

Le droit, de la modernité à la postmodernité

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Le droit, de la modernité à la postmodernité », *Réseaux*, 2000, n° 88-90, pp. 67-76.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/article-journal/2000-le-droit-de-la-modernite-a-la-postmodernite>

Benoit Frydman

EN droit, la modernité se manifeste dans le projet d'établir les règles de l'organisation politique et sociale sur le fondement de la seule raison. Ce projet, d'une folle mais admirable ambition, implique à la fois la critique sans concession des institutions et des règles imposées par l'autorité et la tradition et la construction à nouveaux frais d'une science exacte du droit et de la politique. Il s'agit idéalement de subordonner désormais l'exercice du pouvoir de gouverner, d'édicter et d'appliquer des normes au respect des principes et de la méthode prescrits par la raison, et par la raison seule, qui institue, ordonne, mesure et détermine les droits et les obligations de tout un chacun.

Schématiquement, ce projet peut être défini à trois niveaux différents :

1. Au niveau de l'organisation des rapports de pouvoirs dans la société, par l'institution d'un *contrat social* censé conclu de commun accord par l'ensemble des individus raisonnables ;
2. Au niveau de la formulation du droit, par l'établissement d'un *ordre juridique* rationnel, c'est-à-dire d'un système de règles clair, cohérent et complet ;
3. Au niveau de l'application du droit et de la solution des litiges, par la mise en œuvre d'une *jurisprudence mécanique*, qui conçoit l'acte de juger sur un mode purement logique ou arithmétique.

A chacun de ces trois niveaux, le passage de la modernité à la post-modernité, s'il faut appeler ainsi l'époque où nous vivons, suppose une réévaluation en profondeur et souvent douloureuse du projet moderne, aboutissant tantôt à sa remise en cause, tantôt à son approfondissement ou à sa réactualisation.

La raison a dû subir, sur le terrain juridique aussi, l'épreuve des faits et de l'histoire, de la dialectique et du désenchantement. Elle éprouve encore aujourd'hui la frustration de ne pouvoir souvent se dépasser autrement que dans sa propre autocritique, avec pour conséquence - assez décevante sur le terrain de la pratique - de devoir « faire avec » des institutions et des concepts dont elle a théoriquement analysé les limites, voire dénoncé le caractère idéologique, sans pouvoir leur y substituer de plus satisfaisants.

Les pages qui suivent passent rapidement en revue quelques points saillants de cet *aggiornamento*, tout en renvoyant le lecteur intéressé aux ouvrages dans lesquels nous avons traité de ces questions de

Le droit, de la modernité à la postmodernité

manière plus approfondie et plus systématique¹.

I. Du contrat social à la constitutionalisation des droits :

La réflexion moderne sur l'organisation politique privilégie le moment fondateur de la transition de l'état de nature vers l'état de société. Ce saut s'effectue par le moyen du *contrat social*. La conclusion du contrat social ne doit pas être considérée comme un fait ni même une reconstruction historique, mais bien comme une hypothèse méthodologique, un instrument de travail permettant de faire table rase de l'histoire des nations et des régimes, afin de retrouver, par la fiction d'un retour à l'origine, les principes d'une constitution politique rationnelle. Le contrat social sert ainsi de *laboratoire* aux modernes qui y découvrent les dispositions fondamentales du droit politique.

Bien que conventionnelles, ces clauses ne sont pas négociables, mais découvertes par la raison comme participant de « la nature des choses ». Selon Rousseau, « les clauses de ce contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte que la moindre modification les rendrait vaines et de nul effet ; en sorte que, bien qu'elles n'aient peut-être jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues² ».

« Prenant les hommes tels qu'ils sont et les lois telles qu'elles peuvent être³ », la pensée moderne considère que la société et ses règles ont été créées par les individus et pour les individus, dans leur intérêt bien compris. Le contrat débouche néanmoins sur la création d'une personne artificielle, l'Etat ou la République, qui a la souveraineté pour attribut essentiel. Ce *face-à-face tendu entre l'individu et l'Etat* donne à la politique moderne son architecture fondamentale et rudimentaire. Elle implique la suppression, ou à tout le moins la dépolitisation, de tous les corps intermédiaires religieux, territoriaux ou professionnels qui structuraient, par le moyen des statuts et des privilèges (de *privae leges*, lois privées), la société d'ancien régime. Elle annonce aussi les grands débats qui agitent jusqu'à aujourd'hui la politique moderne, opposant notamment ceux qui privilégient les droits et libertés individuels aux tenants d'un projet républicain.

