

RÉGÉNÉRATION DES DROITS DE L'HOMME ET/OU CONSÉCRATION DE DROITS NOUVEAUX ?

PAR

Jean-Jacques SUEUR

Professeur à l'Université de Toulon

La juridicité des droits de l'homme fait toujours problème, ce qui ne laisse pas d'étonner, compte tenu de la place que continuent d'occuper ces droits dans les systèmes juridiques occidentaux et, plus encore, dans la représentation de ces systèmes. Or, s'il en est ainsi, n'est-ce pas que ce concept, précisé, si irréductiblement lié au "modèle français" de l'Etat et des libertés¹, loin d'avoir les vertus qu'on lui prête, s'intègre très mal au contraire (et s'est toujours très mal intégré) à l'intérieur des cadres généraux de la pensée juridique moderne², parce qu'il est irréductible aux techniques qui s'y rapportent ?

Quels droits en effet, ne sont pas des droits de l'homme, c'est-à-dire, comme l'écrivait C. Eisenmann des droits pour l'homme, ayant l'homme pour destinataire ou "adressataire"³. En d'autres termes, les droits de l'homme ne sont en fait qu'une catégorie des... droits de l'homme mais, faute de pouvoir rendre compte de cette réalité d'évidence, on en vient, mécaniquement, à réduire la catégorie aux dimensions du genre, quitte à trouver d'autres qualificatifs pour les autres groupes de droits. Le soi-disant dualisme des droits de

1. Cf. Rivero (J.), "Les droits de l'homme, catégorie juridique ?", *Mélanges Sayagues*, Laso, 1969, t. III, p. 22.

2. Au sens que donne à cette expression M. Villey, dans ses différentes contributions à la démystification de l'idéologie des droits de l'homme. Notamment, *Le droit et les droits de l'homme*, P.U.F., 1983.

3. "Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin", *RDP*, 1954, p. 753.

l'homme et des droits sociaux comme d'ailleurs tous les autres dualismes qui occupent le devant de la scène (à commencer par celui des droits-libertés et des droits-créances) ne seraient donc, au total, que le résultat d'une erreur de perspective, inspirée toutefois — aucune erreur n'est innocente — par une certaine vision du droit en général et des droits en particulier.

Cette vision du droit est celle d'un positivisme de l'immédiateté qui, sous prétexte d'objectivité, entend décrire le droit tel qu'il est apparemment "donné" ; c'est-à-dire comme un ordre juridique, statique, "pyramidal", excluant à l'avance toute interrogation sur le développement historique, contingent de cette "pyramide"⁴. Cet oubli du temps comme trait constitutif du juridique⁵ explique le (relatif) succès doctrinal de la thématique des "générations" successives de droits : faute de l'intégrer dans la définition du droit, on en vient à ériger cette qualité singulière en caractère constitutif de l'essence même des droits de l'homme.

La vision dominante du droit subjectif conçu sur le modèle du droit de propriété parachève cette construction doctrinale : les droits sociaux (deuxième génération) ou les droits dits de solidarité ("troisième génération") sont des droits imparfaits, inachevés, etc. parce qu'ils ne sont pas conformes au modèle dominant du droit - sur (sur un bien, sur une valeur, etc.)

Sauf erreur, c'est en droit international que ce raisonnement a vu le jour, sous l'influence d'un nouveau positivisme de l'exégèse⁶.

L'écriture du Préambule de la Constitution de la IV^{ème} République, marque de ce point de vue, une étape importante. On y voit mentionnés, en effet, un certain nombre de droits qui, s'ils ne sont pas tous "nouveaux", font leur première apparition dans un texte de droit positif. C'est beaucoup moins que l'ambitieuse Déclaration votée en avril, mais c'est beaucoup plus que le lourd silence des lois constitutionnelles de 1875. Or, ces droits sont formulés en des termes qui rendent d'emblée, leur juridicité problématique. N'insistons pas sur la question de l'appartenance ou non du Préambule à la Constitution du 27 octobre 1946⁷.

4. Cf. Virally (M.), "Le juriste et la science du droit", *RDP*, 1964, p. 591. Cette "pyramide" — doit-on le préciser ? — n'a plus rien de commun avec le système hypothético-déductif décrit par Kelsen.

5. Cf. sur ce point les réflexions méthodologiques de Virally (M.) dans *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 183 et s.

6. Cf. en particulier, Vasak (K.), "Le droit international des droits de l'homme", *RDH*, 1972, V-1, p. 43 ; voir aussi du même auteur *La Déclaration universelle des droits de l'homme 30 ans après*, *Courrier de l'UNESCO*, novembre 1977 ; *Le droit international des droits de l'homme*, R.C.A.D.I., 1974, IV.

7. Sur ce point, la doctrine est à peu près unanime à admettre que, voté avec la Constitution et dans les mêmes conditions, le Préambule en fait partie intégrante. Cf. par exemple Rivero (J.) et Vedel (G.), "Les principes économiques et sociaux de la Constitution : Le préambule", *D.S.*, 1947, p. 19.

Il y a plus : mis à part une ou deux exceptions notables⁸, les “nouveaux droits” se conjuguent sur le mode du performatif : après que le Peuple ait “proclamé à nouveau” que l’être humain possède des droits inaliénables et sacrés et “réaffirmé”, à ce titre ceux que consacre la Déclaration de 1789, voici que la Nation garantit à l’individu, à sa famille, etc. un ensemble de protections, des “conditions nécessaires” à leur développement, la sécurité matérielle... Autant dire que la Nation s’engage envers elle-même, par le truchement du constituant, à réaliser ces conditions matérielles du bien-être. Elle prend date, en quelque sorte, ce qui confère à l’ensemble du Préambule le caractère d’un texte en devenir dont le sort est subordonné à l’existence d’une stabilité politique que chacun sait très problématique⁹. Cette particularité assigne au Préambule (comme d’ailleurs à la Déclaration d’avril) une double limite : il n’est dissociable ni de sa propre histoire, ni de celle du régime qu’il contribue à fonder. Les “nouveaux droits” sont donc, à la fois, dans le texte — à l’état de promesse — et hors de lui, pour ce qui concerne les conditions concrètes de leur mise en œuvre. Cette historicité fondamentale du Préambule de 1946 est bien le signe d’une époque dans laquelle l’ensemble des forces politiques partagent la conviction que la croissance, orchestrée par un “*Etat modernisateur*”¹⁰, fournira les moyens nécessaires (mais non suffisants) à la réalisation des “droits sociaux”. Les références aux “nouvelles” constitutions européennes ne sont pas absentes, non plus, du débat¹¹. En ce sens, les droits proclamés en 1946 s’apparentent davantage aux droits dits de solidarité qu’à ce que nous désignons encore sous le vocable de droits sociaux ou économiques.

