



Equipe pédagogique

Pierre-Yves GAHDOUN, Professeur

Mathilde KAMAL, Chargée de travaux dirigés

Yannick RAJAONSON, Chargé de travaux dirigés

Droit des libertés fondamentales

-TRAVAUX DIRIGÉS-

SÉANCE 4

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

DOCUMENTS :

1. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
2. X. PRETOT, « Article premier » in G. CONNAC, M. DEBENE (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993, p. 65
3. B. BARRET-KRIEGEL., « Les droits de l'homme et le droit naturel », in D. COLAS, C. EMERI (dir.), *Mélanges Duverger, Droit, institutions et systèmes politiques*, PUF, 1988, p. 3.
4. S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1998, p. 332.
5. P. WACHSMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n°2, 1985, p. 13.
6. G. CONAC, M. DEBENE (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993, p. 45-51.
7. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit comme activité culturelle : une approche positiviste des droits de l'homme est-elle possible ? » in D. ROUSSEAU, A. VIALA (dir.), *Le droit, de quelle nature ?*, Montchrestien, 2010, p. 145.
8. CC, décision n°73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pou 1974.
9. M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 1983, p. 11.

Document 1 : DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789

Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution, et au bonheur de tous. En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être Suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen.

Article premier

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Article II

Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

Article III

Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Article IV

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Article V

La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Article VI

La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Article VII

Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout Citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

Article VIII

La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Article IX

Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi.

Article X

Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.

Article XI

La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi.

Article XII

La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

Article XIII

Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les Citoyens, en raison de leurs facultés.

Article XIV

Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs Représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

Article XV

La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.

Article XVI

Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Article XVII

La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. » Ce n'est pas sans difficultés, ni sans débats que, le 20 août 1789, ces dix mots constituant la première phrase et, pour tout dire, la proposition essentielle de l'article 1^{er} de ce qui allait devenir la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, furent adoptés, en même temps que les articles 2 et 3 et sur une même proposition de Mounier, par l'Assemblée Constituante.¹ Certes, on n'en est alors qu'aux premiers jours du débat article par article de la future Déclaration, mais celui-ci suit un premier débat sur l'opportunité même de l'adoption d'un tel texte fondamental, avant que ne soient tranchées les questions, non moins fondamentales, de la dévolution et de l'exercice du pouvoir au sein d'une monarchie qui a cessé d'être absolue. Chacun des articles donne lieu ensuite, et l'on ne saurait en être surpris eu égard au nombre des projets et propositions qui paraissent alors, au sein ou en-dehors des rangs de l'Assemblée et traduisent, sur certains points au moins, des conceptions divergentes,² à d'après

discussions. Pour s'en tenir ainsi au seul article 1^{er}, ce sont Lanjuinais et Pétion qui font préciser, lors de l'examen du projet initial dû à la plume de Mounier, que les hommes *demeurent* égaux, « puisqu'il est constant que tout Français naît libre, mais que, jusqu'à cette heureuse Révolution, il a vécu esclave »³...

En érigeant en principe fondamental la liberté et l'égalité en droits des hommes dès leur naissance, l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen finalement adoptée le 26 août 1789 s'inscrit, clairement, dans la logique du mouvement de remise en cause, dans ses fondements même, de l'ordre politique et social antérieur. Son adoption fait écho, inmanquablement, à l'abolition, entérinée au cours de la nuit du 4 août 1789, des anciens privilèges, que Siéyès avait pu taxer, en 1788, d'« injustes, odieux et contradictoires à la fin suprême de toute société politique »⁴. On a souvent minimisé, depuis lors, la portée de ces dispositions et, plus généralement, de la Déclaration de 1789, à raison du caractère prétendument de pure abstraction des principes qu'elle proclame. Sans prétendre, on y reviendra, dénier toute arrière-pensée sur ce point aux Constituants de 1789, on se doit de nuancer le propos. Replacés dans leur contexte, les principes résultant des dispositions de l'article 1^{er} revêtent, de même d'ailleurs que ceux fixés aux autres articles, une portée considérable; comme l'observe le Professeur F.-P. Benoît, « à l'ancien régime, juridiquement fondé et effectivement construit sur l'inégalité sociale, se substitue pour la première fois dans l'histoire de la France, un nouveau régime fondé sur le principe opposé de l'égalité juridique des individus »⁵. L'article 1^{er} de la Déclaration du 26 août 1789 marque donc bien un tournant dans l'histoire de notre pays.

Document 3 : B. BARRET-KRIEGEL, « Les droits de l'homme et le droit naturel », in D. COLAS, Cl. EMERI (dir.), Mélanges M. Duverger, *Droit, institutions et systèmes politiques*, PUF, 1988, p. 3.

LES DECLARATIONS DES DROITS DU XVIII^e SIECLE ET LEUR DESTIN

Les succès américain de la Déclaration d'indépendance de 1776.

La résistance en Europe à la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

Les deux déclarations juridiques du XVIII^e siècle, l'américaine et la française, passent pour avoir constitué un tournant capital dans l'évolution du droit politique en proclamant les droits de l'homme et du citoyen qui sont au principe des démocraties modernes. On sait pourtant que le destin des deux déclarations n'a pas été le même. Inscrite précocement dans le préambule de la Constitution américaine, la Déclaration d'indépendance n'en a jamais été dissociée. Son esprit fut plutôt conforté par les *bills of rights* que chacune des colonies britanniques devenue Etat indépendant plaça en tête des constitutions écrites, rédigées à la même époque et par les dix premiers amendements à la Constitution fédérale de 1787. Par la suite, la Déclaration a continûment et directement influencé le droit positif américain puisque, avant même l'intervention éventuelle de la Cour suprême, le contrôle de constitutionnalité diffus et décentralisé fut confié à tous les tribunaux du pays. La Déclaration de 1789 fut en revanche très tôt arrachée du terreau de nos constitutions, soit qu'on lui substituât de nouveaux textes comme ce fut le cas en 1793, en 1795 ou 1848, soit qu'on omit de l'y insérer, selon ce qui advint dans les constitutions impériales et monarchiques et même sous la III^e République, tant dans les lois constitutionnelles de 1875 que dans les révisions apportées le 21 juin 1879, le 14 août 1884 et le 10 août 1926. Ce n'est que tardivement qu'elle réapparaît en 1946 dans le préambule de notre Constitution. En conséquence, elle n'a influencé le droit positif que très indirectement. Comme l'a souligné Jean Rivero, les droits de l'homme n'ont pas encore aujourd'hui de statut juridique propre. Si le droit français a fini par doter un grand nombre d'entre eux d'un caractère positif, il l'a fait à partir de qualifications différentes entraînant des conséquences juridiques distinctes : *Principes généraux de droit public*, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, *Principes à valeur constitutionnelle*, selon celle du Conseil constitutionnel.

