



HAL
open science

Les droits contre la loi ? : une perspective sur l'histoire du libéralisme

Lucien Jaume

► **To cite this version:**

Lucien Jaume. Les droits contre la loi ? : une perspective sur l'histoire du libéralisme. Vingtième siècle. Revue d'histoire, Presses de Sciences Po, 2005, pp.21 - 29. hal-03458884

HAL Id: hal-03458884

<https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-03458884>

Submitted on 30 Nov 2021

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

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

LES DROITS CONTRE LA LOI ? UNE PERSPECTIVE SUR L'HISTOIRE DU LIBÉRALISME

Lucien Jaume

« Si les hommes n'apprennent dans l'obéissance que l'art d'obéir et non pas celui d'être libre, je ne sais quel privilège ils auront sur les animaux, sinon que le berger serait pris parmi eux. »

Tocqueville, manuscrit de *De la démocratie en Amérique*.

A priori, nul conflit n'oppose ce qui relève des droits accordés à l'individu du domaine de la loi – une loi qui tend précisément à les garantir. La question, pourtant, se présente sous un jour plus complexe, quand on compare la situation qui prévaut aux États-Unis (où un juge, pour garantir le droit des individus, peut invalider la loi) et les règles longtemps suivies en France (où le contrôle de constitutionnalité ne s'exerce qu'*ex ante*). La réflexion que menèrent philosophes et penseurs, entre le 17^e et le 19^e siècles, permet de mieux prendre la mesure d'un débat, complexe assurément, mais qui éclaire d'un jour nouveau la genèse du libéralisme politique.

L'opinion commune ne prête généralement pas attention, à l'intérieur de ce qu'on appelle « le droit », aux différences entre le domaine de la loi et le domaine des droits (individuels) ; on sait que l'on peut « faire valoir ses droits » (par exemple en justice), mais on ne voit pas une différence de nature, encore moins un conflit, entre ce qui relève des droits, du côté de l'individu, et ce qui relève de la loi, du côté du législateur, d'autant plus que la loi peut accorder de nouveaux droits. Cependant, bien des éléments éveillent maintenant l'attention du citoyen : l'existence aux États-Unis d'une protection des droits

par le pouvoir judiciaire, éventuellement contre une loi votée par le Congrès ; l'activité du Conseil constitutionnel en France, qui censure les projets de loi émanés du Parlement lorsqu'ils portent atteinte au « bloc de constitutionnalité » et dès lors que le Conseil a été saisi par l'une des autorités compétentes (parlementaires ou pouvoir exécutif).

En fait, la différence entre la loi et les droits est une clé importante pour comprendre l'histoire du libéralisme politique et le tournant majeur qu'il a connu dans un pays comme le nôtre, attaché à l'image de la loi, de l'État et de l'intérêt général que ce dernier devait promouvoir. À son début, la Révolution française a pratiqué un véritable culte de la loi. Aujourd'hui, cette « nomophilie » peut paraître à nos contemporains quelque peu étrange, pour ne pas dire ridicule. Il n'est pas dans l'esprit de notre temps de glorifier les lois, l'opinion générale étant que, si elles sont indispensables pour établir une règle commune, elles sont cependant l'œuvre de majorités politiques qui, alternativement, y cherchent leur intérêt propre. Au relativisme à la mode (la loi est ce que veut la majorité) s'ajoute le caractère pléthorique de l'activité législative : qui peut soutenir, devant les dizaines de milliers de textes reçus du passé et qui nous régissent, que « nul n'est

censé ignorer la loi » ? Enfin, le caractère touffu, indigeste, et, généralement, obscur de la prose parlementaire actuelle dissuade les bonnes volontés. Le citoyen de Condorcet qui devait être juge, dans chaque projet de loi, du respect de ses droits naturels¹, paraît relégué au musée des Belles Utopies.

La différence entre le domaine de la loi et celui des droits est pourtant une réalité qui ne cesse de travailler nos sociétés européennes et chemine au profit d'un véritable pouvoir judiciaire, qui nous rapproche apparemment du modèle américain (cependant régi par la *common law*), et qui aura inévitablement des effets sur l'organisation de l'Europe². Il est d'autant plus intéressant d'observer en quoi cette différence est une clé de l'histoire du libéralisme politique. Cette histoire peut aussi bien s'analyser sur le plan des idées politiques, des controverses juridiques et institutionnelles, que dans une perspective philosophique. Nous adopterons ici ce dernier point de vue, tout en simplifiant beaucoup les questions³. On peut dire en effet que le premier libéralisme (correspondant en gros à la période 17^e-18^e siècle) a été un « libéralisme par la loi », en ce qu'il ne dissocie pas le problème de la liberté de celui de la loi, à travers le « gouvernement des lois » substitué au « gouvernement des hommes ». Se dessine une courbe d'évolution depuis Bayle (du côté protestant) et Fénelon (du côté catholique) jusqu'à Kant, en passant par les pensées majeures de Locke et de Montesquieu. Le second libéralisme est un libéralisme par les droits, entendus au sens des droits de l'Homme et se déploie véritablement au 19^e et au 20^e siècle. La Révolution française qui « déclare » les droits