Cependant l'histoire moderne a soumis à révision les espoirs placés dans l'établissement d'une constitution politique rationnelle. L'épisode de la Terreur, succédant si rapidement à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, enseigna bientôt à l'Europe des Lumières le faible rempart des proclamations juridiques solennelles

1. B. Frydman, *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles, Story-Scientia (col. "A la rencontre du droit"), 1999, 135 pp. – B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz (col. "Connaissance du droit"), 1998, 138 pp.

2. *Du contrat social*, Livre I^{er}, ch. 6.

3. J.J. Rousseau, *Du contrat social*, Livre I^{er}, début.

Benoit Frydman

contre les excès de la violence politique. Leçon de réalisme, confirmée tout au long du 20^{ème} siècle par l'impuissance de certaines constitutions libérales face aux menées criminelles des entreprises totalitaires, nullement gênées aux entournures par les garanties institutionnelles ou les engagements juridiques par lesquels on croyait réussir à se protéger d'elles ou du moins à les contenir.

Outre cette fragilité avérée des constitutions écrites, la question sociale suscite, dès le 19^{ème} siècle, une contestation radicale du contenu même du contrat social moderne. Loin d'être « partout tacitement admises et reconnues », ses clauses sont dénoncées, en particulier par la pensée marxiste, comme un voile idéologique destiné à tromper les masses en travestissant la réalité et la violence de l'oppression capitaliste, sous les principes lénifiants mais purement formels de liberté et d'égalité des droits. La règle juridique n'est plus conçue comme l'expression de la raison mais plutôt comme la résultante d'un rapport de forces dont le contenu s'amende par la lutte. Au contrat social dicté par la raison individuelle succède le compromis social-démocrate, qui entérine de manière provisoire et évolutive, souvent d'ailleurs en dehors des textes et des procédures constitutionnels, les résultats des négociations entre classes et groupes sociaux rivaux pour le partage des pouvoirs et des biens.

Dans la pensée postmoderne, la constitution apparaît dès lors logiquement, avec l'ensemble du droit, comme un objet essentiellement *déconstructible*. Pour Derrida, le problème de la signature de la constitution, qui, écrit-il, invente son signataire, démasque l'absence de fondation ultime de tout ordre juridique, dont l'instauration repose toujours à l'origine sur une « violence sans fondement », « un coup de force » qui est aussi « un coup d'écriture », un acte performatif par lequel la constitution s'institue elle-même à l'origine d'un ordre nouveau dont elle autoproclame la légitimité⁴.

Et pourtant, paradoxalement, dans ce contexte désenchanté, où la constitution semble avoir perdu, en même temps que son fondement et sa légitimité, l'essentiel de sa force et de son prestige, celle-ci va s'imposer et peser concrètement, comme jamais, à la fois au sommet et au cœur du système politique et juridique des États postmodernes. Cette évolution est marquée par l'instauration, en Belgique depuis une vingtaine d'années, d'un *contrôle effectif de la constitutionnalité des lois*. Auparavant, au nom d'une conception contestable de la suprématie de la loi et du parlement, l'exercice du pouvoir législatif n'était limité par aucune contrainte de sorte que le « législateur » pouvait ignorer ou même violer quasi ouvertement, et en tous cas impunément, les prescriptions du contrat fondateur de la nation. Depuis l'installation

4. Voyez « Déclarations d'indépendance » in *Otobiographies. Nietzsche et la politique du nom propre*, Paris, Gallilée, 1984, pp. 13-82. Ce thème est repris dans *Force de loi : le fondement mystique de l'autorité*, Paris, Gallilée, 1994.

Le droit, de la modernité à la postmodernité

de la Cour d'arbitrage, nécessaire pour arbitrer les conflits de compétence dans un Etat en voie de fédéralisation, mais qui a su étendre sa mission au niveau d'une véritable Cour constitutionnelle, les dispositions de la constitution ne demeurent plus lettre morte, mais justifient l'annulation de certaines lois ou, à tout le moins, leur interprétation dans un sens compatible avec les droits fondamentaux⁵.

