

Richard Tuck, *Natural Rights Theories : Their origin and development* [Théories des droits naturels : Leur origine et leur développement] (Cambridge University Press, 1979)

Tuck s'ouvre sur le statut étrange de l'idée des droits naturels aujourd'hui : « Le langage des droits de l'homme joue un rôle de plus en plus important dans le débat politique normal, alors que les philosophes politiques universitaires le trouvent dans l'ensemble un mode de discours insaisissable et inutile. » (p. 1) L'explication de Tuck est encore plus étrange. Il voit un problème dans l'argument « que d'avoir un droit est simplement d'être le bénéficiaire du devoir de quelqu'un d'autre, et que toutes les propositions impliquant des droits sont directement traduisibles en propositions impliquant des devoirs. » Cela signifie, et c'est ce qu'il considère comme le problème, que « le langage des droits n'est pas pertinent, et que parler de « droits de l'homme » revient simplement à soulever la question des types de devoirs que nous avons envers d'autres êtres humains, plutôt qu'à nous fournir des idées morales indépendantes ». Comme il le dit de manière plus complète quelques pages plus loin :

Le problème notoire de cette théorie... est qu'elle semble... rendre le langage des droits sans objet. Si tout droit peut être complètement exprimé comme un ensemble plus ou moins complexe de devoirs des autres personnes envers le détenteur du droit, et que ces devoirs peuvent à leur tour être expliqués en termes de principe moral d'ordre supérieur, alors l'intérêt d'un langage distinct des droits semble avoir été perdu, et avec lui la force explicative ou justificative que possède la référence aux droits. (p. 6)

Mais pourquoi est-ce *vraiment* un problème pour Tuck ? Si les droits peuvent être définis et expliqués en termes de devoirs de quelqu'un d'autre envers la personne ayant un droit, et si, inversement, les devoirs de quelqu'un peuvent être définis et expliqués en termes de droit de quelqu'un d'autre, parce que c'est juste une question de savoir si vous commencez avec l'idée d'un droit et définissez le devoir à partir de celui-ci, ou si vous commencez avec l'idée de devoir et définissez un droit à partir de celui-ci, pourquoi est-ce un problème pour les droits et non un problème pour les devoirs ? En outre, le fait que l'un puisse être défini à partir de l'autre ne fait pas disparaître leur réalité. Par exemple, ils pourraient être décrits dans un catalogue de droits ou de devoirs. Le problème de Tuck doit être vu à partir de son autre point, à savoir que « ces devoirs peuvent à leur tour être expliqués en termes de quelque principe moral d'ordre supérieur. » Pourquoi n'a-t-il pas mentionné l'inverse, à savoir que si les devoirs sont définis en termes de droits, et que les droits sont ensuite définis en termes d'un principe d'ordre supérieur, alors le statut spécial de ces termes disparaîtrait également ? La réponse se trouve dans la manière dont les droits ont historiquement joué un rôle spécial dans les théories politiques, contrairement aux devoirs.

Considérons d'abord le cas négatif. Plutôt que de recourir à un principe moral supérieur pour donner un sens aux droits, le principe d'ordre supérieur est plutôt donné comme point de départ. Moïse présente un ensemble de lois à un peuple et lui dit que ce sont les commandements divins selon lesquels il doit organiser sa vie. L'obligation morale est envers Dieu, et la norme (la volonté de Dieu) transcende la société. Les spécificités de la loi, cependant, précisent les obligations relatives à la conduite des personnes à l'égard d'autres personnes, créant ainsi des devoirs, et ces devoirs peuvent être

exprimés en tant que droits des personnes à qui les devoirs sont dus. Les devoirs et les droits sont réels, et ils ont aussi leur explication. Il est parfois plus commode de parler de droits ou de devoirs.

Considérons maintenant un cas positif. Les personnes en état de nature, c'est-à-dire qui ne sont pas en état de société, ont une liberté totale. Personne n'a de droit sur eux, ni sur ce qu'ils possèdent. Mais il n'existe aucun frein au comportement des autres pour empêcher une personne d'en attaquer, d'en voler ou d'en tuer une autre. Pour résoudre ce problème, les gens se rassemblent et renoncent à une partie de leur liberté en la cédant à un gouvernement qui impose ensuite l'ordre et laisse se développer une société avec tous ses avantages. Le gouvernement gouverne en vertu d'un facteur auquel les gens ont renoncé et qu'ils ont cédé au gouvernement. Cette liberté à laquelle les gens renoncent en partie est une forme de droit originel. Parce qu'ils l'avaient avant de l'abandonner pour former le gouvernement, et parce que la loi, imposant des devoirs, n'est apparue qu'avec la formation du gouvernement, cela signifie que les droits étaient une possession originelle de l'homme, avant l'existence de la loi et des devoirs. Les droits, donc, peuvent exister sans devoirs, et ne peuvent donc pas être définis par des devoirs. Ces droits constituent d'ailleurs une sorte de capital moral que les hommes ont utilisé pour mettre en place un ordre social qu'ils ont eux-mêmes créé à partir de leurs propres ressources. Cela montre que c'est une idée particulière des droits et une théorie politique particulière de l'ordre social fondée sur l'initiative et les ressources purement humaines qui sont mises en danger lorsque les droits sont expliqués en termes de devoirs et vice versa. C'est cette idée humaniste que Tuck veut préserver. Sa question est donc de savoir s'il peut le faire avec une théorie des droits. Une théorie des droits peut-elle éviter la convertibilité des droits et des devoirs ?

Développements médiévaux

Pour explorer ce problème, Tuck affirme que deux périodes sont particulièrement importantes dans la formation du langage des droits. L'une est le haut et le bas Moyen Âge, et l'autre la période allant de Grotius à Locke. Pour commencer, Tuck doute que le droit romain ait même eu le concept de droits tel que nous l'utilisons. Mais la terminologie du droit a subi une transformation au cours de la période médiévale. Ce qui a créé le problème plus que tout, c'est une nouvelle situation sociale extrêmement complexe. « Un grand réseau de sous-infeudations, d'infeudations mutuelles et ainsi de suite couvrait l'Europe ». Les obligations complexes entrecroisées créées par ce système étiraient le sens des anciens termes juridiques pour les exprimer. Au début du XIII^e siècle, « le processus selon lequel tous les droits d'un homme, de quelque nature qu'ils soient, devaient être considérés comme sa propriété, avait commencé. »

Sans suivre tous les méandres du développement des concepts juridiques médiévaux, un point clé a été atteint dans la théorie développée par Jean Gerson à Paris. Il s'agit de la description du *ius* comme *facultas*, du droit comme capacité.