de l'Homme (avec ceux du citoyen) ne tranche pas clairement ce point, mais nous verrons que, en fait, le texte énonçant les Droits donne la priorité à la Loi. D'ailleurs, Sieyès, en l'an III, fera une tentative significative de « tribunal des droits de l'Homme », qui connut un échec complet⁴.

○ LE LIBÉRALISME PAR LA LOI, CRITIQUE DE LA SOUVERAINETÉ ABSOLUTISTE

Qu'est-ce donc que le libéralisme par la loi ? Fondamentalement, il s'agit d'un mouvement d'émancipation de l'individu et de la société vis-à-vis des souverainetés existantes, celle de l'Église, celle des monarchies absolues – au point d'ailleurs de contester la notion même de souveraineté. Cette émancipation doit s'accomplir grâce au pouvoir de la loi, pouvoir estimé comme fécond vis-à-vis d'une nature humaine raisonnable, c'est-à-dire susceptible de reconnaître et d'exprimer l'appel de la raison. La loi est un discours de la raison qui s'adresse à la raison de ceux qui y sont assujettis : elle suscite en eux le sentiment de l'obligation. Comme l'écrira ensuite Sieyès en 1789 : « Celui-là seul fait la loi, qui crée dans ceux qu'elle frappe, l'obligation morale de s'y soumettre. [...] Elle n'est que la volonté manifestée de celui qui a droit d'obliger⁵. » La loi est donc légitime parce que quelqu'un a le « droit d'obliger » (il faudra revenir sur ce point : à quelles conditions ?), la loi est efficace parce qu'elle crée le sentiment intérieur de devoir répondre à sa prescription, qui est aussi un appel de raison ; la loi est impersonnelle car, dans cet appel, personne ne commande à la société si ce n'est la raison. Par différence avec la souveraineté monarchique (de type monarchie absolue), le

1. Parmi nos études sur Condorcet, cf. notamment « Condorcet, des progrès de la raison aux progrès de la société », in S. Bernstein et O. Rudelle (dir.), *Le modèle républicain*, Paris, PUF, 1992, p. 229-241.

2. Ne serait-ce que du fait de l'existence de la Cour européenne des droits de l'Homme, à laquelle peut s'adresser tout citoyen de l'espace européen.

3. Pour plus de développements, cf. notre livre *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000.

4. Pour une réinterprétation récente, cf. L. Jaume, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire », *Historia constitucional*, 3, juin 2002, <http://hc.rediris.es>. Également paru dans *Droits*, 36, 2002, p. 115-134.

5. Sieyès, *Vue sur les moyens d'exécution dont les représentants en France pourront disposer en 1789*, in éd. par M. Dorigny, *Cœuvres de Sieyès*, Paris, EDHIS, t. 1, p. 12 de la brochure.

« règne des lois » doit effacer la présence d'une volonté particulière, et souvent qualifiée d'arbitraire : l'*arbitrium*, c'est la volonté, le choix et, dira-t-on, le caprice monarchique et l'intérêt particulier.

Si la loi est un discours de la raison qui s'adresse à la raison des gouvernés, pour les inciter à agir (en obéissant), elle ne peut pas être arbitraire. Depuis Aristote et Platon, d'ailleurs, l'éloge des lois est toujours mis en opposition avec la relation individualisée ou personnalisée, le pouvoir de l'Homme sur l'Homme. Cette tradition revit dans le célèbre arrêt, en 1803, de la Cour suprême américaine, *Marbury vs Madison*, qui favorisera ensuite l'essor du contrôle de la constitutionnalité des lois : « On répète à l'envi, écrit le juge Marshall, que le gouvernement des États-Unis est un gouvernement de lois, et non d'hommes. Il ne serait certainement plus digne de cette haute appellation si ses lois ne prévoyaient pas des voies de recours en cas de violation des droits acquis¹. » La Révolution française et la révolution américaine, qui vont prendre des voies fort différentes en matière constitutionnelle (fédéralisme, pouvoir judiciaire, *common law*, système présidentiel, etc.) ont pour commune référence le « gouvernement des lois ».

