

Ius Commune Europaeum
e Sistemi Italo-Francofoni

3

La collana muove dalla convinzione dell'utilità di esplorare con vigore un territorio culturale che merita di essere valutato oggi sotto una nuova luce: la diffusione della cultura giuridica francofona in Italia attraverso la traduzione di classici del pensiero anche economico-filosofico, sociologico e storico venante e il *code civil* e le codificazioni che hanno tratto da esso il proprio impulso, nonché la traduzione di opere italiane in lingua francese allo scopo non soltanto di dare rinnovata linfa al dialogo tra le due anime culturali indicate, ma anche di sollecitare il confronto tra studiosi italiani e studiosi di lingua francese. L'obiettivo è la riedificazione di un nuovo umanesimo giuridico, cementato dalla circolazione delle idee meditate attraverso il prudente e virtuoso filtro dell'approfondimento scientifico che non sia frutto di iniziative isolate.

A fianco della traduzione ora tratteggiata potranno nascere iniziative editoriali (dalle monografie ai lavori collettanei) – le quali costituiscono un elemento di novità nella tradizione giuridica contemporanea – di giuristi italiani in lingua francese e di studiosi francofoni in italiano.

Il termine «giurista» deve essere ovviamente inteso in senso lato: non s'intende alludere soltanto allo studioso del diritto positivo, ma si vuole invero far riferimento all'indagatore anche di altre discipline il quale voglia cimentarsi in approfondimenti che abbiano connessione con il sistema delle regole ordinanti il convivere civile. Prova ne sia che tali regole rappresentano il crocevia tra discipline di diversa estrazione e tradizione; l'additata multidisciplinarietà è un risorsa che aggrega le varie inclinazioni degli studiosi di aree contigue.

Cette collection veut explorer en profondeur un territoire culturel qui aujourd'hui mérite d'être appréhendé sous un jour nouveau : la diffusion de la culture juridique francophone en Italie, y compris les traductions d'un certain nombre de classiques de la pensée économique et philosophique, sociologique et historique, du Code civil et des codifications qui s'en sont inspirées. La traduction d'oeuvres italiennes en langue française est également envisagée, afin de renouveler le dialogue entre ces deux âmes et ces deux cultures, sollicitant ainsi une confrontation entre spécialistes italiens et spécialistes français. L'objectif est de donner vie à un nouvel humanisme juridique que viendra étayer la circulation d'idées mûries à travers le filtre, prudent et vertueux, d'un approfondissement scientifique qui ne sera jamais le résultat d'initiatives isolées.

Parallèlement à la traduction proposée ici, d'autres initiatives éditoriales sont susceptibles de voir le jour (monographies, travaux collectifs, etc.), - cela représente un élément novateur dans la tradition juridique contemporaine - qui auront pour auteurs des juristes italiens en langue française et des spécialistes francophones en italien.

Bien évidemment, le terme « juriste » doit être compris dans son acception la plus large : il ne s'applique pas seulement au spécialiste du droit en vigueur, mais également à celui qui étudie d'autres disciplines et souhaite approfondir le système des règles de la cohabitation civile, lesquelles représentent le croisement entre des disciplines ayant des origines et des traditions différentes. Et du fait qu'elle favorise la fusion de spécificités caractérisant des domaines contigus, cette multidisciplinarité s'avère une véritable ressource.

Comitato direttivo (Italia) / Comité de direction (Italie): Gianfranco Borrelli, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Alessandro Ciatti, Francesco Di Donato, Fiorenzo Festi, Alberto Lucarelli, Ugo Mattei, Stefano Pagliantini, Giovanni Perlingieri, Michele Vellano, Paolo Maria Vecchi.

Comitato direttivo (Francia) / Comité de direction (France): André-Jean Arnaud, Isabelle Boucobza, Jacqueline Morand-Deville, Otto Pfersmann, Yves-Charles Zarka.

Comitato editoriale / Comité d'édition: Camilla Crea, Francesco Eriberto d'Ippolito, Matilde Girolami, Loredana Tullio.

Comitato redazionale / Comité de rédaction: Francesca Caroccia, Marcello D'Ambrosio, Stefano Deplano, Diego Lazzarich, Giuseppe Liccardo, Immacolata Prisco, Carmen Saggiomo, Antonio Tisci.

Le pubblicazioni accolte nella Collana sono sottoposte a un *iter* di revisione mirato a verificarne l'elevato livello di qualità scientifica. Ogni pubblicazione è subordinata all'approvazione motivata di almeno due componenti del Comitato direttivo su proposta di un terzo direttore.

Les publications de cette Collection sont soumises à un ensemble de révisions visant à vérifier leur haut niveau de qualité scientifique. Chaque publication recevra l'approbation motivée d'au moins deux représentants du Comité de direction, sur la proposition d'un troisième directeur.

Dans la même collection

1. J.-E.-M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, a cura di Roberto Calvo, 2013.

PAOLO GROSSI

PREMIÈRE LEÇON DE DROIT



Edizioni Scientifiche Italiane

Édition originale : PAOLO GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, © 2003, Gius. Laterza & Figli.

Traduit par Andrea Bucelli et Nicole Maroger

Sur la couverture: GIAN PAOLO DULBECCO, *Il portico*, 2009, olio su tavola, collection C. Caserta, Salerno.

GROSSI, Paolo
Première leçon de droit
Collana: *Ius commune europaeum* e Sistemi italo-francofoni, 3
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
pp. XIV+94; 21,5 cm
ISBN 978-88-495-3117-6

© 2016 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONF-COMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Préface à l'édition en langue française

Après bien vingt et une réimpressions de l'édition originale italienne, après les traductions en espagnol et en portugais qui ont suivi presque immédiatement, après la préparation des traductions en albanais (déjà réalisée) et en chinois (en cours de réalisation), voici maintenant cette excellente traduction en langue française.

L'indubitable succès de mon petit livre consiste à avoir correspondu pleinement à l'objectif visé par l'éditeur Laterza pour sa série « *Prima lezione di...* » : consister – les petits volumes – en une initiation à tous les effets. Et c'est dans cette intention, ferme et précise, que je me suis résolument placé du côté du destinataire, un lecteur totalement dépourvu de droit, en m'efforçant de lui fournir des notions élémentaires, simples mais rigoureuses.

Ce qui à un lecteur peu averti peut passer de prime abord pour une réalité mystérieuse, le droit (un carcan insupportable pour la société), se révèle dans sa dimension hautement ordonnatrice et en même temps authentiquement salvatrice d'une civilisation historique.

Je souhaite que même le lecteur français inexpérimenté puisse trouver dans ces pages un outil l'aidant à une compréhension réelle du droit.

Je ne peux conclure ces quelques lignes sans remercier de tout coeur mon ami et collègue Andrea Bucelli pour une traduction qui me paraît vraiment excellente, ainsi que mon ami et collègue Giovanni Perlingieri, pour avoir accueilli la traduction de mon texte dans sa collection *Jus Commune Europaeum e Sistemi Italo-Francofoni*.

PAOLO GROSSI

Avant-propos à l'édition en langue française

Ce n'est pas le premier ouvrage de Paolo Grossi – homme d'études, académicien, écrivain, longtemps professeur d'histoire de droit médiéval et moderne à l'université de Florence, actuellement président de la Cour constitutionnelle italienne – à être traduit en français. Le lecteur transalpin a déjà eu l'occasion de consulter *L'Europe du droit*, publié en 2011, dans la prestigieuse collection « Faire l'Europe », dirigée par Jacques Le Goff.

Comme le précédent, ce livre, plus bref, dont nous introduisons ici l'édition en langue française, propose une fresque magistrale, une vaste synthèse de près de deux millénaires d'histoire du droit, du droit romain à la modernité et au-delà, en passant par le droit médiéval, sans oublier la crise de l'État, pour arriver à la post-modernité et à la globalisation juridique. Tout cela dans un cadre centré sur une question particulièrement complexe (« Qu'est-ce que le droit? ») et sur son développement consécutif, qui évoque la dynamique juridique (« La vie du droit »), incluant non seulement l'acte de production initiale de la norme juridique, mais aussi celui du contexte historique de son application, le moment fondamental de l'interprétation. Grossi nous apprend que le processus de production du droit « se perfectionne seulement au cours de la phase interprétative, phase absolument inhérente à ce processus » (p. 83)¹. Bref, la scène juridique est animée d'un certain nombre de personnages : les législateurs, à savoir le pouvoir politique, mais aussi les juges et les juristes, tant théoriciens que praticiens.

Né d'une série de leçons tenues juste avant le début des cours officiels, destinées donc aux jeunes étudiants de première année, ce volume professe une *Première leçon de droit* : c'est le titre original qu'on a traduit à la lettre afin de respecter le nom de la

¹ Les pages citées dans cet avant-propos sont tirées du texte qui va suivre.

collection consacrée à la « Prima lezione di... », chaque fois confiée par l'éditeur Laterza (Rome-Bari) à un spécialiste éminent en la matière. Très souvent, en effet, notre auteur rappelle qu'il s'agit d'un livre d'introduction à l'étude du droit et que son seul but est d'offrir un éclaircissement préliminaire au lecteur néophyte. Un lecteur qui, d'un côté, est le destinataire des références bibliographiques minimales et toutefois fondamentales et qui, d'un autre côté, donne l'impression d'une table rase. Dénué de tout savoir juridique, « encore à l'abri des pré-jugés » (p. 36), il est à même d'absorber n'importe quelle idée du droit. Dans ce volume, il peut trouver une interprétation originale, un guide proposé par un juriste toujours très attentif à la formation des jeunes générations.

Mais, entre les lignes du livre, on peut apercevoir aussi les juristes. Des juristes « serviles, qui persisteront, eux, dans leurs liturgies sur le texte » (p. 12), le texte normatif sur papier, immobile, cristallisé, dont le contenu général et abstrait se détache de la vie réelle. Des juristes imbus d'étatisme juridique, un vice dur à mourir, tandis que la vision du droit comme « ordre » du « social » est dure à entrer dans leurs têtes (p. 57). Dans ce petit livre, comme ailleurs dans ses écrits, l'auteur emploie souvent le mot « plagiat » : « le plagiat des Lumières, qui suivit les Lumières, renforcé par les capacités de la Révolution française, agrémenté d'exquises mythologies et d'ornements en plaqué-démocratique adroitement ciselés (même s'ils sont mystificateurs), s'est sédimenté dans l'esprit des juristes, de la majorité silencieuse des juristes dont la paresse s'était satisfaite de leur pseudo-fonction d'exégètes, de simples exégètes »². Ce qui remet en cause le principal héritage que la tradition juridique française a transmis à la tradition italienne, la codification et le modèle du *Code civil*.

Il existe en revanche des juristes culturellement avancés, bien conscients de la réduction que le droit a subi au cours des deux derniers siècles, expulsé de la place qui était la sienne dans la société (p. 12). Il y a aussi une partie de la science juridique « qui s'est débarrassée du conditionnement psychologique étatique, qui joue à nouveau un rôle actif et qui s'efforce de lancer l'édification d'un futur droit européen (une fois que l'incapacité et la

² P. GROSSI, *Entre fait et droit : pour un dépassement de la modernité juridique*, in *Droit et société*, 2009, n. 3, et in http://www.cairn.info/article_p.php?ID_ARTICLE=DRS_073_0751.

lenteur des États et de leurs organes législatifs ont été constatées » (p. 55). Tout cela dans un moment, comme c'est le cas aujourd'hui, de dispersion croissante des sources du droit (p. 75 s.), de crise du légalisme, de dépassement du mythe de la certitude du droit³ et, parallèlement, de réévaluation du rôle du juge, de la pratique et de la science juridique (pp. 73 s., 85 s.). Ces fragments de discours laissent entrevoir la conception du droit de Paolo Grossi, mais à cet égard il est sans doute préférable de lui laisser la parole.

Cette note introductive du juriste-traducteur s'attachera plutôt à souligner quelques mots qui, dans le passage d'une langue à l'autre, ont constitué une occasion de réflexion, des mots-clé qui renferment des concepts importants. Bref, un petit glossaire pour faire face au « risque » de la traduction juridique⁴.

Paolo Grossi exprime sa pensée à travers un langage accessible au lecteur novice. En même temps il utilise « un vocabulaire choisi, précieux, incisif, tout à fait original, une conséquentialité inoxydable, une capacité pénétrante insolite, une tension provocatrice stimulante ». Une tournure de phrase élégante, dans laquelle on peut retrouver des mots évocateurs « de la réalité juridique qui se déroule depuis plus de mille ans, jusqu'à la limite de la contemporanéité: absolutisme juridique, particularisme, mythologies, modernité, globalisation »⁵. J'ajouterai des couples d'opposés tout aussi significatifs, présents dans les pages suivantes : commandement et ordre (pp. 9, 12, 19), obéissance et observance (pp. 19, 22, 26 s.), physiologie et pathologie du droit (pp. 18,

³ « La seule certitude qui s'impose est celle de la loi comme manifestation du pouvoir politique suprême, car c'est seulement d'une loi certaine, c'est-à-dire certaine dans les commandements imprimés en toutes lettres dans son texte, que l'on peut prétendre l'obéissance » : notre traduction de P. GROSSI, *Sulla odierna « incertezza » del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, n. 4, pp. 925, 927.

⁴ J.C. GÉMAR, *Le langage du droit au risque de la traduction. De l'universel au particulier*, in *Français juridique et science du droit*, sous la direction de G. SNOW et J. VANDERLINDEN, Bruxelles, 1995, p. 153 (« le traducteur juridique, interprète de la langue, est aussi, à sa manière, interprète du droit »), et M. MOREAU, *L'avenir de la traduction juridique*, *ivi*, p. 273 (« Derrière la difficulté de la traduction, il y a la divergence des systèmes juridiques »).

⁵ G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Rome-Bari, Laterza, 2011, p. XIV, où on peut consulter une anthologie d'essais et un dialogue avec l'auteur. La citation a été traduite par nos soins. Pour un autre portrait on consultera : I. BELLONI, E. RIPEPE (a cura di), *Incontro con Paolo Grossi*, Pisa, Pisa University Press, 2007.

20, 26 s.), étaticité et socialité du droit (pp. 29, 57 s., 64 ss.), monisme et pluralisme juridique (p. 29 s.), *civil law* et *common law* (pp. 45, 49 s., 60), disposition et norme (p. 85).

Parmi les termes les plus expressifs, le substantif italien « *ordinamento* » n'a pas de synonymes aussi efficaces, alors que le dictionnaire français connaît au moins trois variantes: ordre, ordonnancement, système. Le mot « système » donne l'idée d'une cohérence logique entre plusieurs éléments, on peut penser en particulier à un système de normes enchaînées les unes aux autres. Il y a toutefois d'autres termes qui expriment la globalité du droit, attendu que « le droit n'est pas, du moins n'est pas seulement, la norme posée, mais bien l'entité qui la pose » : « organisation », « structure », « édifice », mais surtout « ordre » et « ordonnancement ». Ces derniers substantifs soulignent bien la fonction propre du droit, comme réalité qui ordonne la société. La terminologie citée à la fin appartient à l'ouvrage fondamental de Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*⁶, qui propose la conception du droit comme ordre ou – ce qui, à son avis, signifie la même chose – comme institution, ou mieux encore comme pluralité d'ordres juridiques. P. Grossi revendique sa dette (pp. 17, 57) à l'égard du grand juspubliciste italien.

Le droit trouve donc dans la société sa référence (p. 30). Une société pluraliste et complexe, traversée par de nombreuses tensions et de nombreux changements culturels, dans les domaines scientifiques et techniques (p. 28 s.), ce qui aujourd'hui plus que jamais engendre la relativité des valeurs (p. 70). Par contre, le jugement sévère sur la modernité juridique pénètre dans le lexique original de l'auteur : on a traduit les mots « *legocentrismo* » et « *legolatria* » (p. 71), à savoir centrisme et idolâtrie de la loi positive, par « légicentrisme » et « légolâtrie ».

Enfin, par « manifestations » du droit, précise Grossi, on doit entendre celles que les juristes appellent sources du droit (p. 60 s.) : l'analyse concerne alors le droit naturel, la Constitution, la loi. Et dans ce contexte, on a préféré franciser le nom italien « *manifestatore* » (celui qui manifeste, à la lettre « manifestant ») par « manifesteur ». Mais le « droit manifesté n'est pas encore le droit car il flotte encore loin de la vie, il ne s'est pas encore

⁶ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Traduction française de la 2^a édition de l'« *Ordinamento giuridico* » de L. François et P. Gothot, Introduction de Ph. Francescakis, Paris, Dalloz, 1975, pp. 3, 8, 19, 31.

mué en 'histoire vivante' » (p. 76). D'où l'importante distinction entre « manifestations » et « incarnations » du droit, qui fait converger l'attention sur la coutume et sur l'interprétation/application de la norme.

Il est temps de mettre un point final à ce rapide préambule. Il aura atteint son but s'il a réussi à persuader qu'il ne saurait remplacer la lecture du livre lui-même.

ANDREA BUCELLI

Première leçon de droit

À mes étudiants florentins

L'État ne crée pas du droit,
l'État crée des lois,
et l'État et les lois
sont soumis au droit.

ERICH KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (1927)

Avant-propos

Ce petit livre est le fruit d'une expérience personnelle. Depuis déjà un certain nombre d'années, la faculté de droit de Florence m'a octroyé un singulier privilège : celui de tenir – juste avant le début des cours officiels – une série de leçons d'introduction à l'étude du droit comme initiation de base destinée aux jeunes étudiants de première année. Une expérience particulièrement gratifiante à laquelle je tiens beaucoup.

Si bien que, lorsque l'éditeur Laterza me proposa de m'occuper du 'droit' pour sa collection de brefs ouvrages consacrés à une 'Prima lezione di ...', j'acceptai sans hésiter une seconde, même si j'étais – même si je suis – conscient que la tâche allait être tout autre que simple.

C'est délibérément que je n'ai pas voulu surcharger ces pages de longues bibliographies ni d'étalages érudits, mais que j'ai conservé au contraire le caractère élémentaire et maïeutique de mes cours florentins, certain d'aller ainsi à l'encontre des attentes de l'Éditeur comme de celles des nouveaux bizuths de la faculté de Droit. Les nombreuses lectures, auxquelles l'auteur a dû humblement s'astreindre pour rédiger ces pages, doivent être considérées comme un préalable, et c'est peut-être justement sur celles-ci que se fondent la clarté tant espérée du discours ainsi qu'une sérénité critique délibérée, au-delà de la vision personnelle dont elles sont inévitablement porteuses.

