

PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Alfred Dufour

**Droits de
l'homme,
droit naturel
et histoire**

1359688

34

DROITS DE L'HOMME
DROIT NATUREL
ET HISTOIRE

°F

542.81

L É V I A T H A N
COLLECTION DIRIGÉE
PAR STÉPHANE RIALS

NC

DROITS DE L'HOMME DROIT NATUREL ET HISTOIRE

Droit, individu et pouvoir
de l'Ecole du Droit naturel
à l'Ecole du Droit historique

par

Alfred Dufour

Professeur à l'Université de Genève



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

DL-05121991-35929

DIROITS DE L'HOMME
DROIT NATUREL
ET HISTOIRE

Droit individuel et pouvoir
de l'École du Droit naturel
à l'École du Droit historique

Alfred Delpier
Professeur à l'Université de Caen

ISBN 2 13 043869 5
ISSN 0989 4462

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1991, octobre
© Presses Universitaires de France, 1991
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris



A V A N T - P R O P O S

La *mort des idéologies*, illustrée de manière spectaculaire dans l'histoire de l'Europe de cette fin de xx^e siècle par la déroute incontournable du communisme, loin de marquer la « fin de l'histoire » ainsi que l'ont cru certains esprits d'outre-Atlantique, a mis tout au contraire à découvert certaines des dynamiques spirituelles les plus profondes de l'évolution historique. La religion des *Droits de l'Homme* et le *culte de l'identité nationale* en paraissent être les deux formes d'expression les plus représentatives — les plus marquantes aussi de ces dernières années. Dans leur radicalité même, dès lors qu'elles postulent, l'une, l'existence de *droits naturels* communs à tous les *individus* de l'espèce humaine, l'autre, celle de *droits historiques* propres à des *communautés nationales* déterminées, elles plongent leurs racines dans les deux Ecoles de pensée juridique majeures de l'histoire moderne : l'*Ecole du Droit naturel* et l'*Ecole du Droit historique*. Aussi pour clarifier les débats actuels sur les fondements, la nature et la portée des *Droits de l'Homme* comme sur les bases, les facteurs et le sens de l'*identité nationale*, est-il urgent de revenir aux sources des doctrines du *Droit naturel* et du *Droit historique*.

C'est cette recherche des sources qui porte les douze chapitres de ce livre, articulés en deux parties, centrées respectivement sur l'*Ecole du Droit naturel moderne* et sur l'*Ecole du Droit historique*, et situant, d'une part, dans une perspective chronologique, les *figures* et *œuvres fondatrices* de chaque Ecole, d'autre part, dans une perspective thématique, leur *méthodologie propre* et leurs *concepts clés*.

Deux remarques s'imposent à titre liminaire en ce qui concerne la conception et l'économie de l'ouvrage. Elles tiennent au *genre* dont il relève et aux *idées directrices* qui l'inspirent.

Quant au *genre*, fruit d'une réflexion et d'une recherche qui ont pris forme au cours des années dans les contributions les plus diverses, le plus souvent

dans le cadre de congrès, de colloques ou de séminaires d'histoire ou de philosophie du droit aux quatre coins de l'Europe*, ce livre relève, non de l'essai philosophique, mais bien du *genre historique* et ceci à un double titre : d'abord parce qu'il est l'œuvre d'un *historien de la pensée juridique*, attaché à l'identification des sources et des auteurs des grandes doctrines qui ont façonné l'histoire du Droit, soucieux de l'exactitude des dates et des références, comme de la justesse de la mise en perspective chronologique du développement des œuvres étudiées et des principaux courants doctrinaux examinés ; ensuite, parce que les différents chapitres qui le composent, loin de procéder d'un seul jet de quelque intuition fulgurante, sont autant de jalons d'une démarche inscrite dans la durée et tributaire elle-même des découvertes de l'historiographie juridique contemporaine.

Quant aux idées *directrices* qui commandent toute l'économie de l'ouvrage, la première tient à notre conception du rôle des *individualités* dans l'histoire ; dans cette perspective, l'histoire du Droit, loin d'être une histoire impersonnelle de normes et de pratiques, est l'œuvre de personnalités hors pair — tels Ulpien ou Gratien, Grotius ou Savigny — qui, de siècle en siècle, voire de génération en génération, non seulement inspirent et renouvellent ces normes et pratiques, mais surtout fondent de nouvelles approches des réalités sociales et de leur régulation — de là, la place dévolue aux *figures fondatrices* ou *emblématiques* au seuil de chacune des deux parties du livre ; la seconde tient à l'étroite *solidarité* existant à notre sens entre l'histoire de la pensée juridique et l'histoire intellectuelle de l'Occident, singulièrement entre la science juridique et la pensée philosophique et scientifique ; cette solidarité — déjà perceptible à l'époque de la *Renaissance du Droit romain*, avec l'influence de l'appareil conceptuel scolastique sur les Glossateurs et les Consiliateurs ou à l'époque de l'*Humanisme juridique*, avec l'empreinte de la critique philologique et historique humaniste sur l'École de Bourges — n'éclate sans doute à nulle autre époque avec plus d'évidence qu'à l'ère du *Droit naturel* avec l'inféodation de la jurisprudence au rationalisme et aux méthodes des sciences de la nature, voire à l'ère du *Droit historique*, avec l'entrée de la science juridique dans la mouvance du romantisme et des modèles des sciences de la vie — de là, l'importance attribuée aux *questions de méthode*, aux *modèles* et aux *concepts clés* dans l'économie de l'ouvrage.

Ainsi conçus et distribués, les chapitres qui forment ce livre se développent

* Nous tenons à remercier vivement les directeurs et éditeurs qui ont bien voulu autoriser la reproduction des textes déjà publiés de ces contributions, en relevant que la rédaction primitive en a été çà et là sensiblement remaniée. Nous insérons à la fin de ce volume une note précisant les origines, lieux et dates de la première publication de chacun de ces textes.

autour de trois thèmes *majeurs* : le caractère essentiellement *scientifique*, plutôt que *philosophique* ou *politique*, des objectifs de l'*Ecole du Droit naturel* comme de l'*Ecole du Droit historique*; la *complexité méthodologique* de chacune d'elles; enfin l'*ambiguïté* foncière, si ce n'est la *division* profonde, de l'une et de l'autre dans l'ordre *politique*.

C'est en effet d'abord que l'*Ecole du Droit naturel moderne* comme l'*Ecole du Droit historique*, quelque influence qu'elles aient exercé dans le domaine politique ou philosophique, ne sont ni l'une ni l'autre fondamentalement et dans leur visée première des Ecoles de *pensée politique* ou *philosophique*, mais bien au premier chef des mouvements de pensée portés par des *projets scientifiques* aux *méthodes* et aux *modèles* bien spécifiques : le grand dessein de l'*Ecole du Droit naturel moderne* tient ainsi dans la réalisation du fameux idéal humaniste d'origine cicéronienne tendant à réduire le Droit en *système* (*jus in artem redigere*), du Droit de la Nature à celui des Gens, en passant par le Droit politique et le Droit ecclésiastique, et ceci — ce sera la *modernité* de l'Ecole — par le recours à la *méthode résolutive-compositive* et au *modèle mécaniciste* des sciences physiques et mathématiques, tandis que l'objectif majeur de l'*Ecole du Droit historique* tiendra dans la réforme de la jurisprudence rationaliste et législativiste issue de l'*Ecole du Droit naturel moderne* par le rappel de l'enracinement historique et du développement organique du Droit et le recours qui en résulte à la *méthode critique* des sciences historiques comme aux *modèles organicistes* des sciences de la vie.

C'est à la mise en œuvre de ces *méthodes* et de ces *modèles*, bien plus qu'à l'un ou l'autre des courants philosophiques, au reste divers et souvent contradictoires, qui traversent l'*Ecole du Droit naturel moderne* — subjectivisme, nominalisme volontariste, objectivisme des valeurs, réalisme intellectualiste — ou l'*Ecole du Droit historique* — idéalisme, vitalisme, mysticisme — qu'il faut rapporter à notre avis la place de l'*individu* et la primauté de la *loi* dans la première, le rôle de la *coutume* et l'importance de la *conscience populaire* (*Volksgeist*) dans la seconde.