Parallèlement, on constate, partout en Europe et aussi chez nous, un mouvement sensible de *constitutionalisation des droits*. En termes simples, les droits fondamentaux des individus, tels qu'ils sont garantis depuis toujours par nos constitutions, sont mobilisés de plus en plus souvent et même invoqués à tout bout de champ, pour régler, dans tous les domaines de la vie sociale et quotidienne, les relations des citoyens à l'égard des pouvoirs publics mais aussi vis-à-vis de leurs employeurs, des membres de leur famille ou de leurs voisins... Dès qu'un litige survient, on découvre presque toujours qu'il met en jeu un principe, une liberté, un droit fondamental. Et les juges se voient chargés d'amortir les chocs que suscitent l'exercice des prérogatives antagonistes, entre la liberté d'expression des uns et le droit à la vie privée des autres pour ne citer qu'un exemple.

Constat déroutant mais certainement pas unique dans le droit post-moderne d'un concept contesté, ou du moins « désenchanté », promu néanmoins à une grande fortune et à des utilisations fréquentes et multiformes dans la pratique quotidienne du droit, avec des effets concrets sur la vie des gens.

II. De l'ordre de l'Etat à l'état cosmopolitique :

Mais la grande ambition et le défi majeur qui animent les juristes modernes est sans conteste la remise du droit en bon ordre. De même que dans les autres disciplines scientifiques, la culture moderne marque une rupture spectaculaire avec la pensée scolastique. Le modèle de la *questio*, pratiqué de manière privilégiée dans presque toutes les facultés de l'université médiévale, consistait à résoudre des cas ou des questions difficiles par référence à des textes authentiques, faisant foi de la vérité, dont les enseignements multiples étaient approfondis par l'interprétation et confrontés au cours d'une discussion contradictoire. Cette forme de raisonnement, dont l'origine est juridique et qui rappelle en effet par sa structure le déroulement d'un procès, est jugée confuse, absurde et inepte d'après les standards scientifiques modernes. Rompant sans retour avec ces procédés, les modernes entreprennent de reconstruire l'ensemble du droit sous la forme d'un système simple, concis mais exhaustif de règles claires, intelligibles et cohérentes. Cette entreprise emprunte simultanément deux formes

5. Sur cette question, voir *infra* III.

Benoit Frydman

distinctes, mais animées par un même idéal, qui exerceront et continueront d'exercer une influence capitale sur nos conceptions juridiques.

Une première méthode, qui prend pour modèle la géométrie, et plus précisément les *Eléments* d'Euclide, cherche à découvrir et à formuler le système *a priori* du *droit naturel*, par l'exercice de la raison pure. En partant de la définition de l'essence du droit et de quelques axiomes perçus comme évidents, il s'agit d'arriver, au moyen de théorèmes successifs et par degrés, de parvenir à la démonstration du système dans son ensemble. En ce sens, l'expression moderne « droit naturel » doit être comprise comme un raccourci de « droit découvert à l'aide de la seule raison naturelle », c'est-à-dire indépendamment et même à l'exclusion des témoignages « surnaturels » de la Révélation, notamment la Bible et ses interprétations « autorisées », mais aussi des règles « arbitraires » du « droit positif », posé et imposé par le pouvoir des hommes. En tant qu'elles sont propres à l'humanité et découvertes par la raison, les règles de droit naturel, principalement utilisées dans le domaine du droit des gens (*i.e.* le droit international), sont nécessairement *universelles*, de même que les « droits naturels » qu'elles confèrent aux individus.

Les droits naturels s'opposent en cela aux règles arbitraires du droit positif, dont la variabilité d'un Etat à un autre, s'attire la formule célèbre et assassine de Pascal : « Plaisante justice qu'une rivière borne : vérité en deçà des Pyrénées, mensonge au-delà ». Pourtant, les nécessités de la pratique imposent également l'ordonnement de ces règles particulières à chaque Etat. Cette opération s'effectue selon une autre méthode, plus proche des sciences de la nature et spécialement des grandes taxinomies de l'histoire naturelle. Il s'agit de mettre à plat les textes de toutes sortes censés receler des matériaux juridiques (droit romain, droit canon, coutumes rédigées, édits et ordonnances royales,...), d'en extraire minutieusement les éléments de droit qui peuvent y être découverts, de les analyser et de les ranger à leur place dans un tableau unique, qui permettra idéalement, par le jeu des combinaisons, de reconstituer l'ensemble des règles et d'éliminer les litiges. Ce projet scientifique constitue aussi et peut-être surtout une entreprise politique de grande envergure, menée à l'initiative de l'administration royale, qui, au nom de la raison, s'approprie et centralise à son profit le pouvoir de formuler l'ensemble des règles de droit. Il trouvera son aboutissement, après la Révolution, dans la *codification* napoléonienne, que nous conservons, intacte pour une large part, jusqu'à aujourd'hui.

