

Pas perdus résonnant dans le péristyle du Droit

par

Gilles J. GUGLIELMI
Professeur de droit public
à l'Université de Paris-II (Panthéon-Assas)
CER:FDP

« Le Droit, comme la Langue,
vit dans la conscience populaire. »
F.-C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit...*, p. 9.

Introduction

Quelle force irrésistible pousse donc les Hommes à une quête des origines ? Que le droit soit chose simple, comme pour les Grecs qui ne la confiaient pas à des spécialistes, ou au contraire affaire d'experts, comme chez les Romains, il n'a, en apparence, qu'une portée essentiellement pratique : celle d'assurer une paix sociale relative. Il est de l'ordre des moyens et non des fins. Or, il ne viendrait pas à l'esprit de grand monde de chercher les fondements des moyens de transport ou des moyens de diffusion de la pensée. Dans cet ordre d'idées, les fondements du droit peuvent être vus comme des bases strictement nécessaires pour parvenir à atteindre certains buts. Soit ces buts sont analysés de façon globale, comme fixés par la société qui instaure et garantit un système juridique, soit ils sont étudiés localement, norme par norme, en vérifiant que le but de chaque norme, qui est d'influencer certains comportements, est atteint. Mais dans les deux cas, selon cette conception instrumentale ou médiate du droit, l'étude des fondements se trouve paradoxalement réduite à celle des objectifs, dont l'accomplissement épuiserait la raison d'être du droit.

La plupart des juristes se posent en général la question des fondements du droit sous cet angle, parce qu'ils abordent la problématique de l'existence du droit par l'étude des « sources ». Les sources du droit sont, depuis le début du XX^{ème} siècle, classiquement considérées comme les lieux d'émergence collective de règles de droit, qu'il s'agisse des sources dites réelles, déterminées par les conditions historiques et sociologiques, ou des sources dites formelles, caractérisées par un mode d'élaboration de la règle reconnu par le système juridique lui-même. Mais en se fixant sur une logique de sources, il n'est possible d'étudier que des fondements apparents et localisés. En d'autres termes, il ne sera rendu compte que du fonctionnement d'un système juridique

dont les cadres sont déjà posés. Aussi, dans les ouvrages d'introduction au droit, dans les réflexions théoriques produites par des juristes contemporains, les fondements du droit demeurent-ils cachés sous les sources, pris en tant que fondements d'une règle ou d'un ensemble de règles. Ils n'interrogent pas le fondement du droit dans son essence, le fondement du phénomène juridique pris en tant que tel. Pourtant, d'assez nombreuses réponses ont été proposées, le plus souvent implicitement ou incidemment, au fil de l'histoire de la pensée juridique et de la philosophie.

Certaines d'entre elles sont, en quelque sorte, internes et correspondent à une attitude fréquente des juristes, consistant à fonder le droit sur l'un de ses éléments matériels constitutifs. La réponse la plus typique à cet égard est celle qui institue le procès en critère du juridique. Il est vrai que la possibilité d'une instance contentieuse et la répétition des procédures qui y sont relatives ont pour effet de révéler et de formaliser des situations juridiques et des normes applicables. Le procès « formulaire » a certainement joué un rôle déterminant dans l'élaboration du droit romain. Mais il serait audacieux d'en conclure pour autant qu'il est un critère du droit dans son ensemble, car un phénomène juridique majeur, d'une irréductible différence, lui échappe : la législation. Un autre exemple de réponse met en valeur la « manière de faire » des juristes, celle qui fonde le droit sur le principe du contradictoire. C'est ici la forme de raisonnement, parallèlement à la science qui s'applique à la connaissance du droit, qui est prise comme déterminant de la juridicité. Mais, outre que le principe du contradictoire se trouve à l'œuvre dans d'autres activités humaines, notamment dans la recherche scientifique elle-même et peut-être aussi dans certaines activités de décision politique, il n'a évidemment aucun sens détaché du procès lui-même et surtout, il ne nous apprend rien sur le contenu du droit.

