

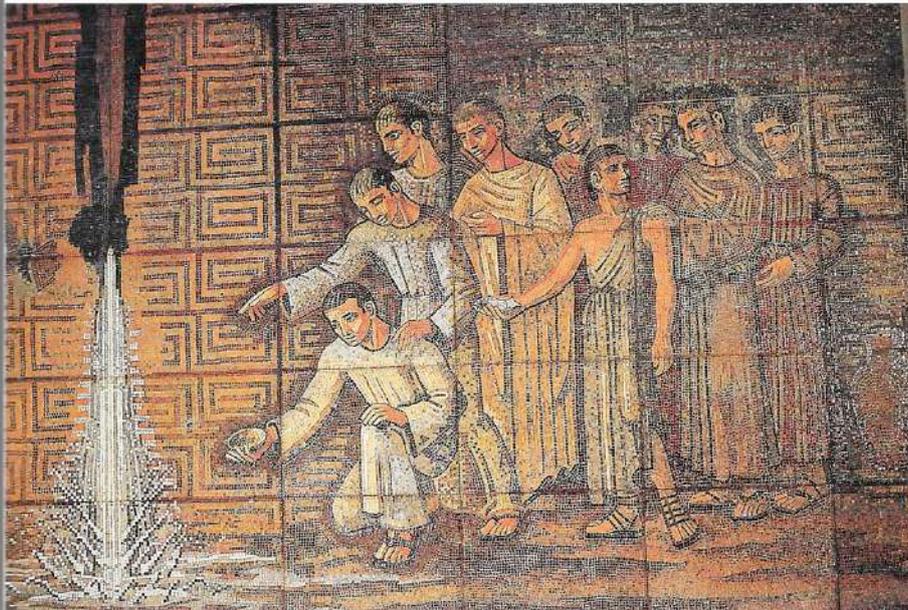
ASSOCIATION FRANÇAISE DES HISTORIENS DES IDÉES POLITIQUES

Collection d'Histoire des Idées Politiques  
dirigée par Michel GANZIN

**XIX**

*Actes du Colloque International de l'A.F.H.I.P. (Septembre 2007)*

# L'IDÉE CONTRACTUELLE DANS L'HISTOIRE DE LA PENSÉE POLITIQUE



**PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE**

Faculté de Droit et de Science Politique

- 2008 -

## PERSONNE, *PERSONA* ET CONTRAT SOCIAL

Par

Jacques BOUINEAU  
*Professeur à l'Université de La Rochelle*

« En philosophie politique, le contrat social désigne l'accord par lequel les êtres humains décident de quitter un état de nature originel pour former une collectivité politiquement organisée. Par extension, le terme est employé pour désigner les principes qui justifient le consentement des gouvernés au pouvoir des gouvernants »<sup>1</sup>.

Derrière cette définition se dissimulent bien des présupposés. Le premier consiste dans l'existence d'une sorte d'évolution vers la démocratie, dont Locke représente la première étape, à cause de sa notion de contrat social<sup>2</sup>, car on connaît d'un côté des systèmes de pensée où la notion de contrat social joue un rôle déterminant (et qui sont « démocratiques ») et d'autres à l'inverse. Le second présupposé se trouve dans la distinction de Prélot entre libéralisme et totalitarisme : dans le premier système, éclairé (ou annoncé) par Locke, les hommes tiennent leur liberté de Dieu et ne doivent donc rien à l'État, auquel ils n'abandonnent que ce qui est nécessaire ; dans le second, l'homme abandonne tout au pouvoir qui lui rend ce qu'il veut. D'autres pensées, adversaires de la notion même de contrat social, insistent sur la préexistence des phénomènes de domination sur les organisations sociales<sup>3</sup>.

Quand on nuance cette présentation, on fait en général intervenir tout le poids de l'héritage de la pensée chrétienne sur l'origine du pouvoir. On peut aussi nuancer en fonction de la géographie, et non plus de l'histoire, et si l'on est anglophile, insister sur le rôle déterminant de la grande île en la matière.

---

<sup>1</sup> Olivier NAY, Johann MICHEL et Antoine ROGER, *Dictionnaire de la pensée politique. Idées, doctrines et philosophes*, Paris, Armand Colin, 2005, p. 37.

<sup>2</sup> Vulgate de bien des manuels d'*Histoire des idées politiques*.

<sup>3</sup> Pour Bonald, le pouvoir préexiste à la société : l'idée de contrat social est donc absurde. Pour Maurras : la société provient de la nature et non pas d'un hypothétique contrat social, etc.

La notion de contrat social est donc polémique, tant sous l'angle philosophique que sous l'angle politique, mais tout cela est connu.

Nous proposons d'inscrire notre réflexion à partir d'une autre focalisation. Si l'on met en parallèle les théories politiques et les réalités institutionnelles en Europe à l'Époque moderne<sup>4</sup>, on s'aperçoit qu'il n'existe pas une sorte de contrat social, mais deux, selon que les protagonistes qui « signent » le document sont des personnes ou des *personae*. Les premières sont des individus, les secondes des réalités juridiques. Ce constat peut se faire pour toutes les réalités institutionnelles observées<sup>5</sup> et ce que nous allons mettre en relief à partir du cas particulier du contrat social ne constitue rien d'autre qu'un exemple.

Son importance tient cependant au fait que, d'une part, la notion de contrat social revient de manière récurrente dans la pensée politique, y compris de nos jours<sup>6</sup>, d'autre part que cette théorie n'a pas été développée de la même manière de part et d'autre du Pas-de-Calais<sup>7</sup>. Nous ne nous inscrirons toutefois pas dans la manière habituelle de présenter l'enchaînement des systèmes. Nous montrerons, d'une part, en quoi la manière de penser anglaise est à la fois originale et contingente d'une culture septentrionale, là où la manière de penser et de réfléchir française est spécifique, même si elle est influencée par une conscience de *res publica*, dont le royaume n'a pas l'exclusivité ; nous montrerons, d'autre part, en quoi les signataires du contrat social ne sont, par voie de conséquence, pas les mêmes<sup>8</sup> : dans le cas anglais celui qui signe est une personne, dans le cas français, il s'agit d'une *persona*.

<sup>4</sup> Et nous incluons pour la circonstance la Révolution française dans l'Époque moderne.

<sup>5</sup> Jacques BOUINEAU, « Personne et *res publica* dans les régimes absolus de l'époque moderne », *Personne et res publica*, (dir. Jacques BOUINEAU), Paris, L'Harmattan, 2008, p. 9-51.

<sup>6</sup> V. Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997, 551 p. ; *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998, 386 p. ; *Après l'État-nation, une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, 149 p.

<sup>7</sup> Quand le thème de cette rencontre a été déterminé, nous avons pensé qu'il fournirait l'occasion de nous livrer à une *disputatio* avec notre collègue Édouard Tillet, dont la thèse était si proche de la nôtre ; la disparition trop rapide de ce jeune et brillant esprit nous incline à dédier les réflexions qui vont suivre à sa mémoire.

<sup>8</sup> Pour reprendre et poursuivre les réflexions de la précédente rencontre de l'AFHIP à Genève, nous dirons que la manière de penser anglaise illustre ce que nous appelons la pensée de gouvernement (v. Jacques BOUINEAU, « La république helvétique et l'Antiquité », AFHIP, *Genève et la Suisse dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PU, 2007, p. 435 *sq.*), tandis que la manière de penser française est typique de la pensée manichéenne inégalitaire.

La mise en relief de ces différences nous paraît riche d'enseignements pour deux raisons : d'une part, au XIX<sup>ème</sup> siècle, s'affrontent en Europe les modèles français et anglais<sup>9</sup>, d'autre part, dans le monde contemporain, le modèle anglais triomphe largement et dans le discours de Bruxelles les spécificités culturelles de la France sont constamment menacées.

La méthode que nous allons suivre est bâtie sur le raisonnement de Marc Bloch : partir du plus proche pour aller vers le plus lointain. Dans la première partie, où nous allons traiter de la « Glorieuse Révolution » anglaise, nous rappellerons brièvement quelques faits et nous les situerons dans l'environnement institutionnel avant de les éclairer par d'autres réalités septentrionales de même nature ; nous ferons de même pour les théories politiques<sup>10</sup>. Dans la seconde partie, nous procéderons de manière analogue avec les réalités françaises<sup>11</sup>.

Un dernier mot sur le titre de nos intitulés : pourquoi « les mots » pour la Révolution anglaise et « le Verbe » pour la Révolution française ? Parce que, et ceci constituera l'épine dorsale de notre développement, dans le premier cas le discours part du contexte empirique, tandis que dans le second il transfigure le contexte.

### I. LES MOTS DE LA RÉVOLUTION ANGLAISE

Lors de la restauration par Monk, le roi était en quelque sorte devenu l'obligé du Parlement. La technique constitutionnelle retenue avait été celle des « petits pas » : point de déclaration solennelle, aucune loi fondamentale proclamée, pas de répartition précise des compétences. Les Anglais avaient préféré redresser au fur et à mesure ce qui, au gré des événements, ne se dirigeait pas vers les objectifs attendus par l'élite au pouvoir. En 1688, les circonstances sont encore plus favorables à cette élite : la « Glorieuse Révolution » chasse en effet Jacques II et, avec lui, le catholicisme haï.