« C'est — dit Jean Rivero — par l'intermédiaire de catégories, dans lesquelles d'ailleurs les droits de l'homme peuvent voisiner avec des principes qui en sont distincts, par exemples la continuité du service public, que se réalise l'insertion des droits de l'homme dans le droit positif ».

Aussi bien, de la loi des suspects aux récentes juridictions d'exceptions en passant par les lois « scélérates » du XIX^e siècle, notre droit politique a multiplié les occasions de déroger aux principes de 1789.

D'où vient cet écart entre la fortune des deux textes et comment comprendre la malchance qui a accablé le nôtre ? Peut-être d'abord du destin qui a précocement marginalisé la Déclaration française, destin décidé par oppositions doctrinales extrêmement vives, largement distribuées dans des secteurs divers de l'opinion, qui se sont manifestés et durablement perpétués contre elle. Il en est deux, fort connues : celle des conservateurs et celle des communistes. Le signal de l'hostilité des conservateurs a été donné par les retentissantes *Reflections on the Revolution in France* d'Edmond Burke publiées en 1790. « Un livre révolutionnaire contre la Révolution », selon la formule de Novalis. L'auteur, un libéral qui avait pourtant soutenu les droits des colonies américaines, devenait l'ennemi acharné de l'expérience révolutionnaire française. Niant qu'elle s'inspirât de la « Glorieuse

Révolution de 1688 », il attaqua directement la doctrine des droits de l'homme. Tirant parti d'arguments historicistes développés antérieurement par Sir Edward Coke et Bolingbroke, Burke opposa aux principes abstraits des Français « les droits des Anglais » fondés sur la tradition et l'héritage :

« Telle a été — dit-il — la politique constante de notre constitution de réclamer et d'affirmer nos libertés comme un héritage qui nous avait été substitué par nos aïeux et que nous devons transmettre à notre postérité comme un bien appartenant en propre au peuple de ce royaume, sans aucune espèce de rapport avec un autre droit plus général ou plus ancien ».

S'insurgeant contre la volonté des représentants français de fonder les droits civils sur la nature de l'homme, Burke insista aussi sur la différence infranchissable qui séparait la loi naturelle des droits civils. Les droits de l'homme introduits dans la vie commune sont — disait-il — « ...semblables à des rayons de lumière qui percent dans un milieu dense et qui, par les lois de la nature, sont infléchis dans leur même direction. En vérité, dans cette masse énorme et compliquée des passions et des intérêts humains, les droits de l'homme sont rétractés et réfléchis dans un si grand nombre de directions croisées et différentes qu'il est absurde d'en parler encore comme s'il leur restait quelque ressemblance avec leur simplicité primitive ». Cette objection historiciste se retrouva d'abord en France dans la tradition des penseurs ultra de la Restauration, Joseph de Maistre, De Bonald, plus tard Ballanche. Puis elle fit fortune en Allemagne dans les œuvres des doctrinaires du romantisme politique chez Haller, Muller, Görres, les frères Schlegel, Baader.

Le rejet des droits de l'homme s'affirma avec un éclat particulièrement retentissant dans *Les discours à la nation allemande* de Fichte. Celui-ci réclamait : « d'enfermer la liberté individuelle dans les limites aussi étroites que possibles », « de soumettre toutes ses velléités à une règle uniforme et d'exercer sur elle surveillance constante. Il estimait que la défense de la propriété était « un objectif mineur ». Autant que l'initiative « pratique » de Fichte de fonder avec Brentano et Achim von Arnim le premier club interdit aux juifs et aux femmes, cette réflexion théorique où les droits de l'Allemagne étaient préférés aux droits de l'homme enthousiasma plus tard les nazis. Dans ce courant, l'hostilité à la Déclaration française trouve sa source dans un refus de l'égalité et une détestation de la démocratie qui porte ses adversaires à revenir, en deçà des théories politiques au XVII^e siècle, à une conception organiciste et seigneuriale de la société et, au-delà, vers des doctrines de la nature qui réévaluent la conquête, exaltent la différence des peuples et magnifient quelquefois la distinction des races.

La seconde opposition connue à la doctrine des droits de l'homme est celle de Marx. Dans ses œuvres de jeunesse *La question juive*, *La Sainte Famille*, *La critique du droit politique hégélien*, Marx dénie la moindre valeur aux droits de l'homme. Il estime que le droit à la sûreté n'est qu'« une notion de police », déplore la division des droits naturels et des droits civils où il ne voit que l'aliénation qui sépare l'homme privé, égoïste, de l'homme appartenant à une communauté. Une telle différence doit être éteinte :

« L'émancipation humaine n'est réalisée que lorsque l'homme a reconnu et organisé ses forces propres comme forces sociales et ne sépare donc pas de lui la force sociale sous la forme de la force politique ».

Dans la mesure où les libertés civiles sont un luxe réservé aux propriétaires, il est inutile de combattre pour les obtenir et il faut plutôt mettre fin à l'exploitation économique et à l'oppression sociale. Il n'y a pas de libération juridique de l'homme, il n'y a qu'une émancipation sociale de la collectivité. Chez Marx, la dépréciation des droits de l'homme est prise dans le rejet de toute autonomie du droit politique. « L'esprit des lois, c'est la propriété » ; la politique, « un ciel nuageux ». Défaisant ce que les légistes modernes, préoccupés de séparer la puissance de la propriété et soucieux de distinguer l'économie de la politique, avaient fait, Marx lui aussi, en réinsérant la puissance dans le rapport de propriété,

remonte le cours de l'histoire. A l'égard des droits de l'homme, son inspiration est romantique.

La troisième opposition est beaucoup moins connue malgré les travaux qu'y a consacrés Elie Halévy. L'hostilité des libéraux aux droits de l'homme est quasiment passée inaperçue. Pourtant Jeremy Bentham — après Dumont de Genève qui faillit être l'un des rédacteurs de la Déclaration — marcha sur les brisées de Burke et exposa son hostilité à la Déclaration des droits de l'homme non sans, il est vrai, développer une argumentation sensiblement différente. S'il ne reprend à Burke sa théorie du préjugé et de la prescription qui fonde les droits acquis, il estime pour sa part que l'homme est un être de besoin, non un être de droit et que la société est fondée sur le principe de l'échange, de l'identité naturelle des intérêts, qui est l'une des formes du principe d'utilité, non sur le contrat social. Hostilité ou désintérêt pour les droits de l'homme qui influencera tout le courant utilitariste et qui explique l'indifférence à la question de l'homme que Soljenitsyne a cru retrouver dans le libéralisme contemporain. Le rapport des libéraux aux droits de l'homme reste cependant entaché d'ambivalence et de complexité. C'est ainsi que pratiquement, en Angleterre, les partisans les plus combatifs de l'égalité, et notamment de l'égalité des droits civils ont été les libéraux et que bien souvent, on a donné le nom de libéraux dans l'Europe du Sud et de l'Est aux zélés des droits naturel et civil. Pourtant, il est remarquable que la distinction faite ultérieurement par Benjamin Constant entre la liberté politique des Anciens et la liberté civile des Modernes ne recoupe pas exactement la séparation des droits de l'homme comme personne. Davantage, le ralliement, à partir de 1840, d'un nombre important de libéraux français, dont notamment Tocqueville et Beaumont à la philosophie pénale sécuritaire, hostile à la philanthropie, qui préfère la sécurité de la société à la sûreté individuelle et estime que le criminel doit être retranché de l'humanité pour assurer la protection des honnêtes gens, les a durablement détournés de la défense des droits de l'homme, que brandissent alors contre eux, précisément sur le plan de la misère pénale ou sociale, des animateurs du catholicisme politique comme Montalembert ou Falloux ainsi que les chefs de file du Parti républicain.

