

De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique*

Massimo VOGLIOTTI

Professeur de Théorie du droit à l'Université du Piémont Oriental

SOMMAIRE: 1. Le mythe de la pureté – 2. La scène juridique contemporaine : un foisonnement d'hybrides – 3. L'expérience juridique médiévale : un monde d'hybrides – 4. La "Constitution épistémologique moderne" – 5. Rupture épistémologique et ontologique – 6. Les deux phases de la modernité – 7. La réhabilitation de la philosophie pratique et le retour des hybrides – 8. La fin de l'absolutisme juridique moderne – 9. Nous n'avons jamais été modernes – 10. Le droit comme "relation" – 11. Le paradoxe du nouveau paradigme

1. Le mythe de la pureté

Je vous propose d'entamer ma leçon par deux images qui représentent deux paysages juridiques très différents, voire opposés.

Le premier nous reporte au début du siècle dernier. Les couleurs sont pures, les contours nets, la perspective est unique : toutes les figures sont disposées dans l'espace à partir d'un seul point d'observation : celui de l'État et de son « bon » Législateur, omniscient et omnipotent. La poétique qui l'inspire est celle de la « pureté ».

Plusieurs juristes pourraient être les auteurs de cette image. J'ai décidé de prendre comme exemple le pinceau d'un juriste qui a marqué la méthode des pénalistes italiens durant des décennies. Il s'agit d'Arturo Rocco.

* Il s'agit du texte (augmenté des notes essentielles) de la leçon inaugurale de l'année académique 2008/09 de l'Académie européenne de théorie du droit, prononcée le 6 octobre 2008 à l'Académie Royale de Belgique. Sur ce sujet, voir plus amplement M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.

Dans sa leçon inaugurale prononcée en 1910 à l'Université de Sassari, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, Rocco attire tout de suite l'attention du lecteur sur la crise profonde que la science du droit pénal de son époque serait en train de vivre. Il n'exprime aucun doute quant à la raison de cette crise : l'absence (ou la perte : les mythologies ont toujours leur âge d'or) de la *pureté*. À l'aube du XX^e siècle, il voit une science juridique « tâtonnante, doutant d'elle-même et de ses buts ; elle paraît encore en quête de soi ». Il y a « de l'anthropologie, de la psychologie, de la statistique, de la sociologie, de la philosophie, de la politique : bref, tout, quelquefois, sauf du *droit* ». Sans compter, ajoute-t-il, qu'on « navigue encore en plein droit naturel ou rationnel ou idéal »¹.

Si sa première critique était adressée notamment à l'École positive d'Enrico Ferri, responsable à ses yeux d'avoir réduit le droit pénal à un « chapitre » de la sociologie, d'avoir promu, comme il dit, un « *droit pénal... sans droit !* », la seconde avait un seul destinataire : Carrara et son école, dite « classique », responsable d'avoir forgé « un droit pénal différent de celui consacré dans les lois positives de l'État, un droit pénal de caractère absolu, immuable, universel »².

La réponse à cette crise, il la trouve dans le champ du droit public qui, grâce à l'œuvre de juristes tels Vittorio Emanuele Orlando, avait renouvelé sa méthode, en suivant les publicistes allemands de la fin du XIX^e siècle. Dans ce sillage, Rocco recommande aux pénalistes italiens « le divorce ou, pour mieux dire, la séparation de cette science de la sociologie, de la politique, de la philosophie ». Le seul remède qu'il voit est donc celui-ci : « se tenir fermement, religieusement et scrupuleusement attachés à l'étude du droit ». Et il précise tout de suite : « le droit positif en vigueur ». La science du droit pénal, selon Rocco, doit « se limiter à étudier le délit et la peine d'un point de vue purement et simplement juridique. [...] Il faut séparer la démarche proprement et strictement juridique de celle philosophique et politique, si l'on veut éviter une intrusion illicite et dangereuse d'éléments philosophiques et politiques dans la limpidité logique de la recherche juridique »³.

¹ A. ROCCO, « Il problema e il metodo della scienza del diritto penale », in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, p. 3.

² *Ibidem*, p. 8 et 4.

³ *Ibidem*, p. 9-10, 20 et 24.

Voilà, donc, les mots d'ordre de Rocco et de son époque : pureté, frontières, positivisme légaliste, autonomie et neutralité de la science juridique.

Mots d'ordre qui, dès la fin du XIX^e siècle, étaient mis en discussion par la vague antiformaliste qui avait saisi les deux côtes de l'Atlantique. En s'inspirant de philosophies différentes, cette nouvelle génération de juristes contestait le fétichisme législatif des Exégètes, l'autonomie de la science du droit, le mythe de la complétude du système juridique et, bien sûr, le culte de la pureté qui avait engendré toute une série de dichotomies : État-individu, création-application du droit, fait-droit...