On sait que Locke publie ses deux *Traité sur le gouvernement civil*, écrits avant la Révolution de 1688, de manière fort opportune au lendemain de cette dernière pour justifier ce qui devient la « Glorieuse Révolution » ; les points de vue qui y sont défendus se comprennent

<sup>9</sup> Jacques BOUINEAU, *Histoire européenne des institutions, XVIe-XIXe siècle*, à paraître aux éditions Litec, n° 735 sq et 1100 sq.

<sup>10</sup> Notre point de départ est constitué par la thèse d'Edouard TILLET, *La constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 626 p.

<sup>11</sup> Notre point de départ est ici constitué par notre thèse : Jacques BOUINEAU, *1789-1799 : Les Toges du Pouvoir ou la Révolution de Droit Antique*, Toulouse, Association des Publications de l'Université de Toulouse-le-Mirail et éditions Eché, 1986, XLVII + 556p.

parfaitement bien dans l'histoire politique anglaise, et notamment dans la haine qui poursuit Jacques II.

#### - Faits et institutions

La « Révolution sans sang », tel est son surnom. Il est vrai que les victimes sont très peu nombreuses. Mais s'agit-il, même, d'une révolution ? La haine du catholicisme n'est pas neuve ; l'idée d'utiliser la religion anglicane comme ciment du *commonwealth* non plus ; l'imprécision juridique est, avec le temps, devenue une sorte de tradition britannique ; le refus d'un roi qui pourrait menacer les prérogatives de l'élite maîtresse compte déjà parmi les idées les plus solidement ancrées dans le cœur des insulaires. Qu'est-ce qui change donc véritablement en 1688 ?

En novembre 1688, l'Angleterre est envahie par les troupes de Guillaume d'Orange-Nassau. L'armée royale est trahie par son commandant en chef lui-même, John Churchill, et après cette défaite, le pays ne possède plus de gouvernement légal. La Chambre des Lords, se présentant comme l'héritière du « commun conseil du royaume », tous ceux qui avaient siégé aux Communes durant le règne de Charles II<sup>12</sup>, les *aldermen*<sup>13</sup> et conseillers de Londres se réunissent de manière informelle pour décider de ce que sera la forme légale du gouvernement. Cette assemblée demande au prince d'Orange de contacter les électeurs afin qu'ils élisent une convention, qui n'a pas, bien sûr, la validité d'un Parlement.

Un Parlement convention se réunit le 22 janvier 1689, constate la vacance du trône et assimile le départ du roi<sup>14</sup> à une abdication<sup>15</sup>. Les *tories* ne défendent même pas les droits du fils de Jacques II et de Marie de Modène ; à moins qu'ils ne considèrent que la tache de catholicité le prive de toute vocation à succéder, puisqu'ils avaient soutenu, dans un premier temps, l'idée d'une régence au nom de Jacques, sans que l'on voie bien sur quels principes juridiques elle aurait pu se bâtir. En fin de compte, la couronne est proposée à la fille de Jacques II, la protestante Marie ; comme cette dernière ne veut pas coiffer seule la couronne, son époux Guillaume d'Orange devient roi conjointement avec elle en 1689, après que le couple eut juré la Déclaration des droits, devenue le *bill* des droits après ce serment.

<sup>12</sup> On remarque que le règne pris en référence est celui de Charles II et non de Jacques II.

<sup>13</sup> Membres des conseils urbains.

<sup>14</sup> Parti se réfugier à la cour de Louis XIV.

<sup>15</sup> Même si aucune disposition n'interdit au roi d'abdiquer, il est délicat de préciser ce qui permet de dire qu'il a réellement abdicé. Pour le Parlement convention, le fait d'avoir jeté le grand seau dans la Tamise équivaut à une abdication.

*Tories* et *whigs* trouvent dans ce texte un compromis, qui est en fait un exposé des droits respectifs du roi et du Parlement. Ce *Bill of Rights* stigmatise la pratique politique de Jacques II, fait du Parlement un partenaire réel du pouvoir politique<sup>16</sup>, instaure la liberté de parole<sup>17</sup>, autorise le port d'armes des protestants<sup>18</sup>... bref, il redéfinit l'exercice du pouvoir royal. Décidément la monarchie sera relative : la succession au trône est en effet de la compétence du Parlement, le pays repose sur les intérêts privés sans que quiconque ne cherche à concevoir une *res publica*, et la déclaration elle-même s'apparente plus à un cessez-le-feu<sup>19</sup> qu'à une loi fondamentale.

Le 13 février 1689, suivant en cela l'exemple de 1660, le Parlement convention s'autoproclame Parlement légitime et siègera jusqu'en 1690. A cette date-là, un nouveau Parlement reconnaît une monarchie duelle, détenue à la fois par Guillaume et Marie.

La situation est juridiquement difficile à défendre : le Parlement convention est né d'un fait et non de manière légale. Il s'agit d'un acte révolutionnaire. Le serment du couple princier lui donne une reconnaissance officielle, mais le couple princier en question, totalement illégitime sur le trône d'Angleterre, en vertu de l'adage bien connu *nemo dat quod non habet*, se trouve en droit fort empêché de créer une légitimité quelconque. Disons qu'il se rencontre une convergence d'intérêts entre ceux qui peuplent le Parlement et les princes d'Orange et que la volonté de quelques-uns, auréolée par la fiction de la volonté populaire<sup>20</sup>, a fait le reste.

Juridiquement la solution est donc évidente : les deux souverains tiennent leur légitimité d'une convention élue par les électeurs au Parlement, à l'issue d'un scrutin commandé par une assemblée de fait. Quelques *tories*<sup>21</sup> parlent du droit divin des rois, mais ils ne sont pas entendus ; une poignée d'anglicans<sup>22</sup> refuse de se soumettre au couple royal. Très clairement, le pouvoir vient d'en bas. Cet épisode de l'histoire anglaise rejoint les nombreuses théories qui, issues de la Réforme, redéfinissent la source du pouvoir. Cela est si vrai que l'on considère qu'après le serment des Oranges, la convention est muée en Parlement légitime.

<sup>16</sup> Art. 4, 6, 8, 13.

<sup>17</sup> Art. 9.

<sup>18</sup> Art. 7.

<sup>19</sup> Les fautes de Jacques II sont énumérées, mais le roi conserve des prérogatives fondamentales touchant à l'orientation de la politique intérieure ou internationale, ou la convocation et le renvoi du Parlement.

<sup>20</sup> Les députés au Parlement sont censés représenter le peuple ; tel est l'argumentation constante de ce côté-ci du *Channel*.

<sup>21</sup> Les jacobites.

<sup>22</sup> Les non jureurs.

Le divorce est consommé avec la monarchie héréditaire de droit divin et avec l'Europe catholique, car le *Toleration Act* (« Acte de tolérance »), qui suit de peu la « Déclaration des droits », s'il accorde la liberté de culte public la refuse aux catholiques<sup>23</sup> et le roi d'Angleterre ne pourra plus être catholique. La répression contre les catholiques irlandais s'inscrit dans cette philosophie et dans la nature des événements, puisqu'elle suit la défaite de Jacques II<sup>24</sup> sur la Boyne le 10 juillet 1690<sup>25</sup>.

A partir de 1690, le roi est mis en tutelle financière. Un réel pouvoir de contrôle se trouve donc désormais aux mains du Parlement : le Conseil privé ne possède plus de prérogative véritable et la politique est arrêtée par le cabinet, qui est une réunion de quelques ministres autour du roi.

Après l'« Acte d'établissement » (*Act of Settlement*) de 1701, le roi est mis en tutelle : il ne peut quitter l'île sans le consentement du Parlement et le Parlement se pose en pouvoir indépendant, dans la mesure où aucun officier ni aucun pensionné par le roi ne peut en faire partie.

Peut-on affirmer, comme le fait en général l'historiographie anglaise, que la souveraineté se trouve entre les mains de la nation ? Il serait sans doute plus juste de dire qu'elle se trouve pour une faible part entre les mains de l'élite censitaire qui a le pouvoir de députer au Parlement, et pour une large part entre celles des plus riches parmi les députés qui, par le système de la corruption<sup>26</sup>, contrôlent la majeure partie de la vie politique<sup>27</sup>. Ce sont en fait soixante-quinze familles, liées par les alliances matrimoniales, qui possèdent le contrôle des communes. Pour F. W. Maitland, la souveraineté est tiraillée entre trois prétendants : le roi, le roi en Parlement et le droit. Mais il poursuit un raisonnement qui, pour un juriste non anglais, demeure surprenant : le droit divin du roi ressortit à la philosophie politique plus qu'au droit constitutionnel, lequel, par une grande « prouesse » a judicieusement placé la souveraineté dans le Parlement ; en revanche,

<sup>23</sup> Daniel SZECHI, « A blueprint for Tyranny ? Sir Edwards Hales and the catholic response to the revolution of 1688 », *English historical review*, 2001, n° 466, p. 342-367.

<sup>24</sup> Le roi en exil avait débarqué l'année précédente avec l'appui de la flotte française.

<sup>25</sup> On considère traditionnellement que cette défaite des Irlandais coïncide avec la prise de contrôle de l'île par les Anglais ; il faut nuancer le propos, car il faut plus d'un an aux troupes de Guillaume III pour achever la conquête.

<sup>26</sup> Le duc de Norfolk, secrétaire d'État en 1724, garde le pouvoir pendant quarante ans grâce à ses réseaux de corruption.

