

Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts (17.–19. Jahrhundert). Hg. von Diethelm Klippel unter Mitarbeit von Elisabeth Müller-Luckner, Berlin (Akademie Verlag) 2006, XI–231 p., 1 ill. (Schriften des Historischen Kollegs. Kolloquien, 57), ISBN 3-486-57905-3, EUR 34,80.

rezensiert von/compte rendu rédigé par
Claude Michaud, Orléans

Les études sur le droit naturel ont surtout concerné la période 1650-1800 et les auteurs protestants. Explorer en amont la thèse de la scolastique, en aval le XIX^e siècle, révéler l'apport des juristes catholiques, contextualiser les divers traités, mesurer leur audience, confronter théorie et pratique, et toujours dans la relation avec l'État et l'optique d'histoire comparée, tels furent les buts du colloque du Collège historique de Munich des 28–30 juin 2001. Thomas d'Aquin, lecteur d'Aristote, est un point de départ obligé: l'État est une institution de droit naturel des hommes en société, qui doit assurer la paix, la justice, le bonheur, le salut spirituel, bref le bien commun, supérieur à celui des individus; le législateur est à l'image de Dieu, le souverain ne doit pas être un tyran et l'obéissance cesse si la puissance de l'État, qui doit respecter la nature même de l'homme (sa volonté intérieure, sa sexualité ...) va contre l'ordre de Dieu. L'évolution postérieure (Marsile de Padoue) met l'Église en tant que puissance universelle en position défensive. Ce que la scolastique lègue au futur, c'est l'existence d'un monde s'expliquant rationnellement, d'un *jus gentium*, produit de la raison naturelle, de droits opposables par l'homme à l'État; ajoutons l'idée du contrat qui, à terme, mène à la souveraineté du peuple (Dieter Schwab). Dans la seconde moitié du XVII^e siècle, le droit naturel se déconfessionnalise, devient un ordre de valeur supérieur, il contribue à justifier le droit positif, mais non à le fonder; ce dernier n'est plus un *jus naturale formatissimum* selon Zasius, il n'a sa source que dans la volonté libre du prince. En effet, aucun État n'est viable avec le seul droit naturel qui ne rend pas les hommes raisonnables. De Hobbes à Pufendorf et Thomasius, l'État naît du besoin de protection et la puissance législative est le sommet des droits régaliens. L'État doit en avoir le monopole, d'où la lutte contre les autonomies provinciales et urbaines et les coutumes; ce qui en subsiste n'est plus un droit autonome, mais une concession du souverain. Au XVIII^e siècle, l'affaiblissement de l'idée d'un Dieu créateur du droit naturel fait de ce dernier un pur produit de la raison humaine qui doit céder le pas au droit positif; le droit naturel, non nié mais minimalisé, est un droit *nachrangig*, aussi bien dans l'ALR prussien de 1794 que dans l'ABGB autrichien de 1811. Seul le droit positif peut protéger, contraindre, transgresser l'interdit de la peine de mort, tolérer un mal pour en éviter un plus grand; il peut devenir arbitraire. La voie est frayée pour le positivisme juridique (Jan Schröder).

L'ouvrage nous mène ensuite de pays en pays, à commencer par l'Angleterre et l'Acte de tolérance de 1689 (Martin Fitzpatrick, seul article en anglais) qui a tant fait pour la réputation anglaise (cf. Voltaire). Le titre exact vaut d'être cité, car tout est dedans: »Act for Exempting Their Majesties Protestants Subjects Dissenting from the Church of England, from the Penalties of certain Laws«. Ce n'est donc pas une déclaration générale de tolérance, mais une concession aux dissidents qui demeurent par