Derrière le portrait officiel du droit et de la science juridique, les yeux attentifs de ces juristes nouveaux découvrent une réalité beaucoup plus complexe. Entre l'État et l'individu, ils s'aperçoivent de l'existence de toute une constellation de corps intermédiaires : syndicats, associations, partis politiques... qui mettent en cause le monisme étatique et suscitent des visions pluralistes, comme celle de Santi Romano en Italie⁴. Entre la création pure du droit (monopole du législateur) et la pure exécution du droit (confiée au juge « bouche de la loi »), ils dévoilent une immense terre du milieu où il n'y a de place ni pour la pure création du droit ni pour la pure exécution de celui-ci. Entre le fait et le droit ils redécouvrent un droit qui jaillit directement de la société et de ses acteurs : le « droit libre » ou, pour le dire avec Ehrlich, le « droit vivant ».

Nous savons que cette ébauche de vision alternative du droit est restée longtemps aux marges de la scène juridique officielle. Dans le théâtre du droit, la grande majorité des juristes a continué à jouer la pièce traditionnelle qui, grâce à l'œuvre de mise à jour accomplie par des juristes tels Hans Kelsen, dominera encore pour des décennies la scène juridique de l'Europe continentale. Mais la tache était là et les bains cathartiques des juristes orthodoxes ne pouvaient pas l'effacer complètement. Elle a commencé, progressivement mais inexorablement, à s'élargir à partir de la fin des années cinquante, à la suite notamment de la réhabilitation de la raison pratique et de l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois qui s'est

⁴ Les deux essais fondamentaux de Santi ROMANO sur le sujet sont : *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 5 et s. et *L'ordinamento giuridico* (1917-1918), II^e éd., Firenze, Sansoni, 1946.

progressivement étendu, à des degrés différents, à toute l'Europe continentale.

Je reviendrai sur ce point.

2. La scène juridique contemporaine : un foisonnement d'hybrides

Il est temps, maintenant, d'illustrer notre seconde image. Il représente le paysage juridique actuel. Les couleurs ont perdu de leur pureté : elles sont nuancées, mélangées. Les contours des figures sont flous ; la perspective est multiple, comme dans les tableaux de Cézanne et des cubistes. La scène du droit est animée par une pluralité d'acteurs qui participent activement à la production d'un récit juridique qui a définitivement perdu son « narrateur omniscient », son garant de l'unité et de la cohérence de la narration⁵. Celle-ci est désormais focalisée sur ses différents personnages, lesquels, dans certaines conditions, comme l'a dit la Cour de Justice de l'Union européenne, peuvent même choisir leur scénario (c'est-à-dire, sans métaphore, leur droit et leur juridiction). L'œuvre juridique n'est jamais accomplie : elle est prise par un processus de réécriture permanent qui rend extrêmement difficile la compréhension du sens de l'histoire.

Le désarroi est grand, notamment à l'intérieur de la citadelle pénale qui, pour la spécificité de son objet, est restée le plus longtemps ancrée aux anciennes certitudes : les plans qui paraissaient bien délimités se chevauchent, les niveaux hiérarchiquement ordonnés s'enchevêtrent, les confins autrefois nettement tracés paraissent maintenant flous, poreux, dans certains cas même effacés, les mots d'un lexique soigneusement codifié par des générations de juristes s'effilochent, les catégories théoriques traditionnelles n'arrivent plus à accrocher la réalité, les concepts qui paraissaient de granit se clivent au contact des nouveaux phénomènes, là où il y avait – ou il paraissait y avoir – de la pureté, maintenant il semble n'y avoir que de l'hybridation.

⁵ Pour une analyse du droit par les instruments de la narratologie, voir M. VOGLIOTTI, « De l'auteur au "rhapsode" ou le retour de l'oralité dans le droit contemporain », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2003, p. 81 et s.

Le paysage dichotomique représenté dans la première image, celle de Rocco, est bouleversé par l'irruption d'une multitude d'« objets hybrides ».

D'abord, la redécouverte de l'*interprétation* dans son sens étymologique de médiation. L'herméneutique contemporaine a montré que le sens n'est pas un objet que l'interprète découvre dans le texte, mais plutôt un projet dans lequel sont impliqués le texte, le contexte et l'interprète, qui n'agit pas de façon solipsiste, mais à l'intérieur d'une communauté interprétative qui ouvre des pistes herméneutiques et en ferme d'autres.

Le rôle fondamental que l'interprétation joue dans le champ juridique contemporain met sur le devant de la scène un autre hybride : le *cas* en lieu et place de la norme. Dans le grand récit de la modernité juridique, la norme était conçue comme une entité nettement séparée des faits : elle occupait la prémisse majeure du syllogisme, le fait en occupant la mineure. Les relations entre ces deux entités étaient extrinsèques : le fait n'était qu'une simple occasion pour le droit de se manifester. Il n'apportait rien à celui-ci.

Par contre, en mettant au centre de la scène le cas, les rapports entre le fait et le droit changent radicalement. Si l'on observe de ce point de vue le phénomène juridique on s'aperçoit que la solution de la question problématique posée au juge est le résultat de la fécondation mutuelle des normes et des faits. Chaque application du droit aux faits transforme le droit : le cas agit comme une sorte de chambre d'hybridation de ces deux entités.