<sup>27</sup> On estime qu'au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle cinquante et un pairs et quarante-cinq membres de la Chambre des Communes tiennent environ deux cents membres du Parlement.

le droit (*law*)<sup>28</sup> est bien ce qui fonde le droit constitutionnel.

Après 1688, on se trouve en présence d'une quasi-séparation des pouvoirs. Au roi appartient l'exécutif, aux Chambres le pouvoir législatif ; la Chambre des Lords conserve la connaissance des procès en appel pour les affaires civiles et la Chambre des Communes a pleine compétence en matière financière. Mais cette quasi séparation des pouvoirs laisse dans l'ombre les prérogatives du roi : si on sait bien ce qu'il ne peut pas faire, on est moins renseigné sur ce qu'il conserve. Il possède le droit de veto et de grâce, il peut faire les pairs<sup>29</sup>, il a droit de guerre et de paix, il est responsable de la police. Pour réaliser cette tâche, il peut choisir ses ministres. A aucun moment, il n'incarne la *res publica* ; ses ministres eux-mêmes sont considérés comme ses serviteurs, non pas comme les serviteurs de l'État. L'État anglais ne prend pas corps dans une institution (*res publica*), mais dans l'agissement réglé des hommes (*commonwealth*). L'objectif recherché est celui de l'équilibre pour atteindre l'efficacité. L'instrument juridique conçu à cette fin est le gouvernement de cabinet.

Triomphent aussi des intérêts conjoncturels. Lorsque Guillaume d'Orange-Nassau arrive sur le trône d'Angleterre sous le nom de Guillaume III, son objectif n'est pas de s'intéresser à l'Angleterre en tant que telle mais de se servir de l'Angleterre pour assouvir son obsession : anéantir Louis XIV. L'aristocratie anglaise n'est pas difficile à convaincre, pour peu que le roi la renforce dans le même temps. Or l'objectif du prince d'Orange suppose que, devenu roi en Angleterre, il obtienne le soutien du Parlement. Il ne cède cependant pas entièrement aux groupes de pression, puisqu'il place concurremment des *tories* et des *whigs* dans les trois conseils. Les deux groupes se déchirant au sein des conseils, Guillaume III en vient à favoriser les uns ou les autres, au vu de la majorité qui se dégage à l'issue des élections.

Les autorités administratives locales, d'abord responsables devant le Conseil du roi, se tournent après la guerre civile vers les cours locales pour connaître leur statut, en regard de la *common law*, ce qui a pour effet d'accroître l'indépendance des autorités locales : les juges de paix tranchent de plus en plus dans le sens de leur intérêt particulier, délivrés qu'ils sont du contrôle exercé par la couronne. Leur salaire est fixé et ils sont inamovibles, sauf sur plainte conjointe

<sup>28</sup> Il en existe trois sortes aux yeux de l'auteur : la loi (*law*), le droit commun (*common law*) et le droit naturel. A notre avis, il convient de traduire *law* par « droit » quand l'auteur évoque l'un des trois piliers du droit constitutionnel et par « loi » quand il précise les éléments qui composent le droit.

<sup>29</sup> Jacques I<sup>er</sup> déjà avait créé de nombreux pairs : dans son premier Parlement siégeaient quatre-vingt-deux pairs, quatre-vingt-seize dans le dernier.

des Chambres du Parlement.

#### - Théories

À notre avis, il convient de replacer la Révolution anglaise dans un contexte européen global, et notamment de la mettre en perspective avec ce qui se passe en Scandinavie à la même époque. En effet, culturellement, la grande île appartient à l'ère scandinave depuis le Moyen Âge<sup>30</sup>. Or, à la fin du XVII<sup>ème</sup> siècle, en raison de la puissance de la France en Europe, les ères culturelles non latines cherchent à se démarquer : par des voies différentes, Angleterre et Scandinavie s'affirment contre les modèles romains. Dans les deux cas, l'individu y acquiert une place radicalement différente de celle du *civis* romain. Rien d'étonnant, à ce compte-là, à ce que ce soit une personne et non une *persona* qui signe le « contrat social » britannique.

L'opinion anti-jacobite avance l'idée que Jacques II a violé la « constitution du gouvernement »<sup>31</sup> car il a embrassé la religion catholique et s'est mis au-dessus des lois civiles. A contrario se trouve donc confortée à la fois la théorie contractuelle et l'idée de l'antériorité de la loi civile sur la loi politique. Jurieu peut alors fort bien alléguer que le peuple d'Angleterre a usé de son droit imprescriptible de résistance à l'oppression et légitimer la prise de pouvoir par Guillaume d'Orange. Ces affirmations s'inscrivent dans un héritage intellectuel bien connu, dont nous ne citerons que les grandes lignes, mais aussi dans une culture septentrionale, moins connue en général.

Certes, tous les Anglais ne sont pas adeptes de la théorie du contrat. Pour Robert Filmer (1589-1653), in *Patriarcha ou du pouvoir naturel des rois* (1680), par exemple, les hommes sont esclaves de Dieu et le roi, qui tient son pouvoir de Dieu et l'exerce comme un père de famille<sup>32</sup>, n'a que faire du consentement des gouvernés. Mais, en règle générale, cette théorie du contrat prévaut dans le raisonnement philosophique et juridique.

Dans son *Essai sur le gouvernement civil*, John Locke imagine un état de nature, dans lequel les hommes seraient libres et égaux, et

<sup>30</sup> V. Jacques BOUINEAU, *Traité d'histoire européenne des institutions, I<sup>er</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Litec, 2004, XIV + 696 p.

<sup>31</sup> *Réponse au Manifeste adressé par le Roy Jacques II aux Princes Confédérez Catholiques*, La Haye, Meindert Vitwer, 1697, p. 63, cité par E. TILLET, *op. cit.*, p. 56.

<sup>32</sup> Sur le rapprochement entre autorité royale et autorité paternelle, v. Aurélie du CREST, *Modèle familial et pouvoir monarchique (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Aix-en-Provence, PU, 2002, 413 p.

dirigés par la raison<sup>33</sup> ; les nécessités les contraignant à se constituer en société, celle-ci ne pouvant résulter que d'un libre contrat respectant les droits « naturels » de l'homme. Il préconise la distinction<sup>34</sup> des pouvoirs, la séparation de l'Église et de l'État et prône la liberté de conscience et de culte.

L'individu qui conclut le pacte social ne devient pas une *persona* pour autant : non seulement il n'est plus semblable à ces chrétiens médiévaux qui appartenaient tous à l'*ecclesia*, au sein d'une *res publica*, mais de plus il n'abandonne que ce qui est nécessaire pour sa protection contre les autres. Celui qui signe le contrat social de Locke est donc bien une personne, qui cherche à faire garantir ses droits individuels contre ceux des autres personnes qui coexistent avec elle au sein de l'État au moyen d'une « Déclaration des droits », qui ne présente aucun caractère d'universalité, mais qui est destinée à servir de règle du jeu.

Chez Hobbes, le contrat social est à l'origine de la *Commonwealth*, ou *Civitas*, ou « État » ; c'est le moment où les hommes se dessaisissent de leur liberté et de leurs égalités naturelles pour les échanger contre la sécurité collective, incarnée par le Léviathan. Mais le fond de la nature humaine est mauvais : l'alliance se fait donc non pas par philanthropie, mais pour éviter de s'entredéchirer et parce que chacun trouve un intérêt personnel dans cette union. La société naît donc de la crainte des hommes les uns envers les autres et non de leur altruisme ; elle est cependant préférable à l'état de nature où l'homme est un loup pour l'homme, car tous convoitent les mêmes choses et sont prêts à s'étriper pour les obtenir. De plus, rien ne garantit que si, dans l'état de nature, on accomplit son engagement, la partie d'en face fera de même ; il convient donc de faire naître un engagement contractuel qui se substituera à l'engagement naturel.

Résolument pessimiste, il est convaincu que la paix ne sera pas possible tant que les hommes pourront s'opposer au pouvoir, surtout si cette opposition se fait pour des motifs politico-religieux. Il se montre donc favorable à la toute-puissance du roi, à condition que ce dernier

<sup>33</sup> L'influence de Descartes est très grande sur lui, comme sur tous les penseurs de l'époque.

<sup>34</sup> A notre avis, il est erroné de voir en Locke un adepte de la séparation des pouvoirs ; il nous semble qu'une telle approche fait l'histoire à l'envers en prenant la réalité du XIX<sup>e</sup> siècle comme cause de la théorie de la fin du XVII<sup>e</sup> siècle. Depuis longtemps, en revanche, les Anglais veulent une distinction des pouvoirs entre le roi et l'aristocratie et, dans les années incertaines et constitutionnellement floues qui suivent la Révolution, comme nous l'avons vu, il importe de ne pas accorder trop de pouvoirs au roi. Il ne parle pas du judiciaire, qu'il rattache au législatif ; habitude « romaine » ou prise en compte des réalités concrètes ? Dans l'Angleterre d'alors, le pouvoir judiciaire est en effet entre les mains de la *gentry*.

assure la tranquillité à tous. Et pourtant il est, à la base, un individualiste. Mais pour que l'État apparaisse, la volonté de chacun doit se fondre dans une volonté globale : les hommes qui vivent en société ne possèdent donc plus ni volonté individuelle, ni droits individuels ; tous les pouvoirs appartiennent à l'État. Le contrat que concluent les individus n'est donc pas conclu avec le souverain mais entre eux ; il n'y a donc pas délégation de pouvoir envers le roi, mais aliénation de chacun devant le roi. Le souverain, qui n'a rien signé, n'a donc aucune obligation vis-à-vis des sujets, sauf celle de réussir à garantir la paix civile (c'est pourquoi Hobbes n'est pas un défenseur de la tyrannie). Il ne s'agit pas d'un pouvoir absolu, mais d'un pouvoir totalitaire.

