Mars 2023

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », dit une célèbre Déclaration en son article premier. « Les hommes naissent libres et égaux en droits, c'est après que ça se complique », répond l'impertinent. Cette boutade illustre bien le rapport complexe des Citoyens avec les droits qui leur sont reconnus et leur articulation avec la réalité quotidienne.

La *loi*, déjà, offre notoirement au profane une complexité peu compatible avec le fameux principe qui pose que nul n'est censé l'ignorer. Ajouter à cela la distinction entre *droit* et *loi* ouvre la porte à tout un lexique bariolé : la *loi* est ainsi l'expression par le pouvoir législatif du *droit objectif* (différent donc du *droit subjectif*, lui-même divisé en droits *patrimoniaux* et *extra-patrimoniaux*). Elle se distingue en cela du *décret* émis pour sa part par le pouvoir exécutif, du *règlement* administratif ou encore de la *directive* européenne. À cela faudrait il aussi ajouter les *conventions*, *coutumes*, et autres *jurisprudences*. On distingue aussi les *droits-libertés* des *droits-créances*, les *droits opposables* de ceux qui ne le sont pas, etc. En quoi ce capharnaüm peut-il utilement éclairer le Citoyen au quotidien ?

Commençons par évacuer une pomme de discorde : « Droits de l'Homme » ou « Droits humains » ? La seconde version répond aux règles relativement récentes de l'écriture dite « inclusive », largement controversée notamment du fait de son caractère injonctif contrariant l'évolution naturelle du langage, et de son écriture aussi disgracieuse qu'imprononçable à l'oral. À cela on pourrait ajouter son caractère exclusif, au rebours précisément de sa revendication, de par sa tendance à exclure les enfants les plus rebelles à l'apprentissage oral de la langue, sans oublier les non-binaires. Mais surtout, en cette occurrence précise, cela reviendrait à ré-écrire l'histoire, sachant à quelles extrémités cette pratique peut conduire ! Ré-écrire l'histoire, c'est s'en éloigner, et donc aussi de ses enseignements.

Sans doute, « l'Homme » pensé par les rédacteurs de 1789 se référait-il au masculin, sinon Olympe de Gouges n'aurait pas été tentée d'y répondre en 1791 par sa « Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne ». Pour autant, faut-il voir ici une volonté délibérée d'exclure une moitié du corps social plus que le reflet des préjugés de l'époque ? Car les femmes y étaient encore loin d'être considérées comme de vrais individus (malgré de trop rares défenseurs comme Concordet) et il faudra encore du temps pour que s'impose comme évidente l'égalité des genres. Ainsi l'ambiguïté de l'exclusion, qui peut s'entendre aussi bien « les hommes seuls et non les femmes » que « les hommes exclusion faite des femmes », a-t-il pu suggérer la pratique de définir l'Homme (avec une majuscule) au sens de « humain » non genré, ce qui a pu être interprété comme sexiste.

Une aporie apparaît pourtant ici qui aurait pu interpeler les défenseurs, certes légitimes, de l'inclusion : l'idée pour le moins curieuse de prétendre changer le sens d'un nom en le remplaçant par son propre adjectif ! L'*homo*, ou *humanus*, désignait à l'origine l'être humain en général et non spécifiquement le mâle de l'espèce, ce dernier étant désigné par le mot *vir* (prononcer « ouir », à l'origine de « viril » « triumvir » ou encore « virago »). Jusqu'à aujourd'hui, le nom « homme » a gardé en français ce double sens alors que son adjectif « humain » n'a conservé que le premier. Une rapide recherche sur les causes de cette bizarrerie révèle la domination exercée pendant des siècles par la parole masculine dans les débats publics, et qui en a profité pour masculiniser le langage. Mais si la redécouverte de noms de métiers féminins tombés en désuétude, comme « autrice », est une bonne chose, prétendre ré-écrire l'histoire en est une autre !

L'inclusion des genres, ou de son absence, passe par la neutralisation du langage et non par la concaténation laborieuse des voyelles, syllabes et points médians. Malheureusement, le genre neutre brille par son absence en français[1], mais ce n'est pas une raison pour ne pas l'introduire. La préférence pour les mots épicènes est un bon début. S'agissant de la confiscation de l'Homme par les *virii*, le combat féminisme pourrait décider de ressusciter la vérité historique en revendiquant que la femme est un homme comme les autres, rétablissant ainsi la synonymie de « homme » et « être humain ». Le défi ne consiste alors pas à trouver un terme inclusif ni même neutre, mais bien un nouveau masculin, *vir* ou autre[2]. Nul ne serait alors besoin de rebaptiser les homo-sapiens ou l'humanité, de ré-écrire une pléiade de locutions latines, le « petit pas pour l'Homme mais un bond de géant pour l'humanité » ou les « Droits de l'Homme et du citoyen».