La conception moderne d'un droit scientifique débouche ainsi sur la coexistence deux conceptions du droit apparemment incompatibles : d'une part, l'ordre juridique unifié et hiérarchisé d'un Etat souverain, jouissant du monopole de la force (droit positif) ; de l'autre, la déclaration universelle de droits naturels et inaliénables de l'homme (droit naturel). Cet *antagonisme du droit positif et du droit naturel* nourrit

Le droit, de la modernité à la postmodernité

pour une part importante et jusqu'à nos jours les débats – souvent creux – de la philosophie du droit moderne. Il conduit surtout en pratique à une situation lourde de dangers : faire des Etats, qui représentent de fait la menace la plus sérieuse pour les libertés individuelles et collectives, les seuls garants des droits fondamentaux de leurs ressortissants. L'histoire du 20^{ème} siècle confirmera ces craintes, les atteintes les plus graves et les plus massives contre les droits de l'homme et contre l'Humanité elle-même étant perpétrées par des appareils d'Etat sanguinaires.

Le passage de la modernité à la post-modernité se marque ici par une remise en cause progressive mais déterminante de l'ordre juridique de l'Etat souverain. Un premier coup sérieux à l'idée d'ordre juridique, conçu comme système cohérent, composé d'un petit nombre de règles claires et immuables, avait déjà été porté par la transition progressive de l'Etat libéral à l'Etat social. L'accroissement considérable des missions de l'Etat, le développement corrélatif de l'appareil administratif, le recours permanent et cumulatif à la réglementation pour traduire en mesures les politiques décidées dans tous les domaines de la vie sociale, transforment considérablement la nature et la vision du droit. Au paradigme géométrique de l'ordre juridique stable, clair et cohérent se substitue progressivement l'image de *la machinerie administrative productrice de normes en série*, dont personne ne parvient plus à maîtriser la prolifération ni à arrêter la signification précise.

La multiplication des niveaux de pouvoir et de production de normes, consécutive au double mouvement vers l'autonomie locale (la régionalisation et la communautarisation en Belgique) et vers un rapprochement supranational (l'union européenne) porte un second coup, fatal cette fois à l'*unité* de l'ordre juridique étatique. Au principe d'un ordre unique et cohérent de règles se substitue le constat du « pluralisme juridique », c'est-à-dire de la pluralité des ordres juridiques, susceptibles de soumettre simultanément une situation et une personne à des lois, à des injonctions administratives ou judiciaires divergentes, voire même contradictoires. Entre ces différents ordres, qui prétendent de manière illusoire exercer ensemble une « souveraineté partagée » (ce qui implique une contradiction dans les termes), il faut dès lors établir de nouvelles relations, qui tendent à organiser leur coexistence, moins sur le mode d'une stricte subordination hiérarchique, que par les voies complexes et subtiles de la conciliation, de l'harmonisation, de l'aménagement souple des compétences de chacun, comme l'illustre notamment l'apparition du principe de « subsidiarité ».

Dans ce contexte, le mouvement de « mondialisation » en cours ne désigne pas seulement un phénomène économique, à savoir une nouvelle phase du capitalisme, mais aussi un mouvement fondamental sur le plan juridique, qui achève d'ébranler les fondements mêmes de la

Benoit Frydman

conception moderne du droit et de l'Etat. L'internationalisation croissante des échanges, des marchés, des communications et des relations personnelles rend chaque jour plus manifeste l'inadéquation d'échelle entre le niveau – encore souvent étatique – de la réglementation et le champ beaucoup plus large où se déroulent effectivement les phénomènes que la norme prétend régir. Il en résulte une impression pénible de cacophonie dans laquelle les injonctions partielles et divergentes de chaque Etat ne sont plus entendues ni en tout cas obéies. Qui ne comprend aujourd'hui qu'aucun Etat ni même aucun continent n'est en mesure de régler à lui seul, par exemple, le flux des capitaux, des communications ou encore des émissions polluantes. Autrement dit, la globalisation des échanges appelle à son tour une globalisation de leur régulation. Si le droit moderne était étatique, le droit postmoderne ne peut se concevoir que dans une perspective cosmopolitique.