Le fondement de la culture juridique britannique est constitué par la *common law*<sup>35</sup>, qui se présente, pour une large part, comme la mise en règles de la conscience d'un temps mythologique.

A la fin du XV<sup>ème</sup> siècle, on voit apparaître les premiers recueils de jurisprudence ; ils présentent les faits, les procédures, les plaidoiries et l'opinion de chaque juge sur le point en litige. Mais il est souvent difficile de distinguer entre les plaidoiries et les opinions personnelles du scribe<sup>36</sup> ; il faut attendre la deuxième moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle pour voir plus nettement l'origine des mentions inscrites dans les recueils. Ainsi, lorsqu'on parle des « précédents<sup>37</sup> » de la *common law*, faut-il savoir que, pendant longtemps, on ne peut pas connaître véritablement la nature du précédent en question ; au demeurant, jusqu'au XIX<sup>ème</sup> siècle, il n'existe pas de règle quant à l'utilisation du précédent : le précédent est-il créé par un seul jugement ? Que faut-il penser d'un jugement erroné ? etc.

La réforme de la *common law* apparaît donc comme une priorité au moment de la République. Parmi les questions les plus brûlantes, on rencontre la volonté de décentraliser la justice, la suppression de la prison pour dettes, l'abolition de la cour de chancellerie, devant

<sup>35</sup> On peut toujours consulter l'ouvrage déjà ancien de Marc ANCEL, *La « common Law » d'Angleterre*, Paris, Rousseau, 1927, 223 p., qui contient des réflexions intéressantes, puis se reporter à Michel MORIN, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004, XXVI, 395 p. et Norbert ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF « Droit fondamental », 1998 (1<sup>ère</sup> éd.), p. 306-335.

<sup>36</sup> Si Plowden, au XVI<sup>e</sup> siècle, met en lumière ce qui est de sa plume, Edouard Coke ne possède pas le même sens de la déontologie.

<sup>37</sup> Pour une approche en provenance d'une autre culture, ceux qui lisent l'arabe pourront se reporter à l'ouvrage de Hassan ABD EL-HAMID, *La règle du précédent dans les systèmes juridiques anglo-américains (l'application contemporaine et les origines historiques)*, Le Caire, 2003, Dar el-Nahda al-Arabia, 510 p. ; ceux qui ne lisent pas l'arabe se contenteront de la bibliographie (qui comprend des références à des sites Internet), en français et en anglais.

laquelle les frais de procédure étaient dissuasifs. Mais on souhaite aussi revenir sur la formulation absconse des lois rédigées<sup>38</sup>. Rien n'aboutit.

Au demeurant, dans un système qui accorde la plus grande importance au jugement, la doctrine est minimisée : seuls les auteurs décédés peuvent être cités devant les tribunaux.

Le débat sur la souveraineté est animé par Edouard Coke<sup>39</sup> (1552-1634), pour qui le roi est soumis à la loi commune ; les principes de la *common law* sont supérieurs tant au roi qu'au Parlement<sup>40</sup> et le roi n'a donc pas la capacité de juger<sup>41</sup>. Le principal obstacle juridique pour fonder l'absolutisme du roi, et l'impossibilité même où l'on est en Angleterre de concevoir un absolutisme juridique provient en effet de la *common law* et de ses précédents. Et s'il n'y a pas de précédent, la proclamation royale ne peut s'apparenter juridiquement à une loi<sup>42</sup>. Dans le procès Calvin<sup>43</sup>, le chancelier Ellesmere parle du danger où il y aurait à distinguer le roi de la couronne et le roi du royaume : certes, il s'agit de démontrer qu'un individu né sous le règne de Jacques VI d'Écosse, devenu Jacques I<sup>er</sup> d'Angleterre par la suite, se trouve, en tant que *postnatus*, pourvu des mêmes droits qu'un Anglais<sup>44</sup>, mais la nature de l'argumentation est surprenante. Même si Coke est déchu de toute fonction royale en 1616, il entre alors au Parlement et, de toute manière, ses idées continuent à se répandre<sup>45</sup>. Dès lors, dans la conscience anglaise, les principes de droit romain (*quod principi placuit*, par exemple) sont assimilés à la tyrannie et il devient impossible aux juristes insulaires de concevoir la notion de *res publica*, même si les *Institutes* de Coke

<sup>38</sup> Pendant longtemps, les rédacteurs des projets de lois sont des *conveyancers* (des spécialistes de la rédaction d'actes de droit privé), payés au mot et n'hésitant pas à créer des phrases illisibles, truffées de répétitions et de longueurs inutiles, voire préjudiciables à la compréhension du texte. C'est pourquoi Francis Bacon propose la création de deux résumés : l'un destiné à synthétiser la législation, l'autre les traités doctrinaux ou les jugements... mais il ne souhaite pas codifier la *common law*.

<sup>39</sup> Président de la Cour des procès communs (*Common Pleas*), puis de la Cour du banc du roi (*Court of King's Bench*), enfin membre du Parlement.

<sup>40</sup> L'affirmation de Coke se retrouve dans le procès Bonham et sera reprise dans *Ville de Londres contre Wood* (1701).

<sup>41</sup> Affaire Fuller (1607).

<sup>42</sup> Affaire des proclamations (1610).

<sup>43</sup> Intenté par les tuteurs de Robert Calvin, un mineur écossais (1608).

<sup>44</sup> Les étrangers ne peuvent pas posséder la terre anglaise, or un héritage est revendiqué en Angleterre pour ce mineur, né en Écosse, du temps où Jacques n'est encore que roi d'Écosse. La défense allègue que le mineur, qui se retrouve par la suite sujet du roi d'Angleterre dans la personne du même souverain, peut donc être considéré comme possédant les mêmes droits qu'un Anglais.

<sup>45</sup> C'est en tant que parlementaire qu'on le retrouve à l'origine de la « Pétition des droits ».

sont une référence explicite à l'ouvrage de Justinien. Heneage Finch, Lord Nottingham, Chancelier en 1675, que l'on surnomme « le père de l'équité<sup>46</sup> anglaise » ne change en rien cette conception, pas davantage que William Blackstone<sup>47</sup> (1723-1780) dans ses *Commentaries on the Laws of England*<sup>48</sup> (« Commentaires »). Jeremy Bentham (1748-1832)<sup>49</sup> constitue donc une voix isolée.

Toute l'histoire anglaise du XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>50</sup> est pleine des associations entre papisme et tyrannie justifiant le tyrannicide. Mais le lien entre droit divin des rois et droit du peuple est évoqué chez beaucoup. Dans ses *Sermons*, par exemple, Jean Boucher récuse le droit divin du roi et l'une de ses conséquences : la théorie statutaire de la couronne ; pour lui, roi et peuple<sup>51</sup> sont liés par un « contrat mutuel », susceptible d'être dénoncé par chacune des parties, puisque l'abdication est admise dans son esprit. N'importe qui, même un simple particulier, peut assassiner le tyran lorsque ce dernier usurpe le pouvoir, ou lorsque le roi en exercice devient un tyran, comme l'est à ses yeux Henri III, dont il trouve l'assassinat parfaitement légitime.

Il est certain que tout au long du XVI<sup>ème</sup> siècle, les monarchomaques<sup>52</sup> préparent le terrain : pour eux, il faut conclure une « alliance » génératrice d'obligations synallagmatiques entre le roi et ses sujets. Il ne s'agit pas ici d'un pacte fondateur, mais d'une sorte de règle du jeu évitant la dérive vers la tyrannie. Cette théorie du contrat social se retrouve dans *Le Réveille-Matin des Français* (1573), chez Théodore de Bèze<sup>53</sup> et Junius Brutus<sup>54</sup>.

<sup>46</sup> Face à la *common law*, qui se présente donc comme la loi commune à tout le royaume, jugée dans les cours de Westminster (et pour cette raison, d'ailleurs, nommées : *Courts of Common Law*), mais qui demeure incomplète sur plusieurs points, les plaideurs prennent l'habitude d'en référer au roi pour lui demander de statuer « en équité » ; depuis les Tudors, la Cour du Chancelier juge ces procès en équité.

<sup>47</sup> Avocat au barreau en 1746 après des études à Oxford, docteur en droit civil en 1750, professeur de Droit anglais à Oxford en 1758, avant de devenir membre du Parlement. Ses *Commentaries* deviendront la référence obligée des études juridiques en Angleterre et aux États-Unis.

<sup>48</sup> En général abrégé en : *Commentaries*.

<sup>49</sup> Qui mérite une mention spéciale, en tant que farouche défenseur de la codification en Angleterre et adversaire déclaré de la *common law*, qu'il qualifie de « droit pour les chiens » (*Dog Law*), établie au gré des juges.