Cela signifie, entre autres, que dans le domaine du droit il n'y a de place ni pour une vérité matérielle toute tournée vers les faits et vers les principes des sciences empiriques ni pour une vérité formelle entièrement tournée vers le juridique : le résultat du processus d'établissement des faits est plutôt une *vérité judiciaire* (autre notion hybride) qui suit les principes des sciences empiriques tout en s'inspirant des valeurs propres du droit (présomption d'innocence, droits de la défense, *res judicata*).

Et encore : le phénomène actuel de la montée en puissance des juges qui, loin d'être de simples bouches de la loi, sont devenus les véritables architectes de l'ordre juridique, montre que la dichotomie législation-juridiction, sur laquelle on avait édifié la doctrine de la séparation des pouvoirs, ne correspond plus du tout à la réalité. En présence d'une constitution rigide et d'un droit européen qui prime sur la loi, le législateur national est moins un créateur du droit qu'un interprète. Un interprète de la constitution, des jugements de la Cour

constitutionnelle et de l'archipel du droit européen, y compris les arrêts des Cours de Luxembourg et de Strasbourg.

En même temps, le juge n'est plus un simple exécutant de la volonté du législateur, mais plutôt un tisseur qui doit coudre, avec le fil de la raison pratique, les différents matériaux juridiques qu'il repère, souvent sans ordre préétabli, dans le réseau du droit. Dans cette œuvre de tissage, les juges dialoguent de plus en plus entre eux, citant la jurisprudence de cours internationales auxquelles ils ne sont pas juridiquement liés (la Cour suprême des États-Unis cite, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme) ou la jurisprudence des cours suprêmes étrangères. Comme le disent Antoine Garapon et Julie Allard, ce faisant, les juges ne sont pas seulement « à la recherche de solutions ou d'arguments logiques » pour résoudre les cas difficiles, mais « sont aussi en quête de réassurance juridique. À la fertilisation réciproque s'ajoute donc une recherche de légitimité »⁶.

Il est évident que cette œuvre de fertilisation réciproque entre ordres juridiques différents est admissible seulement à l'aune d'une grammaire juridique qui n'est plus celle de la modernité, fondée sur les notions unitaires et exclusives de l'État, de la souveraineté, du peuple et du territoire. Ce phénomène n'est concevable qu'à la lumière d'une conception du droit qui ait rétabli ses liens anciens avec la raison pratique ; un droit, autrement dit, conçu comme un ensemble de pratiques interprétatives et argumentatives pour résoudre des problèmes de la vie commune. Étant donné que ces problèmes sont en quelque manière récurrents dans toutes les sociétés et sont résolus d'une façon qui n'est pas toujours uniforme, mais qui est communicable, notamment entre les sociétés qui ont atteint un degré semblable de civilisation, alors il est sensé d'apprendre de l'expérience des autres peuples.

3. L'expérience juridique médiévale : un monde d'hybrides

La perte de pureté qui caractérise l'expérience juridique contemporaine nous renvoie à l'époque médiévale⁷. Bien entendu, les

⁶ J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 18-19.

⁷ Pour une excellente présentation de l'expérience juridique médiévale, voir P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

différences entre ces deux époques sont immenses. Il suffit de penser à la notion d'ordre juridique.

Pour l'homme médiéval, l'ordre juridique est quelque chose de donné, qui ne peut pas être changé car il est le reflet de l'ordre cosmique créé par la raison de Dieu. Le juriste doit se borner à le comprendre en interprétant la nature des choses et, ensuite, il doit s'efforcer de le faire respecter. Pour les modernes, au contraire, l'ordre juridique n'existe pas en soi : il doit être construit par l'homme. D'où la mythologie de l'état de nature et du contrat social par lequel une foule d'individus égaux par nature construisent l'État et le droit, en suivant les directives de la raison naturelle. Le point de départ n'est plus la société et l'ordre, mais l'individu et le désordre.

Malgré ces profondes différences, toutefois, ces deux expériences juridiques ont un élément en commun : l'absence de pureté. Dans la pensée juridique médiévale, toutes les catégories fondamentales sont hybrides. L'*aequitas*, par exemple, présuppose l'hybride fait/droit : elle indique « un ensemble ordonné et harmonique de principes, règles, institutions qu'au-delà des formes juridiques on peut repérer dans les choses mêmes »⁸. Dans les textes des juristes médiévaux, l'*aequitas* est souvent définie comme « *convenientia rerum* », harmonie des choses. Elle se trouve dans les choses : « *in rebus consistit* ».

Cette imbrication du fait et du droit, qui est le pendant de l'imbrication fait/valeur de l'univers physique, est à la base d'une autre catégorie fondamentale du droit médiéval : la coutume. Si l'on fait abstraction de ce lien intime entre le fait et le droit, la coutume ne peut pas être vraiment comprise, car elle est une source dans laquelle validité et effectivité coïncident. On peut la définir comme un fait humain qui est répété dans le temps car la conscience collective lui attribue une valeur qu'elle considère comme importante. La maxime *ex facto oritur ius* est incompréhensible en dehors de ce cadre.

