

UNIVERSITE PARIS-PANTHEON-ASSAS

1^{ere} année de Licence en droit

Année universitaire 2026-2027

DROIT CONSTITUTIONNEL 1

Cours de M. le Professeur Armel LE DIVELLEC

Séance n° 2

Le pouvoir politique, le droit, l'État

Date de distribution : semaine du 5 octobre 2026

Date d'utilisation : semaine du 12 octobre 2026

OBJET DE LA SEANCE :

La conception qui a progressivement triomphé en Occident à partir de l'ère moderne (XVI^e siècle) et domine globalement aujourd'hui le monde, considère que le droit est une création artificielle, essentiellement produit de la volonté humaine. Il est raisonnable de considérer qu'en amont du droit se forme un pouvoir politique, c'est-à-dire une puissance de domination qui, pour durer, doit s'institutionnaliser. Dans le monde moderne, cette puissance revêt essentiellement la forme de l'État. Il s'institutionnalise par le droit. Mais simultanément, ce droit qui organise l'État a vocation à constituer la limite de celui-ci : on dit alors que l'État est soumis au droit. Cela n'implique pas encore nécessairement la préservation de la liberté politique et encore moins la victoire du principe démocratique, qui ne se sont imposés que laborieusement à partir du XVIII^e siècle jusqu'à la fin du XX^e siècle.

L'étude conséquente du droit constitutionnel requiert donc d'abord une réflexion sur la nature du pouvoir politique, à partir de l'Histoire, des œuvres classiques de la philosophie politique et des théories juridiques (souvent diverses et parfois en opposition radicale les unes par rapport aux autres), en vue de déterminer comment il peut être appréhendé par le droit.

ARTICLES du Dictionnaire du droit constitutionnel à lire :

v. Chose publique – Constitution – Constitutionnalisme – Démocratie – Démocratie populaire – Dictature – Droit constitutionnel – Droits civils et politiques – Droits de l'Homme – État – État de droit – Hiérarchie des normes – Institution – Légitimité – Monarchie – Nation – Norme – Organe – Peuple – Politique – Pouvoir – Pouvoir constituant – Pouvoir d'État – Représentant – République – Résistance à l'oppression – Révolution – *Rule of law* – Souveraineté – Supraconstitutionnalité – Volonté générale.

DOCUMENTS DE LA FICHE :

1. Thomas HOBBS, *Léviathan* (1651)
2. John LOCKE, *Traité du gouvernement civil* (1690)
3. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social* (1762)
4. André TUNC, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, PUF, 1954, t. 1, § 10-13.
5. Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 16-20.
6. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1960, rééd. LGDJ, 1999, p. 304.
7. Benjamin CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* (1819)

BIBLIOGRAPHIE COMPLEMENTAIRE :

- D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, articles : « Constitutionnalisme », « Contrat social (Doctrines) », « Ecole du droit naturel moderne et rationalisme juridique moderne (17^e-18^e s.) », « État », « État de droit », « Lois fondamentales du royaume », « Positivisme », « Souveraineté ».
- J. CHEVALLIER, *L'Etat*, Dalloz, « Connaissance du Droit », 2^e éd. 2011.

Document n° 1 : Thomas HOBBS, *Léviathan* (1651) (extraits)

La fabrication de l'État. La crainte et la guerre

7.a) Origines (Th. Hobbes, *Léviathan*, 1^{re} partie, *De l'homme*)

Les hommes sont égaux par nature. La nature a fait les hommes à ce point égaux en ce qui concerne les facultés du corps et celles de l'esprit que [...] le plus faible en a assez pour tuer le plus fort, soit en usant de ruse, soit en s'alliant à d'autres qui sont menacés du même danger que lui. [...]

Il est donc ainsi manifeste que, tant que les hommes vivent sans une puissance commune qui les maintienne tous en crainte, ils sont dans cette condition que l'on appelle la guerre, et qui est la guerre de chacun contre chacun. [...]

Une autre conséquence de cette guerre de chacun contre chacun est que rien ne peut être injuste. Les notions de droit et du tort, de la justice et de l'injustice n'ont point place dans cette condition. Là où il n'y a pas de puissance commune, il n'y a pas de loi ; là où il n'y a pas de loi, il n'y a pas d'injustice. La force et la ruse sont en guerre les deux vertus cardinales. [...]

Le droit de nature [...] est la liberté que chacun a d'user de sa puissance propre, comme il l'entend, pour la préservation de sa propre nature, c'est-à-dire de sa propre vie [...]. Et, de ce que la condition humaine est [...] une condition de guerre de chacun contre chacun, où chacun est gouverné par sa propre raison, et, de ce que, pour préserver sa vie contre ses ennemis, il n'y est aucun moyen qui ne puisse être de quelque utilité, il s'ensuit que dans une telle condition, chacun a droit sur toutes choses, même sur le corps des autres. [...]

La justice et la propriété commencent avec la constitution de l'État [...] Avant donc que l'on puisse user des mots juste et injuste, il faut qu'il y ait une puissance coercitive, d'une part, pour contraindre également les hommes à l'exécution de leurs pactes par la terreur de quelque punition plus grande que le bénéfice qu'ils attendent du fait de les rompre, d'autre part, pour leur confirmer la propriété de ce qu'ils acquièrent par contrat mutuel en compensation du droit universel qu'ils abandonnent ; et, une telle puissance, il n'y en a point avant l'établissement d'un État. [...]

7..b) *L'Homme-État* (Th. Hobbes, *Léviathan*, Introduction)

La nature, cet art par lequel Dieu a fait et gouverne le monde est en ceci, comme en beaucoup d'autres choses, imité par l'*art humain* : l'homme peut faire un animal artificiel[...]. C'est bien en effet un ouvrage de l'art que ce grand Léviathan qu'on appelle Chose publique ou État (en latin *civitas*) et qui n'est rien autre qu'un homme artificiel, quoique d'une taille beaucoup plus élevée et d'une force beaucoup plus grande que l'homme naturel pour la protection et pour la défense duquel il a été imaginé ; en lui, la *souveraineté* est une *âme artificielle*, *puisqu'elle donne la vie et le mouvement au corps tout entier* [...]