La Déclaration de 1789, si elle a eu ses prosélytes, a donc aussi suscité ici une formidable résistance. Car, avoir eu contre soi tout à la fois les conservateurs, les libéraux et les marxistes, ce n'est pas rien.

Lire la Déclaration : l'impossible, épuisement du sens

La complexité des Lumières n'interdit pas, d'une certaine manière, leur connaissance, toujours accrue. Elle n'exclut que sa véritable divulgation pédagogique, y compris en la forme écrite. Un mot là-dessus : de plus savants que nous doivent maîtriser assez bien l'indicible forme de la pensée des Lumières, car forme d'ensemble il y a ; tous les textes leur parlent plus souvent et mieux qu'à nous et les entrelacs du réseau des pensées dans l'espace et dans le temps sont pour la plupart prégnants à leur esprit. Simplement, ce savoir, parce qu'il s'inscrit en de multiples dimensions, est à peu près inexprimable dans tout ce qu'il a de plus fin. Autant demander à un aveugle dont les mains ont exploré pendant des années la pièce d'un appartement, qui en sait les odeurs, le jeu des masses d'air, les bruits, les relations avec les pièces voisines, etc., d'en « rendre » les modalités par la parole : il y manquera l'instantanéité de la saisie ineffable du sens – c'est-à-dire de la direction et partant de l'épaisseur.

La complexité des Lumières ne saurait bien sûr être un alibi au renoncement à la recherche. En vérité, elle n'interdit pas le progrès dans la connaissance et celui accompli depuis trente ans dans le domaine de l'histoire de la pensée saute aux yeux. Elle devrait simplement inciter à bannir l'apaisement, à relativiser les vastes synthèses qui prétendent ramener la richesse infinie des pensées à une proposition simple ou à des couples d'opposition rigides (Anciens/Modernes; Raison/Sentiment ou Passion, ou Utilité; Intellectualisme/Volontarisme, etc.). Cette complexité doit conduire à une critique, à laquelle on ne saurait fixer de terme, de toutes les taxinomies et plus encore de toutes les systématiques qui prétendent canaliser à l'excès le jaillissement des Lumières (même si ce jaillissement, redisons-le, a sa structure, mais infiniment subtile). Elle doit incliner à la méfiance envers ces trop « bonnes idées » qui se targuent d'opérer la synthèse de la pensée d'un siècle, voire celle de l'histoire de la pensée, en dix mots. Et c'est au travers de la réfutation même d'un nombre croissants de « lectures », soit trop unilatérales et trop peu compréhensives, soit erronées, purement et simplement ou relativement au champ de validité qu'elles revendiquent imprudemment, que pourra se déployer un savoir plus riche. Au demeurant, le progrès

contemporain déjà souligné de l'histoire de la pensée procède ainsi : il opère par accumulation, par élimination, par mise en relation, par dépassements intégrateurs des modèles insuffisants par des modèles plus puissants et il livre une intelligence sans cesse enrichie, encore que de plus en plus difficile à maîtriser et toujours partielle et provisoire, de la Modernité.

Mais on comprendra qu'une chose est d'appréhender – approximativement – le lacis du réseau dans sa globalité ou de faire saillir – plus ou moins nettement et complètement – le dessin qu'il trace dans chaque œuvre singulière qu'il traverse et dont la subjectivité l'éprouve, autre chose de prétendre épuiser le sens d'une œuvre collective du type de la Déclaration.

Tout projet qui se risquerait à en livrer une signification ultime et univoque est par avance miné. Une généalogie plausible de la notion de droits de l'homme peut sans doute être esquissée⁴⁵. Une intelligence historique suffisamment assurée de telle proposition particulière de la Déclaration n'est probablement pas tout à fait inaccessible. En revanche, on exclura la connaissance certaine de ce que la Déclaration, en dépit ou à cause de son style élégant et incisif – d'autant plus surprenant qu'il a résulté d'un grand désordre apparent –, entend par droits naturels ou séparation des pouvoirs, ou toute autre notion de ce type – et ce d'autant qu'elle définit fort peu les expressions qu'elle met en œuvre, comme nombre de ses critiques immédiats, à commencer par l'Allemand Jacobi, le souligneront⁴⁶. *A fortiori*, l'accouchement d'un sens d'ensemble de la Déclaration est impossible : un tel sens au demeurant n'aurait pu résulter que de la réception du texte et de son travail ultérieur puisque, du point de vue des rédacteurs, il est patent qu'il ne saurait avoir existé.

Comment livrer en effet le fin mot de la Déclaration? Voici un texte qui intervient après tant de livres et de libelles, tant d'esquisses qui ont fleuri dans les semaines précédant sa rédaction, après d'éclatantes réalisations américaines; après des vœux – à commencer par ceux, répétons-le, de nombres de cahiers de doléances – mais aussi après des manifestations de rejet : frontales pour les unes, plus insidieuses pour les autres, fondamentales pour

quelques-unes, circonstanciées pour certaines; après des choix d'orientation dont il est peu probable que leur complexité ait pu être très largement pensée (celui ainsi de ne pas déclarer les devoirs); après — une fois le principe d'une déclaration adopté à la quasi-unanimité, mais avec tant d'arrière-pensées contradictoires; le 4 août — des discussions, dans la chaleur de l'été 1789, parfois nourries, parfois expédiées, révélant la superficialité de la réflexion de tel ou tel, attestant l'existence de très réelles divergences philosophiques et politiques entre ceux qui avaient quelques connaissances en ces matières.