L'hybride fait/droit est à la base d'une autre catégorie fondamentale du droit médiéval que l'on évitera de traduire pour la distinguer de sa version moderne : l'*interpretatio*. La tâche de l'*interpretatio* n'était pas seulement celle de clarifier un texte obscur, mais aussi – et notamment – celle d'établir de l'équitable à partir de ce qui ne l'était pas (*de iniquo ad aequum facere*). Grâce au dialogue constant avec le fonds des valeurs enraciné dans les choses – l'*aequitas* – l'interprète permettait au droit écrit – fragmenté,

⁸ *Ibidem*, p. 138.

épisodique, ancien (le *Corpus juris*) – de se maintenir constamment en rapport avec la société, avec ses nécessités et ses valeurs.

Conformément à la conception du droit comme ordre naturel-divin indisponible aux hommes, chaque acteur de la scène juridique médiévale était considéré comme un interprète. Personne ne pouvait porter le masque de l'auteur souverain qui crée le droit *ex nihilo* et de façon solipsiste. Le prince même n'était pas considéré comme un *conditor legum*, créateur pur des lois, comme il le sera chez les modernes, mais plutôt comme un *custos iusti*, gardien du juste. La fonction du prince était rapprochée de celle du juge avec lequel, d'ailleurs, il partageait le même pouvoir indistinct : la *jurisdictio* (une autre notion hybride, entre juridiction et législation au sens moderne).

4. La « Constitution épistémologique moderne »

Or, l'événement de la modernité juridique peut être lu comme une gigantesque œuvre de purification des hybrides qui caractérisaient la pensée médiévale. D'après le sociologue des sciences Bruno Latour, la modernité serait régie par une « Constitution » (épistémologique) fondée sur deux dispositifs. Le premier crée des hybrides par traduction ou médiation, le second produit des entités complètement distinctes par purification : société-nature, sujet-objet⁹. Dans le champ juridique, cette Constitution a engendré une véritable moisson de dichotomies : raison-volonté, *Sein-Sollen*, rationnel-irrationnel, jusnaturalisme-positivisme juridique, société-individu, public-privé, droit étatique-droit international, légalité-effectivité, droit-morale, droit-politique, législation-juridiction, law in books-law in action, science du droit-politique du droit, *de lege lata-de lege ferenda*, vérité matérielle-vérité formelle, etc.

De même que les constitutions juridiques, la Constitution épistémologique moderne offre des garanties. En particulier, la dichotomie fait-droit (et celles, collatérales, de légalité-effectivité, création-application, texte-contexte, législation-juridiction, droit substantiel-procès) garantissent que les lois générales et abstraites, votées par les représentants de la volonté générale, se maintiennent inchangées au contact des faits. De cette manière, on n'assure pas seulement la pureté de la source normative, mais aussi la prévisibilité des décisions et l'égalité des individus (à leur tour purifiés de toute

⁹ B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 1991.

détermination empirique). Quant aux couples droit-non droit, droit-morale, droit-politique, science du droit-politique du droit, ils permettent, d'un côté, de tracer nettement les confins du système juridique et, de l'autre, d'empêcher que les valeurs (cheval de Troie d'irrationalisme et de subjectivisme) puissent contaminer la scientificité du savoir juridique.

Bref, sans cette charpente dichotomique, l'imposante pyramide juridique moderne s'effondrerait.

5. Rupture épistémologique et ontologique

Cette Constitution, à la base du paradigme juridique moderne, est le résultat de la révolution épistémologique effectuée par la modernité : la jurisprudence, fascinée par les résultats obtenus par les sciences empiriques, abandonne le terrain traditionnel de la philosophie pratique et adopte la méthode descriptive, véridique et objectivante de la science moderne, dont les mathématiques sont prototypiques.

Le « mythe de l'omniscience », qui a inspiré l'emprise scientifique moderne, contamine aussi le monde des juristes. Comme l'observent Ilya Prigogine et Isabelle Stengers, « Galilée et ses successeurs pensent que la science peut découvrir la vérité *globale* de la nature. Non seulement la nature est écrite en langage mathématique déchiffrable par l'expérience, mais ce langage est unique. Le monde est homogène et donc l'expérience locale découvre une vérité générale. [...] La complexité de la nature n'est qu'apparente »¹⁰. Prigogine et Stengers avancent l'hypothèse que ce mythe de l'omniscience a été nécessaire à la science moderne des origines pour s'opposer à l'image aristotélicienne du monde, pour briser le joug de la tradition et donner aux champions de la nouvelle science expérimentale une force polémique capable d'affronter la forme dominante de rationalisme.