La tâche historique du libéralisme, en philosophie, a consisté à concevoir un mode de production de la loi qui échapperait au modèle de la souveraineté spirituelle (Église) et temporelle (monarchie absolue). Entre ces deux souverainetés, il existait d'ailleurs une forte relation de ressemblance, puisque les monarchies absolues ont tenté de reprendre à l'Église la notion de plénitude de puissance (*plenitudo potestatis*) revendiquée par les papes, y compris à l'égard des conciles ; et, si la souveraineté du monarque absolu se définit comme un droit de commander sans

réplique, contrepartie et contrôle², on peut également dire du Souverain qu'il était celui qui avait le monopole du discours de l'intérêt général. « En vertu de notre certaine science, etc. » : les édits royaux expriment la conviction que seul le roi en son conseil peut embrasser la diversité et l'unité des intérêts du royaume. Souveraineté spirituelle et souveraineté temporelle ont donc nombre de ressemblances, et impliquent non pas l'obligation raisonnée envers le commandement émis, mais l'obéissance pure et simple. Bossuet écrit, dans l'un des chapitres majeurs de sa *Politique*, que la véritable monarchie, c'est-à-dire à la française, montre la présence du divin sur le front des rois : « La majesté est l'image de la grandeur de Dieu dans le prince³. » Certes, ce n'est qu'une « image », mais si l'Église a à connaître des faiblesses du souverain (confession, direction de conscience), le peuple ne doit rien en savoir. L'image doit donc être toute-puissante, c'est-à-dire obéie sans murmures : Louis XIV ne pouvait trouver mieux que le symbole du soleil et la devise *Nec pluribus impar*⁴.

Le libéralisme politique devait donc chercher un mode de commandement différent de celui où le pouvoir individualisé sait pour la société ce qui est bon pour elle, et, en cela, il devait instruire le procès non

2. En France, le droit de remontrance des Parlements, qui devenait un moyen de contrôler les édits royaux, a fait l'objet de longues luttes. Louis XIV s'empressa, en accédant au pouvoir, de mettre en sommeil cette attribution des « cours souveraines », auxquelles, d'ailleurs, il retire ce titre. Tout le problème de « l'opinion publique » en France découle d'un double refus : envers le droit de remontrance parlementaire (rétabli cependant après Louis XIV) et envers la possibilité d'assemblées représentatives du type parlementaire anglais ; cf. notre étude, « L'opinion publique selon Necker, entre concept et idée-force », in J. Fernandez Sebastian et J. Chassin (dir.), *L'avènement de l'opinion publique*, Paris, L'Harmattan, 2004.

3. Bossuet, éd. par Jacques Le Brun, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Genève, Droz, 1967, p. 177. Il faut lire tout ce développement intitulé « Ce que c'est que la majesté ». Nous l'avons commenté dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 178-185.

4. Elle semble signifier que le roi pourrait aussi faire face à la conduite d'autres royaumes semblables à celui de France : c'est ce que prétend l'*opus* de 1679, *La devise du roi justifiée*. Cf. la bonne mise au point dans F. Bluche (dir.), *Dictionnaire du Grand siècle*, Paris, Fayard, 1990, p. 1084.

1. Citation et traduction par Elizabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, PUF, p. 108. Cf. toute l'analyse de cet auteur, spécialiste du droit américain, *ibid.*, p. 105-125, ainsi que son recueil commenté : *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000.

seulement des souverainetés absolues mais de la souveraineté elle-même, puisque, nous venons de le voir, l'idée de souveraineté véhiculait celle de science, de savoir que le pouvoir aurait sur la société. Il devait donc séparer l'idée des lois de celle de la puissance souveraine. Comme va l'écrire Montesquieu, la loi « n'est pas un pur acte de puissance¹ ». Comment redéfinir alors la loi civile ? C'est l'idée d'obligation qui permet cette définition : la bonne loi, véritablement conforme à l'essence de la loi, est celle dans laquelle la conscience des individus se retrouve et se reconnaît parce qu'elle est l'émanation d'une raison commune.