<sup>50</sup> V., par exemple, John Knox, l'un des fondateurs du presbytarianisme, le calviniste Christopher Goodman et, bien sûr, George Buchanan, contemporain des monarchomaques français.

<sup>51</sup> Toujours dans le sens où on l'entend traditionnellement à l'époque : les députés aux états.

<sup>52</sup> Des théoriciens protestants, comme Théodore de Bèze ou Duplessis-Mornay, et des catholiques ligueurs, comme Jean Boucher ou Guillaume Rose.

<sup>53</sup> Dans le *Droit des Magistrats sur leurs subjects* (1574).

Dans le *Tractatus de potestate summi pontificis in temporalibus* (1610) de Bellarmin, on trouve l'idée d'une égalité entre les hommes, auxquels le pouvoir a été donné : les titulaires concrets de ce dernier sont donc investis par le peuple au moyen d'un contrat.

Dans ses *Avertissemens aux Protestans sur les Lettres du Ministre Jurieu contre l'Histoire des variations* (1691), Bossuet explique qu'il n'existe en aucun cas de pacte mutuel liant le roi à ses sujets : l'apparition de la monarchie correspond simplement au passage d'un état d'anarchie initiale à un celui d'un État régi par des règles. Les sujets et le roi sont liés par des obligations morales indissolubles. Pour Jurieu, en effet, un contrat de gouvernement a été conclu entre le peuple et le roi ; il se manifeste<sup>55</sup> lors de la cérémonie du sacre. En tout état de cause, le peuple ne saurait transférer l'ensemble de ses pouvoirs sans conditions au roi, car il conclurait alors un contrat « nul parce qu'il serait contre les droits de la nature »<sup>56</sup>, et il distingue le pouvoir absolu du roi de France du pouvoir sans bornes, qui représenterait une doctrine « idolâtre ».

Dans la monarchie septentrionale, le roi n'est jamais rien d'autre qu'un *primus inter pares* et les développements liés au contrat social à l'Époque moderne reprennent en fait une problématique bien plus ancienne. Toutefois, l'une des grandes nouveautés, à notre sens, et sur laquelle on insiste peu, consiste à l'affirmation durant le XVII<sup>e</sup> siècle d'une nordicité, radicalement différente, pour ne pas dire hostile à la romanité.

Le père fondateur en est Niels Hemmingsen (1513-1600). Fils de paysans hollandais, disciple de Melanchthon, professeur à l'Université de Copenhague en 1543, il est surnommé *universalis danicae praeceptor*. Pour lui, les lois naturelles sont en harmonie, non en lutte, avec les lois de Dieu ; chaque être humain possédant une étincelle de raison divine, les principes qui doivent le guider sont inscrits en lui et il peut en déduire les lois nécessaires à la vie en société. Il propose une théorie morale très élaborée qui repose sur une définition de la loi naturelle envisagée du seul point de vue rationnel. Grotius s'est inspiré de lui en cherchant la source du droit non dans la loi mosaïque, mais dans les lois naturelles.

<sup>54</sup> Dans le célèbre *Vindicae contra tyrannos* (1579) ; v. Henri MOREL, « La théorie du contrat chez les monarchomaques », *Mélanges Henri Morel*, Aix-en-Provence, PU, 1990, p. 446-462.

<sup>55</sup> Reprenant le mot de Misson, Edouard TILLET, *op. cit.*, p. 55, parle de « trace visible ».

<sup>56</sup> P. JURIEU, *Lettres pastorales adressées aux fidèles de France qui gémissent sous la captivité de Babylone*, Rotterdam, Abraham Acher, s. d. [1686-1689], cité par E. TILLET, *op. cit.*, p. 56.

Car le premier à réaliser un lien entre le pacte qui lie le peuple au souverain et l'accord qui fonde la société est Grotius, dans le *De jure belli ac pacis* (1625) : naturellement enclins à respecter l'existence des autres, les humains aboutissent nécessairement à la création de l'État, « corps parfait de personnes libres qui se sont jointes ensemble pour jouir paisiblement de leurs droits et pour leur utilité commune ». Le pouvoir civil repose donc, de manière ontologique, sur la volonté du peuple.

Or dès 1655, on donne en Suède des conférences sur l'ouvrage de Grotius qui, bien que Hollandais, a été ambassadeur de Suède à Paris. Les idées de droit naturel se répandent largement en Suède : Johannes Schefferus<sup>57</sup> est nommé professeur de droit naturel et de droit des peuples à Upsala en 1665.

Chez Pufendorf, il faut distinguer le « pacte d'association » et le « pacte de soumission » : fruit de la sociabilité naturelle, le premier pousse à l'association libre des hommes les uns envers les autres ; le second permet l'exercice du pouvoir et lie les sujets et le roi de manière synallagmatique. Les deux pactes demeurent distincts : en se soulevant contre un roi devenu oppressif, les sujets ne remettent pas en cause le pacte d'association. Or Pufendorf est professeur de droit naturel et de droit des peuples à Lund à partir de 1668. Les idées de Pufendorf constituent un véritable bélier contre les théories d'Aristote. En effet, pour le professeur allemand, les hommes vivent juridiquement libres et égaux dans l'état de nature ; quand ils décident de s'associer, ils le font de manière contractuelle et indépendante. Le pouvoir vient donc incontestablement d'en bas et se fait au moyen d'une délégation de pouvoir, tandis que chez Aristote, les hommes étaient naturellement faits pour être maîtres ou esclaves. Ces idées deviennent majoritaires en Suède, jusqu'à la lettre royale de Charles XI (1689) stipulant que nul ne doit remettre en cause l'absolutisme royal. Mais cette opposition n'est qu'apparente entre la philosophie de Pufendorf et l'absolutisme de Charles XI : en effet, le philosophe professe une idée plutôt sombre de la nature humaine, met l'accent davantage sur les devoirs des hommes que sur leurs droits, ce qui, le tout conjugué, rend nécessaires l'ordre et la discipline incarnés par le souverain.

<sup>57</sup> (1621 – 1679). Auteur d'ouvrages d'histoire (*Upsalia* – 1666) ou d'histoire littéraire (*Suecia literata* – 1680). V. Stig Hströmholm, *Promenades dans le potager du Parnasse. Le droit et les lettres. Les relations franco-suédoises dans une perspective européenne*, Paris, Beauchesne, 1994, p. 226 et 232-234.

L'influence de Pufendorf s'est peut-être étendue à certains auteurs protestants, comme Coulan<sup>58</sup> qui postule l'existence de deux conventions, un *pactum societatis* (contrat de société), permettant la naissance du corps politique et, ultérieurement, la désignation d'un (ou plusieurs) souverain, ou encore comme Abbadie<sup>59</sup>, qui se trouve sans doute aussi influencé par John Locke et réagit contre les théories de Filmer<sup>60</sup>.

Par ailleurs, le *göticism*, ample mouvement intellectuel, dont le chef de file est chef Olof Rudbeck<sup>61</sup> et, sur le terrain juridique, Carolus Lundius<sup>62</sup>, vient apporter l'indépendance culturelle qui faisait défaut au Nord.

Dans les faits, le texte final de la Constitution, adopté le 14 novembre 1665 (*Den danske kongelov*), repose sur une sorte de pacte social car « cette monarchie de droit divin travaille à la construction d'un État de droit »<sup>63</sup>. Malgré ce caractère absolu, le pouvoir du roi reste dual : fondé sur la providence divine et sur l'amour de ses sujets. Ainsi l'idée de pacte social n'est pas étrangère à cette monarchie de droit divin. De plus, dès 1715, est publié l'ouvrage de Ludvig Holberg, *Le noyau de la morale ou introduction au droit naturel et au droit des peuples* (*Moralske kjerne eller Introduction til Natur- og Folkeretten*), « illustré avec des exemples de l'histoire des pays nordiques et rapporté aux lois danoises et norvégiennes », dans lequel les influences de Grotius, Pufendorf et Thomasius sont manifestes. L'ouvrage est un remarquable succès, très lu, souvent réédité, plusieurs fois traduit, y compris en suédois en 1789.

<sup>58</sup> Antoine COULAN, *La défense des Réfugiez contre un livre intitulé Advis important aux Réfugiez sur leur prochain retour en France*, s. l., A. Deventer, 1691, p. 118 (cité par E. TILLET, *op. cit.*, p. 55).

<sup>59</sup> Jacques ABBADIE, *Défense de la nation britannique, où les droits de Dieu, de la Nature et de la Société sont clairement établis au sujet de la Révolution d'Angleterre contre l'Auteur de l'Advis important aux Réfugiés*, La Haye, de Hondt, 1693.

<sup>60</sup> Edouard TILLET, *op. loc. cit.*

<sup>61</sup> Per Daniel Amadeus ATTERBOM, *Minne af Olof Rudbeck den äldre*, Stockholm, Norstedt, 1850 ; Per DAHL, *Svensk ingenjörskonst under stormaktstiden : Olof Rudbecks tekniska undervisning och praktiska verksamhet*, Uppasala, Uppsala universitet, 1995, 338 p. ; Gunnar ERIKSSON, *The Atlantic vision : Olof Rudbeck and Baroque science*, Science history publications, 1994, VIII ; 196 p. IDEM, « Gestalter i svensk lärdomshistoria. Olof Rudbeck d. ä. », *Lychnos*, 1984, p. 77-119 ; IDEM, « Om ingenting. Olof Rudbecks föreläsningsprogram 1679 », *Lychnos*, 1979-1980, p. 79-108.