Dans le processus, cependant, il a été en mesure d'effectuer un autre mouvement de grande importance. J'ai déjà souligné que pour les Romains et les premiers juristes médiévaux, la liberté ne pouvait être un *ius*, un *droit*. Les Romains avaient en effet opposé la *libertas* au *ius*, et souligné son caractère naturel, non moral. ... Mais en affirmant que le *ius* était une *facultas*, Gerson a pu assimiler *ius* et *libertas*. ... « Le *ius* est une faculté ou un pouvoir

approprié à quelqu'un et conforme aux exigences de la bonne raison. Libertas est une facultas de la raison et de la volonté vers toute possibilité choisie... »

Il a pu aller plus loin, et traiter la liberté comme une sorte de *dominium*, lorsqu'il en est venu à appliquer son analyse du *ius* au problème du *dominium* naturel. (pp. 26-27)

L'école nominaliste parisienne a développé la théorie après Gerson. John Major a souligné le conséquent selon lequel « en un sens, la propriété privée était naturelle. Étant donné que le *dominium* était simplement le *ius* d'utiliser quelque chose, il se peut que la manière la plus efficace d'utiliser quelque chose soit de se l'approprier de manière privée : il n'y avait donc pas de rupture catégorique à cet égard entre l'état d'innocence sous la loi de la nature et l'époque actuelle. » (p. 28.)

Il sera utile de faire apparaître plus clairement l'image sociale concrète qu'impliquent ces termes juridiques. Le droit romain a accompagné un mythe particulier de l'origine du droit et de la société. Ce mythe a probablement été inventé bien après l'introduction des codes de loi. Nous l'apprenons dans quelques passages de Cicéron, dont celui du *De Inventione* cité ici.

Il fut un temps où les hommes erraient en liberté dans les champs comme des animaux et vivaient de produits sauvages ; ils ne faisaient rien sous l'impulsion de la raison, mais se fiaient principalement à la force physique ; il n'y avait pas encore de système ordonné de culte religieux ni de devoirs sociaux ; personne n'avait vu de mariage légitime, personne n'avait regardé les enfants qu'il savait être les siens et personne n'avait appris les avantages d'un code de loi équitable... C'est à ce moment-là qu'un homme – grand et sage, j'en suis sûr – prit conscience de la puissance latente de l'homme et du vaste champ offert par son esprit pour de grandes réalisations s'il pouvait une fois développer cette puissance et l'améliorer par l'instruction. Les hommes étaient éparpillés dans les champs et cachés dans les retraites sylvestres lorsqu'il les a rassemblés et réunis selon un plan ; il les a initiés à toute occupation utile et honorable, bien qu'ils aient d'abord crié contre elle à cause de sa nouveauté, puis lorsque, grâce à sa raison et à son éloquence, ils l'ont écoutée avec plus d'attention, il les a transformés en un peuple gentil et doux. (Cité dans Tuck, p. 33)

Il n'y a dans ce récit aucun droit ou liberté primitif ou naturel, ni aucune référence à une quelconque chose de ce genre qui serait cédée à une autorité centrale afin de constituer une société. Dans le concept romain, les droits ne pouvaient exister que comme produit de la loi ou des contrats reconnus par la loi, et la loi ne pouvait exister que dans la société. La société devait donc être formée avant que ces choses n'existent. Avant la société, l'homme existait à l'état animal. L'esprit antique avait du mal à concevoir les gens comme des êtres humains en dehors de la société. Il y a aussi une naïveté du langage dans cette description. D'une certaine manière, avant que la société n'existe, ses caractéristiques pouvaient être décrites aux gens et leur faire concevoir ses possibilités. Nous, les modernes, dont l'éducation comprend l'apprentissage des langues et l'apprentissage de la connaissance des autres cultures à travers leur littérature dans leurs propres langues, sommes beaucoup plus conscients de la charge culturelle du langage et de l'impossibilité d'un langage pré-culturel.

En comparaison, Gerson ne pouvait pas considérer l'homme comme existant naturellement dans un état animal, mais devait christianiser la conception avec les propriétés créatives que l'homme a reçues de son créateur. Par conséquent, l'homme primitif dans cet état de nature préhistorique était considéré

comme un être humain et des choses comme les droits pouvaient plus facilement être attribuées à l'homme primitif. Mais Gerson va plus loin, car pour lui l'état de nature n'est pas le véritable état originel, mais avant cela il y avait l'état d'innocence, qui est le véritable état naturel et la condition de l'homme dans laquelle il faut chercher une compréhension de quelque chose comme les droits naturels de l'homme.

Il existe un *dominium* naturel, don de Dieu, par lequel chaque créature a un *ius* directement de Dieu pour prendre les choses inférieures à son propre usage pour sa propre conservation. Chacune a ce droit comme résultat d'une justice équitable et irrévocable, maintenue dans sa pureté originelle, ou intégrité naturelle. C'est ainsi qu'Adam a le *dominium* sur les oiseaux du ciel A ce *dominium*, on peut aussi assimiler le *dominium* de la liberté, qui est une *facultas* non restreinte donnée par Dieu..... (Cité dans Tuck p. 27)

En outre, les médiévaux avaient tendance à considérer ces choses à la lumière d'Adam tel qu'il était avant l'arrivée d'Eve, de sorte qu'il n'y avait pas de société humaine du tout, bien qu'à certains égards, Gerson ait considéré Dieu et l'homme dans des relations juridiques. Le concept de droits naturels est donc un concept chrétien qui était inconcevable sous le paganisme. Le contexte de ces droits, cependant, ne se situe pas dans l'état de nature pré-culturel et animal conçu par les païens, mais dans un ordre créé. En d'autres termes, il s'agit d'un concept chrétien dans la mesure où il est une invention chrétienne, mais il a été inventé pour expliciter le langage juridique hérité du droit romain, qui avait été étiré pour couvrir de nouvelles conditions.

L'humanisme de la Renaissance

Tuck veut d'abord souligner la simultanéité des origines de plusieurs vecteurs du développement juridique, même s'il devra les aborder en série.

À Wittenburg, en 1515-16, Martin Luther rédigeait une critique de la théologie de Gerson dans ses notes marginales sur les sermons de Tauler et préparait ses conférences séminales sur l'épître de Paul aux Romains. À Paris même, Francisco de Vitoria, le créateur de la nouvelle scolastique qui allait dominer l'Europe catholique au seizième siècle, fut étudiant de 1507 à 1522 ; tandis que c'est au cours des dix années de 1508 à 1518 que furent composés ou publiés les ouvrages fondamentaux et les plus significatifs de la jurisprudence de la Renaissance. (p. 32)

Ce sont les « idées des humanistes juridiques » qui ont été l'élément clé, pense Tuck, et « ont été reprises par Vitoria et ses disciples, mais elles ont également été reprises par les intellectuels réformés du milieu du siècle, en particulier les calvinistes. À un niveau très profond, l'attitude avec laquelle les catholiques et les calvinistes affrontaient le monde à cette époque était la même, et à un niveau beaucoup plus superficiel, certains de leurs arguments explicites étaient presque identiques. Cependant, le calviniste était généralement un bien meilleur humaniste. » En quoi le calviniste était-il un meilleur humaniste ? Nous l'expliquerons à la fin de cette section, mais en nuanciant le propos de Tuck.

L'humanisme de la Renaissance a marqué un tournant majeur dans les théories juridiques. D'une part, il a incarné les idées culturelles des cités-États d'Italie et d'autre part, il a cherché un modèle dans la culture classique.

