

LA THEORIE DU DROIT NATUREL CLASSIQUE EST-ELLE THEOCRATIQUE ?

Thomas SIRET
Docteur en histoire

En 1957, l'historien Marcel Pacaut définissait la théocratie comme « la doctrine selon laquelle l'Eglise détient le pouvoir dans les affaires temporelles. D'une part, il s'agit d'une théorie politique, c'est-à-dire d'un ensemble de notions, liées par une certaine logique ou par l'appel à des postulats théologiques en vogue à cette époque, notions qui tendent à réaliser ici-bas un type de gouvernement adapté à une vision du monde tenue pour idéale. D'autre part, d'après ces conceptions, l'Eglise, plus exactement la Papauté, entend détenir la souveraineté. Détenir, c'est-à-dire posséder, mais non forcément exercer – à condition cependant que celui qui assume cet exercice soit soumis à l'autorité ecclésiastique pour recevoir d'elle sa fonction et, s'il le faut, en être privé. »¹ En 2014, le philosophe Rémi Brague déclarait : « Appeler un régime théocratique revient à l'insulter. On définit communément comme une théocratie un régime politique dans lequel le pouvoir est détenu par une sorte de caste sacerdotale, recrutée sur la base de l'orthodoxie de ses membres par rapport à une croyance religieuse quelconque. [...] Pourtant à l'origine, théocratie était loin d'être un mot péjoratif. Au contraire, quand il fut forgé pour la première fois, il était tout à fait décidément censé être un terme élogieux. Cela se produisit au premier siècle de notre ère. Le créateur de l'expression fut l'historien juif Flavius Josèphe. »² En 93, dans son *Contre Apion*, Flavius Josèphe avait effectivement fait une défense du judaïsme et de l'œuvre législative de Moïse en réponse à la polémique du grammairien égyptien. Pour Flavius Josèphe, la cité fondée par Moïse n'était ni une monarchie ni une démocratie, mais une théocratie, le pouvoir de Dieu : « Infinies sont les différences particulières des mœurs et des lois entre les hommes ; mais on peut les résumer ainsi : les uns ont confié à des monarchies, d'autres à des oligarchies, d'autres encore au peuple le pouvoir politique. Notre législateur n'a arrêté ses regards sur aucun de ces gouvernements ; il a – si l'on peut faire cette violence à la langue – institué le gouvernement théocratique (*θεοκρατία*), plaçant en Dieu le pouvoir et la force. »³ Si, comme l'a écrit Rémi Brague, la théocratie réclame que « l'agir humain, dans toute son ampleur, reçoit sa norme du divin »⁴, elle ne correspond à aucune forme de gouvernement humain. Ce dernier plaçait la théocratie, ce gouvernement de Dieu, dans une sphère bien distincte de celle des régimes politiques humains. Dans la théocratie décrite par Flavius Josèphe, le gouvernement revenait à Dieu et l'administration aux prêtres, c'est-à-dire à ceux qui ne détenaient pas le pouvoir politique (et inversement, ceux qui détenaient le pouvoir politique ne pouvaient être prêtres) et qui appartenaient à la lignée d'Aaron, le frère de Moïse. Le seul souverain d'Israël était Dieu ou plus précisément la loi de Dieu : « Pour nous, qui avons reçu cette conviction que la loi, dès l'origine, a été instituée suivant la volonté de Dieu, ce

¹ M. Pacaut, *La Théocratie. L'Eglise et le Pouvoir au Moyen Âge*, Paris, Aubier-Montaigne, 1957, p. 7.

² R. Brague, *Deux formes de théocratie*, Berlin, A. Speer et G. Guldentops (éd.), *Das Gesetz – The Law – La Loi* (Miscellanea Mediaevalia, 38), De Gruyter, 2014, pp. 39-40.

³ Flavius Josèphe, *Contre Apion*, II, 16, §164-165.

⁴ R. Brague, *La loi de Dieu, Histoire philosophique d'une alliance*, Paris, Gallimard, 2008, p. 24.

serait même une impiété que de ne pas l'observer encore. Et en effet, que pourrait-on y changer ? Que trouver de plus beau ? ou qu'y apporter de l'étranger qu'on juge meilleur ? Changera-t-on l'ensemble de la constitution ? Mais peut-il y en avoir de plus belle et de plus juste que celle qui attribue à Dieu le gouvernement de tout l'Etat, qui charge les prêtres d'administrer au nom de tous les affaires les plus importantes et confie au grand-prêtre à son tour la direction des autres prêtres ? »⁵ Mais, malgré tout, certains philosophes continuent à penser que le droit naturel classique est théocratique dans la mesure où ce dernier s'appuie sur des conceptions d'origine théologique. C'est pourquoi, afin de savoir si le droit naturel est véritablement théocratique, il convient d'étudier si oui ou non, ce dernier s'affranchit de la raison humaine.

1. La doctrine du droit naturel classique ou la doctrine du réalisme

A-Aristote ou la justice synonyme de médiété

Pour les Grecs, les contraires s'équilibraient dans le cosmos par le juste. Dans l'ordre cosmologique hellénique, la priorité était donnée à l'acte qui se répercutait sur l'ordre du monde. L'accent était mis plus sur l'*hybris* (la démesure) que sur l'homme. Si l'ordre cosmologique universel n'était pas dépendant des hommes et que ces derniers devaient s'incliner devant les lois du cosmos, il n'était pas étranger à l'ordre humain et social. Entendu dans un sens très large « *to dikaion* », le juste, le droit a quelquefois désigné cet ordre cosmique. La justice consistait donc à rétablir l'harmonie brisée par l'action des hommes. Pour ce faire, pour atteindre cet ordre harmonieux de la cité, le partage bien proportionné, la rétribution apparaissait comme la finalité du châtement. Dans la philosophie classique, qui s'inscrit dans la sociabilité naturelle, c'est-à-dire sur l'idée que l'homme est un *zoon politikon* fait pour vivre dans la *polis* en raison de sa culture et de sa civilisation, le droit était attribué à chaque *prosôpon* ou *persona*. La sanction était soit une peine soit une récompense. Ainsi, l'office essentiel du juriste était de découvrir la part juste revenant à chacun des plaideurs. La violence était l'affaire des auxiliaires de la justice non des juristes. Dans le droit naturel classique, la fin première n'est donc pas la répression, la sanction ou la contrainte.

Dans le chapitre V de l'*Ethique à Nicomaque*, Aristote explorait le sens du terme *dikaion* que l'on peut traduire à la fois par « juste » et par « droit ». Il établissait une différence entre être juste (*dikaïos*) et accomplir le juste (*to dikaion*). La justice était, pour lui, « une sorte de médiété (juste milieu) »⁶, un moyen, une *via media*, le juste équilibre, entre les extrêmes symboles d'injustice : « Le juste est ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte l'égalité, et l'injuste ce qui est contraire à la loi et ce qui manque à l'égalité. »⁷ La justice était la vertu qui rendait à chacun son dû. Pour ce faire, le juriste devait chercher la solution juste à travers l'ordre cosmique. Le juste naturel (*dikaion phusikon*) désignait l'ensemble du monde extérieur dans lequel vivaient les Grecs, ce cosmos, cet ordre finalisé, cette œuvre d'un fabricant artiste, d'un dieu artisan du monde. Aristote considérait que chaque être avait une nature, c'est-à-dire qu'il était ce qu'il devait être, sa forme, sa fin, selon le plan de la Nature. « La Nature de

⁵ Flavius Josèphe, *Contre Apion*, II, 21, §184-187.

⁶ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 1, 1129 a.