7..c) *Le pacte créateur* (Th. Hobbes, *Léviathan*, 2^e partie, *De l'État*)

La naissance de l'État. – Enfin l'accord entre ces créatures (abeilles, fourmis) est naturel, l'accord entre les hommes n'existe qu'en vertu d'un pacte, ce qui est artificiel ; il n'y a rien d'étonnant que quelque chose d'autre soit exigé (en plus du pacte) pour rendre leur accord constant et durable : un pouvoir commun pour les maintenir dans la crainte et diriger leurs actions vers le bien commun. La seule manière d'ériger un tel pouvoir commun [...] est de transférer tout leur pouvoir et toutes leurs forces à un seul homme ou à une assemblée pour les représenter ; et chacun admettra et reconnaîtra que lui-même est l'auteur de tous les actes que son représentant fera ou sera incité à faire dans ces matières qui concernent la paix et la sécurité commune ; et à cet égard chacun soumettra ses volontés à sa volonté, et ses jugements à son jugement. Ceci est davantage qu'un consentement ou un accord ; c'est une réelle unité de tous dans une seule et même personne qui résulte du pacte de chaque homme avec chaque homme d'une manière telle que si chacun disait à chacun : j'autorise cet homme ou cette assemblée à me gouverner en renonçant en sa faveur à mon propre droit à cette condition que tu renonces toi-même en sa faveur, à ton propre droit et que tu l'autorises à agir de la même manière. Cela fait, la multitude ainsi unie en une seule personne, est appelée *ÉTAT*, en latin *civitas*. Telle est l'origine de ce grand Léviathan, ou pour mieux dire, de ce *Dieu mortel* auquel nous devons, avec l'aide du *Dieu immortel*, notre paix et notre protection. Car, par cette autorité qui lui est donnée par chaque particulier dans l'État, il détient tant de puissance et de force qu'il peut, grâce à la terreur qu'il inspire, diriger les volontés de tous vers la paix à l'intérieur et l'aide mutuelle contre les ennemis de l'extérieur. Et en lui réside l'essence de l'État qu'on peut définir comme une personne dont les actes ont pour auteur chacun des membres d'une grande multitude, d'après les pactes mutuels passés l'un avec l'autre, afin qu'il puisse user de la force et des ressources d'eux tous comme il le trouvera convenable pour la paix et la défense communes. [...]

Le pouvoir souverain, volontaire et absolu

(Th. Hobbes, *Léviathan*, 2^e partie, *De l'État*)

Un État est dit institué lorsqu'une multitude d'hommes s'entendent et conviennent que sera donné par la majorité, soit à un homme, soit à une assemblée, le droit de présenter toutes leurs personnes (c'est-à-dire d'être leur représentant) ; chacun, aussi bien celui qui a *voté pour* que celui qui a *voté contre*, *autoriser*a toutes les actions et tous les jugements de cet homme ou de cette assemblée de la même manière que s'ils étaient les siens propres, à cette fin d'instaurer entre eux une vie paisible et d'être protégés contre les hommes. De cette institution d'un État découlent tous les *droits* et toutes les *facultés* de celui ou de ceux à qui le pouvoir souverain est conféré par le consentement du peuple assemblé.

1. Les sujets ne peuvent changer la forme du gouvernement [...]. En conséquence, ceux qui ont déjà institué un État, étant ainsi liés par le pacte pour entériner les actions et jugements d'un seul, ne peuvent légitimement sans son autorisation passer entre eux un nouveau pacte pour obéir à un autre en quoi que ce soit. [...]
2. Le pouvoir souverain ne peut être perdu parce que le droit de les représenter est donné à celui qu'ils font souverain par le pacte qui les lie l'un à l'autre et non qui lie le souverain à l'un d'eux. [...]
3. Aucun homme ne peut sans injustice protester contre l'institution du souverain proclamé par la majorité ; [...] celui qui n'était pas d'accord doit maintenant se mettre à l'unisson des autres. [...]
4. Parce que chaque sujet est par cette institution l'auteur de tous les actes et de tous les jugements du souverain institué, il s'ensuit que quoi qu'il fasse, il ne peut causer aucun tort à l'un quelconque de ses sujets, ni être accusé d'injustice par l'un d'eux. Car celui qui fait une chose par l'autorité d'un autre, ne fait en cela aucun tort à celui par l'autorité duquel il agit. [...]
5. Quoi que fasse le souverain, il n'est pas punissable par le sujet. [...]
6. Le souverain est juge de ce qui est nécessaire pour la paix et la défense de ses sujets et des doctrines qu'il est bon de leur enseigner. [...]

Ces droits sont indivisibles. Voici les droits qui constituent l'essence de la souveraineté et qui sont les marques par lesquelles un homme peut discerner dans quel homme ou quelle assemblée le pouvoir souverain est établi et réside. Car ces droits sont incommunicables et inséparables.[...]

Le pouvoir et l'honneur des sujets disparaissent en présence du pouvoir souverain. [...]

Le pouvoir souverain doit dans tous les États être absolu. Ainsi il apparaît clairement à mon entendement d'après la Raison et l'Écriture à la fois, que le pouvoir souverain, qu'il soit placé dans un seul homme, comme dans la monarchie, ou dans une assemblée, comme dans les États populaires ou aristocratiques, est aussi grand qu'il est possible d'imaginer que les hommes puissent le faire. Et quoique d'un pouvoir aussi illimité les hommes peuvent tirer de nombreuses conséquences mauvaises, cependant les conséquences de la carence du pouvoir, à savoir la guerre perpétuelle de chaque homme contre son voisin, seraient bien pires.

