



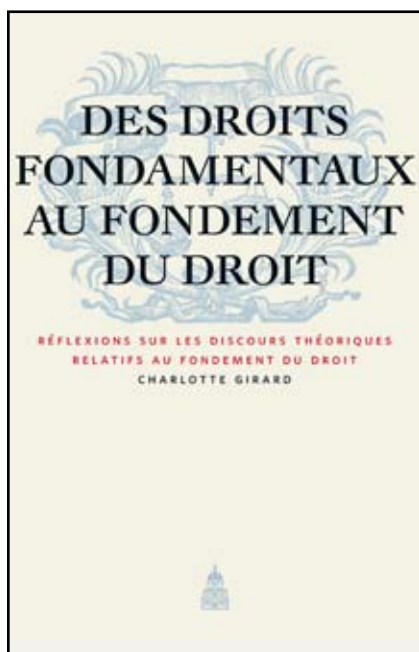
Publications de la Sorbonne  
212, rue Saint-Jacques, 75005 Paris  
Tél. : 01 43 25 80 15 – Fax : 01 43 54 03 24

---

**CHARLOTTE GIRARD**

**DES DROITS FONDAMENTAUX AU FONDEMENT DU DROIT**

*Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*



DES DROITS FONDAMENTAUX AU FONDEMENT DU DROIT, le lien semble non seulement direct, mais évident. Or l'examen des différents discours théoriques sur le droit montre qu'il n'en est rien. Le livre de Charlotte Girard analyse précisément les différences de traitement du rapport entre ces deux termes dans les discours théoriques juridiques, en particulier ceux qui posent la question du fondement du droit. Soit l'étude des droits fondamentaux se distingue de celle du fondement du droit – les droits fondamentaux ne mènent pas naturellement au fondement du droit –, soit on associe les deux notions – les droits fondamentaux sont au fondement même du droit. Or cette distinction renvoie à ce que la théorie du droit différencie traditionnellement : les approches juspositiviste d'une part et jusnaturaliste d'autre part.

La confrontation de ces discours théoriques à la question du fondement du droit, qu'elle se traduise ou non par les droits fondamentaux, révèle une certaine fragilité des présupposés respectifs de ces

discours. En réalité, le fondement du droit n'est pas seulement un élément de débat juridique et normatif, mais il relève aussi et surtout d'un débat politique et institutionnel. C'est en effet en raison de son caractère normatif que le fondement du droit – quel que soit le discours qui le porte, y compris le discours juridique théorique – appartient pleinement au champ politique.

*Charlotte Girard est maître de conférences en droit public et chercheur au CREDHO-DI de l'université de Rouen. Spécialiste des droits fondamentaux (y compris dans leurs aspects européens) et de droit anglais, elle a publié plusieurs travaux portant sur les conceptions doctrinales anglaises relatives à la question des droits fondamentaux, dont ceux qui sont protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Ce livre est issu de sa thèse soutenue en 2004 à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

**VIENT DE PARAÎTRE**

# BON DE COMMANDE

CHARLOTTE GIRARD

## DES DROITS FONDAMENTAUX AU FONDEMENT DU DROIT

*Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*

Prix : 35 €

ISBN 978-2-85944-618-5

ISSN 1623-0450

Frais d'envoi par ouvrage : 6 € et 1,5 € par ouvrage supplémentaire

Nombre d'exemplaires commandés :

Mme, M. ....

Adresse .....

Code postal et ville .....

Tél.: .....

Date

Signature

Veuillez libeller votre titre de paiement à l'ordre de  
l'Agent comptable de Paris 1 (PS)

Bon de commande  
et titre de paiement à retourner aux



Publications de la Sorbonne

212, rue Saint-Jacques, 75005 Paris

Tél. : 01 43 25 80 15 Fax : 01 43 54 03 24

publisor@univ-paris1.fr



## Sommaire

<b>Préface</b>	11
<b>Introduction générale</b>	19
<b>PARTIE I. INDÉPENDANCE ENTRE DROITS FONDAMENTAUX ET FONDEMENT DU DROIT DANS LES DISCOURS JUSPOSITIVISTES</b>	<b>53</b>
<hr/>	
<b>Titre I. L'IMPOSSIBLE SPÉCIFICITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX ET L'INCONSISTANCE DU FONDEMENT DU DROIT</b>	<b>57</b>
<b>Chapitre 1.</b> Les stratégies d'occultation dans les théories normativistes du droit	59
SECTION I. LE PRÉTEXTE DES DROITS FONDAMENTAUX	61
SECTION II. L'OUBLI DES DROITS FONDAMENTAUX	83
<b>Chapitre 2.</b> Les stratégies d'occultation dans les théories sociologiques du droit	107
SECTION I. LE DROIT COMME CHOIX SOCIAL	110
SECTION II. LE DROIT COMME FAIT SOCIAL	129
<b>Titre II. LE NÉCESSAIRE PARADOXE DU FONDEMENT DU DROIT</b>	<b>151</b>
<b>Chapitre 1.</b> La norme comme signification	155
SECTION I. LA DISTINCTION ENTRE PENSER ET VOULOIR	156
SECTION II. LES RAPPORTS ENTRE PENSER ET VOULOIR	159
<b>Chapitre 2.</b> La signification de la norme fondamentale	173
SECTION I. PENSER LA NORME FONDAMENTALE : UN ACTE AUTOSUFFISANT ?	174
SECTION II. PENSER LA NORME FONDAMENTALE, C'EST LA VOULOIR	182