<sup>62</sup> Jacques BOUINEAU, « Carolus Lundius et l'Antiquité », actes du XVII<sup>e</sup> colloque de l'Association française des historiens des idées politiques, 12-13 mai 2005, PU d'Aix-en-Provence, 2006, p. 45-58.

<sup>63</sup> Jean-François BATAIL, Régis BOYER et Vincent FOURNIER, *Les sociétés scandinaves de la Réforme à nos jours*, Paris, PUF, 1992, p. 198.

## II. LE VERBE DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE

En raison de sa culture dominante, la France n'a pas besoin de justifier ses choix politiques jusqu'à la Révolution. A ce moment-là, en raison de la *tabula rasa* pour laquelle on opte, il faut refonder le discours politique. Le choix se porte pour partie sur le contrat social, mais entendu à la française, non à l'anglaise ; il confirme néanmoins une tradition française : la prééminence d'une *res publica* au-dessus de *personæ*, dont certains pays européens pouvaient donner l'exemple.

### - La persona de 89

Nous ne reprendrons pas ici nos démonstrations sur l'utilisation de l'Antiquité dans le discours des révolutionnaires français, car nous voudrions comparer le discours français au discours anglais, en tenant compte de la culture juridique française.

L'idée de Locke se retrouve chez Rousseau<sup>64</sup>, qui va plus loin que celui-là cependant, en ceci que le contrat social<sup>65</sup>, pour être fondateur, doit permettre de concilier la liberté de l'état de nature et les exigences de la vie en société : la loi sera donc l'expression de la « volonté générale ». On se souvient que les débuts littéraires de Rousseau sont dus au sujet mis au concours par l'Académie de Dijon : « Quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes » ? (1755), qui donna lieu à la publication de son fameux *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. Le contrat social est chez lui une fiction, c'est-à-dire qu'il précise bien qu'il ne s'agit pas d'un moment historique donné, mais d'un « raisonnement hypothétique et conditionnel », analyse que l'on retrouve dans l'*Encyclopédie*, où Diderot<sup>66</sup> écrit, dans l'article « souveraineté », que le lien entre le peuple et ceux qui exercent le pouvoir repose sur un contrat « fait ou supposé ».

À notre sens, il existe une rupture entre la pensée de Locke et celle de Rousseau. Dans le premier cas, nous avons fourni quelques

<sup>64</sup> Roger D. MASTERS, *La philosophie politique de Rousseau*, Paris, ENS éditions, 2002, 519 p.

<sup>65</sup> Rappelons que l'ouvrage qui porte ce titre date de 1762.

<sup>66</sup> Yvon BELAVAL, *Études sur Diderot*, Paris, PUF, 2003, VIII + 383 p. (il s'agit d'un recueil d'articles d'Yvon BELAVAL, dont le plus intéressant s'intitule : « Nouvelles recherches sur Diderot », p. 29-99) ; l'ouvrage de Colas DUFLO, *Diderot philosophe*, Paris, Champion, 2003, 543 p. est très philosophique, comme en avertit le titre, mais possède cependant des développements intéressants sur la vision politique du philosophe.

éléments en ce sens, le contrat social a pour objet d'organiser un pouvoir qui vient essentiellement d'en bas. Il est le fruit d'un accord entre des hommes qui vivent dans un lieu donné.

La *persona* de 89 est une réalité juridique, qui évolue dans un cadre politique où la loi est un ciment qui transfigure les hommes. Tout comme l'homme devenant citoyen naît à une existence nouvelle chez Rousseau, la *persona* de 89 ne se conçoit que dans un environnement juridiquement qualifié, grâce à une assimilation avec une Antiquité idéalisée. Or le citoyen actif signataire du contrat social révolutionnaire n'est autre que cette *persona*. La loi occupe une place prééminente durant la Révolution, en raison d'une vision globale : celle d'un corps social théorique.

Mais cet environnement historique et philosophique ne suffit pas, à nos yeux. « L'immanence du droit, produit de la conscience du citoyenpropriétaire n'a, aux yeux de celui-ci, rien à voir avec la violence des faits, domaine exclusif de l'individu »<sup>67</sup>. Il existe en effet une différence épistémologique entre le citoyen, *persona* au sein du corps social et l'individu, simple animal humain. Le signataire du contrat social de 89, celui qui utilise ses dispositions pour agir et se protéger au sein de l'État est le citoyen, la *persona* donc.

Les repères politiques de la société nouvelle de 89 se bâtissent contre les valeurs éthiques d'Ancien Régime<sup>68</sup> dans la fascination d'une Antiquité recomposée<sup>69</sup>, en un mouvement complémentaire qui conduit à régénérer l'homme<sup>70</sup>. Comme toujours en France, la qualification du politique est précédée par un argumentaire théorique, là où en Angleterre le politique s'adapte aux circonstances. Du moins lors de la « Glorieuse Révolution », car au moment de l'autre, celle de Cromwell, John Milton<sup>71</sup> est convaincu que la République anglaise est une « Rome à l'ouest ».

<sup>67</sup> Jacques BOUINEAU, *Les toges du pouvoir...*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>68</sup> Jacques BOUINEAU, « Le référent antique dans la Révolution Française : légitimation d'une société sans l'Église » AFHIP, Actes du colloque de Lyon (19-21 Septembre 1985), P. U. d'Aix-Marseille, T. IV, p. 241-258.

<sup>69</sup> Jacques BOUINEAU, « Caton révolutionnaire : de l'imaginaire social comme genèse de la construction juridique », *Hommages à Gérard Boulvert*, Nice, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 1987 et IDEM, « La référence à la Rome antique dans la réflexion politique et juridique à la Convention Nationale », in *Antichità e rivoluzioni da Roma a Costantinopoli a Mosca*, colloque *Da Roma alla terza Roma*, XIII *seminario internazionale di studi storici*, Rome, Capitole, 21-23 avril 1993, Roma, Herder editrice e libreria, 2002, p. 161-187.

<sup>70</sup> Jacques BOUINEAU, « De l'*homo novus* à l'homme futur », Colloque A. R. T. E. L. A., Tarbes (19-20 Mai 1989), Tarbes, Artela éditions, 1990, p. 72-84.

<sup>71</sup> Fils d'un marchand londonien aisé, il étudie d'abord à Cambridge puis en Italie et commence à écrire avant même la Révolution : *Areopagitica* (qui date de la guerre civile) dénonce la censure. Son œuvre la plus connue, le *Paradis perdu* (1667), passe pour un des chef-d'œuvres de la littérature anglaise.

Nous sommes donc, en 89, fort éloignés de la vision anglaise traditionnelle des rapports sociaux<sup>72</sup>, mais nous sommes en réalité très proches de la tradition française<sup>73</sup>, même si une telle affirmation peut surprendre. En effet, si l'on se place sur le terrain de l'esprit des lois françaises, on conviendra qu'il n'y a pas de rupture entre l'Ancien Régime et la Révolution : les termes de la loi, son contenu, ont certes changé, mais la tournure d'esprit demeure française... « La matière demeure, mais la forme se perd », comme l'écrivait Ronsard.

Repartons de la distinction médiévale entre le droit commun (*jus commune*), c'est-à-dire les droits savants (romain et canonique) communs à l'Europe entière et les droits propres (*jura propria*), c'est-à-dire les droits particuliers, privilèges au sens étymologique, concernant les provinces, les villes, les communautés. A l'avènement de l'absolutisme, les *jura propria* ont de plus en plus tendance à devenir le *jus proprium*, c'est-à-dire le droit français, le droit propre au royaume, un aspect du pouvoir absolu du roi, lui aussi expression de la *res publica*.

Au XVI<sup>ème</sup> siècle, Jean Bodin<sup>74</sup> donne la définition de la monarchie absolue : elle est dégagée de toute alliance avec une forme aristocratique ou populaire de gouvernement, les institutions royales s'y trouvent soumises à cet arbitre suprême qu'est le roi. Selon Bodin et Loyseau, les lois fondamentales sont faites pour limiter la puissance du souverain. Les théoriciens opposent en effet la monarchie tyrannique dans laquelle le roi exerce un pouvoir sans frein, donc arbitraire, à la monarchie légitime ou royale où le prince est soumis à certaines lois supérieures. En tout état de cause, le pouvoir n'est pas né d'un contrat initial, il n'est donc soumis à aucune condition qui se trouverait dans cet hypothétique document.

Parce que le roi incarne la *res publica* et le peuple de France, il se présente comme le point d'articulation qui permet le contact entre

<sup>72</sup> Même si Rapin-Thomas ne partage pas l'idée d'une rupture d'un « contrat » entre le roi et le peuple (E. TILLET, *op. cit.*, p. 152 *sq.*), cette idée demeure majoritaire dans l'analyse anglaise, et surtout dans la réception en France (v., par exemple, les *Nouvelles observations sur l'Angleterre* de l'abbé Coyer, citées par E. TILLET, *op. cit.*, p. 322-323, mais v. aussi les p. 538 *sq.*) et en Europe (v., par exemple, les *Principes de droit politique* de Burlamaqui, cités par E. TILLET, *op. cit.*, p. 298) des idées anglaises... avec la notable exception de Voltaire qui, dominé par son anticatholicisme analyse l'action de Jacques II, non pas comme une rupture du contrat social, mais comme une obsession de favoriser le parti papiste (E. TILLET, *op. cit.*, p. 179-180), ou celle de Moreau (E. TILLET, *op. cit.*, p. 357).