ailleurs exclus des corporations et des offices civils et militaires tant qu'ils n'ont pas souscrit aux 39 articles. Jusqu'en 1829, *tories* et *whigs* s'affrontèrent sur l'émancipation des *Dissenters*. Henry Sacheverell se déchaîna contre eux en 1709 et fut interdit de prêcher; les tories reprirent l'offensive en 1714 en voulant supprimer les écoles du *dissent*. Les whigs, contre leur conscience, furent souvent prudents et soucieux de préserver la paix civile en laissant les *Dissenters* à leur place. La pratique faisait d'ailleurs qu'ils pouvaient accéder aux offices municipaux, surtout dans les villes nouvelles, en dépit de la loi. Si le temps de Georges II et de Walpole fut l'âge d'or du *dissent*, sur lequel l'étau se desserra, il y eut encore au XVIII^e siècle des crises célèbres, comme l'affaire Allen Evans qui occasionna les célèbres plaidoiries du *Chief Justice* Mansfield, émule de Locke, pour la liberté des consciences. Contre le fameux traité de Blackstone, »Commentaries on the Laws of England«, qui niait toute résistance au droit positif au nom du droit naturel et considérait le *Dissent* comme une offense à la *Church*, s'élevèrent Philipp Furneaux et Joseph Priestley. Cela mène au discours de John Russell pour la séparation de l'Église et de l'État: l'introduction de la religion dans l'État divise, et celle de l'État dans la religion profane, et aux lois de 1829 qui émancipent les catholiques. En Espagne (Salvador Rus Rufino), il faut attendre le règne de Charles III pour se libérer de l'école de Salamanque et voir le droit naturel étudié. Gregorio Mayans qui possède les ouvrages interdits par l'Inquisition, demeure très dépendant de la scolastique: le droit naturel, c'est la volonté de Dieu éclairé par la raison, inscrite dans le cœur des hommes, c'est une loi éternelle et supérieure. Son élève Joaquín Marín y Mendoza fut le premier à enseigner le droit naturel en Espagne; suspecté de jansénisme, inquiété par la censure, il tenta sans grand succès une synthèse entre thomisme et science protestante. José de Torres y Flórez, professeur à Valladolid, ne fut guère plus heureux. Les hommes des Lumières espagnols ne sont pas dans une cloche de verre, ils profitent de la réforme des études du roi éclairé pour diffuser le droit naturel; mais ils restent très liés à la tradition aristotélo-thomiste. L'article sur la France est due à Wolfgang Schmale et on renverra à son ouvrage »Archäologie der Grund-und Menschenrechte ...« (1997) et notre recension dans le n°27/2 de »Francia«. Rappelons que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen fut précédée par tout un mouvement d'idées au temps des guerres de religion, de la Fronde, de la Régence. À partir de 1750, le droit naturel envahit l'espace public, devint un produit de consommation. On suit la croissance de son argumentaire dans la jurisprudence du parlement de Bourgogne, une province qui connaissait encore la main-morte dans un tiers des villages. L'analyse porte sur le fond Stavelot de la Bibliothèque municipale de Dijon, 1710 procès devant le parlement entre 1671 et 1790: disposer de ses biens, des moyens de conserver sa vie, liberté de tester, même pour les femmes, inaliénabilité des droits naturels deviennent des thèmes récurrents. Dans le Saint-Empire (Barbara Stollberg-Rilinger), rares sont ceux qui, tel Johann Jakob Moser, refusent toute intrusion du droit naturel dans les structures du *Reich*. La plupart des juristes du XVIII^e siècle se meuvent dans le droit naturel comme des poissons dans l'eau, c'est une langue commune, un *habitus* où l'on se reconnaît par-delà religion, territoire ou ordre (*Stand*). L'argument du contrat est un leit-motiv pour expliquer le passage aux structures institutionnelles. Mais quid du *populus*, de la *societas civilis*, de tous les hommes libres et pères de famille qui ont été partie prenante au contrat social, qui sont citoyens mais ne participent pas au

