

La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Un patrimoine intangible. Entre espoir d'éternité et risque de rupture

Jacqueline Morand-Deville

1. *Introduction*

Le sujet est singulier car si la DDHC a suscité et continue de susciter tant de discours et d'écrits il est rare qu'elle soit abordée sous l'angle particulier de la patrimonialité. Il est d'actualité car le concept de patrimoine n'a jamais autant été invoqué en droit public, et son succès n'a d'égal que la confusion qui l'éprouve. Et il répond directement à la réflexion sur l'intangibilité d'un texte sacré dont l'avenir oscille entre risques mais espoir.

Les dispositions de la DDHC prêtent à débats et à interprétations multiples. Il s'agira ici de simplifier, de ramener à l'unité en démontrant que l'intangibilité de la Déclaration, qui n'est pas seulement politique et culturelle mais aussi juridique, est une ardente obligation et que l'une des manières d'y parvenir, peut-être la plus radicale, est de s'appuyer sur sa patrimonialité.

Si la notion d'intangibilité, caractère de ce qui est hors d'atteinte, intouchable, irrévocable, est aisée à définir, celle de patrimonialité ne l'est pas. S'agissant de l'intangibilité on pourrait, certes, s'interroger sur la force de l'engagement du peuple français à l'égard de la Déclaration puisqu'il ne s'agit, selon le Préambule de la Constitution, que d'un « attachement » (expression ambiguë) aux droits de l'homme, mais ce serait ouvrir une querelle sémantique de faible intérêt. Le débat sur l'intangibilité doit se déplacer sur sa portée. Etant entendu que la valeur constitutionnelle du Préambule est désormais acquise, étant entendu que le texte constitutionnel est sujet à révision, laquelle est une pratique récurrente (24 révisions en France depuis 1958), comment justifier l'intangibilité des dispositions figurant dans le Préambule et plus particulièrement la DDHC. Pour le dire autrement, l'intégration de la Déclaration au bloc de constitutionnalité entraînerait-elle sa fragilité?

Après avoir analysé le concept de patrimoine qui, en droit public, est en proie à une grande confusion, on tentera de démontrer comment la patrimonialité est à même de rendre intangible la Déclaration. Il s'agira d'une patrimonialité inconditionnelle rattachée au concept de patrimoine commun dont l'universalisme est une garantie d'éternité (1) et d'une intangibilité seulement conditionnelle car l'imprescriptibilité des droits suppose que des précisions et des adaptations soient apportées pour éviter les risques de rupture (2).

2. *Une patrimonialité inconditionnelle. L'éternité par l'universalisme*

Un amalgame obscurcit actuellement le concept de patrimoine en droit public français. Ce désordre patrimonial, dont on parle encore peu, se manifeste par la tendance récente des rédacteurs de textes, parfois de la doctrine, plus rarement de la jurisprudence, à abuser du terme de patrimoine en l'appliquant largement aux biens publics sans distinction, banalisation et altération pouvant avoir des conséquences sur leur protection¹.

Puisant ses origines dans le droit romain, revivifié par la doctrine allemande au XIX^e siècle et transposée en France par les professeurs Aubry et Raux, le patrimoine est un concept de droit privé, proche de la fiction, qui intègre la personnalité et l'universalité pour dynamiser la notion de bien. En droit public, le terme de patrimoine est réservé à des biens d'une nature particulière, élitisme culturel ou naturel rendant nécessaire leur protection. Prenant en compte cette spécificité, la codification a donné lieu à un « *code du patrimoine* » s'agissant du patrimoine culturel, le patrimoine naturel étant traité par le « *code de l'environnement* ».

Mais on assiste, ces dernières années, à un abus de langage dans l'extension de la qualification de patrimoine à l'ensemble des biens publics sans distinction. La cause première est à rechercher dans l'engouement pour la valorisation économique des biens publics et la volonté de s'inspirer des méthodes prétendument miraculeuses de la « *patrimonialisation* » : d'une globalisation de la gestion, on glisse sans s'en apercevoir vers une globalisation du contenu. Cette banalisation, la conception trop utilitariste de l'intérêt général, le glissement de la patrimonialisation vers la marchandisation risquent d'affaiblir les garanties nécessaires à la protection de biens « pas comme les autres ».