Le Préambule résume ainsi et synthétise, à sa manière, ce que nous suggérons d’appeler la problématique de la nouveauté en matière de droits de l’homme : décrire comme “nouveau” ce qui n’est, en réalité, qu’une revendication inaboutie. Les droits sociaux hier, les droits de solidarité aujourd’hui, constituent des enjeux de pouvoir ; ils sont l’expression d’une contradiction politique non résolue et leur inscription dans le Préambule, dans une Déclaration de droits ou tout autre texte de ce genre, porte témoignage de la lutte dont ils ont été l’enjeu.

Nous nous proposons de nous interroger sur la raison d’être de cette problématique, et aussi sur ce qui en fait la pérennité dans la réflexion contemporaine sur les droits de l’homme. On ne peut qu’être frappé, en effet, de voir des philosophes, curieux de politique, annexer aujourd’hui, sans examen ou presque une telle manière de voir, en venant même parfois à lui conférer des titres de légitimité que les juristes seraient bien en peine de lui donner¹².

8. Droit de grève, liberté syndicale.

9. “Car, dit P. Copeau, la constitution n’est pas autre chose que le cadre dans lequel doit jouer cette liberté que nous définissons aujourd’hui”... (ANC, 2^e s. du 7 mars 1946, *J.O. déb.*, p. 612).

10. Selon la formule de Kuysel (R.), *Le capitalisme et l’Etat en France*, Gallimard, 1984.

11. Constitution de la République de Weimar de 1919, constitution de l’Espagne républicaine de 1931.

12. Cf. la *Philosophie politique* de Ferry (C.) et Renaut (A.), P.U.F., 1985.

Sans esprit de “reconquête”, le juriste se doit donc d’apporter ici sa contribution. Nous tâcherons de le faire, après d’autres et, après avoir rappelé ce que sont, dans le cas du Préambule, ces conflits et les acteurs qui les opposent, de faire la critique de cette problématique de la nouveauté. Ni droits nouveaux, ni — et encore moins droits régénérés — mais droits tout simplement, saisis à différents moments de leur développement historique, en deçà des espérances de l’immédiat après-guerre.

I - ACTEURS ET PROGRAMMES

Commençons par un constat : la période très courte que nous examinons — quelques mois, tout au plus — apparaît beaucoup plus à l’historien comme une... fin de siècle que comme le commencement d’une nouvelle époque : les références idéologiques et politiques qui interviennent dans le débat constituant appartiennent au XIX^e : c’est vrai en ce qui concerne les institutions politiques de la future IV^eme République, mais c’est vrai aussi de la conception dominante en matière des droits de l’homme : on ne s’avancerait pas beaucoup en disant que l’humanisme juridique constitue le plus petit dénominateur commun de tous les partis ou formations présents dans les assemblées et au-delà¹³. Des préoccupations tactiques ne sont pas absentes, bien entendu, dans la genèse de ces “convergences” humanistes ; celles-ci n’en existent pas moins, contribuant pour un temps à gommer ou occulter certaines des contradictions politiques que l’épreuve du pouvoir ne tardera pas à “réactiver”.

Cette continuité apparente ne va pourtant pas sans ruptures : il y a bien du neuf — ou du moins vieux — dans le “discours” constituant¹⁴ mais les forces qui le portent échoueront.

A) Continuité

Rompre avec un passé proche sans rien renier de l’histoire : ainsi pourrait être énoncé en (trop) peu de mots le programme des constituants et ce programme, on le sait, est le même sous ce rapport dans les deux assemblées. Faire “œuvre nouvelle” dira P. Coste-Floret, dans la “fidélité à la tradition républicaine de la France”¹⁵. Il s’agit donc bien apparemment d’une régénération, s’il faut entendre par là une “renaissance de ce qui était corrompu, altéré, affaibli”¹⁶. On en comprend bien les raisons qui tiennent, semble-t-il, à

13. P.-H. Teitgen en donnait une illustration en proposant cette définition de la liberté : “C’est, disait-il, la possession de soi par la personne humaine. C’est ensuite l’épanouissement de cette personne dans l’indépendance et c’est enfin l’affirmation de cette personne” (2^e s. du 14 mars 1946, *J.O. déb.*, p. 777).

14. Cf. Dujardin (Ph.), 1946 : *le droit mis en scène*, P.U.G., 1979.

15. *J.O. déb.*, s. du 20 août 1946, p. 3184.

16. D’après le Robert...

deux éléments d'explications : les premiers sont si l'on peut dire extérieurs aux forces politiques, présentes à la Libération et conditionnent dans une très large mesure leurs prises de position dans tous les domaines ; les autres tiennent au contraire à l'histoire interne (et récente) de ces partis ou formations et aux rapports qu'ils ont entretenus avec la Résistance.

a) Représentants de partis politiques plus ou moins bien structurés, intervenant dans un contexte historique bien particulier caractérisé — du point de vue du rapport des forces en présence — par la mort clinique de la droite parlementaire traditionnelle¹⁷, les parlementaires de l'après-guerre, membres des deux constituantes, sont d'une certaine manière contraints de s'accorder sur un programme minimum qui dépasse très largement les clivages encore en vigueur dans les années 30. L'urgence de la reconstruction nationale, d'une part, la volonté de rompre, aussi solennellement que possible avec le fascisme — idéologie qui s'est d'abord définie en opposition à la tradition des droits de l'homme comme cela sera rappelé plusieurs fois¹⁸ —, viennent encore renforcer cette unanimité relative. Insistons sur ce point, et sur la continuité réelle qui existe entre les deux assemblées : si le résultat n'est pas identique (en avril, une autre déclaration est écrite, alors qu'en octobre, on se contentera de compléter l'ancienne), la référence à 1789 est aussi forte dans les deux cas et revêt ici et là très exactement le même sens ; nier la négation ou pour être plus clair condamner de propos délibéré et par une affirmation "doctrinale" comme le dira P. Copeau des régimes qui ont érigé en doctrine précisément le refus des principes de 1789¹⁹. Personne ne protestera, comme le relève R. Pelloux, lorsqu'il s'est agi de placer en tête de la Déclaration d'avril puis du Préambule d'octobre une formule d'après laquelle "*le peuple français... proclame à nouveau que tout être humain a des droits inaliénables et sacrés*".

On n'est donc pas aussi éloigné qu'on l'a dit, à la veille de l'adoption de la Constitution d'avril, des formules et de l'orientation générale qui finiront par s'imposer dans le Préambule.

L'accord est à peu près général, également, pour constater la crise du gouvernement représentatif dans les années de déclin de la III^{ème} République, si les diagnostics ne convergent pas, loin s'en faut, sur les causes de cette crise²⁰.