Voici un « catéchisme national » ciselé au sein de conflits, parfois vifs et affectant la démarche d'ensemble comme chacune de ses étapes, après des coups de théâtre — le retournement apparent de Mirabeau, le choix de l'obscur projet du Sixième bureau... —; après des revirements ou des inflexions d'attitude en tout sens. Voici une œuvre doctrinale dont la rédaction n'a cessé d'interférer

avec le mouvement révolutionnaire en cours. Voici des Tables de la Loi qui sont le résultat de découpages, de collages et de rapetassages, le fruit de négociations, de transactions, de consensus dont la signification subjective a varié d'un Constituant à l'autre. Voici, en bref, une proclamation qui a une puissance portée intellectuelle et juridique mais dont la composition n'a pas été effectuée par un philosophe dans le calme de son cabinet — même pas par un petit groupe : la comparaison du texte définitif et du projet du Sixième bureau révèle bien davantage que des différences ponctuelles — et n'a pu qu'interagir avec une « logique politique ». Dira-t-on que la Déclaration nous livre ici une formulation moyenne de l'esprit de certaines élites du temps? Assurément, si tant est qu'une telle proposition ait un sens. Mais, si on l'admet, loin d'en tirer la conséquence que la philosophie de la Déclaration est accessible, il faut au contraire incliner à douter du fait qu'il y ait pu y en avoir une s'il n'est pas exclu en revanche que telle mouvance ait davantage imprégné les esprits qu'une autre.

Document 5: P. WACHSMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n° 2, 1985, p. 13.

L'absorption du droit naturel dans le droit positif

« Déclaration », le texte qui nous occupe dénie son caractère constitutif : l'Assemblée nationale « reconnaît et déclare » les droits ; elle renvoie, dans

son article 2, aux « droits naturels et imprescriptibles de l'homme », dont la caractéristique est précisément d'exister en dehors du texte et antérieurement à lui. On serait donc tenté d'analyser la Déclaration comme consacrant sinon une inféodation pure et simple du droit positif au droit naturel, du moins un renvoi du droit positif au droit naturel. Or, c'est tout le contraire : la Déclaration est bien constitutive et la référence au droit naturel sert simplement à légitimer l'ordre juridique auquel elle donne naissance.

Compte tenu de l'ampleur du bouleversement que représentait la constitution d'une fraction du tiers état en Assemblée nationale constituante, la référence à une nature douée d'antériorité par rapport à toute histoire et d'éternité permet de légitimer l'entreprise et d'en masquer l'incroyable audace. Le droit naturel est à cet égard un alibi commode ; il offre un moyen rêvé de dénégation : loin de fonder un nouveau régime politique, l'Assemblée nationale se contenterait de remonter aux sources de tout régime politique. Ce qui est escamoté, dans l'opération, c'est tout simplement l'énonciation constituante qui est cependant l'essence de la Déclaration de 1789 et sa nouveauté radicale.

Il n'est que de se référer, à cet égard, au texte même de l'article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. *Ces droits sont* la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » (c'est nous qui soulignons). Il est clair que l'énumération est ici exhaustive ; le droit positif ne renvoie pas au droit naturel comme à un ordre distinct de lui auquel il se subordonnerait ; au contraire, il se charge d'énoncer quels sont les droits naturels dont la conservation forme le but de l'association politique. L'effet de cette énonciation est évidemment d'absorber ces droits naturels dans le droit positif : comme le roi Midas transformait en or tout ce qu'il touchait, le droit positif intègre les droits « naturels » qu'il reconnaît. C'est dire que seuls feront partie du droit positif les droits « naturels » que le droit positif acceptera de reconnaître.

Au demeurant, les membres de l'Assemblée nationale n'ont pas méconnu la fonction constituante (et donc constitutive) de la Déclaration. Ainsi Malouet précise-t-il, le 1^{er} août 1789, « il n'est aucun des droits naturels qui ne se trouve modifié par le droit positif »¹⁴, tandis que le projet déjà cité de

Sieyès indiquait que les représentants de la nation française « reconnaissent et consacrent, par une promulgation positive et solennelle, la déclaration suivante des droits de l'homme et du citoyen »¹⁵.

L'efficacité de la référence au droit naturel sur le plan du droit positif est donc nulle : le droit positif est un système clos qui n'ouvre aucunement sur un droit naturel supérieur à lui. Les membres de l'Assemblée nationale n'ont pas manqué de repousser la proposition de Mirabeau qui prévoyait le droit pour chaque citoyen d'avoir chez lui des armes lui permettant de s'insurger en cas d'atteinte à la liberté : les « raisons de prudence » invoquées pour rejeter l'article indiquent clairement une volonté de ne pas tolérer de contestation du droit positif¹⁶. La même signification s'attache à la modification apportée au texte d'Alexandre de Lameth, « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a évidemment de bornes que celles qui assurent à tous les membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi », d'où l'adverbe évidemment a été retiré pour « éviter de rendre tous les citoyens juges de la loi »¹⁷ : une fois encore, on s'attache à priver la référence au droit naturel de toute conséquence concrète ; c'est bien un monopole d'édition du droit qui est reconnu au législateur.

L'intérêt de la référence au droit naturel est donc purement idéologique : elle opère selon le processus analysé par Roland Barthes dans ses *Mythologies* : « Nous sommes ici au principe même du mythe : il transforme l'histoire en nature »¹⁸. Le jusnaturalisme proclamé par la Déclaration de 1789 participe pleinement de l'idéologie bourgeoise dont Barthes étudie le fonctionnement dans le mythe : « On feint de confondre, dit encore Barthes, l'ordre politique et l'ordre naturel, et l'on conclut en décrétant immoral tout ce qui conteste les lois structurelles de la société que l'on est chargé de défendre »¹⁹. Voilà qui caractérise fort bien le propos de la Déclaration des droits de l'homme en son préambule : il s'agit de condamner l'Ancien Régime et de légitimer l'ordre nouveau par l'invocation de l'ordre naturel.

La fragilité et la vanité de cette démarche sont fort bien illustrées par la réversibilité de cette référence à la nature. L'une des constantes de la pensée contre-révolutionnaire n'a-t-elle pas été, en effet, de critiquer la démarche révolutionnaire en l'accusant de méconnaître l'ordre naturel des choses ? C'est ainsi que Burke voit dans les droits de l'homme des droits métaphysiques et simplistes, inadaptés à « la nature de l'homme »²⁰. La référence à l'ordre naturel est donc fort équivoque, comme le dévoile impitoyablement l'œuvre de Sade. *La philosophie dans le boudoir* comporte un texte, intitulé à la manière des révolutionnaires *Français encore un effort si vous voulez être républicains*, où se trouve subvertie toute tentative de fonder en nature un ordre social quelconque. Une dialectique étincelante permet en effet à

l'auteur de s'appuyer sur la nature pour développer une apologie du meurtre, du vol et de la débauche. Défi intenable lancé à toute socialité, l'œuvre de Sade ne réunit pas par hasard contre elle tous les pouvoirs — l'Université ne manquant pas à l'appel, qui évacue simplement Sade de l'histoire des idées politiques... Nul pourtant mieux que lui ne fit voler en éclats le mythe de la nature comme fondement de la loi.

