

Introduction

1. La postmodernité

On entend souvent dire aujourd'hui que nous serions entrés dans "l'ère post-moderne". Cette expression, si on veut lui assigner un sens précis et simple, implique que nous aurions quitté l'ère moderne, c'est-à-dire que les idées, les structures et le projet qui contribuaient à forger la vision du monde de l'homme moderne, qui encadraient et animaient son action seraient à présent périmés, ou à tout le moins sujets à révision. De même, lorsqu'on évoque la perspective d'un droit postmoderne, on pointe du doigt la crise de l'organisation juridique moderne, ainsi que la mutation en cours, espérée ou redoutée, vers un nouveau paradigme, une nouvelle conception du droit, de la justice et de son fonctionnement. Il ne s'agit pas cependant de tirer simplement un trait et de tourner une page. Le projet moderne, qui a guidé depuis plusieurs siècles le développement de la société occidentale, a également forgé la plupart des concepts, des institutions et des principes fondamentaux sur base desquels fonctionne encore notre droit, plus ou moins bien il est vrai. Citons, dans le désordre et de manière incomplète, la démocratie représentative, les droits de l'homme, l'Etat de droit, la notion même d'ordre juridique, la Constitution, etc.. Autant de notions auxquelles la plupart d'entre nous demeurent très attachés et sans lesquelles nous ne pourrions même concevoir une Justice digne de ce nom. Aussi la crise actuelle suscite-t-elle, en même temps qu'une réflexion sur les évolutions à venir, un retour aux sources, une compréhension renouvelée et rafraîchie des principes, qui n'ont souvent rien perdu de leur valeur intrinsèque mais dont le temps a obscurci la portée ou atténué l'impact, et qu'il s'agit désormais d'adapter à un environnement différent du cadre pour lequel ils ont été conçus.

2. Un tableau historique et prospectif: quatre thèmes

Ce livre a pour projet de synthétiser, d'un point de vue très large, les fondements de l'ordre juridique dans une perspective dynamique qui mette en évidence les adaptations et les changements de caps intervenus, depuis les origines de la Modernité (16^e-17^e siècles) jusqu'à nos jours, mais aussi esquisse les lignes de force des évolutions à venir. Car cette étude ne poursuit pas un objectif principalement d'érudition ou de culture générale. Elle s'inscrit résolument dans une démarche prospective. Le passé nous intéressera donc dans la mesure où il nous aide, non pas tant à deviner l'avenir, tentative risquée et régulièrement démentie par l'expérience, qu'à éclairer nos choix et

nos décisions en précisant les alternatives qui s'offrent à nous et les valeurs ou les projets qui les sous-tendent.

Une telle synthèse ne peut se concevoir dans les limites de cet ouvrage qu'au prix de choix rigoureux. Notons d'emblée qu'il ne sera pas question ici de l'histoire du droit moderne, au sens du récit des événements qui pèsent sur le cours juridique des choses (révolutions, réformes constitutionnelles et légales, etc.) mais bien d'histoire des idées, c'est-à-dire de l'évolution des concepts à travers lesquels le droit est conçu, institutionnalisé, mis en oeuvre, légitimé ou critiqué. Plus précisément, nous avons retenu quatre thèmes fondamentaux: la vision globale du droit, les clauses fondamentales du contrat social, la mise en oeuvre de la justice au niveau judiciaire et l'appréhension par le droit des relations sociales entre les individus.

1. La vision globale.— Par vision globale, on désigne le paradigme, le modèle, l'image par laquelle une époque donnée se représente le droit dans son ensemble. Cette vision globale n'appartient pas en tant que telle au droit positif. Elle ne revêt pas une portée obligatoire immédiate. Elle ne fait que rarement l'objet d'une formulation explicite par les acteurs de la vie sociale. Pourtant ceux-ci la mobilisent sans cesse quand ils pratiquent ou subissent le droit. La vision globale joue donc un rôle essentiel en tant qu'elle détermine l'arrière plan des rapports de droit, le cadre contraignant dans lequel se pensent et se vivent les normes juridiques, les présupposés non discutés qui influencent les règles et leur interprétation. Ainsi, par exemple, la Modernité se distingue, comme on le verra, par sa conception du droit en un *système* univoque, cohérent et complet de règles générales et abstraites (à l'image des mathématiques). Ce paradigme influence considérablement tant le mode d'énonciation des normes (développement des codes) que celui de leur application par le juge (le fameux syllogisme judiciaire). La vision globale exerce en outre une importante fonction de légitimation du droit et des institutions qui le mettent en oeuvre. Elle dépasse d'ailleurs le plus souvent le terrain juridique et participe de la politique, de l'idéologie, voire de la culture dans son ensemble. Mais cette vision globale évolue, tente de rendre compte des innovations, vieillit. Si le paradigme dominant suscite trop de critiques ou de controverses, comme aujourd'hui, c'est la crise, qui entraîne une remise en cause en profondeur des idées reçues, souvent une *perte de légitimation* des institutions, jusqu'à ce qu'un nouveau paradigme surgisse, qui parvienne à s'imposer durablement¹.