De la même manière, la nouvelle génération de juristes pensait avoir trouvé dans la méthode de la science moderne le point d'Archimède sur lequel refonder l'édifice du droit qui, pour des raisons différentes (d'ordre politique, économique, social, religieux, culturel), paraissait à l'époque prêt à s'écrouler. La nouvelle

¹⁰ I. PRIGOGINE, I. STENGERS, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza* (1979), Torino, Einaudi, 1999, p. 44.

conception de l'ordre de type arborescent qui, dès le XVI^e siècle, était théorisée par Pierre de la Ramée, fournissait au juriste moderne l'instrument pour faire du droit un système simple, régi par une logique unitaire, hiérarchique et linéaire qui se développe par une série de dichotomies successives. Comme l'homme de science, le juriste aussi avait besoin d'une conviction métaphysique qui lui assurait l'élan nécessaire pour révolutionner l'ordre pluraliste et jurisprudentiel de l'époque médiévale. Il la trouve dans l'idée de l'existence de lois rationnelles et universelles de la société à découvrir par un exercice de raison naturelle, purifiée des préjugés de la tradition.

À la suite de l'adoption de la méthode objectivante de la science moderne se vérifie une mutation radicale de l'*être* du droit : il perd sa nature relationnelle et devient une substance, une chose qui doit être façonnée par le législateur, appliquée mécaniquement par les juges et décrite d'une manière objective par la science juridique. La science moderne présuppose, en effet, la dichotomie sujet-objet. Elle conçoit la méthode comme un instrument par lequel un sujet, conçu comme une entité originairement opposée à son objet, s'assure la possibilité de disposer de ce dernier.

Par l'adoption de cette méthode, la modernité décrète la fin de l'ontologie juridique ancienne et médiévale qui concevait le droit *sub specie relationis*, comme le « juste rapport » entre les personnes et entre celles-ci et les choses. La philosophie pratique, au sein de laquelle le droit s'inscrivait depuis Aristote, prend l'action de l'homme pour objet, c'est-à-dire une « chose » qui ne lui est pas externe, mais est intimement liée au sujet sans lequel l'action ne pourrait pas même se concevoir. Si le but des sciences théorétiques, comme la physique, est la connaissance du vrai, le but des sciences pratiques est l'action, la réussite de la *praxis* ou l'agir bien, ce qui transforme nécessairement celui qui agit : c'est pour cela qu'on peut dire que la fin ultime des sciences pratiques est la perfection de l'homme. Le savoir pratique n'est donc pas un savoir abstrait et descriptif, qui vise à l'appropriation d'un objet externe au sujet. Le but authentique de la jurisprudence n'est pas la description de la norme, l'adéquation à la chose-droit, comme le prétendait, par exemple, Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*. Son but est, au contraire, comme le dit Gadamer, de « trouver ce qui est juste dans le cas concret »¹¹. Et pour ce faire, comme nous l'avons déjà dit, il faut

¹¹ H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, Bompiani, 1983, p. 368.

mettre en tension, hybrider – par l’instrument de l’interprétation – les normes et les faits, les textes et les contextes.

Or, cette prétention de la modernité à assurer au droit et au savoir juridique un fondement solide, par l’adoption de la méthode véridative et objectivante de la philosophie théorétique, a déclenché, paradoxalement, un processus d’affaiblissement du droit et du savoir juridique qui a fini par aboutir au diagnostic du nihilisme.

Je vais essayer d’expliquer cette thèse.

6. Les deux phases de la modernité

En m’inspirant du livre du sociologue Zygmunt Bauman, *Modernité liquide*, je propose de distinguer deux phases de la modernité : une phase *solide* et une phase *liquide*¹².

Dans la première phase, qui commence à se profiler au XVI^e siècle et atteindra sa pleine maturation au cours du XIX^e, la modernité juridique est un foyer de substances « solides » : l’État, la souveraineté comme pouvoir indivisible et originaire, le code, la loi générale et abstraite, la volonté générale monolithique, les concepts granitiques de la dogmatique. La métaphore de la pyramide résume bien cette première manifestation de la modernité.

Ici, l’accent est mis sur le pôle lumineux des dichotomies : sur la jurisprudence comme *science* en mesure de découvrir le droit naturel rationnel et, ensuite, une fois qu’il a été cristallisé dans le code, de le décrire d’une façon objective ; sur l’interprétation comme *reproduction* d’un sens normatif déjà entièrement défini par le législateur ; sur le droit substantiel qui se sert du procès comme un pur instrument pour appliquer les substances normatives aux faits ; sur la forme, qui fonde, au lieu de la substance, la validité du droit, sur la légalité par rapport à l’effectivité, etc.

À partir de la fin du XIX^e siècle, toutefois, la pyramide juridique moderne commence déjà à montrer ses premières fissures et, comme nous l’avons vu, le long sommeil des juristes sera bientôt brisé par la vague antiformaliste.

Dans un premier temps, toutefois, la communauté juridique semble encore en mesure d’endiguer la crise. Les juristes abandonnent certaines prétentions et certains mythes (la fondation objective des

¹² Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge, Polity Press – Oxford, Blackwell Publishers Ltd., 2000.

valeurs, le mythe du législateur rationnel et du juge bouche de la loi, la complétude et la cohérence du système juridique...), mais la confiance dans la méthode descriptive et objectivante de la science moderne demeure et même se renforce, grâce au dogme de la connaissance *Wertfrei* qui venait de s'imposer dans les sciences sociales. L'objet de la jurisprudence n'apparaît plus aussi solide qu'on l'imaginait (la loi n'est plus conçue comme une entité monolithique, selon le paléopositivisme, elle se brise dans de multiples signifiés que le juge doit sélectionner), mais le canon de l'objectivité garantit encore que la connaissance du droit ne soit pas perturbée par la subjectivité des jugements de valeur. La scientificité de la jurisprudence est encore sauve.