En raison de leurs origines intellectuelles, les juristes humanistes ont trouvé qu'il était pratiquement impossible de parler de droits naturels, et extrêmement difficile de parler de droits *tout court*. Ce qui était important pour eux, ce n'était pas le droit naturel mais le droit construit par l'homme ; pas les droits naturels mais les recours civils. (p. 33)

Tuck cite Andrea Brezi comme étant typique de beaucoup lorsqu'il dit que l'éloquence peut « rassembler des hommes qui, à l'origine, comme des bêtes, erraient isolés dans les champs et n'étaient liés par aucune loi, et les amener de la brutalité et de la barbarie à l'humanité et à la culture. »

Dans cette image, il y avait un mépris pour la nature non savante, et ce mépris laissait peu de place à une théorie traditionnelle de la loi naturelle comme révélant les préceptes nécessaires de la moralité à tous les hommes (comme chez Thomas d'Aquin et, en fait, chez pratiquement tous les théoriciens médiévaux). Au contraire, les humanistes s'intéressaient principalement aux lois que les sociétés humaines s'imposaient à elles-mêmes – le *ius gentium* plutôt que le *ius naturale*. Les remarques d'Ulpian... selon lesquelles le *ius naturale* était « ce que la nature enseigne à tous les animaux » s'inscrivaient dans cette optique, car elles soulignaient le caractère *brutal* de l'homme pré-civil. (p. 34)

Bien sûr, nous sommes de retour à la perspective païenne de la condition pré-civile. De toutes les disciplines de la Renaissance, c'est peut-être le droit qui est revenu le plus à la vision classique, ce qui semble avoir automatiquement écarté le concept de droit naturel. Il restait cependant un *ius naturale* de faible niveau. Certains penseurs juridiques l'ont même rejeté. « Valla se demande en effet si un tel état peut être décrit correctement en termes de *ius* du tout. ... Cela allait trop loin pour la plupart de ses successeurs, qui soutenaient plutôt que les incitations naturelles de l'homme étaient un *ius naturale* dans la mesure où elles étaient moralement permises, mais ils étaient d'accord avec lui pour dire que c'était le *ius gentium* qui était vraiment intéressant. » (p. 34)

Le passage du *ius gentium* au *ius civile* s'est poursuivi « car sous le *ius gentium* on ne pouvait avoir recours qu'aux jugements incertains et arbitraires des rois primitifs. Sous le *ius civile*, par contre, tout (y compris les magistrats) était régi par une loi fixe. ... Il n'y avait là aucune idée de contrat social, simplement parce que les promesses prenaient leur force de leur convenance pour l'homme social, tout comme la propriété. L'homme naturel n'avait rien à contracter : pas de *dominium* et pas de droits à renoncer ou à transférer. » (p. 37)

Mario Salamonio a défini le droit civil comme un contrat entre les personnes, tandis que « le *ius naturale* était simplement ce que la nature enseignait à tous les animaux (y compris l'autodéfense), et que les relations morales telles que l'obligation de tenir des promesses venaient avec le *ius gentium* ». Cela a créé sa propre idée des frontières. « Les lois sous forme de pactes sociaux étaient nécessaires à la survie de la société, et il était insensé que quelqu'un soit dans une position où il puisse menacer la société. Par conséquent, tout prince qui s'écarte de la loi convenue devient un tyran, et peut honorablement être tué. » (p. 38) Il y avait donc l'idée d'un pacte social qui imposait des implications

logiques pour les conditions de son existence, bien que cette situation nécessaire ne soit pas pensée comme une loi naturelle.

Pour le juriste humaniste, tous les droits étaient des droits civils, et ceux-ci étaient pensés en relation avec les devoirs que les droits imposaient aux autres, et qui pouvaient être appliqués en recourant aux tribunaux civils. Ainsi, l'idée d'un droit était la capacité de forcer les autres à le respecter par le biais d'une action civile.

Les juristes humanistes réformés formaient un groupe d'intérêt et un type de pensée distincts.

[François] Hotman est le plus célèbre dans l'histoire générale de la pensée politique pour ses contributions à la création d'une théorie de la résistance calviniste dans les années 1560 et 1570. La relation entre les idées des juristes humanistes et celles des propagandistes huguenots est complexe mais importante. Beaucoup de calvinistes (comme Beza) ont été formés dans les écoles de droit présidées par des hommes comme Alciato, et leurs idées fondamentales ont sans aucun doute été tirées de cet environnement. Cela explique, entre autres, leur réticence notable à parler de la loi de la nature comme fondement de leur théorie de la résistance – elle occupe une place extrêmement subsidiaire dans tous les ouvrages majeurs – et leurs croyances réitérées dans les pactes entre le roi et le peuple. Cela explique aussi l'accent mis sur le rôle des petits magistrats comme seuls habilités à résister à un prince, introduit par les penseurs luthériens des années 1540 et développé par les calvinistes dans les années 1550 : en effet, si ce qui importe dans un droit ou un contrat, c'est l'action qui y est attachée, alors le rôle du juge comme exécuteur privilégié de la loi est bien vital. C'était après tout un principe fondamental du droit romain que l'action unilatérale pour faire valoir un droit entraînait sa perte : un plaignant devait passer par un juge. (p. 42)

Mais les humanistes réformés étaient également différents, car « les calvinistes ont insufflé à leur humanisme un sens aigu de la toute-puissance de Dieu et de son rôle dans les affaires humaines ». Tout en acceptant le récit païen du passage de l'état de nature à un état social, ils réinterprètent la nature de ce changement. Par exemple, le *De Iure Regni apud Scotus* « admet que l'image humaniste d'une époque ' où les hommes vivaient dans des huttes et des grottes, et erraient dans les environs sans lois ni habitations fixes ' est essentiellement vraie », mais ils ont quitté cet état sur ordre de Dieu. « Le *De Iure Regni* nie que les hommes construisent des institutions politiques pour leur propre bénéfice : leur vie politique est un don direct de Dieu, sans pour autant être pleinement naturelle pour eux (c'est-à-dire coexistante avec eux). Cela devait rester un trait fondamental de la pensée politique calviniste, pour se retrouver dans les grandes œuvres des calvinistes britanniques du XVIIe siècle, comme Rutherford. » (p. 43) Des auteurs antérieurs comme Knox, Goodman et Ponet, selon Tuck, « avaient considéré que la vie politique était la création directe de Dieu après le déluge », mais Buchanan, dans son *De Iure Regni*, a modifié cela dans un sens humaniste. (p. 43)

Ces « calvinistes ne proposaient pas une théorie des droits naturels et, en fait, n'étaient pas particulièrement concernés par la notion de droit. Comme les humanistes, les recours constitutionnels spécifiques étaient au centre de leurs préoccupations. » Ainsi, si les calvinistes ultérieurs ont commencé par le modèle essentiellement païen, non biblique et non historique de l'état de nature, c'est le mandat de Dieu qui introduit le gouvernement civil. Ils pouvaient donc concilier leurs idées avec Romains 13

qui enseigne que tous les pouvoirs sont institués par Dieu. Ce que Dieu institue, cependant, est un système constitutionnel et non une royauté absolue de droit divin. Cela permet un recours à la loi pour se défendre contre des gouvernants injustes.

