dans l'humanité. S'ils se développent, c'est qu'ils sont les puissances en perpétuelle interaction de cette vie collective qui est indissociable du concept d'homme. Pour nous, l'État (ou tout autre pouvoir collectif organisé) n'est pas seulement un produit du droit. Mais même le pouvoir le plus grand ne peut devenir ferme et stable que si le droit lui appose son cachet. Inversement, le droit ne peut devenir stable et ferme que par le pouvoir, même si l'État ne peut être considéré comme le créateur du droit (pas plus que tout autre pouvoir humain). Puisque le droit est par définition un ensemble de normes extérieures à une volonté libre, il ne peut pas être lui-même volonté : quand la volonté est source de normes pour la volonté, c'est toujours nécessairement au

concept de pouvoir qu'on a affaire ! S'il existe une norme extérieure qui oblige non seulement telle ou telle volonté particulière, mais aussi la volonté en elle-même, elle ne peut prendre naissance que dans une force spirituelle indépendante de la volonté. Cette force est la raison. Ainsi, le droit n'est pas la volonté collective que quelque chose soit, mais la conviction collective que quelque chose est. Le droit est la conviction d'une communauté qu'elle est elle-même la source de normes pour la volonté, et donc d'obligations contraignantes qui limitent la liberté de l'extérieur, peu importe que cette conviction se manifeste directement dans l'usage ou qu'elle soit déclarée par un organe spécialisé. Dans une large mesure, l'État, en tant que législateur, est le porteur (*Träger*) de la conscience juridique, qu'il confirme, mais il est aussi ce qui complète le processus de formation du droit par le commandement et la contrainte. Quand la volonté collective ordonne que le droit soit suivi, le droit n'est pas créé, il est simplement consolidé. Le pouvoir suprême est certes le seul à pouvoir donner corps à la contrainte inflexible qu'implique l'idée de droit. Mais le droit n'en reste pas moins du droit quand la contrainte est absente, quand elle est imparfaite, ou quand elle n'est pas mise en œuvre, parce qu'un pouvoir compétent fait défaut : il suffit qu'existe la conviction commune que la contrainte serait juste si elle était possible, ou si une instance compétente était présente pour l'imposer. De même, l'État ne nous apparaît plus comme une institution qui n'existe que pour le droit : de toutes les tâches qui sont les siennes, celle de réaliser le droit nous apparaît comme sa tâche propre et principale uniquement parce que cette tâche ne peut être accomplie que par le plus grand des pouvoirs. Quant au droit, il nous semble fait pour servir les buts de l'État, mais il a aussi d'autres fonctions. Si nous plaçons l'État dans le droit (et non au-dessus et en dehors de lui), de sorte que sa liberté soit limitée par l'ordre juridique, et si nous plaçons aussi le droit dans l'État (et non au-dessus et en dehors de lui), de sorte que la toute-puissance formelle du pouvoir souverain ait elle-même une valeur juridique, la possibilité d'une contradiction entre droit matériel et droit formel n'est pas supprimée pour autant. Mais qui nie la possibilité d'une telle contradiction nie l'idée même de droit.

Désirer l'unité du droit et du pouvoir est une tendance profonde de la nature spirituelle de l'homme. Leur séparation est toujours ressentie comme anormale. Ce sentiment est le signe qu'il existe bien du droit dénué

de pouvoir et du pouvoir dénué de droit. Mais ce sentiment est aussi la source de la force bénéfique et réparatrice qui cherche à rétablir l'unité du droit et du pouvoir à chaque fois qu'elle est compromise. En effet, la conscience humaine ne peut supporter longtemps leur séparation. C'est pourquoi le droit qui ne parvient pas à s'imposer disparaît finalement de la conscience collective et cesse d'être du droit. Quant au pouvoir dénué de droit, quand il parvient à s'affirmer, la conscience commune finit par l'assimiler à un pouvoir légitime. Ainsi, il devient du droit.