D'autres réponses, externes, se rattachent à la réalité de la vie humaine, à ses conflits. Elles peuvent être qualifiées de « réalistes » quoique le système qui en résulte soit plus souvent dit « positiviste ». Ainsi, Ihering décrivant le *Combat pour le droit*, dans lequel « tout droit dans le monde a été acquis par le combat », fonde bel et bien le droit sur la force, même si cette force est le monopole d'un État censé s'auto-limiter. Mais cette idée diffuse également hors de la science juridique et elle est clairement reçue chez les intellectuels engagés, fussent-ils français, parfois de façon abrupte¹. Pourtant, si la force entretient bel et bien des liens avec le droit, il apparaît quelque peu dangereux de lui attacher son existence et sa légitimité. Sans doute, « le droit est l'intermédiaire des forces »², mais à condition de pouvoir les équilibrer et, en cas de besoin, les surpasser par une force supérieure. D'ailleurs, suivant un point de vue réaliste, la force n'est pas suffisante à elle seule pour fonder le droit. Il y faut des éléments stabilisateurs supplémentaires. La sédentarité, que nous ne percevons plus dans nos sociétés tant elle y figure un modèle dominant, peut en être un, comme le montre l'exemple de l'émergence d'un droit chez les Wisigoths, les Burgondes et les Francs. L'écriture également qui, dès les temps les plus anciens, est donnée comme l'indice du

¹ Maurice BARRES, *La grande pitié des églises de France*, chap. XVIII : « Où manque la force, le droit disparaît; où apparaît la force, le droit commence de rayonner. »

² Paul VALÉRY, *Tel Quel*, Autres Rhumbs, Gallimard.

droit³, a pu avoir une importance non seulement symbolique, mais aussi pratique en ce qu'elle est un moyen d'inventaire et de preuve de la propriété.

Ainsi, aucune de ces réponses ou de ces indices ne peut isolément conditionner la juridicité, tant son établissement requiert de facteurs complexes et surtout résistant à l'écoulement du temps. La réflexion se tourne alors vers le temps lui-même, que bien des juristes donnent pour fondateur du droit. Depuis le temps cyclique d'un Hésiode qui, dans *Les Travaux et les jours*, fixe le calendrier des prescriptions, rappelant que le *νομος* de « loi », signifie aussi *rythme*, jusqu'au temps de l'habitude et de la répétition d'un Jean Carbonnier qui explique ainsi la dimension historique du droit : « il faut qu'il continue à en être ainsi, parce que toujours, dans le passé, il en a été ainsi »⁴. On sait enfin le rôle du temps dans la constitution de la coutume⁵. Mais il ne saurait masquer que le temps ne la crée pas, que la *consuetudo* est un accord entre interprètes et producteurs de normes et que sa stabilité temporelle sert surtout à lui conférer l'*opinio necessitatis*.

Viennent alors, un certain nombre de considérations – sinon de réponses – d'ordre philosophique ou métaphysique. Le fondement principal du droit ne vient-il pas, plus radicalement, d'une propension de l'espèce humaine à vouloir mettre de l'ordre là où il n'en trouve apparemment pas ? La cause peut en être cette angoisse profonde face à l'inconnu, à la méconnaissance totale et absolue sur les causes de l'existence de l'univers et de l'homme dans celui-ci, à l'incertitude de leur devenir : peu importe, finalement. Est-ce une résurgence du mythe de Sisyphe – par anticipation de l'interprétation qu'en donne Camus – que Portalis, chargé de faire le bilan d'une œuvre juridique totalisante, ressentait dans son *Discours préliminaire au projet de Code civil* en constatant que les hommes « ne se reposent jamais, ils agissent toujours » ? La conscience de sa propre vie et de sa finitude semble appeler, comme apaisement de cette angoisse métaphysique, l'ordre, la construction, la stabilisation, la transmission, toutes activités qui s'établissent plus aisément à l'aide du phénomène juridique. Si, en toute rigueur, l'instinct de survie de l'espèce humaine n'est pas le fondement du droit, en ce qu'il ne dit rien de la nécessaire existence d'une règle de conduite ni de son contenu, il en est au moins le principal mobile.

Mais dès lors, si l'Homme recherche dans le droit à la fois l'éternité qui lui est déniée et le principe même d'un ordre des choses dont il redoute l'absence, il est peut-être nécessaire que précisément, le fondement du droit, pris non pas en tant que source d'un ensemble de normes, mais en tant que cause du phénomène juridique, lui échappe. Ainsi apparaît un nouveau visage d'Antigone⁶. Celle qui, face au roi, fait valoir la dignité humaine comme valeur suprême, protégée par les dieux, ne traduit pas seulement le sentiment d'une justice supérieure déterminant une transgression des règles

³ La stèle d'Hammourabi représente le dieu-soleil Samaš tenant le calame qui sert à graver la loi sur les tablettes, et les prescriptions données par Yahvé à Moïse sont également inscrites sur deux tables (Dt 5, 22).