La liberté des sujets consiste en la liberté issue des pactes. [...] La liberté du sujet est compatible avec le pouvoir illimité du souverain. Cependant nous ne devons pas comprendre que, par une telle liberté, le pouvoir souverain de vie et de mort puisse être aboli ou limité. Car il a déjà été démontré que rien de ce que le représentant souverain puisse faire à un sujet, sous quelque

prétexte que ce soit, ne peut être proprement appelé injustice ou tort ; parce que chaque sujet est l'auteur de chaque acte que fait le souverain. [...] La fonction du souverain (que ce soit un monarque ou une assemblée) consiste en la fin pour laquelle on lui confie le pouvoir souverain, à savoir l'obtention de la *sécurité du peuple*, à laquelle il est obligé par la loi de nature et dont il devra rendre compte à Dieu, l'auteur de cette loi, et à personne d'autre que lui. [...] Si les droits essentiels de la souveraineté [...] sont supprimés, l'État est par là même dissous et chaque homme retourne à la condition et à la calamité d'une guerre avec les autres hommes (ce qui est le mal le plus grand qui puisse survenir dans cette vie). C'est la fonction du souverain de maintenir des droits intacts ; et en conséquence, il est contraire à son devoir, au premier chef, de les transférer à un autre ou de s'en dépouiller. Car celui qui abandonne les moyens abandonne les fins ; et il abandonne les moyens celui qui étant souverain se reconnaît soumis aux lois civiles. [...]

Document n° 2 : John LOCKE, *Deuxième Traité du gouvernement civil* (1690, (extraits))

De l'État et de la société civile

Pour bien comprendre ce qu'est le pouvoir politique et pour remonter à sa source, il faut considérer l'état dans lequel tous les hommes se trouvent naturellement : c'est un état de *parfaite liberté*, là ils règlent leurs actions et disposent de leurs biens et personnes comme ils l'entendent, dans les limites de la loi naturelle, sans demander d'autorisation, ni dépendre d'aucune autre volonté humaine.

C'est aussi un *état d'égalité*, dans lequel tout pouvoir et toute juridiction sont réciproques, personne n'en ayant plus qu'un autre. [...]

J'accorde sans difficulté que le *pouvoir civil* est bien le remède convenable aux inconvénients de l'état de nature. Ceux-ci sont à coup sûr considérables, lorsque les hommes sont juges dans leur propre cause. [...]

Si la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent à tous, du moins chaque homme détient-il un droit de *propriété* sur sa propre *personne* ; et sur elle aucun autre que lui n'a de droit. Par suite, son *travail* personnel et l'*œuvre* de ses mains lui appartiennent en propre. Or, chaque fois qu'il retire une chose quelconque de l'état où l'a mise et laissée la nature, il mêle à cette chose son travail, il y joint donc un élément personnel : par là il s'en acquiert la propriété [...] l'*objet principal de la propriété* n'est plus constitué à présent par les fruits de la terre [...] mais par la *terre elle-même* [...].

[...] la liberté de l'homme, celle d'agir comme il l'entend, se *fonde* sur la possession de la raison qui doit l'instruire de la loi d'après laquelle il doit régler sa conduite, et lui faire connaître la marge d'initiative qui lui est laissée. L'abandonner à une telle liberté sans contrainte, avant qu'il ne puisse se conduire par la raison, ce n'est pas lui reconnaître le droit naturel à la liberté, mais c'est le jeter au milieu des bêtes et le condamner à un état aussi misérable et aussi peu digne d'un homme que le leur. [...] Par naissance [...] l'homme partage avec chacun de ses semblables le même droit à la liberté absolue et à la jouissance illimitée des prérogatives et des privilèges de la loi naturelle. Il a donc, par nature, le droit de protéger sa propriété, c'est-à-dire sa vie, sa liberté et ses biens, contre les injustices et les atteintes des autres hommes. [...]

[...] il n'y a de société politique que là et là seulement où chacun des membres a renoncé à ce pouvoir naturel, et l'a cédé à la communauté pour tous les cas où il ne lui est pas possible de recourir à la loi établie par elle. [...] C'est ainsi que l'État en vient à devenir le pouvoir de fixer le châtement dont il juge convenable de sanctionner les différentes transgressions commises parmi les membres de cette société, ce qui constitue le *pouvoir de faire les lois* : il possède en même temps celui de venger le tort fait à l'un de ses membres par quelqu'un qui ne l'est pas, c'est le pouvoir de paix et de guerre. [...] En conséquence, chaque fois qu'un certain nombre d'hommes, s'unissant pour former une société, renoncent, chacun pour son compte, à leur pouvoir de faire exécuter la loi naturelle et le cèdent à la collectivité, alors et alors seulement naît une société politique ou civile. [...] *Les hommes sortent* donc de l'état de nature et forment une *société civile*, lorsqu'ils instituent un juge qui ait autorité pour régler les litiges et réparer les torts susceptibles d'être faits aux membres de celle-ci. [...] Il est clair, dès lors, que la *monarchie absolue*, considérée par certains comme le seul gouvernement au monde, est en fait *incompatible avec la société civile*, et qu'elle ne peut même pas, par suite, constituer une forme de pouvoir civil. [...]

Dans une société civile personne ne peut se soustraire aux lois qui la régissent. [...]

En effet, si, grâce au consentement de chaque individu, ils ont formé une *communauté*, du même coup ils ont constitué celle-ci en un corps, avec le pouvoir d'agir comme un seul corps, ce qui n'est possible que par la volonté et la décision de la *majorité*. Car ce qui détermine à l'action une communauté, c'est seulement le consentement de ses membres ; et, puisqu'il est nécessaire à ce qui constitue un corps de se mouvoir dans une seule direction à la fois, il est nécessaire que le corps se meuve dans la direction où le porte la plus grande force, c'est-à-dire le *consentement de la majorité*. [...] Ainsi, en convenant avec d'autres de former un corps politique soumis à un gouvernement, chacun s'engage, vis-à-vis de chaque membre de cette société, à se soumettre à la décision de la *majorité* et de se laisser diriger par elle. [...] Et cette délégation de pouvoir résulte de la simple convention de *former une société politique*, qui constitue l'unique *contrat* nécessaire pour que les individus entrent dans un État ou en créent un nouveau. Ainsi, ce qui donne naissance à une *société politique*, ce qui l'institue effectivement, n'est autre que le consentement par lequel un certain nombre d'hommes libres, prêts à accepter le principe majoritaire, acceptent de s'unir pour former un seul corps social. C'est cela et cela seulement qui a pu ou pourrait encore donner naissance à un *gouvernement légitime*. [...] À mon avis, tout homme qui est en possession ou en jouissance d'une partie du territoire d'un État donne, par là, son *consentement tacite*. [...]