17. Cf Rémond (R.), *Les droites en France*, Aubier, 1982, p. 240.

18. Cf. entre autres, les propos de G. Mollet, rapporteur de la commission de la Constitution, devant la première Assemblée constituante : selon lui, les rédacteurs de la Déclaration des droits avaient "*constamment sous les yeux et le texte de 1789, et aussi celui de 1793...*" (séance du 8 mars, *J.O. déb.*, p. 647). J. Duclos, quant à lui, parlera de "*faire le 89 économique*" (2^{ème} s. du 12 mars 1946, *J.O. déb.*, p. 674).

19. Cf. 2^{ème} s. du 7 mars 1946, *J.O. déb.*, p. 611.

20. Pour mémoire, voici celui de J. Laferrière : "*La classe dirigeante, dont les constituants de 1875 avaient compté qu'elle assurerait le fonctionnement des institutions qu'ils établissaient, avait cédé la place à des éléments plus populaires qui maniaient ces mécanismes avec des mains plus rudes sans le souci de respecter le jeu délicat des équilibres qu'il comportait, et qui prétendaient en obtenir la solution de problèmes qui n'étaient plus seulement ceux*

Il est enfin un point qui mérite d'être souligné : le débat constituant a aussi (quoique beaucoup plus marginalement) été le prétexte de certains affrontements autour des libertés, de la conception de la démocratie, etc. Bien entendu, ces affrontements concernent au premier chef la nature du régime politique de la IV^{ème} République et, pour les constituants, membres des deux assemblées élues successivement, cette question était indissociable de celle des libertés ; nous y reviendrons. Mais il y eut aussi des débats plus ponctuels, résurgences de contentieux anciens : toujours la continuité ! Ce sont ces contentieux — celui de la liberté d'enseignement, principalement, mais aussi la question du droit de propriété et celle de la liberté de la presse — non la question des droits sociaux, qui ont mobilisé l'énergie des parlementaires ; ne sous-estimons pas de ce point de vue, la référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; la formule, on le sait, est le fruit d'un compromis tardif, intervenu devant la seconde assemblée constituante. Mais l'hommage rendu à la III^{ème} République n'est pas négligeable, même s'il faut y voir aussi (surtout ?) l'épilogue d'un conflit entre partisans et adversaires d'une consécration constitutionnelle de la liberté d'enseignement²¹ : il signifie que la III^{ème} République comme telle n'est pas reniée dans sa totalité et encore moins dans son principe, en dépit de l'effondrement final. Seules sont incriminées les dérives de la fin d'un régime qui, impuissant à “*se réformer de l'intérieur*”²² en vint à “*gouverner sans le peuple*” comme l'écrira A. Ferrat²³.

b) Le contraste paraît éclatant, en revanche, entre le réformisme sans révolution préconisé par les partis au sortir de la guerre²⁴ et la “radicalisation” dont aurait fait preuve, selon J.-P. Azéma, la plupart des mouvements de résistance, à l'approche de la libération du territoire²⁵. La IV^{ème} République serait donc “*pour presque tous une nouvelle manière de vivre la politique*”, mais aussi “*la remise en cause du capitalisme libéral, la transformation en profondeur des structures économiques et sociales...*”²⁶.

Cette impression paraît d'ailleurs trouver dans les textes issus de la Résistance une confirmation sans équivoque : la “Charte du C.N.R.”²⁷ — texte mythique et cependant si rarement reproduit dans son intégralité — pré-

(suite note 20) pour lesquels il avait été combiné, mais aussi et principalement des problèmes d'ordre économique et social. Le mécanisme constitutionnel restait le même. Le milieu politique dans lequel il fonctionnait s'était transformé”. (*Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 1947, p. 826.)

21. Cf. les explications de Pelloux (R.), “Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946”, *RD*, 1947, p. 367.

22. Goguel (F.), “L'incapacité de la III^{ème} République à réformer ses institutions, 1919-1939” in : Isoart (P.) et Bidegaray (C.) (dir.), *Des Républiques françaises*, Economica, 1988.

23. *La République à refaire*, NRF, Gallimard, 6^è éd. 1945, p. 229.

24. “Des réformes, oui. Des bouleversements, non” résume A. Kaspi, *La libération de la France. Juin 1944 - Janvier 1946*, Perrin, 1995, p. 322.

25. *De Munich à la Libération. 1938-1944*, Seuil, coll. Points, 1979, p. 314 et s.

26. *Ibid.* p. 315.

27. Adoptée le 15 mars 1944.

voyait la réalisation d'un certain nombre d'objectifs au nombre desquels figure "l'établissement (et non le rétablissement) de la démocratie la plus large par la reconnaissance de toutes les grandes libertés, particulièrement celle de la presse, indépendante à l'égard de l'Etat, des puissances d'argent et des influences étrangères". Le droit au travail et le droit au repos sont mentionnés, au même titre que la "garantie du pouvoir d'achat" et la "sécurité de l'emploi"²⁸. S'agissant de la Résistance en général, la question des libertés est, on le comprend bien, assez rarement évoquée en tant que telle : elle va de soi, comme le corollaire de la libération nationale²⁹ et les orateurs, en 1946, ne manquent pas pour relever des filiations entre la Déclaration de 1789 et l'"esprit" de la Résistance³⁰.

Cependant, deux précisions peuvent être apportées qui, sans infirmer tout à fait cette hypothèse, confirment en tout cas celle d'une continuité politique réelle des programmes et des discours des années 30 à la Libération. Tenons compte d'abord de l'extrême complexité de la Résistance — des résistances ? —. Cette complexité et cette diversité³¹ ont leur traduction dans l'histoire des mouvements de résistance : la Charte du C.N.R., à cet égard, peut être lue aussi, comme le signe d'une institutionnalisation, c'est-à-dire, précisément, le passage de l'"anarchie spontanée" (la formule est de R. Quilliot) à une pénétration de plus en plus grande des forces politiques organisées³² à l'intérieur de ces mouvements. L'histoire de cette reconquête des partis dans la Résistance est encore à faire, comme celle de la mise en œuvre, par les partis établis du programme édulcoré des Résistances³³. Quoiqu'il en soit, la réalité historique de ce processus — beaucoup plus vraisemblable que celle d'un hypothétique durcissement — rend compte en partie des contradictions apparentes de la politique des partis.

Que le M.R.P. — nouveau venu mais paré du prestige de la virginité politique — ait joué alors le rôle de modérateur, notamment dans les débats sur les nationalisations, cela ne fait aucun doute ; mais, on ne dira jamais assez les équivoques d'une S.F.I.O. certes présente dans les rangs de la Résistance, mais si inquiète du rôle qu'elle sera appelée à jouer dans l'après-guerre qu'elle en vient très vite à négliger les questions de fond au profit de la stratégie politico-électorale ; l'extrême vigueur des interventions de ses principaux représentants devant les deux assemblées n'en est que plus troublante : n'est-il

28. Voir le texte de ce programme dans Michel (H.) et Mirkine-Guetlevitch (B.), *Les idées politiques et sociales de la Résistance*, P.U.F., 1954, p. 215 et s.