Il est de fait ensuite que si chacune de ces deux *Ecoles de pensée juridique* se caractérise par une méthodologie spécifique — celle des sciences physiques et mathématiques pour l'*Ecole du Droit naturel moderne*, celle des *sciences historiques et biologiques* pour l'*Ecole du Droit historique* — ni l'une ni l'autre n'en demeurent pour autant prisonnières. Tout au contraire, ainsi que le montrent de façon exemplaire, au point d'en devenir emblématiques, les œuvres des figures fondatrices des deux Ecoles, les grands desseins qu'elles poursuivent, de la constitution du Droit en système ou de sa réforme sur des bases historiques et organiques, les portent d'un côté à prendre en compte les *données de l'histoire* dans l'élaboration

du *système* comme dans la détermination de ce qui est de *Droit naturel* (Grotius, Pufendorf), d'un autre côté à mettre au jour le *système* inhérent à la *totalité organique du Droit* (Savigny, Puchta, Beseler).

C'est ainsi que, soulignant les limites de toutes les pensées réductrices qui tendent à présenter l'*Ecole du Droit naturel moderne* comme exclusive de toute ouverture historique et l'*Ecole du Droit historique* comme dominée par des éléments irrationnels et mystiques, la place faite à l'*histoire* dans la première, au *système* dans la seconde, oblige à nuancer la détermination de leurs caractéristiques propres dans l'histoire intellectuelle de l'Occident. Il s'en faut de beaucoup qu'elle entraîne une reconsidération fondamentale de leur rôle dans l'histoire de la pensée juridique et politique. C'est en effet que pour l'*Ecole du Droit naturel moderne*, loin de relativiser ses objectifs premiers, la prise en compte des données de l'*histoire* vient s'intégrer dans son grand dessein méthodologique pour étendre l'ampleur du champ du *Droit naturel* et renforcer du même coup la cohésion du *système*, appelé à englober non seulement toutes les règles juridiques qui découlent de la nature des hommes, mais encore toutes celles qui résultent de leurs libres déterminations (Pufendorf), et c'est que, pour l'*Ecole du Droit historique*, loin de remettre en cause la spécificité de son entreprise réformatrice, l'importance reconnue au *système* entraîne la consolidation d'une pensée scientifique étroitement imbriquée dans une conception historique du Droit et organique de son développement, son objectif tenant dans « la mise au jour du *système* qui tient au rapport des règles juridiques particulières à la *totalité du Droit* » (Beseler).

Enfin, c'est qu'à l'encontre de l'opinion commune et ainsi que certains viennent de le découvrir, l'*Ecole du Droit naturel moderne* ne saurait être identifiée sans nuance à un haut lieu de la pensée libérale où se serait élaborée contre l'absolutisme toute l'idéologie des Droits de l'Homme, pas plus que l'*Ecole du Droit historique* ne saurait se réduire à un foyer du conservatisme, voire de la Réaction, où se seraient forgées contre les idées révolutionnaires toutes les théories du respect de l'ordre établi, si ce n'est « la philosophie de la Restauration » (J. Droz). L'opposition *Droit naturel - Droit historique* ne doit en effet pas leurrer. S'il est certain que les *Droits de l'Homme* plongent leurs racines dans la doctrine du *Droit naturel*, plutôt que dans la doctrine du *Droit historique*, il s'en faut de beaucoup que dans la détermination du contenu, de l'ampleur et de la portée de ces Droits, l'*Ecole du Droit naturel moderne* s'avère « homogène » et que l'*Ecole du Droit historique* offre inversement dans son ensemble un « front du refus ». Tout au contraire, précisément parce que ni l'une ni l'autre de ces Ecoles ne sont fondamentalement portées par un projet *politique*, les plus attachés, au cœur de l'*Ecole du Droit naturel moderne*, à la notion de *droits naturels des individus* dans l'état

de nature et à la figure du *Contrat social* se révèlent foncièrement divisés dans la détermination des *droits des citoyens* dans l'état politique, alors que les plus allergiques, au sein de l'*Ecole du Droit historique*, à la fiction de l'*état de nature* et au mythe du *Contrat social* sont loin de faire également table rase de tous les *Droits de l'Homme*, quitte à les entendre comme les *Droits fondamentaux* d'un *peuple* ou d'une *nation déterminée*.

En suivant ainsi dans leur fondation comme dans leur destinée, dans l'ampleur de leur visée comme dans les dédales de leur méthodologie l'*Ecole du Droit naturel moderne* et l'*Ecole du Droit historique*, nous espérons contribuer à clarifier les débats relatifs aux fondements, à la nature et à la portée des Droits de l'Homme comme aux bases, aux facteurs et au sens de l'identité nationale, restituer dans leur véracité les deux Ecoles de pensée juridique majeures qui ont déterminé la conception et la mise en œuvre du Droit moderne, souligner enfin la prépondérance de l'assise germanique de ces Ecoles de pensée qui nous rappelle que si la France est sans doute « la patrie des Droits de l'Homme », la « vieille Allemagne » est « notre mère à tous » (G. de Nerval).

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and that its history is a history of growth and expansion. The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and that its history is a history of the struggle for a better life. The third is the fact that the United States is a nation of free men, and that its history is a history of the struggle for freedom.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and that its history is a history of growth and expansion. The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and that its history is a history of the struggle for a better life. The third is the fact that the United States is a nation of free men, and that its history is a history of the struggle for freedom.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and that its history is a history of growth and expansion. The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and that its history is a history of the struggle for a better life. The third is the fact that the United States is a nation of free men, and that its history is a history of the struggle for freedom.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and that its history is a history of growth and expansion. The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and that its history is a history of the struggle for a better life. The third is the fact that the United States is a nation of free men, and that its history is a history of the struggle for freedom.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and that its history is a history of growth and expansion. The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and that its history is a history of the struggle for a better life. The third is the fact that the United States is a nation of free men, and that its history is a history of the struggle for freedom.

The first of these is the fact that the United States is a young nation, and that its history is a history of growth and expansion. The second is the fact that the United States is a nation of immigrants, and that its history is a history of the struggle for a better life. The third is the fact that the United States is a nation of free men, and that its history is a history of the struggle for freedom.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Les avatars des Droits de l'Homme
entre
Droit naturel et Droit historique

DROITS DE L'HOMME ET LIBERTÉS FONDAMENTALES
DANS LA PENSÉE POLITIQUE ET JURIDIQUE
DEPUIS LE XVI^e SIÈCLE EN EUROPE ET EN AMÉRIQUE

Introduction

Il est bien évident qu'il ne saurait être question dans le cadre de ce chapitre de rendre compte de la richesse foisonnante de près de quatre siècles de pensée politique et juridique occidentale. C'est qu'il faudrait retracer en effet, tout d'abord, sur le plan des *doctrines politiques*, les différentes conceptions du statut de l'*individu* au sein de la société politique, et ceci des théories des *Monarchomaques* protestants et des théologiens-juristes de la *Scolastique espagnole* — de Bèze à Althusius et de Mariana à Suarez — aux différents courants de l'*anarchisme* et du *nationalisme* contemporains, en passant par les contributions marquantes des diverses formes du *libéralisme* et du *socialisme* européens — de Locke et de Montesquieu à l'abbé Sieyès et à Pellegrino Rossi comme de Robert Owen et de Saint-Simon à Marx et à Lénine. Enfin, il ne faudrait pas oublier, dans l'exposé des doctrines politiques relativement au statut de l'*individu* face au *pouvoir* depuis le xvi^e siècle, la part de l'*absolutisme* — de Jean Bodin à Hobbes et à Bossuet — ni celle de l'*utopisme* — de Campanella à Fourier et à Etienne Cabet.