« Le jusnaturalisme tend à nous masquer l'aspect le plus essentiel du droit : son appartenance au monde culturel — et non pas au monde naturel justement », écrit avec force M. Paul Amselek²¹. C'est à une telle tentative que se livrent les auteurs de la Déclaration de 1789 lorsqu'ils se réfugient derrière l'alibi d'une nature, refusant d'assumer jusqu'au bout la grandeur de leur œuvre historique, qui est d'avoir consacré des droits assurant la dignité de l'homme, abstraction faite des particularismes de sa situation et de ses déterminations naturelles²².

L'INFLUENCE DU MESSAGE IDÉOLOGIQUE

Dix ans après son adoption, la déclaration, ni dans sa version originelle ni dans ces deux répliques successives, n'a plus sa place dans le droit constitutionnel français.

La déclaration de 1789 n'a-t-elle été qu'un éclair fulgurant ? Même à l'avènement de Bonaparte, il aurait été faux de le penser. Ni l'adoption d'une nouvelle déclaration en 1793, ni l'absence de toute déclaration en 1799, ne l'avait rendue caduque. Elle n'était pas seulement un texte au statut juridique équivoque. En tant que message idéologique, elle n'avait pas besoin pour survivre d'être liée à une constitution ; en tant qu'acte fondateur d'une nouvelle société en France, elle avait une signification historique qui garantissait sa pérennité.

En 1789, l'Assemblée en adoptant les 17 articles de la déclaration n'avait pas entendu légiférer mais déclarer des droits liés à la nature de l'homme donc immémoriaux, même si au cours des temps ils avaient pu être oubliés. Il s'agissait de la proclamation solennelle de droits qui existaient préalablement à leur formulation. C'étaient, comme l'avait expliqué, Champion de Cicé, le 27 juillet, des « vérités premières dont l'exposition avait pour objet d'imprimer une force qu'elles tiennent de la morale et de la raison ; qu'elles tiennent de la nature qui les a déposées dans tous les cœurs... ». Gouverneur Morris trouvait d'ailleurs que les députés français, en se plaçant ainsi sur le terrain de la philosophie politique, avait pris le risque de méconnaître les différences existantes entre les hommes et la spécificité de chaque société. « Le législateur, écrit-il qui voudrait ramener les sentiments de l'humanité à la mesure métaphysique de sa propre raison ferait preuve de peu de science quoiqu'il puisse déployer beaucoup de génie. »

Pourtant, c'est bien grâce à sa formulation abstraite, apparemment dégagée du contexte français, que la déclaration, en 1789, a pu être perçue à travers les âges et au-delà des frontières nationales comme un manifeste libérateur. C'est à la fois sa vocation universelle, la qualité de son expression, la force idéologique du message qui devaient lui assurer la pérennité. Gouverneur Morris reconnaîtra lui-même dans une lettre à Carmichel, le 25 janvier 1793 : « Il est vrai que les armées françaises sont partout couronnées de grands succès. Les villes tombent devant elles sans coup férir et la déclaration des droits produit un effet comparable à celui des trompettes de Jéricho. »

L'ACTE FONDATEUR

En France, avec le recul de deux siècles, on peut soutenir que la déclaration de 1789 a la signification historique d'un acte fondateur. Cette déclaration-mère n'a pu être détruite par ses répliques postérieures. C'est au contraire en vieillissant qu'elle va conquérir l'effectivité juridique qui lui faisait défaut au départ. Jusqu'aux lois constitutionnelles de 1875, aucune constitution ne se borne à décrire l'organisation des pouvoirs publics. Toutes reconnaissent des droits et libertés, soit dans des dispositions dispersées dans différents chapitres, soit dans un préambule ou un titre spécial. C'est vrai de la constitution de l'an VIII où sont reconnues quelques libertés soigneusement choisies. C'est vrai de la charte de 1814 dont le premier titre est intitulé droit public des français. C'est vrai de l'acte additionnel aux constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 dont le dernier titre, le titre VI, est consacré aux droits des citoyens. C'est vrai de la charte de 1830 qui reprend le titre premier de la charte de 1814 sauf l'article qui faisait de la religion catholique la religion d'État. C'est plus vrai encore de la constitution de 1848 : son préambule reconnaît des droits et devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives et consacre son chapitre premier à la définition de la souveraineté et

le chapitre II aux droits garantis par la constitution. Aux libertés classiques, elle ajoute des droits nouveaux comme le droit d'association et des droits sociaux, comme le droit au travail. On notera, toutefois, qu'aucune de ces constitutions ne fait expressément mention de la déclaration de 1789. La constitution de 1848 se borne à déclarer, dans son préambule, que l'Assemblée nationale est « fidèle aux traditions des grandes assemblées qui ont inauguré la Révolution française ».

LA CONSTITUTION DE 1852 : UNE PREMIÈRE RÉFÉRENCE AUX PRINCIPES DE 1789

Mais, absente des constitutions, la déclaration de 1789 était restée présente dans la conscience populaire. Elle était le symbole des premières conquêtes démocratiques. En un siècle fertile en révolutions, elle était liée au souvenir des grandes figures historiques que l'opinion publique identifiait à la grande Révolution. Son culte avait été entretenu par les milieux libéraux sous la restauration. Jusqu'à son dernier souffle, en 1832, La Fayette s'était efforcé de la personnaliser.

Les cyniques auteurs du coup d'État du 2 décembre 1851 comprendront que l'évocation de la déclaration-mère ne pouvait qu'être valorisante pour un régime plébiscitaire. Dans sa proclamation, Louis-Napoléon n'hésite pas, pour se justifier, à soutenir que sa cause est celle de « la France régénérée par la révolution et organisée par l'Empereur ». La constitution du 14 janvier 1852 est plus précise. Elle « reconnaît, confirme et garantit dans son titre premier les grands principes proclamés en 1789 et qui sont la base du droit public des Français ». Cette adhésion de principe n'était qu'une habile récupération. Sous l'Empire autoritaire, l'opposition et notamment Thiers, historien de la Révolution, eut beau jeu de réclamer les libertés nécessaires au nom même des principes de 1789, réaffirmés dans l'acte constitutionnel du 14 janvier 1852. Il est d'ailleurs significatif que lorsque l'Empire se libéralise en 1870, il est jugé opportun de reprendre dans le sénatus-consulte adopté par le Sénat, le 20 avril, l'article premier de la constitution de 1852. A ce titre, cet article qui n'avait pourtant été jamais abrogé, fut une nouvelle fois soumis à l'approbation des Français et massivement approuvé. Il était de plus en plus évident que les principes de 1789 faisaient recette.