politique? Sont-ils représentés par les *Stände* qui seraient alors, selon Daniel Nettelblatt, une représentation du *populus, quibus jura populi a populo sunt concessa*? Or dans l'ancienne conception, les états ne devaient pas leurs droits à la collectivité. L'exemple de la Bavière illustre le propos, où les états n'ont pas été convoqués depuis 1669. Au moment de la Révolution française, les arguments tirés du droit naturel comme de l'histoire sont avancés pour réclamer un *Landtag* où seraient représentés paysans et bourgeois des villes, car aucun mandat n'a été confié aux ordres. Il faut souligner la flexibilité du droit naturel pour ouvrir les diverses possibilités d'évolution, il a rendu pensable la contingence de tous les droits (Luhmann). Walter Demel poursuit l'enquête dans les petits États allemands avec Osnabrück où Justus Möser refuse le droit naturel et renforce le pouvoir des ordres, même dans la famille; le margraviat de Bade où l'abolition du servage est autant due à la physiocratie et à la piété de Charles-Frédéric qu'à un droit naturel prônant la libre jouissance de son bien par le paysan sous la protection de la loi; le Wurtemberg où le droit de migration est reconnu au sujet libre de dettes, mais où les ducs, effrayés par les Illuminés de Bavière et les événements de France, s'opposent aux états sur le droit matrimonial (pouvoir épouser sa belle-sœur veuve ou son beau-frère veuf); la Saxe, État progressiste, où le code pénal abolit la torture, mais où pasteurs et maîtres sont investis d'une fonction moralisatrice accrue; la Bavière où les codes du chancelier Kreittmayer s'appuient sur le droit naturel pour promouvoir des lois fondamentales qui lient le souverain, sans pour autant prévoir aucune mesure contre une transgression, sinon prévenir le souverain du danger à briser le lien social; Bamberg enfin, gouverné par un évêque éclairé Erthal, où un code criminel humanisant les peines est promulgué. Mais les impératifs de l'État policé et policier ne sont jamais oubliés et W. Demel met un bémol à Helmut Coing (1985) qui concluait sur l'influence indiscutable et significative du droit naturel sur les législations positives. Dans les États des Habsbourg (Wilhelm Brauner), l'enseignement du droit naturel est introduit dans les universités, Fribourg en 1716, Innsbruck en 1733, Prague en 1748, Vienne en 1753, Graz en 1778. À Vienne professèrent successivement Riegger, Martini puis Zeiller. Le second, élève de Wolff, éducateur de Joseph II et de Léopold II, prophète du droit naturel en Autriche, est une figure centrale. Son projet de code pour la Galicie et la Bukovine énumérant les droits des personnes, servit à la rédaction de l'ABGB (1811), code où le droit commun a été passé au crible critique du droit naturel: chaque sujet attend du prince sécurité et protection; mais c'est le devoir du prince de déterminer explicitement les droits des sujets. L'autre grand homme, c'est Sonnenfels dont l'activité aboutit au Codex politique de 1808 où sont définis les droits du souverain, de sa famille, la forme du gouvernement, les droits des sujets, ceux spécifiques de la noblesse, la police de l'État, l'organisation des finances ... Ajoutons la législation josphiste sur les paysans et l'Église, la loi pénale de 1803, et nous avons là les éléments majeurs de l'introduction du droit naturel dans la monarchie. En Italie (Christoph Dipper), le renouveau des études sur le *settecento riformatore* montre la pénétration du droit naturel dans la péninsule. S'il n'est bien enseigné qu'à Milan (et à Parme pendant la période napoléonienne), il est connu par les traductions des Allemands en latin et par les œuvres françaises. Une version de l'«Encyclopédie» vit le jour à Livourne. Mais il fallait ruser avec la censure, imprimer sous un faux nom et un faux lieu. Le contrat social est au centre des réflexions (Filangieri, Beccaria). Mais prioritairement, il faut édifier un