Ce projet et cette exigence d'un *droit cosmopolitique* donne lieu toutefois à un conflit d'interprétations, qui recèle un conflit politique. Dans une première interprétation optimiste, la mondialisation en cours marquerait enfin le dépassement des contradictions, pointées plus haut, entre le droit naturel et le droit positif, en d'autres termes la victoire finale de l'idéal universaliste et émancipateur des droits de l'homme sur le « monstre froid » de l'Etat moderne. On mentionnera en ce sens les velléités de développement d'un *droit pénal international*, tel qu'il s'esquisse, de manière encore incertaine, avec la mise en place d'un Tribunal pénal international ou à travers les suites ambiguës de l'affaire Pinochet.

Mais les leçons de l'histoire et de la pensée modernes, si elles ne barrent pas complètement les chemins de l'utopie, interdisent néanmoins les errements de la naïveté. Dans une lecture plus soupçonneuse, mais à mains égards aussi plus réaliste, ce nouveau droit naturel postmoderne apparaît à beaucoup comme une entreprise idéologique qui utilise le discours libéral et humaniste pour fouler aux pieds les droits des individus et des collectivités humaines. Ainsi, par exemple, tandis que les flux migratoires des personnes humaines, spécialement des plus pauvres, sont sévèrement contingentés ou interdits, les entreprises et groupes transnationaux invoquent à leur profit la liberté de circulation pour émanciper leurs transactions de toutes les mesures laborieusement mises en place dans le cadre de l'Etat social en vue d'assurer notamment la protection des travailleurs, de l'environnement ou de la santé des personnes.

Cette perspective d'un retour aux brutalités de « l'état de nature » capitaliste à l'échelle mondiale suscite alors, dans une troisième interprétation, un mouvement politique qui entend contrecarrer le jeu débridé des forces du marché, non par le recours aux organisations internationales ou au concert des Etats, mais par la mobilisation d'une *opinion publique mondiale*, qui prend progressivement conscience de sa vocation politique et critique. Cette dernière interprétation, dans

Le droit, de la modernité à la postmodernité

laquelle s'inscrivent, dans des styles certes différents, les dernières manifestations de Seattle et la philosophie politique de Jürgen Habermas, dessine le programme d'une *démocratie post-étatique*, ressourcée aux idéaux de la Modernité, qui offre à chaque être humain un « état cosmopolitique » et s'appuie sur le dynamisme d'une société civile transnationale, structurée en un réseau anarchique d'associations citoyennes, communiquant avec l'opinion dans le nouvel espace public global des médias.

III. Du syllogisme judiciaire à l'interprétation ouverte :

Enfin, au niveau de l'application du droit et du règlement des procès, la conception moderne se caractérisait par une extrême défiance vis-à-vis de *l'arbitraire des juges*. Dans un régime fondé sur la suprématie de la loi, comme volonté de la nation s'imposant à tous, l'intervention du juge était perçue comme une médiation potentiellement dangereuse entre la loi et les citoyens, qui risquait de compromettre, par une décision toujours particulière, à la fois leur liberté (en ajoutant à la loi) et leur égalité (par des applications différentes de la même loi). Aussi, faute de pouvoir supprimer complètement l'office du juge, il importait de corseter l'acte de juger dans la forme d'une opération logique, le syllogisme judiciaire, par lequel le juge se borne à subsumer le cas particulier qui lui est soumis sous la formule générale de la loi, sans aucun pouvoir d'appréciation. Si la règle se révèle insuffisante pour trancher le litige, ou encore imprécise ou obscure, le magistrat ne pourra en approfondir la signification qu'en se rapportant à l'intention réelle du législateur, qu'il découvre par l'investigation historique des débats parlementaires.

Cette conception étroite de l'activité judiciaire s'est révélée aussi stérile en pratique que rigide en théorie dès lors que, appliquée strictement, elle ne permet la solution que de cas assez évidents, qui donnent rarement lieu à une procédure, et surtout qu'elle est impuissante à répondre à toutes les questions nouvelles que le dynamisme de la VI^e sociale porte chaque jour devant les tribunaux. Malgré cette carence, elle n'en a pas moins exercé une emprise considérable sur le monde du droit en général et sur l'esprit des juges en particulier.