⁷ *Ibid.*, 1129 a-1129 b.

chacun c'est sa fin », disait-il dans *La politique*. La nature, pour Aristote, c'était le but que les êtres tendaient naturellement à réaliser, la fin vers laquelle ils sont en puissance, leur cause finale (*telos*). Aristote démontrait l'existence de Dieu par la nécessité d'une fin dernière, là où Platon, dans le *Timée*, la démontrait par la nécessité d'un démiurge. Si le Dieu de Platon était une providence, celui d'Aristote était une cause finale. Le fabricant artiste d'Aristote, qu'il comparait au potier qui façonne l'argile en vue de lui donner une forme, avait pour but, tel le vase façonné par le potier, de former l'homme en fonction d'une finalité. A l'inverse, le Dieu de Platon avait voulu que toute chose lui ressemblât, en sorte que la perfection de son ouvrage était poussée aux derniers détails. Ainsi, l'univers résultait d'une nature primitive désordonnée, mise en ordre par le démiurge. Tout ce qu'il y avait de mauvais et d'injuste venait de cette nature primitive et ce qu'il y avait de bon du démiurge. De ces deux visions découlaient deux types de rétribution réalisée à l'aide de deux types d'égalité : arithmétique et géométrique⁸. Là où Platon prenait fait et cause pour la justice commutative ou corrective, Aristote prônait la justice distributive. En effet, dans son *Timée*, évoquant l'Atlantide, ce paradis perdu, Platon était revenu sur la constitution de sa cité idéale et parfaite⁹ dans laquelle la communauté était la règle : « C'est donc une chose reconnue entre nous, mon cher Glaucon, que, dans un Etat bien gouverné, tout doit être commun, les femmes, les enfants, l'éducation, les exercices qui se rapportent à la paix et à la guerre ; et qu'il faut lui donner pour chefs des hommes consommés dans la philosophie et dans la science des armes. »¹⁰ Pensée platonicienne dont les carences avaient été parfaitement démontrées par Aristote dès le IV^e siècle avant Jésus-Christ : « Quoiqu'il en soit, la législation platonicienne est d'aspect séduisant, et peut sembler inspirée par l'amour pour le genre humain. En effet, celui qui l'entend exposer l'accueille avec satisfaction (pensant qu'il en résultera une merveilleuse amitié de tous envers tous), surtout quand il entend attribuer les maux existant actuellement dans les Etats au fait que les biens n'y sont pas mis en communauté [...]. En réalité ces maux n'ont jamais pour cause le défaut de communauté des biens, mais la

⁸ Platon, *Les lois*, 757 b-c et *Gorgias*, 508 a ; Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 5, 1130 b ; V, 6, 1131 a ; V, 7, 1131 b, 1132 a ; saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa IIae, q. 61, art. 1-2.

⁹ « L'état, le gouvernement et les lois qu'il faut mettre au premier rang, sont ceux où l'on pratique le plus à la lettre, dans toutes les parties de l'état, l'ancien proverbe qui dit que tout est véritablement commun entre amis. Quelque part donc qu'il arrive, ou qu'il doive arriver un jour, que les femmes soient communes, les enfants communs, les biens de toute les biens de toute espèce soient communs ; et qu'on apporte tous les soins imaginables pour retrancher du commerce de la vie jusqu'au nom de propriété ; de sorte que les choses mêmes que la nature a données en propre à chaque homme deviennent en quelque sorte communes à tous autant qu'il se pourra, comme les yeux, les oreilles, les mains, et que tous les citoyens s'imaginent qu'ils voient, qu'ils entendent, qu'ils agissent en commun, que tous approuvent et blâment de concert les mêmes choses, que leurs joies et leurs peines roulent sur les mêmes objets : en un mot, partout où les lois viseront de tout leur pouvoir à rendre l'état parfaitement un, on peut assurer que c'est là le comble de la vertu politique ; et personne ne pourrait, à cet égard, donner aux lois une direction ni meilleure ni plus juste. Dans une telle cité, qu'elle ait pour habitants des dieux ou des enfants des dieux, qui soient plus d'un seul, la vie est parfaitement heureuse. C'est pourquoi il ne faut point chercher ailleurs le modèle d'un gouvernement ; mais on doit s'attacher à celui-ci, et en approcher le plus qu'il se pourra. » *In Platon, Les lois*, Paris, Lefèvre, 1842, pp. 167-168.

¹⁰ Platon, *L'Etat ou La République*, Paris, Lefèvre, 1840, p.347. « Donc la communauté des femmes et des enfants entre les guerriers est la cause du plus grand bien pour notre état. » *Ibid.*, p. 222.

perversité humaine : car nous constatons que les possesseurs de biens en commun ou en indivision ont entre eux des conflits beaucoup plus fréquents que les citoyens dont les intérêts sont séparés. »¹¹ Aristote distinguait le juste naturel (*dikaion phusikon*), la loi non écrite (*agraphoi nomos*) que chacun porte dans sa conscience, *in petto*, en son for intérieur, et le juste positif (*dikaion nomikon*), deux sources non pas opposées mais complémentaires. La doctrine du droit naturel classique ne méconnaissait donc pas l'importance du rôle du législateur. Les lois de l'Etat devaient exprimer et compléter le juste naturel. Assurément, si la nature était une source objective, elle n'était pas toujours suffisamment explicite. Or le juge avait besoin de solutions précises, de certaines normes, d'un juste en vertu d'un *nomos* qui s'inspire de la nature pour compléter le juste naturel, ce droit objectif, indépendant de la volonté humaine. Mais, la doctrine jus-naturaliste ne confère pas aux lois une autorité inconditionnelle : œuvre de la raison humaine, en grande partie, les lois ne sont pas infaillibles ; on ne leur obéit, on ne les applique que si elles sont et demeurent justes. La loi est un instrument au service du droit qui reste au-dessus d'elle ; aussi est-il toujours possible d'atténuer ou de corriger la loi par l'équité. Ainsi, le droit naturel ne doit pas être confondu avec la loi naturelle, car le droit précède la loi que celle-ci doit faire respecter. Le droit n'est pas synonyme de lois, il est la bonne solution que l'on recherche. Le droit, c'est avant tout la recherche du juste et non un ensemble de règles expresses. Le droit naturel tel que le concevait Aristote indiquait aux hommes que la normativité juridique était inscrite dans l'ordre finalisé du monde et qu'elle était, pour leur expérience, le principe d'orientation le plus profond et le plus décisif. Ce droit (naturel) n'est pas la loi (naturelle), laquelle n'a qu'une dimension morale ; elle n'est pas « dans les choses » extérieures à l'homme, mais dans l'homme lui-même, mieux, dans sa conscience. La pensée aristotélicienne s'opposait à la morale des cyniques et des stoïciens, ces maîtres du Portique, pour qui le droit se présentait comme le fruit du *logos* (raison) que l'homme trouve spontanément en lui, une loi naturelle, éternelle et immuable devant assujettir le droit à la morale. Ainsi, le droit (naturel) n'a rien à voir avec les droits (naturels) de l'homme, prérogatives subjectives dont la pensée moderne s'est abreuvée après qu'elle eut effacé de son horizon l'ordre objectif des choses. Le droit repose sur des relations entre les hommes, non sur des individus humains et c'est à propos des choses dues par les uns aux autres qu'il se dit.

B- Une vision dualiste de la société humaine incarnée dans une distinction des sphères spirituelles et temporelles

« Reddite Caesari quae sunt Caesaris, et quae sunt Dei Deo »¹². Telle fut la réponse que Jésus donna aux pharisiens lui demandant insidieusement s'il fallait payer le tribut à César. De même, les célèbres répliques : « Mon royaume n'est pas de ce monde »¹³ et « Tu n'aurais aucun pouvoir sur moi si tu ne l'avais reçu d'en haut »¹⁴, montraient, d'une part, que le paradis n'était pas terrestre mais

¹¹ Aristote, *La Politique*, Paris, Vrin, 1995, livre II, 5, 1263 b - 1264 a, trad. par J. Tricot, pp.100-102.

¹² « Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu », (Matthieu XXII, 21, et Luc XX, 25).

¹³ *Evangile selon saint Jean* XVIII, 36.

¹⁴ *Evangile selon saint Jean* XIX, 11.

