

TORRIONE Henri, *Philosophie des droits de l'homme et républicanisme - Une autre perspective que le libéralisme sur les origines intellectuelles de déclarations de droits*, in : Zufferey Jean-Baptiste / Dubey Jacques / Previtali Adriano (édit.), *L'homme et son droit - Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65e anniversaire*, Fribourg 2011, p. 561-590.

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

308

JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY
JACQUES DUBEY
ADRIANO PREVITALI
(EDITEURS)

L'HOMME ET SON DROIT

Mélanges en l'honneur de Marco Borghi

à l'occasion de son 65^e anniversaire

Faculté de droit de l'Université de Fribourg
2011

Philosophie des droits de l'homme et républicanisme

Une autre perspective que le libéralisme sur les origines intellectuelles des déclarations de droits

HENRI TORRIONE

Table des matières

La question de l'origine intellectuelle des déclarations de droits	561
I. Comment la question de l'origine intellectuelle des déclarations de droits a-t-elle été traitée ?	564
1. Par les auteurs dans la tradition du libéralisme	564
2. Par les auteurs dans la tradition du républicanisme	565
II. Positions philosophiques sur cette question	569
1. Ecole du droit naturel moderne et libéralisme	569
2. Républicanisme	571
3. Appréciation de la valeur de ces deux positions	579
4. Différence entre ces deux positions sur la liberté	580
5. Différence entre ces deux positions sur la légitimité	583
III. Analyse d'aspects relevant de la technique juridique	584
IV. Conclusion	587

La question de l'origine intellectuelle des déclarations de droits

Pour rendre hommage à un professeur de droit particulièrement attentif aux droits de l'homme¹, nous proposons un sujet suggéré par ce qui se déroule sous nos yeux dans plusieurs pays du Moyen-Orient, ces formidables soulèvements populaires contre la tyrannie², dont on se souviendra peut-être comme le développement le plus marquant de l'année 2011³.

¹ Voir par exemple BORGHI MARCO / MEYER-BISCH PATRICE (éd.), *Le « flou crucial » des droits de l'homme*, Fribourg 2001.

² Le Financial Time du 16 juillet 2011 rappelle dans un éditorial qu'en Libye c'est un soulèvement contre « 42 years of personal rule » (p. 6).

³ Voir TAHAR BEN JELLOUM, *L'étincelle. Révoltes dans les pays arabes*, Paris 2011. Le cœur du livre, c'est le récit (pp. 47 à 57) de ce qui a conduit Mohamed Bouazizi, un modeste

Il nous semble que ces révolutions constituent une très bonne raison d'évoquer les enseignements de cette longue tradition de réflexion politique et juridique qui a accompagné la lutte des hommes pour la justice et la liberté politique, contre toutes les formes d'absolutisme, au cours des vingt-cinq derniers siècles, des cités de la Grèce antique jusqu'à la Tunisie et la Libye de nos jours.

Rappelons trois moments où cette réflexion a été particulièrement riche : (1) la Rome républicaine que Cicéron va voir disparaître comme république avec le régime impérial imposé par les successeurs de Jules César⁴ ; (2) un millénaire plus tard, un mouvement contre la féodalité et l'empire dans les cités d'Italie du Nord, qui se constituent les unes après les autres en républiques indépendantes, en commençant par Pise en 1085 (faisant partie de ce mouvement, il y a, sur le versant nord des Alpes, le commencement de la Suisse actuelle, avec le Pacte de 1291 entre les communautés de trois vallées de montagne) ; (3) les révolutions anglaises du 17^{ème} siècle contre l'absolutisme royal, la Révolution américaine un siècle plus tard (1776) et, treize ans après, la Révolution française (1789).

Parmi les nombreux sujets offerts par ce courant de pensée que M. N. S. Sellers décrit à juste titre comme « one of the world's oldest and most persistant legal and political philosophies »⁵, nous retenons la question suivante : peut-on soutenir que les premières déclarations de droits au 18^{ème} siècle ont leur origine intellectuelle dans ce courant de pensée, que l'on désigne aujourd'hui comme le « républicanisme »⁶, plutôt que dans l'Ecole du droit naturel moderne ou dans le libéralisme ? Notre réponse, qui prend le contre-pied de l'opinion courante, sera ferme : les déclarations de droits ont manifestement leur origine intellectuelle dans le républicanisme. Cet article a pour but de l'établir.

Pour que le lecteur puisse se faire rapidement une idée des enseignements complexes et subtils du républicanisme, on propose de les résumer en trois points, qu'on illustre par quelques citations :

- le rejet de l'absolutisme (« the evil to be avoided is tyranny ; that is to say, the *summa imperii*, or unlimited power, solely in the hands of the one, the few, or the many »⁷);

vendeur ambulant de fruits et légumes en butte à la corruption de la police et de la justice en Tunisie, à protester en s'immolant par le feu. C'est l'étincelle qui a allumé la révolution du Jasmin.

⁴ Voir le beau livre de PIERRE GRIMAL, Cicéron, Paris 1986.

⁵ MORTIMER N. S. SELLERS, *Republican Legal Theory. The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*, New York, 2003, p. 5.

⁶ Voir l'ouvrage fondamental de PHILIP PETTIT, *Republicanism. A Theory of freedom and Government*, Oxford 1999.

⁷ JOHN ADAMS, *Defense of the Constitutions of Government of the United States of America against the attack of M. Thurgot in his Letter to Doctor Price*, Londres 1794, Vol. I, p. 99.

- à sa place, le « règne de la loi » (ou le « gouvernement de la loi »), combinée avec l'orientation vers l'utilité commune (on affirme en effet simultanément que « the very definition of a Republic is an Empire of laws, and not of men »⁸, et que « Republican government is no other than the government established and conducted for interest of the public, as well individually as collectively »⁹);
- la loi qui « règne », celle qui gouverne le pays, c'est l'ordre constitutionnel – non pas n'importe lequel, mais celui qui garantit la réalisation de la justice et l'égalité (« le rôle de ce qui gouverne est en effet de garder la justice, et, partant, l'égalité »¹⁰), et, par là, assure l'orientation vers l'utilité commune (sur la « republican identification of justice with the common good », voir des explications sous note 99).

⁸ JOHN ADAMS, *Thoughts on Government*, 1776, in : JACK N. RAKOVE, *Founding America, Documents from the Revolution to the Bill of Rights*, New York 2006, pp. 79-86, p. 80. Les expressions « gouvernement de la loi » et « règne de la loi » sont utilisées dans les traductions françaises d'Aristote, la première expression dans celle de Pierre Pellegrin (ARISTOTE, *Les Politiques*, Livre III, Chapitre XVI, 1287a19, Paris 1993, p. 267), et la seconde dans celle de J. Tricot (ARISTOTE, *La Politique*, Paris 1970, p. 247). Les traductions anglaises utilisent en général une expression tout-à-fait fidèle au texte grec, « rule of law », par exemple celle de Richard Robinson (ARISTOTLE, *Politics*, Book III and IV, 1289a19, Oxford 1995, p. 58). Pour préciser la position que l'on prend sur le sens des termes « républicanisme » et « république », on peut citer la remarque ironique suivante dans la préface de l'édition française du livre de Pettit : « Je crois déjà entendre le lecteur français se récrier [...] : comment peut-on être républicain, sinon dans les termes posés en France par la Révolution ? La chose est possible, peut-être même nécessaire » (PHILIP PETTIT, *Républicanisme: Une théorie de la liberté et du gouvernement*, traduit de l'anglais par Patrick Savidan et Jean-Fabien Spitz, Paris 2004, p. 12). On ne définit donc pas les termes « république » et « monarchie » en opposition l'un à l'autre, comme on le fait en France. On ne vise pas non plus par ces mots quelque chose de proche du parti républicain aux USA, ou dans tout autre pays. Nous aurions pu utiliser à la place de « républicanisme » le mot « constitutionalisme », puisque le « gouvernement de la loi », c'est en réalité la suprématie de la constitution sur tous les pouvoirs constitués (pour les expressions « règne de la loi », « gouvernement de la loi », « prééminence du droit », « Etat de droit » et « rule of law », voir note 55). A noter que les mots « républicanisme » et « constitutionalisme » sont les correspondants abstraits d'un unique mot grec, *politeia*, qu'Aristote utilise dans deux sens, si bien que les traductions transposent le mot grec en français tantôt par « constitution », tantôt par « république », suivant que le texte grec désigne la constitution en général, ou la bonne constitution. Sur le constitutionnalisme, voir ALEXANDER S. ROSENTHAL, *Crown under Law. Richard Hooker, John Locke, and the Ascent of Modern Constitutionalism*, Plymouth 2008 et CHARLES HOWARD MCLLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianapolis 1978.

⁹ THOMAS PAINE, *Rights of Man*, New York 2004, p. 162. Voir notes 101 et 102 ci-dessous.

¹⁰ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, traduit par J. Tricot, Paris 2007, Livre V, Chapitre 10, 1134b2, p. 267 (trad. modifiée). S'agissant de l'identification de la loi à l'ordre constitutionnel, on peut préciser qu'ARISTOTE (note 8), trad. Pierre Pellegrin, p. 267 montre que ce qui est juste dans la cité, c'est que « ce qui gouverne » soit un ordre (par exemple « chacun à tour de rôle » au gouvernement, ou le mécanisme plus complexe développé à Rome à l'époque de la République – la démocratie combinée avec la séparation des pouvoirs et le bicaméralisme). Aristote précise dans ce passage qu'un tel ordre « est déjà une loi, car l'ordre est une loi », et conclut : « donc le gouvernement de la loi est plus souhaitable que celui [des hommes] ». Voir note 23 ci-dessous.

Suivant Philip Pettit, « la tradition républicaine est romaine [...] bien que les écrivains romains qui l'élaborèrent fussent les héritiers d'un ensemble d'idées provenant de la Grèce antique et en particulier de la pensée aristotélicienne [...]. Ces idées romaines connurent un regain de vitalité lors de la Renaissance italienne [...]. L'héritage néoromain républicain fut extraordinairement influent dans l'Angleterre du 17^{ème} siècle [...] tandis que les premiers néoromains anglais étaient antiroyalistes, ceux qui embrassèrent ensuite ces idées fondamentales concevaient qu'un Etat libre puisse être monarchique pour autant que le monarque soit soumis à la loi [...]. Ces idées républicaines eurent un effet détonant dans les colonies américaines de l'Angleterre, les colons en venant à considérer que le pouvoir que le parlement britannique exerçait sur leurs vies était lui-même arbitraire et exempt de tout contrôle. »¹¹. Comme l'indique Sellers, « the most important authors in this tradition include Polybius, Marcus Tullius Cicero, Titus Livius, Niccolò Machiavelli, James Harrington, Algernon Sidney, John Adams, James Madison... »¹². Il faut ajouter, en marge de cette liste, Aristote et Locke¹³, dont les conceptions philosophiques, en particulier en matière de finalité, de droit et de loi, ont joué un rôle fondamental.

I. Comment la question de l'origine intellectuelle des déclarations de droits a-t-elle été traitée ?

1. Par les auteurs dans la tradition du libéralisme

Nous n'avons pas fait une revue complète de toute la littérature relevante, mais il semble que du côté des auteurs dans la mouvance du libéralisme, il y a un désintérêt total face à cette question¹⁴. L'attitude de Ferry et Renaut est exemplaire à cet égard : ils reconnaissent l'existence d'un lien étroit entre

¹¹ PETTIT (note 8), pp. 380-381.

¹² SELLERS (note 5), p. 77.

¹³ On ne peut mentionner Locke comme philosophe ayant inspiré le républicanisme, que si l'on adopte une lecture de Locke qui rejette comme fondamentalement fausse la lecture de conservateurs comme Leo Strauss et son disciple Allan Bloom, qui réduisent Locke à Hobbes ; voir à ce propos ROSENTHAL (note 8), p. xxi-xxiii, qui considère que cette lecture de Locke « is fundamentally flawed ». SKINNER (note 29) estime que Locke « reprend nombre des hypothèses les plus centrales des auteurs jésuites et dominicains », et qu'il « est en accord avec leur analyse du *Jus naturale* » (p. 597). Voir notes 33 et 73 ci-dessous.