Si, dans l'état de nature, l'homme est aussi libre que nous l'avons dit, s'il est maître absolu de sa personne et de ses biens, égal au plus grand et dégagé de toute sujétion, pourquoi renoncerait-il à sa liberté ? Pourquoi abandonnerait-il ce pouvoir suprême, et se soumettrait-il au gouvernement et à l'autorité des autres ? La réponse évidente, c'est que, si, dans l'état de nature, il possède ce droit, il n'est pas pour autant assuré d'en jouir, et de repousser les empiètements des autres auxquels ce droit est constamment exposé. Étant donné que tous sont rois au même titre que lui, que chacun est son égal et que la plupart ne respectent pas strictement l'équité et la justice [...] préfère-t-il finalement quitter cette condition qui, malgré sa liberté, est remplie d'appréhensions et de dangers continuels. Ce n'est donc pas sans raison qu'il cherche et qu'il consent à se joindre à d'autres qui forment déjà une société ou qui projettent d'en former une pour la sauvegarde mutuelle de leurs vies, de leurs libertés et de leurs biens, ce que je nomme, de façon générale, propriété.

Document n° 3 : Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social ou Principes du droit politique* (1762) (extraits)

Chapitre VI – Du pacte social

Je suppose les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent par leur résistance sur les forces que chaque individu peut employer pour ce maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister, et le genre humain périrait s'il ne changeait sa manière d'être.

Or comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen, pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert.

Cette somme de forces ne peut naître que du concours de plusieurs ; mais la force et la liberté de chaque homme étant les premiers instruments de sa conservation, comment les engagera-t-il sans se nuire, et sans négliger les soins qu'il se doit ? Cette difficulté ramenée à mon sujet peut s'énoncer en ces termes :

« Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. » Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution.

Les clauses de ce contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte, que la moindre modification les rendrait vaines et de nul effet ; en sorte que bien qu'elles n'aient peut-être jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues ; jusqu'à ce que, le pacte social étant violé, chacun rentre alors dans ses premiers droits et reprenne sa liberté naturelle, en perdant la liberté conventionnelle pour laquelle il y renonça.

Ces clauses bien entendues se réduisent toutes à une seule, savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté : car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres.

De plus, l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être et nul associé n'a plus rien à réclamer. Car s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre eux et le public, chacun étant en quelque point son propre juge prétendrait bientôt l'être en tous, l'état de nature subsisterait, et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine.

Enfin chacun se donnant à tous ne se donne à personne, et comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a.

Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants. *Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout.*

À l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son *moi* commun, sa vie et sa volonté. Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenait autrefois le nom de *Cité*, et prend maintenant celui de *république* ou de *corps politique*, lequel est appelé par ses membres *État* quand il est passif, *souverain* quand il est actif, *puissance* en le comparant à ses semblables. À l'égard des associés ils prennent collectivement le nom de *peuple*, et s'appellent en particulier *citoyens* comme participants à l'autorité souveraine, et *sujets* comme soumis aux lois de l'État. Mais ces termes se confondent souvent et se prennent l'un pour l'autre ; il suffit de les savoirs distinguer quand ils sont employés dans toute leur précision.

Document n° 4 : André TUNC, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, PUF, 1954, t. 1, § 10-13.

10. – L'histoire du droit constitutionnel sur les territoires de l'Amérique d'où devaient naître les États-Unis se confond dans une large mesure, au départ, avec l'histoire proprement dite.

Les premiers établissements anglais – les établissements espagnols antérieurs ne devaient pas être à l'origine des États-Unis – furent le fait de particuliers ou de sociétés, mais ne furent, en général, effectués qu'en vertu de chartes royales (*nb.* font exception, les établissements de Plymouth, du Rhode Island et du Connecticut). Ainsi, l'établissement de l'île de Roanoke (Caroline du Nord), en 1585, sur l'initiative de Sir Walter Raleigh et de Sir Humphrey Gilbert, et l'établissement du site de Jamestown (Virginie), en 1607, qui fut le premier établissement définitif.

Les raisons qui expliquent la nécessité d'une charte sont bien connues. Les émigrants, tout d'abord, ne peuvent qu'en vertu de l'autorisation royale s'emparer de terres qui appartiendront au Roi ou au Royaume, au risque de conflits avec d'autres Princes. Dès lors, d'autre part, que leur établissement prospérera, il sera nécessaire qu'une autorité y exerce des droits régaliens, tels que celui de rendre la justice, de décider des délits et des peines et peut-être de battre monnaie. Enfin, si les expéditions sont parfois inspirées par des motifs religieux, elles sont parfois aussi des expéditions commerciales, préparées par une compagnie formée à cet effet et qui n'a d'existence et de pouvoir qu'en vertu d'une charte royale.

Les premiers établissements anglais, qui devaient devenir les treize Colonies, puis les treize États originaires, furent le fait de trois catégories de personnes : des « marchands aventuriers », comme on les appelait à l'époque, agissant presque toujours en société, qui ne s'établissaient pas eux-mêmes en Amérique, mais y finançaient l'installation d'un groupe d'hommes ayant charge de leur obtenir des matières premières ; des esprits religieux, appartenant normalement à une minorité, pour qui l'Amérique apparaissait comme un refuge spirituel ; de grands seigneurs, enfin, qui, ayant rendu service au Roi, se faisaient attribuer un territoire en pleine propriété et, en restant habituellement à Londres, s'occupaient ensuite de le peupler et le faire fructifier. Les établissements anglais sont donc le fait d'entreprises privées. La couronne ne semble même pas les avoir activement encouragés. Elle n'intervint que pour conquérir la colonie hollandaise établie à l'embouchure de l'Hudson, et placer ainsi sous l'autorité anglaise les territoires actuels des États de New York, Delaware, New Jersey et Pennsylvanie, reliant en définitive les établissements du nord à ceux du Sud.