1. KUHN qualifie de "révolution scientifique" le changement de paradigme dominant dans une science. Nous avons appliqué cette notion à l'histoire de la pensée juridique ("Y-a-t'il en droit

→

2. Le contrat social.— Sur le plan du droit politique, la Modernité innove de façon décisive en formalisant dans un texte juridique fondamental, la *Constitution*, les clauses d'un pacte censé conclu entre les membres du corps social, qui organise l'exercice des pouvoirs et détermine les droits fondamentaux des individus. La *sphère de compétence* du pouvoir et les moyens légitimes de son action sont définis. Sous la pression de la question sociale, posée à partir du 19^e siècle avec toujours plus d'insistance, le domaine d'intervention de l'Etat et les missions de son droit seront fondamentalement revus et étendus tandis que le contrat social s'étoffera d'importantes clauses nouvelles. La crise contemporaine du compromis social-démocrate, dont l'Etat providence se portait le garant, suscite une évaluation critique de ce modèle et de ses carences tandis que se dessinent des projets de réforme en termes d'organisation politique.

3. La justice.— La Modernité entretient à l'origine une relation de méfiance à l'égard des institutions judiciaires de l'Ancien Régime, soupçonnée d'*arbitraire*, souvent à juste titre d'ailleurs. En travaillant à l'élaboration d'une *jurisprudence scientifique*, elle tente de conjurer ce risque et d'assurer, en privant le juge de tout pouvoir d'appréciation, une application exacte et égale des lois. L'évolution de ce projet scientifique conduira paradoxalement, à partir du 20^e siècle, à l'accroissement des pouvoirs des magistrats qui, de fidèles exécutants de la volonté législative, tendent à suppléer cette volonté lorsque, comme il arrive de plus en plus souvent, celle-ci est prise en défaut ou ne fournit pas de solution adéquate. Le juge s'implique de plus en plus dans la gestion de la vie sociale. Bien plus, le pouvoir judiciaire devient, au nom des droits fondamentaux, un organe de surveillance et de contrôle de l'administration d'abord, du Législateur lui-même ensuite. L'étendue de ces pouvoirs, nécessaires sans doute pour assurer le respect effectif de l'Etat de droit, repose cependant avec d'autant plus d'acuité le problème de la rationalité du fonctionnement de la justice et de la légitimité de ses organes.

4. Les relations interpersonnelles.— Enfin, nous envisagerons les modalités suivant lesquelles le droit moderne appréhende les relations entre les sujets de droit. Celles-ci sont saisies d'une part par référence au principe fondamental d'*égalité* et d'autre part à travers le prisme du *contrat*, considéré par les

→

des révolutions scientifiques", *J.T.*, 1996, pp. 809-813). Michel FOUCAULT préférerait parler de "socles épistémologiques", soulignant à juste titre le caractère transdisciplinaire des paradigmes. - *N.B.*: les références des ouvrages cités en notes sont précisées dans la bibliographie à la fin de l'ouvrage.

Modernes comme le mode privilégié de la coopération sociale librement consentie. On verra cependant ici encore que la compréhension tant de l'égalité que du contrat connaîtra d'importantes évolutions des origines de la Modernité jusqu'à nos jours.

3. Un tableau historique et prospectif: trois époques

Perpendiculairement à ce découpage thématique, nous diviserons l'examen des transformations du droit moderne en trois époques, qui constituent aussi les trois chapitres de ce livre. Le *1^{er} chapitre* est consacré aux *fondements de l'ordre juridique moderne*. Les concepts fondamentaux font l'objet d'une puissante élaboration théorique au cours des 17^e et 18^e siècles tant par les juristes de l'école du droit naturel que par les philosophes du contrat social. A la faveur des révolutions libérales, les Constitutions et les Déclarations de droit, la codification également, inscrivent ces principes dans les nouvelles institutions, ce qui ne va pas sans provoquer des révisions parfois brutales. Au cours du 19^e siècle, l'Etat-nation prend alors en charge la réalisation du projet moderne, mais pour son propre compte.