¹⁴ A l'exception de PHILIPPE NEMO, *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, Paris 2002, et FRIEDERICH A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, édité par Ronald Hamowy, Chicago 2011, que leur attention aux ordres « spontanés » ou « auto-organisés » amènent à accorder une grande attention au rôle de ce genre d'ordre dans la théorie du républicanisme (essentiellement l'ensemble des mécanismes qui constituent l'ordre constitutionnel). On va ainsi voir HAYEK aller jusqu'à reprocher à des auteurs libéraux de parler de « la fausseté de cette notion rebattue par presque tous les auteurs les plus républicains, que la liberté consiste à n'être soumis qu'aux lois... » (p. 260).

droits de l'homme et critique de l'absolutisme, mais laissent dans l'obscurité totale, comme la plupart des libéraux, l'existence et la nature du courant de pensée qui a assuré cette critique pendant des siècles, se limitant à parler à ce propos de « préhistoire des droits de l'homme, strictement parallèle à celle des critiques de l'absolutisme ... »¹⁵.

C'est d'ailleurs chez eux des raisons de principe qui exigent que le républicanisme reste dans l'ombre d'une simple « préhistoire ». Ces auteurs posent en effet au principe de toute leur démarche cette idée, qu'ils désignent comme la thèse de la « subjectivité juridique », que « hors du contexte – par définition moderne – d'une représentation de l'humanité comme subjectivité, il n'est point de véritable pensée du droit qui puisse opposer aux phénomènes totalitaires les valeurs [...] de l'égalité et de la liberté »¹⁶.

Ce genre de position entraîne des attitudes extrêmes. Par exemple celle d'Olivier Beaud, qui soutient que dire qu'une constitution « est juste », c'est dire qu'elle « est libérale », que « toute véritable constitution [...] pour s'exprimer dans le vocabulaire de la philosophie politique moderne, est libérale »¹⁷, et que « le constitutionnalisme procède manifestement de la philosophie libérale »¹⁸. Il y aurait beaucoup à dire sur la domination idéologique que prétend exercer le libéralisme *politique*¹⁹ – nous ne parlons pas du libéralisme *économique*, ce n'est pas notre sujet – en matière de philosophie politique et de philosophie du droit. Ce projet de domination idéologique a peut-être été jusqu'à la manipulation : certains auteurs ont en effet affirmé que pour mieux asseoir la domination du libéralisme, l'alternative philosophique « viable » que représente le républicanisme, « aurait été délibérément effacée de la mémoire doctrinale vive de la modernité politique, à tout le moins européenne »²⁰, alors même que, comme le dit justement Sellers, « republican principles have formed the central institutions of Western liberal democracy » et « liberalism grew out of republicanism »²¹.

2. Par les auteurs dans la tradition du républicanisme

Du côté des auteurs dans la mouvance du républicanisme, Philip Pettit note sans doute que « l'approche républicaine s'était [...] associée à la pensée des

¹⁵ LUC FERRY / ALAIN RENAUT, Philosophie politique III. Des droits de l'homme à l'idée républicaine, Paris 1996, pp. 130-131.

¹⁶ Ibid., p. 71 et p. 69.

¹⁷ Voir l'article « Constitution et constitutionnalisme », in : PHILIPPE RAYNAUD / STEPHANE RIALS, Dictionnaire de philosophie politique, Paris 1996, p. 117. Voir note 8 ci-dessus.

¹⁸ Ibid. p. 119.

¹⁹ Voir dans ROSENTHAL (note 8), pp. xxiv et xxv, une très bonne définition du libéralisme politique, et la distinction entre libéralisme politique et constitutionnalisme.

²⁰ ALEXANDRE ESCUDIER, Le libéralisme politique et ses critiques : le cas des néo-républicanismes contemporains, in : GILLES KEVORKIAN (éd.), La pensée libérale, histoire et controverses, Paris 2010, pp. 327-342, p. 327 (voir les auteurs cités).

²¹ SELLERS (note 5), p. ix et p. 94.

droits naturels », mais il conçoit cette association comme la présence dans le républicanisme d'un corps étranger, avec, dit-il, un républicanisme qui dans certaines versions ne donne aux droits pas « d'autre signification que rhétorique », alors que d'autres versions constituent un républicanisme qui peut être qualifié de « version déontologique de la pensée républicaine »²², un républicanisme qui verse du côté du déontologisme. Pour comprendre le phénomène que constate Pettit, il est nécessaire à notre avis de concevoir comment approche déontologique et approche téléologique se combinent harmonieusement l'une avec l'autre dans la pensée pratique humaine. Pettit a tendance à opposer les deux approches quand il parle du rapport entre droits de l'homme et républicanisme. On ne peut pas se passer des remarquables analyses de Pettit sur le concept de liberté (le véritable objet de son livre), et nous allons beaucoup les utiliser, mais il faut reconnaître que cet auteur a moins développé l'autre face de la question, en amont de la liberté, soit l'articulation de l'approche déontologique sur l'approche téléologique, l'ordre entre norme et fin, l'ordre entre d'une part la loi, et d'autre part la justice et l'utilité commune. Il s'agit d'une philosophie du droit que le républicanisme a trouvée chez Aristote et Cicéron, et que Locke approfondira au 17^{ème} siècle. Elle va à l'encontre du déontologisme moderne, qui ne cesse d'opposer la loi et le bien, l'approche déontologique et l'approche téléologique²³.

Suivant Sellers, bien que le républicanisme insiste sur la valeur de « common culture », « common endeavour and shared purpose among neigh-

²² PETTIT (note 8), p. 137 et note 4 page 432 ; voir aussi pp. 404 et 405.

²³ Pour saisir simplement l'articulation de la norme sur la fin, il suffit de penser à cette affiche de prévention sur les routes de Suisse romande, qui affirme « une vitesse appropriée et le respect des limitations vous protègent ». On peut aussi renvoyer à Condorcet, qui parlait de ce qui est « stipulé pour la liberté et le bonheur des hommes » (cité dans ROBERT BADINTER / ELISABETH BADINTER, Condorcet 1743-1794, Paris 1990, p. 536). Saint Thomas explique bien le ressort de cette articulation de la norme sur la fin : « La prescription contenue dans la loi, étant obligatoire, vise quelque chose qui doit se produire. Or si quelque chose doit se produire, cela tient à la nécessité qui découle d'une certaine fin. C'est donc évident que la notion même de prescription légale implique un ordre vers la fin, en ce sens qu'est prescrit par la loi ce qui est nécessaire ou utile en vue de la fin » (THOMAS D'AQUIN, Somme théologique, I-II, question 99, art. 1). La fin dont on parle ici, ne l'oublions pas, c'est celle de gens qui se regroupent en une communauté politique, « and take measures as to them may appear necessary to promote their safety and happiness » (Préambule de la Constitution de Pennsylvanie, RAKOVE (note 8), p. 98). C'est l'utilité commune qu'avaient en vue, par exemple, les populations locales des trois vallées à l'origine de la Suisse, quand elles résistèrent à Rodolphe I et en vinrent à s'organiser à travers le Pacte de 1291, formant ainsi une communauté politique (ce n'était pas encore un Etat) pour pourvoir, selon elles, à l'utilité commune (« utilitati publice »), en particulier pour « maintenir dans leur intégrité leurs vies et leurs biens » (voir texte sur le site officiel de la Confédération suisse). Voir notes 49, 68, 69, 73 et 107 ci-dessous. Comme on le verra, les normes qui s'articulent sur des fins peuvent être soit des normes matérielles (les droits de l'homme), soit des normes d'organisation (les normes constitutionnelles relatives à la séparation des pouvoirs, à la démocratie, etc.).

bours »²⁴, « [it] does not deny the existence of universal rights » et il reconnaît que « human rights protect the search for justice »²⁵. Suivant cet auteur, « republicans differ from liberals about rights only in their stronger sense of where rights comes from and how to establish what they are »²⁶.

Skinner souligne l'utilisation du langage des droits de l'homme par certains républicains du 17^{ème} siècle en Angleterre, sans l'expliquer²⁷. Sa contribution d'historien est cependant essentielle pour notre question, avec sa démonstration de ce que Serge Audier appelle « les éléments de continuité depuis l'Antiquité (Aristote, Cicéron) jusqu'à l'époque moderne »²⁸. Skinner montre en effet que les théoriciens de la révolution et de l'opposition à l'absolutisme des débuts de l'Europe moderne, qui étaient presque tous calvinistes, « baignaient presque entièrement dans le langage juridique et moral de leurs adversaires catholiques », un langage scolastique qui transmettait l'essentiel des enseignements républicains de Cicéron et d'Aristote en matière de conception de la finalité, du droit, de la loi et de la liberté²⁹. Il en est résulté une situation que cet auteur illustre de la façon suivante : « le jésuite Mariana, pourrait-on dire, [donne] la main au protestant Buchanan pour formuler une théorie de la souveraineté populaire », et Cromwell justifie l'exécution de Charles 1^{er} en se référant à « la nature du pouvoir royal en accord avec les principes de Mariana et de Buchanan »³⁰.

²⁴ SELLERS (note 5), p. 127. Il convient de relever que l'insistance du Professeur Borghi sur les droits culturels, pierre angulaire de tout l'édifice des droits (BORGI (note 1), p. VII), a incontestablement des accents républicains.

²⁵ Ibid., p. 126 et 127.

²⁶ Ibid., p. 81. S'agissant de la question d'où viennent les droits dans la perspective du républicanisme, l'auteur cite en note, sans développer, un ouvrage de SUSAN FORD WILTSHIRE, *Greece, Rome, and the Bill of Rights*, Oklahoma 1992.

²⁷ QUENTIN SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge 1998, pp. 19-21.

²⁸ SERGE AUDIER, *Les théories de la république*, Paris 2004, p. 4.

²⁹ QUENTIN SKINNER, *Les fondements de la pensée politique moderne*, trad. par J. Grossman, J.-Y. Pouilloux, Paris 2001, p. 14. Voir toute la partie III intitulée « Calvinisme et théorie de la révolution », pp. 615-817, en particulier p. 783 où l'auteur affirme que Bèze, Mornay et les autres dirigeants huguenots « se tournèrent vers la scolastique et les traditions de constitutionalisme radical issues du droit romain ». Skinner note cette reprise d'Aristote chez les calvinistes radicaux des années 1550, chez les huguenots pendant les guerres de religions en France (avec des théoriciens comme Bèze et Mornay), et chez les puritains anglo-saxons qui ont animé les révolutions successives contre la monarchie anglaise au 17^{ème} siècle. Son livre ne couvre pas la Révolution américaine de 1776, mais le phénomène de reprise est évident. ROSENTHAL (note 8) l'étudie chez Locke (voir notes 13, 33 et 73 dans le présent texte).

³⁰ Ibid., p. 816 et p. 817. C'est cette tradition que Hobbes a sous les yeux quand il indique que la lecture d'Aristote et de Cicéron favorise dans l'esprit des sujets « les révoltes et les critiques licencieuses des actions des souverains », remarquant cyniquement, dans son souci de promouvoir l'absolutisme même au détriment de la culture : « en vérité, je pense pouvoir dire que rien n'a jamais été si chèrement acquis dans le monde occidental que l'apprentissage du grec et du latin » (THOMAS HOBBS, *Leviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, trad. par Gérard Mairet, Paris 2000, chap. 21, p. 345).

Les études de Skinner permettent de comprendre que derrière les affirmations suivantes il y a un véritable fil conducteur, et qu'il ne s'agit pas de simples références accidentelles :

- Thomas Jefferson, troisième président des Etats-Unis d'Amérique, déclare dans une lettre de 1825 que « all its authority [il parle de la Déclaration d'indépendance américaine, qu'il a rédigée en 1776, et qui contient une des toutes premières déclarations de droits] rests [...] on the harmonizing sentiments of the day, whether expressed in conversation, in letters, printed essays, or in the elementary books of public right, as Aristotle, Cicéron, Locke, Sidney »³¹ ;
- John Adams, deuxième président des Etats-Unis d'Amérique, déclare que les principes de la révolution « are the principles of Aristotle and Plato, of Livy and Cicero, and Sidney, Harrington and Locke »³² ;
- Locke, quand on lui demande des livres qui donnent « an insight into the constitution of government », indique la *Politique* d'Aristote, à quoi, dit-il, il faut rajouter Hooker pour la « true notion of law in general », et *Deux traités de gouvernement* (son propre ouvrage publié de façon anonyme) pour des explications sur la propriété (la vie, la liberté et les biens)³³.