Ceci posé, le phénomène de concaténation fâcheuse ne s'observe pas que l'écriture prétendument inclusive. On la retrouve aussi dans la multiplication des textes eux-même. Pour commencer, la France n'a pas produit une, mais trois Déclarations des droits de l'homme, écrites respectivement en

1 Encore qu'une théorie intéressante avance que le masculin français ne serait pas issu du masculin latin mais du neutre latin, considérant l'absence de marquage (la voyelle finale caractéristique du genre). La plupart des langues latines marquent en effet respectivement « o » et « a » les genres masculin et féminin. Le féminin français est marqué « e », mais le « masculin » français est non-marqué.

2 Une piste parmi d'autres : une langue vivante évoluant sans cesse, un mot trivial peut finir par entrer dans le langage courant, tout comme un mot « noble » peut finir par se démocratiser. Ainsi, un aristocrate de l'ancien régime, traversant le temps, rirait sans doute de nous entendre appeler « Monsieur » ou « Madame », respectivement le diminutif et le féminin de « Monseigneur », autrefois leur apanage. Question de mœurs et d'époque. Un « gars » s'entend aujourd'hui familièrement, peut-être à cause de son sens étymologique de rustre méprisable (que son féminin « garce » à conservé). Pour autant, le jeune gars ou « garçon » a sa place tout-à-fait correcte auprès des « filles ». Alors pourquoi pas des Hommes répartis couramment en gars et en femmes ?

1789, 1793 et 1795. Ensuite, la France n'a pas eu le monopole de ces initiatives. Un siècle plus tôt, en 1689, la *Bill of Rights* anglaise faisait suite à des textes antérieurs comme la *Magna Carta* ou l'*Habeas corpus*. Aujourd'hui encore, le monde anglophone considère la *Bill of Rights* comme la base des concepts actuels des droits humains. La Déclaration française de 1789 inspira pourtant la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, première production en 1948 d'une ONU qui se montrera par la suite prolifère en textes similaires : *Déclaration des droits de l'enfant* en 1959, *des personnes handicapées* en 1975, *des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* en 1992, *des peuples autochtones en* 2007, ou encore *des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales* en 2018 ! La Déclaration de 1948 sera citée parmi les références de la *Convention européenne des droits de l'homme* de 1953, inspira la *Déclaration universelle des droits de l'animal* de 1978, et même la *Déclaration des Droits des personnes sans abri* publiée en 2019 par la Fondation Abbé Pierre. Enfin, la *Bill of Rights* américaine est pour sa part composée des dix premiers amendements de la Constitution des États-Unis.

La France n'est pas moins productive. Ainsi la Constitution actuelle renvoie dans son préambule à la Déclaration de 1789 comme à d'autres textes jugés tout aussi fondamentaux : le préambule de la Constitution de 1946, réputé « compléter » la Déclaration de 1789 par de nouveaux droits économiques et sociaux « nécessaires à notre temps » (égalité de la femme et de « l'homme », droit d'asile, droits à l'emploi, à l'action syndicale, à la sécurité matérielle...). S'ajoutent à cela les *Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République* (PFRLR), dégagés pour leur part par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État (libertés d'association, de conscience…), les *principes à valeur constitutionnelle* (issus pour leur part de la jurisprudence), les *objectifs de valeur constitutionnelle* (au nombre de 14, parmi lesquels « l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi » [sic!]), et depuis 2004 la *Charte de l'environnement*. Tout cela forme ensemble le *Bloc de constitutionnalité*, autrement dit la Constitution « au sens large ». Pour couronner le tout, les « droits naturels » ou *droits-libertés (*notamment ceux consacrés en 1789) sont des droits dits de « première génération ». Les *droits-créances* (qui nécessitent l'intervention de la collectivité, comme le droit à la santé ou au travail) sont eux de « seconde génération ». Enfin, les droits environnementaux ouverts par la charte de 2004 forment quant à eux une « troisième génération de droits ».