11. – Le premier établissement définitif fut, on l’a dit, celui de Jamestown.

En 1606, se formait une *Virginia Company of London*, société par action à responsabilité illimitée (*joint stock enterprise*), dont les associés attendaient qu’elle fit leur fortune en Amérique. Ils espéraient que les hommes qu’elle enverrait là-bas y trouveraient de l’or, et de plus, par les rivières, découvriraient la meilleure route des Indes. La charte que leur accordait Jacques Ier leur concédait la Virginie (nom donné par Sir Walter Raleigh au territoire où il avait accosté en 1585, en l’honneur d’Elizabeth, « la Reine Vierge ») et tous les territoires à l’Ouest, jusqu’à la mer du Sud.

La première expédition de la compagnie – cent vingt hommes sur trois navires – quitta l’Angleterre en décembre 1606. Arrivée au continent en avril 1607, elle remonta un peu la baie de Chesapeake, puis une rivière qu’elle baptisa, en l’honneur du Roi, la James River et, s’arrêtant sur ses bords, fonda Jamestown. Là, le capitaine Newport ouvrit une boîte scellée qui lui avait été confiée, pour y trouver les règles du gouvernement de la colonie.

L’autorité suprême appartenait à un Conseil de Virginie, fonctionnant à Londres sous le contrôle du Roi. Mais des attributions déléguées devaient être exercées sur place par un Conseil local de la Colonie, dont les premiers membres, au nombre de sept, étaient désignés par le Conseil de Londres, et par un Président librement choisi par le Conseil. Parmi les membres du Conseil ainsi nommés se trouvait l’étonnant Capitaine John Smith, à ce moment condamné aux fers et enchaîné dans la cale d’un des navires.

Les débuts de la colonie furent difficiles, parfois tragiques. Le climat, la forêt, les Indiens, rendirent la vie précaire malgré les renforts d’hommes et de vivres envoyés par la Compagnie.

Le désarroi où se trouvait l’établissement après quelques années imposa un régime plus autoritaire et, en 1610, alors que les émigrants s’étaient déjà tous embarqués pour rentrer en Angleterre et mettre fin à une vie devenue atroce, arrivait, avec des vivres, lord Delaware, un Gouverneur énergique envoyé par la Compagnie, près duquel le Conseil local ne jouirait plus désormais que d’un rôle consultatif.

Quelques années plus tard, la culture du tabac commençait à apporter à la colonie une prospérité relative. La Compagnie, libérale, modifia à nouveau le régime politique et autorisa sur place la réunion d’une Chambre des Bourgeois de Virginie. Celle-ci siégea pour la première fois en 1619, dans le chœur de la petite église de Jamestown.

Cependant, les années difficiles n’étaient pas toutes passées. En 1624, la Compagnie, en faillite, se dissout et la Virginie devint une colonie de la Couronne, non sans que les terres aient été distribuées à ses administrateurs et principaux actionnaires. Bien des réformes juridiques tentèrent de donner à la Colonie l’ordre et la prospérité qui lui manquaient. Une seule est vraiment importante : en 1680, à un moment où la Colonie s’était bien développée, le Gouverneur transforma le Conseil local en Chambre Haute, instituant ainsi une sorte de gouvernement parlementaire.

Cette réforme était pourtant loin de donner son autonomie à la Colonie. Les lois votées par les deux Chambres devaient être approuvées par le Conseil de Londres, et celui-ci pouvait prendre spontanément des décisions, sujettes, à vrai dire, au veto des Chambres. De plus et surtout, une visite à Williamsburg, où le gouvernement de la Colonie fut transféré en 1699, renseigne sur l’importance respective des divers pouvoirs, même au XVIIIe siècle. Le Gouverneur réside dans une maison somptueuse, richement meublée et décorée des curiosités rapportées des Indes ou de la vaisselle achetée à Londres ; il se déplace en chaise portée ou en voiture. Les Chambres occupent chacune une moitié de « Capitoll ». Le Conseil du Roi, dont les membres sont nommés par le Roi, siège dans un certain décorum, autour d’une longue table que domine le fauteuil du

gouverneur. La Chambre des Bourgeois se réunit dans une salle très nue. Et si le pouvoir judiciaire est, en première instance, attribué à la Chambre des Bourgeois, puis à des juridictions spéciales où figurent des Bourgeois, il est, en dernier ressort, exercé par la *General Court*, composée du Gouverneur ou de son représentant et de quatre autres membres du Conseil du Roi. Enfin, l'autorité royale sur la Colonie se manifeste aux yeux de tous par l'imposition d'une redevance foncière, le *quitrent*, qui se monte à un shilling par cinquante acres.

12.– Le second établissement permanent, qui devait avoir une grande importance sur le développement des Colonies d'Amérique, puis des États-Unis, fut fondé essentiellement pour répondre à des mobiles spirituels et religieux.

On sait comment les protestants indépendants, les Brownistes ou Séparatistes, plus puritains que les Puritains, persécutés par les Anglicans et les Presbytériens et pour partie réfugiés en Hollande, acceptèrent de former avec des commanditaires une société où ils apportaient pour sept ans les produits de leur travail sur des terres concédées par la Compagnie de Virginie, et comment les « pèlerins » du *Mayflower*, déroutés par les tempêtes, touchèrent terre en 1620 au Cap Cod, et formèrent Plymouth – du nom du port anglais qu'ils avaient quitté –, à 30 kilomètres au sud de l'actuel Boston, à 800 kilomètres au nord de l'endroit où leur débarquement était prévu.