Ce sont les affirmations de ces trois auteurs qui nous ont conduits à nous demander si les déclarations de droits ont vraiment leur origine intellectuelle dans l'Ecole du droit naturel moderne et dans le libéralisme politique, comme on le prétend sans cesse. Une analyse des positions philosophiques en présence va nous permettre de répondre qu'il faut aller chercher l'origine intellectuelle des déclarations de droits ailleurs : dans le républicanisme.

³¹ Lettre à Henry Lee, 8 mai 1825, reproduite partiellement in: ALAN AXELROD, *The Complete Idiot's Guide to the American Revolution*, New York, 2000, p. 166.

³² JOHN ADAMS, *Novanglus or a history of the dispute with America from its origin, in 1754, to the present time*, N.1, in: *The Works of John Adams, Second President of the United States*, Vol. IV, Boston 1851, p. 15. Il s'agit des principes suivants selon ce texte: «that all men by nature are equal; that kings are but the ministers of the people; that their authority is delegated to them by the people, for their good, and they have a right to resume it, and place it in other hands, or keep it themselves, whenever it is made use of to oppress them ...». John Adams continue en affirmant: « These are what are called revolution principles. They are the principles of Aristotle ... ».

³³ JOHN LOCKE, Lettre au Révérent Richard King, du 25 août 1703, in: *The Works of John Locke in Nine Volumes*, London 1824, 12^{ème} éd., Vol. 9. Suivant cette lettre de Locke, « Aristotle is allowed a master in this science, and few enter upon the consideration of government, without reading his Politics ». A noter que Hooker est l'instrument essentiel de la transmission de la pensée scolastique à Locke, suivant ROSENTHAL (note 8). Sur la propriété voir note 68.

II. Positions philosophiques sur cette question

1. Ecole du droit naturel moderne et libéralisme

Il y a de fortes chances pour que le lecteur réagisse avec scepticisme face à notre thèse, et se demande comment nous pouvons aller contre l'évidence à ce point. Burlamaqui n'a-t-il pas parlé de droits « qui appartiennent originairement et essentiellement à l'homme, qui sont inhérents à sa nature, dont il jouit par cela même qu'il est homme, indépendamment d'aucun fait particulier de sa part »³⁴ ? N'est-ce pas évident, dira ce lecteur, que c'est sous l'influence prédominante de ce genre de philosophie du droit (l'Ecole du droit naturel moderne, avec des ouvrages publiés entre 1625 et 1750) que les droits de l'homme ont été conçus et proclamés³⁵ ? N'est-ce donc pas évident que la philosophie politique moderne ne peut consister, en conséquence, qu'à « engendrer comme automatiquement une organisation politique en tous points conforme »³⁶ à des droits naturellement attachés à l'être humain³⁷, et que ces droits sont aussi au fondement de tout le système juridique, ce que Marcel Gauchet appelle la « réquisition des droits à la source de tout droit »³⁸.

Sans doute ce lecteur reconnaîtra-t-il que la définition précise de la nature dont parle Burlamaqui (la nature humaine) pose de sérieux problèmes, et il avouerait probablement sans trop de peine que l'idéal n'est pas atteignable dans ce domaine (« idéalement, il faudrait prendre en considération une métaphysique de la nature humaine et en déduire les droits naturellement attachés à l'homme »³⁹). Il y a en effet des controverses sur la nature véritable de l'homme, et sur ce qui permet la coexistence. Mais notre lecteur argumentera sans doute que cela ne change pas grand-chose au résultat final (aux droits qui découlent de cette nature problématique, et au système juridique et politique qui découle de ces droits). Quelle que soit la conception de la nature humaine à laquelle on adhère, dira ce lecteur, on aboutit de toute façon à la mise en

³⁴ Cité par FREDERIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10 éd., Paris 1989, p. 39.

³⁵ La thèse sur l'influence de l'Ecole du droit naturel moderne dans la Révolution américaine a été défendue par KNUT HAAKONSEN, *From Natural Law to the Rights of Man*, in : M. J. LACEY / KNUT HAAKONSEN, *A Culture of Rights : The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law, 1791 and 1991*, Cambridge 1991.

³⁶ MARCEL GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris 1989, p. XI. FERRY / RENAUT (note 15), p. 16, formulent la même idée : « non pas de faire des droits de l'homme une politique, mais dégager à quelle idée du politique – qu'on l'appelle idée démocratique ou [...] idée républicaine – peut conduire la référence réfléchie à de tels principes ». Voir aussi GUY HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, 4^e éd., Bruxelles 1993, p. 12.

³⁷ Comme le dit GUY HAARSCHER, article « Droits de l'homme », in RAYNAUD / RIALS (note 17), p. 168 : si « les droits de l'hommes sont essentiels », nécessairement ils « impliquent une certaine forme d'Etat [...] une certaine idée du « bon régime », objet par excellence de la philosophie politique ».

³⁸ GAUCHET (note 36), p. VIII.

³⁹ HAARSCHER (note 36), p. 169.

œuvre de cette « dialectique volontariste » d'auto-limitation réciproque⁴⁰ qui a trouvé son expression à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (selon cet article, la liberté de chacun « n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits »).

Peu importe donc, dira ce lecteur, la divergence complète entre Hobbes et Kant sur la nature humaine. Hobbes définit en effet l'homme par le désir de vivre, de jouir et de posséder ; il conçoit en conséquence les droits inhérents à la nature humaine comme se ramenant tous fondamentalement au droit illimité de chacun à tout ce qu'il désire ; et, s'agissant de la coexistence des désirs entre les hommes, il s'agit pour Hobbes « seulement de réfléchir au moyen le plus adéquat pour leur donner libre cours et les rendre aussi compatibles que possible les uns avec les autres »⁴¹, tout l'édifice des droits et des institutions dans la société reposant sur un pacte conclu entre tous dans le contexte de ce pur calcul d'utilité. Le principe d'un tel pacte est dans l'autolimitation réciproque de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

Kant⁴², qui tente de donner un fondement non utilitariste à la coexistence humaine, a une position totalement différente sur la nature humaine, mais qui conduit au même résultat en matière de coexistence humaine. Ce qui définit la nature humaine pour Kant, ce n'est pas les désirs sans limite, mais l'autonomie – la capacité de s'affranchir de la nécessité des enchaînements causals du monde naturel, en se donnant une règle d'action totalement indépendante de ses penchants et de ses intérêts, donc une règle admissible par toute autre personne, une règle universelle dans ce sens intersubjectif. En conséquence, la coexistence de sujets libres qui se donnent chacun leur propre loi universelle, n'est pas attribuée à un calcul d'intérêt comme chez Hobbes. Elle est attribuée à une loi que se donnent les sujets en cause s'agissant de leur propre coexistence, une loi que Rousseau décrit comme le produit d'« un acte pur de l'entendement qui raisonne dans le silence des passions sur ce que l'homme peut exiger de son semblable et sur ce que son semblable peut exiger de lui », et qu'il appelle « volonté générale »⁴³. Le ressort d'une telle loi,

⁴⁰ Pour cette expression, voir ANDRÉ DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suarez au libéralisme contemporain*, Paris 2002, p. 136.

⁴¹ JEAN-FLAVIEN SPITZ, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, Paris 1995, p. 61.

⁴² Suivant LUCIEN JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris 2010, p. 261, avec Kant « le libéralisme s'élève à une hauteur philosophique ».

⁴³ Cité par FERRY / RENAUT (note 14), p. 79. Renaut va même jusqu'à considérer que l'acte dont parle Rousseau est à la racine de l'intersubjectivité, et, par là, de la conscience individuelle (ALAIN RENAUT, *Le système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Paris 1986, p. 169, où est décrite la « déduction du concept de droit comme condition de possibilité de l'intersubjectivité, et par là même comme condition de la représentation, autrement dit comme condition de la conscience »).

comme celui du pacte de Hobbes, est dans l'autolimitation réciproque de l'art. 4 de la Déclaration de 1789⁴⁴.

2. Républicanisme

Après avoir sommairement rappelé ce que signifie le libéralisme en philosophie des droits de l'homme⁴⁵, nous passons maintenant au républicanisme. Comme suggéré par Sellers dans un texte déjà cité, le républicanisme a une autre conception de « where rights comes from »⁴⁶.

Le républicanisme rejette en effet l'approche qui consiste à procéder à ce que Marcel Gauchet appelle « l'installation des droits de l'homme au commencement »⁴⁷, avec cette déduction des droits à partir de la nature humaine, et ensuite, à partir de ces droits posés au commencement, cette recherche du système politique et juridique le plus conforme aux droits en question. Pour le républicanisme, cette approche est fautive. Les choses ne se passent en effet pas comme cela dans la démarche réellement faite, sur le plan historique, pour arriver aux déclarations de droits. Le point de départ de la réflexion politique est différent.

Au départ il y a non pas la nature humaine et les droits qu'on prétend en déduire, mais des *expériences* en matière de pouvoir politique, de régime politique, de communauté politique, de cité et d'institutions publiques, avec des réflexions sur ces expériences, en particulier des réflexions sur ce qui est matériellement juste dans ce domaine (« sachgerecht »⁴⁸). Les droits de l'homme

⁴⁴ Pour un exemple contemporain de ce genre de dialectique, voir MICHAEL P. ZUCKERT, *Launching liberalism : On Lockean political philosophy*, Kansas 2002, p. 196.

⁴⁵ Nous ne parlons pas dans cette contribution du positivisme libéral, à l'exception d'une référence à un passage de Sellers sous note 55 ci-dessous. Ce courant a en effet pour but de fournir « [a] scientific study of the law as a social phenomenon » (H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford 1994, p. 209), et cherche en conséquence à expliquer le droit par des caractéristiques formelles présentes aussi bien dans les systèmes juridiques oppressifs que dans ceux qui ne le sont pas (p. 202). Il n'est pas sûr que ce soit possible, comme en témoignent les doutes de Hart lui-même sur le caractère purement formel du critère de la « pressure for conformity » (voir extraits de ses carnets, in : NICOLA LACEY, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford 2004, p. 348).

⁴⁶ Voir note 26 ci-dessus.

⁴⁷ GAUCHET (note 36), p. XIX.

⁴⁸ Cette conception exposée au Livre V de l'*Ethique à Nicomaque* (ARISTOTE (note 10)), selon laquelle chercher le droit, c'est chercher une solution adéquate aux circonstances du cas particulier, ou aux caractéristiques objectives de la situation générale à régler, cette idée donc que le droit est essentiellement une solution matériellement juste, ce qui implique une égalité relativement aux choses en cause (voir sur cette conception HENRI TORRIONE, *Justice distributive aristotélicienne en droit fiscal selon la jurisprudence du TF : une étude de philosophie du droit sur la notion de « Sachgerechtigkeit »*, in : *Revue de droit suisse* 129 (2010), p. 131-161), est donc aussi utilisée au niveau de la cité, s'agissant aussi bien de la distribution du pouvoir politique que de la distribution des autres avantages générés par la coopération que suppose la communauté politique. Voir des informations sur la « Sachgerechtigkeit » sous note 77 ci-après. FERRY / RENAUT (note 15), pp. 47-69, en

ne sont pas au départ mais à la fin. On arrive aux déclarations de droits indirectement, en passant par la découverte du rôle central de certains mécanismes constitutionnels et juridictionnels dans la réalisation de ce qui est matériellement juste. On y est conduit comme à des moyens utiles, en ce sens qu'ils protègent et favorisent la recherche de solutions matériellement justes⁴⁹, en assurant un meilleur fonctionnement de ces mécanismes.

Peut-être que pour présenter une philosophie qui prétend partir de réflexions sur l'expérience, la meilleure façon de procéder consiste-t-elle à décrire succinctement ce qui s'est passé, en termes d'expérience et de réflexions sur l'expérience, à un certain moment de l'histoire. Nous choisissons ainsi de parler de la Révolution américaine. Comme c'est à ce moment que la réflexion sur l'expérience a conduit à la formulation de déclarations de droits, en 1776, cela nous permettra en même temps de mettre en évidence l'origine intellectuelle des premières déclarations.