Une nouvelle influence est apparue à la fin du XVI^e siècle. Tuck n'explique pas vraiment comment cela s'est produit, mais une sorte d'aristotélisme modifié a pris le dessus. Il s'agissait « d'un aristotélisme humaniste, un aristotélisme de la Renaissance, dont les racines se trouvent dans l'étude d'Aristote à la Renaissance en Italie ». (p. 44) Il continuait cependant à faire largement appel à l'idée d'état de nature de Cicéron. Ce nouvel aristotélisme présentait une divergence entre les versions catholique romaine et protestante, le traitement catholique des droits de propriété étant inclus dans la justice commutative comme dans la scolastique médiévale, tandis que la justice distributive n'impliquait ni propriété ni droits. « Les aristotéliens protestants, en revanche, ont traité les deux branches de la justice de la même manière, et avec une plus grande fidélité à l'Aristote historique. Dans leurs traités ... nous trouvons que la justice commutative est traitée comme une extension de la justice distributive : elle consistait dans les principes par lesquels on pouvait arriver à une distribution équitable des biens par l'échange sans qu'une partie de la race humaine soit finalement privée de tout. Il n'était pas question de droits primaires, ni de *dominium* comme quelque chose de fondamental à partir duquel les règles de justice devaient être élaborées : tout était une question de convenance sociale.... ». (p. 45)

Entre-temps, Francisco de Vitoria était rentré en Espagne et faisait revivre le thomisme. Vitoria définit le *ius* comme « ce qui est permis par la loi » et, contrairement aux nominalistes comme Gerson, il distingue le *ius* du *dominium*. Mais cela entrainait en collision avec l'intention de restaurer l'Aquinisme. « Il est pratiquement impossible de combiner un concept de propriété de la Renaissance, avec sa distinction stricte entre *dominium* et usufruit, avec le thomisme. Le concept de la Renaissance appartenait à une théorie dans laquelle la vie naturelle de l'homme était sans droit et donc sans propriété, tandis que le thomiste croyait que par nature l'homme possédait certains droits limités..... Néanmoins, les dominicains espagnols ont continué à tenter une telle combinaison. Mais ils insistaient toujours sur le caractère *limité* des droits naturels de l'homme.

« L'accent mis dans un contexte thomiste sur les limites de ce que les hommes étaient autorisés à faire était la caractéristique centrale de la théorie dominicaine espagnole. » Un résultat pratique majeur était que les gens ne pouvaient pas s'asservir eux-mêmes, sauf dans des circonstances très limitées. « Pour un gersonien, la liberté était une propriété et pouvait donc être échangée de la même manière et dans les mêmes conditions que les autres biens ; pour un vitorien, elle ne l'était pas et ne pouvait pas l'être. » (p. 49) Cela rendait le commerce des esclaves africains juridiquement très douteux, car il était peu probable que les conditions légales de l'esclavage aient été remplies.

Plus tard au XVI^e siècle, au moment ou juste après que le nouvel aristotélisme humaniste gagne en popularité, un nouveau mouvement apparaît également. Il était fondé sur des idées de libre arbitre analogues à l'arminianisme et avait pour centre l'université de Louvain aux Pays-Bas. Ce nouveau mouvement a séduit les Jésuites. Le penseur le plus important de cette école était Luis de Molina, qui voyait un *ius* « en termes de caractéristiques de disposition de son possesseur : ' si quelqu'un demande

ce qu'est réellement ce *ius* ou *facultas* dont j'ai parlé, je répondrai qu'il n'est rien d'autre qu'une disposition, ou une relation de la personne qui le possède à la chose à laquelle a la *facultas* » ». (p. 53) « [C]ette théorie impliquait une image de l'homme en tant qu'être libre et indépendant, prenant ses propres décisions et étant tenu de les respecter, sur des questions touchant à la fois à son bien-être physique et spirituel » et « elle n'accordait que peu ou pas d'attention aux subtilités de l'humanisme ». (p. 54) La dernière figure à se manifester fut Francisco Suarez qui fit « une sorte de synthèse du molinisme et du thomisme vitorien, mais en mettant l'accent sur Molina ». Cette synthèse comprenait également l'idée d'un esclavage volontaire, qui pouvait être contracté par un peuple entier aussi bien que par un individu. « Une défense de l'esclavage par la théorie des droits naturels devenait dans les mains de Suarez une défense similaire de l'absolutisme. » (p. 56)

Contrairement à ces mouvements de Vitoria à Suarez, les théories juridiques protestantes ont collé beaucoup plus près de la théorie juridique humaniste de la Renaissance. C'est ce que Tuck entend par « le calviniste était généralement, cependant, un bien meilleur humaniste. » Le « calviniste », cependant, n'a pas suivi l'idée humaniste selon laquelle l'origine d'un ordre civil est le fait de l'homme pour l'homme, de sa propre initiative. L'état de nature s'est transformé en un ordre civil par l'intervention de Dieu avec un mandat divin et une autorité divine pour la société civile. Il s'agit d'une rupture majeure avec l'idée humaniste de la Renaissance à laquelle Tuck n'accorde pas suffisamment d'importance.

Grotius

Hugo Grotius a été formé dans le droit aristotélicien et aussi dans le droit humaniste plus ancien. Il a cependant rompu avec ces derniers pour devenir la figure la plus importante de l'évolution de la théorie des droits naturels. Ce qui l'a poussé à changer d'avis, c'est en partie son implication dans la controverse arminienne, du côté des arminiens. Les arminiens s'étaient appuyés sur les États de Hollande pour forcer l'Église à admettre des arminiens au ministère, et bien que le Stadholder soit finalement intervenu contre les arminiens, ils espéraient toujours le soutien de l'État contre les calvinistes. Grotius voulait une théorie qui donne à l'État une plus grande autorité qu'à l'Église, dans laquelle « le pouvoir de l'État était quelque chose de différent et par nature irrésistible. » (p. 66) Ironiquement, comme le dit Tuck, le côté du pouvoir de l'État sur lequel il avait compté a été débordé par le Stadholder et Grotius a été envoyé en prison, dont il a réussi à s'échapper et à aller en France après deux ans. Ainsi, bien qu'il ait développé une position visant à obtenir une vision absolutiste de l'État, à laquelle il s'est identifié, il était en pratique un résistant au pouvoir de l'État.

Il y a une autre bizarrerie à cela, car selon la personne qui a repris et développé sa théorie, elle pouvait être transformée en absolutisme de l'État ou en position opposée.

En lisant le *De Iure Belli* de cette façon, nous pouvons facilement comprendre pourquoi il a été repris par les théoriciens de l'absolutisme, pourquoi Felden a dit qu'il « détruit la société civile, qui est une communauté d'hommes libres, et en fait une agrégation d'esclaves » et pourquoi Rousseau l'a attaqué si amèrement. Et pourtant, on trouve aussi dans le *De Iure Belli*, comme dans *l'Inleidinghe*, des arguments d'un autre ordre, qui seront repris par des théoriciens politiques beaucoup plus radicaux. Le livre est un Janus, et ses deux bouches

parlent à la fois le langage de l'absolutisme et de la liberté. Les arguments libertaires sont simples ; ils exigent simplement que nous examinions le type d'accords que des personnes raisonnables ont pu conclure dans le passé. (p. 79)

Grotius a mis à la place des idées aristotéliennes de la justice une idée très simple selon laquelle « la loi était une injonction à respecter les droits d'autrui. » Cela a jeté toute la charge de l'explication de la justice sur le développement d'un compte adéquat des droits. Bien entendu, comme le droit dépendait des droits, le concept de droits ne pouvait pas provenir du droit, mais devait recevoir une explication différente. Grotius avait à sa disposition les anciennes idées de l'état de nature et de la formation d'un ordre social dans un acte par lequel les gens s'écartaient de l'état de nature. Les droits provenaient-ils des droits naturels ou de l'acte social consistant à consentir à une société ordonnée et gouvernée ? La réponse de Grotius était les deux. Dans le cadre de cette réponse, il minimise la transition abrupte de l'un à l'autre et décrit un développement plus évolutif de l'ordre social à partir de l'état de nature.