⁴ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, PUF (Thémis), 1980, p. 15.

⁵ Jean-Marie CARBASSE, « Coutume, temps, interprétation », *Droits* n° 30, 2000, p. 15-28.

⁶ de SOPHOCLE (422 avant n.è.).

de la Cité, ou la possibilité d'un « droit naturel ». Elle relie l'éternité au mystère : « Je ne croyais pas tes édits (...) assez forts pour enfreindre les lois sûres, les lois non écrites des dieux : ce n'est pas d'aujourd'hui ni d'hier, mais *de toujours* qu'elles vivent et *nul* n'en connaît *l'origine* ». Mais si le mystère est nécessaire, faut-il pour autant renoncer à comprendre la raison pour laquelle une grande partie de l'Humanité attache tant d'importance au droit ? Sans doute pas. Si tant est qu'on accepte, à titre d'hypothèse de travail⁷, une définition provisoire mais générale du droit – ce qui est déjà exceptionnel, étrangement, pour des juristes – il y a beaucoup de sérénité à retirer d'une approche qui, sans ôter à l'Homme toute illusion ou tout espoir d'intellection globale du phénomène juridique, lui donnerait au moins la satisfaction d'améliorer son niveau de conscience d'un phénomène spécifiquement humain.

Sans prétendre aucunement à l'érudition historique ni à l'analyse théorique, qu'il soit ici permis à un juriste technicien de tenter en curieux ou en amateur la promenade au jardin des idées. Adoptant le postulat selon lequel le droit est un ensemble de « règles de conduite humaine » à l'observation desquelles « la société peut nous contraindre par une pression extérieure plus ou moins intense »⁸, et maintenant la distinction entre d'une part ce droit, ensemble matériel, et d'autre part le phénomène juridique, qui en traduit l'apparition majoritaire dans les sociétés humaines, l'observateur occasionnel réunira et confrontera donc ici quelques pistes de solutions – réelles ou supposées, influentes par le contexte ou par l'application concrète – empruntées par des interprètes du droit dans leur marche vers le fondement du système juridique.

1. Dieu au fondement de tout droit

Quoi de plus universel, de plus essentiel et de plus élevé que l'idée de Dieu ? Elle a presque naturellement servi de justification au phénomène juridique, ou plus précisément, à l'existence d'un noyau dur de règles qui ne sauraient être transgressées, tout simplement parce qu'elles relèvent du divin. Il n'est pas de meilleure protection contre les atteintes des hommes que la parole divine, parce que précisément, elle les dépasse toujours par définition. Dans les approches les plus anciennes, le fondement divin est totalitaire, dans le sens où il absorbe la totalité des institutions sociales et des comportements humains dans une société donnée. L'organisation sociale dans son principe et dans son ensemble est théocratique : en cette hypothèse, le droit est une variété particulière d'organisation héritée de Dieu. Ce fut le cas en Egypte, en Mésopotamie et chez les Hébreux. Dans d'autres approches plus récentes, la fondation du droit par Dieu est limitée à celles des règles qui consacrent la part divine de la nature humaine. Ce fut le cas dans la doctrine du droit naturel connue en Europe aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles.

⁷ Philippe JESTAZ, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts », *RTD civ.* 1979, p. 480 s.

⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, PUF (Thémis), 1980, p. 14.

Il n'est pas utile de reprendre ici de remarquables et classiques réflexions sur la théocratie⁹. La remarque vient seulement que, si Dieu est le fondement du droit, les modalités de l'évolution du système juridique n'en sont pas pour autant contraintes. Par exemple, les systèmes mésopotamiens et égyptiens réservent la possibilité aux princes ou prêtres législateurs d'en révéler les modifications futures, alors que le système des hébreux considère la loi divine comme intangible en elle-même, mais assure son évolution par une interprétation débattue entre des hommes ordinaires pourvu qu'ils aient acquis le savoir nécessaire. Spécialement dans le christianisme, c'est Jésus qui montre à la fois la voie de l'interprétation et de l'unité du droit¹⁰.

Mais précisément, quelque complexes ou subtiles qu'elles soient, les approches théocratiques dans toute leur variété, semblent bien désigner une évidence : celle que le droit est d'une importance telle, qu'il se doit d'être l'œuvre d'un tiers absolu, invisible et tout-puissant. En cela, elles disent quelque chose de la fonction que joue l'idée de droit dans la structuration d'une société humaine et peut-être aussi dans celle de la pensée de chaque individu. Dans un monde qu'il ne comprend pas toujours et dont il ne connaît jamais les causes, l'Homme ne peut être finalement sûr que de deux choses : d'une part de son désir – quoiqu'il s'en rende parfois compte avec retard – et d'autre part de son plaisir.