29. Cf. les textes reproduits dans l'ouvrage précité de Michel (H.) et Mirkine-Guetlevitch (B.) ; notamment celui émanant du Comité Général d'Etudes ("sur les réformes à apporter au régime politique de la France", cité p. 111).

30. Giovoni (M.), par exemple. Cf. 2^e s. du 27 août 1946, *J.O. déb.*, p. 3328.

31. Relevée par tous les historiens de la période. Voir ainsi en dernier lieu, Wiewiorka (O.), *Une certaine idée de la Résistance. Défense de la France 1940-1949*, Seuil, 1995.

32. Quilliot (R.), *La S.F.I.O. et l'exercice du pouvoir. 1944-1958*, Fayard, 1972, p. 3.

33. Cf. Charvin (R.), "Les différents morts du programme du Conseil national de la Résistance", à paraître dans les *Mélanges P. Isoart*.

pas question, en effet, chez ces derniers, de “socialisation” de l’économie, c’est-à-dire d’une transition, lente mais certaine vers le socialisme, grâce notamment aux “réformes de structures” ?³⁴ Enfin, il n’est pas nécessaire d’insister sur les ambiguïtés du P.C.F. L’“extrême gauche”, — comme on disait alors — était-elle révolutionnaire ? A-t-elle renoncé à une stratégie de conquête du pouvoir ?³⁵

Complétons le tableau — ce sera la dernière précision — en rappelant que le réformisme n’est pas une idée neuve dans la France des années 1945-1946 ; il s’inscrit, lui aussi, dans la continuité, celle des projets de rénovation des institutions politiques, économiques, sociales qui voient le jour entre les deux guerres, en réponse à la “crise des années 30”³⁶. Ces projets sont contradictoires et ils ne s’inscrivent certes pas tous sous le signe de la fidélité aux idéaux de la Révolution de 1789 : les courants autoritaires ne sont pas absents dans les années d’avant-guerre³⁷. Mais il en va de ces courants comme de la droite partisane d’alors : l’expérience de Vichy les occulte, provisoirement, à la Libération, au profit du réformisme démocratique d’un Léon Blum par exemple³⁸ ou le dirigisme modernisation d’un Pierre Mendès-France.

B) Discontinuités

Elles apparaissent, si l’on veut bien replacer le Préambule à l’intérieur de sa propre histoire. Le passé — celui de 1789, on l’a dit, mais aussi celui de la Révolution de février — est ici relu, recomposé pour ne pas dire reconstitué. C’est peut-être un gage de fidélité aux “grands ancêtres” mais c’est aussi (sur-tout ?) un facteur de contradictions politiques.

a) 1946

Les mots ne sont jamais neutres et le choix du terme préambule pour désigner un texte auquel des orateurs reconnaîtront des vertus de concision et de

34. Voir sur l’attitude de la S.F.I.O. à la Libération, Bouthillier (G.), *La nationalisation du gaz et de l’électricité en France. Contribution à l’étude des décisions politiques*, Thèse, Paris (Dactyl.), 1968 ; et aussi, Andrieu (C.), Le Van-Lemesle (L.) et Prost (A.) (dir.), *Les nationalisations à la Libération*, P.F.N.S.P., 1987.

35. Cf. les mises au point de Ph. Buton pour qui le P.C.F., en dépit du mot d’ordre du rassemblement national, n’aurait pas renoncé en fait à sa stratégie de conquête révolutionnaire de l’appareil d’Etat (*Les lendemains qui déchantent. Le Parti communiste français à la Libération*, P.U.F., 1993)

36. Cf. Touchard (J.), “L’esprit des années 30” in : *Tendances politiques dans la vie politique française depuis 1789*, Hachette, 1960.

37. Cf. en particulier le fameux : “Pour sauver la liberté et la paix, rétablissons l’autorité” (Tardieu).

38. “Nous devons transposer aujourd’hui, écrit-il dans *A l’échelle humaine, la vieille formule des Thiers et des Dufaure : la République populaire sera sociale ou elle ne sera pas...*” (Ed. Gallimard, 1945, rééd. coll. Idées, 1971, p. 135).

brièveté doit être interprété comme un recul : il s'agit, dira M. Le Bail, de "compléter par des considérations générales" la déclaration de 1789, "de l'inclure dans un ensemble de principes"³⁹. On ne saurait mieux dire : alors que c'est la Constitution d'avril qui a été adoptée comme référence dans les discussions qui ont porté au sein de la seconde commission de Constitution sur les questions relatives à l'organisation des pouvoirs publics, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 — *vade mecum* de cet humanisme juridique auquel tous les constituants se croient liés — sert de base, dans la perspective de l'élaboration du "Préambule".

Les divergences — il y en a — opposent au sein des deux constituantes, non pas gauche et droite, mais libéraux et démocrates ou, si l'on préfère, les tenants de "deux conceptions de la démocratie"⁴⁰.

Le débat a lieu surtout devant la première assemblée, mais nous sommes au cœur du sujet : faut-il en effet, comme le veulent R. Capitant, E. Herriot ou A. Marie, sacraliser les droits de l'homme, en faire pour paraphraser J. Carbonnier les piliers de l'Ordre juridique en voie de constitution ou de reconstitution⁴¹ ; doit-on, au contraire, selon la thèse très provisoirement majoritaire, y voir des principes juridiques contingents, historiquement situés, en faire par exemple — les mots alors n'ont pas perdu tout leur sens — "l'expression de la bourgeoisie libérale triomphante" ? On comprend que le débat en question n'est pas purement philosophique : il y va tout simplement de la nature des droits de l'homme. Ce sont tous et à un titre égal des droits sociaux si l'on accepte le point de vue "relativiste" et, du même coup, pas question d'une hiérarchie entre les droits (encore moins de "générations successives" des droits). Pas question, non plus, d'un contrôle de la constitutionnalité des lois, juridictionnel ou non, sur le modèle de la Cour Suprême des Etats-Unis ou autrement : la seule garantie qui vaille est celle du Parlement lui-même tenu, dira P. Copeau, à une authentique "obligation constitutionnelle" de légiférer⁴².

La position des "libéraux" s'inscrit, on le sait, dans une autre logique, celle de la séparation des pouvoirs conçue, elle-même, comme garantie des libertés (avec pour corollaire l'exigence d'une seconde chambre) ; et surtout elle a pour conséquence d'établir entre les droits ainsi consacrés une discrimination, bien propre à une "instrumentalisation" des droits sociaux. Cette ins-

39. 2^e s. du 27 août 1946, *J.O. déb.*, p. 3330.

