



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