LA III^e RÉPUBLIQUE : LA DÉCLARATION DE 1789, SOURCE DE DROIT

Toutefois, il faudra attendre la III^e République pour que la déclaration des droits devienne une véritable source du droit. Cette réception juridique sera progressive. Elle interviendra sous l'empire d'une constitution, agglomérat de trois lois constitutionnelles qui organisaient les pouvoirs publics sans aucune référence aux droits et libertés. Si les constituants ne les avaient pas mentionnés, ce n'était nullement par hostilité. Ce qui les divisait, c'était la forme monarchique ou républicaine du futur régime beaucoup plus que sa philosophie politique. Sur ce point, il y avait un consensus suffisant pour pouvoir éviter un débat sur des formulations qui n'auraient pu que retarder les choix jugés prioritaires.

Si ce débat avait eu lieu, il aurait, sans doute, fait apparaître que la déclaration de 1789 pour des raisons diverses pouvait obtenir l'adhésion d'une large majorité de l'Assemblée. Ayant servi de préface à une constitution monarchique, elle pouvait, en effet, convenir aux orléanistes; ayant authentifié l'émancipation de la Nation elle pouvait être le manifeste des républicains de conviction; ayant été conçue pour prévenir les excès du pouvoir exécutif, elle exprimait bien les points de vue des députés libéraux, prêts à se rallier à une République conservatrice. Ceux qui redou-

taient les déviations plébiscitaires du concept de souveraineté populaire ne pouvaient qu'être rassurés par sa définition de la souveraineté nationale et du mandat représentatif. Après la grande peur engendrée par la Commune, la bourgeoisie n'aurait pas été fâchée de rattacher le nouveau régime à un texte qui attribuait à la propriété un caractère sacré.

Paradoxalement, le silence des constituants ouvrit à la déclaration la voie du droit positif. Les systèmes politiques ont, en effet, horreur du vide idéologique. Même un code de procédure parlementaire comme la constitution de 1875 n'aurait pu devenir opérationnel sans un corps de doctrine. Il y avait une telle adéquation entre la pratique du régime et la philosophie de 1789 que même au moment où les républicains devinrent majoritaires dans les deux assemblées, il ne fut pas jugé nécessaire de la consacrer par une reconnaissance constitutionnelle. Il suffisait de la constater dans les discours officiels et de la démontrer par une législation libérale. La déclaration faisait partie du patrimoine national. L'héritage des grands aïeux n'avait pas besoin d'être officiellement accepté pour être recueilli avec ferveur et piété.

Du point de vue politique, à partir de la présidence de Jules Grévy, la déclaration de 1789 contribue à l'enracinement du régime républicain. C'est un instrument pédagogique. Elle tend même à devenir un catéchisme laïque. Les instituteurs, « ces fantassins de la République », l'utilisent pour apprendre aux écoliers les principes essentiels de la vie sociale et des institutions politiques. En soulignant le retentissement des idées de 1789 à travers le monde, ils exaltent leur patriotisme et forment leur sens civique. Ainsi, de manière durable, la déclaration de 1789 est appelée à pénétrer la sensibilité des Français. Les célébrations commémoratives à l'occasion du centenaire de la Révolution l'avaient d'ailleurs fait bénéficier d'une publicité exceptionnelle.

Associée à l'évocation des grands événements révolutionnaires, elle devient plus populaire que la constitution elle-même. Les lois constitutionnelles en vigueur sont, en effet, trop austères et techniques pour susciter un grand intérêt en dehors du cercle des initiés. Elles sont issues d'un processus d'élaboration laborieux et sans éclat. Par contraste, les origines glorieuses et spectaculaires de la première déclaration lui donnent un prestige que le régime né dans l'humiliation d'une défaite avait tout intérêt à exploiter. Il en avait le droit puisque, devenant de plus en plus républicain, le législateur va mettre en œuvre, dans plusieurs domaines, les principes de 1789, au point que pour la première fois ils sont vraiment appliqués. C'est en marchant que l'on prouve le mouvement, c'est en légiférant sous son égide que le Parlement de la III^e République fait revivre la Déclaration. Ses grandes lois libérales sont, en fait, le constat de sa résurgence.

Cette pérennité sera aussi attestée par la doctrine. Duguit donne à la Déclaration un statut si éminent qu'il élève ses principes au rang des « normes supra-constitutionnelles ». D'autres auteurs soutiennent que sans avoir une valeur juridique, ils font partie de la philosophie politique du régime républicain ou sont les éléments d'un pacte fondamental auxquels il ne pourrait être porté atteinte sans remettre en cause les bases de l'ordre social et politique. Pour Hauriou, les principes de 1789 font partie de la constitution sociale de la France. Au Conseil d'État, dans des conclusions (Balduy 10 août - Rec. 637), le commissaire du gouvernement, Corneille, oubliant que la première déclaration fut placée à la tête d'une constitution monarchique, n'hésite pas à déclarer : « La déclaration des droits de l'Homme est explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines ».

Certes, les juges n'acceptèrent pas de considérer qu'ils étaient en droit de refuser d'appliquer les lois pour inconstitutionnalité. Mais il faut reconnaître que la Déclaration des droits

ne les encourageait pas à s'engager dans cette voie. Sa définition de la loi, expression de la volonté générale, semblait la faire échapper à toute censure. Dans sa philosophie générale, elle était légaliste. Elle confiait au législateur, et non aux tribunaux, le soin de définir l'étendue et les limites des libertés qu'elle proclamait. Le caractère ultra-représentatif du régime ne paraissait d'ailleurs guère compatible avec un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception comme l'aurait souhaité Hauriou. Le statut des magistrats de l'ordre judiciaire, très proche en ce qui concerne les carrières de celui des fonctionnaires, ne les incitait pas à entrer en conflit avec les pouvoirs politiques. Les lois sur les libertés étaient, d'autre part, suffisamment nombreuses et précises pour dispenser les juges de faire directement appel à la déclaration des droits de 1789. Ils n'avaient donc pas à se poser la question de savoir si elle avait juridiquement survécu à l'abrogation de la constitution de 1789 et à l'adoption en 1793 d'une nouvelle déclaration approuvée par le peuple.

Le Conseil d'État n'entra pas lui non plus dans ces querelles byzantines. Il se refusa à s'ériger en censeur de la loi. Mais pragmatiquement par des mentions plus ou moins explicites, il considéra que les principes de 1789 étaient intimement liés à la philosophie du régime dont il tenait sa propre légitimité. Dans l'exercice de sa fonction consultative, il les enseigna à l'administration. Dans l'exercice de sa fonction contentieuse, il en imposa le respect lorsque aucune loi ne pouvait lui dicter sa solution. Comme le législateur s'était peu préoccupé de réguler l'action de l'administration, il fut appelé à le suppléer. Il eut donc à façonner un droit administratif. Les principes fondamentaux de la Déclaration des droits lui fournirent les bases de cette construction jurisprudentielle.