Mais ce ne serait pas tout : il faudrait encore, en effet, cette fois sur le plan des *doctrines juridiques*, de la *Dogmengeschichte* comme de la *Wissenschaftsgeschichte*, d'une part, suivre la genèse et l'essor des notions de *droits naturels* (*natural rights*) et de *droits fondamentaux* (*Grundrechte*) ou de *Droits de l'Homme* et de *libertés fondamentales*, voire celles, plus formelles, de *Constitutions écrites*, de *Déclarations*

de Droits et de Garanties de Droits, de l'École du Droit naturel moderne à celle du Constitutionnalisme du XIX^e siècle. Et il faudrait, d'autre part, retracer l'émergence et les divers avatars de la discipline scientifique spécifique qui a pour objet le Droit matériel de l'Etat : à savoir, comme la définit en 1674 son fondateur en Allemagne, Ulrich Huber (1636-1694), le *Droit public général* (*Jus publicum universale*), conçu à l'origine comme *science normative*, conditionnée par les principes du Droit naturel et du Droit divin, et devenu par la suite *science descriptive et explicative* du fonctionnement de l'Etat, soit comme *Droit public national* (*Teutsches Staatsrecht*) ou *Droit constitutionnel* (*Gemeines Teutsches Staatsrecht*) — ainsi chez Pütter en Allemagne et chez Rossi en France, soit comme *Théorie générale de l'Etat* (*Allgemeine Staatslehre*) — ainsi chez Georg Jellinek en Allemagne et chez Carré de Malberg en France¹.

L'ampleur de la tâche, aussi bien historique que doctrinale, nous contraint à des choix. Ces choix affecteront, d'un côté, l'approche de notre sujet et, d'un autre côté, sa délimitation même.

Quant à l'approche de notre sujet, cela signifie que, renonçant à toute espèce d'encyclopédisme, nous n'allons pas nous livrer ici à un exposé *dogmatique* et *systématique* de l'évolution de la pensée politique et juridique occidentale depuis le XVI^e siècle en matière de *Droits de l'Homme* et de *Libertés fondamentales*. Tout au contraire, l'approche que nous adopterons se présentera comme une approche à la fois *problématique* et *thématique*.

Notre approche sera au premier chef *problématique*, plutôt que *dogmatique*, en ce sens que nous nous arrêterons pour commencer à quelques-unes des questions fondamentales qui se posent à l'étude de l'évolution des libertés individuelles dans l'histoire de la pensée politique et juridique occidentale moderne. Et nous retiendrons à cet égard trois ordres de *questions disputées* qui nous paraissent primordiales :

1 / Il s'agit d'abord de la problématique spécifiquement *historique* des *sources doctrinales* de la théorie des *libertés fondamentales*, qui entre formellement dans l'histoire constitutionnelle moderne à la fin du XVIII^e siècle en Amérique du Nord comme en Europe occidentale avec les Déclarations de Droits virginienne et française. Nous chercherons à contribuer à cet égard à l'élucidation de cette question aussi bien par l'exposé des thèses en présence que par la mise au jour des données qui les relativisent. C'est ce qui nous mènera au deuxième ordre de questions à examiner.

¹ Sur ces avatars du Droit public général, cf. Chr. Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, Vienne, Cologne, Graz, 1979, p. 45-65.

2 / Il s'agira ensuite, en effet, de la problématique *philosophico-juridique* de la *nature* et de l'*assise* des libertés fondamentales. Reflet de traditions de pensée juridique différentes, la conception de la nature et de la dimension de ces libertés va en expliquer non seulement le régime juridique différencié, mais surtout la destinée historique propre selon les pays. Nous essaierons à ce sujet de formuler une typologie conceptuelle des libertés individuelles ainsi que de dégager les implications qu'elles recèlent, ce qui nous amènera à un troisième ordre de problèmes.

3 / Il s'agira, enfin, de la problématique proprement *philosophique* de la *conception* de la *réalité sociale*, qui conditionne directement à notre sens la détermination des rapports de l'individu et de la société politique qui est à la base de la typologie conceptuelle des droits fondamentaux. A ce propos, nous tenterons de dégager les *modèles* et les *catégories fondamentales* qui commandent les options les plus caractéristiques de la pensée politique occidentale en matière de libertés individuelles.

Si tel se présente l'aspect problématique de notre approche, nous ne nous bornerons cependant pas à soulever des problèmes et à formuler des hypothèses.

Comme nous l'avons indiqué, notre approche sera aussi *thématique*. C'est dire que, renonçant à traiter *systématiquement* de l'histoire doctrinale des libertés fondamentales, nous n'en entendons pas moins nous arrêter à certains de ses *thèmes classiques*, et ceci sur le double plan *historique* et *doctrinal*.

Ainsi, nous allons centrer notre attention sur deux Ecoles qui jouent un rôle historique capital dans l'essor comme dans la discussion des notions de *libertés fondamentales* et de *Droits de l'Homme* en Europe comme en Amérique depuis la fin du XVII^e siècle, à savoir l'*Ecole du Droit naturel* et l'*Ecole du Droit historique*, qui représentent en fait les deux Ecoles de pensée juridique majeures de l'histoire du Droit occidental moderne.

Cette approche thématique *historique* se doublera par ailleurs d'une approche thématique *doctrinale*. Cela signifie que nous chercherons en même temps à déterminer la *teneur* des libertés fondamentales dans ces deux Ecoles de pensée juridique, d'une part, en examinant les droits des individus en fonction de la conception de l'*origine du pouvoir* — soit du fondement philosophique de la société politique, d'autre part, en étudiant les droits des individus en fonction de la conception de la *finalité du pouvoir* — soit des objectifs de l'organisation de l'Etat.

L'approche de notre sujet ainsi définie, il nous reste encore à en délimiter formellement le champ.

A cet égard, telle qu'elle découle partiellement de l'approche que nous venons de définir, cette délimitation sera de trois ordres.

C'est ainsi, d'abord, que délaissant textes constitutionnels, institutions

politiques et faits sociaux, nous nous limiterons — en historien de la pensée juridique et politique — à l'*histoire des doctrines* relativement aux *rapports de l'individu et du pouvoir*.

C'est ainsi, ensuite, que ne pouvant englober toutes les doctrines du xvi^e au xx^e siècle, nous nous en tiendrons essentiellement — en juriste — aux deux Ecoles de pensée juridiques centrales dans l'essor de la science juridique occidentale moderne, à savoir l'*Ecole du Droit naturel moderne* et l'*Ecole du Droit historique*.

C'est ainsi, enfin, que laissant délibérément de côté les *droits* ou *libertés politiques*, nous nous bornerons — en publiciste — aux *libertés individuelles* ou *libertés fondamentales*, c'est-à-dire — selon la formule frappante de l'abbé Sieyès — à ces droits naturels et civils « pour le maintien et le développement desquels la société est formée »² par opposition à ceux, tels les droits politiques, « par lesquels la société se forme et se maintient »³.

Mais quels sont ces *libertés individuelles* ou ces *droits individuels* auxquels nous nous bornerons ? Il s'agit — pour reprendre une définition de G. Burdeau — des différentes formes que peut prendre « la faculté que tout homme porte en lui d'agir selon sa détermination propre sans avoir à subir d'autres contraintes que celles qui sont nécessaires à la liberté des autres »⁴.

Qu'elles soient conçues alors comme des *facultés* octroyées par le pouvoir d'Etat ou comme des *droits* inhérents à la nature même de la personne humaine, ces *libertés individuelles* ou *fondamentales* englobent, d'une part, des libertés ordonnées à la réalisation de la destinée personnelle de chacun sur le plan matériel : sanctionnées par le *droit de résistance*, telles sont les *libertés premières*, comme l'*autonomie individuelle* — de la libre circulation au droit au bonheur, la *sûreté* — de l'*Habeas Corpus* à l'inviolabilité du domicile, enfin la *propriété privée* — de la maîtrise des choses à celle de l'économie. Ces *libertés fondamentales* englobent, d'autre part, des libertés ordonnées aux sphères plus élevées de la vie culturelle, sociale et religieuse : telles sont les *libertés secondes*, comme la *liberté de la presse*, la *liberté de l'enseignement*, les *libertés de réunion* et d'*association*, enfin les *libertés de conscience*, de *croissance* et de *culte*⁵.