Pendant, pour arriver à cette vision (qui culmine chez Kant), il a fallu d'abord passer par l'émancipation religieuse de la conscience. L'importance de la Réforme en général, et de Bayle en particulier, semble avoir été décisive. À la contrainte exercée de l'extérieur par l'Église, Bayle substitue un examen intérieur, subjectif, par lequel nous observons si ce qui est prescrit est conforme à notre « sentiment ». Comme l'écrit Élisabeth Labrousse, de l'orthodoxie, il fait appel à une « orthopraxie² ». D'ailleurs, la religion n'est pas une relation à Dieu médiatisée par l'institution ecclésiastique : « La nature de la religion est d'être une certaine persuasion de l'âme par rapport à Dieu³. » Enfin, il existe un grand principe, qui n'indique peut-être pas ce qu'il est bon de faire en société, mais qui prévient à tout le moins contre les fautes graves : « Tout ce qui est fait contre le *dictamen* de la conscience est un péché⁴. » Cela est vrai en matière civile (bien que

Bayle, pour des raisons de sécurité, se déclare pour l'absolutisme), mais cela est vrai aussi dans le domaine de la foi. Si l'on adopte un dogme qui contredit la « lumière naturelle » donnée par Dieu, si l'on pratique une conduite sans aimer ce que l'on fait (par exemple la pratique de l'aumône), alors cela est mauvais, bien que, pourtant, la parole ou l'action du chrétien soit extérieurement conforme à l'orthodoxie.

Il ne faut pas dire que c'est toute l'essence du protestantisme, puisque Jurieu, par exemple, combat les thèses de Bayle avec une violence saisissante, mais, pour l'historien des idées, il y a là, incontestablement, un moment intellectuel – en rapport avec le cartésianisme –, qui est aussitôt riche de suggestions. Lorsque Benjamin Constant, formé lui aussi à cette culture, explique qu'une loi n'est telle que soumise à l'examen individuel, dans son contenu et dans sa source, il tire les conséquences de l'autonomie du jugement voulue par Pierre Bayle. En 1817, Constant écrira : « Toute loi qui ordonne la délation, la dénonciation n'est pas une loi. Toute loi portant atteinte à ce penchant qui commande à l'homme de donner un refuge à qui lui demande asile n'est pas une loi⁵. »

L'autonomie de la conscience comme source du jugement critique étant puissamment dégagée par Pierre Bayle, la relation d'obligation entre la conscience et la loi est l'affaire de Locke et de Montesquieu. Il est plus facile d'étudier Montesquieu en premier lieu, car la postérité ambiguë de Locke fait que son message, à la fois rationaliste et hédoniste, normatif et pluraliste, le rend beaucoup plus efficace pour la suite de l'histoire libérale : le libéralisme par les droits peut s'autoriser davantage de

1. *De l'esprit des lois*, XIX, 14. Portalis reprendra la formule dans sa présentation du Code civil.

2. Parmi les belles études d'Élisabeth Labrousse, cf. notamment son *Pierre Bayle. Hétérodoxie et rigorisme*, 1964, rééd., Paris, Albin Michel, 1996.

3. P. Bayle, *De la tolérance. Commentaire philosophique sur les paroles de Jésus-Christ « Contrains-les d'entrer »*, 1686 ; éd. par J.-M. Gros, Paris, Presses Pocket, 1992, p. 100. Cf. aussi le passage reproduit par P. Manent, dans *Les libéraux*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1986, t. 1, p. 117 (réédition Gallimard, coll. « Tel », 2001, même page).

4. *Ibid.*, p. 127.

5. B. Constant, « De l'obéissance à la loi ». Le texte a été plusieurs fois rédigé avec diverses variantes, selon une habitude de Constant. Cf. notre analyse « Droit, État et obligation selon Benjamin Constant », *Commentaire*, 87, automne 1999, p. 711-715. Nous citons d'après l'édition suivante : B. Constant, éd. par E. Harpaz, *Recueil d'articles. Le Mercure, la Minerve, la Renommée*, Genève, Droz, 1972, t. 1, p. 325.

Locke que de Montesquieu, même s'il s'agit là d'un contresens.

On constate que, chaque fois que l'auteur de *L'esprit des lois* examine ce qu'est la liberté civile, il part du sentiment vécu par le citoyen : elle est « cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté ». La formule est répétée plusieurs fois¹ et indique au lecteur attentif qu'il s'agit là d'un cas très particulier (celui du gouvernement qui a la liberté pour « objet ») mais pourtant primordial. Le modèle anglais, étudié en deux passages bien distincts de l'ouvrage (XI, 6 et XIX, 27), n'est qu'une figure, une illustration concrète de ce cas particulier, dont il faut penser la valeur de généralité si l'on aime la liberté. Or, penser la généralité, c'est remonter à l'obligation qui est constitutive des lois de liberté : le passage essentiel est donné dans le chapitre 3 du livre XI, intitulé « Ce que c'est que la liberté ».