Le passage de la modernité à la postmodernité se traduit ici par un renversement complet de tendance. La transformation de l'ordre juridique étatique en une machine produisant toujours plus de normes, la multiplication des ordres juridiques concurrents, la tension permanente entre l'action du gouvernement et de l'administration et la protection des droits fondamentaux vont progressivement réduire à peu de chose le prestige de la loi et corrélativement accroître les attentes des citoyens (devenus des « justiciables ») à l'égard de la justice et des magistrats, dont l'intervention est sollicitée toujours plus fréquemment et dans les domaines les plus variés de la VI^e sociale. Dans l'Etat de droit contemporain, la justice devient, au sein des Etats

Benoit Frydman

et même au-dessus d'eux (par exemple la Cour européenne des droits de l'homme et le futur Tribunal pénal international), l'ultime recours du citoyen qui estime ses droits fondamentaux bafoués.

Dans ce contexte plus favorable, les magistrats se sont petit à petit délivrés de la position de sujétion et même d'abaissement à laquelle les avait réduits la Révolution. Ils jouissent de davantage de prérogatives et manifestent plus d'audace dans le contrôle du pouvoir politique, de ses usages et de ceux qui l'exercent⁶. Ils s'accordent également une marge de manœuvre beaucoup plus importante dans leur mission d'application du droit. Cette conception plus ouverte de la mission du juge emprunte, en théorie comme dans la pratique, deux formes concurrentes, qui ont vocation à remplacer le schéma périmé du juge logicien, exécutant mécanique de la formule légale.

Suivant une première méthode, le juge saisi d'un litige découvrira la solution adéquate de celui-ci, moins dans l'examen des textes de lois, que par l'évaluation concrète et la *mise en balance des intérêts en conflit*. Cette méthode participe d'une conception « sociologique » du droit comme instrument d'arbitrage et de correction des rapports de force constitutifs de la VI^e sociale. Elle emprunte son modèle au « spectateur impartial » de la philosophie utilitariste, qui mesure la valeur d'une norme ou d'un droit à la somme des coûts et des bénéfices générés par sa mise en œuvre. Plus récemment, elle s'est également adjoint le concours d'instruments empruntés à l'analyse économique.

Ce premier paradigme prolonge en réalité les ambitions scientistes du droit moderne et en particulier la conception calculatrice du raisonnement judiciaire. Mais elle en renouvelle les formes d'une manière conforme aux missions du droit dans le cadre de l'Etat social. Demeurée longtemps marginale dans ses applications concrètes, cette méthode est aujourd'hui bien plus volontiers reconnue et plus ouvertement pratiquée par les juges. Elle suscite cependant, dans son principe même comme dans ses modalités, des objections fondamentales. D'une part, la réduction du raisonnement judiciaire à un calcul d'intérêts appauvrit le contenu et la signification du droit et par là même engendre beaucoup d'incertitudes. Comment en effet connaître le contenu de son droit quand, à chaque fois, les limites de celui-ci sont fonction de la valeur de l'intérêt que son exercice est susceptible de contrarier ? En outre, sauf à poser l'argent comme critère exclusif de mesure (ce que certains n'hésitent d'ailleurs pas à faire⁷), les modalités de la pondération des intérêts en conflit et du rétablissement de l'équilibre demeurent tellement vagues que rien ne

6. Voyez notamment supra I le développement récent en Belgique d'un système de contrôle étendu de la constitutionnalité des lois.

7. Les partisans de l'analyse économique du droit (*Law & Economics*) dans le courant orthodoxe et majoritaire de l'école de Chicago. L'étalon de l'argent était du reste déjà posé par Jeremy Bentham, le fondateur de l'utilitarisme.

Le droit, de la modernité à la postmodernité

permet de distinguer cette pratique des jugements de valeurs, dont la modernité a réfuté catégoriquement la rationalité et la légitimité. En bref, l'application généralisée de la pondération casuelle des intérêts entraîne des risques non négligeables d'un retour à l'arbitraire, d'autant plus dangereux qu'il est trompeusement dépeint sous les traits d'une pratique scientifique.