PAOLO GROSSI

Citille in Chianti, février 2003

Paolo Cappellini, un historien qui sait manier à la perfection les outils de la théorie générale du droit et du droit privé positif (disciplines qu'il a professées parallèlement à l'enseignement d'histoire du droit), s'est avéré un lecteur précieux également au cours de cette expérience. Je le prie d'accepter ici mes remerciements les plus vifs et les plus sincères.

Qu'est-ce que le droit ?

1. *Le droit face à l'ignorance, aux malentendus et aux incompréhensions*

Le droit n'appartient pas au monde des signes sensibles. Le terrain agricole que je viens d'acquérir semble se confondre avec le fonds de mon voisin si je ne le clôture pas ; l'immeuble siège de l'ambassade d'un État étranger, et de ce fait espace extraterritorial, peut paraître identique à tous les immeubles limitrophes si une plaque ne signale pas sa situation particulière ; la bande de terre séparant la République italienne des autres États se déroule sans fin si aucun signe visible de démarcation n'est visible ni aucun officier de police ou des douanes n'est présent pour contrôler les passages.

Pour communiquer efficacement, le droit s'appuie sur des signes sensibles mais, même en l'absence de ces derniers, mon terrain agricole, le siège d'une ambassade, le territoire d'un État sont et demeurent des réalités que le sceau immatériel du droit marque et différencie.

Aux yeux de l'homme commun, cette immatérialité lui confère une dimension mystérieuse et c'est là l'un des premiers motifs qui font que le droit est enveloppé d'un épais rideau d'incompréhensions. Mais ce n'est pas tout : cette dimension mystérieuse est aussi extrêmement déplaisante.

Déplaisante, j'insiste, car, aujourd'hui, le droit se présente aux yeux de cet homme commun sous deux aspects qui sont bien loin de le lui rendre agréable : il le perçoit comme lui arrivant d'en haut et de très loin, comme une tuile qui tomberait d'un toit sur la tête d'un passant ; il lui parle de pouvoir, d'injonction, d'ordre péremptoire, évoquant aussitôt l'image odieuse du juge et du fonctionnaire de police, avec de surcroît la menace de sanctions et de coercitions.

Tout cela rend le droit hostile à l'homme de la rue ; c'est,

quoiqu'il en soit, une réalité qui lui est étrangère, qu'il perçoit à des distances sidérales de sa personne et de sa vie. Cela a des retombées doublement négatives et pour le citoyen et pour le droit : le risque probable d'une scission entre le droit et la société, avec un citoyen plus pauvre qui a perdu un outil précieux pour la société civile, le droit étant pratiquement banni de la conscience commune, et le juriste – c'est-à-dire celui qui connaît le droit – relégué dans son coin et participant aussi peu que possible à la circulation générale de la culture.

2. *Les raisons historiques de ces malentendus et de ces incompréhensions*

Du moins jusqu'à hier, un constat aussi négatif était inévitable et je me refuse à le considérer comme le seul fruit de l'ignorance de l'homme de la rue que je chargerais ainsi d'un lourd fardeau de responsabilité.

Ce qui serait éminemment injuste. Car un tel résultat est en fait la conséquence directe de choix dominants et déterminants sur la scène de l'histoire juridique de l'Europe continentale au cours des deux cents dernières années, des choix qui se sont consolidés, créant un lien très étroit, absolument inédit, entre le pouvoir politique et le droit.

Le pouvoir politique, qui n'a cessé – durant l'époque moderne – de devenir un État, c'est-à-dire une entité tendant au contrôle absolu de toutes les manifestations du social, a exprimé un intérêt croissant pour le droit, identifiant chez ce dernier, avec une grande perspicacité, un ciment précieux de sa propre structure ; et cela au point d'arriver à la fin du XVIII^e siècle, sans crainte aucune de démentir des attitudes séculaires qui avaient survécu jusqu'à la fin de l'ancien régime¹, à la monopolisation totale de la dimension juridique².

¹ L'expression *ancien régime* désigne la civilisation socio-économique et politico-juridique de la France avant la Révolution de 1789 ; une civilisation dont la structure reposait sur les classes, avec de nombreux éléments hérités du Moyen Âge malgré un cheminement déjà long à travers la Modernité (XV^e-XVIII^e siècles) et où le droit reposait encore en grande partie sur des coutumes remontant à la nuit des temps.

² À propos de cet 'absolutisme juridique', nous renvoyons à la synthèse que nous avons proposée dans *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia : della ric-*

En effet, c'est justement au cours de ces années que, parmi les nombreuses mythologies³ laïques inaugurées par la Révolution de 1789, se détache nettement la mythologie législative : la loi, c'est-à-dire l'expression de la volonté du pouvoir souverain, est assimilée axiomatiquement à l'expression de la volonté générale, la rendant par là même le seul instrument productif du droit digne de respect et de considération, un objet de culte en tant que loi et non pour la valeur de ses contenus. Une fois la volonté générale identifiée avec la loi, il en découlait l'identification du droit avec celle-ci et par suite sa complète étatisation.

Mais, comme nous le préciserons par la suite, l'État n'est autre qu'une cristallisation de la société, l'État est toujours – même ce que l'on appelle l'État démocratique – un appareil de pouvoir, une organisation autoritaire, une fabrique de commandements, et bien entendu le droit en est resté marqué. Inébranlable grâce au socle résistant du mythe de la volonté générale⁴, la croyance en la vertu de la loi a survécu pratiquement intacte jusqu'à aujourd'hui, soutenue d'un côté par la stratégie avisée du pouvoir politique qui ne pouvait pas ne pas y voir un moyen efficace pour gouverner la société, de l'autre côté par la paresse intellectuelle des juristes eux-mêmes, satisfaits du rôle formel d'officiants du culte législatif (même si pour eux il s'agissait seulement d'un modeste plat de lentilles).

Parmi les juristes, c'est bien l'historien du droit qui reste le plus frustré et aussi le plus allarmé. Comme il ne supporte aucune de ces momifications que les mythes imposent à la complexité et à la vivacité de l'histoire, il perçoit les limites terriblement négatives des mythologies juridiques modernes face à un devenir qui aurait réclamé plus d'élasticité. Habitué à scruter la naissance du droit dans l'incandescence des forces sociales, culturelles et économiques, il sent l'énorme danger dont on vient

chezza e della libertà dello storico del diritto) ; cet essai introduit – quoiqu'à partir de différents points de vue – un recueil consacré à ce phénomène juridique grave et affligeant : *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

³ Les mythologies, c'est-à-dire un ensemble de conclusions non démontrées, fondées (comme l'est le mythe) non sur des connaissances rationnelles mais sur des croyances.

⁴ Il s'agit là d'un 'mythe' parce qu'affirmer que la loi reflète fidèlement la volonté d'un peuple, et non pas seulement celle de ceux qui détiennent le pouvoir politique, serait à prouver.

de parler, c'est-à-dire celui d'une séparation de la forme juridique du cours de l'histoire, avec pour résultat sa transformation en une écorce desséchée privée de la sève vitale l'irrigant en profondeur⁵.

Le processus d'involution du droit moderne s'est avéré inarrestable : la loi est un commandement, un commandement influent et autoritaire, un commandement général, un commandement qu'on ne discute pas, avec une vocation essentielle, celle d'être obéi en silence ; d'où sa tendance à se condenser sous forme écrite, à se retrancher derrière le texte imprimé où quiconque pourra le lire pour ensuite lui obéir, dans un texte qui est, de par sa nature même, fermé et immobile, bientôt recouvert de poussière et aussi, par rapport à la vie qui poursuit alentour son cours rapide, obsolète. Mais le pouvoir persistera à brandir ce texte en se servant de juristes serviles qui persisteront, eux, dans leurs liturgies sur le texte.

Revenons à notre point de départ. L'homme de la rue n'a pas tort lorsqu'il sent que le droit lui est étranger et lointain, il n'a pas tort de s'en méfier, de le craindre dans sa manifestation la plus impérative, car un ordre peut être aussi arbitraire ; surtout lorsqu'il est perçu dans ses rapports inévitables avec le juge, le fonctionnaire de police ou le fisc. Il n'a pas tort car les deux cents dernières années de notre histoire européenne continentale ont montré cette ossification que nous venons d'évoquer à grands traits.

Mais le juriste culturellement avancé a tôt fait de remarquer qu'au cours de ces deux siècles le droit a été soumis à une opération profondément réductrice, on l'a rien moins que violenté en l'obligeant par la force à abandonner la place qui était la sienne dans la société, avec comme corollaire négatif la déformation de son image dans la conscience collective.

Une réalité faite de commandements impératifs n'appartient pas à la culture en vigueur et risque d'être un corps étranger non seulement pour l'homme commun et démuné mais aussi pour la société toute entière, parce que cela n'appartient pas à l'histoire ni au quotidien, difficile mais en devenir permanent, de tous⁶.

⁵ Je me suis livré à un certain nombre de réflexions sur la mythisation (et donc sur l'absolutisation) à laquelle la civilisation moderne soumet certaines solutions historiques (et par conséquent tout à fait relatives) dans un bref ouvrage intitulé *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁶ Pour plus de précisions, je renvoie à nouveau à l'un de mes travaux : *Mo-*

3. *Le début d'une récupération : humanité et socialité du droit*

Aujourd'hui une réhabilitation du droit s'impose car ce qui s'est produit n'est autre que le fruit d'une stratégie désinvolte de la bourgeoisie désormais triomphante, d'une instrumentalisation tout aussi désinvolte qui a amputé la dimension juridique. Une réhabilitation aura lieu si on arrive à restaurer, au-delà des récentes déformations de la modernité, une dimension plus objective telle qu'elle a existé autrefois dans d'autres contextes historiques, telle qu'elle existe actuellement dans des contextes contemporains hors de l'Europe continentale, telle qu'elle commence à exister tout au moins dans la conscience des juristes les plus sensibles et les plus ouverts.

Nous ajouterons plus loin quelques précisions, mais il est urgent de s'atteler à cette récupération et de commencer à regarder le droit sans verres déformants. Une fois les malentendus dissipés, on peut alors espérer la fin de l'exil auquel le droit se trouve condamné par les programmes d'éducation de notre jeunesse : ignoré dans ses vertus formatives, il s'est vu en effet exclu des classes les plus vitales du secondaire, proposé tout au plus comme simple connaissance technique dans certaines écoles professionnelles.

Notre tâche – ardue – consistera donc à guider le non-juriste (en particulier l'étudiant néophyte qui s'apprête à affronter des études de droit) dans la découverte des traits essentiels d'un domaine mal compris. Nous tenterons de le faire en commençant par les traits les plus généraux, nécessaires à sa compréhension bien que non encore caractérisants, pour arriver à cette architecture qui le fixe avec précision et le distingue sans ambiguïté de domaines voisins et analogues.

L'humanité du droit : c'est là sans aucun doute le premier point important sur lequel insister. Si le chimiste, le physicien, la naturaliste lisent dans le livre ouvert du cosmos les trames de leurs sciences respectives, le juriste ne peut en faire autant : dans une nature phénoménique d'où l'homme est absent, il n'y a pas de place pour le droit qui – comme le proclamait déjà avec force et concision un juriste de la Rome antique – est né, s'est développé et s'est consolidé *hominum causa*⁷ ; ce qui signifie qu'il est

dermità politica e ordine giuridico (1998), maintenant dans *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.

⁷ Il s'agit du juriste Hermogénien. Ce passage se trouve dans le *Corpus iu-*

né avec l'homme et pour l'homme, indissolublement lié à l'aventure humaine dans l'espace et dans le temps.

Le droit par conséquent ne s'inscrit pas dans un paysage physique qui attend encore la venue de l'homme, il s'inscrit dans l'histoire, grande ou petite, que, depuis les origines jusqu'à aujourd'hui, les hommes ont incessamment tissée grâce à leur intelligence et à leurs sentiments, grâce à leurs idéaux et à leurs intérêts, à leurs amours et à leurs haines. C'est au sein de cette histoire édifiée par les hommes que le droit se situe, là et nulle part ailleurs.

Mais qui dit réalité humaine, dit réalité plurielle. Si nous pouvions imaginer un astronaute débarquant tout seul sur une planète lointaine et déserte et y vivant tout seul, ce personnage solitaire, tant qu'il resterait tel, n'aurait aucun besoin du droit, de même qu'aucune de ses actions ne pourrait être qualifiée de juridique. Le droit est en effet une dimension intersubjective, il est une relation entre plusieurs sujets (quelques uns ou beaucoup), il se caractérise par une *socialité* essentielle toute sienne.

Si parmi les dimensions humaines il en est qui se nourrissent et prospèrent à l'intérieur du sujet et dévoilent à l'extérieur seulement de possibles manifestations – les exemples les plus frappants se retrouvent dans la dimension morale et dans la dimension religieuse –, le droit, lui, a besoin de la rencontre entre les sujets humains et a comme contenu, selon des modalités que nous préciserons par la suite, justement cette rencontre, s'offrant à nous comme dimension nécessairement relative, c'est-à-dire de relation. Il peut s'agir d'une société universelle, telle la communauté internationale, comme de deux sujets qui vendent et achètent un bien, il peut s'agir d'une infime tribu primitive au fin fond de la forêt amazonienne comme d'un État doté de tout son formidable appareil d'organisation et de pouvoir, quoiqu'il en soit cette rencontre qui transforme en social l'expérience d'un individu est toujours nécessaire.

ris civilis, la vaste compilation du droit romain remontant au VI^e ap. J.-C. que l'on doit à l'empereur Justinien et plus précisément dans le *Digeste*, c'est-à-dire la partie recueillant le trésor de la science juridique romaine (cf. *Digeste*, 1, 5, 2).

4. *Sur la genèse du droit dans l'indistinction du 'social'*

Humanité et *socialité* du droit. C'est déjà quelque chose, mais c'est encore trop peu et il faut aller plus loin.

Certains demanderont : toute cellule sociale peut-elle en soi se considérer aussi comme juridique ? Ceux qui ont été trompés par la perception du droit comme un commandement venu d'en haut croiront devoir le rattacher au pouvoir et, en particulier, au pouvoir le plus aguerri, le plus totalisant, le pouvoir politique.

Nous avons déjà fourni à cela une réponse implicite, lorsque volontairement nous avons mis côte à côte deux groupes sociaux aux antipodes l'un de l'autre du point de vue de leur achèvement organisatif et potestatif, l'infime tribu sauvage et l'État. La réponse explicite en découle naturellement : chaque fois qu'il y a rencontre entre plusieurs individus, il peut y avoir du droit.

Ce verbe possibiliste nous amène à cerner la spécificité du droit, en provoquant cette dernière et inévitable question : il peut se manifester, mais quand ? Il ne fait aucun doute en effet que le social est la source primordiale du droit, mais les manifestations sociales ne sont pas toutes juridiques en soi. Si c'était le cas, le droit se confondrait avec la sociologie et s'éteindrait au contact de cette science qui étudie la société comme une réalité globale et qui prend comme objet tout fait social.

Afin d'être encore plus clair et percutant, qu'il nous soit permis de recourir à un exemple que l'on trouve esquissé chez certains classiques de la pensée juridique et que nous nous proposons de développer ici. C'est un exemple tout à fait paradoxal mais qui, comme tout bon paradoxe qui se respecte, renferme un fond de vérité incontestable⁸. Il s'agit d'un regroupement humain beaucoup moins nombreux que celui de l'infime tribu sauvage : une file d'attente devant un bureau administratif. Un ensemble de pauvres fourmis humaines, sans aucun lien tangible entre elles, que les circonstances ont réunies dans un espace minimal pour une fraction de temps minimale. Ce regroupement est tellement inconsistant que même le sociologue n'aurait l'idée de s'en occuper ; relevant de l'éphémère le plus total, il semble n'avoir aucune poids social.

⁸ Les classiques dont il est question dans le texte sont Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 1946², p. 35, et W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963, pp. 29-30.

Tout cela est vrai, pour le sociologue comme – à plus forte raison – pour le juriste. Cependant, si parmi l'agitation qui gagne la file d'attente, un sujet entreprenant élève la voix, fait des propositions pour mieux *organiser* la file tumultueuse et si tous les individus qui la composent les considèrent bonnes et les *observent*, voilà alors que, durant cette unité minimale de temps, dans cet espace de quelques mètres du territoire de la République italienne, nous avons assisté au miracle de la genèse du droit. Ce conglomérat humain éphémère, la file d'attente, est devenu, bien que dans l'éphémère, une communauté juridique, juridique parce que productrice de droit.

Cet exemple paradoxal sert à projeter une lumière plus vive sur le moment où une réalité sociale amorphe et indistincte se transforme en une réalité juridique, et par là même se distingue de l'incandescence de ce qui est simplement social, et sur les raisons qui font que cela advient. Dans l'exemple que nous venons de citer, on compte deux facteurs discriminants : le fait de l'*organisation* – ou, pour mieux dire, de l'*auto-organisation* – ; le fait de l'*observance* spontanée des règles d'organisation. Là est le mystère du droit.

5. *Une première récupération : le droit exprime la société et non l'État*

Nous allons sans plus tarder approfondir ces deux facteurs, mais auparavant une précision liminaire s'impose que l'exemple de la file d'attente, dans un certain sens, paraît nous suggérer.

Celui-ci, en nous permettant en effet de vérifier la naissance du droit, à certaines conditions, même dans le contexte social le plus exigü et le plus éphémère envisageable, nous concède également un premier résultat certain. Le droit n'est pas forcément rattaché à une entité socialement et politiquement reconnue, il n'a pas nécessairement comme point de référence ce formidable appareil de pouvoir qu'est l'État moderne, même si la réalité historique qui nous a entourés jusqu'à aujourd'hui ostente le monopole du droit exercé par les États.

La référence incontournable du droit est uniquement la société, la société entendue comme une réalité complexe, à la structure très articulée, avec la possibilité pour chacune de ses articulations de produire du droit, même la file d'attente devant le

bureau administratif. Cette précision n'a rien de banal ; bien au contraire, elle soustrait le droit à l'emprise du pouvoir qui le conditionne et le mortifie pour le placer à nouveau dans le giron maternel de la société, que le droit est ainsi appelé à exprimer.