La liberté politique consiste-t-elle à « faire ce que l'on veut » ? Nullement. « Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir ». Chaque mot devrait être commenté, on s'arrêtera au remarquable face à face entre le « pouvoir faire » et le « devoir vouloir », d'où il ressort que la liberté est, en même temps, une capacité de faire et une obligation de vouloir. La capacité est fondée en nature, car Montesquieu croit à la loi naturelle², mais elle s'appuie également sur la constitution politique qui favorise l'aptitude humaine à entendre la raison : lorsqu'il y a des lois véritables – fondées notamment sur la séparation des pouvoirs, un « système de modération » -, le citoyen veut ce qu'il doit. Sa liberté n'est pas contredite, mais décuplée au contraire, par le sentiment de l'obligation. Corrélativement, elle est protégée par les limites de la loi et les

limites tracées par la loi : la liberté est donc également de « n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir ». C'est la suite du texte cité, qui rend claire le fait que, si la loi crée l'obligation, elle engendre en même temps la sécurité juridique (comme disent les juristes) vis-à-vis du pouvoir, ainsi que, pour la conscience des citoyens, « l'opinion de sa sûreté ».

Peut-être voudrait-on être libre sans les lois, jouir de droits mais sans règle commune ? Pour Montesquieu, cela est absurde, car un droit individuel ne peut naître qu'à l'abri des bonnes lois ; il est important de poser et garantir des règles législatives, car « si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir ». On ne doit donc pas confondre « indépendance » et « liberté », écrit Montesquieu : Rousseau partira de cette idée. Montesquieu précise encore : « La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent. » Comme on le sait, la Déclaration des droits de l'Homme ne s'en tiendra pas là : elle pose explicitement des droits naturels antérieurs au droit positif, et donc à la loi. La conception de Montesquieu, en vue d'un régime libre c'est-à-dire modéré, a pu paraître insuffisante car trop exigeante. On va voir que la Déclaration est plus complexe qu'il n'y paraît, à ce point de vue.

Avec Montesquieu, le modèle de la souveraineté, puissance dotée de l'unicité, de l'infailibilité et d'une force irrésistible a été profondément ébranlé. Si « la liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté³ », ce n'est pas d'une puissance despotique qu'il faut l'attendre, mais de la combinaison entre les pouvoirs, de bonnes lois civiles et criminelles, et du jugement des citoyens. Car Montesquieu ne manque jamais, quand il parle de l'Angleterre, de signaler l'importance de l'opinion : « Dans une nation libre, il est très souvent indifférent que les parti-

1. Notamment : XI, 6 et XII, 2.

2. C'est un problème d'interprétation, sur lequel on ne peut s'arrêter ici. Le livre de Montesquieu est codé et volontairement plurivoque : comme il l'a écrit lui-même, il ne s'agit pas de faire lire mais de faire penser.

3. Livre XI, chap. 2 : « De la liberté du citoyen ».

culiers raisonnent bien ou mal ; il suffit qu'ils raisonnent : de là sort la liberté qui garantit des effets de ces mêmes raisonnements¹. » Autrement dit, les théories de la souveraineté envisagent la politique du point de vue du pouvoir, les conceptions libérales se mettent du point de vue des gouvernés.

Montesquieu a certainement beaucoup appris de Locke, qui expose également (mais avec des différences importantes) le principe de séparation des pouvoirs, et qui, surtout, établit avec force la connexion nécessaire entre loi et liberté pour que l'on puisse même parler de liberté : « Là où il n'est pas de loi, il n'est pas de liberté » écrit-il dans le *Second traité du gouvernement*². Locke expose en quoi l'Homme porte en lui une prédisposition à la loi, qui est, avant tout, la *natural law*, la loi que Dieu a imposée à l'homme et que ce dernier doit interpréter par la raison. La loi naturelle intime de conserver sa vie, de travailler à la conservation de toute la communauté humaine, de développer par le travail et l'appropriation des choses de la nature les facultés humaines. Cette loi naturelle servira de norme comparative pour toute loi civile, dont l'individu sera juge en dernière instance : la conformité de la loi civile et de la loi naturelle est la condition du fameux « consentement » (*consent*), clef d'une politique où le débouché révolutionnaire reste toujours possible, présent à l'horizon de la vie politique. Locke place le levain subversif dans les bases de l'ordre constitutionnel.

C'est aussi dans le raffinement des motifs de l'obligation que Locke montre la riche complexité de sa théorie : la loi naturelle est à la fois un ordre que Dieu nous donne et une promesse de satisfaction et de récompense (dans la vie future). Or, ex-

1. *Ibid.*, livre XIX, chap. 27 (p. 650 dans éd. par D. Oster, *Œuvres complètes*, Paris, Le Seuil, 1964).

