

Droits fondamentaux et formation de la société 1798-1803-1848

MARIO TURCHETTI, UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Le fondement des Droits de l'Homme : droit naturel et histoire¹

Parler de «droits fondamentaux» renvoie immédiatement à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 en tant que texte fondateur, sur lequel les législateurs ont basé divers textes constitutionnels. La Déclaration ou, pour être plus précis, les déclarations, à commencer par celle de l'État de Virginie, en 1776, ont immédiatement montré leurs limites, leurs incohérences, et, par conséquent, ont tout de suite excité des critiques caustiques et des détracteurs d'envergure. En choisissant 1798 comme première date de notre

1. La Chaire d'Histoire moderne générale et suisse de l'Université de Fribourg a organisé une journée d'étude consacrée au thème des Droits fondamentaux et de la formation des nouvelles sociétés. Cette journée s'est inscrite dans le cadre des commémorations de l'anniversaire de la Médiation de 1803. Le propos de cette rencontre a été de dépasser la période de l'Acte de Médiation pour porter une réflexion sur les réalités sociale, politique et constitutionnelle de la Suisse entre les années 1798 et 1848. Une partie des contributions présentées lors de cette journée sont réunies dans cette publication.

journée, nous n'avons pas voulu éluder le chapitre concernant les problèmes inhérents aux déclarations elles-mêmes. Bien au contraire, car en passant sous silence les enjeux des déclarations des droits naturels, nous aurions risqué d'affaiblir la construction que nous avons à édifier sur les conséquences, sur les résultats des textes déclaratoires, qui sont eux-mêmes à la base des Constitutions élaborées dans les divers pays. C'est sur ces Constitutions que nous allons bâtir nos réflexions sur « la formation des sociétés ».

Il n'est pas inutile de rappeler que l'énonciation des droits de nature s'est immédiatement heurtée à l'histoire, à l'histoire comme connaissance du passé. Le binôme « droits naturels – histoire » a réuni les deux éléments d'une contradiction insurmontable qui a donné lieu à des controverses fructueuses. Derrière tout recours aux exemples historiques, l'on soupçonne de bonne heure la tentative de vouloir donner la priorité à ce qui a existé dans le passé et qui est considéré comme parfait, en comparaison de ce qui est nouveau et que l'on veut proposer comme meilleur par rapport au passé. À la veille de la réunion des États-généraux de 1789, le pasteur Jean Paul Rabaut Saint-Étienne ne veut pas entendre parler de la bonté des lois anciennes, qui selon lui cachent le prétendu bien-fondé des privilèges :

On s'appuie sur leur ancienneté [des lois], mais l'ancienneté d'une loi ne prouve autre chose sinon qu'elle est ancienne. On s'appuie de la possession ; mais la possession passée n'est pas un droit à une possession éternelle, autrement il ne faudrait jamais rien changer, même aux abus, car les abus sont une possession aussi. On s'appuie de l'histoire, mais notre histoire n'est pas notre code. Nous devons nous défier de la manie de prouver ce qui doit se faire par ce qui s'est fait ; car c'est précisément de ce qui s'est fait que nous nous plaignons².

Vers 1792, la dialectique entre le fait et le droit ici esquissée est plus éloquente chez l'abbé Emmanuel Joseph

2. Rabaut SAINT-ÉTIENNE, *Considérations sur les intérêts du Tiers-État*, Œuvres, Paris, 1829, 2.245, cité par Roger BARNY, *Les contradictions de l'idéologie révolutionnaire des droits de l'homme (1789-1796)*. Droit naturel et histoire, Paris, 1993, p. 101.

Sieyès. Ce dernier juge regrettable l'habitude que l'on a prise de :

ne décider rien qu'avec les faits ; c'est que le despotisme a partout commencé avec les faits, et qu'en toutes choses, il lui est nécessaire d'offrir ce faux modèle dont il dispose, plutôt que la vérité qui en est indépendante et qui le condamne... Jamais il n'a été plus pressant de rendre à la raison toute sa force et d'ôter aux faits celle qu'ils ont usurpée pour le malheur de l'espèce humaine³.