Même un profane peut comprendre l'intérêt de cette inflation déclarative pour la pratique juridique : adapter à l'évolution de la société des principes à valeur constitutionnelle opposables dans une décision de justice. Mais

que deviennent dans cette jungle les citoyens ordinaires ? Pour eux, un droit fondamental reconnu n'aura de sens qu'à partir du moment ou il est effectivement opposable dans la vie courante. On raconte qu'en Allemagne de l'est, du temps de la guère froide, il était de bon ton d'opposer une citation de Marx à un policier venu vous chercher noise. Le temps que ce dernier vérifie, le subterfuge pouvait marcher. Quel usage peut avoir aujourd'hui pour le citoyen les principes pourtant très simples issus de la Révolution ? Comment mettre en pratique l'objet même de la Déclaration, telle qu'énoncée en son préambule, de pouvoir « comparer à chaque instant » les actes du pouvoir avec le but de toute institution politique ? D'autant qu'en la matière, les libertés prises avec les libertés sont légions. Il suffit de considérer entre autres le droit au travail ou le droit au logement. Comment dès lors ne pas être tentés de réduire ces belles idées, à l'instar de la représentante américaine auprès des Nations unies lors des débats sur la Déclaration universelle, à une simple « lettre au père Noël » ?

Comme si la tâche n'apparaissait pas déjà assez compliquée, il faut encore y ajouter l'articulation des droits nationaux avec le droit européen, qui ouvre la délicate question de la « hiérarchie des normes ». Délicate, car dans la pratique, les institutions nationales et européennes évitent au maximum les points de frictions entre les deux pour éviter d'avoir à trancher une question à priori insoluble : le droit national reconnaît la primauté du droit de l'Union sur le droit interne, tout en précisant que la Constitution « reste malgré tout la norme suprême en droit interne ». « Suprême » certes, mais seulement « en interne », autrement dit sous l'Union. Ceci posé, la hiérarchie des normes, qui place traditionnellement la Constitution au sommet, ne vaut que pour un État, et l'Union européenne n'en est pas un. Personne ne sait d'ailleurs exactement ce qu'elle est : plus qu'une simple association d'États sans en être un elle-même, on s'y réfère souvent comme à une entité *sui generis*, c'est-à-dire formant à elle seule sa propre catégorie.

S'il est un domaine du droit ou l'incompatibilité ente les deux apparaît nettement, c'est bien celui du service public. Consacrée par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, à valeur constitutionnelle donc, la *nationalisation des services publics nationaux ou des monopoles de fait* est remise en cause sans ambiguïté par les traités européens qui vont jusqu'à ignorer le concept même de « service public », ne reconnaissant que le sacro-saint principe de concurrence. Tout au plus le vocabulaire européen ne mentionne-t-il que des *services d'intérêt général* (SIG) ou des *services d'intérêt économique général* (SIEG), ces derniers seuls étant mentionnés dans les traités européens, non pas pour les définir avec clarté, mais simplement pour les soumettre aux règles de la concurrence sous une réserve de principe (non compromission de leur mission).

Tout ceci posé, le question reste entière : Comment le simple citoyen peut-il dans la pratique utiliser la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* comme l'ont imaginé ses rédacteurs, et explicitement précisé dans son préambule : pouvoir « comparer à chaque instant » les actes du pouvoir avec « le but de toute institution politique », et le cas échéant constater suivant l'article 16, quand les droits ne sont pas assurés, que la Société « n'a point de constitution » ? Cette possibilité est somme toute comparable à l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». Pour commencer, elle implique de pouvoir en parler en étant armé de la certitude du bon droit. Or, le fatras déclaratif détaillé plus haut offre déjà un panel d'objections possibles qui nécessite pour y résister une culture du sujet peu accessible au commun. Ensuite, la Déclaration de 1789 a connu son lot de critiques qu'il convient de passer en revue pour se garder des déconvenues.

Après l'objection féministe déjà commentée plus haut, on a reproché à la Déclaration de pousser à des prétentions exagérées un Peuple réputé ne pas être capable de savoir que la jouissance de droits implique aussi de se soumettre aux devoirs qui les garantissent. Mais il y a loin de la tourmente révolutionnaire à une citoyenneté responsable. En tout état de cause, le texte n'a pas non plus vocation à se suffire à lui-même hors d'un discours public toujours prompt à en rappeler les conditions d'application. Proudhon, pour sa part, a souligné non sans pertinence que « l'égalité devant la loi » était largement compromise par « l'inégalité de fortune » que permet un texte dont l'inspiration bourgeoise, faut-il le rappeler, reste présente. Mais là encore, il ne s'agit que d'une objection à portée purement pratique qui, si elle questionne effectivement l'expérience des droits énoncés, n'en remet pas pour autant en cause les fondements. Dans un esprit similaire, la critique la plus connue est celle de Karl Marx qui reprocha aux droits énoncés par la Déclaration un caractère purement formel, leur préférant la recherche d'une « égalité réelle » des citoyens.