Nous aurons l'occasion de voir dans quelle mesure ces distinctions de publiciste sont pertinentes pour les historiens des libertés fondamentales et

² Cf. E. Sieyès, *Projet de Déclaration des Droits* (Paris, 1789), cité in A. Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel*, t. 1, 8^e éd., Paris, 1927, p. 587, n. 39; voir aussi P. Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Paris, 1939, p. 347.

³ Cf. *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ Cf. G. Burdeau, *Le libéralisme*, Paris, 1979, p. 40.

⁵ Cf., pour la distinction entre *libertés premières* et *libertés secondes*, M. Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, 1923, p. 97-98, entre autres.

quelles sont singulièrement pour eux, dans la genèse et l'essor des libertés fondamentales, les libertés *premières* et les libertés *secondes*.

Il nous reste à dire enfin un mot du plan que nous suivrons et qui résulte lui aussi de l'approche que nous avons adoptée. C'est dire que nous traiterons dans une *première partie*, d'ordre *problématique*, des trois ordres de questions fondamentales qui nous paraissent s'imposer à l'étude de l'histoire doctrinale des libertés fondamentales : à savoir celle des *sources*, de la *nature* et des *présupposés* de ces libertés. Nous aborderons ensuite dans une *deuxième partie*, de nature *thématique*, l'étude de la part et du rôle de l'*Ecole du Droit naturel* et de l'*Ecole du Droit historique* dans l'essor et les divers avatars de la notion de *liberté fondamentale*, ainsi que celle de la *teneur des libertés individuelles* en fonction de la conception de l'origine du pouvoir politique comme en fonction de la conception de la finalité de ce pouvoir dans ces deux Ecoles de pensée juridique qui dominent la formation du Droit occidental moderne.

I — QUESTIONS DISPUTÉES

Parmi les questions disputées de l'histoire doctrinale des libertés fondamentales, il en est trois qui méritent de retenir l'attention, d'une part, en raison de leur enjeu sur le triple plan *historique*, *juridique* et *philosophique*, d'autre part, en raison de leur place dans la *littérature scientifique* de notre siècle comme dans les grandes discussions doctrinales des siècles antérieurs.

La première de ces questions disputées de l'histoire doctrinale des libertés fondamentales relève d'une problématique spécifiquement *historique* ou *historico-juridique* et elle fait l'essentiel du débat toujours ouvert inauguré voici près d'un siècle par le publiciste et théoricien du Droit allemand Georg Jellinek (1851-1911) avec son étude de 1895, par trois fois rééditée jusqu'en 1927 — « Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte » — et alimenté par la réplique de son collègue politologue français Emile Boutmy, datée de 1902 et intitulée : « La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et M. Jellinek »⁶.

⁶ L'étude de G. Jellinek, rééditée par trois fois — en 1904, 1919 et 1927 — et la réplique d'E. Boutmy, parue dans les *Annales de Sciences politiques*, t. XVII, Paris, 1902, p. 415-443, ont été republiées par R. Schnur, *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, 1964, p. 1-77 et p. 78-112, avec la réponse de G. Jellinek, p. 113-128 (publiée à l'origine dans la *Revue du Droit public*, t. XVIII, Paris, 1902, p. 385-400).

Il s'agit, nous l'avons dit, de la question des sources doctrinales de la théorie des libertés fondamentales. Telle qu'elle prend forme de manière exemplaire au tournant du siècle dans le débat opposant Jellinek et Boutmy — débat relancé en France avec Ad. Esmein⁷ et E. Doumergue⁸ dans la ligne de Boutmy et renouvelé plus tard en Allemagne avec Otto Vossler en 1930⁹ et Gerhard Ritter en 1958¹⁰, qui renvoient dos à dos Jellinek et Boutmy, la question apparaît sans doute limitée à la problématique des sources intellectuelles de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Et, de fait, tel paraît bien être l'enjeu immédiat du débat qui oppose Boutmy à Jellinek et à travers eux la doctrine française à la doctrine allemande. D'un côté, pour la doctrine dominante des publicistes et politologues français du début du siècle, les origines intellectuelles de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 se situent, sinon dans le *Contrat social* de Rousseau comme le veulent Janet et Boutmy, en tout cas dans la Philosophie française des Lumières, comme l'entendent Doumergue et Esmein. De l'autre côté, pour Jellinek et toute une partie de la doctrine allemande, c'est dans les Déclarations de Droits américaines de 1776, voire dans la tradition philosophique anglo-saxonne, si ce n'est dans la tradition juridique germanique, qu'il faut situer la source de la Déclaration française de 1789.

L'enjeu réel de ce débat bien connu dépasse cependant largement la question de l'*originalité* proprement dite de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, fruit caractéristique du génie national français ou sous-produit du génie anglo-saxon ou germanique. C'est qu'il en va en définitive de ce qui fait la spécificité des *Déclarations des Droits* et des *libertés fondamentales* qui se font jour en Europe comme en Amérique à la fin du XVIII^e siècle, à savoir la formulation solennelle d'une *doctrine systématique* des libertés et des droits de l'individu à l'égard de l'Etat.

La problématique des sources doctrinales des théories des libertés fondamentales ainsi conçue comportera dès lors deux aspects trop souvent confondus et qu'il importe de bien distinguer : un aspect *formel* et un aspect *matériel*. C'est un ordre de problèmes en effet que celui des sources de la formulation systéma-

⁷ Cf. A. Esmein, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, Paris (1895), 1927⁸, t. 1, p. 591 s., notamment p. 594-595, n. 61.

⁸ Cf. E. Doumergue, Les origines historiques de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, in *Revue du Droit public*, t. XXI, Paris, 1904, p. 673-733.

⁹ Cf. O. Vossler, Studien zur Erklärung der Menschenrechte, in *Historische Zeitschrift*, Bd. 142, 1930, p. 516-546.

¹⁰ Cf. G. Ritter, Ursprung und Wesen der Menschenrechte, in *Lebendige Vergangenheit, Beiträge zur historisch-politischen Selbstbesinnung*, Munich, 1958, p. 3-33, republié in R. Schnur, *op. cit.* (6), p. 166-201 et p. 202-237.

tique des libertés fondamentales. Et c'est un autre ordre de problèmes que celui des sources matérielles des différentes libertés formulées systématiquement à la fin du XVIII^e siècle. L'enjeu et les éléments de la problématique des sources doctrinales de la théorie des libertés fondamentales mis au jour, passons aux principales thèses en présence.

Sur le plan *formel*, tout d'abord, en ce qui concerne la problématique des sources de la formulation systématique des *droits et libertés fondamentales* de l'individu, deux thèses principales nous paraissent se dégager aussi bien de la littérature scientifique que des grands débats doctrinaux qui ont présidé à l'élaboration des premières Déclarations de Droits.

Il s'agit, d'une part, de la thèse de l'origine *philosophique* des formulations systématiques des libertés fondamentales, qui fait dériver ces formulations de la tournure *synthétique et systématique* prise au XVIII^e siècle par la philosophie du *Droit naturel moderne* avec l'œuvre de vulgarisation opérée en France par Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) et les Encyclopédistes¹¹ comme avec l'œuvre d'harmonisation entre la Common Law et le Droit naturel réalisée en Angleterre par William Blackstone (1723-1780)¹², sans oublier l'œuvre de systématisation juridique monumentale entreprise en Allemagne, en Droit positif comme en Droit naturel, par Christian Wolff (1679-1754) et ses disciples¹³.