Que s'est-il en effet passé à ce moment-là pour qu'enfin on en arrive à des déclarations de droit ? Il y a un ouvrage historique qui apporte beaucoup de lumière sur cette question. Il décrit ce que son auteur appelle « the central intellectual problem that confronted the leaders of the American cause », relevant que « there is no more fascinating spectacle in the history of American political thought than the efforts that were made [...] to come to term with this problem »⁵⁰. Ce « central intellectual problem », en fait un problème de « *Sachgerechtigkeit* », s'est posé de la façon suivante :

- Les Américains, confrontés à des actes du Parlement anglais et du roi qu'ils considéraient comme profondément injustes (ils parlent de « these arbitrary proceedings of parliament and administration »⁵¹, se référant notamment au Stamp Act adopté par le Parlement le 22 mars 1765), vont être amenés à remettre en cause le concept même de souveraineté que les

reprenant simplement l'interprétation straussienne d'Aristote (un naturalisme, avec monde naturel hiérarchisé), manquent le sens des textes de philosophie du droit d'Aristote. A l'encontre d'Aristote s'ajoute selon eux ce qu'ils appellent « une indignation morale envers le caractère inégalitaire des conceptions classiques » (ibid., p. 61). A notre avis, c'est une indignation qui, s'agissant d'Aristote, est fondée sur une lecture erronée des textes relevant. Ceux-ci expriment l'effort véritablement révolutionnaire d'un philosophe qui a élaboré, il y a plus de deux mille ans, une théorie aboutissant à la condamnation de toute dépendance d'un être humain envers l'arbitraire d'un autre être humain lorsqu'il n'y a pas de problèmes réels avec la capacité de discernement (voir une très bonne présentation d'Aristote – qui relève que sa doctrine contre l'esclavage de fait est plus subversive que celle du stoïcisme – dans Martine Pécharman, *Doctrines de l'esclavage*, in : ANDRIANTSIMBAZOVINA / GAUDIN / MARGUENAUD / RIALS / SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris 2008, pp. 378-382).

⁴⁹ Sur l'articulation de normes constitutionnelles (normes matérielles et normes d'organisation) sur la fin qu'est la solution matériellement juste, voir notes 23 et 107.

⁵⁰ BERNARD BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard 1992, p. 202.

⁵¹ First Continental Congress, *Declarations and Resolves*, 14 octobre 1774, in : RAKOVE (note 8), p. 40.

Anglais utilisaient pour défendre les actes en cause, et ce conflit va aller jusqu'à la révolution et à l'indépendance. Les Anglais expliquaient que la souveraineté est « an arbitrary power [qu'il doit y avoir] in every state somewhere », et que ce qu'elle produit, en particulier des actes législatifs comme le Stamp Act, « no power on earth can undo ». Ils ajoutaient cette précision : « when the word *power* relates to the supreme authority of government it must be understood *absolute* and *unlimited* »⁵². Les Américains réagirent à cette justification du Stamp Act au moyen de l'absolutisme, en affirmant que « if the supreme Authority includes unlimited Authority, the subjects of it are emphatically slaves »⁵³.

- N'acceptant pas la position dans laquelle les Anglais les enfermaient avec cette théorie hobbesienne, craignant pour l'avenir de la liberté et pour leurs biens dans un système dominé par un tel principe, les Américains vont mettre en avant ce que le préambule de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4.11.1950 (CEDH) appellera la « prééminence du droit » (« rule of law »), et, après avoir échoué dans la tentative de convaincre les Anglais de réformer leur conception des choses dans ce sens, ils vont décider, suivant le conseil de Paine dans un ouvrage de 1776, « to form a constitution of our own »⁵⁴, avec établissement d'un ordre constitutionnel et juridictionnel – donc d'une loi constitutionnelle – assurant la justice. En quelques années, avec les constitutions des Etats dès 1776 puis la constitution fédérale en 1787, ils vont réaliser une construction ambitieuse qui prétend, « through the checks and balances of a mixed constitution, comprising a sovereign people, an elected executive, a deliberative senate and regulated popular assembly », mettre en échec l'idée hobbesienne d'un « arbitrary power in every state somewhere », assurer la justice et préserver ainsi la liberté⁵⁵.

⁵² BAILYN (note 50), pp. 200 , 202 et 222.

⁵³ Ibid., p. 221.

⁵⁴ THOMAS PAINE, *Common Sens*, 1776, édité par Isaac Kramnick, London 1976 , p. 98.

⁵⁵ SELLERS (note 5), p. 1. Cet auteur affirme : « The product of republican government is "liberty" ». Ne pas être sous la domination d'un pouvoir arbitraire, être libre, suppose donc la soumission à un ordre constitutionnel adéquat. Quand Cicéron dit « nous sommes tous esclaves des lois, afin de pouvoir être libres » (« legum [...] omnes servi sumus, ut liberi esse possimus ») (CICÉRON, *Pro Cluentio*, 53.146, in: M. NISARD, *Œuvres complètes de Cicéron*, Tome II, Paris 1841, p. 482), il vise les normes que constitue l'ordre constitutionnel et juridictionnel adéquat – adéquat en ce sens qu'il assure la réalisation de la justice (voir note 10 ci-dessus). C'est dans ce sens complexe qu'il faut comprendre le principe « rule of law » (« règne de la loi », « gouvernement de la loi », « prééminence du droit », « Etat de droit ») que le républicanisme a trouvé dans le constitutionnalisme d'Aristote (voir référence sous notes 8 et 10), chez Tite-Live et Cicéron, et qui était régulièrement utilisé à Rome du temps de la République (voir l'affirmation de Cornelius Nepos dans la biographie de Caton l'Ancien : « alors la cité était gouvernée non pas par la puissance, mais par le droit » (« tum non potentia, sed jure res publica administrabatur »), in: CICÉRON, *La Repubblica*, a cura di Francesca Nenci, Milan 2008, p. 47 de l'introduction. NEMO (note 14), pp. 281 et 282 reproduit les passages principaux d'Aristote, de Cicéron et Tite-Live où il est question de « rule of law » (il en a trouvé la recension chez HAYEK (note

Comme le dira Zoller en se référant à ce qu'elle appelle l'exemple américain, la constitution dans ce type d'Etat « est “suprême” dans son domaine, comme le roi de France autrefois était “empereur en son royaume” »⁵⁶.

- Saisissant nettement, face à la position dans laquelle les mettaient le caractère injuste de la Stamp Tax et la rigueur de l'absolutisme anglais, que la seule façon d'écarter l'idée hobbésienne d'un « arbitrary power in every state somewhere », c'était d'assurer la prééminence concrète et pratique du droit par la mise en place d'un mécanisme impliquant des juges qui sont aussi « juges de la loi »⁵⁷, et auquel chacun peut s'adresser, les Américains vont concevoir les lois appliquées par les tribunaux comme comprenant non seulement des lois, mais aussi ce que Cicéron avait appelé des « lois de lois » (« legum leges »⁵⁸), c'est-à-dire des lois en fonction desquelles il est possible de juger de la justice de la loi. Ils vont ainsi développer complètement l'idée que la constitution – grâce à la combinaison d'un mécanisme de contrôle de la loi par les tribunaux et de « lois de lois » – « could be conceived of as a limitation on the power of law-making bodies », du fait que le juge exerce le pouvoir « to pass such acts [des lois contraire à la constitution] into disuse »⁵⁹.
- S'agissant du contenu de ces « lois de lois », les Américains vont décider de reprendre ce que protégeaient les diverses chartes royales relatives aux « Rights and Privileges of the Majesty's Subjects »⁶⁰, soit la vie, l'intégrité corporelle, la liberté et la propriété (« life, limb, liberty, estate [or] property »). Les chartes protégeaient ces biens non pas toujours en

14), pp. 241-245). Nous n'utilisons pas beaucoup l'expression « Etat de droit », très utilisée par ce positivisme libéral qui s'est développé « to protect the rule of law against judicial usurpation » (SELLERS, (note 5), p. 85) ; c'est selon nous une simplification excessive du principe du « règne de la loi » qui est au cœur du républicanisme, et une vision tronquée de notre pratique du droit, où les cours constitutionnelles et la CEDH ont une place importante.

⁵⁶ ELISABETH ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris 1998, p. 32.

⁵⁷ Pour cette expression liée au contexte français, mais que nous détournons pour l'utiliser dans un sens général, voir HENRI OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2^e éd., Paris 2010, p. 79 (cet auteur renvoie à LEA HAMON, *Le juge de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris 1987).

⁵⁸ CICERON, *De Legibus*, Livre II, 7 in: NISARD (note 55), Tome IV, p. 382. Dans ce dialogue, Cicéron en vient à affirmer qu'il y a des lois de lois après avoir préalablement relevé qu'il y a beaucoup d'actes législatifs « qui ne méritent pas plus le titre de lois que les conventions d'une assemblée de brigands » (Livre II, 5, p. 381), et avoir affirmé que « la loi [véritable] est distinction de ce qui est juste et de ce qui est injuste » (Livre II, 5, p. 381), c'est-à-dire avoir fait référence à la « Sachgerechtigkeit » dont nous parlons sous notes 48 et 77. HAYEK (note 14), p. 245, note 36 se réfère à cette notion cicéronienne de « lois de lois ».

⁵⁹ BAILYN (note 50), p. 176. ZOLLER (note 56), p. 100 indique que ce que les Américains ont compris, c'est que la constitution comme réellement « loi fondamentale et suprême » du pays, « c'est le juge qui la fait naître ». A noter qu'en Suisse le Tribunal fédéral a été assez loin dans ce sens, même pour les lois fédérales, en considérant que l'art. 190 de la Constitution contient « ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot » (ATF 136 I 49, c. 3.1, p. 55). Voir en outre ATF 136 II 241, c. 16.1.

⁶⁰ Titre d'un acte de 1691, applicable dans la région de New York (BAILYN (note 50), p. 195).

- affirmant positivement que c'était des droits, mais souvent en promettant que personne ne pouvait en être privé « without a due trial and judgment passed by twelve good and lawful men of his neighborhood »⁶¹.
- Les Américains décident certes de reprendre le contenu des vieilles chartes, mais en affirmant emphatiquement que les protections qu'elles contiennent, et qu'ils reprennent, ce ne sont pas des « matters of mere favor and grace of the donor »⁶², que cela ne peut pas être considéré « as the gift of their chief magistrate »⁶³, que les chartes sont des « declarations but not gifts of liberties », que donc « [they] must be considered as only declaratory of our rights, and in affirmance of them »⁶⁴. Les Américains ont adopté cette position pour la raison suivante: le roi avait refusé la demande américaine de faire passer les protections contenues dans les chartes avant les lois contraires du Parlement, et les Américains ont eu l'impression que cela revenait à traiter ces protections comme quelque chose qui pouvait être retiré ou accordé selon le bon plaisir du roi⁶⁵.
 - Sur quoi vont-ils donc pouvoir faire reposer ces droits, puisqu'ils ne veulent pas de l'acte gracieux d'un roi ou d'une majorité, de la concession émanant de cet « arbitrary power [qu'il devrait y avoir] in every state somewhere », de la volonté libre d'un souverain ? On en arrive au point central. Pour justifier que les droits contenus dans les chartes ne sont pas des faveurs qui peuvent être accordées et retirées à volonté, les Américains vont utiliser, suivant les études historiques de Bernard Bailyn, « the radical social and political thought of the English Civil War and the Commonwealth », un ensemble d'idées du 17^{ème} siècle anglais⁶⁶, synthétisées par Locke à la fin de ce siècle. Suivant Locke : (1) « the great and chief end [...] of Mens uniting into Commonwealths, and putting themselves under Government »⁶⁷, c'est « the enjoyment of their [Lives, Liberties and Estates]⁶⁸ in Peace and Safety »⁶⁹ ; (2) « Political Society and

⁶¹ Ibid., p. 197.

⁶² Ibid., p. 186.