2. Le droit fondé sur le désir et sur le plaisir.

Sans qu'il soit question d'entrer dans des considérations psychanalytiques, les indices sont nombreux d'un droit s'appuyant sur le désir de la Loi, mais aussi d'un droit qui permette d'éprouver le plaisir dans la Loi. Un exemple éclatant se trouve dans le psaume 119, intitulé « Eloge de la loi divine ». Ce n'est pas ici son aspect théologique, ni sa qualité de source d'un droit théocratique qui nous retiendront, mais la remarquable structure qu'il nous livre ainsi que son interprétation finalement métaphysique. Le psaume 119, tout d'abord, commence par le mot « heureux » (ceux qui...), accréditant ainsi l'idée que la première manifestation, mais peut-être aussi le premier but du respect de la loi de Dieu, c'est-à-dire du droit dans ce qu'il a de plus absolu, c'est le bonheur. A l'évidence, dans le contexte de la religion, ce bonheur n'est pas un plaisir ou une jouissance simple, résultant des seuls sens, mais un état de plénitude lié à une union mystique¹¹. Il n'empêche que le ressort profond est la satisfaction, la libération, la sérénité résultant de l'accomplissement d'un devoir, d'une autolimitation d'une conscience de la place de l'individu seul par rapport au tout.

⁹ Depuis Jacques ELLUL, *Le fondement théologique du droit*, Delachaux et Niestlé (Cahiers théologiques de l'action protestante), 1946, jusqu'à Marie-France RENOUX-ZAGAME, *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, P.U.F. (Léviathan), 2003.

¹⁰ « Quand saint Jean emploie l'expression : « je vous donne un commandement nouveau. Aimez-vous les uns les autres comme je vous ai aimés » (*Jean* 13, 34), la nouveauté porte sur le « *comme* je vous ai aimés ». Il porte non pas sur la Loi, mais sur l'accomplissement de la Loi, sur l'interprétation de la Loi, sur la manière dont Jésus lui-même accomplit les commandements en livrant sa vie. » Jean-Marie LUSTIGER, *La Promesse*, éd. Parole et Silence, 2002, Leçon I : Jésus et la Loi, p. 23.

¹¹ Amparo TORAL ARTO, *Conversaciones intelectuales*, ed. Villamañez, Madrid, 2003.

Mais plus remarquable encore, tous les vers (toujours au nombre de huit) de la même strophe, commencent par la même lettre, chaque strophe désignant de surcroît une lettre de l'alphabet hébreu, ce qui en fait donc vingt-deux. Chaque vers contient l'une des formes nominales désignant le droit : loi, parole, volonté, voies, préceptes, commandements, jugements, témoignage, promesse. Comment mieux exprimer que toute parole, parce qu'elle se forme de mots composés eux-mêmes de lettres, s'appuie sur le respect du droit. Et cet appui n'est pas unique. Il est répété huit fois, nombre qui dans la plupart des cultures est considéré comme celui de l'équilibre cosmique (les bras de Vishnu, les formes de Çiva, l'ogdoade pythagoricienne et gnostique, la Tour des Vents athénienne, les huit ancêtres des Quechuas et le double quatre des Dogons, pour ne citer que les plus célèbres). En quelque sorte, toute pensée et toute action humaine dépendent d'un droit répété huit fois, c'est-à-dire d'un droit qui se fonde sur une nécessité universelle d'équilibre, comme les pythagoriciens l'avaient signifié en associant à l'ogdoade l'équilibre central et cosmique, dans la notion de Justice. Là encore, dans le contexte religieux donné, la Justice n'est pas celle d'Aristote. Elle est plus simplement et plus étroitement l'accomplissement strict des préceptes divins. Mais précisément, en cela, elle concerne avant tout le for intérieur de l'individu et la conscience qu'il a de la conformité de ses actes à un idéal suprême de comportement. Plus prosaïquement, l'homme juste respecte le droit parce qu'il en tire la satisfaction du devoir accompli. Cela ne dit pas cependant ce qui fonde le caractère juridique des préceptes divins (à part la croyance même au divin). Une réponse peut être avancée en constatant qu'un seul vers du psaume 119, le cent vingt-deuxième, ne contient pas l'un des termes précédemment cités, synonymes de droit. En revanche, il apparaît qu'il contient un terme ne figurant dans nul autre vers : le bien (« Sois le garant de ton serviteur pour le bien »). Peut-on y voir le signe, pour les déterminations humaines, d'un fondement alternatif au droit, dont l'importance est telle qu'il suffit de le désigner une seule fois ?