Cet affrontement entre le fait et le droit rappelle le reproche que Rousseau adressait à Grotius, celui de vouloir édifier la légitimité de l'esclavage par des considérations de fait, tandis que l'auteur du *Contrat social* voulait se fonder sur le droit. Si donc il faut se limiter au droit et à l'observation du présent, qu'en est-il de la recherche des origines, pourtant si importante, des conventions humaines primitives qui ont été à la base des formes juridiques des anciennes associations humaines ? Et Sieyès de répondre à cette prétendue nécessité, en disant qu'il serait faux de croire qu'il existe

quelque part sur la terre, hors de la puissance des tyrans, et à l'abri des ravages du temps, un dépôt sacré où se conservent les archives authentiques des peuples... Les archives des peuples ne sont pas anéanties. Non, sans doute : mais c'est dans la raison et non ailleurs qu'en est le dépôt fidèle et sûr.

Par conséquent, conclut-il, « laissons nos prétendues origines dans les ténèbres impénétrables où elles sont heureusement ensevelies à jamais »⁴. Renonçons à l'histoire et observons les exigences du présent, les « nécessités actuelles » concernant le droit naturel, sur lesquelles nous sommes éclairés en vertu de la raison.

Pour réprouver le recours à l'histoire, d'autres arguments sont avancés, même chez les adversaires conservateurs.

3. Abbé Emmanuel Joseph SIEYÈS, *Vues sur les moyens d'exécution*, p. 29-33, cité par R. Barny, op. cit., p. 101.

4. Ibid., p. 108.

Revenons en 1789, le 1^{er} août, pour entendre Pierre-Victor Malouet admettre qu'il est bon en principe de s'intéresser aux droits naturels et aux vérités immuables.

Mais ces vérités, dit-il, sont de tous âges et de tous les lieux, et on ne peut les méconnaître. Ce n'est pas des droits naturels fixés au berceau des peuplades naissantes qu'il faut s'occuper ; c'est des droits civils, de droit positif propre à un grand peuple réunis depuis quinze siècles, vieilli au milieu des lois discordantes, mais éclairé en ce moment par l'histoire qui n'est qu'une expérience des faits par la philosophie, et surtout par son intérêt, loi suprême des États, comme elle est celle des individus qui les composent. Loin de remonter donc à l'origine de l'ordre social, améliorons celui où nous sommes placés, abandonnons l'homme naturel pour nous occuper du sort de l'homme civilisé ; et, sans chercher ce que nous avons été, ni même ce que nous sommes, fixons ce que nous devons être⁵.

Le droit est donc mis à l'avant des faits, de l'histoire. Dans l'œuvre de construction d'une société, il faut rester attentif à ce que l'on doit être plutôt qu'à ce qui aurait dû être fait dans le passé.

D'autres auteurs, plus proches de la pensée de Rousseau, comme Jean-Baptiste Crénère et Ernest Dominique Duquesnoy, mettent l'accent sur l'état social plus que sur l'état de nature, car dans celui-ci « l'homme n'est ni libre ni esclave »⁶. L'« homme n'est libre qu'en société »⁷, c'est là qu'il possède des droits naturels et imprescriptibles. Dans le débat sur la nature et sur l'état de nature, Jean-François de La Harpe apporte des précisions qui nous intéressent aujourd'hui encore.

5. « Discours du 1^{er} août 1789 », Archives parlementaires, 8.324, cité par J. BARNY, *op. cit.*, p. 111.

6. Jean-Baptiste CRÉNIÈRE, « Discussions sur les droits de l'homme », 19 août 1789, Arch. Parl., 8.348, cité par R. BARNY, *op. cit.*, p. 140.

7. « Opinion de M. Duquesnoy, sur les projets de déclaration des droits », p. 4-5, cité par R. BARNY, *op. cit.*, p. 141.