⁶³ THOMAS JEFFERSON, A summary View of the Rights of the British America, Juillet 1774, in: RAKOVE (note 8), p. 34.

⁶⁴ BAILYN (note 50), p. 187.

⁶⁵ Il semble que la théorie à la base de ce refus ait été que tout est au même niveau, la loi du Parlement et les Chartes royales : « Parliamentary's power is no less part of that same common law », et l'on n'est pas « at the same time at liberty to adopt one part of it and reject the other » (ibid., p. 185).

⁶⁶ Ibid., p. 34; voir aussi p. xi et xii. L'auteur décrit cet ensemble d'idées comme « a cluster of convictions focused on the effort to free the individual from the aggressive misuse of power » (p. v et vi). Que l'on pense à Mohamed Bouazizi (voir note 3 ci-dessus) en examinant ces conceptions fondamentales du républicanisme.

⁶⁷ JOHN LOCKE, Two Treatises of Government, édit. par Peter Laslett, New York 1963, II, para. 124, p. 395.

⁶⁸ Le texte désigne ce qui figure dans les crochets par le terme « properties », mais indique au para 123, p. 395, que ce terme « properties » désigne la vie, la liberté et les biens. Dans JOHN LOCKE, Lettre sur la tolérance, texte latin et traduction française par Raymond

Government »⁷⁰ n'existent donc qu'en vue de cette fin qui les définit et les délimite, qu'en fonction de cette orientation vers ce qui est utile aux gens et à la société dans laquelle ils vivent, vers l'utilité commune, « for the common benefit, protection and security of the people, nation or community »⁷¹ ; (3) le pouvoir exercé individuellement ou collectivement par toutes les personnes exerçant une fonction publique, y compris le pouvoir du roi, du législateur ou du constituant, s'arrête donc là où s'arrête l'orientation vers l'utilité commune (« their Power in the utmost Bounds of it, *is limited to the publick good of the Society* »⁷²) ; (4) c'est donc un pouvoir qui ne peut pas avoir d'autre but que la préservation des activités consistant à jouir de la vie, de la liberté et de ses biens ; il ne peut donc pas avoir des buts contraires à la préservation de ces activités, il n'a pas le *droit* d'agir en sens contraire à ces activités ; en d'autres termes, ces activités sont, pour tout un chacun, des libertés, des droits subjectifs (« It is a Power, that hath no other end but preservation, and therefore can never have a right to destroy, enslave, or designedly to impoverish the Subjects »⁷³).

La justification des libertés contenues dans les chartes repose donc non pas sur la nature humaine, mais sur ce qu'implique la fonction de toute per-

Klibansky, Paris 1995, p. 10, c'est le terme de « biens civils » qui est utilisé pour désigner ces biens. L'auteur définit les « biens civils » ainsi : « bona civilia voco vitam, libertatem, corporis integritatem et indolentiam, et rerum externarum possessiones ».

⁶⁹ LOCKE (note 67), para 134, p. 401. Dans LOCKE (note 68), p. 10, dans une phrase à la tonalité cicéronienne, Locke indique que c'est en vue de ces biens que la communauté politique et ses institutions sont constituées : « Respublica mihi videtur societas hominum solummodo ad bona civilia conservanda promovendaque constituta ».

⁷⁰ Ibid. p. 395. Il s'agit d'une partie du titre du chapitre 9 qui commence à cette page.

⁷¹ Art. V de la Constitution de Pennsylvanie, RAKOVE (note 8), p. 99. PAINE (note 54), p. 65 reproche à Hobbes la confusion suivante : « Some writers have so confounded society with government, as to have little or no distinction between them ». Il faut en effet bien distinguer la communauté politique et ses institutions (« Political Society and Government»), d'une part, et d'autre part l'ensemble des liens sociaux qui existent indépendamment de la communauté politique, dans une certaine mesure avant elle, par exemple les relations familiales, les villages, nations et autres communautés non politiques. Aristote insistait comme Paine sur la distinction omise par Hobbes : « il existerait une communauté [...] même si aucune cité n'existait : la famille est en effet... » (ARISTOTE, *Ethique Eudème*, Livre 7, Chapitre 8, 1242a27, trad. par Emile Lavielle, Paris 1999, p. 138). Il y a d'autres communautés que la communauté politique. D'ailleurs cette dernière, même si elle est englobante par rapport aux autres communautés (ibid., 1241b25, p. 136-137), est constituée par des liens sociaux qui ont peu de profondeur : c'est l'utilité qu'elle a pour les gens – mais aussi pour les autres communautés – qui est sa raison d'être (ibid., 1242a6, p. 137, et 1242b24, p. 140), et c'est à son niveau que le droit joue un rôle déterminant (ibid., 1242a11, p. 137). Quand cette distinction n'est pas faite, toutes les considérations sur l'utilité commune visée par la communauté politique deviennent confuses : on confond ces considérations avec des arguments en faveur de l'utilité d'entrer en société.

⁷² LOCKE (note 67), para. 135, p. 403.

⁷³ Ibid., para. 135, p. 403. ROSENTHAL (note 8) souligne p. 230 que Locke met en référence ici un passage de Hooker qui vise « the common good, for which societies are instituted », et il relève que Hooker reprend les idées de Thomas d'Aquin (p. xix).

sonne exerçant un pouvoir dans la cité, sur ce que vise le mémoire contre Charles 1^{er} quand il affirme que le roi était « by his trust, oath and office, [...] obliged to use the power committed to him for the good and benefit of the people »⁷⁴. Cette justification se fait donc en partant de ce qui est « sachgerecht » dans la situation de pouvoir en cause, en partant de ce qui relève de la « right reason »⁷⁵. Pour quelle raison en effet la réalisation de l'objectif de l'être humain lorsqu'il constitue une communauté politique, soit le bénéfice qu'il en retire en termes de vie, de liberté et de biens, dépendrait-il d'une faveur ou d'une concession accordée par le prince, la majorité d'un parlement, ou une majorité populaire, alors que ce bénéfice constitue pour lui « la condition [...] de son épanouissement », parfois même de son existence⁷⁶ ? C'est une évidence : « kings and parliaments cannot give the rights essential to happiness »⁷⁷.

On a donc une pensée très éloignée de celle de Burlamaqui et de l'Ecole de droit naturel moderne – un courant qui a joué un rôle au moment de la Révolution américaine, certes, mais un rôle qui est, suivant Bernard Bailyn, « neither clearly dominant nor wholly determinative »⁷⁸. Selon nous, ce courant n'a apporté aux révolutionnaires américains qu'un langage technique, celui des droits subjectifs, celui qui permet d'exprimer ce qui est juste dans une situation donnée impliquant X, en disant « X a droit à ... »⁷⁹. C'est ce langage nouveau qui va permettre de *parler* des fins de la communauté politique dans

⁷⁴ GEOFFREY ROBERTSON, *The Tyrannicide Brief. The Story of the Man who sent Charles I to the Scaffold*, London 2005, p. 147.

⁷⁵ BAILYN (note 50), p. 188.

⁷⁶ Nous reprenons cette expression de l'arrêt du Tribunal fédéral de 1995 qui a fait du minimum vital un droit. Le Tribunal fédéral y relève que « la garantie des besoins humains élémentaires [...] constitue la condition de l'existence de l'homme et aussi de son épanouissement » (ATF 121 I 367, SJ 1996 389, consid. 2.b, p. 390).

⁷⁷ BAILYN (note 50), p. 187. Complétons les remarques faites à la note 48 sur la conception du droit (de la justice) qu'Aristote expose au Livre V de l'*Ethique à Nicomaque*. Suivant Serges Kolm « justice is justification, and hence rationality in the normal sense of the term: for a valid reason or "justified" ». Kolm parle aussi de « justice as justness and justification ». Kolm précise : « justice is bound by this rationality as much as it is by arithmetic when I have to give you back due change ». Il s'agit donc d'une égalité matérielle dont le contenu dépend des caractéristiques de la situation, de ce qui est en cause. C'est la « Sachgerechtigkeit » dont parle Klaus Tipke : une « auf die Sache bezogene, sachangemessene Gerechtigkeit », avec cette idée d'une « Abhängigkeit der Gerechtigkeit von der zu regelnden Sache ». Aristote exprime cette notion de « Sachgerechtigkeit » en parlant de la justice ou droit comme « milieu de la chose », comme milieu « relativement à la chose elle-même ». Pour les références de ces diverses citations, voir TORRIONE (note 48), notes 77, 78, 31, 32 et 113. Voir ci-dessous notes 124 et 132.

⁷⁸ BAILYN (note 50), p. 30.

⁷⁹ Voir au sujet de l'apport de L'Ecole du droit naturel moderne en matière de langage technique juridique, JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, p. 205-210 : cet auteur relève l'apport en termes de langage juridique de « the modern idiom of rights », qui est « more supple and, by being more specific in its standpoint or perspective, is capable of being used with more differentiation and precision than the pre-modern use of « the right » (jus) » (p. 209). Il s'agit de deux « ways of expressing the implications of justice in a given context » (p. 210).

le langage des droits. Un langage nouveau est important, sans doute, mais il ne faut pas le prendre pour un fondement. L'essentiel, le fondement, ce sont les considérations sur ce qui est juste en matière de pouvoir (sur ce qui est « sachgerecht »), et les procédures constitutionnelles et juridictionnelles mises en place pour en garantir la pleine réalisation. On aurait pu à la rigueur se passer du nouveau langage, quoiqu'il représentait incontestablement une amélioration importante en matière de technique juridique ; on ne pouvait pas, en revanche, se passer des procédures.

Mais qu'en est-il de l'universalité des droits, qu'en est-il du fait que tout un chacun les possède, qu'il suffit d'appartenir à l'espèce humaine ? Cette universalité peut-elle être expliquée sans qu'on revienne à l'idée de droits attachés à la nature humaine ? Découle-t-elle du fait que le pouvoir « s'arrête là où s'arrête le bien public de la société »⁸⁰ ?

Il faut, semble-t-il, répondre positivement à cette question. Dans la perspective du républicanisme, l'universalité des droits découle du fait que le pouvoir « s'arrête là où s'arrête le bien public de la société », dès qu'on fait intervenir l'idée que ce principe de limitation du pouvoir bénéficie à tout un chacun, c'est-à-dire dès qu'on met en œuvre la dimension fondamentalement distributive de la justice en matière de « bien public de la société », en matière d'utilité commune. L'universalité des droits est le reflet du fait que la communauté politique a pour objet « the good of all, *as well individually as collectively* »⁸¹. La cité vise à assurer « au peuple tout entier *et à chaque sujet en particulier* »⁸² la préservation de ce bien qu'est pour tous « the enjoyment of their Lives, Liberties and Estates in Peace and Safety ». L'utilité que visent la communauté politique et ses institutions est donc commune en ce sens qu'elle bénéficie non seulement à la société dans son ensemble, ni seulement au plus grand nombre, mais à chacun en particulier. Il s'agit, suivant Aristote, de l'utilité « selon laquelle revient à chacun une part du bien vivre », qui est, suivant Aristote, « fin pour tous, en commun et aussi séparément »⁸³. L'utilité *commune* suppose donc que chacun participe, selon une certaine égalité, aux avantages produits par la communauté politique et ses institutions. Elle suppose donc la justice, le droit, parce que c'est une certaine relation d'égalité qui structure la participation de chacun à l'utilité commune, qui confère à cette utilité, précisément, ce caractère commun dans le sens distributif du terme. Selon Aristote, repris par Cicéron, « tout ce qui est commun doit sa formation au droit »⁸⁴, à ce qui est juste au sens de « sachgerecht ».

⁸⁰ Notre traduction de la phrase citée dans le texte anglais en regard de la note 72. Voir JOHN LOCKE, *Deux traités du gouvernement*, trad. de Bernard Gilson, Paris 1997, p. 212.

⁸¹ PAINE (note 9), p. 185 (c'est nous qui mettons en italique).

⁸² LOCKE (note 68), p. 11 (c'est nous qui mettons en italique).

⁸³ ARISTOTE (note 8), 1278b15 (nous modifions les traductions de P. Pellegrin (p. 226) et de J. Tricot (p. 194)).

⁸⁴ ARISTOTE (note 71), 1241b13, p. 135.