40. Cf. Vedel (G.), "Existe-t-il deux conceptions de la démocratie ?", *Etudes*, janvier 1946, p. 5 et s.

41. La formule de R. Capitant est célèbre : "Je ne souris pas lorsque j'entends parler des immortels principes" (Séance du 8 mars 1946, *J.O. déb.*, p. 643). Mais le même orateur précisera un peu plus tard que l'individu a le droit d'exiger de la société des "prestations positives" qui "le mettent dans une condition économique telle qu'il puisse pratiquement défendre ses droits naturels" (*ibid.*, p. 645).

42. 2^e s. du 7 mars 1946, *J.O. déb.*, p. 611.

trumentalisation n'est évidemment pas dépourvue d'arrière-pensées : d'un côté, les "vrais" droits de l'homme (ou droits-libertés) soigneusement "rangés" et "travaillés" selon la formule de F. Longchamps⁴³ et de l'autre les droits sociaux (ou droits-créances), le mauvais élève de la classe ou la folle du logis...

C'est le début d'une longue tradition doctrinale.

b) 1848

Les affinités ne manquent pas, entre les deux préambules, si toute référence à 1848 est effacée dans le texte qui sera adopté finalement. Il est possible même de relever une certaine continuité thématique, comme l'indiquait R. Pelloux : références solidaristes, reconnaissance de la communauté familiale comme telle, mais sans que lui soient reconnus des droits spécifiques⁴⁴.

Cependant, ces convergences sont trompeuses pour des raisons qui ne sont pas toutes de circonstances. C'est ainsi par exemple que le plus énergiquement novateur de tous les droits sociaux, le droit au travail, trouve dans le Préambule de 1946 une consécration ambiguë, bien en deçà des ambitions affichées par les "démocrates-sociaux" un siècle plus tôt. Droit au travail était synonyme alors d'organisation du travail et de la production, de "socialisme", au sens où l'entendait Tocqueville en l'opposant à ce qu'il nommait la démocratie ; il n'en sera pas question en 1848 et la IIème République est beaucoup plus "proche qu'il n'y paraît sur ce point, de l'esprit de 1789..."⁴⁵.

En 1946, la consécration du droit au travail change radicalement de sens : c'est un devoir avant d'être un droit⁴⁶ et ce renversement est important : le travail, en effet, ne fait alors problème ni dans son existence (le plein emploi n'est pas une utopie) ni dans son essence : le droit-devoir de travailler s'inscrit dans le cadre d'une vision du monde qui fait du travail, de l'occupation salariée le mode exclusif de socialisation de l'individu, le seul légitime. Il est la garantie — l'une des garanties — promise par le nouvel Etat providence en vue d'assurer la "sécurité matérielle" de tous, le corollaire du droit à la vie, si l'on s'en tient à la terminologie du projet de Déclaration proposée (en 1936) par la Ligue des droits de l'homme. C'est E. Herriot, rappelons-le qui, constatant les "lacunes" de la Déclaration de 1789, se dit partisan, dès mars 1946, de la consécration de ces nouveaux droits : droit au travail, droit à la subsistance, droit de l'enfant, etc.⁴⁷

43. Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine APD, 1964, p. 54.

44. *Op. cit.* p. 359 et s.

45. Ferry (L.) et Renaut (A.), *op. cit.*, t. III, p. 133.

46. Même si le droit à l'emploi vient en bonne place, après le droit d'asile.

47. S. du 8 mars 1946, *J.O. déb.*, p. 638.

Tout ceci donne au Préambule une valeur d'actualité à rebours : il est difficile, en effet, de ne pas voir que nous vivons sur les décombres de cette "*approche de l'emploi*"⁴⁸ ; il nous faut aujourd'hui banaliser le non travail et, si possible, repenser l'Etat-providence.

Le droit à la culture, de même, consacré comme par inadvertance (même s'il renvoie sans doute à un projet politique précis qui a pris corps au moment du Front populaire) apparaît comme le substitut d'une liberté d'enseigner que les partis de centre droit renoncent finalement à faire figurer en propres termes.

II - ATTENTES HISTORIQUES ET RÉALITÉS POLITIQUES

A l'instar des hommes de 1789, les constituants de 1946 ont une claire conscience de leur place dans l'histoire et des chances (limitées) de réalisation de leur projet politique. Ils le disent, comme P.E. Guillet — dans le cadre du premier projet de constitution à propos du droit de propriété : l'évolution de ce droit n'est pas achevée déclare-t-il en substance, efforçons nous de l'accélérer⁴⁹. Le droit constitutionnel et le droit constitutionnel des droits de l'homme sont, de la même manière, un droit d'accompagnement du changement social, à la fois droit de transition et droit transitoire. Nous voulons, dira P. Copeau, placer ce régime "*sur la ligne de partage de deux mondes, de deux époques de l'histoire*"⁵⁰.

Au nom des droits de l'homme, il s'agit de "relégitimer" l'Etat en le régénérant, lui. En somme : réhabiliter les droits de l'homme total en stigmatisant l'Etat total.

La régénération n'a pas eu lieu et le "recentrage" intervenu très tôt sous la IV^{ème} République, l'émergence tardive, sous la V^{ème} d'un contrôle de la constitutionnalité des lois activé et "régénéré" lui aussi par la décision historique du 16 juillet 1971, tout ceci nous conduit à jeter, aujourd'hui, rétrospectivement, sur le Préambule un regard analytique qui n'a rien à voir avec ce qu'avaient voulu en faire ses auteurs.

La présentation dispersée des droits, répartis en catégories hiérarchisées à l'intérieur d'un Etat de droit aux dimensions étriquées, pourrait bien être un avatar de ce processus de fixation historique. Faute de concrétisation, les droits sociaux feront assez vite figure d'éléments en surnombre.

48. Rosanvallon (P.), *La nouvelle question sociale*, Seuil, 1995, p. 165.

49. 2^è s. du 7 mars 1946, *J.O. déb.*, p. 619.

50. 2^è s. du 7 mars 1946, *J.O. déb.*, p. 610.

Il n'est pas sûr d'ailleurs que les constituants eux mêmes, par l'étrange unanimité dont ils ont fait preuve dans l'acceptation d'un texte si peu engageant, n'aient pas contribué à leur façon à acclimater dans la doctrine de droit public une interprétation passablement restrictive des droits de l'homme en général et des droits sociaux en particulier.

A) Droits sociaux et régénération de l'Etat

Les droits sociaux à l'époque du Préambule, tout comme les droits de solidarité aujourd'hui, sont un moment dans l'évolution du concept de droits de l'homme tel qu'il a pu être pensé, conçu par ses inventeurs⁵¹. Ce concept doit certes beaucoup au contenu spécifique de la Déclaration de 1789, mais il est aussi autre chose, il requiert de la part de l'historien ou du juriste un effort d'élaboration doctrinale au terme duquel apparaîtra, par exemple, "*le réel profond de l'institution*"⁵², autrement dit l'homme juridique tel que le comprennent les fondateurs de la IV^{ème} République.