Une seconde méthode, d'inspiration différente, remet en honneur, dans la foulée du tournant linguistique caractéristique de la pensée du 20^{ème} siècle, la dimension essentiellement interprétative du droit. Rejetant le corset du syllogisme judiciaire, cette conception renoue avec les pratiques infiniment riches et diverses de l'ancienne herméneutique, tout en essayant de conserver les acquis de la pensée critique moderne. Elle considère l'application de la loi et son interprétation comme un *processus d'appropriation critique de la tradition* par lequel le juge recherche le sens d'un texte qui s'impose à lui (loi, règlement) en vue de dégager une solution juste, c'est-à-dire, selon l'expression de Ronald Dworkin, « qui donne à voir le droit dans son ensemble sous son meilleur jour⁸ ». La norme n'est plus considérée comme une chose figée, dont la portée est déterminée une fois pour toutes au jour de son entrée en vigueur, mais comme une sorte d'accumulateur, qui se recharge en sens au fur et à mesure de ses utilisations successives. Le raisonnement du juge ne prend pas ici la forme d'une mesure ou d'un calcul d'intérêts mais plus souvent d'une *interprétation conciliante* par laquelle la norme positive en vigueur se trouve contrôlée et le cas échéant complétée voire corrigée afin de la rendre compatible avec les principes généraux du droit, la constitution et les droits fondamentaux ou afin de l'intégrer de manière plus harmonieuse à l'ordre juridique dans son ensemble. Cette interprétation ouverte se veut donc aussi créative dans la mesure où elle conduit à reformuler des normes juridiques ou à en créer de supplémentaires et favorise par là même une compréhension sans cesse renewed du droit dans son ensemble, de ses missions, de ses principes et de ses contenus.

Pas plus que la précédente, cette méthode n'échappe aux critiques. Elle se heurte d'abord, comme sa concurrente, aux objections de ceux qui soupçonnent, sous la rhétorique des décisions de justice et le jeu subtil des interprétations, l'influence autrement décisive des rapports de force et des luttes de pouvoirs. Mais elle suscite également le scepticisme des déconstructionnistes, qui mettent en exergue l'impossibilité de choisir rationnellement la meilleure interprétation, fût-ce au terme d'un ample débat contradictoire, et par suite le saut dans le vide quimpose, à un moment ou à un autre, l'épreuve de la décision judiciaire.

On ne manquera pas de mettre en parallèle ces controverses avec les querelles passionnées qui ont tant marqué la théorie littéraire

8. *L'empire du droit (Law's Empire)*, Paris, P.U.F., 1994.

Benoit Frydman

contemporaine. Dans un domaine comme dans l'autre, le déclin de l'auteur, jadis propriétaire du sens, a déclenché un conflit entre les tenants d'une interprétation ouverte mais décidable et ceux qui prophétisent la dérive infinie et irrémédiable du sens. Ces discussions prennent cependant, dans le domaine juridique, une portée tout à fait concrète, dès lors que la manière d'interpréter les lois conduit à des décisions effectives et lourdes de conséquences, qui peuvent, par exemple, décider de la liberté d'un homme ou de la garde d'un enfant.

*

En conclusion, la postmodernité manifeste une attitude paradoxale à l'égard de l'héritage juridique que lui a légué la modernité et de son projet de fonder une société juste sur le droit de la raison. D'une part, elle a parfaitement démonté l'inanité des prétentions à la découverte scientifique d'un droit naturel universel, d'un contrat social parfait et neutre, d'un ordre juridique clair, cohérent et complet, d'une jurisprudence mécanique qui mesure et calcule exactement les droits et les devoirs de chacun. Mais, d'autre part, nous invoquons, plus que jamais, ce droit, aux fondements si précaires, pour tenter de régler tous les problèmes de l'Humanité, depuis la régulation de l'économie mondiale et des manipulations sur le vivant, jusqu'aux aspects les plus quotidiens de la vie sociale et familiale. Si bien que, dans le domaine juridique comme peut-être aussi ailleurs, la postmodernité donne l'impression de scier la branche sur laquelle elle tente en même temps désespérément de s'asseoir. En pratique, cette situation inconfortable débouche sur une attitude pragmatique, mais pas forcément cynique, propre sans doute aux juristes de tous temps, qui, sans se laisser impressionner par le flottement et les incertitudes, mobilisent sans relâche les instruments à leur disposition pour revendiquer de nouveaux droits et imposer de nouvelles règles ou de nouvelles interprétations.