La patrimonialité sera ici dégagée de la patrimonialisation et de la valorisation économique et conçue dans son sens étymologique traditionnel, d'héritage à transmettre de génération en génération. Elle concerne, en droit public, le patri-

¹ J. Morand-Deville, *Biens publics et droit de propriété*, in Mélanges J.L. Autin, Presses Faculté de droit de Montpellier, 2012 et *Le patrimoine et ses excès*, in Mélanges P. Bon, Dalloz, 2014.

moine culturel et naturel et se manifeste par une obligation de conservation, protection, transmission.

Cette approche rejoint un courant qui gagne du terrain actuellement, celui de l'essor du concept de *patrimoine commun* qui semble convenir parfaitement à la DDHC et à son universalisme.

2.1. *La Déclaration et le patrimoine commun*

La notion de « *patrimoine commun* » connaît depuis quelques années un tel essor qu'elle s'est aussi banalisée. Ce succès repose sans doute, sur de bonnes intentions et de sincères convictions en faveur de la solidarité et de l'universalisme mais la portée juridique de cette proclamation est mince : des orientations, des incitations, peu de réglementation ou de sanction directe, du moins pour l'instant, et les propriétaires : l'*humanité* ou la *nation* restent des abstractions sans personnalité juridique.

Cette absence d'effectivité se vérifie s'agissant du *patrimoine commun de l'humanité* qui concerne les fonds marins, l'espace extra-atmosphérique et les corps célestes. Ces biens ne sont pas convoités par les Etats car ils ne sont ni exploitables, ni rentables, à l'exception du domaine public hertzien récupéré par les Etats qui en tirent de substantiels profits. On peut penser que dès que les progrès techniques permettront leur *exploitabilité*, la non-appropriation cèdera devant les revendications égoïstes des États souverains.

Il n'en demeure pas moins que l'humanité, concept plus que notion juridique, a sur le plan politique et culturel une haute fonction symbolique, une sacralisation, une promesse a-t-on pu dire. S'agissant du *patrimoine commun de la nation* : territoire, eau, espaces, ressources, milieux naturels et autres éléments du fourre-tout de l'article L 110 du code de l'environnement, il s'agit aussi de déclarations sans véritable portée juridique.

La seule réussite quant à l'effectivité de la protection patrimoniale dans un intérêt commun est celle des biens du patrimoine mondial culturel et naturel inscrits sur les listes de l'UNESCO, selon les préceptes de la Convention de 1972. Le choix de l'expression de « *patrimoine mondial* » (et non de patrimoine international) garantit la souveraineté des États. On pourrait apparenter la DDHC au patrimoine culturel immatériel « dans l'intérêt général de l'humanité », tel que conçu par la convention du 17 octobre 2003 mais ces pratiques et savoir-faire traditionnels ont une dimension et une identité communautariste et non universaliste comme la DDHC.

Quant aux interminables et emphatiques débats sur les *global public goods* et les *global commons* menés par les économistes et les politologues et dont les juristes étaient le plus souvent exclus (v. notamment l'ouvrage, au titre évocateur, de G. Harding, paru en 1999, *La tragédie des biens communs*), ils n'ont guère d'intérêt pour notre propos.

Mais voici que le plaidoyer en faveur de la patrimonialité de la DDHC peut puiser désormais dans le Préambule de la Constitution de 1958 lui-même. Le considérant qui annonce les 10 articles de la Charte de l'Environnement, intégrée au Préambule en 2004, fait de l'environnement « le patrimoine commun des êtres humains ». Et si la notion d'« êtres humains », n'a pas plus de personnalité juridique que celle d'humanité, elle est quand même moins abstraite et semble renvoyer directement aux hommes et à leurs droits

La portée symbolique du patrimoine commun convient bien à la DDHC. Comme elle, il concentre toutes les forces du mythe, ce discours de fiction chargé de séduction, détenteur d'une vérité qui au-delà de la raison rend sensible un message avant de le rendre intelligible, le simplifie, le naturalise servant de « modèle et conjointement de justification à tous les actes humains » (Mircea Eliade).