Il s'agit, d'autre part, de la thèse de l'origine *politique* des formulations systématiques des Droits fondamentaux, qui fait remonter ces formulations à une *volonté de protestation collective* — au sens étymologique le plus fort du terme — face aux menaces de l'arbitraire ou aux risques du despotisme, ainsi que l'attestent aussi bien outre-Atlantique l'œuvre de James Otis (1725-1783)¹⁴ et de Samuel

¹¹ Cf. dans ce sens A. Esmein, *op. cit.* (1), *loc. cit.*, qui reconnaît toutefois le rôle important joué par Locke aux côtés de Montesquieu. Sur l'œuvre de vulgarisation des thèses de l'École allemande du Droit naturel moderne opérée en France par Rousseau et les Encyclopédistes, notamment Diderot, cf. de manière générale R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris (1950), 1970², et de façon plus systématique par rapport à Pufendorf, A. Dufour, *Pufendorfs Ausstrahlung im anglo-amerikanischen Kulturraum, in Festsymposium für S. Pufendorf*, Stockholm, 1986, p. 96-119.

¹² Cf. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), London, 1781¹⁰.

¹³ Cf. Chr. Wolff, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, 8 vol., Halle, 1740-1748, et *De jurisprudentia civili in formam demonstrativam redigenda, in Horae subsecivae Marburgenses*, Francfort, Leipzig, 1729-1730 ; parmi les wolffiens, le plus représentatif de la systématisation du Droit positif est sans doute D. Nettelbladt (1719-1791), auteur d'un *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis*, Halle, 1749. Sur Wolff et les wolffiens, cf. A. Dufour, *Le mariage dans l'École allemande du Droit naturel moderne au XVIII^e siècle*, Paris, 1972, p. 168-197, en particulier p. 193-195, ainsi que les nombreux travaux de M. Thomann, *Christian Wolff et son temps*, thèse Strasbourg (dactylogr.), 1964, et *Préfaces* aux rééditions du *Jus Naturae* et des *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Hildesheim, New York, Olms, 1968-1972 et 1962.

¹⁴ Cf. J. Otis, *The Rights of the British Colonies asserted and proved*, Boston, 1764, réédité in *The University of Missouri Studies*, vol. 4, 1929, N^o 3, p. 45-91.

Adams (1722-1803)¹⁵, les premiers protagonistes dès 1772 des Déclarations des Droits américaines, que les prises de position en France, lors des débats de l'Assemblée nationale et constituante sur le principe d'une Déclaration de Droits, qui présentent une telle Déclaration comme un « catéchisme national » et comme la meilleure des « barrières opposées au despotisme »¹⁶.

Interprétations d'ordre philosophique ou d'ordre politique, ces thèses relatives aux sources des formulations systématiques des Droits de l'Homme à la fin du XVIII^e siècle laissent entière la problématique des sources *matérielles* de ces formulations à laquelle on identifie couramment la question classique dite des sources doctrinales ou idéologiques des Déclarations des Droits de l'Homme.

Sur ce plan *matériel* alors, le vaste débat doctrinal instauré depuis un siècle autour des positions défendues par Jellinek et par Boutmy comme des discussions suscitées un siècle auparavant en Angleterre et en Allemagne ou en France par le principe même des Droits de l'Homme chez un Burke (1729-1797), un Rehberg (1757-1836), un Sieyès (1748-1836) ou un Joseph de Maistre (1753-1821) laisse apparaître trois types de thèses fondamentalement différentes :

Les premières assignent aux Droits de l'Homme des *origines* avant tout *philosophiques* — à l'époque emphatiquement célébrées ou péjorativement qualifiées de « métaphysiques »¹⁷ —, origines qu'il faudrait chercher dans la *pensée politique et sociale du Siècle des Lumières*, singulièrement chez les grands vulgarisateurs de la politique et de la philosophie jusnaturaliste anglaise de John Locke (1632-1704) et allemande de Samuel Pufendorf (1632-1794) : Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778) et Rousseau. C'est ce qu'illustrent notamment les positions de Doumergue et d'Esmein¹⁸.

Le deuxième type de thèses relatives aux sources matérielles des Déclarations des Droits de l'Homme est représenté par celles qui attribuent aux Droits de l'Homme des origines essentiellement *religieuses* : telles sont les positions défendues naguère par Jellinek et à notre époque par Hans Welzel¹⁹.

Pour les tenants de ce type de thèse, les sources matérielles des théories des

¹⁵ Cf. S. Adams, *The Writings*, New York, 4 vol. (1904-1908), rééd. 1968, *passim* et *Political Writings*, ed. G. A. Peck, Jr, Indianapolis, New York (1954), 1976¹⁰, p. 3-79. Voir à ce sujet O. Vossler, *op. cit.* (8), *loc. cit.*

¹⁶ Cf. les propos de Target et de Barnave à la séance du 1^{er} août 1789, in *Archives parlementaires*, Paris, 1875, 1^{re} série, t. VIII, p. 321-322.

¹⁷ Cf. les propos de Lally-Tollendal à la séance du 19 août 1789 de l'Assemblée nationale et constituante, in *Archives parlementaires*, *op. cit.*, tom. cit., p. 458, et les critiques acerbes d'A. W. Rehberg, *Untersuchungen über die Französische Revolution*, Hanovre, Osnabrück, 1793, I/II, p. 92.

¹⁸ Cf. E. Doumergue, *op. cit.* (8) et A. Esmein, *op. cit.* (2 et 7).

¹⁹ G. Jellinek, *op. cit.* (8), et H. Welzel, Ein Kapitel aus der Geschichte der amerikanischen Menschenrechte, in *Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend*, Göttingue, 1952, p. 387-411, rééd. in R. Schnur, *op. cit.* (8), p. 238-266.

Droits de l'Homme et des libertés fondamentales se trouvent dans la pensée protestante réformée anglo-saxonne telle qu'elle se développe au cœur du Nouveau Monde dans la dissidence congrégationnaliste d'un Roger Williams et elles résident singulièrement dans le postulat de la Séparation de l'Eglise et de l'Etat et dans l'affirmation radicale de la liberté religieuse de l'individu face à l'autorité politique, tels que les réalisent R. Williams dès 1640 et dès 1663 la Charte royale des colonies de Rhode-Island²⁰. « Ce que l'on a tenu jusqu'à présent pour une œuvre de la Révolution », souligne à cet égard un Jellinek, « est en vérité un fruit de la Réformation et de ses combats (...) L'idée de consigner législativement des droits inaliénables, innés et sacrés de l'individu, n'est pas d'origine politique, mais d'origine religieuse »²¹.

Le troisième type de thèses relatives aux sources matérielles des Déclarations des Droits modernes, illustré par O. Vossler et G. Ritter, tient à celles qui ne reconnaissent qu'une origine *purement contingente*, de *nature historique*, aux premières formulations théoriques des Droits de l'Homme ; celles-ci ne constitueraient alors que l'expression doctrinale des *droits historiques* des colons anglais d'Amérique en un *moment privilégié* de l'histoire de leurs relations avec la métropole. « C'est donc une circonstance extérieure, c'est la séparation de la mère-patrie et de son Droit », relève à ce sujet Vossler, « qui est finalement à l'origine de la formulation législative explicite des Droits de l'Homme »²².

La diversité des thèses relatives aux *origines formelles* des Déclarations des Droits de l'Homme, qui interprètent ces formulations systématiques des *libertés fondamentales*, soit comme un aboutissement philosophique des synthèses et des systèmes du Droit naturel moderne du XVIII^e siècle, soit comme un développement des principes de la Réforme protestante sur les terres du Nouveau Monde, soit comme un acte de volonté politique inaugurateur d'un *novus ordo saeculorum*, est sans doute sans incidence sur la nature juridique, la portée historique et l'assise philosophique des *libertés fondamentales*. Il en va tout autrement de la différenciation des thèses se rapportant à leurs *sources matérielles*.

Que ces libertés procèdent d'une philosophie donnée, en l'occurrence d'une « métaphysique politique », d'une pensée religieuse ou d'une tradition juridique nationale, voire d'une conjoncture historique privilégiée, affecte en effet très directement leur *nature juridique*, leur *assise* et leur *portée*. Car la notion même de

²⁰ Cf. G. Jellinek, *op. cit.*, p. 43-51, rééd. R. Schnur, *op. cit.*, p. 39-47, et E. Reibstein, *Volkssouveränität und Freiheitsrechte, Texte und Studien zur politischen Theorie des 14.-18. Jahrhunderts*, hrsg. v. C. Schott, Fribourg-en-Brigau, Munich, 1972, vol. 1, p. 372 s.