De quelle manière est-il en mesure de l'exprimer, c'est ce que nous précisera l'analyse des deux facteurs diversifiants.

6. *Une récupération importante : le droit comme « ordre » du 'social'*

Organisation : le droit organise le social, il met de l'ordre dans la bagarre désordonnée qui agite la société, il est avant toute chose un *ordonnement*.

C'est là un terme fréquemment employé dans les pages des juristes, surtout depuis qu'un grand professeur de droit public italien, Santi Romano, en fit en 1918 le titre et l'emblème de l'un de ses travaux, un essai scientifique particulièrement bien venu et innovateur qui connut une grande fortune⁹ ; et qui plus est, ce terme évoque une notion correcte et récupératrice du phénomène juridique. Nous allons essayer d'en cerner les traits spécifiques, nombreux et incisifs.

Que l'essence du droit ne réside pas dans un commandement mais dans l'acte d'*ordonner* engendre un glissement positif du sujet producteur (ou prétendu tel) à l'objet en quête d'organisation. On voit là, à plus d'un égard, la dimension objective affleurer et même dominer.

En effet, mettre de l'ordre signifie tenir compte des caractéristiques de la réalité en train de s'ordonner, car c'est seulement si l'on a conscience et si l'on considère ces caractéristiques qu'on ne lui fera pas violence et qu'on l'ordonnera vraiment. Ordon-

⁹ L'essai de Santi ROMANO est *L'ordinamento giuridico*, déjà cité ; le lecteur est invité à le lire dans sa deuxième édition florentine de 1946, revue personnellement par l'auteur qui a tenu compte des observations critiques qui s'étaient concentrées sur son ouvrage ; cette seconde édition a donc le mérite de refléter les discussions doctrinales qui ont eu lieu durant une trentaine d'années. Santi Romano (1875-1947) compte parmi les spécialistes italiens les plus éminents du droit public, mais, grâce à cet essai libérateur (il fait table rase des mythologies persistantes et des pseudo-certitudes non vérifiées d'une manière critique), il a acquis une place et un rôle de premier plan dans la théorie générale du droit.

ner veut dire respecter la complexité sociale, laquelle constituera une véritable limite pour la volonté ordonnante car elle l'empêchera de dégénérer en une évaluation purement subjective et donc arbitraire.

Mais il faut nous arrêter à un autre aspect : l'organisation implique avant tout la coexistence de divers sujets qui, tout en gardant les caractéristiques de leurs diversités respectives, convergent vers un but commun ; elle peut aussi donner lieu à des dominations et à des subordinations, mais les positions de supérieur et d'inférieur sont annulées et absorbées dans une coordination collective qui dépersonnalise et, par conséquent, atténue de beaucoup une éventuelle segmentation en échelons. Car l'organisation signifie toujours la primauté de la dimension objective et implique un résultat qui touche positivement chaque membre de la communauté organisée ; elle signifie toujours le dépassement de positions individuelles confinées dans leur insularisme pour arriver au résultat tangible de l'ordre, tangible pour la vie même de la communauté.

La récupération du droit dans sa dimension ordonnatrice essentielle a encore une autre portée tout autre que secondaire. Il ne tombe pas d'en haut, il ne s'impose pas au moyen de forces coercitives ; bien au contraire, il est en quelque sorte une revendication qui vient d'en bas ; il est le salut d'une communauté qui sait qu'elle peut enfin gagner son combat dans l'histoire, uniquement avec le droit et dans le droit, à la seule condition que celui-ci devienne un ordre juridique.

Et alors le droit, qui effraie tellement l'homme de la rue qui l'associe à l'image redoutable du juge et du fonctionnaire de police, révèle son appartenance à la nature même de la société et son empreinte au plus profond des fibres de celle-ci. Le droit ne sera jamais une réalité légère, comme d'aucuns ont voulu le démontrer brillamment à un moment donné¹⁰, car sa dimension ordonnatrice, qui le rend rigoureux dans l'affirmation d'une primauté objective et collective, le lui interdit ; mais il est à coup sûr connaturel à la société, il appartient à sa physiologie et non à sa pathologie, même si le moment pathologique le rend plus visible et plus tangible.

¹⁰ Nous renvoyons à G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992. Nous conseillons vivement au néophyte la lecture de ce petit livre qui offre une vision ouverte et lucide de la dimension juridique.

Un droit conçu comme une série d'impositions sans appel, ou bien, d'après ce qui a été soutenu à maintes reprises, comme une technique garantissant un contrôle social total, court toujours le risque de se séparer de cette histoire vivante qu'est la société, laquelle – justement parce qu'elle est une histoire vivante – se soustrait, ou tout au moins tente de se soustraire, aux rigidités des commandements ou aux immobilisations que supposent des contrôles efficaces. Un droit conçu comme ordonnement est la trame même de la société, une sorte de charpente qui la soutient, lui évitant de s'effondrer, issue de son propre sein et l'accompagnant dans son développement incessant, en parfaite syntonie et totale cohérence grâce à son esprit naturellement ductile. La société a en horreur les chaînes et les entraves qui étouffent son adaptation spontanée, tandis qu'elle accepte des mesures capables de respecter son historicité.

C'est ainsi que l'on progresse au cœur de notre récupération : rendre à la société et à la culture dont elle est porteuse ce que les altérations historiques contingentes leur avaient ôté. La société se réapproprie de ce qui lui a appartenu depuis toujours comme dimension existentielle inéliminable.

Le droit au cœur de cette dernière : c'est un thème essentiel sur lequel nous allons bientôt revenir et que nous définirons mieux après avoir parlé de l'observance.

7. *Et à propos de l' « observance » : le droit comme ordre « observé »*

Certes, car le droit n'est pas seulement un ordre mais un *ordre observé*.

Il convient de s'arrêter sur cette notion d'*observance*, car on peut la charger de contenus profondément différents ; en effet, l'obéissance passive à un commandement autoritaire, et même à un commandement tyrannique et inique où la dimension évaluative de l'observant est réduite à presque rien, voire annulée, est aussi une manifestation d'observance.

L'absolutisme juridique moderne nous a habitués également à des lois répugnant à la conscience commune, que l'homme de bon sens refusera peut-être en son for intérieur, mais qui sont subies et observées afin d'éviter les réactions du pouvoir constitué : l'exemple le plus infame et le plus infamant – que j'ai évo-

qué à plusieurs reprises au cours de ces dernières années – est celui des nombreuses lois porteuses d'une idéologie raciste, c'est-à-dire vantant la primauté d'une race sur d'autres¹¹.

Cette observance-là n'est autre que du servage et illustre le pire des aspects du droit, son aspect pathologique, aussi bien de la part du producteur de la loi inique que de la part de ceux qui y obéissent. Comme nous le montre si bien l'exemple éclairant de la file d'attente, l'observance physiologique, celle qui fait de toute organisation une organisation juridique, se base sur une conscience précise de la valeur qui le soutient. Les propositions d'organisation de la file d'attente de la part de son élément le plus entreprenant sont observées par la petite communauté désordonnée parce qu'elles sont objectivement considérées comme bonnes et valables pour transformer le désordre présent en ordre futur. L'ordre juridique authentique puise dans le réservoir des valeurs d'une communauté afin d'en extraire cette force vitale qui naît uniquement d'une conviction ressentie, afin d'en extraire cette solidité qui n'a aucun besoin des forces de police pour rester telle.

Valeurs : d'aucuns fronceront les sourcils en pensant immédiatement aux valeurs absolues et indiscutables, morales et religieuses, propres à la sphère la plus personnelle d'un homme et protégées, bien à l'abri, dans un coffre-fort intrasubjectif. Il faut s'entendre afin d'éviter tout malentendu.

La *valeur* est un principe ou un comportement que la conscience collective décide de souligner en l'isolant et en le sélectionnant dans le faisceau indistinct de la multitude des principes et des comportements ; en l'isolant et en le sélectionnant, elle le soustrait à la relativité qui est propre au faisceau indistinct, elle lui confère indéniablement et dans une certaine mesure un caractère absolu, elle en fait un modèle. Et bien sûr, si l'humus typique des valeurs est celui de la religion et de la morale, le royaume de l'histoire qui est un terrain balayé de vents relativisants, s'en trouve lui aussi bien souvent fertilisé.

La strate des valeurs historiques est celle des racines d'une

¹¹ Cf. par exemple les précisions qui se trouvent dans la *Pagina introduttiva* des *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 1998, dont le sous-titre constitue justement une référence précise : « a sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938 » (« soixante ans après les lois raciales italiennes de 1938 »).

société, elle est le fruit de longues sédimentations, elle est l'acquisition de certitudes péniblement conquises qui sont devenues, après des siècles de tribulations, le patrimoine d'une communauté historique. C'est là cet *ethos* vaste et ouvert, appelé ordinairement coutume, et qui réussit à caractériser un *ethnos*¹². Avec deux précisions fondamentales : il vit dans l'histoire et c'est de l'histoire qu'il tire sa vigueur, il n'est jamais écrit ni dans la nature physique ni, encore moins, dans de prétendus chiffres biologiques différenciateurs (un exemple abominable : la race) ; il représente un modèle, sinon il ne serait pas observé, mais il est disposé à s'enrichir des maturations périodiques du temps, à s'en laisser marquer, dût-il s'adapter au lent écoulement des longues durées qui sont les seules capables de cimenter une conscience collective.

Mais un point, déjà évoqué, doit être souligné avec force : les valeurs sont toujours des réalités radicales, c'est-à-dire liées aux racines, et la dimension juridique qui puise dans ces dernières et s'en nourrit, est radicale. On a pu dire que le droit est une forme qui revêt une substance sociale. C'est une vérité très partielle parce que la forme est seulement la manifestation extrême – la plus extérieure pour ainsi dire – d'un ordre de la société qui, au contraire, pèche au plus profond, a des ramifications à fleur du quotidien mais ramène à la surface les valeurs cachées dont elle reste imprégnée.

De ce point de vue, l'exemple de la file d'attente, qui nous a été si utile pour lancer notre cheminement de compréhension, s'avère ici trompeur, car la file se situe dans l'éphémère (et y est condamnée), et l'éphémère n'est pas vraiment le terrain d'élection du droit. Nous avons dit qu'il s'agissait pour nous d'un exemple paradoxal afin d'arracher le droit à l'étreinte inextricable du pouvoir politique et de le rendre au social, à toutes les manifestations du social. Et dans ce cas, sa force provocatrice a été salutaire mais il doit être clair à partir de maintenant que le droit

¹² *Ethos* et *ethnos* sont en réalité deux mots grecs malgré leur translittération en caractères latins. Le second signifie peuple, soit une communauté qui trouve son unité surtout dans une certaine coutume – c'est-à-dire dans un certain *ethos* – qui s'est accumulée au cours de son aventure historique et qui est devenue un signe d'identification. À la coutume viennent s'ajouter aussi d'autres facteurs d'identification, parmi lesquels également le facteur politique qui n'est cependant pas le plus important.

ne saurait se satisfaire de laps de temps brefs ; les grands arbres ont besoin de la longue durée¹³ pour s'enraciner convenablement.

Réalité des racines donc. Ce qui signifie que le droit est peut-être le moyen le plus significatif qu'a une communauté pour vivre son histoire. Ni une écorce desséchée, ni une armure étouffant la croissance libre d'une communauté. Bien que nous ne soyons pas ici pour faire des apologies que personne ne nous demande, nous devons admettre que cela a pu parfois se produire ; mais cela s'est produit parce que le droit a été instrumentalisé – peut-être par les juristes, le plus souvent par le pouvoir politique toujours à l'affût – et en conséquence déformé sinon bouleversé dans son image et dans sa fonction. Mais c'est là la pathologie du juridique, sa souffrance sous un masque tragique répugnant.

Si, du point de vue physiologique, il est l'ordre observé du social, son point de référence est la société dans son historicité, et il n'en constitue certainement pas un élément marginal. Cette centralité de la dimension juridique est une réhabilitation qui est cependant (force est de l'avouer) encore à réaliser dans sa totalité, otages comme nous le sommes d'entraves et de plagiat dont nous n'arrivons pas à nous débarrasser (nous y avons déjà fait allusion et nous y reviendrons bientôt plus longuement).

8. *Encore sur l'observance en droit : le droit est-il une règle impérative ?*

Il nous faut maintenant aller de l'avant afin de débarrasser le chemin d'un obstacle possible, c'est-à-dire, en l'occurrence, d'un malentendu probable. Le lecteur averti s'est sans doute déjà rendu compte que jusqu'ici nous avons uniquement parlé d'observance et jamais d'obéissance, comme il était peut-être en droit d'attendre. Nous allons nous en expliquer et mieux cerner le contenu de cette observance, notion en soi fort vague, qui cependant, si elle vire à la pathologie comme nous l'avons déjà dit, peut alors assumer un contenu obséquieux et servile.

¹³ La 'longue durée', sur laquelle un courant historiographique français a eu le mérite et l'intelligence d'insister au cours du siècle passé, est le véritable temps de l'histoire, car c'est seulement grâce à lui que se consolident les faits historiques majeurs ; le droit, qui n'est pas une quelconque plante saisonnière mais un grand arbre, en fait partie.

Nous n'avons pas parlé d'obéissance en raison de la passivité psychologique qu'elle exprime toujours ; en effet, obéir signifie quoiqu'il en soit s'incliner passivement devant une injonction autoritaire ; à un acte d'obéissance correspond forcément un acte de commandement. Mais le droit n'est pas l'univers du commandement, même si – trop souvent – s'opère dans la conscience vulgaire cette sorte d'amalgame. Une réflexion, sur la qualité et le degré d'impérativité dérivant du fait d'avoir reconnu dans le droit une organisation de la société, s'impose.

Si le droit est un ordre observé¹⁴, il est naturel que des règles en découlent. Mais, que cela soit clair, la règle trouve son origine dans l'observance et l'observance dans la valeur liée à l'ordre mis en place¹⁵. Et il y a certes dans ces règles un certain degré d'impérativité, mais toujours filtrée par la complexité du phénomène organisatif et diluée dans celle-ci.

Soyons plus clair : le droit n'est pas immédiatement ni directement un commandement, car il vit dans un monde objectif de positions, de relations, de coordinations qu'une valeur unifie. Le droit naît avant la règle, le droit est déjà dans la société qui s'auto-organise.

Il ne s'agit pas de renier sa dimension normative, mais d'en réduire le rôle et la portée. Dans le droit qui s'engendre dans la spontanéité du social, c'est-à-dire dans le droit pris dans son authenticité et dans son essentialité, la subjectivité et l'impérativité sont nécessairement atténuées par une dimension objective dominante. En effet, l'ordre implique une construction supra-individuelle, qui a sa base dans la totalité et dans la complexité de l'organisme social, dans la constance d'une tradition, dans la répétition et la typicité de certaines actions humaines et dans laquelle il n'y a pas de place pour l'arbitraire, pas de place pour des fractionnements individualistes, du moment que ce nœud objectif de positions, de relations, de coordinations n'a pas de vocation autoritaire se structurant brutalement en supériorité et en

¹⁴ Voir plus haut, p. 19.

¹⁵ Une vision du droit dans une perspective rigoureusement axiologique, c'est-à-dire fondée sur un monde de valeurs, est proposée par un grand civiliste italien contemporain, Angelo Falzea. Le néophyte pourra s'en faire une idée très claire déjà en lisant de lui un livre d'initiation (cf. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1992).

infériorité et provoquant des situations de commandement (d'une part) et d'obéissance passive (d'autre part).

Le droit devient une règle impérative lorsqu'il s'inscrit dans un appareil de pouvoir, par exemple l'État, où la dimension politique *stricto sensu* prend le dessus par rapport à la dimension sociale et où l'ordre social, se trouvant aux prises avec les problèmes liés à l'exercice de la souveraineté, se transforme souvent dans ce que l'on appelle l'ordre public, c'est-à-dire un ordre gouverné d'en haut et au caractère résolument autoritaire.

À un regard superficiel, qui considérerait le passé proche et le présent par le petit bout de la lorgnette, il pourrait sembler que l'État est le berceau incontournable, le berceau naturel de la genèse et de la vie du droit. Alors qu'il vaudrait mieux prendre le temps de réfléchir pour se rendre compte que l'État n'est autre qu'un accident historique par rapport à cette réhabilitation du droit qui a contribué à lui rendre sa place dans le sein bien plus vaste de la société. Une restitution qui a su le dégager de la croûte autoritaire et impérative qui le recouvrait et le dénaturait.

9. *La qualité de l'observance en droit et une comparaison pré-cieuse : le droit et le langage*

Notre discours sur l'observance est tellement général qu'il risque d'apparaître vague et confus au lecteur néophyte ; il faut donc le rendre plus concrètement intelligible. Si l'on se penche sur ce qui se passe au niveau du langage, on constate que ce dernier s'avère un outil efficace pour aider à mieux comprendre.

Au cours des deux cents dernières années, depuis au moins le début du XIX^e siècle et depuis les intuitions de l'École historique¹⁶, il a été fait très souvent recours à la comparaison entre

¹⁶ Par 'École historique du droit' on entend se référer à un courant de pensée considérable qui se manifesta dans toute sa plénitude au cours de la première moitié du XIX^e siècle en Allemagne et dont le coryphée était le grand juriste allemand Frédéric Charles de Savigny. Le programme culturel de l'École consista surtout à libérer le droit d'une conception rationaliste, dont l'origine était sans l'ombre d'un doute redevable aux Lumières et qui avait fini par l'immobiliser dans une sorte de géométrie statique, restaurant dans la production juridique toutes les forces historiques, même les plus irrationnelles, qui influencent la vie quotidienne des individus et des communautés. Plus qu'à un droit constitué de lois générales et abstraites, l'École historique, tout au moins

le droit et le langage. Et cela à juste titre, tant il est vrai que nous aussi considérons utile de nous en servir, forts de l'avertissement influent d'un linguiste italien insigne selon qui « le fait de ne pas avoir tiré les conséquences de son parallélisme avec les langages demeure une grande faiblesse de la science juridique »¹⁷.