L'arrimage de la DDHC au mythe du patrimoine commun est ainsi chose aisée et ce rapprochement est d'autant plus mobilisateur qu'une évolution-révolution est en train de renouveler l'approche des droits naturels tels qu'ils étaient conçus en 1789.

2.2. *La Déclaration et le renouveau des droits naturels*

Texte inachevé, statut constitutionnel équivoque, ces faiblesses ont été un bienfait pour la longévité et la force de la DDHC. Si on n'a pas manqué de critiquer l'abstraction des droit « à » et l'oubli des « droits de », cette dimension philosophique et éthique a contribué à sa solennité et à son universalité. Quant à l'incertitude sur sa valeur constitutionnelle et son long séjour dans l'ombre avant la pleine lumière, ils ont sans doute servi sa pérennité et sa capacité à être à la fois de son temps et de tous les temps.

Jusnaturaliste ou positiviste? Les débats sur la nature de la DDHC furent une aubaine pour la doctrine mais ils se sont usés au profit d'une conciliation faisant cohabiter harmonieusement droit naturel et droit positif : celui-ci déclare, celui là dispose et un même acte peut en même temps déclarer et disposer, le code civil en est un modèle et la DDHC elle-même n'y échappe pas. La conciliation sera facilitée par le renouveau du droit et des droits naturels. Si le Préambule de la Constitution de 1946 dans une vision positiviste proclamant les principes

politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps la complète, la Charte de l'environnement dans une approche plus naturaliste la transfigure.

La Charte a, elle aussi, le mérite si rare à notre époque d'une belle rédaction simple et épurée. Les droits et les devoirs, moins abstraits que ceux de la DDHC, ont comme elle une ambition d'universalisme, d'imprescriptibilité et d'héritage à transmettre aux générations futures. Mais il s'agit d'une 3^{ème} génération de droits liés à la nature au sens le plus concret du terme dans la logique du vivant et de l'ordre public écologique. Les temps ne sont plus à la confiance faite à l'homme « maître et possesseur de la nature » et à sa toute puissante Raison pour la gérer. Quant à la querelle entre l'anthropocentrisme (seul l'homme a des droits) et l'écocentrisme (la nature, en elle-même, a aussi des droits), elle est en train de s'apaiser car on a pris conscience de l'indissociabilité des droits de la nature et de l'homme : la constitution équatorienne va jusqu'à faire de la nature un sujet de droit et le préjudice écologique pur vient d'être admis par le juge français.

La DDHC n'a certes pas prévu cette approche écologique des droits naturels mais elle ne l'exclut pas, bien au contraire. Ainsi pourrait-on faire une nouvelle lecture de l'article 17 en concevant la notion de « nécessité publique » comme liée aux catastrophes écologiques et climatiques « exigeant évidemment » des aménagements à apporter au droit de propriété. Ainsi pourrait-on donner un sens aux « réclamations » des citoyens de « tourner toujours au bonheur de tous ». Le terme de réclamation pourrait s'interpréter comme le « droit de participer à l'élaboration des décisions publiques » (art. 7 de la Charte), manifestation de démocratie participative moins équivoque et plus constructive que la « résistance à l'oppression » retenue à l'article 2 de la DDHC.