**PARTIE II. ASSOCIATION ENTRE DROITS FONDAMENTAUX  
ET FONDEMENT DU DROIT DANS LES DISCOURS JUSNATURALISTES 203**

<b>Titre I. LE FONDEMENT DU DROIT DANS LES THÉORIES JUSNATURALISTES : LES INVENTIONS RAISONNABLES</b>	207
<b>Chapitre 1. Des droits pour l'homme :     l'invention moderne du possible</b>	209
SECTION I. LE PARADOXE DES PREMIERS JUSNATURALISTES MODERNES	210
SECTION II. LA SUBSTITUTION DE L'HOMME À DIEU PAR VOIE D'AUTORISATION	213
<b>Chapitre 2. Un fondement pour le droit :     l'invention kantienne de la raison</b>	219
SECTION I. LA PENSÉE DU FONDEMENT ENTRE CONNAISSANCE POSSIBLE ET IMPOSSIBLE	221
SECTION II. LA PENSÉE DU FONDEMENT ENTRE PARI KANTIEN ET CRITIQUE KELSENIENNE	228
<b>Titre II. LE FONDEMENT DU DROIT COMME PRATIQUE DU DROIT NATUREL : ENTRE TECHNIQUE JURISPRUDENTIELLE ET THÉORIE DE LA CONNAISSANCE DU DROIT</b>	239
<b>Chapitre 1. L'accès au fondement du droit :     de la technicisation des méthodes jurisprudentielles     à la démultiplication des autorités <i>jurisdictionnelles</i></b>	245
SECTION I. LA RÉHABILITATION DU DROIT NATUREL PAR LE JUGE ET LA CRÉATION DU FONDEMENT DU DROIT	246
SECTION II. L'HABILITATION DU JURISTE PAR LE DROIT NATUREL ET LE CONTRÔLE DU FONDEMENT DU DROIT	273
<b>Chapitre 2. Pour une théorie de la connaissance     du fondement pratique du droit</b>	321
SECTION I. DE LA CRITIQUE NÉOCLASSIQUE À LA CONTRE-CRITIQUE RATIONALISTE	324
SECTION II. POUR UNE NOUVELLE CRITIQUE DU DROIT NATUREL	347
<b>Conclusion générale</b>	373
Liste des abréviations	381
Bibliographie	385
Index des noms	401
Index thématique	403
Table des matières	407



## Préface

C'est un grand honneur et un insigne plaisir, pour le directeur d'une thèse, de se voir offrir l'occasion de sa publication pour la présenter enfin à un public plus vaste que son seul jury, et en saluer publiquement les mérites.

Le premier des mérites de l'auteur est d'avoir osé choisir un tel sujet : « Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit », qui soulève en effet nombre de difficultés, fort ardues, et dont l'intitulé même appelle quelques explications.

La difficulté essentielle tient à ce que personne ne sait exactement ce que sont les droits fondamentaux, tandis que personne ne pose vraiment – c'est-à-dire en profondeur et en vérité – la question de savoir ce que recouvre cette notion, alors que ce devrait être tout le contraire, précisément parce que la question en est une véritable et qu'elle doit comporter de grands intérêts pratiques.

Mais la doctrine contemporaine semble se satisfaire, le plus souvent, des quelques hypothèses rapidement suggérées ici ou là et aussitôt délaissées pour se réfugier dans la description du régime de ces droits. Et leur existence – souvent même leur essence – est le plus ordinairement imputée soit au souverain agissant seul dans son mode d'expression suprême, par la constitution, soit aux souverainetés étatiques agissant conjointement, par conventions internationales, soit quelquefois au souverain législateur agissant dans son mode d'expression mineure, par la loi ordinaire : quand la souveraineté a absorbé tout le fondamental, celui-ci, en effet, ne peut plus présenter d'existence autonome... Ainsi, en prétendant être fidèle à la réalité du droit positif, la doctrine esquive donc presque constamment la première des difficultés de cette description du régime des droits fondamentaux : celle qui consiste à déterminer le champ de l'étude : quel est donc le principe de la détermination de ce champ et donc de ces droits ? Qu'est-ce qui fait qu'un droit est « fondamental » ou non ? Et qu'est-ce qu'apporte de plus le fait qu'il soit « fondamental » ? Quand il ne se borne pas à soutenir que les droits fondamentaux sont ceux que la Constitution permet de qualifier comme tels (ce que précisément elle ne fait pas en France), chacun se contente de rappeler, après

les autres, ces simples critères de détermination, tant il a peur de se tromper. Il y a peut-être pire : il n'est pas exclu que les vraies questions, les plus fondamentales, n'intéressent plus réellement la majeure partie de cette « doctrine » qui s'intéresse plus aux régimes juridiques qu'à leur raison d'être. Peut-on avancer l'hypothèse selon laquelle personne ne voit le fond de la chose, soit parce qu'il ne se donne pas la peine de le chercher vraiment, soit parce que chacun s'est *a priori*, mais souvent inconsciemment, interdit de le faire, en se donnant des raisons dogmatiques de ne pas le chercher, soit parce que des obstacles, mal identifiés, s'y opposent et que l'on pourrait se tromper... Mais, à refuser les risques, la pensée même se meurt, en même temps que l'objet de la pensée, qu'elle ne porte plus...