²¹ Cf. G. Jellinek, *op. cit.*, p. 57-58, rééd. R. Schnur, *op. cit.*, p. 53-54.

²² Cf. O. Vossler, *op. cit.* (9), p. 539, rééd. R. Schnur, *op. cit.*, p. 192; dans le même sens, voir G. Ritter, *op. cit.* (10), *loc. cit.*

liberté fondamentale prend un tout autre sens selon qu'elle résulte de la nature de l'homme, comme l'entend la philosophie rationaliste des Lumières, de sa condition de créature de Dieu, comme le conçoit la Révélation chrétienne, ou des traditions juridiques d'un peuple donné, comme le veulent les théoriciens des Lois fondamentales anglaises ou ceux de l'Ecole historique allemande.

L'examen de la problématique des sources doctrinales des *libertés fondamentales* nous conduit ainsi à l'étude d'une autre problématique qui ne manque pas de s'imposer à l'historien : c'est la problématique philosophico-juridique de la *nature* et de l'*assise* de ces libertés.

Deux doctrines caractéristiques se dégagent à cet égard tantôt pour s'affronter, tantôt pour se combiner, depuis les premières élaborations théoriques des droits naturels des individus chez les Fondateurs de l'Ecole du Droit naturel moderne, comme Pufendorf et Locke, jusqu'aux formulations systématiques des libertés fondamentales dans les différentes colonies anglaises d'Amérique du Nord, et des primes analyses critiques de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 chez les précurseurs anglais et allemands de l'Ecole du Droit historique, comme Ed. Burke et A. W. Rehberg²³, aux prises de position et aux Manifestes de leurs disciples libéraux lors du débat sur les Droits fondamentaux à l'Assemblée nationale de Francfort en 1848, tels Georg Beseler (1809-1888), Jacob Grimm (1785-1863) et Theodor Mommsen (1817-1903)²⁴, en passant par les principes défendus par les Jacobins hongrois, comme Joseph Hajnoczy (1750-1795).

Selon l'une de ces doctrines, illustrée et popularisée par l'*Ecole du Droit naturel moderne* — de Pufendorf et de Locke à Barbeyrac et à Wolff — et vulgarisée par les Déclarations des Droits américaines et françaises, les *libertés fondamentales*, qualifiées de *droits naturels*, se présentent quant à leur *nature* de manière quasi métaphysique comme des *attributs* des *individus* isolés, inhérents à leur nature même d'êtres humains — indépendamment donc, d'une part, de leur condition sociale ou politique et, d'autre part, des données de la Révélation à leur égard. C'est un des principes moteurs de la pensée de Pufendorf à cet égard que la recherche d'un système de normes qui s'impose à tous les hommes *non qua*

²³ Cf. E. Burke, *Reflections on the Revolution in France*, Londres, 1790, tr. fr., 2^e éd., Paris, Londres, s.d., de même qu'A. W. Rehberg, *op. cit.* (17).

²⁴ Cf. notamment les interventions début novembre 1848 de G. Beseler telles que les rapporte J. G. Droysen, *Aktenstücke und Aufzeichnungen zur Geschichte der Frankfurter Nationalversammlung*, hrsg. v. R. Hübner, Berlin, Leipzig, 1924, notamment p. 189-225; de J. Grimm, *Über Grundrechte*, in *Kleinere Schriften*, Bd. 8, Berlin, Gütersloh, 1890, p. 438 s. et l'opuscule de Th. Mommsen, *Die Grundrechte des deutschen Volkes mit Belehrungen und Erläuterungen*, Leipzig, 1849, rééd. Francfort-sur-le-Main, 1969. Sur le débat relatif aux Droits fondamentaux à l'Assemblée nationale de Francfort, voir en particulier H. A. Strauss, *Staat, Bürger, Mensch — Die Debatten der deutschen Nationalversammlung 1848-1849 über die Grundrechte*, diss.-phil., Berne, 1946; Aarau, 1946.

*Christiani, sed qua homines*²⁵. En conséquence, quant à leur *assise*, selon cette doctrine, les *libertés fondamentales* sont le bien de *tout homme*, dans l'*abstraction* de toutes ses déterminations historiques et sociales. Leur portée est donc universelle comme celle de toute affirmation d'ordre métaphysique et elles intéressent dès lors l'*humanité tout entière pour la totalité des temps*. C'est ce que dit bien, en rejoignant Pufendorf, l'un des Jacobins français à l'Assemblée constituante, à l'avant-veille de la formulation de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « Vous avez voulu enfin une déclaration convenable à tous les hommes, à toutes les nations. Voilà l'engagement que vous avez pris à la face de l'Europe; il ne faut pas craindre ici de dire des vérités de tous les temps et de tous les pays. »²⁶

On s'en doute, c'est précisément cette conception « métaphysique » de la nature et de l'assise des libertés fondamentales sur laquelle va se cristalliser la critique de la Déclaration française des Droits de l'Homme. On le constate dans les œuvres des courants les plus divers de la pensée juridique et politique post-révolutionnaire — des *Réflexions sur la Révolution de France* de 1790 d'Edmund Burke²⁷ aux *Sophismes anarchiques* de Jeremy Bentham (1748-1832)²⁸ pour la pensée anglaise, et des *Recherches sur la Révolution française* de 1793 d'August Wilhelm Rehberg²⁹ à *La question juive* de 1843 de Karl Marx (1818-1883)³⁰ pour la pensée allemande.

C'est ainsi que pour Burke :

Ces droits métaphysiques, introduits dans la vie commune, sont semblables à des rayons de lumière qui percent dans un milieu dense, et qui par les Lois de la nature sont réfléchis dans leur même direction. En vérité, dans cette masse énorme et compliquée des passions et des intérêts humains, les Droits de l'Homme sont réfractés et réfléchis dans un si grand nombre de directions croisées et différentes, qu'il est absurde d'en parler encore comme s'il leur restait quelque ressemblance avec leur simplicité primitive. La nature de l'homme est embrouillée, les objets de

²⁵ Cf. S. Pufendorf, *Specimen controversiarum circa jus naturale*, Uppsala, 1678, rééd. in *Eris Scandica*, Francfort-sur-le-Main (1686), 1706, chap. IV, § 12.

²⁶ Cf. les déclarations de Duport à l'Assemblée nationale et constituante, le 18 août 1789, in *Archives parlementaires*, tom. cit., p. 451.

²⁷ Cf. E. Burke, *Réflexions sur la Révolution de France*, 2^e éd., tr. fr., Londres, s.d.; voir aussi nouvelle tr. fr., P. Andler, Paris, 1989.

²⁸ Cf. J. Bentham, *Sophismes anarchiques*, in *Tactique des Assemblées législatives*, t. II, éd. E. Dumont, Paris, 1822², p. 255-369; éd. angl. *Anarchical Fallacies being an Examination of the Declarations of Rights of the French Revolution*, in *The Works of Jeremy Bentham*, ed. J. Bowring (1838-1843), reprint vol. 2, New York, 1962, p. 489-534.

²⁹ Cf. A. W. Rehberg, *Untersuchungen über die Französische Revolution*, Hanovre, Osnabrück, 1793.

³⁰ Cf. K. Marx, *Zur Judenfrage* (1843), in *Frühschriften*, hrsg. S. Landshut, Stuttgart, 1953, p. 171-207; tr. fr. J.-M. Palmier, Paris, 1968.

la société sont aussi complexes qu'il soit possible de l'être; c'est pourquoi un pouvoir simple dans sa disposition ou dans sa direction ne peut plus convenir ni à la nature de l'homme, ni à la qualité de ses affaires³¹.

Aussi l'illustre penseur anglais conclut-il :

Tous les droits prétendus de ces Théoristes sont extrêmes, et autant ils sont vrais métaphysiquement, autant ils sont faux moralement et politiquement. Les Droits de l'Homme sont dans une sorte de milieu qu'il est impossible de définir, mais qu'il n'est pas impossible d'apercevoir³².