Par son lien avec la philosophie théorique – qui n'est pas mis en doute, au contraire, il est renforcé – la méthode juridique engendre de nouvelles cristallisations. Dans les courants normativistes du positivisme du XX^e siècle, l'objet de la science du droit est constitué par des entités normatives (Kelsen) ou linguistiques (en Italie, par exemple, dans l'École analytique de Bobbio et Scarpelli). Dans les courants réalistes, l'objet de la science juridique est représenté par des entités empiriques (les réalistes américains) ou psycho-sociales (Alf Ross) qui doivent être étudiées par la méthode positive des sciences empiriques et sociologiques. Bien qu'elle change de nature, l'idée que l'objet du savoir juridique est *solide* persiste encore dans l'aile optimiste du courant réaliste, sauf que la norme générale et abstraite est remplacée par le fait individuel et concret des décisions. Chez des juristes comme Llewellyn ou Ross, par exemple, il y a encore la croyance que la méthode des sciences empiriques et sociologiques permet de dégager le devoir-être de l'être (non plus l'être de la nature, comme pour les jusnaturalistes, mais l'être de la société) et de formuler des prévisions suffisamment précises quant aux décisions des juges, les seules sources de *real law*, les lois du législateur n'étant que des *paper rules*.

Comme l'on voit, la pyramide juridique moderne, bien que sérieusement éprouvée par le séisme antiformaliste (à son sommet maintenant il n'y a plus le législateur, mais la cour suprême)¹³, reste encore debout. Mais les barrières ne résisteront pas longtemps.

¹³ Pour ce renversement de la pyramide kelsenienne, voir M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 520 et s.

En conséquence de la crise du dogme de l'objectivité de la connaissance scientifique – qui ne se limite pas à contaminer les sciences sociales, mais fait brèche aussi dans les forteresses des sciences empiriques –, le processus d'affaiblissement du droit et de la science juridique s'accélère et ouvre les portes à la phase *liquide* de la modernité. Cette phase, toutefois, bien qu'elle utilise des mots d'ordre très différents de ceux employés par la première modernité, ne marque pas vraiment une nouvelle époque de la pensée juridique. En effet, les juristes qui y adhèrent, quoiqu'ils ne croient plus dans les garanties de la Constitution moderne, vivent encore sous son égide. Ils admettent la faillite du projet ambitieux de construire le droit et la science juridique sur des fondements solides, mais restent encore liés au dispositif de purification des hybrides et à la logique oscillatoire de la pensée juridique moderne.

Dans cette nouvelle phase de la modernité, l'accent est mis sur le pôle obscur des dichotomies : une fois reconnue l'impossibilité de faire abstraction des jugements de valeur dans le savoir juridique (tout en gardant le lien avec la raison théorique qui considère les valeurs comme quelque chose d'irrationnel), la jurisprudence cesse d'être considérée comme une science et se réduit à une simple politique du droit ; une fois dévoilée sa nature non purement déclarative, l'interprétation est considérée comme un instrument entre les mains de l'interprète, qui s'en sert pour poursuivre ses propres stratégies herméneutiques ; les lois, enfin, sont réduites à des impuissantes *paper rules* sous lesquelles coule, irrésistible, la *law in action*.

Dans cette phase de la modernité – qui, il faut le préciser, ne se substitue pas, mais s'adjoint à la phase solide, laquelle, bien qu'affaiblie, continue aujourd'hui encore à conditionner la philosophie spontanée d'une part non négligeable de la communauté juridique – dans cette phase de la modernité, disais-je, le droit est réduit à une substance « liquide » sur laquelle l'interprète exerce sa complète souveraineté. L'« absolutisme juridique moderne »¹⁴ (le fait qu'il n'y ait pas de limites juridiques à la volonté du législateur) prend un nouveau visage, mais il n'est pas dépassé : le nouveau maître du droit n'est autre, dès à présent, que l'interprète, et en particulier le juge. Le même phénomène s'observe quant à l'approche réductionniste, corollaire de la logique dichotomique moderne : si le droit était auparavant réduit au *fait* de la loi, il est maintenant réduit au *fait* des

¹⁴ Pour cette locution, voir P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

décisions des juges. La tension entre être et devoir être, entre fait et droit, essence-même de l'expérience juridique médiévale, est toujours absente. Le droit existe (est valide) grâce au pur fait de la positivation de la norme par l'autorité (le législateur ou le juge) et, une fois *positum*, posé, il est. Bien sûr, on peut toujours s'opposer à ce « fait » par la critique. Mais elle reste en dehors de la science du droit et de l'activité proprement juridique : elle n'est que de la politique du droit, dans laquelle *anything goes*.