Bien qu'aux yeux d'un observateur pressé le droit et le langage puissent paraître deux domaines fort éloignés, ils ont une plateforme commune¹⁸. En tout premier lieu, en vertu de leur nature de dimensions forcément intersubjectives : un homme seul, vivant sur une lointaine planète, n'a aucun besoin, tant qu'il reste solitaire, ni de l'un ni de l'autre. En second lieu, en vertu de leur caractère fondamental qui fait d'eux des outils capables d'ordonner la dimension sociale du sujet, le langage permettant une communication efficace, le droit favorisant une vie en commun pacifique. Et on est bien en présence d'une organisation du social lorsque des balbutiements de l'enfant on arrive à un discours élaboré entre adultes. On est bien en présence d'une organisation du social lorsque mes rap-

dans son message le plus authentique, tend à souligner une apparition spontanée de coutumes et d'habitudes réglée ensuite par et dans les élaborations issues des réflexions scientifiques. Son programme le plus élaboré se trouve dans le pamphlet doctrinal de F.K. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (De la vocation de notre époque pour la législation et la jurisprudence)*, de 1814. Sur le pamphlet et la violente polémique qui vit s'opposer Savigny à un autre juriste allemand, Anton Friedrich Thibaut, au sujet du gros problème d'une codification du droit germanique sur le modèle de ce qui avait été fait au début du XIX^e siècle en France, on trouvera une documentation essentielle dans le volume dirigé par G. MARINI, *La polemica sulla codificazione*, Napoli, Esi, 1982.

¹⁷ Ce linguiste est Giacomo Devoto (1897-1974), qui, avec son attention constante et intelligente à l'égard de la dimension juridique, a parfaitement su montrer l'enrichissement – même méthodologique – qui peut résulter d'une fréquentation réciproque entre les spécialistes de la langue et ceux du droit. La citation est tirée de G. DEVOTO, *Pensieri sul mio tempo*, Firenze, Sansoni, 1945, p. 116.

¹⁸ Parmi les juristes qui se sont penchés sur ce noeud problématique, on lira avec beaucoup de profit les pages, déjà anciennes mais toujours actuelles, d'un philosophe du droit (P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto* [1962], maintenant in ID., *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, Giuffrè, 1963) et d'un civiliste (S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978).

ports de bon voisinage ou mes accords avec d'autres hommes d'affaires sont réglementés.

Mais il y a un autre aspect tout aussi important qui éclaire la comparaison ; et qui concerne justement le point que nous voulons éclaircir : la qualité de l'observance et, en contrepoint, pour employer une expression fréquente chez les juristes, la normativité de la règle¹⁹, qui a la même qualité aussi bien pour l'utilisateur d'une règle juridique que pour l'utilisateur d'une règle linguistique. Il s'agit en effet d'une observance où la composante de l'acceptation est plus forte que l'obéissance.

Celui qui parle d'une certaine manière appropriée et correcte ne le fait pas pour obéir à une règle mais parce qu'il est certain d'instaurer ainsi un rapport de communication efficace avec ses semblables. Cette attitude est la même que celle des membres de la file d'attente, qui observent non par obéissance mais parce qu'ils sont convaincus de la valeur contenue dans la proposition organisationnelle, et s'autoréglementent en conséquence.

L'usage du terme 'observance', plutôt qu'"obéissance", veut souligner une acceptation non totalement passive de la règle mais veinée des nervures psychologiques de la conviction et donc, par là même, de la conscience. Dans l'observance linguistique et juridique l'individu prend place dans une sorte de coopération collective où le geste de la soumission se colore de spontanéité mais dans lequel aussi il s'objective.

Sur un plan physiologique, cela n'est pas contestable. C'est à un niveau pathologique que l'on sent des différenciations : dans l'ordre juridique les sanctions sont parfois énergiques et péremptoires, elles arrivent à décréter la nullité²⁰ d'un acte ou à pénaliser un individu. Mais cela concerne, on ne le répètera jamais assez, la pathologie du juridique.

Poursuivons. Un lecteur point totalement néophyte, se souvenant des discussions enflammées qu'ont soulevé et soulèvent

¹⁹ C'est-à-dire la force impérative de la règle.

²⁰ La non observance de comportements prévus par une norme pour la validité d'un acte trouve une réaction immédiate dans l'ordre juridique qui, dans les cas les plus graves, consiste justement dans la nullité de cet acte. Un exemple nous permettra d'être clairs : si quelqu'un désire rédiger un testament privé, le soi-disant 'testament olographe', il doit le faire sous forme écrite autographe et le signer. S'il prétendait se limiter à une déclaration verbale pour fixer ses dernières volontés, il condamnerait ce testament, comme il est dit dans le texte, à la nullité. Sur le plan juridique, c'est comme s'il n'avait jamais existé.

encore de nombreux juristes à propos du terme/concept de 'sanction', sans parler des débats doctrinaux âpres et acharnés sur le même sujet, pourra s'étonner qu'on n'en ait pratiquement pas parlé dans ces pages. Distraction ? Ignorance ? La raison est bien plus simple et se trouve toute entière dans ce que nous étions en train de préciser. La soi-disant 'sanction', définissable comme la mesure appliquée pour assurer l'observance ou, ce qui revient au même, pour châtier l'inobservance, n'est autre qu'un expédient étranger à la structure du droit, à sa dimension physiologique. Nous sommes trop souvent éblouis par ce qui se passe dans l'État, qui est une organisation autoritaire, où le droit se déforme sous les traits du commandement et où l'événement terrible de la sanction est une sorte d'appendice normal de la coercition, normal au point qu'on la considère comme faisant partie intégrante de celle-ci. Pourtant c'est bien d'un appendice qu'il s'agit, et qui a comme objet un événement absolument hypothétique : une inobservance possible.

Nous sommes d'avis que ce qui a été précisé pour la sanction vaut encore davantage pour la coaction, c'est-à-dire pour la force physique qui se déclenche sous le coup d'un ordonnancement autoritaire muni d'effectivité pour la répression de l'inobservance (un exemple : la privation de la liberté d'un individu contraint à l'incarcération).

10. *Le droit et le langage comme complexes « institutionnels »*

Les linguistes et les juristes (ou, plus exactement, certains juristes) parlent, à ce sujet, de langage et de droit comme de complexes institutionnels²¹. Ici entre en jeu une notion, celle d'*institution*, d'accès malaisé, qu'il faut immédiatement élucider tout au moins dans son noyau essentiel, car elle est susceptible de faci-

²¹ Parmi les juristes, il suffira de rappeler Santi Romano, que nous avons déjà mentionné ; parmi les linguistes, un grand spécialiste italien, Giovanni Nencioni, a fourni un apport capital dans un essai publié à Florence en 1946 (*Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*), que l'on conseillera au néophyte de consulter dans sa réimpression de 1989 (Scuola Normale Superiore, Pubblicazioni della Classe di Lettere e Filosofia, V, Pisa), enrichie par Nencioni en personne de nombreuses précisions ajoutées en réponse aux critiques et aux polémiques. Sur la langue (mais aussi sur le droit) comme institution, voir tout le chap. X du livre.

liter l'explication que nous voulons tenter d'offrir ici au néo-phyte.

La référence est à une œuvre supra-individuelle que la conscience commune, grâce à la répétition constante de comportements individuels, projette hors et au-delà de la labilité des impulsions et de la volonté des individus, en constituant ce nœud de rapports organisatifs, de fonctions, de valeurs qui compose l'institution, ce nœud qui finit par assumer une réalité autonome avec une vie stable au sein de l'expérience sociale.

Un exemple, qu'il est aisé de puiser dans l'immense coffrefort de ce que l'on nomme le droit privé, c'est-à-dire dans l'organisation juridique de la vie quotidienne des citoyens privés, dissipera comme par enchantement l'obscurité possible d'un discours purement théorique.

Voici l'exemple : le fait qu'une série d'actes pour transférer un bien du patrimoine d'une personne à celui d'une autre personne contre le paiement d'une somme s'appelle vente et que, pour nous, aujourd'hui en Italie elle trouve sa réglementation précise dans les articles 1470 et suivants du livre quatre du Code civil en vigueur, ne signifie certes pas qu'il s'agit d'une invention de notre législateur de 1942. Ce législateur – comme tant d'autres – s'est contenté de réunir (et de traduire en formules codifiées) une sagesse provenant d'une tradition immémoriale faite de lois, de sentences de jugement, de réflexions de maîtres, d'inventions de notaires qui, toutes, trouvaient leur très lointaine origine dans une pratique sociale constante et particulière s'inspirant d'un bon sens élémentaire, considérée efficace et, de ce fait, observée.

L'*institution*, l'*institut*, 'vente', naît non du Code civil mais de l'auto-organisation spontanée de très anciennes communautés, elle naît de la conviction de son efficacité et donc de l'opportunité d'observer des gestes et des comportements particuliers. Cela apparaît clairement dans ces laboratoires historiques extraordinairement transparents que sont les sociétés primordiales ou, tout au moins, les sociétés qui ont conservé une structure simple et où le droit se manifeste – comme nous, juristes, le disons – en coutumes, c'est-à-dire en faits répétés collectivement, répétés parce que soutenus par une conviction de plus en plus généralisée, et qui dans la constance de la répétition trouvent une efficacité obligatoire, à savoir la normativité.

Pour nous qui vivons en plein cœur de la modernité, avec autour de nous une société incroyablement complexe à tous les

points de vue (la technique n'est pas le moindre), tout est régi par les appareils rigidifiants du pouvoir et, par voie de conséquence, par les hiérarchies sophistiquées du commandement inventées pour dominer et gouverner cette complexité. Mais attention : ces appareils sont inéliminables (sous peine d'anarchie) et ont des aspects bénéfiques, mais ils ont provoqué – à nous juristes – un grave dommage culturel : dans la victoire du 'public', du 'public' envers et contre tout, contre le 'privé', dans le monopole de la part du 'politique' de toutes les dimensions de la vie sociale, c'est l'essence même du droit qui a été perdue.

Comme nous l'avons déjà dit plus haut, avec l'intégration – apparue au cours de la modernité – du droit dans l'appareil de pouvoir le plus perfectionné qui soit, à savoir l'État, talonné par le cauchemard paroxystique de l'ordre public, le droit s'est vu pratiquement subverti dans sa nature et sa fonction originelles et appelé à jouer le rôle d'appareil orthopédique du pouvoir politique, de contrôle social. D'où sa réduction proprement moderne – on y a déjà fait allusion – à un ensemble de lois, c'est-à-dire d'injonctions souveraines, à une hiérarchie de manifestations (sources) avec à son sommet – bien évidemment – la loi, avec un appauvrissement progressif de la coutume jusqu'à sa dégradation la contraignant au non-rôle ancillaire de *consuetudo secundum legem*, c'est-à-dire un rôle répétitif et explicatif.

En effet, le contrôle social exige la primauté de la loi et un principe de légalité extrêmement rigoureux, qu'accompagne la limitation sévère de formes spontanées d'organisation juridique comme l'est justement le phénomène coutumier. Ajoutons que dans l'État-contrôleur prévaut, de plus en plus nettement, une dimension pénale, une dimension étroitement liée à des violations particulièrement graves, à une pathologie aiguë de l'organisme socio-politique, qui finit donc par déboucher sur une activité répressive et coercitive de l'appareil du pouvoir.

Le prix que nous, juristes, avons payé a été une sorte d'aveulement : nous ne nous sommes pas aperçu que l'étatisme était un produit historique contingent, nous l'avons absolutisé et nous avons absolutisé une notion de droit très relative tant du point de vue temporel (fruit de la modernité) que spatial (Europe continentale).

Le rapprochement entre la langue et le droit de même que la réhabilitation d'une dimension *institutionnelle* servent à retrouver le rôle des origines. L'institution est au cœur de l'ordre ju-

ridique ; l'organisation juridique est un ensemble d'institutions et s'y atteste comme réalité purement institutionnelle, dans le sens que nous avons précisé quelques lignes plus haut.

Ils servent également pour des acquisitions et des enrichissements de notre conscience actuelle : l'institution, contrairement à la norme qui est naturellement abstraite²² et qui attend le moment suivant et extérieur à elle de l'application pour devenir concrète, baigne dans la vie sociale et est elle-même expérience ; l'institution, justement du fait qu'elle est un tissu supra-individuel, compose le dualisme qui sépare la dimension subjective et la dimension objective, et, dans tous les cas, elle dépasse ce subjectivisme exaspéré inhérent à toute vision potestative et impérative. L'institution, en vertu du fait qu'elle est liée à la stabilisation et à l'organisation spontanées de la société, a une précieuse vocation *pluraliste*, contrairement à une vision légale et legaliste du droit qui, intimement liée à l'État et à la souveraineté, est porteuse aujourd'hui d'un monisme juridique insupportable.

11. *Le droit comme « ordre juridique » et sa vocation pluraliste*

L'itinéraire que nous avons suivi jusqu'à présent acquiert une marque décidément libératoire : une fois la société, et non sa cristallisation qui est l'État, désignée comme point de référence du droit, la conséquence la plus marquante est sa réappropriation du pluralisme de la première et sa rupture avec le monisme du second.

Nous venons de le dire : l'État, comme entité tendanciellement totalisante, se réalise dans la plus rigoureuse *compacité*, qualité dont il se pare (dont il veut à tout prix se parer) grâce à l'outil unilatéral de l'intolérance. L'État, enfermé dans son insularité, dialogue seulement avec l'extérieur et uniquement avec d'autres entités étatiques semblables ; à l'intérieur de lui-même, il se contente tout simplement de dicter les conditions en vertu desquelles une règle quitte le limbe confus des règles purement sociales pour devenir juridique ; l'inobservance des conditions a un contrecoup impitoyable : l'illicéité et, si tout va bien, si l'État

²² Parce qu'elle échoit d'en haut sur la société et se déverse sur une foule anonyme de destinataires, porteuse d'un commandement autoritaire et faisant abstraction de situations et de volontés particulières.

considère que son ordre public n'est pas exagérément troublé, la non relevance.

L'expérience juridique doit se conformer aux modèles d'action fixés par la volonté souveraine ; elle devra se développer dans une dimension obséquieusement légalitaire, toujours *secundum legem*. Et afin que le contrôle soit parfait, la loi devra être générale et rigide mais aussi claire et certaine ; et elle sera écrite, écrite dans un texte où chaque citoyen pourra la lire ; et on pourra décréter (comme on le décrète) que nul n'est censé ignorer la loi. En fin de compte, l'étatisme moderne se traduit pour le droit et pour les juristes dans un monisme pesant et perpétue pendant toute la modernité – même après la fin de l'absolutisme politique – un absolutisme juridique qui vit béatement aux côtés du libéralisme économique.

Tout ceci transparaisait dans de nombreuses allusions précédentes, mais il fallait le répéter ici, afin que le pluralisme résultant de l'identification du droit avec un ordonnancement s'en trouve valorisé. L'ordonnancement ayant comme point de référence la société, toute l'ampleur et toute la complexité de cette dernière s'y refléteront. Surtout la complexité, qui se détache face à la compacité de l'État ; mais également l'ampleur : la société – la société italienne par exemple – est une réalité bien plus vaste que l'État italien, et elle refuse cette coïncidence parfaite à laquelle l'État prétendrait quand même.

Un univers social, politique, juridique sans État, comme celui qui a existé pendant toute la durée du Moyen Âge²³ et qui, en partie, a perduré durant la première période de l'absolutisme politique moderne jusqu'à la fin de l'ancien régime (en France, jusqu'à la Révolution de 1789), est le monde historique dans lequel une pluralité de systèmes juridiques était simultanément en vigueur sur un même territoire. On peut cependant observer le même phénomène dans le pan-étatisme moderne d'hier et dans l'étatisme modéré d'aujourd'hui, pour la raison toute simple que l'État, même la machine étatique la plus parfaite, n'est plus en mesure d'étouffer une dynamique liée aux racines les plus profondes de la société et devenue coutume.

Revenons un moment sur la complexité : elle signifie diversité, elle signifie qu'à l'intérieur de la globalité il existe une quan-

²³ Des explications seront fournies plus avant (II, § 3).

tité d'infimes structures aux multiples facettes selon les différentes projections des diverses communautés vivantes et actives, depuis les communautés politiques jusqu'aux communautés économiques, en passant par celles qui valorisent des comportements propres à des classes, à des professions, à des jeux, profondément enracinés et acceptés dans des couches sociales très précises. Ceux qui participent de ces communautés (le gentilhomme, le sportif, le parieur, l'homme d'affaires, et ainsi de suite) se trouvent dépendre non seulement de l'ordre de l'État mais aussi de l'ordre privé de leurs domaines respectifs, avec une dimension juridique double, parfois même multiple, que l'ordre de l'État à lui seul ne peut satisfaire.

Sans vouloir dresser un inventaire inutile mais uniquement dans le but d'apporter de l'eau à notre moulin, nous fixerons ici quelques exemples significatifs de cette pluralité d'ordres juridiques en vigueur sur un même territoire : durant les deux mille ans de son histoire, une confession religieuse comme l'Église romaine a toujours prétendu non seulement produire des règles juridiques pour ses fidèles mais, qui plus est, construire un ordre juridique tout à fait original, le droit canonique, exigeant de la part des États qu'il soit respecté et même reconnu, comme cela s'est produit en Italie, où, dans l'art. 7 de la Constitution républicaine de 1947, sont décrétées l'« indépendance » et la « souveraineté » de l'État et de l'Église, « chacun dans l'ordre qui lui est propre » ; la communauté internationale est un grand système juridique à projection universelle dépendant d'organisations internationales qui énoncent des principes et produisent des normes ; la communauté des gentilshommes a produit, il n'y a pas si longtemps que cela, un système juridique chevaleresque générateur de règles inflexibles pour ses adeptes, car basé sur un sentiment de l'honneur particulièrement fort, avec des coutumes, des comportements, des institutions, des cours judiciaires, des codes particuliers (dans certains cas, condamnés et poursuivis par l'État, comme le duel)²⁴ ;

²⁴ Parallèlement à de nombreux jurys privés, une Cour permanente d'honneur fut instaurée à Florence en 1888 ; elle sera par la suite présidée par Jacopo Gelli, rédacteur à la fin du XIX^e siècle d'un *Codice cavalleresco italiano con il commento e note di giurisprudenza cavalleresca*, le fameux 'Codice Gelli', remarquable synthèse de règles observées avec rigueur par la communauté des gentilshommes, et qui a eu la bonne fortune d'être édité à de nombreuses reprises (je me réfère ici à la 15^{ème} édition : Milano, Hoepli, 1926).

toujours à propos du droit des particuliers, on a évoqué également l'existence d'une communauté de parieurs, ou de sportifs, génératrices de règles qui, volontairement, se situent au-delà de l'État, du moment qu'elles imposent des valeurs que l'État ne reconnaît pas et sur lesquelles elles cimentent un tissu de normes techniques à la typicité tout à fait exclusive.