État fort, libéré des ordres, sans pour autant être prisonnier d'une liberté des sujets issue du droit naturel. Aussi ce dernier peut-il apparaître souvent comme un habillage rhétorique. L'idéal est le despotisme éclairé des physiocrates (p. 179, on préférera »despotisme légal«). Le constitutionnalisme est encore marginal, illustré par le projet de Rousseau pour la Corse et celui de Pietro-Leopoldo pour la Toscane. La question des rapports entre l'Église et l'État ne l'est pas, dans les États des Bourbons et des Habsbourg où le vieil anticurialisme se pare de nouveaux arguments. Il faut souligner la remarquable réflexion dans le domaine économique (Galiani, Carli, Pietro Verri), la question de la liberté du commerce des grains dans une Italie très réglementée illustrant la contradiction entre État fort et liberté. Après 1815, on abandonne les références au droit naturel pour se référer à l'histoire. Mais il reste présent dans l'ABGB et dans bien des aspects du droit positif hérité de la période révolutionnaire et impériale. Il faut attendre l'œuvre de Gian Domenico Romagnosi (1761–1835), un enfant du XVIII^e siècle et de la Révolution, pour voir resurgir une grande défense du droit naturel. Que devient le droit naturel au XIX^e siècle en Allemagne (Hardwig Brandt)? Après 1815, l'historicisme paré des couleurs du romantisme et de la germanité, mena la vie dure au rationalisme politique nourri de droit naturel. Dans l'autre camp, si on refusait la transfusion venue de France, on ne pouvait méconnaître le medium de modernisation qu'elle fut et la tradition du rationalisme juridique survécut chez les libéraux progressistes comme Behr, Klüber, Zachariä, Hornthal en Bavière, Rotteck en Bade, ce dernier vrai rousseauiste en politique. Les constitutions, à partir du Grand Duché de Bade en 1818, marquèrent le triomphe éphémère du droit rationnel. Le Saxon Pölnitz, dans les années 1820, fut le pionnier du constitutionnalisme. Mais les révolutions de 1830 et 1848 creusèrent les oppositions, renforcèrent le libéralisme romantique et germanophile (la crise de 1840 et le Rhin allemand), alors que la question sociale exigeait des réponses nouvelles: les premiers textes de Marx sont de 1843. Les ouvrages sur l'État, rares à la fin du siècle, réapparaissent vers 1900 dans une perspective d'économie politique. Sibylle Hofer examine l'article »Staat« du »Handwörterbuch des Staatswissenschaften« de 1895: s'il y a insistance sur la contingence des buts de l'État en fonction du lieu et du temps et le refus d'une théorie absolue, le lien entre philosophie du droit et économie nationale est établi; les buts de l'État sont élargis dans le sens d'un socialisme d'État. La controverse entre »s'aider soi-même« et aide de l'État oppose désormais les *Freihändler*, qui veulent laisser faire la nature, et les *Kathedersozialisten* pour lesquels le droit naturel est le symbole même d'une aberration. La nature certes, mais aussi la culture et l'intervention de l'État.

Un vaste panorama donc, qui illustre la flexibilité de la notion de droit naturel dans le temps et l'espace européen, avec une priorité accordée à l'aire allemande. Au sein de l'abondante littérature sur le droit naturel, ce recueil ouvre-t-il des voies nouvelles à la recherche, comme il en avait l'intention? Il introduit surtout au cœur de la genèse étatique du droit positif et les rapports ambigus, parfois hypocrites, entretenus avec un droit naturel, d'abord théologique et devenu anthropologique, qui se confond avec les droits de l'homme ou les droits fondamentaux. Le constat s'arrête à l'aube du XX^e siècle. Qu'en serait-il au début du suivant, alors que s'ajoutent à l'inventaire les droits humains de la quatrième génération? Pour sûr, le constat ne serait pas plus aisé à établir et les contradictions éclateraient tout aussi violemment entre le droit des États et un droit naturel rebaptisé »droits de la

personne«, toujours menacé, toujours à défendre contre un tentaculaire *big brother*.