Grotius fait un usage éclectique des sources pour son idée de l'état de nature, citant des historiens et des poètes romains et se servant de la Bible. Son idée de la situation dans le jardin d'Eden est la suivante : « Ils vivaient aisément des fruits que la terre produisait d'elle-même, sans travail », mais ils ont fini par « succomber à une succession de différents vices. » L'arbre de la connaissance du bien et du mal était « une connaissance des choses dont il est possible de faire tantôt un bon usage, tantôt un mauvais usage. » Stephen Buckle, qui cite ces propos dans *Natural Law and the Theory of Property : Grotius to Hume* (Oxford : Clarendon Press, 1991), dit que Grotius « a principalement à l'esprit la poursuite de plaisirs frivoles. » Ses insertions de l'histoire biblique à divers endroits n'ont aucune référence à leur signification dans le contexte du récit biblique, mais semblent avoir pour but d'embellir son récit. Cela ne devrait pas nous surprendre si nous gardons à l'esprit que l'arminianisme que Grotius représentait n'était pas celui des personnes qui s'appliquent cette étiquette aujourd'hui, puisqu'il s'agit généralement de wesleyens ou d'un dérivé de Charles Wesley. Les premiers arminiens avaient un côté libre-penseur dans leur pensée.

Dans cet état de nature antérieur, qui s'est éloigné d'une situation idyllique, surtout lorsque la concurrence pour les ressources est devenue plus pressante, une sorte de demi-droit s'est développé. Il s'agissait de droits naturels, mais pas de la forme que prenaient les droits dans un ordre civil développé. Au lieu d'un droit de propriété, il y avait un droit d'usage naturel. C'est-à-dire que quelqu'un pouvait s'approprier quelque chose pour son usage tant qu'il en avait besoin, mais ensuite il le cédait ou ce qu'il en restait. Mais cela s'est transformé en un droit de propriété, et derrière le droit de propriété se cachait toujours le droit d'utilisation. En cas d'urgence, par exemple, quelqu'un pouvait utiliser la propriété d'un autre, car le droit d'usage subsistait.

La construction d'un ordre social n'était pas un acte volontaire arbitraire que les gens ont simplement décidé d'entreprendre. Il y avait une obligation de la nature. Cette obligation se trouvait dans le principe de sociabilité. L'homme était contraint, dans son intérêt d'autoprotection, en fait aussi dans la protection de ses droits, de chercher les moyens de le faire par l'association. « Grotius était désormais en mesure d'affirmer que la loi de la nature était en fait l'obligation faite aux hommes de préserver la paix sociale,

et que la principale condition d'une communauté pacifique est le respect des droits des uns et des autres. » (Tuck, p. 73) « Grotius était maintenant en mesure de traiter la loi de la nature comme ayant totalement à voir avec le maintien des droits des autres, qu'il s'agisse de propriété ou de mérite. (...) Les droits en sont venus à usurper l'ensemble de la théorie du droit naturel, car la loi de la nature est simplement, respectez les droits des uns et des autres. » (p. 67)

L'image d'une société politique ou d'un État que Grotius présentait était celle d'un groupe d'individus ayant une « communauté de droits et de souveraineté » (*consociatio iuris atque imperii*), c'est-à-dire un groupe qui s'était en quelque sorte défini comme distinct du reste de la société humaine par un transfert particulier de droits. L'un de ces transferts, qu'il considère désormais comme possible, est l'aliénation totale de toute leur liberté originelle par les membres d'une société à un seul dirigeant. (p. 77)

« Parmi les droits auxquels les peuples renoncent lorsqu'ils se dotent d'une souveraineté [...], le droit de légitime défense occupe une place centrale. » (p. 78) « En particulier, les hommes n'ont plus le droit de se défendre contre le souverain ; Grotius a défendu ce point ailleurs, au motif plus général que, même dans un état de nature, un homme attaqué par quelqu'un dont la vie serait plus utile que la sienne ne devrait pas résister. » (p. 79) (Bien que cela semble illogique, car si un homme se laisse tuer par l'homme plus utile, alors il ne lui est certainement pas utile, pas plus qu'il n'est utile à une société qui, à l'état de nature, n'existe pas en fait).

Grotius attribue également un rôle important aux accords dans la formation des obligations, qu'il appelle un droit personnel.

Essentiellement, il soutient que les hommes sont naturellement libres de contracter et de négocier de toutes sortes de façons sur tous leurs biens, et que seul le droit civil intervient pour empêcher certains types de mauvais marchandages. La liberté personnelle est une partie de la propriété de l'homme et, en fait, c'est seulement parce qu'elle est une telle partie que les contrats sont possibles. (p. 69)

D'un certain point de vue, toute cette théorie dépend de la création de droits dans une préhistoire inaccessible et invérifiable. Elle est essentiellement fondée sur un fantasme. D'un autre point de vue, l'historicité n'a pas d'importance, car la théorie concerne ce qui est, ou est supposé être, implicite dans les arrangements de la société existante.

Selden

Si les théories des droits naturels ont connu une histoire de développement après Grotius, c'est parce que ses contemporains et successeurs immédiats, même s'ils acceptaient le principe des droits naturels, voyaient des problèmes dans la théorie et cherchaient des solutions. Tuck résume les problèmes de manière succincte.

Bien que, comme nous l'avons vu, la réussite de Grotius ait été remarquable et que sa théorie ait fourni une idéologie formidable et passionnante à son public du milieu du XVIIe siècle, elle était néanmoins incomplète sur un certain nombre de points importants. En particulier, elle mettait l'accent sur l'individualité dans le domaine des droits, mais sur la

communalité dans le domaine des obligations, et bien que cela puisse être logiquement cohérent, il y avait là une certaine invraisemblance psychologique. Les hommes de Grotius défendaient farouchement leurs droits originels et étaient capables de contrôler leur propre vie au point de s'engager dans l'esclavage ; pourtant, leur monde moral était informé par le principe de sociabilité avec ses implications distributives et non individualistes, et *in extremis*, leurs engagements les plus néfastes pouvaient être ignorés. Nous avons vu que Grotius a réconcilié ces deux aspects de sa théorie en affirmant que la sociabilité nécessite le respect des droits individuels, mais la psychologie requise pour y parvenir n'était pas convaincante. L'histoire des théories des droits naturels au cours des cinquante années suivantes est en fait une histoire d'arguments portant précisément sur cette question : une théorie des droits naturels exige-t-elle une psychologie et une théorie éthique fortement individualistes ? (p. 82)

Certaines histoires font suivre Grotius d'une discussion des opinions de Hobbes ou de Samuel Pufendorf, mais Tuck a choisi l'Anglais John Selden, qu'il appelle « l'une des figures les plus importantes et pourtant négligées du XVIIe siècle » (p. 3).