Les exemples, surtout dans le domaine du droit privé, c'est-à-dire du droit que les particuliers produisent pour garantir des intérêts et des valeurs que l'appareil de l'État ne protège pas suffisamment, pourraient se multiplier²⁵. À ce stade d'initiation juridique, il suffit d'avoir pris conscience que, au sein de la vaste société, si l'énorme appareil étatique semble être avec ses lois le seul à produire du droit, il existe des communautés qui s'auto-réglementent au nom de valeurs précises, qui ont des règles, même des Codes, et même des cours de justice qui émettent des sentences rigoureusement observées.

Ce qui compte, c'est de ne pas les examiner ni de les évaluer dans leur vitalité juridique du point de vue de l'État, car nous en ferions de curieuses antiquailles dignes d'ironie et de mépris, et, pourquoi pas, des conglomérats à ignorer car insignifiants ou à refuser et à taxer d'illicites. Avec une évaluation unilatérale, c'est-à-dire étatique, de leur insignifiance et de leur illicéité. Il faut les considérer d'un point de vue pluraliste, depuis l'intérieur de leurs frontières, ainsi ressortira leur caractère d'ordre juridique authentique. Et l'univers juridique, même dominé par l'ombre encombrante de l'État, se révélera dans tout son particularisme.

Afin de tranquilliser le néophyte quant au fait que je ne suis pas en train de me livrer à des exercices de doctrine étrangers à la vie concrète, je me sens en devoir d'ajouter que la ligne historique que nous vivons actuellement court dans la direction d'un pluralisme de plus en plus accentué.

Il ne fait aucun doute que l'État aujourd'hui est en crise, comme est en crise l'ancien légalisme ; il ne fait aucun doute non plus que les sources du droit, de la production juridique, consti-

²⁵ La lecture de ce classique de la pensée juridique italienne qu'est le livre de W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, déjà mentionné à la note 8, est particulièrement instructive. Plus récemment, Salvatore ROMANO s'est penché à son tour sur le rapport État-particuliers d'un point de vue multi-ordonnancement dans *Ordinamenti giuridici privati* (1955), maintenant in ID., *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1980.

tuent un terrain d'élection. Et, à cause de l'impuissance et de l'inefficacité des États, nous assistons à la formation et au développement de droits parallèles au droit officiel de l'État, avec l'invention de nouveaux instituts juridiques plus aptes à régler la nouvelle économie et les nouvelles techniques. Autant de canaux d'impulsion privée qui ont vie autonome, qui fixent leurs propres règles, qui dépendent d'une justice privée.

C'est ce que l'on appelle la globalisation juridique²⁶, un phénomène à considérer attentivement dans ses retombées positives et négatives, car il est en train de s'amplifier et il ira s'amplifiant encore dans un avenir proche ; une globalisation qui, vue à travers la clé de lecture de ces pages, nous apparaît comme un ordre juridique privé extrêmement dynamique.

On a donc à faire aujourd'hui plus qu'hier avec un univers juridique traversé de tensions pluralistes et fragmenté en une multiplicité d'ordres juridiques, chacun desquels revendiquant son propre fondement et, par là même, sa propre autonomie.

²⁶ On y reviendra plus loin à la page 54.

II

La vie du droit

1. *Un bref tracé de notre itinéraire*

Si le droit est voué à ordonner l'histoire humaine, il est évident qu'il abrite une vocation bien précise qui le porte à s'incarner dans l'expérience historique, devenant une dimension inévitable de celle-ci. Et en tant que trame de l'expérience, le droit vit une vie bien à lui, parfaitement inséré dans le tissu social, économique, politique. Concevoir le droit comme un contrôle social, c'est-à-dire comme pouvoir et comme commandement, nous aurait rendus sensibles et attentifs uniquement au contenu du commandement et relativement indifférents à cette vie. La voie que nous avons choisie nous conduit par contre à déplacer l'attention sur celle-ci, conscients comme nous le sommes qu'il s'agit bien d'une trame expérientielle, continue mais se renouvelant constamment.

Le droit n'est jamais un nuage en suspension au-dessus d'un paysage historique. Il est lui-même paysage, ou, si nous préférons, une de ses composantes fondamentales et typiques. Et c'est pourquoi il devra tenir compte des *périodes* et des *espaces* les plus divers, c'est pourquoi il aura différentes *manifestations* selon les exigences des différents climats historiques dont il fait partie, manifestations qui doivent être *interprétées* et *appliquées* afin qu'elles deviennent un tissu historique concret.

Genèse, manifestation, interprétation, application : tout cela est du droit entendu comme réalité incarnée dans l'histoire ; la genèse et l'application – les deux moments extrêmes du processus juridique – sont des moments non fractionnables d'un processus rigoureusement unitaire.

C'est là une vérité élémentaire, que le lecteur néophyte (débordant d'un sapide bon sens) pourra juger pléonastique en raison de son évidence. Cette fois, l'auteur de ce petit livre l'écrit,

plus que pour le candide néophyte encore à l'abri des pré-jugés, pour ses collègues juristes, probablement pour les plus doctes qui trop souvent sont pétris de pré-jugés. En effet, un des torts du spécialiste moderne de droit est d'avoir souvent oublié que l'application d'une loi est une création juridique tout autant que sa promulgation. Mais nous reviendrons bientôt sur ce point afin d'y voir plus clair.

Notre itinéraire, voué à esquisser les traits principaux (quoique sommaires) de la *vie* du droit, suivra ce parcours : après avoir fixé les phases historiques essentielles du droit, avec une mise au point qui nous sera utile pour poursuivre en toute connaissance de cause notre analyse du présent (n'oublions jamais que le droit est peut-être la façon la plus fidèle qu'une société a de vivre sa propre histoire), après avoir considéré son déploiement dans différents espaces, hier, aujourd'hui, demain, on essaiera de cerner les manières et les outils grâce auxquels le droit se transforme en tissu historique, en faisant trésor d'une analyse comparative – tant verticale qu'horizontale – la seule capable de nous rendre l'identité de ce point minuscule sur cette longue ligne qu'est le droit présentement en vigueur.

C'est en effet uniquement grâce à la comparaison spatio-temporelle, en ouvrant notre perspective et en respirant plus largement que nous arriverons aux trois résultats auxquels aspire ce petit livre autant que notre néophyte : la compréhension du présent, la perception du sens de la ligne sur laquelle se situe le présent qui n'en constitue qu'un point, la capacité de lancer la construction du futur.

2. *Les étapes historiques du droit. L'antiquité : le « droit romain »*

Le néophyte, qui a lu attentivement les pages précédentes, sait désormais, pour avoir acquis cette connaissance de base, que le droit existe depuis que le monde est monde. Les travaux des ethnologues, et en particulier des spécialistes de l'ethnologie juridique, ont révélé les coutumes juridiques les plus variées, les plus primitives, les plus embryonnaires, parfois même relatives à de micro-organisations sociales de nature tribale.

Il ne fait aucun doute que cela aussi relève du droit car il s'agit, quoiqu'il en soit, d'ordres observés. Mais on se hâtera

d'ajouter que la discipline organisationnelle ayant sa source dans l'usage et demeurant dans une dimension coutumière surtout orale avec une projection spatiale extrêmement limitée, ces manifestations juridiques, même si elles se sont perpétuées dans la longue durée, même si elles nous sont parvenues intactes, n'ont en aucune manière laissé d'empreinte dans le sillon de l'histoire.

L'antiquité nous réserve par contre des manifestations juridiques de civilisations culturellement raffinées et certains courants d'études récents n'ont pas manqué de parler de 'droits de l'Orient méditerranéen' et de 'droit grec', proposant à notre attention de modernes un corpus de normes, de pratiques, d'institutions caractérisé par un certain niveau d'organisation. On est en présence de civilisations juridiques éclipsées toutefois par cette expérience millénaire que nous désignons ordinairement par le syntagme 'droit romain', sommaire mais efficace et ponctuel. Sommaire parce qu'il ne rend pas compte, du V^e siècle av. J.-C. au VI^e siècle ap. J.-C., d'un développement complexe et très varié ; mais efficace et ponctuel car il attribue au monde romain le privilège d'avoir bâti une des civilisations juridiques les plus significatives de l'histoire occidentale de tous les temps¹.

Si en Occident on doit à la culture grecque d'avoir donné à l'homme, surtout avec Platon et Aristote, une conscience philosophique et d'avoir su, surtout avec Euclide, interpréter le monde en termes mathématiques, on doit à l'expérience culturelle romaine d'avoir lu le monde socio-économique et politique en termes juridiques. Si, comme nous y avons fait allusion, dans l'Orient méditerranéen et en Grèce on commença à traduire les faits sociaux dans des expressions juridiques d'institutions et de normes, c'est seulement à Rome que l'ensemble de ces expressions devint une grammaire achevée dans laquelle et au moyen de laquelle ordonner et stabiliser l'instabilité des faits sociaux et économiques.

C'est alors qu'un personnage culturellement et professionnel-

¹ Pour une synthèse claire et documentée sur le droit romain tout au long de son évolution historique au sein de la civilisation romaine millénaire et complexe, on pourra consulter avec profit *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, Einaudi, 2003, en particulier l'introduction de ce dernier. Cet ouvrage est consacré au droit privé romain mais, comme on le dira plus avant, l'activité scientifique des juristes romains concerna essentiellement le droit privé.

lement nouveau fit son apparition sur la scène de l'histoire, le grammairien du droit justement, le juriste. Des générations de juristes romains, dans une incessante et progressive œuvre pluriséculaire d'affinement et d'approfondissement, et œuvre plurielle de plus en plus, élaborèrent des techniques de lecture et un style d'analyse qu'il fut aisé de consolider sous forme de concepts et de catégories, c'est-à-dire sous forme d'outils au caractère éminemment logique, forgés au contact de la grande source des philosophes et des mathématiciens grecs, qui servaient admirablement à dominer le particularisme factuel.

Tout cela constitua une méthode autonome d'approche de la dimension socio-économique et sur ses fondements méthodologiques de plus en plus solides une science autonome de plus en plus solide se profila. La réalité socio-économique était désormais pensée selon une vision nouvelle, la vision juridique. À côté de la pensée philosophique et de la pensée mathématique, on pouvait enfin parler aussi à juste titre d'une authentique pensée juridique.

De ce qui précède, il est loisible de déduire le premier trait caractérisant de l'expérience juridique romaine : même si des législateurs et des magistrats y apportèrent une contribution appréciable, elle est surtout l'œuvre féconde d'une multitude de juristes qui, de la fin du II^e siècle av. J.-C. aux premières décennies du III^e siècle ap. J.-C., donnèrent vie à une activité scientifique de très haut niveau. Ainsi, le droit romain est-il surtout l'œuvre de savants ; des savants cependant d'un genre très particulier car appelés à la fois à inventer, puis à réfléchir et à définir, avant de poursuivre encore au-delà avec une autre construction qui devait suivre harmonieusement la gigantesque transformation de la ville-État du Latium en Empire quasiment universel.

Le droit romain est donc un droit scientifique : de savants qui n'étaient pas enclins à élaborer une théorie pure coupée de l'histoire, mais parfaitement impliqués dans le pouvoir et dans son exercice, auquel ils étaient désireux d'offrir ce précieux appareil de soutien qu'est le droit depuis toujours. Mais des hommes de science, cela oui, à n'en pas douter.

À quoi s'ajoutera cette autre précision éclairante : que, travaillant au sein d'une grande structure politique unitaire, d'une structure qu'il leur était facile d'imaginer avec orgueil comme éternelle, ils ne dédaignèrent pas la construction systématique. Le

système, structure organiquement unitaire supportée par une ossature logique cohérente, traduisait bien sur le plan juridique la stabilité et la perpétuité de la domination politique romaine.

Il en résulta une double physionomie et aussi un double modèle pour les civilisations suivantes.

La première découlait du fait qu'il s'était proposé en tant qu'analyse scientifique : terminologie, formulaires, concepts, tout cela incarnait dans l'analyse des juristes romains un modèle d'une extraordinaire rigueur de même que, malgré le caractère authentiquement empirique des origines, les lignes d'une construction systématique tellement solide qu'elle devait aussi servir d'exemple sous des climats historiques très différenciés. La rigueur argumentative, la perfection formelle, l'élégance systématique qui atteindront leur apogée au cours des trois cents ans – les années 'classiques' – indiqués plus haut, seront à l'époque moderne tellement admirées et imitées qu'elles subiront une exaspération accentuée. Et le droit romain, en particulier le droit 'classique', deviendra le fondement d'une géométrie rigidifiante.

La seconde physionomie (et le second modèle) se basait sur le fait que les juristes romains, loin d'avoir été étrangers à leur époque, avaient été au contraire bien insérés et intégrés dans le tissu politique romain et dans sa classe dirigeante. Leurs architectures, leurs catégories formalisaient une civilisation qui valorisait au plus haut degré la dimension de l'avoir, fondée sur le patrimoine et donc sur l'appartenance, caractérisée par un fort individualisme économique. Leur savoir est en effet essentiellement lié au droit civil, conçu pour établir un ordre rigoureux dans le domaine de la propriété et des droits réels, des contrats et des obligations, des testaments, des legs, des successions légitimes. Le caractère abstrait de leurs catégories et de leurs inventions formelles, enchâssé dans un tel contexte patrimonial, privilégiait surtout les riches et les propriétaires. C'est en tant que tels qu'ils formeront plus tard au cours de l'âge bourgeois, c'est-à-dire celui de la domination économique puis également politique de la classe bourgeoise montante (XVI^e-XIX^e siècles), un précieux support technico-juridique, avec un renouveau du message romain classique malgré la distance temporelle sidérale de plus d'un millénaire. Et ce n'est pas sans raison que les juristes engagés sur le front social verront dans le droit romain un outil de conservatisme social.

Après cela, le lecteur peut se rendre compte à quel point l'im-

portance historique de l'expérience juridique romaine est considérable : une science juridique y est forgée pour la première fois, et, muni de tous les outils appropriés, le juriste y fait son apparition ; en tant que grammaire achevée d'une civilisation de l'avoir, le droit romain jouera un rôle exemplaire bien au-delà des limites historiques de la vie et de l'expansion de la civilisation romaine, d'une manière assez limitée au Moyen Âge pour des motifs que nous allons exposer, avec beaucoup plus de force à l'époque moderne.

3. *Les étapes historiques du droit. Le Moyen Âge : le « droit commun »*

L'attitude polémique virulente de l'individualisme et du sécularisme modernes à l'égard du corporativisme et de l'intégralisme religieux du Moyen Âge a contribué pour beaucoup à la fortune spectaculaire du droit romain à l'époque moderne. Le droit médiéval a suivi en effet la destinée de la civilisation dont il était l'expression fidèle : une fois cette dernière démantelée dans la conscience commune, il resta à son tour enseveli sous ses ruines, ignoré quoique non méprisé. Pour qu'on recommence à en parler et à y prêter attention, il fallait que l'idéologie bourgeoise destructrice dévoile son unilatéralité à des yeux moins aveuglés et que l'on commence à douter de réquisitoires historiques aussi discutables que non démontrés ; c'est ce qui se passera au cours du XX^e siècle.

Et ce mouvement a permis du même coup de se libérer de verres déformants et d'enrichir notre conscience historique et juridique, trop ankylosée par la vision tronquée qui se contentait de souligner la continuité entre l'antiquité classique et la modernité, refoulant presque mille années d'expérience juridique réduits et ravalés au rang de *media aetas*, âge du milieu, âge de transition et donc indigne d'une profonde attention.

Ce fut un mouvement de libération et d'enrichissement, car il permit aux juristes du siècle dernier de comprendre à quel point, au moment même où les certitudes dogmatiques de l'époque bourgeoise vacillaient sous l'effet de leur inadéquation, ce droit médiéval possédait un lexique plus familier et était porteur d'un message plein de sollicitations pour tous ceux qui voulaient bâtir un édifice juridique nouveau.

Mais quel fut son signe particulier ? Et pourquoi des hommes de culture, sclérosés par les mythologies juridiques de l'époque bourgeoise, se sentirent-ils interpellés ? Nous allons essayer de nous acquitter de cette tâche malaisée le plus simplement possible².

Le droit médiéval prend sa source, se forme et se distingue au sein de deux vides et grâce à deux vides : le vide étatique dû à l'effondrement de l'édifice politique romain et celui de la culture juridique raffinée étroitement liée aux structures de cet édifice. Ce qui, à première vue, pourrait sembler une régression ou, en tout cas, une circonstance négative, à savoir deux vides partiellement remplis, constitue bien au contraire la niche historique idéale pour le développement d'une expérience juridique profondément nouvelle et profondément originale.

À l'époque qui surgissait des vieilles ruines, l'absence d'un sujet politique encombrant et despotique, l'absence de l'État, enlève au droit son lien avec le pouvoir et sa fonction de contrôle social, le rend libre de se rapprocher à nouveau des faits primordiaux – naturels, sociaux, économiques –, d'essayer de les ordonner tout en respectant scrupuleusement leur nature. Le nouveau droit est dans une très faible mesure dessiné par des législateurs – rares, prudents, désorganisés –, mais bien davantage par une mise en ordre spontanée de l'expérience quotidienne, particulièrement variable en fonction des périodes et des lieux ainsi que de la variété des besoins, qui trouve dans la prolifération des coutumes sa manifestation et sa consolidation les plus vitales.

L'interprète de ce dense tissu coutumier n'est pas le savant théoricien, absent dans une civilisation que l'on peut qualifier de primitive³, mais celui qui a en charge l'application pratique, le juge mais bien davantage le notaire, pourvu d'une technique juridique pauvre mais doté de sensibilité et surtout disposé à 'inventer' des formes juridiques grossières mais efficaces correspondant aux besoins.

² Pour un approfondissement, nous renvoyons à notre synthèse : P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2002⁹.

³ 'Primitive', dans le sens que les anthropologues et les ethnologues donnent à ce mot, à savoir une civilisation dans laquelle le rapport entre l'homme et le cosmos est disproportionné et les sujets se fondent avec la nature au point d'en être totalement conditionnés. Ce sont les faits, même phénoméniques, qui sont les protagonistes, et c'est pour cette raison que, plus loin dans le texte, il sera question d'expérience juridique factuelle.