céleste et, d'autre part, que Jésus déniait à l'ordre politique toute valeur spirituelle et surtout qu'il acceptait l'ordre politique existant. Dans cette même logique, saint Paul, l'apôtre des gentils, 25 ans après le supplice infligé à Jésus, prônait la soumission au politique : « Que chaque âme soit soumise aux puissances supérieures, car il n'y a pas de puissance qui ne vienne de Dieu (*non est enim potestas nisi a Deo*) et toutes celles qui existent ont été instituées par Dieu, si bien que celui qui s'insurge contre l'autorité se révolte contre l'ordre divin »¹⁵. En 70, dans sa Première épître, Saint Pierre ne disait pas autre chose : « Soyez soumis, à cause du Seigneur, à toute institution humaine : soit au roi, comme souverain, soit aux gouverneurs, comme envoyés par lui pour punir ceux qui font le mal et féliciter ceux qui font le bien. »¹⁶ En 337, l'évêque Eusèbe de Césarée dans le livre IV de la *Vie de Constantin* décrivait l'empereur Constantin, à l'image de saint Paul qui distinguait l'homme intérieur – âme immortelle – de l'homme extérieur – aspect charnel et mortel –, s'adressant à une assemblée d'évêques en leur disant qu'ils étaient évêques « dans les choses qui sont à l'intérieur de l'Eglise » tandis que lui l'était dans les choses qui se gèrent à l'extérieur. Cependant, dans la pensée d'Eusèbe, l'on était loin d'une interprétation rigide du *Reddite Caesari*. Mais, dès les lendemains de la mort de Constantin, certains évêques, tel Hilaire de Poitiers, s'opposèrent à l'ingérence des empereurs dans les affaires de l'Eglise. En 355, dans une lettre à l'empereur Constance, Hilaire entendait bien rappeler à l'empereur que les gouverneurs devaient se consacrer aux seules affaires publiques et ne pas chercher à étendre le champ de leurs compétences aux affaires spirituelles. En 385, Martin, l'évêque de Tours, lui qui avait été si proche d'Hilaire, se rendit à Trèves afin d'y rencontrer l'empereur Maxime. Et c'est au cours d'un repas avec ce dernier, que saint Martin, par son comportement, fit ressortir la dignité spécifique de l'Eglise. A la fin du IV^e siècle, saint Ambroise adoptera la même attitude en niant tout rôle directeur de l'empereur en matière religieuse et en affirmant que le droit des fonctions publiques a été confié à l'empereur, non celui des fonctions sacrées. En 494, la lettre du pape Gélase à l'empereur Anastase constituera une autre réfutation de toute confusion du politique et du religieux. Gélase distinguait ainsi l'*auctoritas* du pape et la *potestas* des rois. Il affirmait qu'en matière de religion, l'empereur devait se soumettre au pape, tandis qu'à l'inverse, le pape et les prêtres se soumettaient aux lois de l'empereur. La thèse de Gélase était avant tout dualiste, chacun des deux pouvoirs devait rester dans sa sphère de compétences. Mais la hiérarchie des pouvoirs était justifiée par la distinction des domaines. En raison de la distinction des domaines, les deux pouvoirs, spirituel et temporel, collaboraient, chacun dans leur sphère dans le but d'œuvrer au bien commun. Cependant, la hiérarchie des domaines entraînait la hiérarchie des pouvoirs. Or la finalité spirituelle de l'homme étant supérieure à son intérêt temporel, le pouvoir spirituel l'emportait sur le pouvoir temporel en raison de la finalité plus haute de sa mission. En revanche, cette supériorité ne signifiait pas que le pouvoir spirituel absorbât le temporel¹⁷.

¹⁵ *Epître aux Romains* XIII, 1-4.

¹⁶ *Première épître de saint Pierre* II, 13-14.

¹⁷ Voir G. Bernard, *La querelle du spirituel et du temporel : gallicanisme et laïcité*, Paris, *Liberté politique*, automne 2005, n° 31, pp. 41-55.

Si la doctrine chrétienne renforçait le pouvoir temporel, « omnis potestas a deo »¹⁸, « non est potestas nisi a deo »¹⁹, en reconnaissant le caractère divin de la fonction dont l'objet est de rendre la justice, cela ne signifiait pas pour autant que le temporel puisse s'arroger une quelconque part de la prérogative papale. Néanmoins, la tentation du césaropapisme, cette volonté de subordonner le pape à l'empereur, c'est-à-dire de renverser la hiérarchie des domaines, était grande pour les empereurs. La reconnaissance par le sacre de la dignité royale et l'exercice de la fonction conduisirent ainsi Charlemagne, le *rex* et *sacerdos* (roi et prêtre), à la théocratie royale. A rebours, au début du XIV^e siècle, le pape Boniface VIII tenta de pousser le sacerdotalisme jusqu'à la théocratie pontificale. En 1302, dans la bulle *Unam sanctam*, le pape affirmait que la société ne pouvait avoir qu'un pouvoir suprême unique car, dans l'ordre naturel, un corps n'a qu'une seule tête. Boniface VIII reprenait ainsi la théorie des deux glaives du moine Bernard de Clairvaux du XII^e siècle, pour qui les deux glaives (spirituel et temporel) appartenaient à l'Eglise. L'un devait être dégainé par l'Eglise, par la main du prêtre, l'autre pour l'Eglise, par la main du chevalier, mais assurément à la volonté du prêtre et sur l'ordre de l'empereur. Le pouvoir des clés s'appliquait au spirituel et au temporel. Malgré tout, Boniface VIII n'entendait pas rompre avec la distinction des domaines. Il ne faisait que reprendre la vision gélasienne de la hiérarchie des domaines. A aucun moment, Boniface VIII n'a voulu remplacer ou supprimer le pouvoir politique.

C-La redécouverte par saint Thomas d'Aquin de la pensée aristotélicienne supra-individuelle de l'intelligence et de la connaissance supérieure à la seule volonté

Au XIII^e siècle, saint Thomas d'Aquin tenta de concilier la pensée chrétienne avec la philosophie d'Aristote, exhumée et traduite en latin au XII^e siècle, alors tombée dans l'oubli. S'inspirant des sources profanes, saint Thomas d'Aquin, cherchant à dépasser le droit naturel de l'antiquité gréco latine par sa rencontre et sa fusion avec la tradition chrétienne, en concluait *ex facto ius oritur* (c'est du fait qu'émerge le droit) que le droit était *id quod justum est* (ce qui est juste). Pour le Docteur angélique, la justice devait œuvrer au bien commun, car « le bien général de la multitude est plus divin que le bien d'un seul individu »²⁰, disait-il. Saint Thomas d'Aquin, reprenant la thèse aristotélicienne de l'homme *zoon politikon*, condamnait l'individualisme. Si saint Thomas d'Aquin ne niait pas l'importance de la volonté dans l'acte de commander, il insistait sur le rôle de la raison. « Commander est essentiellement un acte de raison »²¹, arguait-il. Le Docteur angélique ajoutait : « Celui qui commande ordonne le sujet de son commandement à faire une certaine action qu'il lui révèle et lui signifie. »²² En faisant appel à sa raison, le monarque ne faisait pas appel à une quelconque vision subjective, mais cherchait à rétablir l'ordre, c'est-à-dire le juste, le droit.

¹⁸ Epître aux Romains XIII, 1-7.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Saint Thomas d'Aquin, *La somme théologique de Saint Thomas, latin-français en regard avec des notes théologiques, historiques et philologiques par M. l'abbé Drioux, Secunda secundae*, question XXXI, Art. III, Devons-nous faire plus de bien à ceux qui nous sont le plus étroitement unis ?, Paris, Eugène Belin, 1855, t. VII, p. 541.

²¹ Saint Thomas d'Aquin, *La somme théologique de Saint Thomas, Prima secundae*, question XVII, Art.I.

²² *Ibid.*

Saint Thomas d'Aquin en concluait que commander présupposait « un acte de la volonté, en vertu duquel la raison mouvait par son commandement à l'exercice de l'acte »²³. A l'exemple d'Aristote, il pensait que le monde impliquait un ordre accessible à l'intelligence naturelle : « Ainsi la doctrine d'Aristote de l'ordre naturel est-elle transplantée par saint Thomas dans la foi chrétienne. Toute règle, fût-elle naturelle n'en procédera pas moins, dans une telle perspective, de Dieu, indirectement. »²⁴ Tout comme Aristote, saint Thomas d'Aquin réfutait l'idéomanie et l'utopie de Platon : « Il n'y pas de science infuse en l'homme, ni normalement d'accès direct aux idées divines, pas même en l'état d'innocence (la q101, a1) ; et la tendance de saint Thomas n'est pas de se fier, en ce domaine, à l'illumination mystique, à l'illusion platonicienne de la réminiscence, à l'idéalisme. »²⁵ Pour saint Thomas d'Aquin, l'ordre universel était un ordre finalisé et hiérarchisé, et la loi éternelle était le corollaire de l'ordre universel. Ainsi, Dieu avait donné au monde créé un ordonnancement, et dans sa raison humaine, la loi éternelle devenait loi naturelle. En effet, saint Thomas d'Aquin était parfaitement en accord avec la distinction des domaines et la hiérarchie des pouvoirs gélasienne. Cela n'entraînait pas l'absorption de l'Etat par l'Eglise car l'ordre de la grâce ne détruisait pas celui de la nature.

Mais, peu à peu devait s'opposer, d'un côté, une légitimité « médiévale » fondée objectivement dans l'ordre finalisé du monde, de l'autre, une légitimité « moderne » fondée dans la subjectivité des volontés.

2. La doctrine du droit naturel classique face au développement de la pensée juridique moderne

A-Le nominalisme et la genèse du droit subjectif

Inspiré par le nominalisme du philosophe Jean Roscelin, Occam prônait l'« affirmation de l'individu ». En 1931, le philosophe et médiéviste Paul Vignaux pensait que « la métaphysique de l'individu faisait peut-être l'essentiel du nominalisme »²⁶. Occam s'inscrivait dans la tradition franciscaine du docteur subtil Jean Duns Scot et de saint Bonaventure, qui furent les premiers à concilier l'individualisme et l'autorité : « Individualisme et primauté de l'autorité resteront les caractéristiques de la tradition franciscaine. »²⁷ Cet individualisme devait s'accomplir par l'intuition des Idées évoquée par Platon dans ses *Dialogues sur la maturité*. Cette intuition pure des Idées ne pouvait se réaliser que par la séparation de l'âme (immortelle) d'avec le corps (mortel) et s'avérait supérieure à toutes connaissances. Et c'est à ce titre qu'Occam mit en exergue la connaissance intuitive : « La *cognitio intuitiva* est première et fondamentale, qu'il s'agisse des êtres existant en dehors de l'esprit ou des réalités intramentales. Toute connaissance a son point de départ dans l'intuition. L'objet premier de celle-ci, c'est la chose elle-même : "*ipsamet rem*". »²⁸ Cette intuition était inséparable de l'individualisme : « Que nous dit l'intuition immédiate de

²³ *Ibid*

²⁴ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2006, p. 156.