La doctrine en matière de droits de l'homme souligne que l'universalité des droits n'est pas une dimension séparée de ceux-ci: « il n'y a droits fondamentaux [...] que si le principe en est l'attribution sans aucune discrimination de ce type », c'est-à-dire sans aucune discrimination « fondée sur des propriétés naturelles »⁸⁵. Le rôle fondamental de la dimension distributive de la justice dans l'engendrement des droits explique cette propriété des droits : mettre en place des droits subjectifs (des libertés) là où auparavant il n'y avait qu'une orientation générale vers l'utilité commune, c'est en soi préciser que cette orientation vise aussi, « as a matter of justice » dit Sellers (c'est en effet la seule solution qui est « sachgerecht »), l'utilité de tout un chacun, pourvu qu'il relève de l'ordre juridique en question.

On dit à juste titre que « les droits de l'homme ne sont pas une éthique »⁸⁶, que c'est du droit au sens strict. C'est tout-à-fait correct. Dans la perspective du républicanisme, il ne faut pas prendre cette affirmation dans un sens positiviste. En effet, l'orientation de la communauté politique et de ses institutions vers l'utilité commune – orientation qui est à l'origine des déclarations de droits, comme on l'a dit – relève elle-même du droit au sens strict (de ce qui est « sachgerecht » en matière d'interaction avec le pouvoir), et non pas d'une éthique, et cela indépendamment de l'existence de déclarations. Relève aussi en elle-même du droit au sens strict, indépendamment de l'existence de déclarations de droits, la participation de tout un chacun à cette utilité, notamment le fait que le principe de limitation du pouvoir, que formule Locke, bénéficie à tout un chacun. Cette participation, c'est, comme on vient de le dire, la seule solution qui soit « sachgerecht » dans la distribution de l'utilité, et, suivant Aristote, que le républicanisme reprend sur ce point, le droit dans les distributions est aussi du droit au sens strict.

Si selon la remarque de Sellers déjà citée plus haut, « human rights protect the search for justice », c'est donc parce qu'ils concrétisent en termes de droits subjectifs, et par des mécanismes juridictionnels appropriés, à la fois l'orientation fondamentale du pouvoir vers l'utilité commune (ce qui est « sachgerecht » dans la relation d'interaction entre le pouvoir politique et ceux sur qui il s'exerce), et cette participation de chacun au bénéfice résultant de cette orientation (ce qui est « sachgerecht » dans la distribution de l'utilité).

3. Appréciation de la valeur de ces deux positions

On trouve une appréciation sur la valeur de ces deux philosophies différentes dans le reproche que Necker adresse en 1791 à la Révolution française, en la

⁸⁵ FAVOREU / GAÏA / GHEVONTIAN / MELIN-SOUCRAMANIAN / PFERSMANN / PINI / ROUX / SCOFFONI / TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, 2^{ème} éd., Paris 2002, p. 97.

⁸⁶ WOLFGANG AMADEUS BRUELHART, Pour la diplomatie suisse, les droits sont des droits, non des valeurs, in: *Le Temps* du 28 juin 2004, p. 15.

comparant au « précédent américain » en matière de déclaration de droits : « La déclaration des droits des Américains se trouvait à la tête de leur code constitutionnel ; et nous avons dès lors regardé cette déclaration comme le commencement, en quelque manière de leur nature politique, tandis qu'elle en était plutôt l'extrait et le résultat [...]. Nos législateurs, cependant, ont vu cette déclaration des droits comme la cause efficiente de la liberté des Américains, et comme un principe universel de régénération [...] et, n'observant aucune mesure, ils ont soumis la marche grave et circonspecte du législateur à des amplifications philosophiques »⁸⁷.

Gauchet, qui cite ce passage de Necker, considère qu'il « vit pour une bonne part juste quand il reproche aux constituants d'avoir voulu faire de la Déclaration la "cause efficiente de la liberté" sur la foi d'une appréciation erronée du précédent américain... »⁸⁸.

4. Différence entre ces deux positions sur la liberté

La différence entre les deux approches philosophiques que nous venons d'expliquer a été mise en lumière dans les analyses de Philip Pettit⁸⁹, non pas en fonction des droits de l'homme comme nous venons de le faire, mais en fonction de la notion de liberté. Cet auteur a parfaitement expliqué pourquoi libéralisme et républicanisme sont en désaccord sur cette notion. A la base de l'affirmation libérale de Rawls, que « liberty can be restricted only for the sake of liberty »⁹⁰, comme à la base de l'art. 4 de la Déclaration de 1789, il y a l'idée libérale que la liberté est essentiellement l'absence de toute interférence avec ce qu'on a la volonté de faire, notamment l'absence de loi (la loi étant conçue dans cette perspective comme en soi contraire à la liberté).

Le républicanisme défend une autre conception de la liberté : au niveau politique la liberté consiste dans l'absence à la fois d'interférences *arbitraires*, et de la *possibilité* de telles interférences. C'est évident : il peut y avoir dépendance et domination même en l'absence de toute interférence (hypothèse d'un pouvoir absolu qui n'interfère pas, mais peut le faire à tout moment), et il peut y avoir interférence sans qu'il y ait nécessairement domination (seules posent en effet problème les interférences arbitraires, celles qui ne sont pas « soumises à contrôle et destinées à servir le bien commun »⁹¹).

⁸⁷ JACQUES NECKER, *Du pouvoir exécutif dans les grands Etats*, 1792, Œuvres complètes, Paris 1821, Tome VIII, p. 320.

⁸⁸ GAUCHET (note 36), p. 46.

⁸⁹ PETTIT (notes 6 et 8).

⁹⁰ PETTIT (note 8), p. 74 cite cette expression de John Rawls, en relevant que Rawls adopte ainsi implicitement, comme tous les libéraux, une conception de la liberté et de la loi dans le prolongement de celle de Hobbes.

⁹¹ Ibid., p. 11. Voir HAYEK (note 14), p. 265, note 13, qui cite l'affirmation suivante, de Humphreys: « The very definition of liberty was freedom from arbitrary rule ».

On ne peut donc pas faire abstraction de la justice (l'absence d'arbitraire suppose en effet la justice, tout au moins une certaine justice), ni concevoir la loi comme en soi contraire à la liberté (l'absence de possibilité d'arbitraire exige une loi constitutionnelle, des mécanismes constitutionnels et juridictionnels adéquats).

L'idéal libéral d'absence d'interférence est sans doute important au niveau moral, dans les relations interindividuelles dans le milieu social, il peut même constituer l'idéal autour duquel se rassemble un parti politique (au même titre que, pour d'autres partis, la protection de la nature, la défense des plus pauvres, etc.), mais son utilisation comme principe juridique de base au niveau de la constitution de la communauté politique, dénote une confusion entre le social et le politique⁹². Ce que Viroli appelle « la libertà dei cittadini, o repubblicana »⁹³, ce que les Libyens vont chercher à créer avec les institutions qu'ils vont peut-être mettre en place une fois libérés de 42 ans de domination personnelle, c'est autre chose que l'idéal libéral d'absence de toute interférence, mais c'est pourtant la liberté politique.

La conception libérale de la liberté a son origine chez l'anti-républicain Hobbes⁹⁴, qui développe cette conception parce qu'il est convaincu, comme beaucoup de gens à toute les époques de l'histoire, qu'il n'y a pas d'Etat sans « puissance illimitée du souverain », et donc que « la liberté du sujet » doit être quelque chose de compatible avec l'existence de cette puissance illimitée⁹⁵. Elle ne peut donc résider qu'en « ces choses que, dans le règlement de leurs actions, le souverain s'est abstenu de prendre en compte. »⁹⁶. Pour Hobbes, on ne peut pas admettre que la liberté soit définie comme l'absence d'interférences *arbitraires*, donc qu'elle fasse intervenir la justice, ni qu'elle implique l'absence de *possibilité* de telles interférences, donc suppose un ordre constitutionnel et juridictionnel conçu pour exclure toute possibilité d'interférence arbitraire, et qui donne « la sûreté » dont parle Montesquieu⁹⁷. Ce serait mettre la loi (la constitution avec ses normes d'organisation) et la justice qui en résulte, à la place de cette « puissance illimitée du souverain »,

⁹² Cette confusion est caractéristique de Hobbes (voir note 71). MICHEL VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris 2001, a réagi à juste titre, accusant cette position d'« absorber le droit dans [une] législation morale » (p. 76 ; voir aussi pp. 115 à 119 ; voir également *Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983). Il n'a pas vu cependant, par méconnaissance de ce qui s'est passé aux Etats-Unis en 1776, que les déclarations de droits ont une autre origine que le libéralisme, qui ne s'est greffé sur elles, et s'en est saisi comme d'un étendard, qu'après qu'elles soient apparues dans le contexte du républicanisme, grâce au républicanisme.

⁹³ MAURIZIO VIROLI, *La libertà dei servi*, Roma-Bari 2010, p. 8.

⁹⁴ HOBBS (note 30), chap. 21, intitulé : « De la liberté des sujets ».

⁹⁵ Hobbes est convaincu que c'est la situation qui existe aussi bien dans une république comme Lucca que dans un Etat gouverné par un despote, comme à Constantinople (ibid., chap. 21, p. 343). Dans les deux pays « la liberté du sujet est compatible avec la puissance illimitée du souverain » (ibid., p. 340), et dans les deux pays « la liberté reste la même » (ibid., p. 343) . Voir aussi VIROLI (note 93), p. 14.

⁹⁶ HOBBS (note 30), chap. 21, p. 343.

⁹⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in : *Oeuvres complètes*, vol. II, Paris 1996, p. 430.

à la place de cet « arbitrary power [qu'il doit y avoir] in every state somewhere ».

On voit donc que l'opposition des Américains à la conception anglaise des choses, qu'on a expliquée dans le deuxième et troisième tiret de la section 2) ci-dessus, dépend de la réponse que l'on peut donner à la question fondamentale suivante : un Etat peut-il fonctionner sans cette « puissance illimitée du souverain » dont parle Hobbes ? C'est certes une question difficile⁹⁸, mais si la chose est impossible, alors il n'y a pas d'utilité véritablement commune, puisque tout « commun » tient à un certain juste⁹⁹, et si tout repose sur la « puissance illimitée du souverain » il n'y a pas de raison d'espérer que la recherche de la justice (des solutions adéquates aux situations diverses) joue un rôle quelconque. Si la chose est impossible, il n'y a pas de *res publica* (suivant Fustel de Coulanges, les latins utilisent l'expression « *res publica* » là où les grecs utilisaient le terme « commun » – utilité *commune*, bien *commun*¹⁰⁰), et donc pas de constitution droite¹⁰¹, pas de constitution républicaine¹⁰², et donc enfin pas de véritable liberté.

⁹⁸ JAMES HARRINGTON, *The Commonwealth of Oceana*, édité par J. G. A. Pocock, Cambridge 1992, p. 20, discute les arguments de Hobbes, dans cet ouvrage publié en 1656, cinq ans après la publication du *Leviathan*, et décrit ainsi la difficulté : « But seeing they that make the laws in commonwealths are but men, the main question seems to be how a commonwealth comes to be an empire of laws and not of men? or how the debate or result of a commonwealth is so sure to be according unto reason, seeing they who debate and they who resolve be but men. » (pp. 21-22).

⁹⁹ Affirmation d'Aristote citée plus haut en regard de la note 84. Tous les auteurs se rattachant au républicanisme soulignent ce que Sellers appelle « the republican identification of justice with the common good » (SELLERS (note 5), p. 121). JEAN-FABIEN SPITZ, *Le moment républicain en France*, Paris 2005, p. 457 affirme : « l'intérêt général et le bien commun [ne sont] que d'autres manières de désigner la justice », et HARRINGTON (note 98), p. 22 parle de « common interest to be the common right ». Nous citons ces deux passages, mais il faudrait peut-être plutôt dire l'inverse pour éviter toute confusion avec la position utilitariste. Il faudrait dire : « que le juste c'est le bien politique, à savoir l'avantage commun » (ARISTOTE (note 8), trad. de P. Pellegrin, Livre III, Chapitre 12, 1282b14, p. 246). L'utilitarisme définit le droit et la justice par ce qui produit le plus grand bonheur pour le plus grand nombre, alors que dans l'approche du républicanisme, c'est l'inverse, puisque c'est le droit qui détermine ce qui est commun au sens distributif du terme, ce qui revient à chacun, des avantages générés par la communauté politique. Un calcul ne peut donc pas remplacer un jugement sur ce qui est distributivement juste (voir notes 48 et 77).