Et on pourrait- enfin- s'occuper du *bonheur*, proclamé dans l'exposé des motifs mais occulté ensuite comme si cette aspiration trop fuyante et trop sensible, faisait peur aux juristes, embarrassés pour la transcrire en droit positif. Des expressions plus neutres comme le « bien-être » lui seront préférées. Semblable timidité s'est exprimée à l'égard de l'esthétique qui, grâce aux préoccupations environnementales est moins occultée. Beau et Bonheur ne sont-ils pas intimement liés ? La DDHC n'a pas été jusqu'à proclamer comme le fit l'article 1^{er} de la Déclaration, précédant l'acte constitutionnel du 24 juin 1793 : « *Le but de la société est le bonheur commun* ». Elle a choisi un mode moins emphatique présentant le bonheur comme un devoir plus que comme un droit et elle ne se préoccupe pas du bonheur individuel mais du « bonheur de tous » et des seuls « malheurs publics ».

Ce « bonheur de tous » et cette protection contre « les malheurs publics » pourraient être revisités selon les engagements de la Charte de l'environnement qui, dans les articles 1 et 2, affirme le droit de chacun « de vivre dans un environ-

nement équilibré et respectueux de la santé » et le devoir de chacun de « prendre part à la préservation et l'amélioration de l'environnement ». Désormais qualité de la vie et qualité de l'environnement sont intimement liées. Le reproche d'abstraction des droits naturels de l'homme tels que proclamés par la DDHC n'a plus lieu d'être et les malheurs publics alors conçus comme le résultats de l'oppression et des inégalités de l'Ancien Régime viennent désormais aussi des atteintes portées à l'ordre écologique et à la santé. En quelque sorte, la Déclaration était d'avant-garde en concevant le bonheur individuel lié au bonheur de tous, ce qui correspond à l'exigence de solidarité, droit humain et universaliste de la 3^{ème} génération

3. *Une intangibilité conditionnelle. La non rupture par l'adaptabilité*

L'intangibilité de la DDHC est menacée par la frénésie des révisions constitutionnelles et le colloque s'interroge sur une contagion qui irait jusqu'à atteindre sa pérennité. On voudrait démontrer que l'imprescriptibilité des droits est une garantie contre les risques de rupture et que l'intangibilité, qui ne serait alors que conditionnelle, ne se conçoit qu'avec des précisions et des interprétations afin d'adapter ces droits aux évolutions des sociétés.

4. *L'imprescriptibilité des droits*

L'art. 2 DDHC ajoute au caractère sacré et inaliénable des droits de l'homme l'imprescriptibilité qui est une garantie de pérennité plus forte sans doute que celle d'inaliénabilité que l'on trouve dans le préambule de la Déclaration. On rappellera que l'inaliénabilité des biens du domaine public est fragile puisque la personne publique propriétaire décide librement de leur désaffectation et de leur déclassement. Le comportement des bourgeois de la Révolution de 1789 en est un bon exemple puisqu'après avoir procédé à la nationalisation massive des biens du roi, du clergé et des féodaux en proclamant leur inaliénabilité, les représentants de la nation souveraine prirent des mesures permettant les déclassements et le rachat de certains de ces biens. L'imprescriptibilité, qui a moins l'occasion d'être mise en œuvre, a des effets plus radicaux pas question de la remettre en cause même si l'Etat en avait perdu la disposition depuis 6 siècles (affaire récente du pleurant n° 7 du tombeau de Philippe le Hardy).

L'imprescriptibilité mêle présent, passé et avenir, le présent étant archivé comme un passé au profit des générations futures. Le temps ne peut atteindre les principes éternels et immuables de la DDHC qui, arrachés à la mutabilité de

l'histoire, n'ont cessé de pénétrer le droit positif. C'est ainsi que dans les deux actes les plus opposés à l'esprit de la Révolution de 1789 : la Charte de 1814 et l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire, on les retrouve avec quelques nuances et que si le législateur des débuts de la III^{ème} République rejette la proposition de donner valeur constitutionnelle à la DDHC, il décide de l'afficher dans les écoles. Et n'est-elle pas encore aujourd'hui citée par les étudiants chinois ou brésiliens ?