Puisqu'il n'était pas question pour les passagers du *Mayflower* de regagner la Virginie, ils se trouvaient sur une terre libre, sans maîtres, sans chefs, sans obligations. Ils formaient la société utopique de Jean- Jacques Rousseau. Ils éprouvèrent effectivement le besoin de passer un contrat social : avant même de débarquer, les quarante et uns hommes qu'ils comprenaient signèrent un *Covenant* ou *Compact* par lequel ils juraient de rester ensemble et d'obéir aux règles établies par une volonté commune pour le bien commun¹.

L'histoire de l'établissement des « pèlerins » est celle d'un groupe d'hommes courageux, à l'idéal élevé, qui joua un rôle de ferment, mais semble, d'un point de vue matériel, avoir été vaincu par l'adversité. Leur établissement, probablement démocratique – on sait, à vrai dire, tous les germes de tyrannie collective que contient le *Contrat social* et on devine qu'ils ont pu se développer dans une société comme celle des Pèlerins – devait se fondre, en 1691, dans un établissement de gouvernement très autoritaire : la Colonie de la Baie du Massachusetts. Ils n'en avaient pas moins vécu, pendant soixante et un ans, comme une petite république parfaitement autonome, sur un sol dépendant du Roi d'Angleterre.

13.– La Compagnie de la Baie du Massachusetts, fondée en 1629 sur charte royale, et qui s'établit en 1630 sur le territoire qui lui était concédé, était encore composée de dissidents religieux qui s'expatriaient principalement pour prier en liberté, mais ces dissidents étaient des hommes riches, gentilshommes terriens ou marchands prospères, auxquels d'ailleurs se mêlaient des

« marchands aventuriers » intéressés surtout par l'aspect financier de l'expédition.

Ils apportaient sur la terre d'Amérique cet esprit puritain² qui a si fortement marqué une partie de la société des États-Unis et qui semble y avoir été un facteur non négligeable dans le développement du capitalisme.

¹ Il est intéressant de noter qu'en l'espèce, l'idée d'un contrat social n'était pas née des circonstances. C'était une doctrine browniste fondamentale, d'ailleurs fondée sur la doctrine de Calvin lui-même, que, chaque homme ayant pleine liberté et responsabilité en matière religieuse, des Églises ne pouvaient se fonder que par accord entre les hommes partageant les mêmes vues. La doctrine du contrat n'était donc que transportée de l'organisation des Églises à celle de la société, si tant est que les deux doivent être distinguées pour des personnes très religieuses partageant la même foi.

² Le nom de Puritain vient de ce que la secte désignée par ce nom désirait « purifier » l'Église anglicane de toute trace de catholicisme (*popery*).

Leur fortune avait permis à ces réfugiés, plus heureux que les pèlerins du *Mayflower*, de ne dépendre de personne. Ils avaient eux-mêmes souscrit entièrement le capital de leur Compagnie et avaient établi à Boston le siège de celle-ci. Leur esprit puritain leur inspirait une constitution autoritaire. Alors que l'établissement – qui, dès le début, groupait quelque mille immigrants et bientôt plus – aurait dû, en principe, être gouverné par une Assemblée générale (*General Court*), l'ensemble des pouvoirs fut assumé, en réalité, par l'initiateur de l'expédition, l'avocat John Winthrop, et un Conseil de douze assistants. Il fallut des récriminations importantes pour que le Conseil acceptât de ne pas voter d'impôts sans l'assistance de deux délégués de chaque ville. En 1644, l'Assemblée ainsi formée se divisa en deux chambres, l'une formée des assistants du Gouverneur et l'autre des délégués. Mais John Winthrop continua de régner d'une manière aussi tyrannique qu'idéaliste. La présence des délégués des villes parmi les organes publics était d'ailleurs bien loin d'assurer « le gouvernement du peuple par le peuple ». Une loi réservait le droit de vote aux paroissiens pratiquants, et une telle qualification dépendait des ministres du culte. D'une manière plus générale, ceux-ci, à la tête de chacune des congrégations puritaines indépendantes, exerçaient, en fait, une grande autorité sur la communauté dont ils avaient la charge. Le gouvernement de la Colonie est en réalité théocratique. Mais alors que les habitants de Sienne, après avoir proclamé Jésus-Christ roi de leur cité, avaient cru devoir dissoudre tout autre gouvernement, la théocratie de la Baie du Massachusetts s'exerçait par l'intermédiaire d'une oligarchie d'autant plus tyrannique qu'elle était plus sincère.

Il en fut ainsi jusqu'en 1684. À cette date, la révocation de la charte fut prononcée à la demande de Charles II par les tribunaux anglais, pour violation de diverses lois et méconnaissance de l'autorité judiciaire suprême du *Privy Council*. Le Massachusetts devenait, à son tour, une colonie de la Couronne. La mesure était probablement justifiée juridiquement, mais, de toute manière, la Couronne s'inquiétait de l'extraordinaire développement économique et politique de cette Compagnie qui battait monnaie et annexait des territoires.

En 1686, la Couronne établissait un Dominion de Nouvelle Angleterre, qui réunissait le Massachusetts et divers autres établissements dont on va parler : Rhode Island, Connecticut, New York et New Jersey, sous la seule autorité d'un Gouverneur, Sir Edmund Andros, et d'un Conseil nommés par le Roi. La réforme se heurta à l'hostilité silencieuse des administrés, jusqu'au jour où la nouvelle de la Glorieuse Révolution atteint le Dominion. Le prétexte était bon pour mettre en prison, au nom du nouveau Roi, le Gouverneur et le Conseil nommés par Jacques II. Le Dominion n'avait duré que trois ans et chacune des colonies retrouva son organisation.

Document n° 5 : Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, pp. 16-20

3° *Le pouvoir gouverne par la création de l'ordre et du droit.* – Cela tient à ce que le pouvoir est une liberté qui contient de l'ordre en puissance et qui tend à l'exprimer. Les sujets eux-mêmes, étant des hommes libres, n'obéiront volontairement qu'à des prescriptions qui leur paraîtront être conformes à l'ordre. Or, il n'y a pas de pouvoir qui puisse pratiquement se maintenir longtemps par la contrainte pure et se passer de l'obéissance volontaire des sujets. Tout pouvoir qui veut durer est donc obligé de créer un ordre des choses et un droit positif qui ne s'écartent pas du droit naturel au point de pousser ses sujets à la révolte.