2. *Second traité du gouvernement*, § 57. La traduction la plus satisfaisante est celle de J.-F. Spitz, Paris, PUF, 1994. Les traducteurs qui confondent (ainsi l'édition Vrin) la *natural law* évoquée par Locke avec le droit naturel, commettent un contresens.

plique Locke, chacun va interpréter la loi naturelle en fonction de ses habitudes, de ses goûts et de l'opinion dominante de son milieu³. D'ailleurs, toute loi étant reçue en fonction des désirs subjectifs de l'être humain, le commandement n'opère que si l'individu y trouve un plaisir présent ou à venir, un mobile plus qu'un motif. En combinant, au cœur de l'obligation, le rationalisme de la loi et le relativisme hédoniste du grand nombre, Locke fonde un pluralisme moral qui nous le rend quasiment contemporain. Par nature, l'homme est un être « capable de lois⁴ », il porte une aptitude à la loi et à l'universel (en commençant par la loi de Dieu), mais cette aptitude affronte la variabilité des sociétés et la diversité des goûts humains. La force du libéralisme de Locke réside dans la remarquable souplesse de sa théorie : il peut fonder à la fois le pouvoir moderne (législatif, exécutif et judiciaire) et la source de sa contestation, la théologie du pouvoir et sa fréquente méconnaissance, la rationalité de la loi et, en même temps, la contrainte où elle se trouve placée de faire droit à la diversité des cas individuels. Non seulement le peuple peut renverser le législatif ou l'exécutif, mais un seul individu peut aussi se mettre en conflit avec le pouvoir politique ; cela relève de sa responsabilité propre : « C'est moi seul qui puis juger de cela en ma propre conscience, puisque j'en répondrai, le jour du jugement, devant le juge suprême de tous les hommes⁵. » Locke

3. Il y a notamment une « loi d'opinion » à travers laquelle sera réfractée, obscurcie, voire niée la loi naturelle : effets de société sur lesquels Locke donne des aperçus pénétrants. Il y a donc trois types de lois chez Locke : naturelle (divine), civile, d'opinion. En réalité, la dernière instance, par laquelle l'éducation et la coutume agissent sur nous, mérite mal le terme de loi : façon pour Locke d'en souligner la puissance et de montrer que s'il y a une théologie chrétienne au fondement de sa politique, rien ne garantit que les hommes écouteront le message de leur Créateur.

4. Voici le passage complet : « *For, in all the states of created beings capable of laws, where there is no law there is no freedom* » (§ 57). Cette capacité à la loi (à la recevoir, mais aussi, chez Locke, à la faire), n'est pas sans rappeler la formule des Pères de l'Église : *homo capax Dei*.

5. *Second traité*, § 21.

a-t-il donc fondé la théorie des droits de l'Homme ? Une rumeur insistante le dit.

○ LE LIBÉRALISME PAR LES DROITS,
ASSOMPTION DU PRINCIPE
DE PARTICULARITÉ

Avec le libéralisme a grandi l'émergence de l'individu comme acteur, titulaire de droits face au pouvoir, et, avant toute chose, qualifié pour juger les actes de ce pouvoir. Peut-il être aussi auteur des lois auxquelles il obéit ? Peut-il l'être, d'ailleurs, s'il élit des représentants chargés de faire les lois à sa place ? Pour que l'émancipation de l'individu et de la société soit plus complète, pour que, éventuellement, des identités différenciées s'expriment (d'abord en matière religieuse), il serait bon de prendre appui sur un terrain extérieur ; entendons, extérieur au Représentant législateur, car celui-ci n'est pas la société elle-même (cf. la critique des représentants chez Rousseau).

Dans cette affirmation de soi de l'individu porteur de droits s'ouvraient deux possibilités : le « terrain extérieur » pouvait être le droit naturel, conçu comme antérieur et supérieur à toute institution politique, ou bien, de façon plus pragmatique, il pouvait être le judiciaire qui reçoit la garde des droits contre le législateur. On pouvait aussi (comme le fera Sieyès en 1795) concevoir une combinaison des deux. La première voie est celle de la Révolution française et est aujourd'hui profondément contestée, la seconde était celle du constitutionnalisme américain.