¹⁰⁰ FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, Paris 1928, p. 376.

¹⁰¹ ARISTOTE (note 8), trad. de P. Pellegrin, Livre III, ch. 6, 1279a16 à 21, pp. 227-228 : « toutes les constitutions qui visent l'utilité commune se trouvent être droites selon le juste au sens absolu, celles, au contraire, qui ne visent que le seul intérêt des gouvernants sont défectueuses, c'est-à-dire qu'elles sont des déviations des constitutions droites » (traduction légèrement modifiée).

¹⁰² PAINE (note 9), p. 162 : « What is called a *republic*, is not any particular form of government. It is wholly characteristic of the purport, matter, or object for which government ought to be instituted, and on which it is to be employed, *res-publica*, the public affairs, or the public good ; or, literally translated, the *public thing* ». C'est cela que vise l'art. IV, section 4 de la Constitution américaine quand elle parle de la garantie d'une « republican form of government ». Sellers précise que c'est l'art. IV qui a été invoqué au moment de la guerre civile contre les Etats esclavagistes du sud, et que le 14^{ème} amendement

Cicéron pose clairement les termes du problème dans le Livre III de la République : si comme l'affirme Carnéade « jus autem naturale esse nullum », si « nullam esse justitiam »¹⁰³, alors « nullum esse rem publicam »¹⁰⁴.

5. Différence entre ces deux positions sur la légitimité

Ces deux philosophies différentes conduisent à deux notions différentes de la légitimité. Ceux qui conçoivent la liberté comme absence d'interférences *arbitraires* pensent que la réalisation de la *justice* est ce qui donne à l'ordre politique et juridique sa légitimité et son caractère obligatoire; ils considèrent, comme dit Spitz, que « la justice est la condition de la légitimité, et que ce que l'on cherche c'est un ordre politique qui ne soit pas fondé sur la force mais sur le droit »¹⁰⁵, en ce sens qu'il aboutit à la réalisation de la justice. L'ordre politique est obligatoire, non pas parce qu'il est consenti ou contractuel, mais parce qu'il est juste¹⁰⁶, en ce sens qu'il aboutit à la réalisation de la justice et de l'utilité commune, à un « correct outcome »¹⁰⁷.

Inversement pour le libéralisme selon Ferry et Renaut « la notion de *légitimité* devient inséparable de celle de *subjectivité* [...]. La subjectivité (l'adhésion volontaire) est dès lors clairement posée comme l'origine idéale de toute légitimité... »¹⁰⁸. Il s'agit ultimement de la subjectivité du « peuple [...] comme *souverain* »¹⁰⁹. Ce qui est « *sachgerecht* » et ce qui ne l'est pas n'est pas relevant : le droit n'est que le produit de la volonté, c'est le « droit exprimé par la volonté générale »¹¹⁰, ce « nexus vivant des volontés singulières »¹¹¹ qui « apparaît [...] comme l'essence du peuple en tant que sujet produisant l'autorité légale »¹¹², c'est-à-dire le droit. On voit à quel transcendant-

adopté à la fin de cette guerre « protected the original Constitution's guarantee of a republican form of government by forbidding the States to deny any person the equal protection of the laws » (SELLERS (note 5), p. 4). Il s'agit manifestement d'une question de justice distributive, de la participation de chacun aux avantages découlant de la communauté politique.

¹⁰³ CICÉRON, La Repubblica (note 55), III, 15, p. 458. Par l'expression « jus naturale », il vise selon nous ce qui est « sachgerecht ». Voir l'explication de cette notion sous notes 48 et 77.

¹⁰⁴ Ibid., III, 31, p. 486. Scipion Emilien montre qu'il en est ainsi, peu importe que le pouvoir soit détenu par un despote, une oligarchie, ou une majorité populaire. C'est ce que reprend John Adams dans la citation en regard de la note 7.

¹⁰⁵ SPITZ, (note 99), p. 35.

¹⁰⁶ Ibid., p. 457 où l'auteur pose la question suivante : « l'ordre politique des sociétés libérales est-il obligatoire parce qu'il est consenti ou parce qu'il est juste ? ».

¹⁰⁷ MARTHA NUSSBAUM, Frontiers of Justice, Cambridge 2006, p. 82, où elle parle de « an outcome-oriented conception of justice ». Dans cette perspective, l'effectivité n'est pas conçue comme ajoutée de l'extérieur, comme dans les pensées déontologistes. Voir notes 23 et 49 ci-dessus.

¹⁰⁸ FERRY / RENAUT (note 15), p. 71.

¹⁰⁹ Ibid., p. 72.

¹¹⁰ Ibid., p. 79.

¹¹¹ Ibid., p. 80, où c'est Philonenko qui est cité.

¹¹² Ibid., p. 80. Voir note 43.

talisme conduit la liberté libérale – la liberté coupée de l'utilité commune et de la justice – lorsqu'elle est pensée jusque dans ses dernières conséquences philosophiques¹¹³.

III. Analyse d'aspects relevant de la technique juridique

On a parlé jusqu'ici de « droits de l'homme », mais il est peut-être préférable en français d'utiliser l'expression « droits fondamentaux », puisque l'on entend parler de droits constitutionnellement garantis¹¹⁴.

Dans les analyses qui précèdent, nous n'avons pris en considération, en effet, que les déclarations qui contiennent des normes de droit positif, celles qui constituent « un véritable droit constitutionnel des droits de l'homme »¹¹⁵. Nous n'avons donc pas basé nos analyses sur les libertés publiques « à la française »¹¹⁶, que Favoreu caractérise comme « des exigences politiques et morales, plus ou moins inspirées par le libéralisme politique et ses extensions, considérées en dehors de tout contexte proprement juridique »¹¹⁷, ni sur la Déclaration de 1789, dans laquelle la tradition constitutionnelle française ne voyait jusqu'en 1971 « que des déclarations d'intentions, des textes à valeur programmatique sans conséquence juridique »¹¹⁸.

Les premières déclarations de droits sont apparues en Amérique en 1776 immédiatement comme du droit positif de rang constitutionnel. C'est un fait extrêmement significatif pour la question de l'origine intellectuelle des droits ; on ne peut pas en faire abstraction dans l'analyse de l'origine intellectuelle sous prétexte que les choses se sont passées différemment en France treize ans plus tard.

Dans plusieurs Etats, par exemple en Pennsylvanie et au Massachusetts, la « Declaration of rights » constitue en effet un chapitre de la constitution de l'Etat, dont les dispositions sont applicables par tous les tribunaux comme

¹¹³ Pour une critique de ce genre de transcendantalisme institutionnel, voir AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Londres 2009, p. 3.

¹¹⁴ Voir pour la distinction dans le contexte du droit français, FAVOREU (note 84), pp. 67-68 et 81-82. Suivant ces auteurs, un premier emploi de l'expression *Grundrecht* peut être trouvé dans la constitution allemande de mars 1849 ; elle s'enracine dans la théorie sur les droits publics subjectifs de GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2^{ème} édition, Tübingen 1905.

¹¹⁵ OBERDORFF (note 57), p. 72. Cet auteur relève, comme beaucoup d'autres, qu'un tel droit constitutionnel n'existe en France que depuis l'intégration de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité par « une démarche volontariste du Conseil constitutionnel », par une première décision ponctuelle de 1971. Et il faut attendre 1982, presque 200 ans après la Déclaration de 1789, pour trouver dans la jurisprudence l'affirmation suivante : « les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle » (décision sur les *Nationalisations*, 16 janvier 1982).

¹¹⁶ FAVOREU (note 85), p. 59.

¹¹⁷ Ibid., p. 80.

¹¹⁸ ZOLLER (note 56), p. 219.

n'importe quelle autre disposition de droit positif – c'est d'ailleurs à travers des jugements de tribunaux appliquant ce « droit constitutionnel des droits de l'homme » dans des litiges entre particuliers, que l'esclavage a été abrogé au Massachusetts dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la constitution de l'Etat, avant même une intervention du législateur de l'Etat abrogeant la législation antérieure¹¹⁹.

Suivant la belle formule du Préambule de la Constitution de Pennsylvanie, en adoptant ces dispositions à titre de droit positif suprême le peuple de Pennsylvanie a décidé « *deliberately to form for themselves such just rules as they shall think best, for governing their future society* »¹²⁰. Suivant celui de la Constitution du Massachusetts, il s'agit pour le peuple en question « *to take measures necessary for their safety, prosperity, and happiness* ».

Louis Favoreu analyse bien l'instrument technique (technique juridique) utilisé quand un peuple s'accorde ce moyen de protection que constituent les droits fondamentaux: « les droits fondamentaux au sens le plus étroit sont des normes de permission »¹²¹, c'est-à-dire des normes qui visent certaines actions humaines, non pas sur le mode de l'interdiction ou de l'obligation, mais sur celui de la permission ou liberté d'agir¹²². Ce sont des normes qui créent des sphères de liberté. Selon les catégories techniques mises en place dans les analyses des droits subjectifs par Hohfeld¹²³, la liberté d'agir du bénéficiaire d'une telle norme (*all men*, tous les êtres humains) a pour corrélat l'absence du droit d'exiger quoi que ce soit dans le domaine des activités humaines protégées par la norme de permission, du côté de l'obligé (l'Etat dans son ensemble, y compris le législateur), la liberté garantie au bénéficiaire de la norme pouvant être renforcée par des obligations accessoires diverses de l'Etat (droits de créance, comme le droit au minimum vital).

De telles normes de permission donnent incontestablement naissance à des droits subjectifs. Suivant les analyses de Hohfeld, un droit subjectif n'est pas nécessairement un droit de créance, mais peut aussi être une liberté, quand l'obligé n'a pas une dette mais une absence du droit d'exiger quoi que ce soit, une absence de droit de créance (on a vu plus haut que c'est précisément cette logique qui conduit aux déclarations de droits). Ce sont des droits subjectifs

¹¹⁹ Voir GEORGE H. MOORE, *Notes on the history of slavery in Massachusetts*, New-York 1866, p. 209 à 215. Le duc de La Rochefoucauld-Liancourt qui, lors de son voyage aux USA entre 1795 et 1799, est devenu l'ami de l'un des avocats qui avait conduit des procédures contre les propriétaires d'esclaves dans cet Etat, relève que ces décisions de tribunaux n'ont pas suscité de réactions dans la société de cet Etat à cause du petit nombre d'esclaves au Massachusetts (extrait cité par Moore, p. 211).

¹²⁰ RAKOVE (note 8), p. 98.

¹²¹ FAVOREU (note 85), p. 83.

¹²² Cet auteur rappelle que « il n'existe, pour toute action humaine possible, que les trois modes déontiques de l'obligation, de la permission et de l'interdiction » (ibid., p. 111).

¹²³ WESLEY N. HOHFELD, *Fundamental Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, édit. par David Campbelle et Philip Thomas, Burlington 2001.

(des libertés) qui résultent du droit positif (la disposition constitutionnelle formulant la norme de permission fait manifestement partie du droit positif).

Pourquoi adopte-t-on une telle norme en droit positif ? Cette question nous ramène au débat de fond sur l'origine intellectuelle des déclarations de droits. Le résultat de l'analyse technique que nous venons de faire est neutre. Il n'empêche pas de soutenir qu'on a voulu refléter dans le droit positif, à travers l'adoption de cette norme, des droits « qui appartiennent originellement et essentiellement à l'homme ». Il est aussi compatible avec la thèse opposée, celle qui est défendue dans cette contribution : par l'insertion de normes spécifiques dans la constitution, on a assimilé les buts de l'association politique, à des droits subjectifs (des libertés), dans le but de favoriser la recherche de la justice, par une sorte de première concrétisation.