Charlotte Girard a donc courageusement appréhendé l'une des questions contemporaines parmi les plus difficiles du droit, car personne ne paraît avoir une vue claire et définitive sur la question de la nature, du sens, de la portée, du statut juridique ou théorique de ces droits, dont pourtant chacun s'emploie constamment à les promouvoir et à les décrire dans leur régime, comme si la question de leur catégorie ne se posait pas vraiment, alors qu'elle est vraiment ou authentiquement essentielle, comme si la question de leur fondement ne se posait pas – ce qui est possible aussi, comme va peu à peu s'en convaincre l'auteur.

Cette thèse a donc accepté de courir de grands risques théoriques. Et elle le fait à partir de ces questions, aussi simples que nécessaires dans leur formulation, même si la réponse ne s'impose pas d'elle-même, en effet : *suffit-il* qu'un droit soit consacré par la constitution pour être fondamental ? Par exemple, le « droit » du président de la République de faire grâce, que lui confère l'article 17 de la Constitution française de 1958 est-il, en raison de ce seul fondement constitutionnel, un droit fondamental ? Ou bien *faut-il* que le droit soit reconnu – ou consacré ? – par la constitution pour qu'il puisse être reconnu comme fondamental ? *Quid* alors, par exemple, du droit à la sécurité, reconnu ou consacré par le législateur ordinaire ? Il ne pourrait être dit « fondamental » tant que la Constitution ne lui reconnaît pas cette qualité ? Mais, puisque la Constitution ne reconnaît pratiquement pas cette catégorie, comment soutenir une telle exigence ? La reconnaissance par le juge constitutionnel lui-même suffirait-elle ? Mais, si cette sorte de droit est vraiment « fondamentale », comment admettre que le juge puisse, de sa propre autorité, c'est-à-dire en dehors de toute habilitation constitutionnelle formelle, instituer lui-même cette catégorie ? Peut-il se fonder sur quelque autre donnée qui l'autoriserait – ou l'obligerait – à poser – ou reconnaître – cette catégorie ? Et si d'autres sources formelles de droit se prévalent également d'une compétence normative à l'effet de poser des droits dits « fondamentaux », quel est donc, par-delà la différence de nature de ses sources, l'éventuel point commun juridique de ces droits qui autorise à les dire « fondamentaux », alors même que leurs sources sont différentes ? Y aurait-il donc des données juridiques qui, tout en transcendant la classification de ces sources et leurs hiérarchies pourraient les expliquer ? Et le juge constitutionnel, en ne condamnant pas ce

genre d'initiative prise par des autorités jurislatrices tierces, reconnaît implicitement, mais nécessairement semble-t-il, que ces droits, en ce qu'ils sont dits « fondamentaux » ne sont pas, par essence, constitutionnels, mais que seules leurs garanties peuvent l'être, le cas échéant, tandis que leur nature « fondamentale » n'est pas tributaire de l'organe qui les reconnaît, et qu'en les reconnaissant comme tels celui-ci ne fait que reprendre à son compte ces données... fondamentales... ?

Charlotte Girard était parfaitement consciente de ces difficultés, qu'elle savait probablement insurmontables. Et, très habilement, elle va prendre de la distance à leur égard, une distance tout à fait nécessaire, en s'interrogeant directement non plus sur les droits fondamentaux eux-mêmes, mais sur la notion de « fondement » en droit et bientôt sur l'idée de fondement du droit – peut-être en aggravant la difficulté, à certains égards, mais en allant droit au cœur de la question. Ainsi, plutôt que de rechercher ce que peuvent être les droits « fondamentaux » selon le droit positif – lequel ne fait que les dénommer, le cas échéant, sans jamais indiquer les critères de ses dénominations ou qualifications au point que la notion semble introuvable –, elle se demande si la notion de droits fondamentaux ne procède pas directement de ce qui pourrait constituer ce fondement du droit. D'où le titre : « Des droits fondamentaux au fondement du droit ».

À cette fin, l'auteur a largement transcendé les frontières temporelles, spatiales, matérielles qui structurent les divers ordres juridiques nationaux ou internationaux, les diverses époques du droit, les diverses branches du droit. Et, par ses vastes lectures critiques, elle a interrogé pratiquement tous les auteurs majeurs qui forment la doctrine fondamentale du droit, en posant l'hypothèse que ces droits dits « fondamentaux » devaient bien dériver de la conception que chacun des auteurs ou chacune des écoles de pensée auxquelles ils se rattachent peut avoir de la question du fondement du droit.

Dans cette entreprise, l'auteur montre bien que les hypothèses ou les thèses relatives au fondement du droit sont à la fois très nombreuses, même si elles ne sont pas toujours expresses ou explicites, mais presque toujours quasi inconciliables, même si elles se prêtent à certains regroupements, en deux tendances générales, la tendance positiviste et la tendance jusnaturaliste, traversées au demeurant par d'innombrables nuances, au point même qu'il n'est plus guère possible, au total, de les opposer de façon trop tranchée...