²⁵ *Ibid.*, p. 158.

²⁶ P. Vignaux, *Nominalisme*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, Paris, 1931, t. XI, col. 742.

²⁷ L. Vereecke, *Individu et Communauté selon Guillaume d'Occam*, *Studia Moralia*, Rome, Editions *Academiae alphonsianae*, 1965, vol. III, p. 157.

²⁸ *Ibid.*, p. 161.

l'existant ? D'abord que tout ce qui existe est singulier : "*Cum nihil sit extra animam nisi res singularis*". »²⁹ Occam écrivait que les singuliers étaient des absolus, puisqu'il n'existait que des absolus : « *in re nihil est praeter absoluta* »³⁰. Le singulier se substituait ainsi à l'universel. Cet individualisme, cette volonté de puissance ou impérialisme individuel platonicien, constituait le ressort du tyrannicide, excepté dans la philosophie thomiste.

B-La Réforme et l'apparition des thèses contractualistes

Luther se rattachait directement à la pensée platonicienne d'Occam³¹ : « Je suis complètement imbibé de la secte d'Occam ou des modernes »³², disait-il. En 1549, alors que la Réforme protestante avait atteint son acmé, Etienne de La Boétie rédigeait son *Discours de la servitude volontaire*³³, publié pour la première fois par les protestants en 1574 sous le nom de *Contr'un* (Contre le roi), dans lequel il faisait l'apologie de la désobéissance :

« Mais, à parler à bon escient, c'est un extrême malheur d'être sujet à un maître, duquel on ne se peut jamais assurer qu'il soit bon, puisqu'il est toujours en sa puissance d'être mauvais quand il voudra ; [...] Soyez résolu de ne servir plus, et vous voilà libres. Je ne veux pas que vous le poussiez ou l'ébranliez, mais seulement ne le soutenez plus, et vous le verrez, comme un grand colosse à qui on a dérobé sa base, de son poids même fondre en bas et se rompre. »³⁴

²⁹ *Ibid.*, p.162.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Luther s'opposait à la pensée aristotélicienne et thomiste. Il n'hésitait pas à déclarer : « Aristote est le rempart impie des papistes. Il est à la théologie ce que les ténèbres sont à la lumière. Son *Ethique* est le pire ennemi de la grâce. » Saint Thomas n'était, pour Luther, qu'un « gros cochon » qui pensait qu'il était nécessaire à l'homme « de recevoir par la foi, non seulement des vérités qui dépassent la raison, mais aussi des vérités connaissables par la raison ». Or, le mystique irrationnel Luther considérait qu'il fallait abattre la raison : « La raison, c'est la plus grande putain du diable [...] qu'on devrait fouler aux pieds et détruire, elle et sa sagesse. Jette-lui de l'ordure au visage pour la rendre laide. Elle est et doit-être noyée dans le baptême. Elle mériterait l'abominable, qu'on la relègue dans le plus dégoûtant lieu de la maison, aux toilettes. » De plus, contrairement à Aristote et saint Thomas d'Aquin, le mystique platonicien Luther ne considérait plus la justice comme étant la vertu qui rend à chacun son dû, mais comme étant l'institution chargée de réprimer et de sanctionner. Le glaive était, pour lui, le symbole du droit et le juriste, un bourreau : « Dieu honore si grandement le glaive qu'il le nomme son ordre propre [...] Aussi la main qui porte ce glaive et qui égorge, n'est-elle pas la main de l'homme, mais celle de Dieu ; et ce n'est plus l'homme, mais Dieu qui pend, roue, décapite, égorge et fait la guerre, et tout cela ce sont ses œuvres et ses jugements [...]. Il ne faut pas considérer dans l'office de la guerre, de quelle façon il égorge, brûle, frappe, capture [...]. Ce sont les yeux bornés et naïfs des enfants qui le font et qui chez le médecin ne voient pas davantage que le fait qu'il coupe une main ou scie une jambe, mais qui ne s'aperçoivent pas et ne remarquent pas qu'il faut le faire pour sauver tout le corps. Ainsi donc il faut considérer avec des yeux d'homme la raison pour laquelle l'office de la guerre ou du glaive égorge ou agit avec cruauté ; on considérera alors que cet office est divin en soi et qu'il est aussi utile et nécessaire au monde que le manger et le boire ou toute autre œuvre. »

³² Institut catholique de Paris, *Bulletin*, Paris, Secrétariat de l'Institut catholique, 1912, p.12.

³³ Il est à noter que cet ouvrage sera plagié par Jean-Paul Marat dans *Les chaînes de l'esclavage*, encensé par Félicité de Lamennais au XIX^e siècle, qui rééditera le livre, puis porté au pinacle par Henri David Thoreau et Gandhi.

³⁴ E. de La Boétie, *Discours de la servitude volontaire*, Paris, Edition Bossard, 1922, pp. 56-91.

Peu à peu, le droit au tyrannicide devait se répandre chez les théologiens protestants et les jésuites. Les monarchomaques furent les premiers à défendre le droit de résistance à l'oppression. Leur volonté de puissance les amenait à soutenir l'idée subversive que les fondements de la vie en société ne devaient plus reposer sur Dieu, mais sur un contrat, sur une sociabilité artificielle. Toute atteinte à ce pacte était considérée comme une infraction. Le droit n'avait plus pour vocation de rétribuer l'acte car le droit devenait un attribut de l'homme. La finalité de la sanction était donc socialisatrice et utilitariste. Elle avait pour but de dissuader et d'écarter ceux qui voulaient s'affranchir du contrat social dans le but de les resocialiser et de les réintégrer. En 1574, dans son *Franco-Gallia*, le jurisconsulte calviniste François Hotman faisait sienne l'idée de souveraineté populaire que n'hésiteront pas à reprendre les anarchistes du XIX^e siècle :

« Car puisqu'ainsi est, que l'assemblée du peuple, et le conseil général des états de la France, avaient souveraine puissance, non seulement de donner, mais aussi d'ôter la dignité royale, il faut tirer de là une conséquence nécessaire, c'est à savoir, que cela consistait aussi en la puissance du peuple, de faire part de la succession à tous, et autant à l'un comme à l'autre : ou si bon lui semblaient, de ne la déferer qu'à un, et en exclure tous les autres. »³⁵

En 1856, l'historien Augustin Thierry parlait quant à lui « d'abus de méthode »³⁶ et « d'idées préconçues »³⁷ pour qualifier les thèses de François Hotman :

« Hotman parvient de cette manière à une démonstration factice, à un résultat faux, mais capable de séduire par l'abondance des citations et des textes dont il semble découler. Lui-même était dupe de l'espèce de magie produite par ses citations accumulées ; il disait naïvement de son ouvrage : "Qu'y a-t-il à dire contre cela ? Ce sont des faits, c'est un pur récit, je ne suis que simple narrateur". »³⁸

Il conclura même son propos sur la *Franco-Gallia* par ces mots : « Ce bizarre et fabuleux exposé de l'ancien droit public du royaume devint alors la pâture secrètes des libres penseurs, des consciences délicates, et des imaginations chagrines plus frappées, dans le présent, du mal que du bien. »³⁹ Toujours en 1574, année de parution du *Franco-Gallia*, le disciple de Jean Calvin, Théodore de Bèze, dans *Du droit des magistrats sur leurs sujets*, justifiait semblablement la souveraineté du peuple et le droit de résistance à l'oppression contre la tyrannie :

« Or donc, je dis que l'équité mêmes et ce droit de nature, duquel dépend l'entretien de toute la société humaine, ne permet que nous révoquions en doute aucun de ces deux points, assavoir qu'en toutes conventions qui se contractent par le seul consentement des parties, ceux par lesquels l'obligation

³⁵ F. Hotman, *La Gaule françoise*, Cologne, Hierome Bertulphe, 1574, pp.72-73.