Selden est entré en controverse avec les vues de Grotius sur le droit de la mer. Grotius avait fondé son droit maritime sur le droit d'usage primitif, qui ne pouvait jamais se développer en un droit de propriété complet parce que la mer ne pouvait pas être effectivement appropriée ou occupée. Selden n'a pas accepté le droit d'usage et a soutenu que la mer a simplement été divisée en tant que propriété avec la terre et tout le reste.

Après le déluge, le monde était à nouveau (littéralement) une *tabula rasa*, et a été donné en commun à Noé et à ses enfants pour qu'ils le partagent entre eux. Ici, Selden s'appuie principalement sur des traditions hébraïques non bibliques, basées en fin de compte sur le Talmud, une confiance qui allait s'avérer de plus en plus centrale dans sa pensée de la loi naturelle. (p. 87)

Pour Selden, cependant, il y avait un problème entre la loi de la nature et les droits de la nature. « Pourquoi les individus rationnels possédant un ensemble complet de droits devraient-ils être soumis à des lois ? ». Il a abordé le problème dans son livre *De Iure Naturali*. C'est « le premier exemple de l'intérêt anglais pour la nature de l'obligation morale, et du scepticisme que l'on retrouve chez de nombreux philosophes anglais du XVIIe siècle sur la question de savoir s'il peut y avoir un compte rendu de l'obligation distinct de celui de la motivation ». « Il postula d'abord un état de liberté absolue, sur lequel les obligations étaient supervisées – un geste de la plus grande importance, car il fut le premier penseur moderne du droit naturel à placer une telle notion de liberté *totale* au début de son récit. » (p. 90) Une fois que la loi est introduite par-dessus « cette condition de liberté absolue », ils « sont maintenant restreints, et ils peuvent maintenant être considérés comme coupables ou malhonnêtes selon les critères établis par celui qui a décrété la loi. » (Cité dans Tuck, p. 91) La nature de cette obligation devait être une punition pour avoir enfreint la loi. Selon Selden « L'idée d'une loi portant des obligations indépendamment de toute punition annexée à la violation de celle-ci ... n'est pas plus compréhensible pour l'esprit humain que l'idée d'un père sans enfant. » (Cité par Tuck, p. 91) Comment alors pourrait-il y avoir un droit naturel, c'est-à-dire une *obligation* dans un état de *nature* ?

« Pour Selden, donc, un corrélatif nécessaire à toute obligation était une punition, et la punition dans le cas de la loi de la nature venait de Dieu. » (p. 92) Alors que Grotius avait soutenu que la nature de l'homme en tant qu'être avec des besoins, et avec une sociabilité, et sa situation dans un monde aux ressources limitées avaient nécessairement amené à l'existence d'une obligation totalement immanente, c'est-à-dire basée sur la nature et rien d'autre, le point de vue de Selden était que les lois naturelles étaient amenées à l'existence par des commandements divins, parce que dans un état de nature il n'y avait rien dans la nature qui pouvait produire une obligation. « Je ne peux pas m'imaginer ce que signifie la loi de la nature, mais la loi de Dieu. Comment pourrais-je savoir que je ne dois pas voler, que je ne dois pas commettre d'adultère, si quelqu'un ne me l'avait dit ? C'est sûrement parce qu'on me l'a dit. » (Cité dans Tuck, p. 92) La loi est une loi naturelle parce qu'elle était dans l'état de nature, avant le gouvernement civil, mais ce n'était pas une loi de la nature.

Il s'ensuit qu'avant que les châtiments de Dieu ne soient connus, soit par l'observation du monde, soit par les déclarations de Dieu à une humanité déjà créée, les hommes n'étaient soumis à aucune obligation : l'historicité de la loi naturelle impliquait un état de liberté totale, ce que la théorie traditionnelle de la loi naturelle en termes de raison humaine innée n'impliquait pas. (p. 93)

Il y a ici une certaine contradiction dans ce que Selden avait à dire. Il cite les idées humanistes juridiques typiques de l'état de nature que l'on trouve, par exemple, chez Cicéron, selon lesquelles « il fut un temps où les hommes erraient dans la campagne comme des animaux, menant une existence bestiale et gérant leur vie par la force brute plutôt que par la raison ». (Cité dans Tuck, p. 93) Mais si Dieu avait immédiatement donné la loi à Adam et à Noé, il n'y avait jamais eu de période prolongée sans connaissance de la loi et donc sans obligation, et donc tout état de liberté totale était éphémère.

Ce point de vue de Selden doit être opposé à celui que Tuck appelle volontarisme, mais qu'il vaudrait mieux appeler théorie du commandement divin.

Les volontaristes, y compris la plupart des penseurs protestants du seizième et du début du dix-septième siècle, croyaient que la « cause formelle » de l'obligation d'une loi est le commandement d'un supérieur, c'est-à-dire qu'une loi pour être contraignante doit être promulguée par quelqu'un en autorité, et ne peut pas être simplement un principe rationnel. Mais il ne s'ensuit pas que *l'obligation* soit constituée par la crainte d'un châtiment futur administré par un tel supérieur, et la plupart des volontaristes se sont efforcés de le nier. (p. 93)

Il ya un couple de points à observer ici. Tuck a dit que Selden était un innovateur en faisant de la motivation la source de l'obligation. Deuxièmement, en plus de cela, la motivation qui était acceptable pour les penseurs protestants n'était pas la peur. Il suffit de penser au premier et plus grand commandement « Aime le Seigneur ton Dieu de tout ton cœur, de toute ton âme et de toute ta pensée. » (Matthieu 22:37). Il n'est pas crédible que Selden n'ait pas été conscient de cela, nous devons donc voir sa théorie comme une rupture consciente avec la pensée chrétienne antérieure. Malgré cela, Selden a participé à l'Assemblée de Westminster, représentant la position érastienne.

Ce scepticisme extrême quant à la possibilité d'une connaissance morale indépendante d'une motivation égoïste, dans laquelle le « devoir » moral devient simplement le « devoir » prudentiel, fait de Selden le précurseur évident de Hobbes. ... Hobbes a modifié cette position par le simple fait de supprimer l'information sur une vie après la mort des calculs des égoïstes prudents.....