Ce sont ces deux tendances qu'elle va examiner tour à tour et apprécier de façon critique, d'une manière fort incisive et très radicale. Puis, devant l'impossibilité, selon elle, de choisir *a priori* l'une ou l'autre des solutions envisagées par les auteurs, soit de façon expresse, soit même quelquefois implicite, Charlotte Girard a précisément décidé, quant à elle, de ne pas choisir *a priori* telle ou telle conception possible du fondement du droit, sans passer d'abord en revue la totalité des façons de concevoir la question et de se faire une opinion ensuite, le cas échéant. D'où le sous-titre de la thèse : « Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit ».

Certes, dans une perspective méthodologique classique, on aurait pu s'attendre à ce que l'auteur commençât, pour définir son champ d'investigation, par délimiter l'objet même de sa recherche, c'est-à-dire par définir ce que peuvent être les droits fondamentaux ou plutôt le fondement du droit... Mais, précisément, dès lors que sa recherche portait non pas sur un aspect de ces droits ou de ce fondement, mais sur la question même de savoir si ces catégories de droits fondamentaux ou de fondement du droit existent ou peuvent exister et dont l'existence même apparaissait au départ tout à fait hypothétique, il ne pouvait être question, pour elle, de définir *a priori* la chose dont elle se demandait si elle existe, et qui ne pouvait constituer que l'éventuel résultat de sa recherche même. Le vrai sujet de la thèse n'étant donc plus les droits fondamentaux ou le fondement du droit, mais simplement ce que la doctrine du droit dit ou pense de ces droits fondamentaux ou du fondement du droit, l'auteur, au début de sa démarche, devait bien laisser ouvert le champ de l'entreprise; elle ne pouvait pas le border à la place de la doctrine qu'elle se proposait justement d'interroger: ce devait être l'étude même de cette doctrine qui allait, le cas échéant, permettre de tracer les limites du champ dans lequel l'entreprise allait devoir se tenir. Définir les droits fondamentaux *a priori* eût été, dans son esprit, poser l'objectivité même d'un objet dont l'existence restait, au stade du commencement, tout à fait incertaine.

Elle a donc dû appréhender la totalité de cette doctrine fondamentale du droit, en englobant dans sa quête à peu près toutes les écoles de pensée, toutes les théories générales du droit, toutes les doctrines s'étant de près ou de loin intéressées à la question, car aucune considération n'aurait pu justifier qu'elle écartât de son champ de recherche telle ou telle pensée. Ses investigations apparaissent donc considérables dans leur étendue, autant que dans leur profondeur. Et, de l'avis unanime du jury – dont certains membres, fortement impliqués dans l'œuvre doctrinale étudiée, ne l'ont pourtant pas suivie sur tous les aspects de sa démarche, tant s'en faut – Charlotte Girard a apporté la preuve qu'elle avait réussi à maîtriser toutes ces pensées et su acquérir une véritable autorité dans ce domaine de la théorie du droit, si difficile d'accès. À cet égard, sa thèse, comme elle l'a elle-même expliqué lors de la soutenance, constitue une sorte de voyage dans ce monde que les juristes de droit positif, puisqu'il faut les appeler ainsi, ne fréquentent sans doute pas assez.

Or, à la suite de cet examen de la doctrine, Charlotte Girard est parvenue à cette conclusion que les droits fondamentaux n'étaient en réalité que ce que les auteurs, chacun de leur point de vue, en disent, et rien de plus: elle n'adhère pas à cette idée que ces droits existeraient objectivement et elle n'a pas cherché à surajouter une nouvelle conception de ces droits ou du fondement du droit à toutes celles qui se sont exprimées avant elle pour mesurer leur validité au regard de la conception qu'elle en aurait à son tour arrêtée.

Mais ce n'est pas là, de sa part, un refus de trancher une difficulté qui lui serait apparue comme insurmontable en raison du bien-fondé, de la valeur des arguments des uns ou des autres ou de leur autorité respective: c'est une conviction

## PRÉFACE

acquise positivement par elle, à la lecture et à l'analyse critique des points de vue, qu'il n'est pas possible de définir ces droits fondamentaux autrement que par cette assertion selon laquelle ils ne sont que ce que la doctrine en dit.

Devant une telle perspective, si originale, on se met à douter tour à tour, soit de ses propres convictions qui généralement reposent sur une conception plus objectiviste de ces droits fondamentaux ou du fondement du droit, soit de la validité de ces conclusions qui, sans sombrer dans le relativisme le plus délétère, ébranlent fortement l'édifice du droit, et, à tout le moins posent des questions elles aussi fondamentales qui incitent, de plus fort, à la réflexion critique.

C'est là certainement, aux yeux du signataire de ces lignes, la raison la plus déterminante de vanter l'intérêt majeur de cette thèse qui, à n'en pas douter, annonce, pour son auteur, une brillante carrière de juriste et d'universitaire.

Étienne PICARD  
Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne



## Conclusion générale

[663] L'articulation entre droits fondamentaux et fondement du droit au sein d'un discours juridique théorique n'a rien d'évident, de naturel ou de structurel. L'examen de deux séries de discours et leur mise en rapport ont montré qu'elle dépendait de la conception que l'auteur de ce discours avait du fondement du droit et plus largement de sa propre théorie du droit.

[664] Les auteurs raisonnant dans un cadre positiviste – et revendiqué par eux comme tel – ont tendance à traiter de façon indépendante la question des droits fondamentaux et celle du fondement du droit. Lorsque ces auteurs nomment les droits fondamentaux, ils les analysent comme n'importe quelle norme: *les droits fondamentaux ne sont pas plus au fondement du droit que la signification de leur énoncé ne l'y autorise*. Ils ne mènent donc pas « naturellement » au fondement du droit.