Il y a des pouvoirs de plusieurs espèces ; toutes les formes sociales qui se sont succédé dans l'histoire ont eu leur forme de pouvoir. Il y a eu des pouvoirs religieux, des pouvoirs magiques, des pouvoirs politico-économiques et des pouvoirs purement politiques ; il y a eu le pouvoir du chef de horde ou de clan, celui du chef de bandes de chasseurs ou de pillards, celui du

patriarche, celui du roi primitif, celui de la cité antique, celui du baron féodal, celui de l'État moderne.

De grosses questions sont soulevées par la doctrine du pouvoir. Pour les résoudre, il est nécessaire de distinguer le *Pouvoir de droit* et le *Pouvoir de fait*. Le premier a été l'objet d'une construction juridique ; le second n'en a pas été l'objet, et est à l'état de nature. Il semblerait logique de commencer l'étude par le pouvoir de fait, mais, au contraire, il vaut mieux commencer par le pouvoir de droit, parce que, dans les sociétés ordinaires, c'est celui qui a lieu de s'exercer d'une façon à peu près constante, le pouvoir de fait ne faisant que de rares apparitions dans les temps de crise ou de « vacance de légalité ».

LE POUVOIR DE DROIT

La construction juridique du pouvoir de droit

De l'idée que le pouvoir de droit est consenti

Nous le répétons, la doctrine du pouvoir de droit est une construction juridique commode, destinée à pourvoir à beaucoup d'inconvénients, c'est une sorte de *protection avancée* du pouvoir. Mais elle ne va pas au fond des choses, en certains cas, elle doit être suppléée par une autre doctrine fondée sur l'origine première du pouvoir, et que nous rencontrons à propos du pouvoir de fait.

I. *De l'utilité d'une doctrine du pouvoir de droit.* – Il y a dans la matière du pouvoir deux grosses questions : l'une est celle de savoir en vertu de quoi le pouvoir a le droit de commander ; l'autre, qui est aussi embarrassante, est de savoir, dans un groupe donné, qui aura le droit de commander

? D'un point de vue pratique, c'est même la solution de la seconde question qui est la plus urgente, et c'est à cause d'elle que la construction juridique du pouvoir de droit a été édifiée. On s'est très vite rendu compte, en effet, que le choix des chefs ne pouvait pas rester une question de fait et qu'il fallait en faire une question de droit.

Déclarer que le chef serait le plus apte, le plus fort, le plus compétent, c'eût été poser la question *en fait*, provoquer immédiatement de nombreuses compétitions dans le groupe, rendre précaire la situation du chef installé en fait, l'exposer à être renversé à n'importe quel moment... Par conséquent, c'eût été laisser le groupe en proie à des luttes intestines et l'exposer à la pire instabilité.

Il fallait poser la question *en droit*, créer d'une façon artificielle un lien juridique entre une institution acceptée de tous et le pouvoir d'un homme, qui serait le chef en vertu de cette institution. Ainsi, le chef serait désigné par une sorte de mécanisme juridique, le signe du droit se poserait sur son front ; il n'y aurait plus de compétitions, ou, du moins, elles deviendraient des révoltes criminelles, et le groupe jouirait d'une certaine stabilité.

Nombreuses et variées sont les institutions qui ont été employées à cet effet, selon les temps et selon les lieux. Nous n'avons pas le loisir de les passer toutes en revue. Nous nous bornerons à rappeler la série des institutions au nom desquelles on a successivement gouverné la France depuis le moyen âge.

On a gouverné d'abord au nom de la Couronne. Celle-ci avait été déposée à la fin du X^e siècle dans la famille des Capétiens, qui ont très vite su en requérir la possession héréditaire. C'était donc la transmission héréditaire de cette couronne, au sein d'une famille déterminée qui désignait à chaque génération le nouveau roi. Au reste, les règles de la transmission se précisèrent au cours des âges. Mais l'institution fondamentale fut la couronne dans une famille royale. Au XVI^e siècle, à côté de l'institution de la couronne, apparut celle de l'État, mais le gouvernement de l'État ne cessa point d'être attribué par la dévolution héréditaire de la couronne au sein de la famille royale. À partir de la Révolution de 1789, l'institution de la Couronne disparaît avec la

famille royale ; le pouvoir est attribué désormais au nom de l'institution de l'État ou même au nom de la Nation ou du peuple, et l'institution est assez forte pour éviter les compétitions.

L'attribution du pouvoir n'ayant pas cessé d'être une question de droit, par là, et en un premier sens, il est un pouvoir de droit ; il l'est aussi en un second sens, parce que lui-même il est consenti, mais il convient de voir de quelle façon.

II. *Comment le pouvoir de droit est consenti et du fait qu'il est exercé au nom d'une institution par un représentant de celle-ci.* – L'idée que le pouvoir de droit est consenti et que la base de l'autorité des gouvernants est dans le consentement des gouvernés est peut-être aussi vieille que le monde. Elle est familière aux théologiens du moyen âge, et elle a été inscrite en tête de la déclaration d'indépendance des États-Unis (cf. Harold Laski, *Authority in the modern state*, Londres, 1919).

Il s'agit, bien entendu, d'un consentement coutumier, le même qui se trouve à la base de l'État, parce qu'il est à la base de toutes les institutions. [...]

Le pouvoir de droit est consenti, mais, d'une façon indirecte, et non pas d'une façon directe. Ce qui est directement accepté et consenti par les sujets, c'est l'institution à laquelle il est lié et au nom de laquelle il est exercé ; c'est, par exemple, l'institution de la Couronne ou celle de l'État. On peut dire que c'est la souche du pouvoir qui est accepté.