Quelle que soit la réponse, il est remarquable que ce texte fasse partie du fonds commun au judaïsme et au catholicisme, car les « délices de la Loi » du psaume 119, sont clairement repris dans des récits déterminants de l'Évangile. La tentation au désert donne à Jésus l'occasion de rappeler le Deutéronome¹². Les malédictions contre les pharisiens sont fondées sur la nécessité – que ceux-ci négligent – d'accomplir la Loi¹³.

3. Le chef, fondateur du droit

La représentation du droit devient fondamentalement différente dès lors qu'on présente comme fondement de tout droit non plus une figure divine, mais celle nécessairement humaine du chef. (On exclut ici les cas où le chef a été investi par la grâce de Dieu dans un pouvoir plus que dans un droit, cas de l'Empereur – *Imperium quod nobis a caelesti majestate traditum est*, disait Justinien –, conformément à la thèse classique de saint Paul¹⁴ elle-même appuyée sur le livre de la Sagesse (6, 4), cas où il ne

¹² Dt 8, 3 & 6, 13

¹³ Matthieu, 23, 23 et 4 où « fardeaux » est la désignation traditionnelle de la Loi, cf. par ex. Jérémie 2, 20.

¹⁴ Épître aux Romains, 13, 1 : *omni potestas a Deo*.

joue qu'un rôle d'intermédiaire soumis au droit). L'idée qu'un seul individu puisse être l'unique origine de règles de droit qualifiables par certains théoriciens de « primaires », est évidemment simplificatrice si, du moins ne se posent ni la question de la légitimité du chef, ni celle de la valeur exacte de ses décisions. Pourtant, il est extrêmement rare que le chef, apparemment investi de la puissance juridique suprême, en dispose à la fois seul et sans limite. L'exemple le plus net dans les systèmes juridiques occidentaux en est donné par la (ré)apparition de la législation, lorsque les ordres juridiques temporel et spirituel sont reconnus comme distincts (vers l'an 1200). Le chef ou Roi est, par construction, la source la plus élevée de tout droit dans son ordre, qu'il s'agisse du principe « le roi ne se reconnaît pas de supérieur au temporel » ou du suivant, plus célèbre, « le roi est empereur en son royaume ». Mais il va de soi, dans l'esprit des théologiens et juristes, que le Roi n'exerce cette souveraineté que dans le respect des lois divines, des bonnes mœurs, et avec pour but le commun profit¹⁵.

L'idée que tout droit provient du roi se manifeste d'ailleurs de façon parfois discrète ou indirecte. Ainsi en est-il du régime de la coutume, laquelle ne prend valeur de droit qu'à partir de la volonté royale de lui donner cette nature. Dès le début du XVI^{ème} siècle, il est soutenu que les coutumes sont rédigées par autorité du roi, que cette « prise en main » confère à l'autorité sociale de la coutume, le caractère de droit véritable.

De façon plus générale, l'apparition des systèmes juridiques semble montrer que, comme par attraction, le pouvoir fonde le droit. Ce fut le cas dans l'Égypte ancienne. Significativement, le premier pharaon, légendaire, Menès aurait donné des lois écrites et ses successeurs de la 18^{ème} ou 19^{ème} dynastie, produit des décrets dont certains gravés à Karnak. A l'époque ptolémaïque un code, celui d'Hermoupolis, peut être interprété comme divulguant une législation dont la source est au moins homogène et sans doute royale. En Mésopotamie, le « Code » hittite, surtout, compile des règles qui se présentent elles-mêmes comme issues de la volonté du roi. Beaucoup plus près de nous, la naissance du droit canonique présente des caractéristiques semblables. Ainsi la « I^a Clementis », première lettre de Clément de Rome à l'Église de Corinthe, situe le pontife romain comme pouvoir chargé de rétablir l'ordre dans l'Église et montre bien que, sur le seul fondement de ce pouvoir, il pose des règles, qui deviendront, avec l'habitude de soumettre les litiges particuliers au Pape, la législation pontificale.