Cette signification est, selon les théories, le fruit de l'interprétation du juge ou du traitement concret que lui réserve l'ensemble des acteurs sociaux, allant des représentants du peuple aux individus non représentés. On a montré que cette approche met en évidence une aporie inhérente au point de vue positiviste.

Il s'agit du paradoxe de l'origine tel qu'il s'exprime dans l'idée de norme fondamentale. Afin de trouver un angle de vue alternatif permettant de redistribuer les cartes du positivisme sans pour autant le trahir, nous avons sollicité le discours théorique sur le droit comme acte de langage. Le résultat fut plutôt inattendu. Loin de faire disparaître ce qui, dans la théorie de la norme fondamentale, échappe aux critères positivistes, le détour par ce discours théorique linguistique éclaire ce paradoxe. Il le fait apparaître comme incontournable et significatif. *Le paradoxe de la norme fondamentale est apparu nécessaire à la pensée du fondement du droit*. Dès lors, dans le cadre d'un discours théorique sur le droit, nous ne pouvions pas éviter d'évoquer, non seulement, un fondement quel qu'il soit – droits fondamentaux ou autre –, mais surtout, un auteur de ce fondement.

[665] Dans ces conditions, nous abordions une deuxième partie qui devait symétriquement évoquer la façon dont les auteurs dits jusnaturalistes discourent sur le rapport entre droits fondamentaux et fondement du droit. On découvre

que des auteurs non positivistes effectuent en effet un lien entre droits fondamentaux et fondement du droit : *les droits fondamentaux sont au fondement du droit*. Nous avons pu de cette façon analyser le mode de traitement de la question du fondement du droit dans le cadre d'une théorie du droit naturel.

[666] Cela dit, la symétrie entre les deux parties est affectée par le fait que, dans la première partie, nous avons conclu à la difficulté de distinguer les positivistes des jusnaturalistes, puisque les positivistes ne parviennent pas à tenir leur engagement théorique jusqu'au bout lorsqu'ils traitent du fondement du droit, sauf à nier la problématique du fondement en elle-même.

[667] Dans la deuxième partie, il n'a pas suffi de démontrer que les auteurs dits jusnaturalistes traitent la question du fondement en privilégiant la notion de droits fondamentaux. Il a fallu rechercher les causes et les conséquences théoriques d'un tel lien. Du point de vue des causes, nous avons relevé *la double influence du droit naturel moderne sur la conception même des droits fondamentaux et du rationalisme kantien sur l'articulation de l'idée de ces droits avec l'idée d'un fondement du droit*. Par la suite, comme nous avons voulu faire état des effets actuels de cette filiation philosophique, il s'est agi en particulier de déterminer les moyens mis en œuvre pour accéder au pouvoir doctrinal de détermination du fondement du droit. C'est pourquoi nous avons réservé un chapitre aux outils théoriques, par lesquels la doctrine a prétendu modéliser le pouvoir jurisprudentiel de dire le fondement du droit. Il est apparu que *cet effort continu de formalisation nourrit un phénomène de transmission de ce pouvoir, du juge vers la doctrine, qui affecte, en conséquence, l'équilibre institutionnel des pouvoirs*.

Cette modification, potentielle ou actuelle, des rapports de force institutionnels, favorisée par l'enjeu *jurisdictionnel* du fondement du droit – en tant qu'il est lié aux droits fondamentaux –, a donc servi à interroger de nouveau la distinction entre jusnaturalisme et juspositivisme, dans une perspective cette fois plus pratique, et notamment politique. *Il fallait « opter » pour une théorie de la connaissance du fondement juridique pratique*.

[668] Même si *tout* n'est pas connaissable dans le droit, et qu'il en découle une limite que certains jugent honnête ou indispensable de mettre en avant, l'idée même d'un fondement du droit est toujours postulée à défaut d'être démontrée. Cette idée est le point pivot sur lequel s'articule le couple juriste-juge – juriste-théoricien. C'est au fond ce point limite qui met en évidence la fragilité de la distinction entre discours prescriptif et discours descriptif. Mais il n'est qu'un nouvel élément de convergence des démonstrations théoriques, vers l'idée que la détermination du fondement du droit consiste en une co-production. Les théoriciens du droit, eux-mêmes, expliquent que le droit est en réalité le fruit d'interprétations multiples.

[669] Nous avons observé que les discours théoriques qu'ils élaborent sur le droit influencent ses mécanismes de détermination. Ils réalisent ainsi la confusion que quelques-uns d'entre eux dénoncent par ailleurs. De sorte que leur discours n'exerce plus seulement une influence, mais constitue un élément du mécanisme de juridicisation.

[670] Quant à la spécificité du fondement du droit, le constat d'ensemble est le suivant : *les juristes-juges, comme les juristes-théoriciens, se bousculent pour la détermination d'un fondement, tant d'un point de vue pratique que théorique.* La détermination du fondement du droit représente, on l'a vu, un double enjeu, théorique et pratique, considérable.