Enfin, une objection comparable a été émise par l'école dite « utilitariste ». En substance, les adeptes de cette philosophie ne reconnaissent que des droits subjectifs fondée sur le principe « d'utilité », déniant toute réalité à de quelconques droits « naturels » dont la revendication ne refléterait pour eux que l'ardeur militante de leurs promoteurs. Ils dénoncent comme utopique « l'égalité réelle » chère à Marx, dont la recherche politique n'aurait pour seul effet que de décourager les efforts de chacun pour prendre eux-mêmes leur destin en main. On l'aura compris, le courant utilitariste est au cœur de la philosophie « libérale ». Mais si certaines objections peuvent apparaître antinomiques entre elles, toutes se rejoignent paradoxalement sur une caractéristique. Elles revendiquent toutes une finalité : égalité réelle, égalité naturelle, utilitarisme ou quelque autre que ce soit.

Ce point commun, autrement formulé, fournit justement la clé d'un usage adéquat par le Peuple souverain de la *Déclaration* de 1789.

Vérité formelle et vérité substantielle

La revendication d'une finalité est ce qui renvoie dos-à-dos les utilitaristes et toutes les « ardeurs militantes » de la Création. Cela vaut aussi pour la Déclaration d'Olympe de Gouges ou encore pour toute réserve craintive émise par anticipation de telle ou telle conséquence sociale. Un tel énoncé, motivé par la seule expérience pratique, est dit *concret*, *matériel* ou encore *substantiel*. Toutes les déclarations citées, hors celle de 1789, trahissent leur caractère substantiel par l'énoncé même de leurs thèmes. Cela enfin vaut aussi pour les Déclarations françaises de 1793 et 1795, tombées dans l'oubli alors même qu'elles étaient supposées amender la première version de 1789 : celle de 1793 voulait, *en substance*, ajouter des droits-créances aux droits naturels énoncés quatre ans plus tôt, et celle de 1795 visait surtout à prévenir les troubles, notamment par ses rappels aux devoirs.

Seul le texte de 1789 est structurellement différent. Il énonce des droits réputés « naturels » sans autre visée substantielle que de permettre aux citoyens d'apprécier les actes du pouvoir comme le préambule les y invite. Certes, des finalités substantielles sous-jacentes y demeurent décelables, comme la propriété « inviolable et sacrée » d'utilité clairement bourgeoise. Pour autant, le texte continue après plus de deux siècles à « nous parler », comme dit le sens commun, preuve qu'il s'obstine à convoquer notre intuition dans un sens d'agrément malgré les tentatives substantielles de le congédier. Ainsi chacun conçoit aisément l'injustice de se voir privé de ce qui lui est propre, tout en considérant comme injuste les abus manifestes d'une propriété exagérée, mais sans toujours parvenir à placer un curseur objectif entre les deux. L'article 17 sur la propriété, tout comme les seize autres, nous inspire un assentiment que la raison seule ne permet, ni de *contester*, ni d'*expliquer* sans tomber dans la vaine paraphrase. Ils forment ce qu'on appelle des postulats, c'est-à-dire des propositions indémontrables mais indispensables pour former les causes premières, validées par le temps, d'un raisonnement. Un tel énoncé, caractérisé par sa seule cohérence logique sans visée substantielle, est dit *abstrait* ou *formel*.

La Déclaration de 1789 se distingue par son caractère *formel* de toutes les autres qui sont, elles, de nature *substantielle*. On retrouve ici la principale critique de Marx qui opposait, pour rappel, égalité formelle et égalité réelle. Cependant, la logique impose, pour établir la vérité d'un énoncé, qu'il vérifie aussi bien sa construction formelle que sa réalité substantielle observable. La première nous est donnée par le texte. Le seconde relève de l'expérience pratique. Aussi prétendre placer la seconde dans le premier

constitue une erreur fondamentale. La gauche radicale commet de nos jours exactement la même quand elle prétend réduire les droits formels ouverts par le texte de 1789 à une « première génération de droits » appelée à être complétée par les droits-créances substantiels de « seconde génération » ouverts par le texte de 1793. C'est du pain béni pour la critique libérale qui a dès lors beau jeu de disqualifier cette prétention à peu de frais en soulevant, par exemple, l'incompatibilité fondamentale entre le droit-créance au logement et le droit formel de propriété.