³⁶ A. Thierry, *Récits des temps mérovingiens précédés de considérations sur l'Histoire de France*, Paris, Furne et Cie, 1856, t. I, pp. 32-33.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p. 37.

est contractée, la peuvent aussi défaire quand la raison y est : et par conséquent ceux-là ont la puissance de déposer un Roi, qui ont puissance de le créer. »⁴⁰

Puis, en 1581, ce fut au tour du protestant Hubert Languet de reprendre les mêmes thèses dans *De la puissance légitime du prince sur le peuple et du peuple sur le prince*. A la différence de Hotman, Languet s'appuyait directement sur les textes bibliques. Dans cet ouvrage, l'auteur se demandait si les sujets devaient obéir aux princes et s'il était possible de résister aux princes⁴¹. Dans un premier temps, Languet répondait en légitimant le principe de non-obéissance et de résistance à l'oppression. Estimant que le roi était investi par le peuple, l'auteur considérait que le peuple étant « par-dessus le Roi »⁴² pouvait le destituer à tout moment⁴³ : « Faisant cela nous encourons la malédiction du Prophète Michée, qui déteste et maudit au nom de Dieu tous ceux qui obéissent aux méchantes ordonnances des Rois. »⁴⁴ En affirmant l'idée qu'il existait un double contrat ou « alliance »⁴⁵, « à savoir entre Dieu et le Roi, et entre Dieu et le peuple »⁴⁶, Languet posait le principe du droit de résistance sur le plan religieux. Il poursuivait en reconnaissant la supériorité des officiers réunis en assemblée sur le roi⁴⁷. Progressivement, ces idées devaient faire florès parmi les catholiques. En 1589, le théologien catholique Jean Boucher rédigeait *De la juste abdication d'Henri III* dans laquelle il reprenait l'ensemble des idées émises par les théologiens protestants. Le jésuite Juan de Mariana fit de même en accordant à tous le droit à l'assassinat dans son *De rege et regis institutione*. Au début du XX^e siècle, l'occultiste Charles Détré comparera même le régicide Jacques Clément à l'anarchiste Caserio :

« Les bons pères trouvent, pour justifier le meurtre d'Henri III, que "Vilain Hérodes" était l'anagramme de "Henri de Valois" : ils font placer le portrait du meurtrier sur les autels de leurs églises, et, dans celle de Notre-Dame, ils proposent d'élever une statue à Jacques Clément ; ils font venir sa mère à Paris, puis, quand elle y arrive, ils engagent le peuple à aller "vénérer cette bienheureuse mère d'un saint martyr". Au sujet de ce Caserio à tonsure et en sandales, le P. J. Mariana a écrit : " Il fit action vraiment noble, admirable,

⁴⁰ T. de Bèze, *Du droit des magistrats sur leurs sujets*, s. l., s. e., 1579, pp. 44-45.

⁴¹ H. Languet, *De la puissance légitime du prince sur le peuple et du peuple sur le prince*, s. l., s. e., 1581, p. 2.

⁴² *Ibid.*, pp. 96-125.

⁴³ *Ibid.* « Or puisque le peuple élit et établit les Rois, il s'ensuit que le corps du peuple est par-dessus le Roi. [...] Si l'on objecte, que les Rois ont été intronisés par le peuple qui vivait il y a cinq ou six cents ans, et non par celui qui est aujourd'hui : je réponds que le peuple ne meurt jamais, encore que les Rois s'en aillent hors du monde les uns après les autres. Car comme le cours continuel de l'eau donne au fleuve une durée perpétuelle : aussi la révolution de naissance et de mort rend le peuple immortel. »

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 34-38.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 47-53.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 62-63. « Nous entendons aussi les Etats, qui ne sont autre chose que l'épitomé ou bref recueil du royaume, auxquels toutes affaires publiques se rapportent. Tels étaient les Septante anciens au royaume d'Israël, desquels le Souverain Sacrificateur était comme Président, et qui jugeaient des choses de plus grande importance, ayant été premièrement pris et choisis septante têtes, six de chaque lignée des douze qui étaient descendues en Egypte. [...] Or comme les officiers susnommés sont inférieurs au Roi, aussi étaient considérés tous ensemble en ce corpus susmentionné ils sont ses supérieurs. »

mémorable, par laquelle il apprit aux princes de la terre que leurs entreprises ne demeurent jamais impunies. [...] Son action est digne de l'immortalité et des plus grands éloges..." »⁴⁸

Juan de Mariana considérait le tyrannicide Jacques Clément comme « l'honneur éternel de la Gaule »⁴⁹. L'assassinat du roi Henri III par Jacques Clément fut suivi par la tentative d'assassinat de Jean Châtel sur la personne du roi Henri IV, le 27 décembre 1594. La même année, Jean Boucher dans son *Apologie pour Jean Chastel* n'hésitait pas à citer des auteurs protestants pour justifier ses dires : « Tesmoin l'auteur des questions, sous le nom de Junius Brutus. George Buchanan⁵⁰ en son livre, *De jure regni*. Ou il met le tyran au nombre des bestes cruelles, et qui doit estre traicté de mesme. »⁵¹ Boucher s'était inspiré de Hotman et de Languet. Il admettait la souveraineté du peuple ainsi que la thèse contractualiste entre Dieu, le roi et le peuple, chère à Languet. De même, à l'image de ses prédécesseurs, il n'hésitait pas à détourner les propos de saint Thomas d'Aquin. Ceci à tel point que Michel de Montaigne, dès 1580, avait dénoncé de tels agissements dans ses *Essais*⁵². En effet, les monarchomaques n'avaient fait que réemprunter les arguments de Jean Petit car « le Concile de Constance n'avait pas *défini par une proposition universelle négative qu'aucun tyran ne peut être tué* mais qu'il avait *condamné la proposition universelle affirmative que TOUT tyran peut être tué* »⁵³.

Cette école du droit naturel moderne qui influença tant Marat s'opposait à l'école du droit naturel classique dont Aristote et saint Thomas d'Aquin furent en leur temps les figures de proue. Ces derniers considéraient que la justice était la vertu qui rendait à chacun son dû et qu'il fallait défendre l'idée d'une proportionnalité dans le partage, préférant la justice distributive (avec proportion géométrique), à la justice commutative platonicienne (avec proportion arithmétique). L'école du droit naturel classique d'influence thomiste n'établissait pas de frontières étanches entre le droit naturel (droit qui vient de la nature et qu'une puissance innée a mis en nous) et le droit positif (l'ensemble des règles juridiques en vigueur). Ainsi, droit naturel et droit positif étaient complémentaires. La loi positive s'inspirait de la loi naturelle. Dans l'hypothèse où la loi naturelle était indécise ou indéterminée, c'est la loi positive qui s'imposait. Mais, afin de lutter contre l'arbitraire, le peuple pouvait désobéir à une loi injuste, c'est-à-dire contraire au commandement de Dieu. Cette forme de désobéissance n'a rien à voir avec la désobéissance civile. Il s'agit là d'une objection de conscience, une

⁴⁸ C. Détré, *Les apologistes du crime*, Paris, Editions de l'Humanité, 1901, p. 15.

⁴⁹ J. Mariana, *De rege et regis institutione*, Tolède, s. e., 1599, livre I, chap. VI, pp. 69-80.

⁵⁰ George Buchanan (1506-1582). Historien protestant écossais, auteur du *De regni jure* en 1579. Il prônait lui aussi le droit de résistance et le tyrannicide.

⁵¹ J. Boucher, *Apologie pour Jehan Chastel*, Paris, s. e., 1610, pp. 85-86.

⁵² « Ceux qui l'ont prinse à gauche, ceux qui l'ont prinse à droicte, ceux qui en disent le noir, ceux qui en disent le blanc, l'employent si pareillement à leurs violentes et ambitieuses entreprinses, s'y conduisent d'un progrez si conforme en desbordement et injustice, qu'ils rendent douteuse et malaysée à croire la diversité qu'ils prétendent de leurs opinions en chose de laquelle despend la conduite et loy de notre vie. [...] S'il est permis au Subject de se rebeller et armer contre son Prince pour la defense de la Religion : souvienne vous en quelles bouches cette année passée l'affirmative d'icelle estoit l'arc-boutant d'un parti : la négative, de quel austre parti c'estoit l'arc-boutant : Et oyez à present de quel quartier vient la voix et instruction de l'une et de l'austre : et si les armes bruyent moins pour cette cause que pour celle-là. » In M. de Montaigne, *Essais*, Paris, La Renaissance du livre, 1911, t. III, p. 66.