Si l'on considère la Déclaration de 1789, elle établit dans son article 2 que « le but de toute association politique » consiste bien dans les droits de l'Homme : le politique est ordonné autour de l'individu privé, il a pour fin, comme disait Montesquieu, « l'opinion de sa sûreté ». D'autre part, ces droits sont « naturels et imprescriptibles » (même article) : le législateur ne saurait les inventer, les conférer, mais seulement les promouvoir contre « l'igno-

rance, l'oubli ou le mépris » (préambule du texte). Ces droits par nature sont au nombre de quatre, « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». On peut penser que, du fait que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » (comme dit l'article premier), l'égalité est le droit numéro cinq ou numéro un, droit entendu comme égalité devant la loi, laquelle ne peut être que la même pour tous. Voilà donc un terrain opposable à toutes les entreprises du législateur ou du pouvoir exécutif : on ne peut que « déclarer » des droits déjà existants et déjà évidents (*de-clarare*) par eux-mêmes. Si jamais le législateur faisait de mauvaises lois, blessant les droits naturels de tous et de chacun, s'exercera alors le droit de résistance à l'oppression. Les Constituants ne parlent pas de la « loi naturelle », – l'écho théologique serait trop fort et il faudrait écrire une déclaration des devoirs (comme nombre d'ecclésiastiques le demandent). Ils se bornent au droit naturel, c'est-à-dire à des attributs attachés à l'existence de l'homme même.

Pendant, cette logique simple se complexifie dès l'article 4, car on découvre qu'il n'est aucun des droits individuels qui ne soit limité par la loi, laquelle est « l'expression de la volonté générale » (art. 6), et le produit de la souveraineté de la nation (art. 3), à travers ses représentants. Tous les droits tirent leur limite, mais peut-être aussi leur contenu, des stipulations futures du législateur. Qui garantira les droits contre la menace possible des mauvaises majorités et des mauvaises lois ?

Ne disons pas que les députés de 1789 n'ont pas vu le problème et qu'ils ne le découvrent ensuite qu'à travers l'expérience de la Terreur : des débats menés en Assemblée prouvent le contraire¹. Les Constituants ne veulent pas d'un Gardien des droits, égal ou supérieur à la volonté générale, qui est construite par les délibérations

1. Cf. notre étude : « Garantir les Droits de l'Homme, 1791-1793 », *The Tocqueville Review-La Revue Tocqueville*, vol. XIV, 1, 1993, University of Toronto Press, p. 49-65.

des représentants : l'expérience des Parlements d'Ancien Régime les conduit à penser que rien ne doit arrêter ce nouveau souverain qu'est la nation, qui s'exprime à travers ses représentants lui conférant l'unité.

Mais le droit de résistance, dira-t-on, reste bien un droit naturel, puisqu'il peut faire basculer tout l'édifice, comme chez Locke ? Précisément, cela reste un débat sous la Révolution, et notamment entre Girondins et Montagnards, plus spécialement à travers le projet constitutionnel de Condorcet. Condorcet veut le constitutionnaliser, ses adversaires s'y opposent... d'abord parce que ce sera un levier fort utile pour renverser la représentation girondine (31 mai-2 juin 1793).

On peut donc dire que, dans la Déclaration de 1789, en l'absence d'un juge pouvant être saisi pour entorses à la Constitution et au texte de la Déclaration, le droit naturel n'est pas une arme efficace. Il faudra attendre 1971, en France, et l'acte d'audace du Conseil constitutionnel sur la question de la liberté d'association, pour que la Déclaration, devenue élément du « bloc de constitutionnalité », ait de véritables effets de droit. Il ne s'agit plus, d'ailleurs de droit naturel, idée d'ordre supraconstitutionnel, dont le Conseil craint les dérives¹, mais de techniques d'interprétation.

L'autre voie, plus pragmatique, est celle de l'Amérique : tout juge, à n'importe quel degré de juridiction, peut suspendre l'application de la loi si de fortes raisons paraissent la rendre menaçante pour des droits dont le juge est l'appréciateur. D'ailleurs, la loi, mais la Constitution aussi, ne sont du droit qu'après interprétation et application par le pouvoir judiciaire, sur les

cas concrets, particuliers, que le juge rencontre. Le juge devient lui-même créateur de droit (« *judge-made law* »). On aperçoit la souplesse d'un tel système qui, au lieu de juger du caractère constitutionnel de la loi avant toute application (comme chez nous), tire de l'application et des contentieux que cela engendre une démarche d'appréciation. De plus, le système fédéral – l'une des grandes causes de l'adoption du *judicial review*, de façon à trouver l'unité à travers la diversité –, permet d'étagier les recours, les instances diverses de jugement dans les États, jusqu'au moment où la Cour suprême est obligée de se saisir de l'affaire. Il semble que ce système complexe, fondé sur la méthode du *case law* et du précédent, permet de fonder le droit sur les évolutions de la société ; un groupe ou une minorité peut toujours espérer un revirement de jurisprudence et gagner ainsi dans l'avenir. À chacun de faire valoir ses droits, dans une controverse et un combat sans fin assignables.