En l'absence d'un contrôle central fort le droit s'est particularisé en devenant la voix fidèle d'une société excessivement fragmentée en une pluralité de communautés (familles, agrégats suprafamiliaux, corporations religieuses, corporations professionnelles et autres) qui – dans le désordre général – protégeaient l'individu, lui permettaient de survivre et faisaient office de structures portantes de tout le système social, politique et économique. Le premier Moyen Âge apparaît, à travers le regard de l'historien du droit, comme une expérience juridique factuelle parce que reposant sur des faits primordiaux, tirant sa vie du bas, coutumière, pluraliste (c'est-à-dire s'abreuvant à des sources plurielles productrices de droit sur un même territoire et donnant lieu sur ce même territoire à une multitude d'ordres vivants).

Les lignes essentielles de ce paysage juridique ne changent pas lorsque, au cours du second Moyen Âge, c'est-à-dire à partir de la fin du XI^e siècle, dans la renaissance générale de la dimension culturelle quoique dans la permanence d'une absence étatique, l'interprétation du tissu coutumier passe entre les mains d'hommes de science qui enseignent dans les Universités naissantes.

La société européenne, d'agraire et statique qu'elle était, se transforme peu à peu en un réseau dynamique fait d'étroites relations commerciales et doté d'une structure complexe en mouvement, impropre à être régie par des faits coutumiers particuliers. On avait besoin désormais de catégories générales capables d'ordonner cette complexité nouvelle ; si le législateur (qui demeure encore relativement marginal) n'était pas en mesure de les offrir avec ses normes générales, cela devenait (comme en effet cela devint) du ressort de la toute jeune mais vigoureuse science juridique (surtout universitaire).

Celle-ci, loin de mépriser le vieux matériel coutumier des siècles précédents, s'en fit porteuse, établissant l'autorité de son œuvre sur l'utilisation des anciennes sources romaines auxquelles elle ajoutait des principes et des règles que l'Église romaine avait élaboré depuis des siècles et que, justement au cours de ces siècles, l'Église elle-même s'occupait de définir et de consolider. La science juridique d'un Moyen Âge mature recouvrit d'un tissu interprétatif hardi une floraison éparse de coutumes qui ne trouvait pas ses limites dans les mille espaces politiques dont l'Europe était composée : coutumes et statuts locaux continuaient à exister parallèlement à un droit scientifique universel qui servait à interpréter et à compléter l'insuffisance des droits particuliers.

Le pluralisme juridique de l'époque médiévale, pluralisme rendu effectif par l'absence de sujets politiques étatiques encombrants, permit et facilita la coexistence de ces deux niveaux, le niveau inférieur de ce que l'on appelait les *iura propria* – les droits des autonomies locales – et le niveau supérieur du *ius commune*. Ce dernier était commun à un double titre, d'une part parce que sa projection géographique étant commune à toutes les terres civilisées, il réalisait ainsi une sorte d'unité juridique européenne, d'autre part parce qu'il accomplissait l'assimilation des savoirs juridiques romain et canonique.

Pour une compréhension parfaite du point de vue historique, la précision qui va suivre est très intéressante : il s'est agi d'un droit scientifique, construit par une science juridique qui s'était sentie responsable d'une gigantesque mission de construction⁴ ; il s'est agi d'une science qui n'était légitimée par aucun appareil politique solide et qui, de ce fait, ne pouvait asseoir son autorité (ni s'appuyer sur une observance certaine) ; il s'est agi d'une science qui, dans sa solitude, s'en remettant au droit romain et au droit canonique, et s'appuyant sur ces derniers, voulut se qualifier comme 'interprétation', comme une pléiade d'interprètes' des sources romaines et canoniques ; mais si formellement il s'est agi d'une interprétation, formellement respectueuse de ses sources, dans sa substance il s'est agi de l'œuvre créatrice de savants qui, attentifs et conscients de leur rôle actif, surent être des intermédiaires entre des textes qui faisaient autorité et les besoins de la société dans laquelle ils vivaient, n'hésitant pas à assouplir la rigidité des textes face aux besoins émergents et construisant de fait un droit nouveau.

Ils disposèrent d'un instrument efficace qui fut une vision équitative du droit, c'est-à-dire une vision centrée sur l'équité, dont nous pouvons donner au lecteur néophyte l'image suivante : une conscience de la mobilité de l'ordre juridique face à l'immobilité d'un texte normatif faisant autorité (par exemple, le texte ancien du droit romain) et donc, par là même, une conscience précise de l'effervescence des faits sociaux au-delà des formes juridiques, un besoin de vérifier ce texte dans l'incandescence de

⁴ Nous nous bornerons à rappeler les juristes les plus universellement connus et détenteurs d'une autorité scientifique qui dépassa largement les frontières de leur époque : au XIII^e siècle le florentin Accursio, au XIV^e siècle Bartolo, originaire des Marches, et son disciple Baldo degli Ubaldi, de Pérouse.

la vie, une disposition à sacrifier la rigidité des formes afin que le droit soit un système adéquat et non une coercition.

Le droit du Moyen Âge mature (XI^e-XV^e siècles) nous apparaît comme une construction scientifique mais avec des traits différents de cette œuvre de savants que fut, comme nous le savons, le droit romain. En effet, l'intégration de ce dernier dans un appareil de pouvoir qui devenait de plus en plus puissant jusqu'à se transformer en réalité politique authentiquement étatique, donna aux savants la certitude de pouvoir fixer leurs conclusions, de pouvoir proposer une structure formelle rigoureuse et même rigide. Une telle certitude manqua à la science médiévale ; c'est pourquoi elle fut une construction théorique tout en restant analytique, toujours aux prises avec le renouveau continu des faits et des besoins, où sans aucun doute il y eut une systémation mais selon la vision réaliste d'un ordre juridique en perpétuel ajustement.

Nous concluons en répondant à la question préliminaire que nous nous sommes posée quant au trait essentiel de cette expérience juridique. Il se manifeste dans toute sa plénitude comme un 'droit commun', comme un droit qui est l'œuvre de savants et, seulement en seconde instance, de juges, qui concerne – quoiqu'il en soit – les juristes et non les politiciens, et qui doit être réservée à ceux qui sont capables de manipuler avec discernement un patrimoine spécifique de catégories et de techniques et, par suite, de lire le monde social *sub specie iuris*.

Le droit commun est l'œuvre pluriséculaire d'une classe de juristes laborieuse et sensible qui, loin de dessiner des géométries d'une grande pureté, ordonne plastiquement la réalité médiévale et post-médiévale, ne supporte pas les frontières nationales et, n'émanant pas d'une autorité souveraine, se conjugue pluralistiquement avec des statuts et des coutumes locales, ou avec les disciplines spéciales créées par l'Église, par les feudataires et par les marchands.

Avec, à la base, un défaut que la progression du courant de l'histoire met en relief : l'incertitude de la discipline juridique, dramatique lorsque, après le XV^e siècle, la stratification des opinions doctrinales devient énorme. La crise du droit commun – qui se poursuit péniblement jusqu'au XVIII^e siècle dans de nombreuses parties de l'Europe continentale – est principalement une crise de certitude juridique ; ce qui sera dénoncé avec fermeté ; et avec tout autant de fermeté une nouvelle façon de concevoir le droit et de le réaliser sera invoquée.

4. *Les étapes historiques du droit. L'époque moderne : l'écart historique entre « civil law » et « common law »*

Le trait spécifique de la modernité juridique est tout autre et résulte de la présence nouvelle de plus en plus massive sur la scène historique d'un sujet politique à vocation totalisante : l'État ; ce sujet, dont l'absence avait permis à l'expérience juridique médiévale de s'organiser et de se consolider sans contraintes, en trouvant ses racines d'abord dans une pratique coutumière, ensuite dans une grande science juridique capable d'intercepter les besoins sociaux à l'échelle universelle.

À partir du XIV^e siècle, un siècle encore marqué par de profondes traces de continuité avec le passé mais parcouru de ferments résolument novateurs et des germes certains des progrès à venir, la trajectoire historique n'est autre qu'un jaillissement et un avènement d'entités politiques influençant cette trajectoire en vertu de la nouveauté absolue de leur projet : elles entendent rompre, rompre définitivement, avec un tissu politique universel ; elles entendent dominer et contrôler dans leur domaine, chacune dans son propre domaine, toutes les manifestations sociales.

Le droit aussi. Et l'histoire juridique en sort pratiquement bouleversée, dans un mouvement qui n'est certainement pas imprévu (car l'histoire ne connaît pas l'improvisation), qui est lent mais certainement constant et progressif. Avec une transformation radicale de l'identité du Prince, c'est-à-dire d'un sujet désormais détenteur d'un pouvoir absolu, la souveraineté : contrairement au Prince médiéval qui s'identifiait surtout avec des fonctions hautement judiciaires, se proposant comme le justicier suprême de son peuple, et qui produisait peu de lois, confiant à d'autres sources (pratique et science) l'ordonnancement juridique de la société, le Prince moderne devine la valeur fondatrice que le droit peut apporter à la dimension politique ; il est donc prêt à le contrôler, il insère la production juridique au nombre de ses outils de pouvoir et en fait l'objet premier de son activité de souverain.

Le Prince devient de plus en plus législateur ; et, par voie de conséquence, le droit devient de plus en plus législatif. Ce processus est illustré clairement par le laboratoire historique précurseur que le royaume de France représente pour nous : du XIV^e siècle aux premières années du XIX^e siècle, c'est-à-dire jusqu'à la Révolution et à la grande entreprise de codification na-

poléonienne, on assiste à une continuelle érosion des vieilles sources traditionnelles et, simultanément, à une production législative de la part du Roi, en perpétuelle extension et de plus en plus envahissante jusque dans des domaines réservés depuis toujours à l'immémoriale discipline coutumière.

Les conséquences, graves et multiples, ne tardent pas à se faire sentir. Le droit s'étatise mais, naturellement, il se particularise en se projetant dans l'aire géographiquement limitée de chaque État, et l'Europe continentale ressemble de plus en plus à un archipel composé d'autant d'îles qu'il y a d'États, des îles politiques mais désormais aussi juridiques. À l'intérieur de chacune de ces îles, comme le Prince veut être le contrôleur du phénomène juridique, celui-ci perd de plus en plus ses vieilles caractéristiques pluralistes pour devenir une réalité monolithique à l'ombre du Souverain ; du pluralisme, de la co-présence et de la co-application de systèmes différents sur un même territoire, on évolue rapidement vers un monisme évident.

Un outil impitoyable servant à ce contrôle va faire très rapidement son apparition : la primauté de la loi face à toute autre manifestation juridique, créant de la sorte une hiérarchie qui place toutes les autres sources à des niveaux inférieurs, les privant de leur autonomie et de leur vitalité. Avec la circonstance aggravante que tout ce processus jouit d'une mythisation raffinée en se fondant sur des croyances absolues et indiscutables : si avant la Révolution, le Prince législateur fut habilement présenté comme l'interprète serein et détaché du bonheur public, le seul à l'abri des passions, capable de lire la nature des choses et donc l'unique apte à produire du droit, avec la Révolution on alla jusqu'à envelopper le contrôle et la hiérarchie d'un halo démocratique grâce à l'identification axiomatique (ou, si l'on préfère, grâce à la fiction suprême) de la loi à l'expression de la volonté générale⁵.

Le résultat le plus négatif fut un fusionnement étroit entre le pouvoir politique et le droit, même pour le droit privé qui était longtemps demeuré (bien que de moins en moins) le droit des particuliers. Le droit se ressentit des unilatéralités qui caractérisent toujours le pouvoir politique ; et ce dernier s'alliant de plus en plus avec la classe bourgeoise émergente, le droit aussi en re-

⁵ On pourra trouver des précisions supplémentaires in P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

cut une tonalité conséquentielle, jusqu'au moment où la bourgeoisie victorieuse avec la Révolution de 89 imposa une discipline juridique dans laquelle triomphaient, farouchement protégées, les prétendues valeurs bourgeoises.

À l'extrémité de ce cône historique, qui commence à se former au XIV^e siècle et s'achève à la fin du XVIII^e siècle, a lieu l'événement le plus significatif et le plus important de l'histoire juridique de l'Europe continentale, à savoir la codification du droit qui trouve en France, avec l'Empereur Napoléon I^{er}, sa première réalisation complète. Tout le droit, à commencer par le plus rétif, le droit civil, se trouva comprimé en plusieurs milliers d'articles structurés de manière organique et distribués dans un certain nombre de livres appelés 'Codes'. Ce fut là une œuvre grandiose et par certains côtés digne d'admiration ; mais ce fut aussi un acte suprême de présomption et, par la même occasion, la mise en œuvre d'un contrôle des plus perfectionnés.

Je dis présomption parce qu'on crut pouvoir immobiliser le droit – qui est, nous le savons, de l'histoire vivante – dans un texte imprimé tout en étant de remarquable facture. Contrôle des plus perfectionnés car le Code se proposait deux objectifs même s'il n'a pas réussi à les atteindre tout à fait : être la norme exclusive d'un État et se proposer comme la représentation totale de la dimension juridique d'un État. La civilisation moderne adulte, sur le continent européen, puis dans les colonies des nations continentales, crut intensément et sincèrement dans le Code et, au cours du XIX^e siècle, cette expression de la juridicité se multiplia en prenant comme modèle ce qu'avait fait la France.

Nous ne pouvons pas ajouter d'autres détails qui seraient nécessaires si ce petit livre était une histoire du droit⁶. Il nous suffit ici de souligner uniquement le trait essentiel qui distingue la modernité juridique : l'étaticité du droit ; la juridicité liée à l'étaticité, l'État comme unique sujet historique en mesure de rendre juridique une vague règle sociale ; le droit se manifeste uniquement à travers la voix de l'État, c'est-à-dire à travers la loi, laquelle – si elle n'est pas formellement la seule source – l'est en réalité du fait qu'elle se trouve au sommet d'une hiérarchie in-

⁶ S'il le désire, le lecteur pourra étancher sa soif d'en savoir plus grâce à un ouvrage complet réunissant les 'actes' d'un important colloque : *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, Giuffrè, 2002.

franchissable ; le vieux pluralisme juridique est effacé d'un seul coup et l'absolutisme juridique prend de plus en plus pied dans la civilisation du libéralisme économique à son apogée ; la science juridique et l'application des juges sont exclues du processus de création du droit, réduites à un rôle auxiliaire du législateur, tandis que leur interprétation – vieux moteur propulsif de l'expérience médiévale – est dépréciée et réduite au non-rôle d'exégèse, c'est-à-dire de répétition plate et servile de la volonté que le législateur a révélée et exprimée dans la loi.

Le principe de *légalité* au sens strict, c'est-à-dire de la corrépondance nécessaire entre toute manifestation juridique et la loi, est au cœur de la société et est brandi comme garantie suprême du citoyen contre les arbitres de l'administration publique et ceux des citoyens socialement et économiquement forts. Par contre, l'idée de l'arbitraire et de l'abus de la part du législateur, qui subit un processus d'idéalisation lassant et qui est proposé comme l'interprète et le réalisateur du bien commun grâce à son omniscience et à sa toute-puissance, demeure impensable.

Pour finir, nous formulerons deux remarques capitales, même si elles sont trop souvent tues et évitées.

Le bien public est en réalité le bien de quelques uns, du moment que l'État bourgeois – tellement persuasif et paternaliste dans les oléographies de la propagande officielle – est rigidement élitiste et représente l'instauration d'une pseudo-démocratie, à l'intérieur de laquelle, le 'Quatrième État', le peuple qui n'avait absolument pas fait la Révolution de 89, est encore dans l'attente d'un rôle à jouer⁷. Ce que prouve de toute évidence le pourcentage infime des ayant droits au vote, tandis que le refus d'un suffrage universel se prolonge en Italie jusqu'en 1912, dans l'indifférence générale la plus totale.

La conscience collective est manipulée par une propagande officielle très adroite qui exploite pleinement le mythe des luttes du Risorgimento pour conquérir l'unité politique de la péninsule et imposer l'idéalisation – tout à fait imméritée – des souverains de la maison de Savoie. Le pire c'est que les juristes eux-mêmes se retrouvent manipulés, donc victimes de l'absolutisme juridique bourgeois, dans ce sens qu'ils sont dépossédés de leur rôle de

⁷ P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000.

co-bâisseurs de l'ordre juridique, et que ces juristes acceptent leur non-rôle et se mettent, comme cela arrive parfois aux victimes, à apporter des justifications théoriques visant à prouver le bien-fondé de l'expropriation subie.

Mais le lecteur attentif n'aura pas manqué d'observer deux choses : que dans le titre de ce paragraphe figurent mystérieusement deux syntagmes anglais, *civil law / common law* et que, s'agissant du caractère spécifique de la modernité juridique, nous avons toujours limité notre exploration à l'Europe continentale et à ses colonies. L'explication est simple.

Le trait que nous venons de suivre et de décrire jusqu'ici n'est pas l'expression d'une évolution mondiale de la modernité juridique, ni même de toute l'Europe ; c'est au contraire un processus qui reflète fidèlement les États du continent européen dans lesquels les effets de la Révolution française ont eu une forte répercussion, où domine l'étatisme juridique et où, tôt ou tard, le droit a subi la réduction systématique tout autant que cristallisante de la codification.

Il s'agit de la *koïnè* d'États qu'on a coutume de regrouper sous le syntagme de *civil law*, forgé par les comparatistes et aujourd'hui universellement répandu et accepté sous sa forme anglaise, intraduisible car on ne comprendrait absolument rien si on le rendait par l'expression 'droit civil' qui est désormais porteuse d'une connotation technique et qu'un ennemi, comme je le suis, des anglicismes à tout prix et de l'affectation qui pousse tous ces provinciaux de la culture à parler et à penser dans un anglais jargonnesque, est contraint de subir et d'utiliser. Les grands États de l'Europe continentale avec l'immense appendice de leurs colonies, devenues au cours des XIX^e et XX^e siècles de nouveaux États indépendants, sont des pays de *civil law*. C'est à eux que s'applique le caractère étatique et légaliste évoqué dans ces pages.