Quant à Marx, on connaît la virulence de sa critique des Droits de l'Homme, « sous leur forme authentique, sous la forme qu'ils ont prises chez leurs inventeurs, les Américains du Nord et les Français ». Après avoir dénoncé dans la *liberté individuelle* « la liberté... d'une monade isolée, repliée sur elle-même » et dans le *droit de propriété* en tant que « droit de jouir de sa fortune et d'en disposer à son gré, sans se soucier des autres hommes... le *droit à l'égoïsme* »³³, l'auteur du *Capital* démystifie en ces termes la métaphysique des Droits de l'Homme dans *La question juive* :

Aucun des prétendus Droits de l'Homme ne dépasse donc l'homme égoïste, l'homme en tant que membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire un individu, séparé de la communauté, replié sur lui-même, uniquement préoccupé de son intérêt personnel et obéissant à son arbitraire privé (...).

L'homme est loin d'y être considéré comme un être générique; tout au contraire, la vie générique elle-même, la société, apparaît comme un cadre extérieur à l'individu, comme une limitation de son indépendance originelle³⁴.

Provenant d'horizons tout à fait différents, ces deux critiques radicales de la conception métaphysique de la nature et de l'assise des *libertés fondamentales* nous paraissent procéder en fait d'une même doctrine qui conçoit de tout autre manière *Droits de l'Homme* et *libertés fondamentales*.

Selon cette *autre doctrine* en effet, longuement mûrie en Angleterre par les théoriciens de la Common Law, d'Edward Coke (1552-1634) à William Blackstone, et illustrée de manière exemplaire en Allemagne par l'École du Droit historique, d'A. W. Rehberg et de J. Grimm à A. L. Reyscher (1802-1880) et à Th. Mommsen, voire jusqu'à Karl Marx, les *libertés fondamentales* — *Grund-*

³¹ Cf. E. Burke, *op. cit.* (²⁷), p. 124; on se reportera aussi avec profit à l'excellente traduction nouvelle de P. Andler (²⁷), p. 78.

³² *Op. cit.*, *loc. cit.*

³³ Cf. K. Marx, *op. cit.* (³⁰), éd. cit., p. 192-193; tr. fr. cit., p. 37-38.

³⁴ Cf. *op. cit.*, éd. cit., p. 194; tr. fr. cit., p. 39.

rechte ou *absolute rights* — se présentent, quant à leur *nature*, de manière essentiellement *historique* comme les privilèges particuliers des membres d'une collectivité déterminée — *peuple* ou *classe sociale*.

En conséquence, quant à leur *assise*, selon cette autre doctrine, les *libertés fondamentales* apparaissent avant tout comme le bien des membres d'une *collectivité nationale* ou *économique organiquement constituée* au cours des siècles. Leur portée est donc limitée, particulariste, et elles ne sauraient être étendues à d'autres peuples, à d'autres collectivités.

The absolute rights of every Englishman — relève de manière caractéristique Blackstone dans ses *Commentaries* de 1769 — ... as they are founded on nature and reason, so they are coeval with our form of government...

... In most other countries of the world being now more or less debased and destroyed, they at present may be said to remain, in a peculiar and emphatic manner, the rights of the people of England³⁵.

C'est dans la même ligne et le même esprit que quatre-vingts ans plus tard — au lendemain de l'adoption des « Grundrechte des deutschen Volkes », des Droits fondamentaux du peuple allemand, par le Parlement de Francfort — Th. Mommsen commentera ce catalogue de Droits fondamentaux dans son opuscule *Die Grundrechte des deutschen Volkes* :

Dieses sind sie Grundrechte nicht der Sachsen, oder der Hessen, nicht der Schwaben oder der Preussen, sondern des deutschen Volkes, welches jetzt zum erstenmal vereinigt wird in eine rechtliche und staatliche Gemeinschaft³⁶.

C'est enfin la même conception historique communautaire des libertés fondamentales qui est au cœur de la critique marxienne des Droits de l'Homme comme droits des membres de la société bourgeoise.

En conclusion, pour ce qui est de la *nature* et de l'*assise* des *libertés fondamentales*, les deux doctrines principales qui dominent l'évolution de la pensée politique et juridique moderne et qui conçoivent, la première, ces *libertés fondamentales* comme des *attributs naturels*, innés, inaliénables et imprescriptibles de tous les individus de l'espèce humaine, la seconde, ces mêmes libertés comme des *privilèges historiques*, particuliers, propres aux membres organiquement intégrés d'une même communauté de destin, nous paraissent pouvoir se ramener aux deux grandes philosophies du Droit qui inspirent la pensée juridique occidentale

³⁵ Cf. W. Blackstone, *op. cit.* (12), t. 1, p. 127-129. Voir à ce sujet E. Reibstein, *op. cit.* (20), Bd. 2, p. 233 s., notamment p. 237.

³⁶ Cf. Th. Mommsen, *op. cit.* (24), rééd. cit., p. 7.

moderne : à savoir, d'une part, la philosophie de l'*Ecole du Droit naturel* et, d'autre part, la philosophie de l'*Ecole du Droit historique*.

Il nous reste à aborder un dernier ordre de questions relatif à ce qui conditionne les deux conceptions que nous venons de voir de la *nature* et de l'*assise des libertés fondamentales*. Il s'agit de la problématique proprement *philosophique* de la conception de la réalité sociale ou politique qui sous-tend celle des rapports de l'individu et de la société politique. C'est là, à notre sens, le cœur de la conception de la nature des *libertés fondamentales* et de leur typologie conceptuelle, tant il est vrai que la conception de ces libertés comme *attributs naturels* de tout individu de l'espèce humaine ou comme *propriétés historiques* des membres d'une communauté de destin renvoie à certains *modèles*, à certaines façons de penser la réalité sociale ou politique. Or, à cet égard, il nous paraît que la pensée politique comme la philosophie sociale moderne sont dominées par deux *modèles* principaux liés à la prédominance croissante exercée dans la culture occidentale depuis Galilée (1564-1642) et Harvey (1578-1657) par les sciences de la nature — des sciences physiques et mathématiques aux sciences de la vie — sur les sciences humaines : à savoir le modèle *mécaniciste* et le modèle *organiciste*.

La *machine* — l'*organisme* : que ce soient bien là en définitive les deux catégories fondamentales dans lesquelles sont pensées les réalités politique et sociale dans l'histoire intellectuelle européenne depuis la fin du xvi^e siècle, c'est ce que montrent à l'envi les textes d'auteurs aussi différents que Th. Hobbes (1588-1679) et S. Pufendorf (1632-1694) d'une part, et Adam Müller (1779-1829), F. C. von Savigny (1779-1861) et K. F. Eichhorn (1781-1854) d'autre part.

Pour les premiers, caractéristiques de la pensée de l'*Ecole du Droit naturel moderne*, Hobbes relève significativement en 1642 dans la Préface du *De Cive* :

C'est à partir des éléments dont chaque chose est composée qu'on en acquiert la meilleure connaissance. De même en effet que dans une horloge ou quelque autre machine un peu plus compliquée on ne peut savoir quelle est la fonction de chacune de ses parties et de chacun de ses rouages sans qu'elle soit démontée et que la matière, la forme et le mouvement de ses parties ne soient examinés à part, ainsi dans l'étude de l'ordre juridique étatique et dans celle des devoirs des citoyens, il est nécessaire, non certes de dissoudre l'Etat, mais bien de le considérer comme défait, c'est-à-dire de bien comprendre quelle est la nature humaine, en raison de quels éléments elle est apte ou inapte à l'ordre politique et comment les hommes qui veulent s'associer doivent s'arranger entre eux³⁷.

³⁷ Cf. Th. Hobbes, *De Cive (Elementorum philosophiae sectio tertia)* (Paris, 1642), in *Opera latina*, éd. Molesworth, Londres, 1839-1845, rééd. Aalen, 1961, t. 2, p. 133 s.; tr. fr. S. Sorbière (Amsterdam, 1649), rééd. Paris, 1982, p. 71.