Tentons l'expérience, à l'aide des éléments recensés jusqu'ici.

a) Des droits de l'homme aux droits sociaux

Les droits dits de solidarité doivent beaucoup de cette appellation à l'"esprit de 1848". Il est vrai également que c'est bien là — c'est-à-dire au moment où s'élabore le préambule de 1848 — que s'exprime et prend corps non pas l'idée de droits-créances, mais bien plutôt le présupposé selon lequel il y aurait dans l'affirmation du couple droits-libertés / droits-créances une contradiction, logiquement ou politiquement insoluble. L. Ferry et A. Renaut y voient même le creuset où prend naissance cette vision binaire du droit des libertés que seule, à leurs yeux, une réhabilitation de l'idéal républicain (à la française...) serait en mesure de résoudre⁵³.

N'allons pas si loin et contentons-nous de relever que 1946 ne fait que confirmer ce que l'on savait déjà : tout est virtuellement et même explicitement contenu dans la Déclaration "historique", complétée par la Constitution de 1791⁵⁴.

51. Laissons de côté, en la supposant résolue, la question de savoir si l'invention est antérieure ou non à la Révolution française. Voir Barret-Kriegel (B.), *L'Etat et les esclaves*, Calmann-Lévy, 1979.

52. Cf. Benoit (F.-P.), "Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel", *Mélanges Peiser*, 1995, p. 32 et s.

53. Cf. "Philosophie politique", *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 156 et s.

54. Là-dessus, M. Gauchet apporte, textes à l'appui, une démonstration difficilement contestable. Voir en particulier *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989.

A l'Etat libéral, comme le rappelle utilement C. Lefort, il ne faut pas opposer l'Etat providence mais l'Etat totalitaire et s'il peut arriver à celui-ci de prendre "mille mesures" dans le domaine de l'emploi, de la santé publique ou du logement, ce ne sont pas des droits dont il se ferait le "garant" ou le gestionnaire : "*maquillés en droits, ce ne sont que des fournitures que reçoivent les individus, traités qu'ils se voient en dépendants et non en citoyens*"⁵⁵. Cela suffit pour faire justice de la soi-disant dérive totalitaire de l'Etat-providence, nous y reviendrons.

Les droits-libertés, s'il faut continuer de les appeler ainsi, sont moins des droits contre (contre l'Etat, en l'occurrence) que des droits pour — pour l'homme, au sens générique, ou si l'on veut, pour la personne⁵⁶, c'est-à-dire le sujet en tant que tel, et non parce qu'il occupe un rôle, un statut défini par le droit positif (époux, propriétaire, créancier...).

Cette remise en perspective est du plus grand intérêt théorique. Elle conduit à penser que les constituants de 1789-1791 ne concevaient pas du tout les droits de l'homme comme ceux de l'homme "égoïste", de l'homme "séparé de l'homme et de la communauté" assez complaisamment décrit par Marx⁵⁷.

En mentionnant les précédents de 1789, 1793, ou 1848, les auteurs de la Déclaration d'avril entendaient souligner la similitude de leur démarche avec celle des "grands anciens" — au prix de quelques acrobaties historiques sans doute. Mais ils prenaient soin, par ailleurs, de distinguer cette démarche de leur réaffirmation des "*droits inaliénables et sacrés*" de l'"*être humain*". Leur référence au droit naturel, en d'autres termes, s'inscrit dans l'histoire et on force à peine le trait en disant qu'il s'agit là, pour eux, d'un droit naturel historique ou, si l'on préfère, "*à contenu variable*"⁵⁸. Il n'en va plus tout à fait de même cinq mois plus tard, puisque les droits de l'être humain sont maintenant pérennisés, n'étant plus "*périmés*" désormais selon le mot de R. Bruyneel⁵⁹. Ils ne s'en inscrivent pas moins, comme les droits sociaux et économiques, dans le cadre d'un projet de réforme de l'Etat et du droit.

b) Le "nouveau" droit constitutionnel

La sanction du juge en moins — ce qui n'est pas peu de chose ! —, nous voyons bien se dessiner en 1946, comme de nos jours, les espoirs d'une revalo-

55. "Les droits de l'homme et l'Etat providence" in : *Essais sur le politique*, Seuil, 1986, p. 50.

56. On se réfère ici aux analyses de La Pradelle (G. de), *L'homme juridique*, P.U.C / Maspéro, 1979, p. 74 et s.

57. Dans *La question juive*, U.G.E., 1968, p. 37. Cf. les critiques désormais classiques de Lefort (C.) dans "Droits de l'homme et politique" paru dans *Libre* n° 7, Payot, 1980.

58. La doctrine de Stammerl connaît d'ailleurs, à cette époque, un très intéressant retour en grâce, comme le rappelle par ailleurs Y. Poirmeur.

59. 2è s. du 23 août 1946, *J.O. déb.*, p. 3301.

risation du droit constitutionnel, conçu comme la “*constitution du droit*”⁶⁰. Nul besoin, en effet, d’un contrôle ou d’une garantie quelconque, auraient pu dire les membres de la Constituante (la première à coup sûr, la seconde, vraisemblablement) : l’histoire fera son œuvre. Il ne s’agit pas de constituer des droits mais bien d’énoncer un programme en désignant par avance ses destinataires — individus ou groupes. Ce programme, on le sait bien, est à peu de choses près celui qu’énonce (en 1928) B. Mirkine-Guetzevitch : “*L’État — écrit-il — ne peut plus se borner à reconnaître l’indépendance juridique de l’individu, il doit créer un minimum de conditions nécessaires pour assurer son indépendance sociale*”⁶¹.

Cette singularité historique confère aux droits sociaux et économiques énoncés en 1946 un statut très particulier : ils sont le corollaire des réformes de structure, voulues, avec plus ou moins d’enthousiasme, par les partis. Ils apparaissent donc comme la formulation, en des termes compatibles avec l’humanisme juridique ambiant, des décisions politiques qui seront prises (ou l’ont déjà été : sécurité sociale, nationalisations)⁶². Autrement dit, il s’agit d’une nouvelle constitution sociale, peut être pas exactement au sens où l’entendait Hauriou, il est vrai⁶³.

Le Préambule, à cet égard, est bien porteur d’une certaine vision de l’homme, disons de l’homme dans le monde, qui n’est certes pas celle des révolutionnaires ni la nôtre, mais sans laquelle la première serait en partie inintelligible et la seconde impossible.