Il existe deux manières d'expliquer l'attachement de certains systèmes juridiques à ce schéma simple, selon lequel l'autorité d'un chef fonde le droit. La première est la pétition de principe. Il faut un point d'imputation à la production des règles juridiques et, par principe, au titulaire du pouvoir est attribuée cette fonction. La seconde est que seul le chef dispose, par son autorité, des moyens de contrainte qui assurent l'application du droit par la menace de sanction ou par l'exécution forcée. On peut remarquer que, en réalité, la seconde considération est avant tout pragmatique : elle évite la séparation entre un organe qui dirait le droit et un autre qui en garantirait l'application ; elle rend plus dissuasive la résistance au droit par l'immédiateté du déclenchement éventuel de la sanction. Pour autant, elle ne constitue pas un élément nécessaire à l'existence même de la règle.

¹⁵ BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, 1283.

Mais alors un argument rhétorique pourrait être avancé, dissociant le chef, roi, prince ou pape, de son pouvoir, de son autorité. Ce qui fonderait le droit produit par le chef ne serait pas la manifestation particulière de sa volonté, mais le principe général de son autorité.

4. Le principe d'autorité, fondement endogène du droit ?

La théorie du droit peut tenter d'expliquer ainsi en totalité le système juridique. C'est le cas exemplaire de celle de Kelsen. La règle de droit, pour Kelsen n'est pas un impératif catégorique, mais hypothétique. Le comportement prescrit par la norme juridique doit être suivi si on ne veut pas subir la sanction qui l'accompagne. Par ce biais, le lien à l'autorité devient un élément nécessaire. Mais au-delà, les normes juridiques sont structurées dans un ordonnancement hiérarchisé. La « pyramide des normes » s'étage ainsi depuis sa base, composée de décisions particulières, aux couches de règlements et de lois, jusqu'à la Constitution, étant posé que chaque norme subordonnée doit être conforme aux normes supérieures. Mais si la Constitution est la norme écrite la plus élevée, elle n'est pas la norme fondamentale. La norme d'origine, qui détermine le principe d'organisation de la pyramide, qui confère sa valeur à la Constitution et qui établit la nécessité d'une conformité hiérarchisée des normes entre elles, c'est ni plus ni moins que la norme qui prescrit obéissance en dernier ressort à la Constitution. Cette norme fondamentale postule nécessairement la suprématie de l'autorité détenue par l'auteur de la Constitution. L'autorité en tant que principe est donc le fondement de tout droit. Cependant, bien qu'il soit vain de tenter ici un ^{ème} commentaire de la théorie kelsenienne, on peut douter que ce principe d'autorité soit lui-même une norme juridique, alors précisément que Kelsen souhaitait fonder une théorie du droit qui ne reposât ni sur la sociologie, ni sur la morale, ni sur l'idée de droit naturel. En effet, poser en norme qu'on doit obéir à la norme de la valeur la plus élevée, est soit un postulat fondé sur la raison, parce qu'il fait prévaloir la logique, soit un postulat fondé sur l'intérêt, parce qu'il brandit la menace de sanction, soit un postulat fondé sur la croyance parce qu'il en appelle à une vérité supérieure. Mais en tout état de cause, il est difficile de reconnaître un fondement juridique endogène à l'assertion d'une telle norme fondamentale.

En revanche, ce type de construction et de raisonnement nous apprend sûrement quelque chose sur ce que l'intelligence humaine souhaite attribuer comme caractères à un système juridique. Comme une sorte d'aspiration profonde, la pensée juridique recherche une forme d'absolu. L'absolu dans la souveraineté, celui qui, d'un point unique, pourrait soumettre toute l'organisation sociale à un principe ordonnateur ; mais aussi l'absolu dans la maîtrise du monde car le système juridique a avant tout pour but d'unifier et de pacifier le réel. Il n'a fallu ni beaucoup de temps ni beaucoup d'efforts pour que cet absolu se traduise par une vision ontologique du droit liée à l'image de l'Homme.