L'irruption sur la scène politique de la question sociale, longtemps délibérément ignorée par le droit, provoque une remise en cause du droit libéral et conduit finalement au compromis social-démocrate, qui jette les bases de l'Etat providence. Le *chapitre 2* traite de cette *réforme sociale de l'Etat et de son droit*, qui bouleverse la vision globale de la nature et de la fonction des règles juridiques, modifie en profondeur les termes du contrat social (même si les amendements ne sont pas forcément entérinés par des révisions constitutionnelles en bonne et due forme), conduit à une redéfinition de la mission des juges et des relations entre les membres du corps social, rassemblés en groupes d'intérêts concurrents.

Le *3^e et dernier chapitre* débute avec le constat actuel de la crise de l'Etat social pour déboucher sur les perspectives d'évolution à court et moyen terme de notre droit. Trois *hypothèses alternatives* (mais non forcément exclusives l'une de l'autre) seront mises au banc d'essai et testées sur la valeur des réponses qu'elles apportent pour chacun des quatre thèmes envisagés:

a) **l'hypothèse économiste.**— Cette première hypothèse dénie à l'ordre juridique toute autonomie par rapport aux échanges économiques et toute velléité de maîtrise du social. Elle a actuellement le vent en poupe sur la scène internationale où elle prend appui sur le mouvement de mondialisation en cours, dans un contexte de ralliement généralisé aux mécanismes de l'économie de marché. Elle assigne au droit la mission d'encadrer et de favoriser le

développement des échanges économiques. Les partisans de la régulation économiste revendiquent l'héritage moderne en mettant en exergue *l'autonomie privée*, c'est-à-dire l'absolue liberté pour les individus (et les entreprises) de poursuivre leurs propres fins et la nécessité corrélative de limiter rigoureusement la sphère d'intervention des autorités publiques. Ce retour aux sources passe par la déconstruction de l'Etat social, la privatisation du droit et l'acceptation du libre marché mondial comme ordre naturel et universel de l'organisation humaine.

b) l'hypothèse procédurale.— Cette deuxième hypothèse, qui se trouve en concurrence et souvent en contradiction avec la première, insiste davantage sur l'autre grand pan de l'héritage moderne: *l'autonomie publique*, qui implique que les destinataires des normes doivent aussi pouvoir se considérer comme leurs auteurs. Sur le plan constitutionnel, le modèle procédural en appelle à un approfondissement du projet démocratique notamment par le moyen d'une participation élargie des citoyens aux procédures publiques de discussion et de décision. De même, en matière de justice, la procéduralisation ménage la voie à une réappropriation par les parties de leurs différends dans le cadre d'une discussion réglée, arbitrée par le juge, qui tend à la recherche d'une solution juste, acceptable par chacun.

c) l'hypothèse communautaire.— Ce troisième modèle, à l'inverse des deux premiers, s'inscrit en faux contre les prémisses de l'ordre juridique moderne, en particulier contre son primat individualiste et le caractère universel, abstrait et "artificiel" de ses règles. Suivant l'hypothèse communautaire, un ordre normatif substantiel ne peut se développer qu'au sein d'une *communauté de vie et de valeurs*, inscrite dans une tradition, qui confère une identité à ses membres et tisse entre eux des liens de solidarité effectifs. Ce modèle trouve des partisans non seulement au sein du mouvement national, voire nationaliste, qui s'est développé contre la Modernité, bien qu'au coeur même de celle-ci, dès le 19^e siècle, mais également parmi tous ceux qui, refusant le vide politique moderne, croient qu'une communauté politique authentique n'a de sens qu'en vue de la réalisation d'un projet éthique.

Par delà les positions théoriques développées par ces trois courants actifs, il sera instructif de scruter les réalisations que ces modèles reçoivent d'ores et déjà, fût-ce de manière embryonnaire, dans notre organisation juridique ainsi que la compatibilité relative de leurs projets.

Une série de documents, reproduits à la fin du volume, complète l'information du lecteur sur l'état du droit contemporain. Il s'agit, d'une part, de décisions judiciaires récentes, commentées dans l'ouvrage, en particulier le célèbre

INTRODUCTION

arrêt Connerotte; d'autre part, de courts extraits de livres ou d'articles étayant les thèses de chacun des trois modèles prospectifs analysés.