7. La réhabilitation de la philosophie pratique et le retour des hybrides

La faiblesse radicale du droit se manifeste de façon dramatique avec les tragédies des totalitarismes et de la guerre. Le rêve moderne de fonder le droit sur la force de la raison s'était transformé, par une cruelle hétérogénéité des fins, en cauchemar d'un droit à la merci des raisons de la force.

Après la « catastrophe »¹⁵ de la guerre, les juristes s'interrogent sur les raisons de la faiblesse du droit et sur les remèdes à y apporter, mettant à l'ordre du jour le thème de la « crise du droit » (en 1951, la Faculté de droit de Padoue y consacra un cycle de conférences rassemblant les meilleurs juristes de l'époque)¹⁶. Lentement commence à se faire jour l'idée que la racine de la faiblesse du droit doit être cherchée dans la rupture épistémologique moderne, dans l'abandon de la raison pratique au profit de la raison théorétique. Ces intuitions, qui au début étaient encore confuses, prennent la consistance d'un programme méthodologique lucide dès la fin des années cinquante, suite au phénomène de la réhabilitation de la philosophie pratique, que l'on a déjà évoqué.

Une fraction de la communauté juridique, longtemps minoritaire et fortement contestée par la majorité orthodoxe, trouve dans la tradition aristotélicienne de la philosophie pratique les fondements méthodologiques sur lesquels reconstruire un savoir qui, après l'ostracisme néopositiviste, reviendrait à s'occuper des valeurs et de l'agir humain. Entre la rationalité (de la modernité *solide*) et l'irrationalité (de la modernité *liquide*), des juristes comme Perelman,

¹⁵ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in ID., *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 151 et s.

¹⁶ AAVV., *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1953.

pour ne citer que le plus célèbre et le plus proche de Bruxelles, redécouvrent la catégorie hybride du raisonnable, type de savoir renonçant à l'*hybris* moderne d'un droit *ordine geometrico demonstratum* sans tomber dans le scepticisme et dans le relativisme.

À la suite de l'abandon des ambitions gnoséologiques et axiologiques de la modernité reflourissent les hybrides que la Constitution moderne avait supprimés. Entre le fait et le droit réapparaît l'équité ; entre le vrai et le faux, le vraisemblable ; entre l'objectivité et la subjectivité, l'intersubjectivité ; entre l'auteur et le lecteur, l'interprète ; entre l'autorité et la raison, l'*autorevolezza*, un intraduisible terme italien exprimant l'idée d'une autorité qui se fait respecter par sa raison davantage que par la force.

8. La fin de l'absolutisme juridique moderne

Cette récupération de la nature pratique du savoir juridique trouve un soutien important dans un événement institutionnel qui marquera en profondeur les États ayant connu l'expérience de la dictature, comme l'Italie et l'Allemagne : l'élaboration de chartes constitutionnelles et l'introduction d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. Cet événement fondamental réintroduit dans le royaume du droit la catégorie de l'*indisponible* qui avait été supprimée par les codifications. Il marque donc la fin de l'absolutisme juridique moderne et rétablit la tension féconde entre être et devoir être, entre le droit tel qu'il est (dans le fait des lois) et le droit tel qui devrait être pour être conforme aux valeurs de la constitution. Cela donne une position centrale dans l'univers juridique à la figure hybride de l'interprète (législateur, juge ou docteur) ; c'est à lui que revient la tâche d'entretenir un dialogue constant et prudent entre la loi et les valeurs de la constitution telles qu'elles vivent dans la société.

9. Nous n'avons jamais été modernes

Suite au retour de la raison juridique dans le domaine de la philosophie pratique, la voie est finalement ouverte pour un authentique dépassement du paradigme moderne. La Constitution et son dispositif de purification des hybrides étant mise de côté, nous nous apercevons tout à coup, avec Bruno Latour, que nous n'avons

jamais été modernes ou, plus précisément, que le monde juridique n'a jamais vraiment fonctionné selon les principes de la Constitution moderne : autrement dit, le droit n'a jamais été un système complet et autarcique ; la sécurité juridique, au sens moderne du terme, n'a jamais existé ; le législateur n'a jamais été le maître absolu du droit ; le juge n'a jamais été un simple exécutant de la volonté du législateur ; la doctrine a toujours contribué, silencieusement, à la formation du droit ; fait et droit, enfin, n'ont jamais voyagé sur deux binaires séparés.

Bref, l'expérience juridique a toujours engendré des hybrides et ne pouvait pas faire autrement. Deux raisons principales expliquent que le mécanisme de purification de la Constitution moderne a pu fonctionner si longtemps : 1) suite au déclin du pluralisme médiéval au profit du monisme étatique et en présence d'une société homogène, la *réalité* du droit était devenue relativement simple et pouvait donc être représentée par le paradigme moderne avec une marge acceptable d'approximation ; 2) le cadre théorique et mythologique du paradigme, profondément gravé dans l'esprit du juriste moderne, empêchait, d'une part, de voir des phénomènes qu'il ne prévoyait pas et, de l'autre, par effet de la force performative du paradigme, faisait advenir – du moins partiellement – les phénomènes qu'il prétendait simplement représenter (le juge agissait vraiment *comme si* il était une simple bouche de la loi ; le juriste se comportait vraiment *comme si* il était un simple exégète ou un constructeur neutre de concepts, etc.).