5. L'Homme, valeur fondant le droit

La proposition est plus généreuse, selon laquelle le véritable fondement du droit serait l'Homme, c'est-à-dire l'Homme dans son essence, l'Homme en tant qu'être. Cette sorte de fondement ontologique du droit possède en apparence l'avantage de placer

notre humanité au centre de toute réflexion sur la règle de droit, ce qui ne peut manquer d'atténuer les risques d'aveuglement, d'injustice ou de formalisme. Pourtant, il est assez risqué de tenir une telle proposition pour satisfaisante. D'abord parce qu'elle provoque une sorte de divinisation de la figure humaine, qu'elle le constitue en une forme d'absolu qui ne rend pas compte du fait que nous ne savons pas très bien ce qu'est l'être humain et que celui-ci n'est pas un idéal en soi, mais un potentiel de variété. Ensuite, parce qu'elle n'est pas exacte. Un homme seul, qu'il soit Mowgli, Tarzan ou Robinson sur son île, n'est pas le fondement d'un phénomène juridique sur le territoire qu'il parcourt. Il n'est ni auteur du droit, ni sujet d'un droit, ni sujet de droits. Pour l'Homme pris « seulement » en tant qu'être, le droit n'a tout simplement aucune existence et aucun sens.

On perçoit alors que l'être humain n'est à la base d'un système juridique qu'à la condition d'être placé dans une situation, dans un rapport, et plus précisément face à un autre être humain ou à une société humaine déjà constituée. Sont donc réfutables, de ce point de vue, les conceptions qui fonderaient le droit sur la Nature, soit directement, comme le droit romain, soit par le biais d'une nature divine ou humaine, pour autant qu'elle soit transcendante et déconnectée de tout rapport social ou interindividuel.

Il serait dès lors tentant de généraliser cette contingence des relations humaines et d'en tirer la conséquence que le fondement du droit résulte de la volonté d'une pluralité d'individus.

6. Le Peuple, légitime essence du droit

Bien avant d'être mise en valeur par la Révolution française, la volonté populaire a été invoquée comme fondement du droit. Dans cette hypothèse, la collectivité qui exprime sa volonté est nécessairement indéterminée. La volonté populaire est plus un état de fait constaté que l'imputation à une source, mais elle désigne bel et bien un fondement, tôt considéré comme insurmontable. La démonstration en est donnée¹⁶, dans l'affirmation difficile mais progressive au Bas-Empire, de la possibilité d'une coutume *contra legem*. Il est clair cependant que la plus grande illustration de la volonté populaire comme fondement essentiel du droit se trouve dans le constitutionnalisme post-révolutionnaire. Au Peuple seul, la légitimité ultime de fonder la norme dont le rang est le plus élevé : la Constitution, même si la plupart des systèmes démocratiques organisent l'expression de cette volonté par une représentation qui, couramment, évite le recours effectif à sa manifestation directe.

Il n'empêche que ce fondement à vocation universelle ne rend pas compte de manière tout à fait satisfaisante de mouvements tendant à contester l'ensemble du système juridique. En d'autres termes, il ne permet pas d'expliquer l'inévitable discontinuité entre deux régimes constitutionnels et démocratiques séparés par une Révolution, ni d'ailleurs les troubles occasionnés par la mise en œuvre de la résistance à l'oppression. Comment expliquer en effet dans ce dernier cas qu'une « portion du peuple » dispose de l'insurrection comme « le plus sacré des droits et le plus

¹⁶ Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit*, LGDJ, 2001, pp. 50-51

indispensable des devoirs »¹⁷ sans occulter le risque que cette portion du peuple l'exerce en fait contre le Peuple dans son ensemble ?

7. La Justice, comme fondement idéal du droit

Le plus grand apport d'Aristote a sans doute consisté à distinguer le droit de la morale¹⁸ en instaurant une représentation particulière de la Justice. « Il ne faut pas perdre de vue que ce que nous cherchons ici c'est non seulement le juste au sens absolu, mais aussi le *juste politique*. Le *juste politique* c'est celui qui règne entre des hommes dont la communauté de vie a pour but une existence autonome, hommes qui sont libres et égaux, soit d'une égalité proportionnelle, soit d'une égalité arithmétique. » Dans cette conception, le Juste c'est l'équilibre, éventuellement la proportion. Dès lors, la science du droit, qui n'est qu'une partie de la science de la Justice, concerne seulement l'équilibre dans les rapports entre citoyens. Le droit est l'un des objets de la Justice.

