



## 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 comporterait, 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.