Le « terrain extérieur » au tête-à-tête entre la loi et les droits se nomme donc « pouvoir judiciaire ». Pouvoir véritable, très souvent élu (suivant les traditions des États ou les juridictions), donc traversé par des clivages politiques ou moraux et idéologiques, mais professionnalisé, en quelque sorte, dans la défense des citoyens et des groupes en lutte pour leurs droits. Le répondant à cette extériorité c'est aussi la Constitution, dont la suprématie sur les lois est assurée par un travail permanent d'interprétations rivales ; des juristes européens ont donc parlé, dans le cas américain, d'une « société contentieuse ». Si la liberté politique résulte, bien entendu, d'un système agençant les *checks and balances* (freins et contrepoids), d'une liberté de publication et d'expression presque sans limites (pourquoi ne pas brûler le drapeau ?), cependant, la liberté est avant tout dans la capacité de trouver le juge. Tocqueville pensait aux États-Unis lorsque, dans ses conclusions, si critiques pour la France, il notait : « La force des tribunaux a

1. Georges Vedel s'est souvent exprimé sur ce point. Cf. par exemple son article « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, 67, 1993, p. 79-97. Le jusnaturalisme conçu comme « tentation » que doit refuser le juge constitutionnel est critiqué dans l'étude du même auteur : « La Constitution comme garantie des droits. Le droit naturel », in M. Troper et L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, LGDJ, 1994.

été de tout temps la plus grande garantie qui se puisse offrir à l'indépendance individuelle, mais cela est surtout vrai dans les siècles démocratiques. » Or, l'alliance du pouvoir judiciaire et de l'individu n'a jamais été évidente chez nous, au pénal comme au civil, pour ne pas parler des juridictions administratives. Et pourtant, écrit encore Tocqueville, « Il est de l'essence du pouvoir judiciaire de s'occuper d'intérêts particuliers et d'attacher volontiers ses regards sur de petits objets qu'on expose à sa vue¹. » Mais précisément, il s'agit en Amérique d'un pouvoir et non d'une autorité judiciaire, qui n'est pas un prolongement de l'exécutif, et qui s'inscrit dans une tradition où un « intérêt particulier » et un « petit objet » ne sont pas jugés indignes de l'intérêt général.

On comprend finalement qu'un juriste comme Ronald Dworkin considère que « avoir des droits contre l'État » (*government*) est inhérent à une société de libertés constitutionnelles² ; il y a un véritable « droit de désobéir à la loi » dont l'individu est juge, contre les diverses autorités qui se servent de la loi. Cette perspective confère de nouveau à la pensée de Locke, philosophe du 17^e siècle, une modernité surprenante. Le problème du droit, spécialement en France, réside dans la crise de l'universel, engendrée par la revendication de particularités comme autant de droits spécifiques : c'est la contrepartie de cet intérêt pour les « petits objets », dont parlait l'ironie tocquevillienne, et qui, chez les personnes concernées, sont de grands ob-

jets. On peut observer l'importance accrue de la justice, dans un domaine comme les conflits du travail, ou dans le progrès de tel nouveau droit qui est d'abord promu par des mobilisations sociales : c'est le cas du droit au logement.

Surtout, la conception très répandue d'une loi qui ne peut plus être la même pour tous, car elle est appelée à reconnaître des droits différents, va de pair avec la montée des sentiments identitaires : le « droit de » est aussi un droit à telle ou telle identité (religieuse, sexuelle, régionale, linguistique, etc.).

Si donc le nouveau sentiment de la liberté passe par la conquête, au sein de la société, de droits nouveaux, il reste à examiner ce qui nous reste comme droit commun, de façon à satisfaire à la conciliation entre l'universel et le particulier. Notre conception de la République est affectée par cette entrée en force du « droit à la particularité », si l'on peut dire. Une République riche de ses différences et qui cherche les moyens de définir l'intérêt général a donc besoin d'une philosophie de la liberté, d'un libéralisme républicain à la française : la tâche est urgente.

□

Lucien Jaume (lucien.jaume@cevipof.sciences-po.fr), *agrégé de philosophie, docteur d'État en science politique et directeur de recherche au CNRS (CEVIPOF), a enseigné dans le DEA « Pensée politique » de Sciences Po et maintenant dans le master « Histoire et théorie du politique ». Il a publié une centaine de contributions et des ouvrages sur Hobbes, sur le jacobinisme, le libéralisme. Ses recherches actuelles portent sur Tocqueville, ainsi que sur les méthodes d'interprétation des textes de conjoncture politique.*

1. Éd. par F. Furet, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Garnier-Flammarion, Paris, 1981, t. 2, p. 392 (quatrième partie, chap. 8).

2. Cf. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, trad. J.-M. Rossignol et F. Limare, Paris, PUF, 1995. La traduction est souvent à rectifier.