Mais quel est, dans ce contexte, le fondement du droit ? Bien sûr, Aristote est donné pour l'un des premiers tenants du droit naturel. Mais pour être précis, il s'agit plutôt pour lui d'une recherche du Juste par l'observation de la nature. Or, cette méthode n'est qu'une première étape. Le droit est toujours changeant, que cela tienne à la nature des choses ou à la convention des hommes¹⁹. L'étude du Juste naturel ne peut donc pas aboutir à des règles : les νομοι κατα φύσιν qu'il évoque dans la *Rhétorique* sont en réalité des métaphores, des lois non écrites (νομοι αγραφοι). C'est pourquoi aux données du Juste naturel, il est indispensable, dans une Cité, d'ajouter des lois. Seules les lois peuvent préciser les directives par trop générales du Juste naturel, et il est plus sûr de fixer, par quelques législateurs compétents et sages, une interprétation uniforme à une multitude de juges dont la qualité et l'impartialité sont éminemment variables. Le droit se trouve donc doté d'un double fondement : la recherche du Juste et le fait que l'Homme soit un animal politique (ou si on préfère, le fonctionnement social). Par là, il procède autant de la nature que de la convention.

Conclusion

Qu'on définisse le droit comme un système de lois positives fondées sur une rationalité abstraite, ainsi qu'est ordinairement présenté l'apport des Lumières à la ré-interprétation des fondements du droit romain, ou qu'on le définisse comme une activité arbitrale communautaire répartissant les torts causés au plaignant, en recherchant par un dialogue l'ordre juste préexistant au litige, dans les deux cas, le fondement de ce droit repose sur la croyance que celui qui organise le dialogue et fixe l'écart entre le dommage et le juste est habilité à enjoindre les parties au litige de modifier leur conduite. Le fondement du droit, c'est ainsi la croyance par un assez grand nombre d'individus en la faculté que posséderait un tiers d'influencer leur comportement.

¹⁷ Constitution de 1793, art. 35.

¹⁸ *Ethique de Nicomède*, V, 8 et 9.

¹⁹ *Eth.* V, 7, 1.

Ainsi posée, cette conclusion provisoire permet de faire la distinction entre le fondement du droit, le droit et la sanction. Si le destinataire d'une décision juridique contraignante fait partie de ceux qui croient à cette faculté d'influence, la question de la sanction ne se pose pas, mais la norme ou la décision individuelle posée n'en est pas moins du droit. S'il n'en fait pas partie, la menace de sanction est nécessaire pour obtenir, peut-être, l'exécution, mais le contenu de ce qui est sanctionné n'en est pas moins du droit.

Au terme abrégé de ces pérégrinations aux fondements du droit, l'absence de la question d'un droit « public » est notable. Elle est due, bien sûr, au fait que le promeneur n'a pas ouvert les bonnes portes, ni lu les bons signes. Mais cette absence est-elle de quelque importance ? Au regard des insondables questions que pose toute recherche sur le fondement du droit, qu'il soit permis de penser que cette préoccupation paraît bien mineure. Les juristes français, surtout s'ils sont spécialisés en droit public et indépendamment de l'attachement sincère et érudit aux valeurs de la République qui les caractérise et les honore, ne manqueront pas de faire remarquer que nous vivons dans un système de dualisme juridique et qu'il nous est impossible de ne pas en tenir compte. C'est en effet incontestable. Mais il n'est pas besoin de refaire la démonstration excellemment menée ailleurs, que ce dualisme ne trouve ses justifications que dans des contingences historiques et dans le développement d'un dualisme des juridictions²⁰. Car on peut légitimement penser que la réalité ou la nécessité d'une distinction théorique n'est pas à prendre dans l'organisation institutionnelle de l'objet qu'on étudie, même si cette dernière est auréolée d'une gloire bicentenaire. Autrement dit, soit la question du caractère public du droit n'est pas de celle qui se pose à un théoricien du phénomène juridique ; soit, dans une vision plus optimiste, tout le droit est public, parce que, par définition, aussi bien en tant qu'ensemble de normes que l'Homme se donne et accepte, qu'en tant qu'activité recherchant en commun le rétablissement d'un équilibre de Justice, le droit appartient à tous et qu'il n'existe que par l'action de tous. La question du fondement du droit public ne serait ainsi qu'une fausse question, soit qu'elle traduise la myopie de juristes enserrés dans un système minoritaire d'organisation des rapports entre individus et personnes publiques ; soit qu'elle ne recouvre qu'une évidence consubstantielle à tout système juridique.

²⁰ « Je me demande si l'on n'a pas progressivement pris conscience du fait que le seul fondement du système de droit administratif est l'histoire, l'histoire administrative et celle de la juridiction administrative. Et que, finalement, tant le principe de ce système que ses contours ne se justifient, ne s'expliquent, ne se comprennent, que par des données historiques » Yves GAUDEMET, « Questions pour le droit administratif », *AJDA* n° hors-série 1995, p. 11.