Nature qui dans le langage usuel, oratoire, poétique, technique etc., a tant de différentes acceptions, n'en a qu'une dans le langage philosophique : il signifie essence. La nature de l'homme, la nature des choses, la nature de l'or, etc., veut dire l'essence de l'homme, des choses, de l'or etc. On voit déjà par cette explication combien il y a loin de la nature de l'homme à ce que l'on appelle vulgairement l'état de nature : cette dernière expression est une sorte de phrase elliptique qui signifie l'état de la nature ébauchée, grossière, informe, par opposition à l'état social qui suppose l'homme plus perfectionné. Il est de la nature de l'homme d'être perfectible et sociable infiniment plus que les autres animaux, car il a les deux grands moyens de perfectibilité et de sociabilité, la réflexion et la parole, c'est-à-dire la faculté d'agir sur ses propres idées, et celle de les étendre par la communication. Sur ces notions certaines et avouées, que l'on juge combien il est insensé de confondre l'état de nature avec la nature, qui l'appelle aux connaissances et aux jouissances sociales⁸.

L'Assemblée nationale a donc bien agi lorsqu'elle ne s'est pas servie de ce mot, « véritablement abusif » d'état de nature, « c'est-à-dire d'un état de dispersion et d'indépendance absolue qui a dû précéder l'état de société ». Il ne faut pas confondre le fait et le droit. L'homme était libre, dit La Harpe, par sa nature avant l'entrée en société. C'est ainsi que la nature, dont il parle, peut s'opposer à l'état de nature, parce que « les principes du droit naturel, fondement nécessaire de tous les autres droits », ne dérivent pas de l'état de nature. Par conséquent, la connaissance historique de cet état primitif ne porte aucun avantage à la connaissance des droits de nature. Ces droits sont inhérents à la nature et non connaissables à travers l'histoire.

Nombreux ont été les députés qui ont attaqué la déclaration des droits en soulignant son inutilité, et ce avant même sa publication le 26 août 1789. Il nous faut construire le droit positif de notre nouvelle société, non pas nous occuper de l'homme primitif dans un état de nature hypothétique. C'est encore Malouet qui exprime avec le plus

8. La Harpe, *Mercur de France*, 6 mars 1790, p. 23, cité par R. BARNY, *op. cit.*, p. 146.

d'éloquence la contradiction qu'implique à faire précéder la constitution des lois positives d'une déclaration de principes, car celle-ci proclame la liberté et l'égalité, alors que la constitution pose les limites nécessaires à cette liberté et à cette égalité. À quoi bon présenter « le principe et l'exception », l'un après l'autre ?

Si vous n'indiquez aucune restriction, pourquoi présenter aux hommes dans toute leur plénitude des droits dont ils ne doivent user qu'avec de justes limitations ? ... Dans de telles circonstances, une déclaration expresse des principes généraux et absolus de la liberté et de l'égalité naturelle peut briser des liens nécessaires. La constitution seule peut nous préserver d'un déchirement universel⁹.

Il convient d'abandonner la déclaration pour ne conserver qu'une Constitution de lois positives. Le but de la déclaration comme préambule de la constitution sera plus clairement énoncé dans la deuxième édition de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, du 24 juin 1793. Le législateur motive cette présence, la déclaration est nécessaire

afin que tous les citoyens pouvant comparer sans cesse les actes du gouvernement avec le but de toute institution sociale, ne se laissent jamais opprimer, avilir par la tyrannie, afin que le peuple ait toujours devant les yeux les bases de la sa liberté et de son bonheur¹⁰.

Une histoire du droit naturel

A notre sens, le rapport des droits naturels à l'histoire, c'est-à-dire l'histoire du droit naturel, le fait que ce même droit de nature n'échappe pas à sa propre historicité, n'a pas été suffisamment relevé dans le binôme « droit naturel – histoire ». À l'époque qui nous intéresse, le droit naturel est le fruit de plus de deux millénaires d'élaborations

9. Arch. parl., p. 322 s., cité par Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1988, p. 158.

10. Dominique COLAS, *Textes constitutionnels français et étrangers*, Paris 1994, p. 637.

doctrinale, philosophique, morale, théologique et bien sûr juridique. L'idée que s'en font les hommes des Lumières est une idée qui a son histoire et qui a atteint à leur époque un stade bien précis. Je ne dis pas un stade « défini » dans toutes ses nuances et ses caractéristiques, qui sont innombrables, mais précis dans ses limites, dans son langage et dans ses références principales qui en fondent l'autorité.