⁵³ C. Détré, *op. cit.*, pp. 4-5.

désobéissance « conservatrice et passive »⁵⁴ : « Elle procède de la distinction opérée entre cité terrestre et cité céleste, et surtout entre le pouvoir, l'essence même de l'autorité qui procède de Dieu, et les moyens du gouvernement, incarnés dans le droit humain. »⁵⁵

Héritier du nominalisme, le droit naturel moderne d'inspiration platonicienne défendu par le jusnaturaliste néerlandais Hugo Grotius désignait quant à lui un ensemble de règles idéales s'appuyant sur la raison humaine et la morale⁵⁶. Règles qui selon les cas s'opposaient au droit positif. Les premiers théoriciens du contrat social n'étaient pas hostiles à la monarchie. Bien au contraire, Grotius, le philosophe Samuel von Pufendorf et Thomas Hobbes y étaient favorables. Leur idée était d'accentuer l'indépendance des monarques vis-à-vis de la sphère religieuse. Leur contrat social ne devait plus reposer sur la religion mais sur une moralité qui leur était propre. Les premiers théoriciens du contrat social ont introduit une vision purement laïque, voire laïciste de l'Etat. Ils rejetaient toute idée de soumission ou d'obéissance aveugle aux puissances spirituelles. La source du pouvoir ne devait plus résider en Dieu mais dans un contrat social, c'est-à-dire un pacte liant ceux qui obéissaient à celui qui commandait. Dans un premier temps, le contrat social fut une arme tournée contre l'Eglise. Ainsi, dans les pays protestants, la doctrine du contrat social fut très bien accueillie.

C-Les Jésuites et la dénaturation du droit naturel classique

Au XVI^e siècle se développa l'idée que « Tout pouvoir venait de Dieu par l'intermédiaire du peuple »⁵⁷. La théorie scolastique prônée par les jésuites et les théologiens ultramontains, qui vivaient au-delà des monts, disait que le pape tenait son pouvoir immédiatement de Dieu. A l'inverse, les jésuites estimaient que les princes investis par l'intermédiaire du peuple ne tenaient leur pouvoir de Dieu que médiatement. Ils en concluaient que la supériorité de la puissance du pape, en sa qualité de vicaire du Christ, lui permettait de destituer les princes s'ils ne régnaient pas chrétiennement. En 1612, le jésuite et membre de l'école de Salamanque Francisco Suarez, dans son *De legibus*, reprenant les propos du *Minos* de Platon, ne fit que développer cette idée. Réminiscence du conflit opposant les tenants du sacerdotalisme et de la théocratie pontificale à ceux du césaropapisme.

Désormais, allaient s'affronter les partisans de l'ultramontanisme à ceux du gallicanisme. Ces derniers affirmaient l'autonomie du domaine politique vis-à-vis du domaine religieux et la supériorité des conciles sur le pape. Le but des jésuites n'était pas de remettre en cause le régime monarchique. Cependant, au nom de l'affirmation de la volonté de puissance papale, en soutenant l'idée que le peuple détenait la souveraineté, ils n'avaient fait que conforter les théories subversives véhiculées par les protestants dont le but était de renverser la monarchie catholique : « Mais que le pouvoir soit dans tel homme, c'est le fait, c'est le résultat de la donation de la république elle-même, c'est-à-dire de l'acte social ; donc sous ce rapport le pouvoir est de droit humain. [...] Donc ce pouvoir vient

⁵⁴ A. Boyeau-Jenecourt, *La désobéissance politique*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 48.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Le droit naturel, dit Grotius, est formé de « principes de la droite raison, qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec la nature raisonnable et sociable de l'homme ».

⁵⁷ *Omnis potestas a Deo per populum.*

des hommes à proprement parler. [...] Un tel transfert de puissance de la république au prince n'est pas une délégation, mais une quasi aliénation, un don parfait de la puissance qui appartenait à la communauté. »⁵⁸ La thèse des jésuites était beaucoup moins ambitieuse que celle développée par les protestants, pour qui la souveraineté du peuple était inaliénable. Il ne servait à rien de démontrer que la souveraineté appartenait au peuple, pour *in fine* admettre que le transfert de souveraineté du peuple au prince constituait une quasi aliénation. Ceci revenait à dire qu'une fois le transfert effectué, le peuple n'avait plus aucune parcelle de souveraineté, et que cette dernière résidait tout entière en la personne du prince. Toutefois, cette thèse permettait à l'Eglise de démontrer la supériorité du pape sur les princes, tout en préservant un régime qui était le sien, à savoir la monarchie.

A *contrario*, pour les protestants ce droit de résistance à l'oppression était destiné à combattre la doctrine du droit divin ou du moins l'origine divine du pouvoir civil. Au nom de l'impérialisme individuel platonicien, les théoriciens protestants du contrat social condamnaient la fameuse phrase de saint Paul : « Omnis potestas a Deo »⁵⁹. Or, cette expression est souvent mal interprétée. Elle ne signifie « nullement que Dieu désigne lui-même les gouvernants, mais qu'une fois désignés par des accords ou des arrangements purement humains, ceux-ci reçoivent de Dieu même leur autorité »⁶⁰. Elle signifie au contraire que « le pouvoir émane de Dieu seul, qu'il est conféré sans intermédiaire aux souverains que les citoyens se bornent à désigner, exactement comme au sein de l'Eglise, les ministres du culte sont nommés par les hommes mais tiennent du Christ leur fonction même et le droit de l'exercer. »⁶¹

En 1661, Louis XIV ne faisait d'ailleurs que reprendre cet argument dans ses *Mémoires pour l'instruction du dauphin*⁶². Selon l'évêque de Meaux Jacques-Bénigne Bossuet : « Les sujets n'ont à opposer à la violence des princes, que des remontrances respectueuses, sans mutinerie, et sans murmure, et des prières pour leur conversion. »⁶³ Il existait cependant une exception à l'obéissance qu'on devait au prince : « Mais par la même raison, comme on ne doit pas obéir au gouverneur contre les ordres du roi ; on doit encore moins obéir au roi, contre les ordres de Dieu. C'est alors qu'a lieu seulement cette réponse que les apôtres font aux magistrats : Il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes

⁵⁸ F. Suarez, *Tractatus de legibus ac deo legislatore*, Naples, Ex typis fibrenianis, 1872, partie I, livre III, chap. IV, pp. 170-171.

⁵⁹ Tout pouvoir vient de Dieu.

⁶⁰ R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1995, p. 34.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² « Car vous devez savoir avant toutes choses, mon fils, que nous ne saurions montrer trop de respect pour celui qui nous fait respecter de tant de milliers d'hommes. La première partie de la politique est celle qui nous enseigne à le bien servir. La soumission que nous avons pour lui est la plus belle leçon que nous puissions donner de celle qui nous est due ; et nous péchons contre la prudence aussi bien que contre la justice, quand nous manquons de vénération pour celui dont nous ne sommes que les lieutenants. Ce que nous avons d'avantage sur les autres hommes est pour nous un nouveau titre de sujétion ; et après ce qu'il a fait pour nous, notre dignité se relève par tous les devoirs que nous lui rendons. [...] Et si nous manquons de remplir en cela ses desseins, peut-être qu'il nous laissera tomber dans la poussière de laquelle il nous a tirés. » *In Louis XIV, Mémoires pour l'instruction du dauphin*, de Charles Dreyss, Paris, Didier, 1860, t. II, pp.421-423.

⁶³ J.-B. Bossuet, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte à monseigneur le dauphin*, Paris, Le Normant, 1818, p. 275.

(Actes V, 29) »⁶⁴. Le roi devait ainsi légiférer *pro Christo*, et imiter Dieu s'il voulait être respecté : « Or une chose est d'autant plus agréable à Dieu qu'elle se rapproche plus de son imitation : et c'est pourquoi l'Apôtre donne cet avertissement (Eph V, 6) : Soyez des imitateurs de Dieu, comme ses fils bien-aimés. »⁶⁵ Si le devoir du chrétien est alors de se soumettre au principe du pouvoir, car se révolter contre le principe du pouvoir, c'est se rebeller contre l'ordre divin (Rm XIII, 2 et I Pierre II, 13-17), la distinction des domaines n'est pas synonyme d'équivalence des domaines. Le chrétien ne peut obéir à un pouvoir qui transgresse la loi morale. Pour qu'une décision du pouvoir politique soit exécutée, elle ne doit plus seulement être conforme à l'*utilitas publica* mais être en harmonie avec les préceptes du christianisme. Si le pouvoir politique demande au chrétien de lui rendre ce qu'il ne doit qu'à Dieu, il doit s'y refuser. En cela le gallicanisme ne doit pas être confondu avec le césaropapisme. A aucun moment, les rois de France n'ont émis une quelconque prétention à la détermination des dogmes, le roi n'était qu'un « exécuteur et protecteur des saints Canons ». Le roi était soumis à un ordre naturel des choses qui se manifestait par les coutumes, les lois fondamentales du royaume. C'est à ce titre que, tel saint Louis sous son chêne, le roi était juge et source de toute justice. Le pouvoir politique devait rétablir l'harmonie brisée par les hommes. La fonction normative dérivait de la fonction judiciaire. De plus, l'ordonnance de Charles VI de 1403 sur l'instantanéité de la succession (consacrée par la formule Le roi est mort, vive le roi !), établissant directement le transfert de souveraineté au moment de la mort du monarque précédent, ne faisait plus du sacre la condition *sine qua non* à l'accession au trône. Or, ce n'était qu'au moment du sacre que le roi devenait l'oint du seigneur et qu'il était investi d'un sacerdoce, d'une quasi-prêtrise.