Comme le remarque le doyen Georges Vedel, sous le régime de 1875 la Déclaration n'est pas entrée dans le bloc de constitutionnalité. Pourtant, elle est déjà un ensemble de principes de droit positif sans doute non opposable à la loi mais que le juge administratif fait respecter par l'administration lorsque la loi ne forme pas écran entre la constitution et l'acte administratif.

Dans les dernières années de la III^e République, le Conseil d'État d'ailleurs, sans récuser la souveraineté des lois n'entendait plus les appliquer avec le respect religieux des intentions de leurs auteurs. Par une hypothèse audacieuse, il leur prêtait, à priori, l'intention de respecter la philosophie de l'État de Droit. Pour pouvoir interpréter les lois dans leur sens le plus libéral, il avait mis progressivement au point la technique des principes généraux du droit. Sous le régime autoritaire de Vichy, il put, par cette technique, limiter les effets des lois les plus restrictives des libertés publiques, quelquefois même à l'encontre de la lettre des textes.

LE PROJET DE CONSTITUTION D'AVRIL 1946: LA TENTATIVE DE SUBSTITUTION D'UNE NOUVELLE DÉCLARATION

Lorsqu'en 1946, les Français jugèrent, par référendum, qu'il ne convenait pas de revenir aux lois constitutionnelles en vigueur en 1939, on pouvait penser que la nouvelle constitution reconnaîtrait le rôle joué par les principes de 1789 aussi bien dans le combat politique que dans l'évolution législative et jurisprudentielle. Or, le projet de la première assemblée nationale constituante, élue en octobre 1946, était précédé d'une déclaration qui faisait apparaître comme désuète la Déclaration qui les avait définis. Certes, le préambule rappelle leur fonction historique, il n'hésite pas à affirmer leur opposabilité au législateur lui-même. « Aux lendemains de la victoire remportée par les peuples libres sur ceux qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine et viennent d'ensanglanter le monde entier, le peuple français, fidèle aux principes de 1789, charte de sa libération — proclame à nouveau que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés auxquels nulle loi ne saurait porter atteinte et décide comme en 1793, 1795 et 1848 de les inscrire en tête de sa constitution. »

Mais cet hommage aux principes n'entraîne pas l'adhésion à leur formulation primitive ni même leur consécration intégrale. Il n'est pas non plus un brevet de modernité. La nouvelle déclaration (39 articles) est une réception, sous bénéfice d'inventaire des principes énoncés en 1789 par les premiers constituants et dans une rédaction revue et corrigée. Le constituant s'affranchit de la déclaration-mère. Il en trie les articles, réécrit ceux qu'il retient, soit pour préciser les droits reconnus, soit pour les relativiser. Il s'agit de corriger son individualisme. La nouvelle déclaration met également en lumière les insuffisances et le vieillissement de l'œuvre des grands ancêtres. Toute une nouvelle partie intitulée : « Des droits sociaux et économiques » la prolonge et vise à la concilier avec une philosophie d'inspiration socialiste.

Mais on ne touche pas sans risques à un texte symbolique. La déclaration de 1789 avec les années était devenue, pour les Français, un élément de leur mythologie historique et une pièce essentielle du consensus social. La refonte de la déclaration originale fut jugée iconoclaste, ses auteurs, soupçonnés de préparer un changement de société.

LA DÉCLARATION D'OCTOBRE 1946 : LA DÉCLARATION DE 1789 RÉAFFIRMÉE

Le rejet du projet du 19 avril 1946 par 53 pour cent des suffrages exprimés au référendum du 5 mai 1946 avait maintenu en sur-vie la déclaration de 1789. L'adoption (également par 53 pour cent des suffrages exprimés) du projet élaboré par la seconde assemblée nationale constituante, le 2 juin 1946, allait témoigner de sa vitalité. Ce texte de compromis dans son préambule « réaffirmait en effet solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la déclaration de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Ainsi habilement, pour réactualiser la Déclaration des droits, le constituant n'en avait pas rédigé une nouvelle version mais réunissait, dans un même ensemble, les principes fondamentaux définis en tant que tels en 1789 et ceux qui correspondaient aux principaux acquis des régimes républicains. En outre, il proclamait un certain nombre de principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Il innovait donc sans renier le patrimoine, transmis par héritage de la première Assemblée nationale constituante et des précédentes Républiques. Mais par rapport à la III^e République dont l'adhésion aux principes de 1789 n'était qu'explicite bien que très effective, il y avait une clarification. En les reprenant très officiellement à son compte, le préambule confirmait leur introduction dans le droit positif en même temps qu'elle y faisait entrer des principes nouveaux.

Toutefois, vis-à-vis du législateur, ce droit restait incitatif, sans autres sanctions que celles qui pouvaient découler des mécanismes politiques. Quant au contrôle de la constitutionnalité des lois, il n'entraînait pas la censure de la loi inconstitutionnelle mais le déclenchement éventuel d'une procédure de révision constitutionnelle visant à la rendre constitutionnelle avant sa promulgation. Or tout examen de la compatibilité d'une loi au préambule était écarté. Bien qu'exprimée de manière négative, la volonté du constituant était formelle sur ce point. « Le comité constitutionnel n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des titres 1 à 10 de la présente constitution. » L'existence de ce contrôle, très timide et imparfait, valait exclusion de tout autre contrôle.

Ce fut du moins la conclusion qu'en tirèrent les juges. S'estimant confortés dans leurs positions traditionnelles, ils n'eurent pas l'audace de considérer que le préambule pouvait les habiliter à refuser d'appliquer une loi qui serait contraire aux principes

qu'il reconnaît ou qu'il proclame. En revanche, les tribunaux de l'ordre judiciaire acceptèrent de tenir compte de ses prescriptions dans les rapports de droit privé. En l'absence de lois contraires, ils jugèrent qu'elles s'imposaient aux particuliers dans leurs actes juridiques. Le Conseil d'État qui appliquait déjà les principes de la Déclaration tout en jugeant rarement nécessaire de la mentionner, trouva, dans le préambule, un encouragement à étendre et à perfectionner la catégorie des principes généraux du droit et à y intégrer les principes de 1789. Quant aux principes nouveaux, dans toute la mesure où ils pouvaient correspondre à des prescriptions de nature juridique, il les sanctionna en prenant la précaution de faire référence expresse au préambule car compte tenu de leur énonciation récente, il pouvait penser qu'ils n'étaient pas encore comme les principes de 1789 complètement assimilés par la conscience juridique.

Document 7 : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le droit comme activité culturelle : une approche positiviste des droits de l'homme est-elle possible ? », in D. ROUSSEAU, A. VIALA (dir.), *Le droit, de quelle nature ?*, Montchrestien, 2010, p. 145.