Le propos n'est pas ici de tracer une histoire du droit naturel¹¹, mais il convient d'en évoquer schématiquement les principales étapes, de la Grèce antique à la veille de la Révolution. Les Tragiques grecs ont ressenti fortement la déchirure entre la dictée de la justice divine ou universelle, gravée dans le cœur humain, et le commandement de la loi positive. Personne mieux que Sophocle n'en a décrit le conflit dramatique : Antigone, condamnée à mort pour avoir enseveli le corps de son frère Polynice en désobéissant aux ordres de Créon, se pendra dans son tombeau. Les sophistes, puis Platon, puis Aristote et les Stoïciens élaboreront des définitions très évoluées du droit naturel. Mais il faudra attendre Cicéron pour que les définitions de loi, de nature et de raison (*recta ratio*) soient évoquées pour composer les conceptualisations les plus affinées. Les juristes philosophes qui collaborent à la rédaction du *Corpus Juris Civilis* à l'époque impériale, Papinien, Ulpian, Gaius et d'autres, offrent une grande matière à réflexion aux penseurs du Moyen-Âge. Saint Thomas d'Aquin consacre au droit naturel une place importante dans l'édification de son système théologique, en l'harmonisant avec le droit divin. La pensée des juristes de la Renaissance et des Réformateurs fait du droit naturel la base de toute réflexion sur l'ordre social, sur les relations entre gouvernants et gouvernés, pour en arriver à la formulation du droit de résistance à l'oppression, comme ancré dans le droit de nature. Au XVII^e siècle,

11. Voir par exemple, Martin HÜBNER, *Essai sur l'histoire du droit naturel*, Londres, 1757-1758, 2 vol. in-8 ; Thomas-Pascal BOULAGE, *Introduction à l'histoire du droit français et à l'étude du droit naturel*, Paris, 1821 ; cf. Henri ROMMEN, *Le droit naturel. Histoire – doctrine* [*Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*], tr. Émile MARMY, Paris, Egloff, 1945 ; Luis LEGAZ Y LACAMBRA, « Droit naturel et histoire », dans *Recht und Staat. Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag*, 1972, Bd. 1, S. 95 – 105 ; Alfred DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire ; droit, individu et pouvoir de l'École du droit naturel à l'École du droit historique*, Paris, 1991.

l'école du droit naturel, le Jusnaturalisme, aboutit à des résultats considérables, qui iront jusqu'à la création d'une chaire de droit de la nature et des gens – plus tard appelée Philosophie du droit – à l'Université de Heidelberg, en 1661. Elle sera occupée par Samuel Pufendorf, l'auteur du célèbre traité sur le *Droit de la nature et des gens*. Ce sont là les fondements de l'École romande du droit naturel, appellation forgée par Alfred Dufour, qu'animent les philosophes du droit des académies de Lausanne et de Genève. Bourlamaqui, Barbeyrac, Vattel, développent leurs doctrines sur le droit naturel au cours de la première moitié du XVIII^e siècle, au moment où émerge la personnalité de Jean-Jacques Rousseau.

Les notions, les idées et les concepts développés autour de la nature, de la raison – de Dieu également –, de la société, de l'état de nature et de l'état civil sont tous là, à la disposition d'un public de lecteurs déjà nombreux. Ils vont donner naissance aux débats préliminaires sur les Déclaration des droits de l'homme. C'est dans cette histoire du droit naturel qu'il faudrait, à mon sens, promouvoir la recherche pour mieux comprendre ce qui s'est alors passé, ce que ces hommes ont bien voulu dire, et ce qui se passe aujourd'hui, où nous sommes confrontés à des problèmes peu éloignés des leurs, toute proportion gardée. Je fais allusion notamment au problème de l'universalité des droits.