3. La doctrine du droit naturel classique et le malentendu entre le *ius* et la *lex*.

A- Un droit naturel classique théiste ?

Comme nous l'avons vu, les Grecs mettaient l'accent sur l'existence d'un ordre cosmologique. Ainsi, Aristote démontrait l'existence de Dieu par la nécessité d'une fin dernière. Au XIII^e siècle, saint Thomas d'Aquin, s'inspirant d'Aristote transplanta dans la foi chrétienne la doctrine de l'ordre naturel. A ce titre, cette idée, selon laquelle il existerait un ordre finalisé, peut être à juste titre qualifiée de théiste dans la mesure où elle « admet l'existence d'un Dieu unique et personnel comme cause transcendante du monde »⁶⁶. Pour l'historien du droit Michel Villey, le caractère théiste du droit naturel classique ne faisait aucun doute : « Au sens large, le droit naturel est lié à l'hypothèse théiste que le monde est l'œuvre intelligente et bienfaisante d'un créateur, au moins d'un dieu ordonnateur, et au contraire la négation du droit naturel est le corollaire de l'athéisme. »⁶⁷ Assurément, le théisme, cette *philosophia perennis*, aboutit à des vérités absolues dont la raison constate l'existence et la nécessité. Or, l'objet même du droit naturel est la nature de l'homme telle qu'elle est : à la fois

⁶⁴ *Ibid.*, p. 265.

⁶⁵ Saint Thomas d'Aquin, *De regno* ou *De regimine principum*, in <http://docteurangelique.free.fr>, p. 21.

⁶⁶ *Le Trésor de la langue française informatisé*, se reporter à l'article « Théisme », in <http://www.cnrtl.fr/definition/théisme>.

⁶⁷ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 156.

matérielle et spirituelle, corps et âme. Le droit naturel classique part de cette donnée fournie à la fois par l'expérience, le raisonnement, le bon sens et la science que l'homme est un animal raisonnable. Le droit est relation sociale, non pas attribut d'une personne, non pas droit subjectif ; c'est, comme le dit Aristote : « le bien d'un autre », c'est une proportion, une répartition entre deux personnes.

B-Un droit naturel classique rationnel ?

En 54 av. J-C., dans son *De Republica* Cicéron identifiait la loi naturelle à la « droite raison : « Il est, en effet, une loi véritable, la *droite raison* conforme à la *nature*, immuable et éternelle qui appelle l'homme au devoir par ses commandements et le détourne du mal par ses défenses et dont les commandements ni les défenses ne restent jamais sans effet sur les bons, ni sans action sur les méchants. On ne peut ni l'infirmier par d'autres lois, ni déroger à quelques-uns de ses préceptes, ni l'abroger tout entière. Ni le sénat, ni le peuple ne peuvent nous soustraire à son empire ; elle n'a pas besoin d'interprète qui l'explique. Il n'y en aura pas une à Rome, une autre à Athènes, une aujourd'hui, une autre demain, mais une seule et même loi éternelle, inaltérable qui dans tous les temps régit à la fois tous les peuples. Et l'univers entier est soumis à un seul maître, à un seul roi suprême, au Dieu tout-puissant qui a conçu et médité cette loi. La méconnaître, pour un homme, c'est se fuir soi-même, renier sa nature et par là même subir les plus cruels châtiments, lors même qu'on échapperait à tout ce qu'on regarde comme des supplices. »⁶⁸ En 52 av. J-C., dans la suite du *De Republica*, le *De legibus*, Cicéron ajoutait : « Le sentiment des plus sages a été que cette loi n'est point une imagination de l'esprit humain, ni le résultat d'une décision des peuples, mais quelque chose d'éternel qui doit régir le monde entier par la sagesse des commandements et des défenses. C'est ce qui leur a fait dire que cette première et dernière loi était l'intelligence même de Dieu dont la raison souveraine oblige ou interdit ; de là le caractère parfait de cette loi que les dieux ont donnée à l'espèce humaine... Ce n'est pas dans les prescriptions des peuples qu'il faut chercher le pouvoir d'appeler aux bonnes actions ou de détourner des mauvaises. Cette puissance-là compte plus d'années que la vie des peuples et des cités ; elle est de l'âge de ce Dieu qui conserve et régit le ciel et la terre. »⁶⁹ Ce que Cicéron appelait la loi naturelle semblait bien s'apparenter au droit naturel défini par Aristote comme il semblait l'indiquer dans son *Pro Milone* (-52) : « cette loi n'est point écrite mais innée ; nous ne l'avons ni lue, ni apprise, ni héritée ; nous la devons à la nature elle-même ; nous l'avons puisée dans son sein ; c'est elle qui nous l'a inspirée ; ni les leçons, ni les préceptes ne nous ont instruits à la pratiquer, nous en sommes pénétrés, imbus. »⁷⁰ Il poursuivait son raisonnement en ces termes : « D'elle procède la règle de la vie »⁷¹ ; « car de cette loi née pour tous les siècles, avant qu'aucune autre loi n'eût été écrite, ni aucune cité fondée, le droit tire son origine ; elle est l'effet de la nature, l'esprit et la raison du sage, la règle du juste et de l'injuste⁷². » Conception que reprendra le droit romain dans le Digeste en 530 : « La justice est une volonté constante et durable d'attribuer à chacun ce qui est

⁶⁸ Cicéron, *De republica*, III, 17.

⁶⁹ Cicéron, *De legibus*, III, II, 4.

⁷⁰ Cicéron, *Pro Milone*, 1.

⁷¹ Cicéron, *De legibus*, III, I, 22.

⁷² *Ibid.*, III, I, 6.

dû. »⁷³ Cependant, Michel Villey ne semblait pas partager cette vision d'un Cicéron jusnaturaliste classique et lui reprocha sa proximité avec le stoïcisme et son assimilation du droit naturel aux lois universelles de la morale des hommes. Il lui reprochait effectivement de soumettre le droit aux préceptes révélés ainsi que de confondre le droit naturel avec la loi naturelle. A l'inverse, Villey voyait dans saint Thomas d'Aquin celui qui avait ramené la loi naturelle à la nature ontologique de l'homme. En effet, dans sa *Somme théologique*, saint Thomas a bien pris soin de distinguer le droit naturel de la loi naturelle. Quelques néo-thomistes ont rêvé d'une *loi naturelle* substantielle et immuable, d'où l'on pourrait déduire confortablement une doctrine sociale et politique plus ou moins achevée. Ils ont confondu, de façon significative, l'exposé de la *la IIae* sur la *loi naturelle* avec ce qui concerne spécifiquement le *droit* et la *justice particulière* (*IIa IIae* ; q. 57 et s.). Pour saint Thomas d'Aquin, comme pour Aristote qui considérait que « le droit était visiblement sujet à variations »⁷⁴, le droit naturel était muable : « Si la loi écrite est présentée comme correctif de la loi de nature, c'est parce qu'elle complétait ce qui manquait à celle-ci ; ou parce que la loi de nature était sur certains points si dénaturée dans le cœur de certains hommes que ceux-ci considéraient comme un bien ce qui était un mal en soi ; une telle corruption exigeait un redressement. »⁷⁵ Il ajoutait : « Toute loi portée par les hommes n'a raison de loi que dans la mesure où elle dérive de la loi de nature. Si elle dévie en quelque point de la loi naturelle, ce n'est plus alors une loi, mais une corruption de la loi. »⁷⁶ Saint Thomas considérait que si la loi naturelle découlait du droit, elle n'était pas extérieure à l'homme : « La loi naturelle est établie par la raison, de même qu'une proposition est aussi l'œuvre de la raison. »⁷⁷ La loi naturelle était dans l'homme : « La loi naturelle demeure dans l'homme »⁷⁸. C'est donc avec l'apparition du droit naturel moderne que l'homme a remplacé la nature comme source du droit. Le cosmos n'était plus la première source du droit mais c'était la souveraineté des principes subjectifs de notre raison qui le devenait. Le droit naturel, le *ius*, enraciné dans l'objectivité d'un ordre cosmique, était supplanté par la loi naturelle, la *lex*, cette loi rationnelle, cette loi morale enracinée dans la subjectivité humaine, dans la nature de l'homme. Le droit naturel moderne ou droit rationnel basé sur la volonté individuelle se substitua alors au droit naturel classique extrait de la nature. Comme l'a dit Villey, la société évolua du droit aux droits de l'homme⁷⁹ qui sont l'équivalent moral de *l'ego cogitans* (l'homme raisonnable) qui s'est émancipé de la tutelle de la nature, au point d'être hostile et de refuser d'obéir à une loi qu'il n'a pas engendré, qu'il n'a pas créer en totalité. Dans sa volonté de toute-puissance prométhéenne, l'homme se prenait pour Dieu. Il était comme l'avait écrit Ludwig Feuerbach en 1841 dans *L'essence du christianisme* : l'Homme-Dieu, celui qui allait imposer la dictature de la raison humaine, alors devenue source de toute connaissance, là où la raison humaine n'était pour saint Thomas d'Aquin qu'un moyen de passer d'une

⁷³ *Digeste*, I, I, 10.