B) Les droits sociaux et les “mutations” de l’État de droit

L’histoire n’ayant pas fait son œuvre, les droits sociaux et économiques, comme d’ailleurs l’ensemble des dispositions contenues dans le Préambule, changent avec le temps assez sensiblement de statut : ils se détachent de la constitution, pour accéder à celui d’objets. La “redécouverte” de l’État de droit⁶⁴ dans les années soixante-dix n’a pas complètement entamé ce processus d’instrumentalisation. Elle contribue même, probablement, à la réactivation d’un certain nombre de “couples” de notions ou concepts qui composent véritablement l’“axe sémantique” de la pensée libérale⁶⁵ : État providence / État

60. Cf. Favoreu (L.), “Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit”, *RFDC*, n° 1, 1990, p. 71.

61. *Les constitutions de l’Europe nouvelle*, Delagrave, 1928, p. 37.

62. Cf. l’intervention de Giovoni (M.), à propos des nationalisations : 2^e s. du 27 août 1946, *J.O. déb.*, p. 3328.

63. *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 611 et s.

64. Cf. Chevallier (J.), “L’État de droit”, *RDP*, 1988, p. 313 et s.

65. Voir Lochak (D.), “La société civile : du concept au gadget” in : *La société civile*, P.U.F./CURAPP, 1986, notamment p. 54 et s.

protecteur⁶⁶, droits-libertés / droits-créances et, pour tout dire d'un mot, Etat / société civile. Cette redécouverte alimente, on le sait bien, le procès fait à l'Etat providence : la contradiction devient alors politique et conduit à la neutralisation pure et simple du droit social, au nom de la rigueur ou du réalisme sociologique.

A l'évidence, dans la conception libérale de l'Etat de droit, c'est le premier terme qui fait problème, parce qu'il est assimilé à une certaine représentation de l'Etat et de ses finalités, difficilement compatible avec le contenu des droits sociaux. Plus précisément, le thème de l'Etat de droit fait corps, qu'on le veuille ou non, avec une représentation statique de l'Etat-puissance. Or, comme le relève F. Ewald, l'Etat providence, c'est-à-dire l'Etat des droits sociaux paraît au contraire rebelle au droit et à l'idée même de constitution : lui, qui se donne pour fonction d'assurer le progrès social, la compensation des risques, etc., a besoin de mobilité et de changement⁶⁷ et les droits sociaux seraient nécessairement l'expression de cette mobilité, c'est-à-dire, au prisme du classicisme positiviste, imparfaits, inachevés. Il n'en est rien, bien entendu, sauf à rétablir entre les droits sociaux et les autres un clivage de "générations".

a) *Etat providence et Etat de droit : une contradiction ?*

La définition de l'Etat comme limite — la "limite libérale" selon l'expression de F. Ewald⁶⁸ — et comme arbitre de la coexistence des libertés ne se constitue comme telle qu'à une date relativement tardive dans l'histoire des idées. Elle ne prend corps, en effet, qu'au moment où se constitue l'image économiste du marché comme espace du libre échange⁶⁹, c'est-à-dire dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Et voilà bien le paradoxe (la contradiction ?) : c'est cette représentation smithienne de la liberté économique et des intérêts privés en concurrence sur un marché hypothétiquement clos qui en vient, au terme d'un processus d'acclimatation idéologique dont les jalons sont connus à servir de principe de légitimation pour l'ensemble des droits et libertés. L'économique, pour le coup, tient le juridique en l'état et les droits sociaux et économiques deviennent alors purement et simplement impensables parce qu'ils sont supposés s'inscrire à l'intérieur d'un cercle où gravitent toutes les autres libertés. Pour en rendre compte et le faire en des termes compatibles avec l'analyse précédente, il faut nécessairement changer de philosophie politique, revoir à tout le moins l'idée d'une "limite libérale" s'imposant à l'Etat-puissance. La fameuse trilogie inventée par G. Jellinek⁷⁰, opposant aux droits du statut négatif (nos

66. Selon la formule que propose Rosanvallon (P.) dans *La crise de l'Etat-providence*, Seuil, 1981.

67. "Le pacte qui le lie à lui-même implique, pour être respecté, qu'il ne le soit pas" écrit F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, p. 532.

68. *Op. cit.*, p. 57.

69. Cf. sur la contribution d'A. Smith : Rosanvallon (P.), *Le libéralisme économique : Histoire de l'idée de marché*, Seuil, "points", 1989, p. 63 et s.

70. Cette classification a été exposée de manière systématique dans *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1ère éd. 1892).

“droits-libertés”) les droits du statut actif (droits politiques) et ceux qui relèvent du statut positif de la personne (“droits créances”), contribue — et contribuera encore longtemps — à légitimer cette construction doctrinale. L’Etat est prié d’honorer les engagements qu’il a pris et, pour s’en assurer, quel meilleur moyen que de voir là, dans ces engagements et dans le rapport qui en résulte, un lien d’obligation, générateur de droits et de devoirs réciproques ?

Mais ces deux (ou trois) visages de l’Etat ne forment pas une théorie. En fait, ils nous renvoient à des fonctions — supposées — qui sont radicalement incompatibles entre elles : si l’Etat, par son abstention, est garant de certains droits, il est difficile de lui reconnaître aussi des attributions positives visant à assurer le “développement” ou “l’épanouissement” de la personne, sans compromettre par la même occasion ou restreindre les droits du premier type. Les droits sociaux, dit par exemple R. Bruyneel (à propos de la Déclaration d’avril) entérineraient “*un nouvel empiétement de l’Etat sur les droits naturels*”⁷¹. L’Etat providence, en d’autres termes, si on le définit ainsi, est l’artisan de sa propre destruction, de son propre dépérissement.

L’argument, on le sait, n’a pas échappé aux contempteurs du service public ou du “socialisme”... On ne reviendra pas ici sur le fond de la critique qui des libéraux du XIX^e siècle aux contemporains s’en prend à l’idée de droit social comme à celle de la prétention de l’Etat à réaliser le bonheur des hommes, comme l’écrivent L. Ferry et A. Renaut⁷². Insistons cependant sur l’évolution dans la nature des arguments (et du ton) de ces procureurs. Tocqueville, par exemple, ne prétend pas parler au nom d’une vérité scientifique explicative du social ; il livre ses intuitions, ses expériences, ses prévisions⁷³ et l’homme est bien le personnage central dans toutes ces analyses. Il s’estompe, au contraire, et moins qu’il ne disparaisse tout à fait dans le cadre de l’“économisme” historiciste d’un Hayek chez qui “*les seuls liens qui maintiennent l’ensemble d’une grande société sont purement économiques...*”⁷⁴. M. Villey, enfin, n’est pas très éloigné de cet anti-humanisme systématique, lui qui, au nom d’une fidélité opiniâtre au concept romaniste de revendication judiciaire, récusé violemment l’inflation des “nouveaux” droits de l’homme⁷⁵.

71. Voir sur la genèse de cette thématique, Imbert (P.), “Nouveaux droits de l’homme. Nouvelles démocraties ?”, *Actes du VI^{ème} Colloque sur les droits de l’homme de Besançon*. Ed. universitaire de Fribourg, 1991, p. 61.