1776 et 1789 : des États-Unis à la France

De 1776 à 1789, treize années s'écoulent. Entre les Déclaration des droits de l'État de Virginie (juin 1776), la Déclaration des Habitants de l'État de Pennsylvanie (septembre 1776), la Déclaration des droits et des principes fondamentaux de l'État de Delaware (septembre 1776), la Déclaration des droits du Maryland (novembre 1776), la Constitution ou forme de Gouvernement de l'État de Caroline septentrionale (décembre 1776), Constitution ou plan de Gouvernement de la Baie de Massachusetts (mars 1778, comprenant la Déclaration des Droits des Habitants de la République de Massachusetts), il n'y a pas seulement une évolution dans le vocabulaire, qui passe des droits de l'État aux droits des habitants, mais tout un travail de précision

d'idées et de rédaction qui marquent une évolution graduelle. Le modèle était là. Que les Français l'aient plus ou moins suivi, à la lettre ou dans la forme, peu importe. Les polémiques entre Français et États-Uniens sont arides à bien d'égards. La priorité chronologique suffit pour établir une priorité du brevet : une déclaration des principes de droit naturel, mise en tête d'une constitution.

Malouet est peut-être celui qui a mieux fait la différence entre les déclarations formulées aux États-Unis et celle rédigée en France.

Je sais que les Américains n'ont pas pris cette précaution : ils ont pris l'homme dans le sein de la nature, et le présentent à l'univers dans sa souveraineté primitive. Mais la société américaine nouvellement formée, et composée, en totalité, de propriétaires déjà accoutumés à l'égalité, étrangers au luxe ainsi qu'à l'indigence, connaissant à peine le joug des impôts, des préjugés qui nous dominent, n'ayant trouvé sur la terre qu'ils cultivent aucune trace de féodalité. De tels hommes étaient sans doute préparés à recevoir la liberté dans toute son énergie ; car leurs goûts, leurs mœurs, leur position les appelaient à la démocratie¹².

L'universalité

La décision d'intituler le texte « Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen » souligne que l'universalité, souhaitée ou prétendue, impliquait une limitation, dont la prise de conscience était assez répandue : il s'agissait des droits naturels du peuple français.

Il n'en reste pas moins qu'il y a chez certains Constituants – tels Mathieu de Montmorency, Jean Nicolas Démeunier, Duquesnoy, Jérôme Pétion, Rabaut Saint-Étienne – une forte ambition à vouloir parler de l'homme en général et une tendance à lui attribuer des droits universels. On le remarque dans le vocabulaire se référant aux « vérités immuables » valables en tous temps et en tous lieux, et « des droits de l'homme en société », « invariables », « éternels

12. MALOUE, A.P., p. 322 ss, cité par S. RIALS, *op. cit.*, p. 158.

comme la justice, comme la raison », des droits qui « sont de tous temps et de tous les pays »¹³. Ce n'est pas ici le lieu pour entrer dans cette discussion qui a alimenté beaucoup de polémiques (parmi les plus récentes, celle de Georges Gusdorf contredit par Simon Goyard-Fabre). Ce débat nous aide néanmoins à mieux déchiffrer la distinction subtile entre le mot « homme » et le mot « citoyen » insérés dans le titre de la Déclaration. Le premier renvoie à l'humanité dans l'état de nature, le second à l'individu dans l'état de société. Les influences de Rousseau sont aussi présentes que celles de Locke. Si j'évoque en passant la question de l'universalité à l'égard de la Déclaration, c'est parce qu'aujourd'hui encore, après plus de deux siècles, nous sommes confrontés au même problème, d'autant plus difficile que l'on voudrait étendre le bénéfice de la Déclaration à d'autres civilisations, musulmane, chinoise et autres. Force est de constater que malheureusement nous sommes encore loin de cet objectif même si nous nous référons à la « Déclaration universelle des droits de l'homme » de 1948 ou à l'une des plus récentes édition, comme la « Convention européenne des droits de l'homme » de 1950. Le problème demeure, tout en n'étant pas exprimé dans les mêmes termes. Il y a lieu donc de revenir sur les premières formulations du XVIII^e siècle, et de reprendre ces textes à l'aide des nouveaux savoirs que nous mettent aujourd'hui à disposition les nouvelles méthodologies de l'histoire, de l'histoire juridique, de la sociologie et de ce que nous pouvons appeler les sciences des droits de l'homme, de la femme et de l'enfant, très développées de nos jours.