Dans les arguments de Selden sur la nature de l'obligation, nous trouvons une autre des racines de son érastianisme. L'autorité morale revendiquée par les églises n'était qu'un cas particulier de l'affirmation générale selon laquelle les hommes peuvent être liés par des institutions indépendamment de la capacité de ces dernières à administrer des punitions physiques. En réfutant cette proposition générale, Selden exclut automatiquement l'autorité morale des églises. (p. 94)

L'autre partie de la théorie de Selden concerne l'origine du gouvernement civil. Celui-ci était basé sur la capacité de l'homme à conclure des contrats, pour lesquels « une énorme variété de contrats était possible ; la seule règle définie était que tout ce qu'un contrat spécifiait devait être exécuté, sous peine de punition divine ». De cette façon, Selden a pu arriver à une forme forte de la position grotienne sur l'origine et la nature de l'autorité politique. » (p. 96) « La théorie de l'obligation de Selden l'avait conduit beaucoup plus loin sur la voie de l'absolutisme que ne l'avait jamais fait Grotius. Elle ne permettait aucun droit de résistance *in extremis* ; un mauvais marché ou un contrat insensé devait être respecté même au prix de la mort. » (p. 97)

Comment Selden s'est-il donc retrouvé du côté des parlementaires, au lieu de soutenir Charles Ier ? Il serait « erroné de conclure de l'acceptation par Selden de l'idée d'un contrat de servitude totale qu'il pensait que le contrat sous-jacent à la constitution anglaise était d'un tel type. (...) il s'est constamment exprimé au Parlement et dans les tribunaux en faveur de la ' liberté du sujet ' ». (p 97)

Nous pouvons maintenant voir clairement quel type d'idéologie Selden représentait en Angleterre : elle était à bien des égards proche de celle de Grotius, mais il y avait néanmoins des différences importantes. Ils étaient tous deux capables de soutenir les pratiques du capitalisme mercantile telles que l'esclavage et l'usure ... et prêts à accepter un haut degré d'absolutisme en théorie tout en niant que les constitutions de leurs propres pays soient absolutistes. Mais Selden a poussé cette théorie beaucoup plus loin que Grotius, et l'a transformée en une doctrine complètement brutale et illibérale. Il le fit tout simplement parce qu'il était prêt à faire l'hypothèse d'un état originel de liberté totale, sur lequel les lois de la nature se superposaient, et parce qu'il fit jouer aux contrats un rôle beaucoup plus important à chaque étape de sa théorie. (p. 100)

Il est utile de comparer la position de Selden avec celle des théoriciens de la résistance réformée que Tuck avait décrits précédemment. Ils avaient cru qu'il y avait un état sauvage de la nature, comme dans la conception humaniste, mais que cela se terminait par un commandement divin d'entrer dans un ordre civil. Comme l'ordre civil était constitutionnel, il permettait de recourir à la loi pour défendre les libertés des membres de la société. Pour Selden, le commandement divin est venu plus tôt et a créé le droit naturel, c'est-à-dire le droit dans l'état de nature. Plus tard, des contrats ont été conclus, mais en fonction de l'obligation, en vertu du droit naturel, de respecter les accords, et un contrat a établi une autorité politique constitutionnelle, sous laquelle le sujet a des droits légaux issus de la constitution.

Jusqu'ici, les positions étaient largement similaires. Mais la théorie de Selden était construite à partir du discours sur les libertés et les droits, alors que les théories de la résistance réformée utilisaient des concepts juridiques aristotéliens.

Les partisans immédiats de Selden comprenaient le Cercle Tew, qui se réunissait chez Falkland à Great Tew. Selden y assistait parfois aussi. Il s'agissait de royalistes qui répondaient aux défenseurs de la résistance et de la rébellion contre le roi, comme Henry Parker. Parker soutenait qu'on ne pouvait pas raisonnablement supposer que les gens auraient fait un contrat original pour former un gouvernement qui inclurait dans l'accord leur abandon de leur droit à l'auto-défense. En effet, « ceux qui s'engagent à obéir à leur propre ruine, ou qui, ayant ainsi contracté, estiment ce contrat avant leur propre préservation, sont criminels envers eux-mêmes et rebelles à la nature ». (Cité dans Tuck, p. 104) A cela, les théoriciens de Tew ont répondu par un argument de probabilité. Les premiers contractants ont calculé que les chances que le souverain se retourne contre eux et les tue injustement étaient beaucoup plus faibles que les chances qu'ils avaient de gagner par la sécurité du contrat qui créait le pouvoir politique. Le contrat était donc en fait rationnel.

La deuxième grande idée introduite par le cercle Tew était en fait un changement, et non un ajout, à l'opinion de Selden. Ils soutenaient que le pouvoir du magistrat de tuer n'était pas un résultat du contrat, mais provenait d'un commandement divin, tout comme l'obligation de respecter un contrat. De cette façon, ils s'éloignaient de Grotius et de Selden pour se rapprocher d'une théorie de la politique fondée sur les droits divins.

Parmi les disciples ou successeurs de Selden, Tuck consacre un chapitre à Thomas Hobbes. Celui-ci est composé de trois parties. La première explique le développement des idées de Hobbes dans le contexte du type de théories seldéniennes courantes au sein du Cercle Tew, et note que Hobbes s'en est éloigné pour atteindre une position mature trouvée dans le *De Cive* et le *Léviathan*. Le changement le plus important est que Hobbes abandonne l'idée que, dans le contrat civil, les gens renoncent au droit à l'autodéfense. Hobbes dépeint désormais l'état de nature, non pas comme un état de liberté illimitée, mais comme une contrainte naturelle d'auto-préservation. La deuxième section de ce chapitre concerne les controverses de Hobbes sur la loi commune avec les seldéniens, que Tuck donne à l'appui de ses arguments précédents pour l'influence de Selden sur le développement précoce de Hobbes. La troisième et dernière section traite de l'influence de Hobbes, principalement en Hollande, et de sa combinaison ultérieure avec la psychologie cartésienne. Tuck ne donne pas un compte rendu général de la théorie de Hobbes, peut-être parce qu'elle est trop similaire à celle de Selden, ou peut-être parce qu'elle est trop bien connue par d'autres sources.

Les radicaux

Tuck considère ensuite les radicaux de la révolution anglaise. Mais pour ce faire, il s'arrête pour faire une distinction importante.

Au début de la guerre civile anglaise, le travail d'opposition idéologique au roi était encore fait (en grande partie) par le calvinisme radical du XVII^e siècle et ses dérivés. Pendant toute la période révolutionnaire, le presbytérianisme calviniste a continué à fournir une idéologie

d'opposition qui doit être distinguée de celle des théoriciens radicaux des droits naturels si nous voulons comprendre les idées de ces derniers. (p. 144)

Ces calvinistes étaient ceux qui avaient joint l'humanisme juridique à « leur propre sens aigu du caractère divin et non naturel de l'association politique ». Il énumère leurs principaux ouvrages de la période révolutionnaire comme suit : « *Lex, Rex* (1644) de Samuel Rutherford, *A Treatise of Monarchy* (1643) de Philip Hunton, *The Divine Right and Originall of the Civill Magistrate* (1658) d'Edward Gee et *Politica Sacra et Civilis* (1660) de George Lawson ». (p. 144) Le presbytérien fait une distinction entre l'institution par Dieu de l'autorité en général et « sa communication, sa concession ou son transfert de ce pouvoir, qu'il a ainsi institué, à des personnes particulières ». L'institution par Dieu des différentes sortes d'autorité : « mari, parent, maître ou prince » n'est pas la même chose que de placer des personnes particulières dans ces positions d'autorité.