Il en va tout autrement des expériences juridiques qui, grâce à l'autre syntagme anglais, de valeur technique équivalente et tout aussi intraduisible, sont regroupées sous l'appellation de *common law* qui fait pendant à celle de *civil law*. Avec *common law*, on se réfère cette fois à l'Angleterre et à ses colonies (y compris les États-Unis actuels). En simplifiant au maximum des événements historiquement complexes – n'oublions pas que ce petit livre est un livre d'initiation dont le seul but est d'offrir un éclaircissement préliminaire au lecteur novice – on peut dire que la grande

koïnè expérientielle connue comme *common law* est le fruit d'une histoire juridique anglaise qui a des traits bien différents et très caractérisés par rapport à l'histoire juridique continentale⁸.

D'un côté on s'acharne contre l'ancien régime et contre les empreintes médiévales de ses origines ; on veut bâtir un édifice juridique complètement neuf (ou soit-disant tel), en rompant avec le passé relégué au rang des antiquailles pendant qu'en Angleterre l'histoire juridique se déroule sans heurt à l'enseigne de la continuité et, surtout, le Moyen Âge persiste à y vivre en pleine époque moderne avec ses valeurs intactes et sa façon inimitable de saisir et d'exprimer la juridicité.

Avec une légère approximation sans pour autant s'éloigner de la vérité, on peut dire qu'au fond du *common law* bat un cœur médiéval. Car son trait le plus caractéristique est que le droit est une affaire de juristes et que leur classe ne peut que s'occuper de le fixer et de l'exprimer tout en garantissant son développement selon les besoins d'une société en devenir ; et cela est typiquement médiéval.

Deux précisions sont nécessaires cependant : le droit canonique – tellement méprisé sur le continent – avec sa valorisation de la dimension équitative, a un rôle non négligeable au sein de la continuité des valeurs médiévales, et cela en raison d'une présence massive d'ecclésiastiques dans de nombreux tribunaux jusqu'à la rupture d'Henri VIII avec la papauté, c'est-à-dire jusqu'aux années 30 du XVI^e siècle ; si le fait de confier à la classe des juristes la production du droit voit dans le Moyen Âge continental dominer la science juridique, la vision anglaise – plus concrète parce que dominée par un empirisme constant – débouche sur une primauté de l'applicateur du droit, du juge plongé dans la chair vive de l'expérience.

Et du point de vue des sources, les choix effectués en cohérence avec ces prémisses sont bien différents : le rôle de la loi est modeste en Grande-Bretagne où elle a trouvé sa place seulement à partir des premiers gouvernements travaillistes dès le début du second après-guerre avec l'instauration dans le pays d'un État social ; le droit n'a pas connu l'entrave de la codification, continuant à rester dans les mains d'une classe judi-

⁸ On trouvera une bonne synthèse dans U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 1996.

ciaire cultivée et sensible, tandis qu'en fixant le droit dans un texte imprimé, clair et sûr autant que possible mais contraignant et immobilisateur, toute la méfiance persiste. Ceci a lieu à tous les niveaux normatifs : non seulement le Royaume-Uni ne possède pas de Codes mais il n'a même pas de Constitution écrite.

5. *Les étapes historiques du droit. Au-delà de la modernité, jusqu'à la « globalisation juridique » actuelle*

À la différence de l'époque médiévale, qui s'étend sur presque un millénaire, l'époque moderne est beaucoup plus brève : quelques signes avant-coureurs se font sentir au XIV^e siècle (qui est cependant un siècle de transition), mais dès le XX^e siècle, son modèle d'interprétation de la réalité socio-juridique fond comme neige au soleil, dès le XX^e siècle elle se propose déjà à l'historien du droit comme un siècle de transition sillonné de profondes fissures.

Des fissures : ce terme est parfaitement adapté car c'est bien la compacité de l'État et celle de sa projection juridique qui se fissurent, qui subissent des infiltrations et donc se complexifient.

C'est la civilisation moderne qui s'est complexifiée : une civilisation de masses en action et donc une civilisation de luttes sociales, et donc encore une civilisation dans laquelle – outre et malgré les deux piliers de l'État et de l'individu – s'amplifient de nouvelles collectivités jusque là réprimées ou ignorées ; la civilisation agricole et marchande mais aussi industrielle et, par suite, des civilisations de machines et de techniques qui n'ont plus rien à voir avec les outils rudimentaires d'autrefois. L'ordre juridique bourgeois, qui s'avérait parfait pour réglementer une société bourgeoise ultra-élite, n'est pas en mesure de faire face à de telles nouveautés.

Le paysage socio-juridique, que les brillants juristes bourgeois avaient fixé dans les harmonies admirables du Code civil, ressemble désormais à un de ces décors de théâtre où sont peintes des oléographies artificielles et irréelles. Le XX^e siècle, du point de vue socio-juridique, est la prise de conscience de plus en plus forte du divorce qui est en train de se consommer entre ces décors et le pays réel.

Et ce décollement produit la crise, et la crise produit des fis-

tures dans une structure qui passe pour sublime, libérale, démocratique et que les fâcheuses séditions révèlent bien au contraire comme étant surtout violente et répressive. Et voilà que les décors de carton peint commencent à se déchirer et qu'à travers les déchirures les nombreux faits qui se cachaient derrière se déversent sur la scène. Le XX^e siècle juridique se situe au-delà de la modernité, précisément parce qu'il est la prise de conscience progressive de la complexité de l'univers juridique⁹.

Santi Romano, un juriste italien que nous avons déjà évoqué, a perçu cette complexité avec beaucoup de clairvoyance : en 1909, lors d'une cérémonie publique solennelle, il la dénonce en parlant de 'crise de l'État moderne' en raison de sa structuration et de sa fragmentation dues à des coagulations sociales de plus en plus rebelles¹⁰, et en 1917-1918 il va jusqu'à la théoriser en soutenant la pluralité des ordres juridiques, l'autonomie du droit par rapport à l'État, et sa mise en relation avec la globalité du social¹¹.

La simplicité (ou, pour mieux dire, le simplisme) du paysage bourgeois-libéral s'estompe, et l'État perd dans le droit son ombre parfaite et sa cuirasse de protection. Essayons de repérer sommairement, le long de sa courbe ascendante, les paliers de cette crise qui aujourd'hui nous frappe de plein fouet, en nous focalisant évidemment sur la dimension juridique qui nous intéresse au premier chef.

Si nous voulions tenter de réduire ce processus à une formule-guide concise, nous pourrions le résumer comme étant l'abdication de plus en plus évidente de l'État parlementaire législateur, la solitude de plus en plus légère du vieux sujet moniste sorti des projets de la Révolution française.

Il est, avant tout, la tentative d'affronter la complexité par la mise en œuvre d'une activité législative de plus en plus intense : les Codes, des lois générales où se reflétaient parfaitement la

⁹ On trouvera une synthèse du XX^e siècle juridique allant dans ce sens dans P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana 1860/1950. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 119 ss.

¹⁰ Dans son célèbre discours d'inauguration de l'année académique 1909/1910 à l'Université de Pise, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, maintenant dans SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.

¹¹ Dans son essai très connu *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 1946², déjà cité par nos soins au début du présent volume (notes 8 et 9).

conscience juridique bourgeoise la plus authentique, sont étayés mais aussi étouffés et pratiquement expropriés d'actes législatifs spéciaux requis par des besoins particuliers. Il s'agit là d'une activité normative gigantesque, qui veut s'adapter à la croissance socio-économique, qui est souvent dépassée par la rapidité du développement, qui révèle – pour ainsi dire – le roi nu, c'est-à-dire un État incapable d'ordonner cette croissance avec les seuls outils législatifs, et qui, dans le chaos de lois le plus souvent improvisées et mal faites, mortifie les valeurs formelles de la clarté et de la certitude que les Codes satisfaisaient, creusant un fossé d'incompréhension entre le pouvoir politique et les citoyens.

Un autre phénomène, typique du XX^e siècle, venait aggraver la crise de l'État producteur de droit : la prolifération et la superposition de plusieurs niveaux de légalité. Je m'explique : la légalité au XIX^e siècle n'avait qu'un seul et unique sens, à savoir le respect de la volonté parlementaire, du moment que le Parlement national était le seul organe détenant le pouvoir législatif. Au cours du XX^e siècle, le cadre se complique tant sur le plan intra-étatique que sur le plan trans-étatique : dans le premier cas, une nouvelle source, la Constitution, fait son apparition, dans le deuxième cas ce sont des normes résultant de structures communautaires internationales.

Comme nous le verrons un peu plus loin, la Constitution du XX^e siècle avancé n'est plus un ensemble de principes philosophiques et politiques mais un système organique normatif qui oblige les citoyens de même que les organes de l'État, en premier lieu le Parlement, un ensemble émanant du peuple constituant et qui fait siennes les valeurs circulant dans la société, immédiatement et directement ; la Constitution est en fin de compte l'image de la société qui s'auto-réglemente à partir de valeurs méta-juridiques et de l'État/apparat qui est appelé à se soumettre à elles. En d'autres termes, la Constitution réalise la supériorité de la société par rapport à l'État (tout au moins dans ses parties générales).

La seconde moitié du XX^e siècle a assisté à la multiplication d'organismes supranationaux, avec une situation absolument inédite du point de vue juridique, à savoir l'efficacité directe de certaines normes produites par ces organismes au sein des États membres sans aucun filtre réceptif de la part de ces derniers (c'est le cas en Europe de la Communauté Européenne, dont certains actes entrent directement en vigueur à l'intérieur du système ju-

ridique italien). Cela doit être considéré comme positif et vu comme une autre étape en direction d'un communautarisme transnational souhaitable ; cela ne fait aucun doute, comme il ne fait aucun doute que l'étatisme sourd et borné du passé subit là un profond démenti.

Mais il y a plus, surtout au cours des dernières années. Et cela concerne le phénomène de privatisation et de fragmentation des sources de production du droit dont l'aspect le plus évident réside dans la globalisation juridique aujourd'hui si controversée. Le monopole des sources de la part de l'État, sanctuaire et rempart de la civilisation juridique issue de la Révolution de 89, bien qu'officiellement voulu et encore proclamé tel, est de plus en plus profané ou éludé.

Le phénomène de la globalisation, qui se ramifie dans plusieurs directions et qui peut certainement – à certains égards – être discuté, voire contesté, même s'il mérite une réflexion critique, nous intéresse dans sa projection juridique. Nous réservant d'en parler plus longuement lorsque nous traiterons du rôle actuel de la pratique, il nous suffira pour le moment de dire qu'il représente, face à l'impuissance, à la surdité, aux lenteurs du droit officiel des États, une auto-organisation des particuliers, lesquels, pour leur propre compte, grâce à l'œuvre d'experts privés, inventent des outils propres à régler leurs trafics juridiques, créant un canal juridique agissant en parallèle à celui de l'État, prévoyant des juges privés dont les sujets s'engagent à observer les décisions¹².

Et, dans le monde juridique de ces dernières années, il y a des

¹² Sur la globalisation, même juridique, la littérature est à présent démesurée et s'accroît de jour en jour. Comme nous ne perdons pas de vue les exigences du lecteur de ce petit livre, nous nous permettons de lui signaler une de nos conférences qui, étant destinée à un public cultivé mais très hétérogène, est conçue de façon à offrir aux non spécialistes une compréhension du phénomène claire et linéaire : P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il foro italiano*, maggio 2002, V, mais également dans les *Atti della Accademia dei Lincei*, Classe di Scienze Morali, Rendiconti, s. IX, vol. XIII, 2002, fasc. 3. On trouvera des développements sur le plan sociologique et juridique dans deux excellentes monographies italiennes : M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, et *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002. De la même spécialiste on lira avec grand profit un article encyclopédique clair et très intéressant : *Globalizzazione. Aspetti istituzionali*, in *Enciclopedia di Scienze sociali*, Roma, Treccani, 2001, vol. IX.

événements qu'il faut saluer comme extrêmement importants et qui rendent parfaitement transparente une tendance propre à la communauté même des juristes qui est de pallier en toute autonomie au manque d'outils juridiques nouveaux pour discipliner convenablement des réalités aussi insolites que la nouvelle économie et les dernières techniques informatiques et télématiques. Je pense à deux initiatives d'envergure récentes s'appliquant à dessiner dans une perspective trans-nationale les principes fondamentaux des contrats, l'une patronnée par l'Institut pour l'unification du droit privé (Unidroit), et siégeant à Rome, pour les contrats commerciaux¹³, l'autre fruit de la Commission pour le droit européen des contrats, présidée par le juriste danois Ole Lando¹⁴.

Ce sont deux événements importants pour un double motif : parce qu'ils montrent une science juridique qui s'est débarrassée du conditionnement psychologique étatique, qui joue à nouveau un rôle actif et qui se bat pour lancer l'édification d'un futur droit européen (une fois que l'incapacité et la lenteur des États et de leurs organes législatifs ont été constatées) ; parce qu'il s'agit d'initiatives privées, qui se situent au-delà des États et même de la Communauté Européenne, dont l'attitude est assez semblable à celle des canaux de globalisation juridique que nous venons d'évoquer.

Et le paysage juridique se déploie sous mille facettes.

6. *Les espaces du droit. Un espace géographique : le territoire*

Notre habitude mentale est de penser le droit selon une projection géographique bien définie, celle qui juxtapose (quand elle n'oppose pas) le droit italien au droit français, suisse, autrichien, slovène, pour nous en tenir à la République italienne et aux nations limitrophes. C'est une habitude que nous devons au fait d'avoir identifié le droit à l'État et de le considérer en étroite connexion avec le pouvoir politique ; nous la devons au fait que nous pensons et

¹³ Cf. M.J. BONELL e F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, Giuffrè, 1997.

¹⁴ Cf. C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, parties I et II, version italienne, Milano, Giuffrè, 2001. On n'oubliera pas également de rappeler la recherche (actuellement en cours) de l'Académie des experts en droit privé européens pour un 'Code européen des contrats' (cf. *Code européen des contrats*, coord. G. Gandolfi, Livre premier 1, Milano, Giuffrè, 2002).

agissons comme si nous étions toujours en pleine modernité et que nous n'arrivons pas encore à percevoir les profondes nouveautés qui constellent notre vie sociale actuelle. Nous prouvons en définitive que nous appartenons davantage à hier qu'à aujourd'hui.

L'étaticité du droit exige sa propre territorialité et la tradition a toujours enseigné que le territoire est un élément essentiel de l'État.

Cela en conséquence du fait que l'État est l'incarnation du pouvoir politique ; celui-ci a besoin d'un espace géographique dans lequel se projeter et exercer sa domination, laquelle a coutume d'être appelée souveraineté dans le langage politologique et juridique. En effet, on ne domine efficacement qu'une réalité définie telle que peut l'être une zone géographique spécifique avec ses frontières infranchissables ou, tout au moins, contrôlables, à l'intérieur de laquelle l'appareil potestatif est sûr d'appliquer ses commandements parce qu'il est sûr d'avoir une capacité coercitive adéquate.

On peut également imaginer une projection mondiale de la politique, mais elle se résoudra toujours à une somme de territoires, puisque le pouvoir politique se concrétisera toujours sous forme d'autorité, de commandements, de coercitions. Et cela – que ce soit bien clair – même dans la plus démocratique des organisations politiques. Aujourd'hui, en présence d'un impérialisme nord-américain particulièrement encombrant, on peut à la rigueur imaginer une projection mondiale unitaire, mais le monde ne sera malheureusement que le territoire de l'empire nord-américain au sommet de son expansion étatique.

L'espace de la politique, dans un monde qui est aux antipodes du royaume d'Utopie, est essentiellement physique, et c'est un espace éminemment *plat*¹⁵, pour reprendre le terme original et imagé d'un politologue italien. Pas *plat* bien évidemment dans le sens où l'entend la géographie physique ; c'est-à-dire qu'il ne désigne pas une plaine sans montagnes ou sans collines, mais plutôt une absence d'obstacles sociaux et surtout juridiques.

La compacité de l'État moderne exige que même son ombre soit compacte, et il ne peut pas supporter non plus que cette dernière renvoie une image d'une certaine manière fragmentée ou même seulement articulée, et il ne peut souffrir non plus – il fait

¹⁵ C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 73 ss.

tout son possible pour les éliminer – d'autonomies en son sein. En définitive, *un* État, *un* territoire, *un* droit. Un seul droit en vigueur sans interruptions sur la totalité du territoire ; un territoire juridiquement plat parce que juridiquement unitaire. C'est la vocation intrinsèque conduisant à l'absolutisme juridique moderne, rendue évidente par l'union – une union considérée nécessaire – entre l'État et le droit.

À la lumière de ce que nous avons dit dans le paragraphe précédent, il ne fait aucun doute que nous sommes en train de vivre une époque contemporaine qui marche – ou plutôt qui court – dans une direction opposée, mais avec de grosses résistances, des regrets infinis, des misonéismes, et donc des conservatismes, invincibles. L'étatisme juridique, dans la conscience des juristes assujettis depuis deux siècles à la subtile propagande postérieure aux Lumières, est un vice dur à mourir. De même que la vision du droit en tant qu'ordonnement (et, bien-sûr, une pluralité d'ordonnements) dont nous nous sommes montrés les partisans convaincus tout au long des pages précédentes, est dure à entrer dans leurs têtes.

7. *Les espaces du droit. Espaces immatériels : la société*

Disons-le tout de même, quoiqu'avec un certain agacement de bon aloi : la vision potestative du droit qui glisse d'une façon liquide vers une vision étatique, est tout à fait grossière et étrangère à cette période de transition, où sont omniprésentes la perception de l'étroitesse des trop nombreuses frontières et la volonté de les dépasser. C'est là un héritage de la modernité ou, plutôt, de la manière dont s'est déformé le droit durant la modernité ; ou, en définitive, de l'envahissement des États et de l'étaticité du droit qui prétend, a prétendu jusqu'à maintenant, sa projection matérielle sur un territoire.

Une fois que le point de référence – et par conséquent, l'axe du droit – a été transféré de l'État vers la société et qu'une vision ordonnante de celui-ci a été acceptée, les perspectives changent considérablement. En effet, la société – réalité plurielle et hétérogène – s'organise indépendamment d'une projection nécessairement géographique.

À titre d'exemple, dans l'expérience historique, l'expérience médiévale, qui réalise pleinement une vision ordonnante plu-

rielle, l'application simultanée de plusieurs systèmes juridiques et donc de plusieurs droits sur un même territoire est une pratique tout à fait courante ; un droit local territorial – une coutume ou un statut – peut trouver une application harmonieuse en même temps que le droit canonique, le droit féodal, le droit marchand et, au-dessus, le droit commun, commun à tous les individus non parce qu'il est le fruit d'une domination autoritaire mais d'une valeur intrinsèquement raisonnable.