En réalité, le pouvoir est accepté *en qualité de représentant de l'institution fondamentale*. La construction juridique du pouvoir de droit répugne au pouvoir personnel ; elle conduit tout droit au régime représentatif, avec cette particularité que le chef, primitivement, ne représente pas le groupe, mais l'institution gouvernementale du groupe.

Dans les royaumes du moyen âge, le pouvoir royal est exercé par le roi, non pas en son propre nom, mais *au nom de la couronne* considérée comme l'institution du *regnum*, sphère du gouvernement royal.

En France, la couronne symbolisait l'idée du royaume de France. Les droits du roi étaient ceux de la couronne ; le domaine royal était celui de la couronne ; les fiefs des grands vassaux relevaient de la couronne. La couronne n'était pas l'institution de l'État, mais elle y conduisait ; c'était l'État vu comme sphère du gouvernement royal. Cette vue n'était pas prise du côté de la nation ; elle l'était du côté du gouvernement, mais elle embrassait les mêmes intérêts et présentait les mêmes garanties de durée. Lorsque, plus tard, l'idée de l'État se dégagait de celle de la couronne et que, derrière l'État, on entrevit la nation, le pouvoir fut exercé au nom de l'État ou au nom de la nation, c'est-à-dire au nom du groupe. Mais, au point de vue du droit, l'État est l'institution au nom de laquelle le pouvoir de droit est le plus communément exercé.

Document n° 6 : Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1960, rééd. LGDJ, 1999, p. 304

L'auto-obligation (Selbstverpflichtung) de l'État ; l'État de droit

Selon la doctrine traditionnelle, L'État, qui existerait comme une réalité sociale indépendamment du droit, commencerait par créer le droit, puis se soumettrait ensuite à ce droit – pour ainsi dire de sa libre volonté. Et c'est alors seulement qu'il serait un État de droit. C'est ce processus qu'elle appelle l'« auto-obligation de l'État » (*Selbstverpflichtung des Staates*).

Contre la conception traditionnelle, il faut observer tout d'abord qu'il est impossible de penser un État qui ne soit pas soumis au droit. Car l'État n'existe que dans [...] des actes accomplis par

des êtres humains et qui sont attribués à l'État en tant que personne juridique. Et semblable attribution n'est possible que sur la base de normes juridiques qui définissent et règlent ces actes d'une façon spécifique. Dire que l'État crée le droit, c'est seulement dire que des hommes dont les actes sont attribués à l'État en vertu du droit créent le droit. Ce qui signifie que le droit règle sa propre création³. Un processus par lequel un État qui précéderait le droit dans son existence créerait ce droit ne se rencontre pas et ne peut pas se rencontrer. Ce n'est pas l'État qui se soumet au droit créé par lui ; c'est le droit qui règle la conduite d'êtres humains – et en particulier leurs actes qui ont pour objet la création du droit – et qui par là se soumet ces hommes.

On ne pourrait parler d'une auto-obligation de l'État qu'en ce sens que les obligations et les droits qui sont attribués à la personne État sont établis précisément par l'ordre juridique dont cette personne État est la personnification [...].

Dès lors que l'on reconnaît que l'État est un ordre juridique, tout État est un État de droit, et ce terme d'État de droit représente un pléonasme⁴. En fait, cependant, on l'emploie pour désigner un type d'État particulier, qui répond aux postulats de la démocratie et de la sécurité juridique. En ce sens spécifique, l'« État de droit » est un ordre juridique relativement centralisé qui présente les traits suivants : la juridiction et l'administration y sont liées par des lois, c'est-à-dire par des normes générales qui sont décidées par un parlement élu par le peuple, avec ou sans la collaboration d'un chef d'État qui est placé à la tête du gouvernement ; les membres du gouvernement y sont responsables de leurs actes ; les tribunaux y sont indépendants ; et les citoyens s'y voient garantir certains droits de liberté, en particulier la liberté de conscience et de croyance, et la liberté d'exprimer leurs opinions.

³ Ainsi, si on dit que l'État crée le droit, il faut plutôt dire que certaines règles de droit dictent les conditions dans lesquelles certains individus pourront édicter de nouvelles règles de droit au nom de l'État : des règles de droit posent donc les conditions de l'édition de nouvelles règles de droit : « le droit règle sa propre création ».

⁴ Le droit pose les conditions dans lesquelles on peut édicter des règles juridiques nouvelles au nom de l'État. En théorie il n'y a ainsi aucun pouvoir d'adoption de normes juridiques nouvelles qui ne soit pas préalablement déterminé par le droit. On ne peut donc jamais accomplir au nom de l'État que ce que le droit autorise à faire : « tout État est un État de droit ».

Document n°7 : Benjamin CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* (1819) (extraits)

Demandez-vous d'abord, Messieurs, ce que [signifie] de nos jours (...) le mot de liberté.

C'est pour chacun le droit de n'être soumis de n'être ni arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité d'aucune manière, par l'effet de la volonté arbitraire d'un ou de plusieurs individus. C'est pour chacun le droit de dire son opinion, (...) de disposer de sa propriété, (...) de se réunir à d'autres individus, (...) et d'influer sur l'administration du gouvernement. (...).

Le but des anciens était le partage du pouvoir social entre tous les citoyens d'une même patrie : c'était là ce qu'ils nommaient liberté. Le but des modernes est la sécurité dans les jouissances privées ; et ils nomment liberté les garanties accordées par les institutions à ces jouissances. (...)

De là vint, Messieurs, la nécessité du système représentatif. Le système représentatif n'est autre chose qu'une organisation à l'aide de laquelle une nation se décharge sur quelques individus de ce qu'elle ne peut pas ou ne veut pas faire elle-même. (...) Le système représentatif est une procuration donnée à un certain nombre d'hommes par la masse du peuple, qui veut que ses intérêts soient défendus, et qui néanmoins n'a pas le temps de les défendre toujours lui-même. (...). Le danger de la liberté moderne, c'est qu'absorbés dans la jouissance de notre indépendance privée, et dans la poursuite de nos intérêts particuliers, nous ne renoncions trop facilement à notre droit de partage dans le pouvoir politique.