Si nous avons vu dans la volonté de maîtriser le fondement du droit, l'expression d'un phénomène d'usurpation, nous reconnaissons néanmoins l'impossibilité qu'il en soit autrement. En effet, il est apparu que le fait même de produire une explication du fondement du droit exposait son auteur à l'enjeu prescriptif. À ce point de notre réflexion et au risque de céder à cet enjeu, nous ferons une dernière suggestion relative au fonctionnement d'un fondement du droit.

[671] En tant que préoccupation des juristes-théoriciens, conformément à ce que nous avons observé dans certains discours théoriques, *le fondement du droit constitue en soi un appel à contributions.* Il ne peut qu'être le fruit d'une coproduction continue, en raison de sa plasticité et de sa permanence. Nous nous sommes ici fortement inspirés d'un mécanisme que le *common law* met en évidence de la façon la plus limpide : la progression par incrémentation. L'animation de la *matière* juridique dépend ici d'un processus complexe par lequel la signification est à la fois liée, dans le cadre d'une cohérence formelle, et libre, en raison d'une conjonction entre la variété des espèces et la marge d'appréciation des auteurs (juges et théoriciens).

[672] Cette conception du fondement du droit s'appuie sur deux théories convergentes dont l'une est connue comme juridique, et l'autre comme politique. La première concerne apparemment l'objet « droit »<sup>954</sup>, et la seconde l'objet « pouvoir »<sup>955</sup>. Pourtant, il semble que les conclusions auxquelles elles conduisent sont identiques et, surtout, portent sur un même mécanisme. On en conclut, de part et d'autre, que le droit comme le pouvoir sont *a priori* dépourvus de signification.

[673] Ross, par son fameux « *Tû-Tû* », démontre que « droits » est un concept sans signification ou un concept vide<sup>956</sup>. Pour autant, à « droits » comme à « *Tû-Tû* » sont attachées des conséquences, lorsqu'ils sont contenus dans des énoncés, dont tous servent, soit à prescrire des comportements, soit à décrire des faits. Ross risque une interprétation de cette terminologie en recourant au pouvoir magique qu'elle porterait, en vertu d'une croyance collective transmise de

954. Ross, « *Tû-Tû* », trad. E. Millard et E. Matzner, *Enquête*, n° 7, Les objets du droit, 1998, p. 265. Pour la version anglaise, A. Ross, « *Tû-Tû* », *Harv. L. Rev.*, vol. 70, 1957, p. 812.

955. C. LEFORT, *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, *op. cit.*

956. « [...] On croit dans cette tribu qu'en cas d'infraction à certains tabous [...] survient ce que l'on nomme *tû-tû* [...] conçu comme une sorte de force dangereuse [...]. Il va de soi que *tû-tû* n'est rien du tout : c'est un mot dénué de toute espèce de signification. [...] Le discours sur *tû-tû* est un pur non-sens. Cependant, et voilà ce qui est remarquable, [...] que ce mot, en dépit de son absence de signification, remplit une fonction dans le langage quotidien de ce peuple. Les énoncés contenant *tû-tû* semblent aptes à remplir les deux principales fonctions de tout langage : prescrire et décrire ; ou, pour être plus explicite, exprimer des commandements et des règles, et faire des assertions sur des faits », Ross, « *Tû-Tû* », art. préc., p. 265.

génération en génération. Cette interprétation accrédite l'idée que la terminologie, juridique ou magique, est en réalité

un outil pour la technique de présentation, qui sert seulement des fins systématiques, et qui en [elle]-même, ne signifie rien de plus ou de moins que *Tû-Tû*<sup>957</sup>.

[674] C. Lefort, de son côté, démontre que le pouvoir, dans une démocratie moderne, est plus qu'un concept vide: c'est un « lieu vide ». L'insaisissabilité qui le caractérise, son caractère inappropriable, est précisément la condition de réalisation concrète de l'être social. Ceci ressort d'une conception de l'espace public privilégiant la dimension d'autonomie du sujet<sup>958</sup>. Elle doit être combinée avec une vision désaliénée des rapports sociaux idéaux<sup>959</sup>.

957. Ross, « Tû-Tû », art. préc., p. 279. Pour une illustration littéraire de cette conclusion, voir VERCORS, *Les animaux dénaturés*, op. cit., chap. XIII, p. 139: « Avec une sorte d'apostasie joyeuse, il examinait d'un œil impitoyable et critique ces règles, ces précédents, cette tradition vénérable. "Au fond, pensait-il, nous vivons de tabous, comme les sauvages. Il faut, il ne faut pas. Rien jamais de nos exigences ou de nos interdits n'est fondé sur une base irréductible. [...] Des interdits non fondés, qu'est-ce que c'est, sinon des tabous? Les sauvages croient tout aussi fermement à la légitimité, à la nécessité de leurs tabous que nous croyons à celles des nôtres. La seule différence, c'est que les nôtres, nous leur avons trouvé des causes non plus magiques ou totémiques, mais philosophiques ou religieuses; aujourd'hui nous trouvons ces causes dans l'étude de l'histoire et des sociétés. Il nous arrive d'inventer de nouveaux tabous. Ou d'en changer en route (rarement). Ou de les transformer quand ils apparaissent, malgré la tradition, trop démodés ou trop nuisibles. Je veux bien que dans l'ensemble ce soient de bons, d'excellents tabous. De très utiles tabous, assurément. Indispensables à la vie sociale. Mais alors au nom de quoi juger la vie sociale? Non seulement la forme qu'elle a, ou celle qu'elle peut prendre, mais si elle est bonne en soi; ou simplement nécessaire à autre chose qu'elle-même; à qui? à quoi? C'est aussi un tabou, rien de plus." »