L'imprescriptibilité des droits, la pérennité et l'exceptionnel rayonnement de la DDHC sont à rechercher principalement dans son écriture. Chacun s'accorde à admirer sa rédaction alors que le projet de texte fut élaboré en quelques semaines par des comités et bureaux n'échappant pas aux discussions brouillonnes, qu'il fut abandonnée, mis en suspens puis adopté sans nouveau débat. La DDHC a été accusée d'être « incomplète et tendancieuse » (Godechot). Tendancieuse car trop embourgeoisée, ce qui ne se vérifie qu'avec la sacralisation de la propriété privée. Quant à son incomplétude elle est sans doute un bienfait si on l'analyse comme une épure, une économie de mots, une conceptualisation, et le souci de renvoyer à d'autres normes le soin de donner des précisions.

Même si la disposition des droits manque de logique et mêle droits des individus et droits de la nation, l'essentiel est là et il est heureux, sans doute, que la rédaction suspendue n'ait pas été reprise car elle risquait de prendre la même tournure trop bavarde des Déclarations des droits qui ont suivi : Projet de déclaration girondine des 15 et 16 février 1793 (33 articles), Déclaration précédant la Constitution montagnarde du 24 juin 1793 (35 articles), Déclaration thermidorienne précédant la Constitution du 22 août 1795 (31 articles). Autant de textes n'ayant aucune vocation à la patrimonialité.

La DDHC serait en quelque sorte une épure, ce dessin des charpentiers propre à garantir la solidité d'une voûte, d'une charpente, d'une colonne, un achèvement qui, après les croquis, se trouve débarrassé de tout corps étranger. La simplicité et l'élégance de l'écriture n'ont d'égal que la densité des droits proclamés et qui, dégagés de toute surcharge inutile et contraignante, laisse une grande liberté aux compléments et à l'interprétation. La patrimonialité de la DDHC qui a survécu à une constitution éphémère et à deux siècles de non reconnaissance juridique s'explique d'abord par son écriture qu'aucun rédacteur aussi savant soit-il n'a pu égaler.

La réflexion sur l'intangibilité de la DDHC conduit à aborder la question de la supra constitutionnalité qui servit autrefois aux juristes, tels Léon Duguit, pour demander l'incorporation au droit positif des principes de 1789, ce qui n'est plus nécessaire désormais. Elle peut encore se rattacher au débat sur la hiérarchie des normes constitutionnelles et sur les droits de premier et second rang

et sans développer davantage, on rejoindra alors la position dominante qui distingue entre les dispositions de la DDHC et plus généralement du Préambule et celles du texte constitutionnel. Cette transcendance s'explique par l'imprescriptibilité et le caractère immuable des droits et non par une hiérarchie des normes constitutionnelles.

Imprescriptibles, les droits naturels devront être visibles et communiqués à tous en permanence. L'exposé des motifs insiste, presque lourdement, sur la nécessité d'un texte sacré « *constamment* présent à tous les Membres du corps social » pour leur « rappeler *sans cesse* leurs droits et leurs devoirs ». Les autorités publiques verront leur action confrontées « à *chaque instant* » au respect des principes ainsi exposés. Cette permanence et cette immuabilité sont des éléments de patrimonialité. Et si, on quitte le terrain de la Raison et du droit pour aborder le registre des sentiments et de l'émotion on dira que la pérennité de la DDHC repose sur une aspiration universelle à la liberté, l'égalité, la justice et la fraternité, « credo du nouvel âge » au-delà d'un « catéchisme national » disait Michelet.

4.1. *L'adaptabilité de la Déclaration*

La DDHC proclame, déclare mais ne décrète pas, elle pose des droits mais ne prescrit pas. Il revient au législateur de se préoccuper de leur exercice. Ce constat est unanime ou presque et cette analyse se donne plusieurs raisons dont celle de la place de la Déclaration en tête de la constitution et non dans le corps du texte. Ce choix fut précédé de débats longs et difficiles entre Lafayette et Lally-Tollendal le premier souhaitant isoler la Déclaration le second préférant son incorporation, ce qui l'aurait privée de sa pérennité et de sa patrimonialité. Sieyès fit valoir la nécessité et d'exposer dans un « préliminaire indispensable » des « principes ineffaçables » et des vérités premières qui s'imposent avec évidence.