1798-1803-1848 : de la France à la Suisse et à l'Europe

Après avoir souligné l'importance primordiale de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le choix des dates appelle quelques précisions. L'année 1798 est celle de l'entrée des troupes françaises sur le sol de la Confédération suisse¹⁴. Elle est également celle de la première

13. Quelques-unes de ces citations extraites de S. RIALS, *op. cit.*, p. 350-351.

14. Est-il besoin de rappeler que Chaire d'histoire moderne, générale et suisse, nous avons organisé, en 1998, un colloque inter-

Constitution de la naissante République helvétique, une et indivisible, qui porte la marque des deux premières constitutions françaises. Les droits naturels n'y sont pas mentionnés, mais tout le vocabulaire est un écho des textes français, dont les plus importantes sont énoncées aux points 4 et 5 du premier titre : « 4. – Les deux bases du bien public sont la sûreté et les lumières. Les lumières sont préférables à l'opulence. 5. – La liberté de l'homme est inaliénable ». Cet acte constitutionnel entend œuvrer pour la formation de la nouvelle société suisse. Nous y retrouvons les mêmes termes du problème historique énoncés dans notre colloque : droits fondamentaux et formation de la société.

L'on sait qu'une succession de projets de constitution n'ont pas suffi à assurer la cohésion de la République helvétique. Face aux 18 Cantons qui se déchirent dans des guerres fratricides, Bonaparte s'est convaincu d'étudier à fond la nature particulière de ce pays. Le 10 décembre 1802, à la première séance qui réunit à Saint-Cloud les députés cantonaux en vue de l'acte de Médiation, Bonaparte affirme son intention de former un nouvel État suisse.

J'ai pris, à la face de l'Europe, l'engagement de rendre ma médiation efficace... La Suisse ne ressemble à aucun autre État, soit par les événements qui s'y sont succédés depuis plusieurs siècles, soit par la situation géographique et topographique, soit par les différentes langues, les différentes religions et cette extrême différence de mœurs qui existe entre ses partis. La nature a fait votre État fédératif. Vouloir le vaincre ne peut être d'homme sage... Ce qui est en même temps le désir, l'intérêt de votre Nation et des vastes États qui vous environnent, est donc : 1. L'égalité de droits entre vos dix-huit Cantons ; 2. Une renonciation sincère et volontaire aux privilèges, de la part des familles patri-ciennes ; 3. Une organisation fédérative¹⁵.

national sur les effets politiques, sociales, constitutionnels, de l'entrée de Français sur le territoire suisse. Nous avons tenu à problématiser cet événement capital dans l'histoire suisse, en intitulant le colloque « Libération ou Invasion ? », alors que d'autres organisateurs de colloques à la même époque, dans le cadre du même anniversaire, se sont bornés à les intituler « Invasion de 1798 », montrant un esprit critique un peu limité, à mon avis.

Nous voilà devant l'expression de droits comme base pour la nouvelle Suisse confédérale. De par sa synthèse et sa concision, l'Acte de Médiation du 19 février 1803 sera un instrument efficace, mais non durable. Après la rédaction du « Pacte fédéral entre les 22 Cantons », le 7 août 1815, succède une nouvelle période d'instabilité, au cours de laquelle la guerre du Sonderbund marque sans doute le moment le plus dramatique, dans une période également dramatique pour une large partie de l'Europe en proie à de nombreuses agitations révolutionnaires. La Confédération se décide alors à devenir un État fédératif. La nouvelle Constitution fédérale, mise en vigueur le 12 septembre 1848, s'est distinguée par la modération, grâce à laquelle elle a su maintenir la cohésion sociale basée sur l'unité économique et l'unité politique, et fortifiée par une législation sage et stable. 1848, donc, comme *date ad quem*, tout aussi importante pour la Suisse que pour l'Europe.