<sup>73</sup> Nous ne reprendrons pas le célèbre débat pour savoir si la France de 89 peut être mise en parallèle avec l'Angleterre républicaine

<sup>74</sup> Sous la direction de Gabriel-André PÉROUSE, Nicole DOCKES-LALLEMENT et Jean-Michel SERVET, *L'œuvre de Jean Bodin*, Paris, Champion et Genève, Slatkine, 2004, 533 p.

l'un et l'autre, et doit donc se mettre en scène pour exprimer la réalité du pouvoir. Il en trouve l'occasion dans plusieurs cérémonies solennelles comme les entrées royales<sup>75</sup> ou les lits de justice<sup>76</sup> ; on peut ajouter les funérailles.

On doit surtout s'interroger sur la portée du régicide<sup>77</sup>. Qui tue exactement celui qui assassine le roi ? Un homme bien sûr ; mais plus encore l'État ; le favori de Dieu enfin. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que le renforcement de la conception divine du pouvoir soit postérieur aux assassinats perpétrés par Jacques Clément et Ravalliac.

Où est la *res publica* de France à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle ? Un roi absolu, victorieux de toutes les coteries privées, l'incarne en même temps que l'intérêt général. Depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle, la France est un État avant même d'être une Nation. Au XVII<sup>ème</sup> siècle l'État est devenu complet, absolu. Il est parachevé.

Or deux types d'élites sociales, par nature étrangères l'une à l'autre, trouvent à redire à ce triomphe royal. Il s'agit d'abord de la noblesse qui, comme dans tous les royaumes d'Europe, n'a jamais considéré le roi autrement que comme un *primus inter pares*. Il s'agit ensuite des bourgeois, vivant noblement ou non, notables écartés des plus hautes sphères, qui ne peuvent trouver de salut que dans une nouvelle définition de la monarchie.

Qui met en avant la *res publica* ? Tous, bien sûr. A condition qu'elle coïncide avec leurs intérêts particuliers. On ne veut plus de privilèges, car on ne s'y reconnaît plus, mais l'on veut bien que sa *res*

<sup>75</sup> Essentiel sur le sujet, l'ouvrage de Marie-France WAGNER et Daniel VAILLANCOURT (présenté par), *Le roi dans la ville. Anthologie des entrées royales dans les villes françaises de province (1615-1660)*, Paris, Champion, 2001, 334 p. ; Christian BIET, « Les monstres aux pieds d'Hercule. Ambiguïtés et enjeux des entrées royales ou l'encomiastique peut-elle casser des briques ? », *XVII<sup>e</sup> siècle*, 2001, n° 212, p. 383-403 ; L. M. BRYANT, *The French Royal Entry Ceremony*, Genève, Droz, 1986 ; Pascal LARDELLIER, *Les miroirs du paon : rites et rhétoriques politiques dans la France de l'Ancien Régime*, Paris, Champion, 2003 ; F. MOUREAU, « Les entrées royales ou le plaisir du prince », *XVIII<sup>e</sup> siècle*, n° 17, 1985, p. 202 ; Michel WINTROUB, « L'ordre du rituel et l'ordre des choses : l'entrée royale d'Henri II à Rouen », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 2001, n° 56, p. 476-505.

<sup>76</sup> Sylvie DAUBRESSE, « Henri III au Parlement de Paris, contribution à l'histoire des lits de justice », *BEC*, 2001, T. 159, p. 579-607 ; S. Hanley MADDEN, « L'idéologie constitutionnelle en France : le lit de justice », *Annales ESC*, 1982, p. 32-63. Sarah HANLEY, *Le lit de justice des rois de France. L'idéologie institutionnelle dans la légende, le rituel et le discours*, Paris, Aubier, 1991, 467 p.

<sup>77</sup> On commencera par la réédition de l'excellent travail de Roland MOUSNIER, *L'assassinat d'Henri IV : 14 mai 1610*, Paris, Gallimard, 1992, 406 p. ; Bernard PLONGERON, *Théologie et politique au siècle des Lumières (1770-1820)*, Genève, Droz, 1973, 405 p. ; Berthe THELLIEZ, *L'homme qui poignarda Louis XV : Robert-François Damien (1705-1757)*, Paris, Tallandier, 2002. V. aussi d'autres exemples dans *Méditerranées* n° 2, 1994, « Tyrannicide, régicide et antiquité ».

*privata* devienne LE modèle. La naissance n'est plus rien, la richesse est tout. A tant porter ses vertus sur l'autel de la patrie, les thuriféraires de la nouvelle philosophie ne voient pas qu'ils peuvent substituer une *res nullius* à la *res publica*. A force de tenter de tuer ses rois, le peuple de France finit par tuer sa monarchie. Les accents de Dupont de Nemours en annoncent d'autres, par exemple ceux du comte de Saint-Simon et d'autres encore, si proches de nous aujourd'hui.

Pourtant la *res publica* française n'est pas encore détruite et ne le sera pas par la Révolution. La Révolution, au contraire, par les bouleversements complets qu'elle provoque, ouvre la porte à Napoléon qui saura, adaptée à son époque et longtemps infrangible, parachever la France des rois, dosant la participation de tous aux ordres de l'État, *ad majorem imperii gloriam*, prenant socle sur le symbole qu'il avait contemplé sur les bords du Nil, mais qui reprenait en fait toute la logique intrinsèque de la France d'Ancien Régime : la pyramide.

Prenons deux exemples : la justice et l'impôt. La justice tout d'abord. La fronde parlementaire du XVIII<sup>ème</sup> siècle a rendu prudents ces hommes de loi parvenus au pouvoir quant à un éventuel troisième pouvoir trop puissant : la Constitution de 1791 met en avant deux pouvoirs (législatif et exécutif) et un judiciaire déclassé. En raison de la conviction philosophique en la bonté de l'homme, on fait tout pour éviter le procès et lui préférer la conciliation, aussi bien au civil qu'au pénal : l'arbitrage est valorisé. Enfin la conviction que l'on a de l'excellence de la loi conduit à refuser a priori l'idée d'une défaillance possible du texte législatif et la nécessité corrélative du référé législatif pour éviter à tout prix la création normative jurisprudentielle. L'impôt ensuite. Dans la conscience insulaire<sup>78</sup> l'impôt est négocié entre le roi et le peuple ; en France, depuis l'instauration de la taille royale au XV<sup>ème</sup> siècle, et plus encore depuis la reconnaissance au roi du droit de lever l'impôt, l'acquittement de l'impôt est reconnaissant d'appartenance au royaume. En 1699 dans son *Détail de la France* Boisguillebert, en 1707 dans son *Projet de dîme royale*<sup>79</sup> Vauban dénoncent le système fiscal et préconisent un impôt direct et universel se substituant à la taille.

En 1695, Pontchartrain crée la capitation<sup>80</sup>, pour la durée de la

<sup>78</sup> Mais c'est aussi l'argumentaire de l'aristocratie scandinave ou des partisans des privilèges d'Ancien Régime en France.

<sup>79</sup> Le projet de Vauban a été édité par Emmanuel LE ROY LADURIE, *La dîme royale de Vauban*, Paris, Imprimerie Nationale, 1992, 293 p. On peut aussi se reporter au chapitre III de l'année 1707 des *Mémoires* du duc de Saint-Simon.

<sup>80</sup> Alain GUERY, « État, classification sociale et compromis sous Louis XIV : la capitation de 1695 », *Annales ESC*, 41<sup>e</sup> année, n° 5, 1986, p. 1041-1060

guerre : il s'agit d'un impôt général, payé par tous les régnicoles, y compris les privilégiés. Les sujets sont répartis en 22 classes selon des critères faisant intervenir dignité, hiérarchie sociale et revenus évalués grossièrement. Le clergé et certaines provinces s'affranchissent par des abonnements. Abolie en 1697, la capitation est rétablie en 1701. A l'origine impôt de quotité, elle devient un impôt de répartition car le roi fixe le montant attendu de chaque généralité.

En 1710 apparaît le dixième ; il s'agit d'un impôt de 10 % pesant sur tous les revenus. Le clergé s'en rachète et sera imité par d'autres. Capitation et dixième s'ajoutent<sup>81</sup> donc au lieu de se substituer à la taille et, loin d'être universels et égalitaires, ils pèsent sur ceux qui ne peuvent y échapper. Les impôts sont augmentés sous Philibert Orry<sup>82</sup>, qui généralise notamment la corvée des routes en 1738.

Le dixième est supprimé en 1717, reparait en 1733, puis en 1741 ; il est maintenu jusqu'en 1749, date à laquelle il est remplacé par le vingtième<sup>83</sup>, sous l'impulsion de Machault d'Arnouville<sup>84</sup>. La grande nouveauté réside dans le fait que ce dernier est payé par tout le monde... pendant cinq ans : dès 1754<sup>85</sup>, le clergé ne paie plus, les pays d'états s'abonnent. Néanmoins, le principe de l'égalité devant l'impôt et de l'universalité de son paiement viennent pour la première fois de battre en brèche la notion de privilège.