Alors que les théoriciens des droits naturels, depuis Grotius, pensaient que toute forme de *dominium* était constituée par un transfert par les humains de leurs propres droits naturels de *dominium* sur eux-mêmes et sur des objets étrangers, les presbytériens pensaient que les formes sociales développées de *dominium* étaient constituées par Dieu en tant que corrélatifs de ses commandements, et en particulier des commandements de punir les malfaiteurs et d'honorer les parents. (p. 144)

Les hommes étaient encore libres de décider qui devait avoir l'exercice de cette autorité. Ainsi, pour les presbytériens, les droits naturels et leur disposition par un contrat social n'étaient pas les bases du pouvoir gouvernemental.

(Le *Catéchisme de Heidelberg*, au Jour du Seigneur 39, place la soumission à toutes les autorités sous le cinquième commandement, celui de l'obéissance au père et à la mère. Cela a suscité la protestation du libertaire Frederick Nymeyer dans les années 1950 dans des articles de *Progressive Calvinism*, car l'État n'est pas notre parent, et n'a pas la même relation avec nous que nos parents. À ce stade, il considérait la théorie réformée comme étant à la fois non biblique et illogique).

Pour Tuck, ce sont les radicaux, et non les presbytériens, qui ont fait la révolution. Ils ont pris leur théorie de Grotius, mais ce faisant ils ont amplifié une de ses idées, et c'est « l'idée de charité interprétative appliquée aux accords politiques fondamentaux. » (p. 143) Alors que les hommes auraient pu renoncer à tous leurs droits naturels dans le contrat social, la charité nous oblige à supposer qu'ils ne l'ont pas fait. « Nous devons présumer que nos prédécesseurs étaient rationnels, et donc qu'ils n'ont pas pu avoir l'intention de nous laisser totalement dépourvus de nos droits. » Il y avait deux groupes : les plus modérés, notamment Henry Parker qui représentait les dirigeants de l'armée, et les Levellers plus radicaux. Mais ces derniers, selon Tuck, n'étaient en fait pas très éloignés dans leur théorie politique réelle. Tous deux cherchaient à réserver la liberté aux individus, mais aussi à l'ordre social. En raison de ces engagements partagés, Parker pouvait efficacement faire appel à l'ordre social contre les arguments des Levellers.

« Parker utilisait une combinaison du principe de charité interprétative et de l'idée traditionnelle du devoir naturel de légitime défense afin d'argumenter qu'un peuple doit toujours se réserver des droits

dans tout marchandage avec son souverain. » (p. 146) En outre, il expliquait la relation entre le souverain et le peuple comme une relation de *confiance*, de sorte que « il n'était pas question que tout ce qui était confié soit irrévocablement perdu, car c'était exactement la distinction entre la confiance et l'aliénation. » (p. 147)

Richard Overton a défendu le cas des Levellers dans des pamphlets en 1646 et 1647. Overton a élargi les droits qui, selon le principe de la charité interprétative, ne pouvaient être aliénés à la jouissance du « voisinage joyeux et mutuel, de la cohabitation et de la subsistance humaine. » Ce que Tuck considère comme « tout ce qu'il était raisonnable de vouloir, pourrait maintenant être interprété comme un droit inaliénable. ... Le principe de la charité interprétative avait été étendu très largement, et nous avons ici clairement la notion du XVIIIe siècle des droits inaliénables de l'humanité. » (p. 150)

Modifications tardives

Samuel Pufendorf a tenté de restaurer la théorie des droits naturels à partir des changements apportés par Hobbes. Il a vu un problème avec la source de l'obligation de la loi dans la menace de la punition. Contre la théorie prudentielle, selon laquelle la force de la loi réside dans l'intérêt personnel de ceux à qui elle est donnée, comme l'évasion de la punition, Pufendorf a introduit l'idée de la source de la loi dans une autorité légitime. La loi ne dépendait alors pas uniquement de l'intérêt personnel mais faisait appel à la conscience. « L'obligation est proprement introduite dans l'esprit d'un homme par un supérieur, c'est-à-dire par une personne qui a non seulement le pouvoir de faire du mal immédiatement à ceux qui résistent, mais aussi de justes raisons pour prétendre que la liberté de notre volonté doit être limitée à sa discrétion. » (Cité dans Tuck, p. 159) Dans le cas du droit naturel, cela signifiait que l'idée de droit naturel incluait la possession par Dieu de droits sur l'homme, et pas seulement de pouvoir. Ensuite, Pufendorf restreint l'idée de droit et la rend différente de la *dominia*. « Toute licence naturelle ou tout pouvoir de faire une chose n'est pas proprement un *droit*, mais seulement celui qui comporte un effet moral à l'égard des autres, qui sont mes partenaires de même nature ». Ainsi, « un 'droit' hobbesien n'était *pas* un droit, puisque tout droit exige une obligation précise de quelqu'un d'autre. » (p. 160) Par conséquent, l'idée selon laquelle les hommes « avaient des droits ou des biens *en eux-mêmes*, en dehors du réseau des obligations sociales, était fondamentalement trompeuse. » (p. 160) Un système social ne pouvait pas être construit à partir de transferts de droits naturels. « Grotius ne pouvait être préservé si Hobbes devait être réfuté... Les théories radicales des droits ont disparu avec Grotius et Hobbes. ... Au lieu de cela, il s'est replié sur une théorie qui met l'accent sur le fait que les accords généraux pour l'utilité sociale confèrent des droits, et donc que les droits ne peuvent pas être invoqués contre eux.... » (pp. 161-162)

En Angleterre, les modificateurs des théories des droits naturels étaient Mathew Hale et Richard Cumberland, qui ont essayé de faire revivre une vision plus proche de celle de Grotius avec une évolution des droits de propriété dans l'état de nature. Tuck évoque également brièvement Richard Baxter, « un enthousiaste connu (bien que nuancé) de Grotius ». (p. 168) Tout cela mène à Locke. Comme il l'a fait avec Hobbes, Tuck s'abstient d'une vue d'ensemble de la théorie de Locke et se contente d'une discussion sur la façon dont certaines des idées de Cumberland ont été adaptées par Locke.

Le début des Lumières s'est tourné vers une perspective historique du développement de la théorie du droit, avec un dénigrement de la scolastique, qu'ils ne comprenaient pas, car c'était en réalité les théories juridiques de la Renaissance qui étaient leur cible, et l'édification de Grotius comme le grand esprit qui avait introduit l'ère juridique moderne. Grotius est ainsi devenu le faire-valoir de Rousseau lorsqu'il a rejeté toute la tradition des droits naturels.

Le commentaire final de Tuck est une évaluation pessimiste de la tradition des droits naturels.

Il est remarquable de constater à quel point les deux grandes *floraisons* de théories des droits ont été brèves : la première vers 1350-1450, la seconde vers 1590-1670. Considérées dans le contexte de la pensée européenne dans son ensemble, elles sont bizarres et irrégulières, et leur démantèlement a été une question de haute priorité pour les générations suivantes. (p. 177)

Compte tenu de cette attitude, il ne faut pas s'étonner du mépris que les intellectuels manifestent à l'égard du système constitutionnel américain fondé sur la théorie des droits. Malgré cela, comme Tuck l'a noté au début de ce livre, dans l'esprit du public, les droits restent le concept de référence pour justifier les libertés humaines.