C'est le même modèle mécaniciste qui inspire Pufendorf une génération plus tard dans sa *Dissertatio de Statu hominum naturali* publiée en 1677 :

Ceux qui se consacrent à l'étude des corps physiques, y relève-t-il, ne se contentent pas de considérer l'apparence extérieure des corps et ce qui frappe au premier coup d'œil. Ils s'efforcent de les pénétrer et de les décomposer en leurs principaux éléments...

... C'est la même méthode qu'appliquent aussi ceux qui ont à cœur de bien examiner le plus important des corps moraux : l'Etat. Il ne leur suffit pas en effet de mettre au jour son administration extérieure, la diversité de ses magistratures, les dénominations et les différents ordres du peuple. Ils veulent bien plutôt découvrir la structure interne de l'Etat, telle qu'elle résulte du pouvoir et du droit de ceux qui gouvernent et des devoirs des citoyens³⁸.

Tout à l'inverse, c'est d'un modèle fondamentalement différent que part un Adam Müller dans ses *Elemente der Staatskunst* de 1809, lorsqu'il écrit fortement :

L'Etat n'est pas une simple manufacture (...), il est la conjonction intime de tous les besoins physiques et intellectuels, de toutes les richesses, de toute la vie intérieure et extérieure de la nation, tout cela constituant un tout énergique, vivant, en constante transformation (*zu einem grossen energischen, unendlich bewegten und lebendigen Ganzen...*)³⁹.

Et Adam Müller conclut :

L'Etat est la totalité des affaires humaines, leur conjonction en un tout vivant (...). Retranchons de ce tout, définitivement, ne fût-ce qu'une partie infime de l'être humain, considérons séparément l'homme et le citoyen, cela suffit pour que nous ne puissions plus sentir l'Etat comme un organisme vivant...⁴⁰.

Les mêmes catégories se retrouvent exprimées de manière encore plus nette chez Savigny et chez Eichhorn. Chez Savigny d'abord, en 1815, dans l'article programmatique qui introduit le premier volume de la Revue de l'Ecole

³⁸ Cf. S. Pufendorf, *Dissertatio de Statu hominum naturali*, § 1, in *Dissertationes academicae selectiones*, Uppsala, 1677, p. 458-459.

³⁹ Cf. A. Müller, *Die Elemente der Staatskunst* (Berlin, 1809), 1. Buch : Von der Idee des Staates und von dem Begriffe des Staates, éd. J. Baxa, Vienne, Leipzig, 1922, t. 1, p. 37; voir tr. fr. (extraits), in J. Droz, *Le romantisme politique en Allemagne*, Paris, 1963, p. 86-87.

⁴⁰ Cf. *op. cit.*, éd. cit., p. 48; tr. fr., *op. cit.*, loc. cit.

du Droit historique, la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, où le grand romaniste allemand s'explique en ces termes sur la doctrine de son Ecole :

Selon la doctrine de l'Ecole historique, il n'est aucune existence humaine qui soit pleinement singulière et parfaitement isolée. Bien plus, ce que l'on peut considérer comme particulier est — considéré d'un autre point de vue — partie intégrante d'une totalité qui le dépasse (...). C'est ainsi que chaque homme individuel doit être nécessairement conçu en même temps comme membre d'une famille, d'un peuple, d'un Etat⁴¹.

Le collègue germaniste de Savigny, K. F. Eichhorn, n'est pas moins explicite dans le quatrième volume de sa *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* de 1823. Après s'en être pris à ceux qui méconnaissent que « chaque Etat représente une situation sociale donnée, qui ne peut être conçue sans un Droit historiquement déterminé ayant un caractère organique »⁴², il dénonce bien comme la caractéristique commune des nouvelles théories politiques en matière d'administration, qu'elles conçoivent « que l'Etat doive être organisé comme une machine qui soit mue par un pouvoir souverain » (*dass der Staat wie eine Maschine eingerichtet seyn müsse, die durch eine höchste Gewalt bewegt werde*)⁴³.

Mécanicistes ou *organicistes*, les catégories dans lesquelles la réalité politique ou sociale apparaît pensée de Hobbes à Savigny et à Eichhorn n'ont pas qu'un intérêt méthodologique d'ordre purement spéculatif. Elles conditionnent en fait la conception même des rapports de l'individu et du pouvoir dans une perspective d'*association* ou d'*intégration* qui va déterminer la typologie des libertés fondamentales, *droits naturels* des individus ou *droits historiques* des membres d'une communauté de destin.

Mais il y a plus, ces deux modèles — *mécaniciste* et *organiciste* — vont commander deux des figures clés de l'histoire de la pensée politique et sociale occidentale depuis le xvi^e siècle : le *contrat* et l'*institution*, dont dépendra la teneur même des libertés fondamentales.

C'est ce que nous allons examiner maintenant de plus près dans une deuxième partie.

⁴¹ Cf. F. C. von Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Berlin, Bd. 1, 1815, p. 3.

⁴² Cf. K. F. Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, Bd. 4, Göttingue, 1823, p. 639. Cf. « L'individu face au pouvoir dans l'Ecole du Droit historique », *infra*, p. 265.

⁴³ Cf. *op. cit.*, *loc. cit.*

II - THÉMATIQUE

C'est un des thèmes classiques, pour ne pas dire un des lieux communs, de l'historiographie juridique comme de l'histoire de la pensée politique contemporaine que l'identification de l'*Ecole du Droit naturel moderne* à un foyer de philosophie politique libérale où se serait forgé pour lutter contre l'absolutisme tout l'arsenal des *libertés fondamentales*. Et c'est un autre thème courant de l'historiographie contemporaine des doctrines juridiques et politiques que la réduction de l'*Ecole du Droit historique* à une émanation du romantisme politique allemand, préparant dans sa mystique des totalités organiques, selon les termes d'un auteur français de notre temps, « l'avènement des théories totalitaires du national-socialisme »⁴⁴.

L'opposition *Droit naturel - Droit historique*, si importante pour la théorie des *libertés fondamentales*, ne doit cependant pas faire illusion. Quelle que soit la fonction de chacune de ces deux notions, souvent passées au rang de slogans, dans les débats relatifs aux *origines*, à la *nature* et aux *présupposés* des *libertés fondamentales*, il s'en faut de beaucoup que dans la détermination concrète de la teneur et de l'étendue de ces libertés, tous les tenants de l'existence de droits naturels des individus, *non qua christiani, sed qua homines*⁴⁵, s'avèrent dans leur pensée politique des *libéraux*, protagonistes de nouvelles libertés, et que tous les tenants de la permanence de certains droits historiques nationaux ne soient que des théoriciens *conservateurs*, défenseurs du maintien de l'ordre politique des siècles passés.

C'est que l'*Ecole du Droit naturel moderne* pas plus que l'*Ecole du Droit historique* ne sont fondamentalement des Ecoles de *pensée politique*. Dès lors, avant d'examiner brièvement la teneur des *libertés fondamentales* dans ces deux Ecoles de pensée, il convient d'en définir le projet spécifique. C'est à quoi nous allons nous attacher maintenant en explicitant les conséquences pour une juste appréciation de leur apport respectif dans l'histoire doctrinale des *libertés fondamentales*.

Pour ce qui est de l'*Ecole du Droit naturel moderne* tout d'abord, ce qui en fait la spécificité dans l'histoire des doctrines juridiques et politiques, ce n'est pas à notre sens un *projet politique*, mais bien un *projet méthodologique*. C'est en effet avant tout par son dessein de constituer le Droit naturel en une science systématique dotée d'une méthodologie propre, modelée sur celle des sciences phy-

⁴⁴ Cf. A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du Droit et de l'Etat*, 3^e éd., Paris, 1978, p. 184.

⁴⁵ Cf. S. Pufendorf, *Specimen controversiarum circa jus naturale*, cap. IV, § 12, Uppsala, 1678.