#### - L'influence d'une certaine Europe

Non seulement la construction théorique de 89 repose en fait davantage sur une continuité que sur une rupture, mais elle s'inscrit en outre dans une construction politique où prévaut la notion de *res publica*. Si cette notion parvient à son stade le plus élaboré en France, elle apparaît de manière indubitable dans d'autres pays européens au cours de l'Époque moderne, singulièrement dans les Pays-Bas.

La nomination de Marguerite de Parme<sup>86</sup> comme gouvernante des Pays-Bas après l'abdication de Charles-Quint en faveur de Philippe II, écarte les nobles du pouvoir, accroît le fardeau fiscal pesant sur les bourgeois et appesantit la répression religieuse ; elle fait ainsi naître un profond mécontentement, qui débouche sur la révolte

<sup>81</sup> J. VILLAIN, « La capitation extraordinaire de 1722 », *RHD* XXXVIII, 1960, p. 263-307. Le cinquantième, quant à lui, n'est perçu que de 1725 à 1727.

<sup>82</sup> Successeur de Le Peletier des Forts pour les années 1730-1745.

<sup>83</sup> Il sera doublé en 1756 par la création d'un second vingtième.

<sup>84</sup> Marcel MARION, *Machault d'Arnouville. Étude sur l'histoire du contrôle des finances de 1749 à 1754*, Paris, réimpr. éd. 1891, 588 p.

<sup>85</sup> C'est-à-dire en fait au moment où Machault d'Arnouville quitte le contrôle général.

<sup>86</sup> Demi-sœur de Philippe II.

des Gueux<sup>87</sup> (1568 – 1648), la fameuse Guerre de quatre-vingts ans.

Il est de fait que la répression espagnole contribue à forger un mythe collectif. *Res publica* ? Il n'est pas aisé de répondre. L'action du duc d'Albe exacerbe les tensions religieuses<sup>88</sup> et Guillaume le Taciturne<sup>89</sup>, prince d'Orange, incarne à ce point l'espoir qu'on lui dédie vers 1569 une chanson anonyme (*Wilhelmus*), composée sur un air de chant de soldats et destinée à galvaniser le courage de ceux qui, restés aux Pays-Bas, attendent la venue de leur sauveur, Guillaume. Ce chant sera repris au XVIII<sup>e</sup> siècle par les Orangistes<sup>90</sup> et deviendra en 1932 l'hymne des Pays-Bas contemporains.

Les institutions de la République des Sept Provinces<sup>91</sup> trouvent une organisation définitive en 1609, qui subsiste jusqu'en 1795. Elles superposent des réalités centrales sur les réalités locales et laissent une place importante à la famille d'Orange. Tels sont les trois piliers qui ont progressivement fondé la *res publica* néerlandaise, essentiellement fédérale car les provinces sont autonomes et les institutions fédérales ne disposent que d'une compétence d'attribution. Toutefois, la puissance du patriciat, le poids de la dynastie d'Orange et la volonté d'indépendance forgent une conscience nationale, un véritable sentiment d'appartenance à une *res publica*, en définitive d'esprit essentiellement aristocratique. Or l'homme de 89 est, en France,

<sup>87</sup> On appelle Gueux de mer, les calvinistes réfugiés à l'étranger, qui prennent le contrôle des bouches de l'Escaut et du Rhin. Roger AVERMAETE, *Les Gueux de mer et la naissance d'une nation*, Bruxelles, Dessart, 1944, 225 p. On peut se reporter à Martin VAN GELDEREN (ed.), *The Dutch Revolt*, Cambridge, UP, 1993, XLVIII 250 p., qui édite cinq textes (de la fin du XVI<sup>e</sup> siècle) de portée politique générale qui font état des « droits » des peuples des Pays-Bas.

<sup>88</sup> Sur ce sujet compliqué, on se reportera avec profit à l'ouvrage d'Aline GOOSENS, *Les inquisitions modernes dans les Pays-Bas méridionaux, 1520-1633*, Bruxelles, éd. de l'Université, 1997-1998, 2 T.

<sup>89</sup> Surnommé le Taciturne, en raison de sa politique de dissimulation : pour la seule question religieuse, il ne s'est pas contenté de soutenir alternativement les protestants contre les catholiques, et vice-versa, il est lui-même passé du catholicisme au luthéranisme puis au calvinisme. La famille d'Orange lui doit sa devise : « Je maintiendrai » ; on lui prête aussi la formule (mais il est possible qu'elle soit apocryphe) : « Il n'est pas nécessaire d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer ». V. la très complète biographie rédigée par Bernard QUILLIET, *Guillaume le Taciturne*, Paris, Fayard, 1994, 654 p., qui comprend en outre des instruments de travail (index, cartes, chronologie, etc.) de tout premier ordre ; et plus généralement, sur la famille, Herbert H. ROWEN, *The Princes of Orange. The Stadholders in the Dutch Republic*, Cambridge, UP, 1988.

<sup>90</sup> On distingue deux groupes politiques dans la Hollande du XVII<sup>e</sup> siècle : les orangistes, favorables à un pouvoir fort entre les mains du stadhouder de la maison d'Orange ; les républicains, favorables au système oligarchique et libéral en place.

<sup>91</sup> Frise, Groningue, Gueldre, Hollande, Overijssel, Utrecht, Zélande. Il faut leur ajouter les pays de la Généralité : Brabant, Flandre, Maastricht Overmaas et Wede-Westerwolde et, à partir de 1713 : les États de Gueldre supérieure (Roermond et Venloo).

fasciné par ces bourgeoisies marchandes hollandaises...

Nous sommes donc en présence d'une aristocratie, qui outrepassa les pouvoirs dont elle s'est elle-même dotée, sans qu'aucune autorité ne puisse la limiter. Les décisions sont en effet prises à la majorité, mais en 1651 les États de Hollande convoquent une « Grande Assemblée » à La Haye, qui propose de substituer la règle de la majorité à celle de l'unanimité. La réforme échoue car les autres provinces craignent, précisément, la suprématie de la Hollande<sup>92</sup>.

Mais comme il est vrai, cependant, que cette règle de l'unanimité, quand elle est respectée, paralyse le fonctionnement institutionnel, le rôle du Grand Pensionnaire et celui du stadhouder se développent. Ainsi, comme entre 1651 et 1672<sup>93</sup>, cinq provinces sur sept décident de se passer de stadhouder<sup>94</sup>, les décisions sont prises par le Grand Pensionnaire Jean de Witt<sup>95</sup>, qui se comporte en véritable chef de la République<sup>96</sup>. En 1654, en effet, les Oranges sont exclus du stadhouderat et du commandement de l'armée par l'Acte d'Exclusion et en 1667, par l'Édit perpétuel, le stadhouderat lui-même est aboli. Il est rétabli en 1672 au profit de Guillaume III d'Orange, qui est en outre nommé capitaine et amiral général à vie, au cours de cette année funeste<sup>97</sup> pour la Hollande où les troupes de Louis XIV envahissent les Provinces-Unies, et devient héréditaire en 1674. Désormais le stadhouder dispose du pouvoir de nomination aux plus hauts postes, il nomme aussi les régents de Hollande après en avoir purgé les rangs, il dispose des relations internationales. On comprend pourquoi il délaisse si volontiers le pouvoir royal en Angleterre, quand il tient de réelles prérogatives dans les Provinces-Unies.

Le Stadhouderat incarne-t-il une *res publica* ? Dans l'apparence sans doute, mais la pratique est discutable. Pour asseoir son autorité, Guillaume III encourage le népotisme et la corruption, ce qui ne lui permet cependant pas de conserver l'autorité sur toutes les provinces. Par ailleurs, la réalité du pouvoir<sup>98</sup> se trouve entre les mains des

<sup>92</sup> La crainte ne manque pas de fondement quand on sait que, par exemple, la Hollande détient les clefs du trésor de la République.

<sup>93</sup> Période que l'on considère comme celle de l'âge d'or des régents.

<sup>94</sup> Après les deux tentatives de Maurice d'Orange-Nassau et de Guillaume II de transformer le stadhouderat en monarchie héréditaire.

<sup>95</sup> Il existe sur le personnage le très bon travail parfaitement documenté de Herbert H. ROWEN, *John de Witt, Grand Pensionary of Holland, 1625-1672*, Princeton, UP, 1978, XIV + 949 p.

<sup>96</sup> Ce qui a, pour lui, de funestes conséquences : en 1672, il est massacré, pendu par les pieds, mutilé, et la populace en furie dévore une partie de son cadavre.

<sup>97</sup> Appelée *Rampjaar* (année du désastre) en hollandais.

<sup>98</sup> Dans les États de Hollande, les députés des villes occupent dix-huit sièges sur dix-neuf.

patriciats urbains (*Regentenpatriciaat*), cooptés en principe à vie sous le nom de « régents ».

Ces hollandais, que le citoyen français de 89 admire, sont-ils des personnes ou des *personae* ? Le côté très pragmatique de leur action nous incite à les ranger dans la première catégorie, même si l'on peut soutenir qu'ils évoluent au sein d'une sorte de *res publica*.

Mais ont-ils, pour autant, signé un contrat social ?

Quelque réponse que l'on doive apporter à ces questions, on se souviendra que les Français et les Néerlandais ont, en 2005, rejeté avec le même entrain le traité visant à établir une constitution pour l'Europe.