72. *Op. cit.*, p. 134.

73. Il lui arrive aussi de se tromper... Il se trompe ainsi, selon nous, lorsqu’il prétend que pour les révolutionnaires de 1789, l’assistance de l’Etat est un devoir moral et seulement moral.

74. Ou “*plus précisément catalactiques*” précise-t-il dans *Droit, législation et liberté*, P.U.F., 1982, t. II, p. 135 [cité dans Ferry (L.) et Renaut (A.), *op. cit.*, p. 151]. Il est à relever d’ailleurs que la critique Hayekienne des droits sociaux, probablement la plus virulente, est contemporaine de leur consécration par le Préambule et qu’elle se réclame, formellement, du même combat anti totalitaire : *La route de la servitude* paraît en 1945 en traduction française. Les ouvrages de Von Mises sont connus, eux, depuis 1938.

75. Cf. notamment : *Le droit et les droits de l’homme*, *op. cit.*, p. 7 et s.

Toutes ces analyses convergent en faisant de l'Etat providence l'antithèse des droits subjectifs. Elles reposent — surtout chez Hayek — sur une méconnaissance du rôle de l'Etat et — chez M. Villey — sur celle de la fonction du concept de droit subjectif : “reconnaître” un droit aussi problématique que, par exemple, le droit aux loisirs ou le droit à la culture, ce n'est pas nécessairement attribuer un pouvoir d'agir, encore moins le pouvoir d'agir devant un juge, c'est tout au plus, dans ce cas précis, constituer un titre revendicatif légitime susceptible d'être invoqué lors d'une contestation quelconque, c'est-à-dire délimiter le territoire du sujet.

b) Des droits inachevés ?

Le concept de droit social n'a pas toujours revêtu les dimensions étriquées que nous lui connaissons. G. Gurvitch, inventeur de ce concept, y voyait bien plus largement l'expression de l'universalité du phénomène juridique, désignant par là, tout le droit non étatique, élaboré par des groupements, corporations, etc.⁷⁶ ; le droit sans l'Etat, en somme.

Ne perdons pas de vue ces intuitions des “pères fondateurs”. Elles permettent en effet, nous semble-t-il, de reconsidérer la question de la “valeur juridique” des droits sociaux et, par extension, de celle de tous les “nouveaux” droits. La cause est entendue, dira-t-on, et les dispositions les plus imprécises du Préambule, les plus impropres, en apparence, à une fonction de direction ou d'orientation des comportements sont désormais, assez couramment, invoqués par le juge⁷⁷. Mais le “soupçon” a été long à se dissiper et surtout, il s'agit là d'une stratégie jurisprudentielle bien précise : n'est-ce pas inverser les termes du problème que de s'en tenir, pour ce qui concerne la question de l'appartenance... au droit de telle ou telle catégorie de droits, aux décisions des autorités chargées de l'appliquer ? De plus, tout n'est pas dit et l'on reste perplexe sur ceux de ces droits qui ressortissent à la catégorie dite de la “troisième génération” : droit à la culture...

Il faut y insister une dernière fois, l'imprécision, l'imperfection formelle des droits en cause ne sauraient être invoqués dans ce débat, pas en tout cas comme argument dirimant. Rappelons à ce sujet ce qu'écrivait B. Mirkin-Guetzevitch : “Les droits sociaux souvent ne sont pas réalisés et les déclarations qui les proclament restent un document sans valeur pratique. Ici, nous devons répéter les mêmes considérations que nous avons déjà énoncées à pro-

76. Voir *L'idée du droit social*, Sirey, 1931, et les commentaires de Rosanvallon (P.), *La nouvelle question sociale*, préc. p. 181.

77. “On voit, écrit ainsi G. Vedel, que l'imprécision d'une norme constitutionnelle relative aux droits et aux libertés, si elle peut mettre obstacle à sa mise en œuvre directe sans le relais de la loi, n'empêche nullement qu'elle serve de base à la censure de la loi ou du règlement qui lui est contraire...” (“La place de la Déclaration de 1789 dans le “bloc de constitutionnalité” in : *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1989, p. 56).

pos de tous les textes constitutionnels : la valeur théorique de ces droits sociaux n'est nullement diminuée du fait que dans certains Etats les droits sociaux ne sont pas réalisés"⁷⁸.

Plus exactement, cet inachèvement supposé, cette "incomplétude" comme le dit P. Amssek⁷⁹ est le propre de la réglementation juridique, quel que soit son objet. La règle la plus complète, la plus "achevée" en apparence, ne peut donner que ce qu'elle a, c'est-à-dire une structure grammaticale dépourvue de toute efficacité, de toute vie, tant que les signes émis n'ont pas été éclairés, "colorés" comme l'écrit encore Amssek, par le contexte de sa définition, l'intention de l'autorité édictrice de la règle en question, autrement dit par les "actes de langage" des autorités juridiques⁸⁰. La question de la juridicité ou de la validité d'énoncés qui paraîtraient impropres à la "consommation juridique", parce que imprécis, vagues, purement "déclaratoires", n'aurait donc tout simplement aucun sens.

Des propositions apparemment peu "valides", dépourvues de toute efficacité (exemple : "*La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement*")⁸¹, n'en sont pas moins du droit et, dans l'opération de qualification de ce type d'énoncé, la lecture ne compte pas plus (ni moins d'ailleurs) que le "décodage" des intentions qui ont présidé à leur édicition. Qu'ont voulu dire ou faire les auteurs du Préambule ? Quelles conséquences sommes-nous autorisés à en tirer ? Voilà des questions qui importent autant que celle de savoir si celui-ci est "dans" ou "hors" du texte de la Constitution de la IV^{ème} République.

Ces analyses sont toujours d'actualité : les discussions actuelles autour du droit au logement ou du droit à la ville notamment⁸² ravivent de façon significative tous les malentendus qui viennent d'être évoqués. Dès lors, la réhabilitation de ces droits de la génération perdue va de soi, semble-t-il : ils sont des droits parce qu'ils sont du droit.

78. "Les nouvelles tendances du droit constitutionnel", *RDP*, 1929, p. 573.

79. Cf. "La teneur indécise du droit", *RDP*, 1991, p. 1199 et s.

80. "Philosophie du droit et théorie des actes de langage" in : *Théorie des actes de langage, Ethique et Droit* [Amssek (P.) dir.] PUF, 1986, p. 129.

81. Texte qui, selon R. Pelloux, aurait pu servir de prologue au Préambule dans sa version définitive (*op. cit.*, p. 382).

82. Cf. la discussion à propos de la récente loi d'orientation sur la ville [en particulier les interventions de Morand-Deviller (J.) et Labetoulle (D.), *A.J.D.A.*, mai 1993, numéro spécial, p. 6]