958. « [...] À la notion d'un régime réglé par des lois, d'un pouvoir légitime, la démocratie moderne nous invite à substituer celle d'un régime fondé sur la *légitimité d'un débat sur le légitime et l'illégitime* – débat nécessairement sans garant et sans terme [...]. La légitimité du débat sur le légitime et l'illégitime suppose, répétons-le, que nul n'occupe la place du grand juge. Précisons: nul, c'est-à-dire ni un homme, investi d'une autorité suprême, ni un groupe, fût-il la majorité. Or, la négation est opérante: elle supprime le juge, mais rapporte la justice à l'existence d'un espace public – un espace tel que chacun est suscité à parler, à entendre, sans être assujéti à l'autorité d'un autre; que ce pouvoir qui lui est donné, il est induit à le *vouloir*. C'est la vertu de cet espace, toujours indéterminé, car il n'est la propriété de personne, mais seulement à la mesure de ceux qui se reconnaissent en lui et lui donnent sens, de laisser se propager le questionnement du droit. Qu'en fonction de celui-ci une majorité se forme, *ici et maintenant*, qui livre une réponse tenant lieu de vérité, aucun artifice ne saurait l'empêcher. Et qu'un homme, fût-il seul, soit en droit de dénoncer la vanité ou le tort de cette réponse, voilà seulement qui confirme l'articulation de la liberté et du droit, l'irréductibilité de la conscience du droit à l'opinion: la majorité, non l'espace public, se révèle alors éventuellement en défaut. La dégradation du droit ne réside pas dans les erreurs de la majorité, elle résulterait de celle de l'espace public lui-même, s'il s'avérait qu'en l'absence du débat qui lui est attaché, une opinion massive, compacte, constante, décidait dans la nuit, au lieu que des majorités se fassent et se défassent, et que les péripéties de l'échange et du conflit entretiennent l'inquiétude et l'heureuse division des convictions », C. LEFORT, *Essais sur le politique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, op. cit., p. 57-60.

Contrairement à J. HABERMAS qui exprime une défiance à l'égard de ces majorités, cf. *supra*, n. 854.

959. Cette représentation de l'espace ne doit pas être tenue pour une vision aseptisée telle que la décrit C. Mouffe et où « toutes les questions sujettes à controverses sont retirées de l'ordre du jour pour créer les conditions d'un consensus rationnel. De ce fait, l'espace politique devient

Mais l'analogie avec C. Lefort n'est que partiellement possible. En effet, cette théorie du pouvoir assume un présupposé non cognitiviste que l'idée d'un concept tout simplement dépourvu de signification *a priori* ne contient pas forcément. Du moins, la théorie lefortienne du pouvoir renonce-t-elle à la possibilité de connaître et d'énoncer le fondement de ce pouvoir, afin de mieux dynamiser la société dans l'effort de sa propre institution. C. Lefort préfère donc « le questionnement interminable », qu'incarne partiellement un parlement dans son œuvre de débat continu, à la fixation de repères prétendument éternels<sup>960</sup>. Il relie d'ailleurs ce questionnement sans fin à l'élément religieux dans lequel s'installerait alors la pensée.

[675] Nous croyons que ce questionnement est en effet fertile au plan de la production d'un *vouloir* démocratique, car il échappe aux conséquences d'une certitude inhérente à une conception cognitiviste. Pourtant, dans le cadre d'un discours sur le fondement du droit, nous avons vu que le cognitivisme n'était pas l'apanage d'une théorie théiste à tendance jusnaturaliste. Le risque démocratique que comporte une théorie du fondement du droit est de faire porter à un autre auteur que des autorités humaines compétentes, la responsabilité de la détermination de ce fondement. Nous reprenons chez C. Lefort l'idée de la vacuité initiale (le « lieu vide » de signification) pour en déduire une représentation dynamique du système juridique. Un activisme démocratique est alors indispensable à l'activité juridique<sup>961</sup>. L'appel à combler ce vide de signification met en mouvement le système. La détermination du droit est alors la conséquence de l'attrait dégage par l'enjeu continu que constitue la qualification de son fondement. Les débats suscités par la seule interrogation sur le fondement, quel que soit son niveau

simplement le lieu où les individus, débarrassés de leurs passions destructrices et de leurs croyances, conçus comme des agents rationnels, mus par leur intérêt personnel sans aller toutefois jusqu'à enfreindre la morale, acceptent de soumettre leurs revendications à une procédure d'adjudication qu'ils tiennent pour juste », C. MOUFFE, *Le politique et ses enjeux*, Paris, La Découverte-Mauss, coll. Recherches, 1994, p. 151. La vision désaliénée des rapports sociaux ne correspond précisément pas à une vision expurgée de tout conflit, mais une configuration des rapports par l'intermédiaire desquels la résolution des conflits est pensable au moyen d'un recours à la controverse sur les questions essentielles, autrement dit, sur les fondements même de l'ordre social.