« « En substance, pour certains, la Déclaration des droits de l'Homme serait une « fausse déclaration » de droits naturels dont la portée resté idéologique et superfétatoire. L'hommage rendu au droit naturel à l'article 2 de la Déclaration dissimulerait un « entier repliement au sein du droit positif ». « La cassure qui scinde les deux phrases de l'article » apparaîtrait ainsi comme « irréparable et scellerait la fin du droit naturel ». La liste des droits naturels énumérés dans la deuxième partie de l'article étant close, « la dynamique du droit naturel est brisée ». Aussi, les renvois à la nature auraient pour seul but de « transformer l'histoire en nature » et de « camoufler « l'audace de l'œuvre constituante ». De surcroît, les nombreuses consécration de la loi comme source du droit dans la Déclaration avaliseraient la démarche essentiellement positiviste de ses rédacteurs.

Une démarche inspirée du positivisme épistémologique tend à réfuter une telle analyse en prenant au sérieux les références faites à la nature par les révolutionnaires. Notamment, la place faite à la loi dans la Déclaration ne signifierait pas que cette première est créatrice de droit mais qu'« il existe un droit naturel à ce que certaines actions ne soient réglées que par la loi ». Par ailleurs, en plaçant la Déclaration de 1789 en tête de la Constitution de 1791, les constituants entendaient rappeler les fondements naturels de l'ordre juridique constitué. Autrement dit, pour bâtir le nouvel ordre constitutionnel, tant les rédacteurs de Déclaration que les Constituants de 1791 privilégient le fondement « ontologique » du droit naturel sur le fondement « historique » de la rupture avec l'ordre ancien. »

Document 8 : CC n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974, R. 25.

Le Conseil constitutionnel,

Vu la lettre du Premier Ministre, en date du 21 décembre 1973, demandant au Conseil constitutionnel de statuer selon la procédure d'urgence prévue à l'article 61, alinéa 3, de la Constitution ;

Vu la Constitution, notamment son préambule et ses articles 61 et 62 ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances et, notamment, son article 42 ;

Vu le code général des impôts et, notamment, son article 180 ;

Oùï le rapporteur en son rapport ;

1. Considérant que les dispositions de l'article 62 de la loi de finances pour 1974 tendent à ajouter à l'article 180 du code général des impôts des dispositions qui ont pour objet de permettre au contribuable, taxé d'office à l'impôt sur le revenu dans les conditions prévues audit article, d'obtenir la décharge de la cotisation qui lui est assignée à ce titre s'il établit, sous le contrôle du juge de l'impôt, que les circonstances ne peuvent laisser présumer l'existence de ressources illégales ou occultes ou de comportement tendant à éluder le paiement normal de l'impôt ;

2. Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ;

3. Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conforme à la Constitution la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974 ;

4. Considérant que cette disposition, qui se présente comme une exception à une faculté ouverte par le législateur d'écarter, au moyen d'une preuve contraire, l'application d'une taxation d'office, constitue donc un élément inséparable des autres dispositions contenues dans l'article 62 de la loi de finances ; que, dès lors, c'est l'ensemble dudit article qui doit être regardé comme contraire à la Constitution ;

5. Considérant, au surplus, que l'article 62 de la loi de finances a été introduit dans ce texte sous forme d'article additionnel en méconnaissance évidente des prescriptions de l'article 42, premier alinéa, de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, aux termes duquel : Aucun article additionnel, aucun amendement à un projet de loi de finances ne peut être présenté, sauf s'il tend à supprimer ou à réduire une dépense, à créer ou à accroître une recette ou à assurer le contrôle des dépenses publiques ;

6. Considérant qu'en l'état il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever aucune question de conformité en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen par le Président du Sénat ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 62 de la loi de finances pour 1974.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

a / Les « droits de l'homme » sont *irréels*. Leur impuissance est manifeste. Que la Constitution française ou ses préambules proclament le droit au travail, il y a en France un million et demi de chômeurs qui n'en sont pas plus avancés. Et qu'on ait inscrit dans la Charte prétendument universelle des Nations Unies des droits à participer aux affaires publiques, aux élections libres, aux loisirs, à la culture ainsi qu'à l'aisance, disons qu'au Cambodge ou dans le Sahel, et dans les trois quarts des pays du globe, ces formules sont *indécentes!*

Leur tort est de *promettre* trop : la vie — la culture — la santé égale pour tous : une greffe du cœur pour tout cardiaque ? Il y aurait, rien qu'avec le droit de tout Français « à la Santé » de quoi vider le budget total de l'Etat français, et cent mille fois plus ! Le dissident soviétique Boussowski s'est émerveillé de voir en Amérique proclamé le « droit au bonheur ». *Quid*, demandait-il, si le bonheur de M. X... est de tuer sa femme ?

Les promesses des Déclarations ont d'autant moins de chance d'être tenues que leurs formules sont incertaines, *indéterminées*. Elles nous accordent la « liberté » : terme dont on s'éténue à chercher une définition. Il est vrai que les textes précisent, ils vous gratifient de la liberté « d'expression ». Encore une promesse impossible ! Et vous auriez tort d'en déduire que seront tolérables les provocations aux violences racistes, ou les faux témoignages.

Et *inconsistantes* : un homme politique préférerait qu'on lui programmât une émission télévisée, et le philosophe dans un congrès un *temps de parole*. Temps qui ne peut être le même pour tous, pas plus qu'infini...

Il est délicieux de se voir promettre l'infini; mais après cela, étonnez-vous si la promesse n'est pas tenue!

b / On répondra que les honnêtes gens ont des vues plus nobles et ne sont pas juristes. Les droits de l'homme ne sont pas « droits » au sens du positivisme juridique, mais un idéal : modèles de réalisation de la liberté individuelle (pour Kant la valeur juridique suprême), et de l'égalité. Des optatifs, des projets d'action politique, de réforme de la société, de bonnes intentions, des *purposes* (ainsi les analystes anglais les ont définis). Encore faudrait-il qu'il s'agit d'un programme *sensé*.

Nous ne reviendrons pas sur ce qu'a d'ethnocentrique — et d'utopique — le rêve d'universaliser le *way of life* américain : le régime des élections libres des démocraties dites occidentales ne paraît pas exportable dans l'Ouganda. Ni sur les vices du régime égalitariste virtuellement contenu dans les droits de l'homme : rendre les femmes juridiquement identiques aux hommes, les bébés aux personnes âgées, et les pauvres aux riches, serait détruire la richesse du monde et sa variété; un triomphe de l'entropie. Peut-être les vœux du socialisme vont-ils dans ce sens. C'est plutôt le résultat contraire que pour ma part j'attendrais de l'art juridique.