Ce noyau dur, intangible des droits naturels n'a qu'un caractère déclaratif et sera au législateur et au juge de leur donner un contenu positif en les précisant et en les interprétant. Comme il a été dit, l'interprétation sera d'autant plus libre et constructive que les dispositions sont courtes et ouvertes aux problèmes des temps présents et à venir. Avant même que sa valeur constitutionnelle soit reconnue, la DDHC servait implicitement de repère au législateur pour révéler de nouveaux droits, comme ce fut le cas du riche ensemble de lois sur les libertés des débuts de la III^{ème} République où elle servit souvent de référence dans les débats au Parlement. Et tout en prenant garde à ne pas se faire le censeur de la loi souveraine, le Conseil d'Etat, dans sa fonction consultative et contentieuse rappela souvent le respect dû à ses principes et ne manqua pas de s'en inspirer

lorsqu'il combla les vides laissés par le législateur par la révélation des « principes généraux du droit ».

L'interprétation des dispositions de la DDHC a pris une importance nouvelle depuis la reconnaissance de sa pleine valeur constitutionnelle et depuis le développement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par le Conseil constitutionnel. Le juge fera une pesée appréciative des valeurs en présence mais s'il dispose d'une large liberté d'appréciation il n'a pas la possibilité de « réimaginer ou de réécrire la Déclaration des droits » (Georges Vedel) ni de toucher à « des droits pré-politiques qu'aucun gouvernement n'a le droit de modifier » (H. Arendt). Par ailleurs, lorsque des conflits surgissent entre les dispositions de la DDHC et celles de la Constitution, du Préambule de 1946 ou des PFRLR, l'interprétation soit dissiperait l'illusion du conflit et supprimerait le problème, soit userait d'un compromis recherchant la conciliation puisqu'il n'y a pas de hiérarchie entre les normes constitutionnelles, esprit de finesse plus que de géométrie. Il lui faudra, de surcroît, tenir compte de la position des autres juges des droits et libertés, en particulier, la CEDH.

Il sera intéressant par exemple de suivre les allées et venues entre une subjectivisation du droit administratif et un retour généralisé de l'intérêt général objectivé, de voir les liens qui pourraient rattacher à la DDHC de nouveaux principes réservés pour l'instant à la protection de l'environnement et de la santé, celui de précaution (art. 5 de la Charte) et celui de non régression (loi sur la bio diversité du 8 août 2016, art. L110-1 code env), de l'analyser au regard des nouveaux droits dits « humains ». La meilleure réponse aux critiques malveillantes faites par Edmund Burke Outre Manche contre cette « géométrie orgueilleuse édifiée sur une table rase » et ces hommes considérés comme des « souris dans une pompe à air » est cette faculté d'adaptabilité.

En 1789, Emmanuel Kant interrompait sa promenade solitaire quotidienne pour attendre le courrier de France et les nouvelles sur l'avancement de la rédaction de la Déclaration. La patrimonialité de ce texte admirable est la meilleure garantie de son intangibilité qu'il faut défendre vigilement. Ne répond-elle pas au projet de « paix perpétuelle » de l'éminent philosophe, un Grand projet et aussi un patrimoine commun.

Jacqueline Morand-Deville - Abstract

La Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino del 1789.

Un patrimonio intangibile. Tra la speranza dell'eternità e il rischio di una rottura

L'opera, dopo aver analizzato il concetto di patrimonio che, nel diritto pubblico, è in preda a grande confusione, tenta di dimostrare come la patrimonialità sia in grado di rendere intangibile la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

The Declaration of the Rights of Man and the Citizen, 1789.

An intangible heritage. Amid the hope for eternity and the risk of rupture

After analysing the concept of heritage, which is subject to great confusion in public law, the book attempts to demonstrate how its heritage aspect can make the Declaration of the Rights of Man and the Citizen intangible.