960. « La démocratie moderne, jugions-nous, est le seul régime à signifier l'écart du symbolique et du réel avec la notion d'un pouvoir dont nul, prince ou petit nombre, ne saurait s'emparer; sa vertu est de ramener la société à l'épreuve de son institution; là où se profile un lieu vide, il n'y a pas de conjonction possible entre le pouvoir, la loi et le savoir, pas d'énoncé possible de leur fondement; l'être du social se dérobe, ou, à mieux dire, se donne dans la forme d'un questionnement interminable (ce dont témoigne le débat incessant, mouvant, des idéologies); les repères derniers de la certitude sont dissous, tandis que naît une sensibilité nouvelle à l'inconnu de l'histoire, à la gestation de l'humanité dans toute la variété de ses figures. Mais encore faut-il préciser que cet écart s'indique seulement; qu'il est opérant, mais qu'il n'est pas *visible*; qu'il n'a pas statut d'objet pour la connaissance », C. LEFORT, *Essais sur le politique, op. cit.*, p. 294.

961. Cette représentation n'est pas sans rappeler le concept de « démocratie continue », par lequel « la fabrication de la norme est devenue un travail complexe qui fait intervenir de nombreux "entrepreneurs législatifs" et entraîne en conséquence la généralisation du principe délibératif », D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1995, p. 17.

d'élaboration, pratique, théorique ou épistémologique, établissent la raison d'être de cette question.

[676] Rien de bien nouveau dans cette conclusion sur le caractère indéfini de la question du fondement. Pour autant, lorsqu'elle se traduit dans le cadre d'une étude juridique, elle permet de réaliser que les mêmes causes produisent les mêmes effets théoriques. Et lorsqu'en philosophie ou en littérature, on évoque le thème de l'origine comme « identité inaccessible »<sup>962</sup> ou celui de la finitude de l'homme comme « forme paradoxale de l'indéfini » indiquant « plutôt que la rigueur de la limite, la monotonie d'un cheminement, qui n'a sans doute pas de borne mais qui n'est peut-être pas sans espoir »<sup>963</sup>, on aborde encore la question du fondement. On ne se lasse pas des emportements de Foucault à propos du fantasme de l'origine comme butée imparable sur le mur de l'impensé<sup>964</sup>. Son analyse du passage de la pensée classique à la pensée moderne confirme l'histoire de l'insatiable volonté humaine de savoir, impuissante pourtant à se soulager et à s'achever, mais tenant lieu, par là même, d'unique explication à notre humaine existence. Ce savoir total, cette origine, serait

le sommet virtuel d'un cône où toutes les différences, toutes les dispersions, toutes les discontinuités seraient resserrées pour ne plus former qu'un point d'identité, l'impalpable figure du Même, ayant pouvoir cependant d'éclater sur soi et de devenir autre<sup>965</sup>.

Cette description ressemble à s'y méprendre à la métaphore du Mont Analogue, par laquelle Daumal, dans son roman inachevé, se lançait à l'assaut d'une utopie constituée par la seule montagne qui puisse jouer le rôle du Mont Analogue,

[celle dont] [*le*] sommet [*serait*] inaccessible, mais [*il*] a base accessible aux êtres humains tels que la nature les a faits. Elle doit être *unique* et elle doit *exister géographiquement*. La porte de l'invisible doit être visible<sup>966</sup>.

L'activité que l'on peut considérer comme réservée aux êtres humains est celle d'une recherche infinie, mais pas improbable. Transplantées dans tous les champs de la pensée humaine, juridique, philosophique, politique, littéraire, les préoccupations fondamentales s'appuient sur des métaphores comparables.

962. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, *op. cit.*, p. 341.

963. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, *op. cit.*, p. 325.

964. « [...] Toute la pensée moderne est traversée de la loi de penser l'impensé », FOUCAULT, *Les mots et les choses*, *op. cit.*, p. 338.

965. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, *op. cit.*, p. 340.

966. DAUMAL, *Le Mont Analogue*, Gallimard, coll. L'Imaginaire, 1981, p. 18. Notons que l'aventure de la recherche de cette montagne est motivée, de bout en bout, par une seule chose : la croyance en son existence : « Voilà ce que j'avais écrit. Il ressortait en effet de mon article, pris à la lettre, que je croyais à l'existence, quelque part sur la surface du globe, d'une montagne beaucoup haute que le mont Everest, ce qui était, du point de d'une personne dite sensée, une absurdité. [...] Allons, suis-je un fou, ou un littérateur ? — Eh bien, je peux l'avouer maintenant, tout en me posant ces questions peu agréables, je sentais qu'au fond de moi, malgré tout, quelque chose croyait fermement à la réalité matérielle du Mont Analogue », *op. cit.*, p. 19.

[677] Ainsi, notre réflexion sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit nous a continuellement renvoyés à la question du pouvoir. Cette étroite relation entre la problématique du fondement du droit et celle du pouvoir, nous a conduits à considérer que le fondement est certes une norme juridique, en vertu de sa fonction prescriptive, mais qu'il est aussi *une norme politique* dans la mesure où il reflète des enjeux de pouvoir. Il est d'ailleurs bien souvent l'objet principal de ces enjeux.

*L'idée de norme politique, pléonasme pour les uns, oxymore pour les autres, conduit à penser que son contenu importe peu, mais que le mécanisme de son élaboration, lui, est fondateur.* Le processus menant au choix de cette norme est le signe particulier du régime politique en vigueur. Il est fondateur car il est seul à pouvoir faire advenir la dimension participative et active qu'un système politique peut et doit avoir, s'il se veut démocratique.