10. Le droit comme « relation »

Suite à l'abandon de la méthode de la philosophie théorique, le nouveau paradigme juridique qui – il y a cinquante ans – avait lentement commencé à prendre forme au sein de la communauté juridique et est encore en voie de définition, conçoit de nouveau l'objet du savoir juridique *sub specie relationis*. Dans cette perspective, le droit n'apparaît plus comme un ensemble plus ou moins ordonné (ou totalement désordonné) de substances (entités rationnelles, normatives, linguistiques ou empiriques, selon les différentes perspectives théoriques), mais comme un tissu de relations, comme une pratique sociale se développant à l'intérieur d'un cadre juridique positif qui la conditionne et qui, en même temps, est conditionné par elle. Les normes, ici, ne sont plus conçues comme des données juridiques primaires – sorte d'atomes du droit – mais comme

le résultat, toujours en devenir, des connexions que tous les acteurs juridiques – dans des formes et avec des moyens différents selon le rôle qu’ils jouent – provoquent dans le *réseau* du droit.

11. Le paradoxe du nouveau paradigme

Comme l’a montré Thomas Kuhn à propos des révolutions scientifiques, le renversement gestaltiste déterminé par le changement de paradigme fait surgir de nouveaux problèmes, les anciens se trouvant éclairés par une lumière nouvelle exigeant des solutions de même nature. Les problèmes que le juriste d’aujourd’hui doit aborder sont énormes et extrêmement complexes. La perte des anciennes certitudes et la fin des rêves de la modernité pourraient le pousser vers un pessimisme radical et, à la limite, l’induire à souscrire à la thèse du nihilisme juridique, « destin du droit dans notre époque » selon un important civiliste et théoricien du droit italien, Natalino Irti¹⁷.

Je voudrais cependant terminer cet exposé sur un ton moins pessimiste, voire modérément optimiste. Je tire ce sentiment d’un paradoxe auquel est confronté le juriste qui s’aventure au-delà de la modernité juridique.

On se souviendra du paradoxe qui a mobilisé l’esprit du juriste moderne : la volonté de la modernité d’assurer au droit et au savoir juridique un fondement solide, par l’adoption de la méthode forte de la philosophie théorique, a déclenché un processus d’affaiblissement du droit et du savoir juridique qui a fini par aboutir au diagnostic du nihilisme.

Le paradoxe qui devrait plutôt guider la pensée et l’action du juriste ayant renoncé aux prétentions (à l’*hybris*) de la modernité, est le suivant : la reconnaissance de la *fragilité* du droit et de la *faiblesse* du savoir juridique peut s’avérer la véritable *force* du droit d’aujourd’hui et de demain. L’homme qui a dépassé la modernité est convaincu de ne pas avoir de boussole qui l’oriente avec certitude dans l’archipel du droit. Toutefois, cette conscience de la précarité de l’expérience juridique, qui l’oblige à naviguer à vue d’une île à l’autre, pourrait justement se révéler la véritable force du droit. Celui qui participe à la pratique juridique après la faillite du projet moderne et la dissolution progressive de sa mythologie sait – doit savoir –

¹⁷ N. IRTI, « Nichilismo e metodo giuridico », in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1161

comme l'habitant d'une des *Villes invisibles* d'Italo Calvino, que *la résistance du filet sur lequel est suspendu le droit a une limite*.

« Si vous voulez me croire, très bien. Je dirai maintenant comment est faite Octavie, ville-toile d'araignée. Il y a un précipice entre deux montagnes escarpées : la ville est au-dessus du vide, attachée aux deux crêtes par des cordes, des chaînes et des passerelles. On marche sur des traverses de bois, en faisant attention à ne pas mettre les pieds dans les intervalles, ou encore on s'agrippe aux mailles d'un filet de chanvre. En dessous, il n'y a rien pendant des centaines et des centaines de mètres : un nuage circule ; plus bas on aperçoit le fond du ravin.

Telle est la base de la ville : un filet qui sert de lieu de passage et de support. Tout le reste, au lieu de s'élever par dessus, est pendu en dessous : échelles de corde, hamacs, maisons en forme de sacs, portemanteaux, terrasses semblables à des nacelles, outres pour l'eau, becs de gaz, tournebroches, paniers suspendus à des ficelles, monte-charges, douches, pour les jeux trapèzes et anneaux, téléphériques, lampadaires, vases de plantes aux feuillages qui pendent.

Suspendue au-dessus de l'abîme, la vie des habitants d'Octavie est moins incertaine que dans d'autres villes. Ils savent que la résistance de leur filet a une limite »¹⁸.

¹⁸ I. CALVINO, *Le città invisibili* (1972), Milano, Mondadori, 1993, p. 75.