Loin de cette impasse, un usage adéquat de la Déclaration est de lui reconnaître au contraire son caractère formel, sanctifié à travers le temps par sa permanence dans le cœur et l'esprit de chacun puis, ceci admis, de rechercher la concordance avec les faits observables, au besoin à la manière d'une enquête policière. Une première difficulté est par exemple posée par le caractère naturel voire « sacré » des droits énoncés. Une contradiction se glisse ici entre, d'un côté, la recherche d'une nouvelle hétéronomie fondamentale propre à concurrencer l'ordre divin disparu, et de l'autre une simple construction juridique. La première, réputée relever de la nature humaine, est par essence non négociable car non liée à la société, la seconde est négociable car elle nécessite une société pour les appliquer. Un argument en faveur du droit naturel pourrait par exemple invoquer un droit de l'homme à faire société comme corollaire de son droit naturel de survie dans une nature hostile, y inclure toute nécessité y concourant, dévoilant ainsi l'hétéronomie cachée dans la permanence.

Aucun autre article n'est plus propice au grand écart conceptuel que le 17 sur la propriété. Machiavel soulignait malicieusement que « les hommes oublient plus facilement la mort de leur père que la perte de leur patrimoine », témoignant du droit « inviolable et sacré » que notre intuition nous dicte pour tout ce dont nous n'imaginons pas être dépossédés. Pour autant, nous jugerons injuste un usage immodéré d'autres propriétés, notamment quand elles se traduisent par des créances excessives auprès de populations en difficulté. Comment résoudre ces intuitions contradictoires ? Certainement pas, déjà, en agitant quelque droit-créance dans une attaque frontale envers les droits formels qui, non seulement les fragilise, mais de surcroît en pure perte, comme vu plus haut.

La solution, comme souvent, passe par la claire compréhension du sens des mots employés qui, comme chacun sait, ont couramment de multiples entendements. En l'occurrence, la confusion porte ici sur les mots *propriété* et *possession*. Un argument formel repose sur des définitions formelles et non substantielles. Ce n'est pas parce le droit actuel entend ces mots comme synonymes que cella satisfasse pour autant la rigueur formelle. Le

droit romain, lui, distinguait les deux, la possession se limitant au simple constat d'un pouvoir de fait sur la chose possédée. De nos jours, elle ne renverrait formellement, au mieux, qu'à une *présomption* de propriété. L'esprit de la Déclaration, avec ses droits naturels, inaliénables et sacrés, s'oppose à la tradition anglo-saxonne qui attribue un caractère plutôt conventionnel à la propriété. C'est pourtant à un anglais qu'on doit la première tentative de définition de la propriété comme un droit naturel. Au XVIIe siècle, John Locke la justifiait par un droit sur son travail comme une extension du droit naturel sur sa propre personne. Certes, la chose est contestable (et contestée). Locke émit cependant une condition qui force la réflexion, c'est qu'il doit « en rester assez, d'une qualité aussi bonne, et même plus que ne pouvaient utiliser les individus qui n'étaient pas encore pourvus ». On entrevoit ici la résolution du paradoxe intuitif : distinguer « ce qui nous est *propre* » de la simple *possession* constatée par la loi.

Par exemple, la « propriété » de la terre, une tradition occidentale relativement récente, à chassé les traditions ancestrales fondées sur l'usage de communs. De même les « propriétés » immatérielles, comme celles dite « intellectuelles », ne renvoient à rien d'autre qu'à une simple protection juridique d'intérêts économiques. Les nombreuses impasses qui compliquent dans les faits une définition objective de la propriété conduisent souvent à la contourner en se référant à un « faisceau de droits » (exclure, exploiter, aliéner). Ce qui est certain, c'est que la propriété, *ce qui nous est propre*, peut être vue comme un droit naturel, donc non révocable, dès lors qu'il est corollaire au droit à la vie. La *possession* simplement constatée par la loi est un droit conventionnel, donc révocable. Sans doute les rédacteurs visaient-t-ils clairement, comme vu plus haut, la défense des possessions bourgeoises désignées comme « propriétés ». Mais l'idée originale est une chose, sa permanence dans l'esprit de chacun en est une autre. Se référer à la Déclaration de 1789 au nom de cette permanence implique de considérer l'idée permanente, quelque soit la visée originelle.

En l'occurrence, si un droit de propriété et un constat de possession entrent en conflit, ils invitent à rechercher et à énoncer clairement la propriété indûment privée par la possession d'autrui et, si la garantie des droits n'est pas assurée, de constater selon les termes de l'article 16 que notre société n'a toujours « point de Constitution ». La puissance formelle de la *Déclaration* de 1789 donne à tout citoyen le pouvoir de faire cela, loin des vaines incantations de tous les textes à prétention substantielle.

« Il y a deux manières de combattre, l'une avec les lois, l'autre avec la force. La première est propre aux hommes, l'autre nous est commune avec les bêtes. »
Machiavel, *Le Prince*