⁷⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 9, 1134 b.

⁷⁵ Saint Thomas d'Aquin, *La somme théologique de Saint Thomas, Prima secundae*, question 94, Art. 5.

⁷⁶ Saint Thomas d'Aquin, *La somme théologique de Saint Thomas, Prima secundae*, question 95, Art. 2.

⁷⁷ Saint Thomas d'Aquin, *La somme théologique de Saint Thomas, Prima secundae*, question 94, Art. 1 : Qu'est-ce que la loi naturelle ?

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2009, 169 p.

proposition à une autre. En 1879, face à ces dérives, Léon XIII, dans son encyclique *Aeterni Patris*, avait déclaré que les écrits de saint Thomas d'Aquin, lui qui avait si bien démontré tous les bienfaits de la propriété, exprimaient adéquatement la doctrine de l'Eglise⁸⁰, avant de réitérer ses propos deux ans plus tard dans l'encyclique *Diuturnum*⁸¹.

C-Un droit naturel classique laïque ?

S'appuyant sur la pensée d'Aristote et de saint Thomas d'Aquin, certains considèrent que le droit naturel classique est laïque. Ces partisans du droit naturel classique laïque assimilent alors la distinction des domaines à la laïcité et la séparation de l'Eglise et de l'Etat au laïcisme. Si la distinction des domaines implique une hiérarchisation des pouvoirs en fonction de leurs fins et maintient le religieux dans l'ordre public sans s'en émanciper en établissant une double allégeance dans la sphère publique, *a contrario*, le laïcisme réclame une exclusivité et au nom de la religion civile, cette « religion laïque », cette irrégion laïciste, chère à Ferdinand Buisson, renvoie les autres religions à la sphère privée. Ainsi, en 1864, Pie IX condamna la proposition suivante : « L'Eglise doit être séparée de l'Etat, et l'Etat séparé de l'Eglise. »⁸² De la même manière Pie XII, en 1940, déclarait : « Dans le monde présent domine largement le laïcisme qui représente l'effort de l'homme pour se passer de Dieu ; tendance vaine et entreprise impie qui revêt selon les temps et les pays, divers aspects et divers noms : indifférence, négligence, mépris, révolte ou haine... En se croyant, pour avoir conquis de plus grands biens ici-bas, moins dans la dépendance immédiate du Créateur et du Souverain Maître, les hommes ingrats oublient que tout est un don de Dieu, même les forces de la nature qu'ils subjuguent, ainsi que les facultés intellectuelles et leurs bras qui sont les armes de leurs succès et de leurs victoires. »⁸³ En 1958, ce même Pie XII, qui en 1940 avait condamné le laïcisme, faisait l'éloge de la laïcité : « Il y en a qui s'agitent parce qu'ils craignent que le christianisme prenne à César ce qui est à César. Comme si donner à César ce

⁸⁰ Encyclique *Aeterni Patris*, 1879, in <http://www.vatican.va>. « Mais, pour éviter qu'on ne boive une eau supposée pour la véritable, une eau bourbeuse pour celle qui est pure, veillez à ce que la sagesse de saint Thomas soit puisée à ses propres sources, ou du moins à ces ruisseaux qui, sortis de la source même, coulent encore purs et limpides, au témoignage assuré et unanime des docteurs : de ceux, au contraire, qu'on prétend dérivés de la source, mais qui, en réalité, se sont gonflés d'eaux étrangères et insalubres, écarter-en avec soin l'esprit des adolescents. »

⁸¹ Encyclique *Diuturnum*, 1881, in <http://www.vatican.va>. Se reporter à l'Annexe 4. « Déjà dans le passé, le mouvement qu'on appelle la Réforme eut pour auxiliaires et pour chefs des hommes qui, par leurs doctrines, renversaient de fond en comble les deux pouvoirs spirituel et temporel ; des troubles soudains, des révoltes audacieuses, principalement en Allemagne, firent suite à ces nouveautés, et la guerre civile et le meurtre sévirent avec tant de violence, qu'il n'y eut presque pas une seule contrée qui ne fût livrée aux agitations et aux massacres. C'est de cette hérésie que naquirent, au siècle dernier, et la fausse philosophie, et ce qu'on appelle le droit moderne, et la souveraineté du peuple, et cette licence sans frein en dehors de laquelle beaucoup ne savent plus voir de vraie liberté. De là on s'est avancé jusqu'aux dernières erreurs, le communisme, le socialisme, le nihilisme, monstres effroyables qui sont la honte de la société et qui menacent d'être sa mort. Et cependant il ne se trouve que trop de propagateurs pour répandre ces principes funestes ; le désir d'améliorer le sort de la multitude a déjà servi de prétexte pour allumer de vastes incendies et préparer de nouvelles calamités. Ce que nous rappelons ici n'est que trop connu et trop rapproché de nous. »

⁸² Pie IX, *Catalogue des erreurs modernes, selon le Syllabus de Pie IX*, 8 décembre 1864, Paris, s. d., p. 18.

⁸³ Pie XII, *Allocution à un groupe de jeunes filles de l'Action Catholique italienne*, 6 octobre 1940.

qui lui appartient n'était pas un commandement de Jésus ; comme si la légitime et saine laïcité de l'Etat n'était pas un des principes de la doctrine catholique ; comme si ce n'était pas la tradition de l'Église de faire un effort continu pour maintenir les deux pouvoirs distincts et toutefois unis, selon les vrais principes ; comme si, par contre, le mélange du sacré et du profane ne s'était pas le plus fortement vérifié dans l'histoire, quand une partie des fidèles s'est détachée de l'Église. »⁸⁴ Enfin, Jean-Paul II, condamnait lui aussi la « sécularisation laïciste »⁸⁵ où « le monde appartient exclusivement à l'Etat »⁸⁶.

En conclusion, il est impropre de dire que le droit naturel classique est théocratique dans la mesure où il repose sur une confiance dans l'intelligence de l'homme, il faut que la raison de l'homme soit capable de discerner les institutions naturelles de celles qui vont contre la nature, de discerner le juste et l'injuste (syndérèse). Si le droit naturel classique était théocratique : « Les mondes inconnus ? le monde des purs esprits ? Mais comment notre pensée peut-elle les atteindre, si ce n'est par analogie avec les faits du monde humain et sociale ? Que pouvons-nous savoir de l'ordre cosmologique universel en dehors de l'ordre humain et social ? L'idée et la réalité démontrée d'un dieu créateur et fin dernière est, en vertu de la raison et de la nature, la base même de tout droit naturel humain et social. Il est faux que le droit naturel classique soit purement métaphysique, c'est-à-dire établi en dehors de toute observation réelle de la nature : c'est le contraire de la vérité. Il est faux que son objet ne soit pas la nature physique, c'est-à-dire naturelle de l'homme. Il est faux que le droit naturel classique parte d'une définition de la nature humaine, c'est-à-dire d'une définition arbitraire, et qui n'exprimerait point la réalité. Le droit naturel classique, c'est Dieu lui-même, le dieu de la raison et de la nature (transcendantalisme), alors que pour le droit nouveau, c'est l'opinion publique (immanentisme). Toute la différence entre le droit naturel nouveau et le droit naturel ancien ou classique qu'il faut continuer à appeler le droit naturel tout court, consiste précisément en ce point : que le droit naturel classique, sans être le moins du monde théocratique ni clérical, est un droit naturel religieux et théiste. Cette conception d'un droit universel ou cosmologique, qui resterait étranger au droit naturel humain et social et qui contiendrait la base religieuse du droit, n'est pas seulement étrange et bizarre, elle est dépourvue de toute signification raisonnable et ne peut avoir d'autre raison que de permettre de reléguer Dieu hors du droit naturel humain. »⁸⁷

Recibido el 20 de enero de 2020. Aceptado el 3 de febrero de 2020

⁸⁴ Pie XII, 23 mars 1958, *Allocution à la colonie des Marches*.

⁸⁵ Jean-Paul II, *Mémoire et Identité, Conversations au passage entre deux millénaires*, trad. Fr. Donzy, Paris, Flammarion, 2005, p. 143.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 146.

⁸⁷ *La Foi catholique : revue critique, antikantiste*, Paris, Lethielleux, juillet 1909, pp. 7-13.