Si l'analyse technique ne permet pas d'arbitrer le débat philosophique sur l'origine intellectuelle des déclarations de droits, il en va différemment du texte des premières déclarations. A notre avis, il apporte une confirmation, de nature historique, à la thèse présentée dans cette contribution : les activités visées par les normes en cause sur le mode de la permission, donc comme des activités relevant d'une sphère de liberté, sont décrites dans les premières constitutions comme des activités consistant à « ...enjoying [...] life and liberty ; [...] acquiring, possessing and protecting property ; and pursuing [...] happiness and safety »¹²⁴, et presque toutes ces constitutions, avant d'affirmer que ces activités sont des « droits », commencent par en parler comme des « fins » (« these great ends of government », selon le début du préambule de la Constitution de Pennsylvanie¹²⁵).

On retrouve dans la Déclaration d'indépendance le double traitement de ces activités, comme « fins » et comme « droits ». Ce document affirme d'une part que « Life, Liberty and the pursuit of Happiness » sont des « unalienable rights », et d'autre part, deux lignes plus loin, que ce sont des fins : « whenever any Form of government become destructive of *these ends*, it is the Right of the People to alter or to abolish it »¹²⁶.

¹²⁴ Voir l'art. 1 de la Declaration of Rights qui se trouve dans la constitution du 28 septembre 1776 de la Pennsylvanie (RAKOVE (note 8), p. 99). Il y a des termes assez semblables dans l'art. 1 du Bill of Rights du 12 juin 1776 de la Virginie (ibid., p. 88) et dans l'art.1 de la Declaration of Rights qui constitue la première partie de la constitution du 15 juin 1780 du Massachusetts.

¹²⁵ Ibid., p. 97. Sur ces activités voir notes 68, 76 et 132 dans le présent texte.

¹²⁶ Ibid., p. 136 (c'est nous qui mettons en italique). On ne peut pas dire que par « these ends », la déclaration vise en réalité la conservation des droits (« to secure these rights »). L'art. 2 de la Déclaration de 1789 affirme certes que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels » (cette affirmation dénote une confusion – voir le 3^{ème} tiret de la conclusion). Mais « ends » est au pluriel dans la déclaration d'indépendance, comme « rights ». A relever cependant que dans certaines traductions françaises de la Déclaration d'indépendance, « ends » est traduit par « fin » (au singulier !). Outre l'inexactitude de traduction, cela nous paraît atténuer l'aspect concret et réaliste du langage utilisé dans la version originale, quand il appelle au renversement des régimes destructeurs de ces fins que sont la vie, la liberté et la recherche du bonheur.

La terminologie utilisée par les déclarations pour décrire les activités qui relèvent de cette sphère de liberté, ainsi que l'explication que ces activités sont les fins en vue desquelles les communautés politiques sont constituées, viennent toutes deux de Locke, et Locke lui-même ne faisait que mettre en forme une tradition de langage politique antérieure, comme le relève Skinner, qui parle de la « *litany later made famous by John Locke* » à propos des termes utilisés par le Parlement en 1642 à l'encontre du roi dans une dispute sur les droits de propriété du roi sur la ville de Hull¹²⁷.

IV. Conclusion

La thèse défendue dans cette contribution semble être en harmonie avec ces textes. Elle en explicite la logique interne. Il s'agit donc au minimum du « but de toute institution politique »¹²⁸ (la jouissance paisible par chacun de la vie et de la liberté, et la détention de ses biens) qui est désormais visé aussi à travers le langage des droits subjectifs. L'utilité de ce langage est manifeste : pour juger la loi, si cela s'avère nécessaire dans le cas soumis au tribunal, le « juge de la loi » pourra comparer les actes du pouvoir législatif à ce but.

En érigant les buts de l'association politique en droits sans apporter aucune précision sur les activités en question, en conservant donc dans les déclarations de droits toute l'indétermination qu'avaient ces fins quand on n'en parlait pas en utilisant le langage des droits, on a fait quelque chose de très ordinaire, et l'on pourrait sans doute reprendre le mot de Condorcet pour le décrire : « vos tyrans me reprocheraient de ne dire que des choses communes »¹²⁹.

Mais si la chose dite est commune (Mohamed Bouazizi reconnaîtrait sans doute comme commun ce qui l'a amené à s'immoler par le feu¹³⁰), il faut admettre que les concepts nécessaires pour l'expliquer et la mettre en œuvre sont complexes. Que l'on pense en particulier à l'articulation des normes sur la fin, et à la distinction entre les normes constitutionnelles matérielles que sont les droits fondamentaux, et les normes constitutionnelles d'organisation¹³¹. Nous terminons par quelques remarques de conclusion sur cette différence :

¹²⁷ QUENTIN SKINNER, *Classical Liberty and the Coming of the English Civil War*, in: *Republicanism, A Shared European Heritage*, vol. II, *The Values of Republicanism in Early Modern Europe*. 3e éd, Cambridge 2006, pp. 16 et 21.

¹²⁸ Préambule de la Déclaration française de 1789.

¹²⁹ BADINTER (note 23), p. 197. On est donc bien loin de l'interprétation donnée de la Déclaration de 1789 par Luc Ferry et Alain Renaut : le surgissement dans l'histoire humaine d'une « représentation de l'humanité comme subjectivité » (voir note 43).

¹³⁰ Voir note 3.

¹³¹ Pour la question de l'articulation, voir notes 23, 49 et 107. Autres questions : ce qu'est le droit (voir notes 48 et 77), ce qu'est l'utilité commune et sa quasi-identification avec le droit (note 99), la différence entre communauté politique et autres communautés (note 71).

- Alors que les droits de l'homme sont des normes relatives au « but de toute institution politique »¹³² (les déclarations de droits renforcent le rôle de ce but en le traduisant dans le langage des droits subjectifs), les normes d'organisation sont relatives non pas au but lui-même, mais exclusivement aux moyens mis en œuvre en vue du but¹³³.
- La dignité plus grande des normes matérielles que sont les droits de l'homme, à cause de la proximité plus grande qu'elles ont avec la fin (avec le « but de toute institution politique »), ne signifie cependant pas qu'elles soient au fondement des normes d'organisation, qui pourraient être simplement déduites d'elles. La réflexion politique qui aboutit à la conclusion qu'il est nécessaire de mettre en place les mécanismes constitutionnels que nous avons décrits, part en effet du « but de toute institution politique », non pas des normes relatives à ce but, non pas donc des déclarations de droits¹³⁴.
- C'est une distinction subtile, mais essentielle. Si on ne la fait pas, on glisse involontairement, comme le font les libéraux, vers une forme de pensée politique dans laquelle l'orientation vers l'utilité commune ne joue plus aucun rôle¹³⁵. Or, le but de toute institution politique, ou plutôt ce qui est effectivement visé quand des hommes instituent et maintiennent en vie une communauté politique, vient avant les droits. Ceux-ci ne constituent, comme le prouve l'histoire des premières déclarations, qu'une traduction de ce but en langage de droits subjectifs, utile pour soutenir la réalisation de la justice à travers ces mécanismes constitutionnels et juridictionnels, mais subordonnée à eux (nous proposons ainsi ce qu'on pourrait appeler une « process-oriented approach » des normes matérielles que sont les droits fondamentaux).
- L'articulation de ces mécanismes sur leur fin se présente ainsi : rechercher l'utilité commune (la fin au niveau politique), c'est nécessairement d'abord rechercher la justice et le droit, et donc l'essentiel de la structure de la cité dépend de ce qui permet la « formation of good and equal laws », ainsi que d'une « just and stable administration of justice », donc des divers mécanismes capables de produire ce résultat¹³⁶.

¹³² C'est ce que Thomas d'Aquin appelle des normes « quae sunt circa finem » (De virtutibus, Q. 5, a. 1 ad 2), qui portent sur un agir « per se [...] debitum » (Somme théologique, II-II, Q. 44, a.1).

¹³³ Il s'agit de normes « quae sunt circa ea quae sunt ad finem » (Sententia Ethic., lib. 1 l. 2 n. 7).

¹³⁴ Les approches déontologiques le plus souvent ne font pas cette distinction. Voir note 126.

¹³⁵ Le Conseil de l'Europe s'est demandé « ce qui manque à la Déclaration universelle des droits de l'homme pour penser le bien commun » (Voir FRANÇOIS FLAHAULT, Où est passé le bien commun ?, Paris 2011). La présente contribution fournit les bases d'une réponse.

¹³⁶ Comme l'a dit ADAMS (note 7), Vol. III, p. 128, « the great question [...] is what combination of powers in society, or what form of government, will compel the formation of good and equal laws, an impartial execution and faithful interpretation of them ».

- Donner aux tribunaux le pouvoir de revoir les actes du législateur dans les cas d'espèce en fonction de « lois de lois », le donner par exemple à la cour suprême du pays¹³⁷ ou à un tribunal comme la CEDH, ne fait pas de ces instances le pouvoir souverain dans l'Etat, mais met simplement en œuvre un mécanisme, avéré en pratique, pour assurer la réalisation de la justice, et donc l'utilité commune. Ce qui caractérise l'ordre constitutionnel et juridictionnel ainsi mis en place, c'est que « no particular statute nor the judgment of any court is the final word on what is just »¹³⁸ : tout dépend, à chaque nouveau cas parmi ceux qui exigent que la cour se fasse juge de la loi, du discernement de ce qui est objectivement juste dans le cas, donc d'un acte de connaissance, qui atteint, quand il n'y a pas d'erreur, cette égalité adéquate aux circonstances du cas et à la situation dont il relève (« sachgerecht »).
- Aller dans ce sens, c'est abandonner totalement « cette nomophilie surprenante pour la pensée contemporaine » dont témoigne la Déclaration de 1789 et tout le libéralisme légicentriste, cette idée de la loi comme « meilleure garantie et [...] seul rempart contre l'oppression et la tyrannie », cette idée que « comme autrefois le roi, la loi ne peut mal faire », et que « c'est de la loi, et de la loi seule, que le juge doit pouvoir dire le droit ». C'est adopter une autre tradition, une tradition « qui veut que le juge soit l'organe essentiel du droit », une tradition dans laquelle les gens « définissent le droit par le juge ; le droit, c'est ce qui est dit par le juge »¹³⁹. C'est la tradition articulée philosophiquement au Livre V de l'*Ethique à Nicomaque*, selon laquelle « toutes les fois qu'il y a contestation, on a recours au juge, et aller vers le juge, c'est aller vers le droit »¹⁴⁰.

L'espace manque pour décrire l'évolution qui a abouti à « une conversion quasi générale des Etats européens à une conception normative de la constitution », que « les Américains [...] ont inventée »¹⁴¹ : l'Allemagne et l'Italie depuis 1945, la Grèce, le Portugal et l'Espagne dans les années 1970, la France depuis 1971 avec cette idée nouvelle que « les lois votées [...] n'expriment la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹⁴², et l'Angleterre où le principe de la souveraineté absolue du Parlement a fait

¹³⁷ Voir note 59 sur la situation du Tribunal fédéral en Suisse. Voir projet du 12 août 2011 sur la juridiction constitutionnelle, FF 2011 6707.

¹³⁸ JAMES STONER, *Constitutionalism and Judging in The Federalist*, in: CHARLES R. KESLER (éd.), *Saving the Revolution. The Federalist Papers and The American Founding*, New York 1987, p. 216.

¹³⁹ ZOLLER (note 56), pp. 183 et 185 pour ces diverses citations.

¹⁴⁰ ARISTOTE (note 10), Livre V, Chapitre 7, 1132a21, p. 252 (nous modifions légèrement la traduction).

¹⁴¹ ZOLLER (note 56), pp. 45 et 33. Voir aussi note 59

¹⁴² Décision du Conseil constitutionnel *Evolution de la Nouvelle-Calédonie II* (23 août 1985), citée par ZOLLER (note 56), p. 221.

l'objet d'une remise en cause avec l'adoption en 1990 du Human Rights Bill qui incorpore les principales dispositions de la CEDH dans le droit anglais¹⁴³.

C'est comme une deuxième victoire du républicanisme contre l'idée d'un « arbitrary power in every state somewhere », et contre la conception hobbesiano-libérale de la liberté. Nos pratiques et nos institutions évoluent donc dans le sens du républicanisme. L'idéologie libérale, si envahissante, ne nous permet pas toujours de nous en apercevoir.

¹⁴³ Voir sur tout cela ZOLLER (note 56), p. 46.