L'espace juridique acquiert sa propre projection immatérielle ou, pour mieux dire, le territoire n'est plus pour lui un objet nécessaire ; l'objet qui lui est nécessaire est la stabilisation variée et complexe du tissu des relations entre les hommes en fonction de l'organisation variée et complexe de la société.

Aujourd'hui justement une telle projection immatérielle nous est offerte de manière exaspérée par les canaux de la globalisation juridique. Parmi les nombreux sens qu'elle nous propose, le plus évident, le plus caractéristique est bien une dé-territorialisation accentuée. La dimension première de la globalisation est économique, et l'économie – contrairement à la politique – ne supporte pas les espaces confinés, les frontières, auxquels elle préfère instinctivement – depuis toujours, mais encore plus maintenant – des espaces toujours plus ouverts, toujours plus globaux. Les hommes d'affaires du présent – les acteurs du mouvement globalisateur – voient dans les États, dans les différentes souverainetés, dans les différents appareils pyramidaux du pouvoir avec leurs contrôles étouffants, un ennemi à battre ou, quoiqu'il en soit, à ignorer, d'autant plus que souvent ce n'est pas par force mais naturellement que la projection des trafics actuels est mondiale, dans tous les cas trans-nationale.

Les canaux juridiques privés de la globalisation juridique sont gouvernés en effet, nous le savons bien, non par les normes impératives et rigidement indérogeables des États mais par des règles beaucoup plus souples parce que fondées sur des 'principes' élaborés par une science sensible (comme les principes sur les contrats dont nous avons parlé tantôt), étrangers à toute immobilisation hiérarchique, concevables davantage comme un immense réseau de règles interconnectées entre elles, nées d'un mouvement spontané de cette réalité variée et mobile qui est celle du marché. Et c'est justement l'image du réseau qu'évoquent des économistes, des politiciens, mais récemment aussi des juristes, pour indiquer l'enchevêtrement des rapports au sein des mouvements globali-

sateurs¹⁶. Relativement à ce qui nous intéresse, il suffira de souligner la vocation qui est la leur de voler très haut au-dessus de tous les démembrements créés artificiellement par la politique, d'être par nature des rapports dé-territorialisants et dé-territorialisés.

Avec une précision nécessaire : une tendance de ce genre trouve une intense corroboration dans les nouvelles techniques info-télématiques qui permettent de 'surfer' – j'emploie volontairement ce terme désormais entré dans l'usage – en faisant abstraction de toute barrière géographique. L'espace de ces techniques est purement virtuel, c'est un espace qui répugne à la politique¹⁷ mais qui est tout à fait naturel pour l'économie, tout à fait naturel aussi pour le droit à condition qu'on le libère de l'étreinte oppressante du pouvoir politique.

8. *L'historicité du droit et ses manifestations*

Le droit, en tant qu'histoire vivante, ne flotte pas au-dessus du temps et de l'espace, mais il est soutenu par une vocation et une force qui font qu'il s'incarne, même si aujourd'hui – comme nous venons de le voir – l'espace porté sur les ailes des nouvelles technologies peut devenir virtuel. Son besoin de se manifester à des périodes et dans des espaces très divers est inévitable et c'est là une condition nécessaire afin que se déclenche le mécanisme de l'observance et que l'organisation sociale se transforme en droit, en ordre observé.

C'est sur ces manifestations que nous voulons nous arrêter. Elles revêtent l'aspect des formes que le creuset de l'histoire a décanté et consolidé, à savoir des réponses diverses aux diverses exigences qui se font jour, mais des formes, c'est-à-dire des schémas ordonnants capables grâce à leur force intrinsèque d'organiser une réalité sociale incandescente et changeante.

¹⁶ On conseillera la lecture des essais réunis dans A. PREDIERI, M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, Giappichelli, 2001. Une bonne synthèse est proposée par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

¹⁷ On trouvera des observations pénétrantes dans le volume déjà cité de C. GALLI, *Spazi politici*, cit., p. 131 ss.

Bien sûr nous les observerons depuis l'extrémité de l'entonnoir historique où nous nous trouvons aujourd'hui, même si elles nous parviennent de beaucoup plus loin ; et nous les observerons sans rétrécir excessivement notre champ visuel mais en tenant compte surtout de l'observatoire d'où part notre examen qui est le continent européen, à savoir – pour reprendre la terminologie en usage chez les comparatistes, que nous connaissons déjà – d'un pays de *civil law*. Les rétrécissements ne peuvent ni ne doivent être excessifs, car ils seraient trompeurs : le système juridique de *civil law* est en train de vivre une grosse crise dans ses choix les plus fondamentaux, en raison d'une osmose de plus en plus forte avec l'aire de *common law* et de l'érosion subtile de vieilles certitudes sous la poussée du phénomène désagréant de la globalisation juridique.

Les juristes ont l'habitude d'appeler 'sources'¹⁸ les manifestations, les formes que le droit assume au cours des différentes expériences historiques ; ce nom est aujourd'hui contesté mais, à notre avis, injustement quant au grief qui lui est fait d'être excessivement immobile et par là d'être incapable de comprendre la dynamique juridique de même que ce *law in action* actuellement si puissant et si envahissant¹⁹.

La métaphore 'source' (car il est clair qu'il s'agit d'une métaphore) continue à nous paraître appropriée précisément en vertu de sa portée métaphorique : comme les sources de notre paysage physique, elle exprime parfaitement l'essence du phénomène juridique vu comme une manifestation à la surface de l'histoire mais jaillissant de couches plus profondes. En effet, nous avons répété maintes fois que le droit est une réalité radicale, en ce sens qu'il est lié aux racines d'une société même si, dans la vie quotidienne, il se manifeste sous forme de coutumes populaires, de

¹⁸ Pour nous en tenir à l'expérience de *civil law*, les Français parlent de *sources*, les Allemands de *Quellen*, les Espagnols de *fuentes*.

¹⁹ Cette accusation est formulée clairement par P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Baden Baden, Nomos, 1996, en particulier p. 512 ss. Le débat est excellemment rapporté par P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale*, in *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, numero unico per il Cinquantennio, L, 2000. Pour une réflexion intelligente et critique sur les sources, on lira avec profit G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1984, ainsi que les nombreuses études de A. RUGGERI, *'Itinerari' di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1992.

lois émanant de détenteurs du pouvoir politique, d'actes des administrations publiques, de sentences prononcées par des juges, d'actes d'opérateurs économiques, ainsi de suite.

Le droit peut organiser le social parce qu'il concerne les racines, et les racines profondes ; mal nous en prendrait si face aux nombreuses expressions quotidiennes – coutumes, lois, actes administratifs, sentences, inventions pratiques – nous ignorions le travail incessant qui a lieu – préparatoire mais qui est déjà du droit – dans les couches les plus enfouies d'une civilisation, exactement comme la source d'eau dont le ruissellement à travers la fissure du rocher n'est que la dernière étape d'une longue vie souterraine, même si c'est la seule visible.

Il me semble que ce message dont est porteuse la métaphore 'source' ne doit pas être perdu. C'est le message d'une dynamique cachée, qui permet à ce qui seulement en apparence est enfermé dans le statisme d'un texte, de plonger dans l'expérience, en le dynamisant. Pour le juriste, l'ennemi à battre par tous les moyens du point de vue culturel est la transformation réductrice d'une 'constitution' ou d'une 'loi' en un texte écrit, contraignant la juridicité à un respect servile de ce texte.

Après ces quelques observations élémentaires de rigueur, nous allons essayer de cerner le sens actuel des principales manifestations du droit.

9. *Les manifestations du droit. Le droit naturel*

Il faut un certain courage pour tenter un examen critique de ces manifestations en commençant par le 'droit naturel' (ou 'loi naturelle' si on préfère), car il y a eu à ce propos, surtout récemment et encore aujourd'hui, des conflits hargneux, à l'enseignement de l'intolérance la plus rigide, entre ceux qui le considèrent comme une élucubration fantaisiste indigne d'un homme de culture et ceux qui en font au contraire l'objet de convictions absolues et donc d'un respect intransigeant frôlant le fanatisme. Ce sont là deux positions très risquées car elles donnent lieu à des attitudes possibles (sinon probables) d'où toute critique est bannie.

Ajoutons à cela un autre risque ; celui de se référer au droit naturel à propos d'objets profondément différents. De l'antiquité classique à aujourd'hui, à travers toute l'époque médiévale et mo-

derne, il a été évoqué à profusion, mais les contenus qui lui ont été attribués apparaissent des plus divers. Il s'agit d'une notion polysémique comme il en existe peu et de ce fait dangereuse : ceux qui s'inspirent de la tradition chrétienne l'identifient à un message du Dieu-personne instillé charitablement dans le cœur de chaque homme, mais il y a ceux qui le surprennent au beau milieu de l'immanence inscrit dans la structure intelligible de la nature cosmique ou dans la rationalité de la tradition historique.

En ce qui nous concerne, une approche fondée sur une extrême prudence culturelle s'impose, et nous allons expliquer avant toute chose les raisons pour lesquelles nous croyons qu'une place privilégiée doit être réservée au droit naturel.

Pour commencer, nous ferons nôtre l'invitation opportune qu'un politologue et juriste italien sagace, il y a de cela au moins un demi-siècle, s'élevant au-dessus d'une attitude commune tout au moins dans la culture laïque, adressait dans un essai remarquable pour sa clairvoyance et sa nouveauté (fort heureusement réimprimé par la suite), laquelle consistait précisément à « renoncer à voir dans le droit naturel quelque chose de mortifiant »²⁰. Et d'ajouter aussitôt : de mortifiant parce qu'arriéré, enseveli à tout jamais dans un passé lointain. Mais en ajoutant aussi qu'il s'agit là d'un cadavre bien singulier, souvent enterré et souvent ressuscité jusqu'à nos jours ; en présence de quoi il est permis de douter que le droit naturel soit en rapport étroit avec les problèmes récurrents de l'histoire juridique humaine et qu'il trouve là le motif premier de sa surprenante vitalité.

Limitons-nous au siècle qui vient tout juste de se conclure et que nous sentons encore peser derrière nous et sur notre conscience : à ses débuts (1910), un civiliste français n'a pas hésité à parler de la 'renaissance du droit naturel'²¹, tandis qu'un autre civiliste, français lui aussi, François Gény, une figure d'une importance culturelle considérable, insisté (dans les années 20) sur la 'nécessité du droit naturel', de l'irréductible droit naturel²² ; au lendemain de la seconde guerre mondiale les juristes

²⁰ N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 1963, réimp. anast. Bologna, Il Mulino, 1996, p. 3.

²¹ J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Duchemin, 1927².

²² F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, II^e partie, Paris, Sirey, 1924-27.

catholiques italiens ont parlé à l'unisson d'un 'droit naturel en vigueur'²³ et, dans les années 60, on a rappelé 'l'éternel retour du droit naturel'²⁴, alors qu'un philosophe d'inspiration libérale pure, Carlo Antoni (1896-1959), a pratiquement écrit son testament spirituel en consacrant un essai retentissant et très discuté à 'la restauration du droit de nature'²⁵, où il l'interprète comme le signe de la primauté d'une éthique de la conscience individuelle face à l'éthique de la loi.

La mise au point de ce philosophe nous permet d'appréhender plus rapidement une dimension historique réelle. L'idée du droit naturel doit être mise en étroite dialectique avec celle du droit positif. Mieux encore : le recours confiant au droit naturel doit être mis étroitement en rapport avec la manière contraignante que le monde moderne a voulu donner au droit positif et qu'il a réalisée ; la confiance (ou, si l'on préfère, l'illusion) dans le droit naturel va de pair avec la méfiance (ou, si l'on préfère, la désillusion) à l'égard du droit positif.

Mais qu'entend-on par ce dernier syntagme ? On entend le droit posé (*ius positum*) et imposé par une autorité formellement habilitée à exercer des pouvoirs souverains sur un territoire donné ; un droit positif qui a été interprété d'une façon positiviste dans le monde moderne et comme le seul possible, épuisant en lui toute forme de juridicité et s'identifiant au droit étatique. Un droit considéré comme bon pourvu qu'il émane de l'autorité souveraine, sans aucun contrôle sur ses contenus mais avec pour seule vérification celle sur le sujet de provenance et sur les procédures formelles grâce auxquelles se consolidait la norme.

Nous avons parlé plus haut de monisme juridique ; un seul aspect du droit donc. Le problème apparaît dans toute sa dimension tragique lorsque cet aspect est défiguré et qu'il prend des traits effrayants ; le XX^e siècle, avec ses résurgences de droit naturel, est là pour nous le montrer. Celles-ci sont liées ou à des

²³ *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951. Ce thème a été repris par les mêmes juristes catholiques italiens : *Diritto naturale : verso nuove prospettive*, Atti del convegno, Roma 9-11 dicembre 1988, Milano, Giuffrè, 1990, avec un exposé général de Sergio Cotta.

²⁴ H. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München, Kösel, 1963.

²⁵ C. ANTONI, *La restaurazione del diritto di natura*, Venezia, Pozza, 1959.

moments de crise profonde, ou à des bouleversements de la juridicité tombée entre les mains de dictatures aberrantes.

Dans l'Italie du premier après-guerre, si un philosophe du droit n'hésite pas à recourir explicitement aux principes du droit naturel comme à un outil à même de combler les lacunes de l'ordre positif et de permettre un développement juridique congru²⁶, un spécialiste de droit commercial, c'est-à-dire de la branche la plus imprégnée de la réalité économique-sociale concrète, pense devoir identifier dans la 'nature des faits' une source de droit providentielle. La 'nature des faits', à savoir un droit naturel certes non révélé par une entité métaphysique, ni lu dans le cosmos comme la géométrie que le minéralogiste aperçoit sous les cristaux, mais surpris dans la conscience collective historico-sociale²⁷, c'est-à-dire – tout de même – le recours à quelque chose qui se situe au-delà du droit positif officiel et formel.

Mais c'est dans l'Allemagne nazie et post-nazie que le droit naturel fait son apparition comme l'unique salut face à une positivité juridique qui n'est que violence et tyrannie ; et c'est dans ce climat que s'oppose un *gesetzliches Unrecht* à un *übergesetzliches Recht*, une loi positive qui est non-droit et anti-droit du fait de son intolérable iniquité à un droit authentique même s'il se situe au-dessus de la positivité étatique nazie²⁸ ; et il est curieux qu'en Allemagne ce soit non seulement la réflexion théorique mais la jurisprudence pratique elle-même (surtout la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour fédérale de cassation) à y recourir avec conviction²⁹. Une dernière précision significative :

²⁶ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto* (1921), maintenant in ID., *Studi sul diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958.

²⁷ A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto* (1921), maintenant in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, Cedam, 1936.

²⁸ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, maintenant in *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1957. Gustav Radbruch, juriste et homme politique persécuté par le régime nazi, avait fait imprimer hors d'Allemagne dès 1941, et précisément dans une revue italienne, un essai, dûment traduit en italien, intitulé *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero* (cf. in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXI, 1941) ; cet essai a été publié à nouveau dans la langue maternelle de l'auteur dès la fin du conflit et une fois abolie définitivement la dictature hitlérienne : *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (1948), puis dans un petit livre à part : Darmstadt, Wiss. Buchgesellschaft, 1960.

²⁹ L'ouvrage du juriste et homme politique italien, Giuliano VASSALLI, *For-*

au début des années 90, suite à la chute du mur de Berlin et à l'effritement de la DDR, la République Démocratique Allemande, un important débat allemand se focalise sur le problème de savoir si cette République a été un *Unrechtstaat*, un État anti-juridique, et si l'obéissance aveugle de ses gardiens frontaliers qui les a conduits à tuer de si nombreux transfuges a constitué, malgré le respect d'un commandement formellement légitime, un *krasses Unrecht*, un acte anti-juridique flagrant³⁰.

Comme nous pouvons le constater au vu de ces témoignages éloquents d'une histoire récente, l'invocation du droit naturel répétée, variée mais consonante se concrétise dans l'évocation d'un droit supérieur qui sert, malgré sa versatilité et son imprécision considérables, de critère de mesure et donc de validité pour un droit positif très concret dans la spécificité de ses commandements et de ses textes normatifs mais qui répugne à une conscience collective s'inspirant du bon sens commun.

Ainsi que l'a écrit très justement un philosophe italien du droit peu enclin à l'indulgence à l'égard du droit naturel, « le droit naturel est dualiste, le positivisme juridique moniste »³¹, et c'est bien dans cette dualité, dans cette possibilité de fournir une alternative et donc un salut que réside la vitalité d'une idée et la motivation la plus forte susceptible d'expliquer le fait qu'on ait eu sans cesse recours à elle à des époques, dans des lieux et sous des climats les plus divers.

Les misères du droit positif – souvent ravalé au rang de miroir de certains fanatismes racistes et religieux, de nationalismes politiques, de tyrannies répugnantes ou, dans le meilleur des cas, de législateurs myopes ou partisans – incitent à lever les yeux vers un niveau supérieur situé au-delà des particularismes et où des valeurs que la conscience collective perçoit et dont elle a nourri l'histoire ont été conservées. Un niveau supérieur de ju-

mula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista, Milano, Giuffrè, 2001, p. 60 ss., est particulièrement digne d'intérêt.

³⁰ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., p. 81 ss.

³¹ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1962), maintenant in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 128. Il s'agit d'un recueil d'essais qui ne fait certes pas mystère de l'option de l'auteur en faveur du positivisme juridique, mais que nous conseillons pour l'ampleur de ses informations, l'équilibre de sa discussion et les nombreux éclaircissements conceptuels qu'il offre.

ridicité qui est le droit, mais où l'on arrive à ne pas dissocier l'être et le devoir être, la juridicité formelle et la justice, que les courants positivistes avaient irrémédiablement séparés. Si dans ces derniers la « justice signifie le maintien d'un ordre positif au moyen de son application consciencieuse »³², l'idée du droit naturel, de toute loi naturelle, n'incarne rien d'autre qu'une tentative de solution, peut-être naïve ou illusoire, à l'éternel problème humain d'un droit juste, une sorte de pont audacieux, peut-être trop audacieux, lancé vers ce but.

10. *Les manifestations du droit. La Constitution*

Disons-le sans détour : exception faite des juristes d'inspiration ouvertement catholique, le juriste moderne a toujours eu une bonne dose de pudeur lorsqu'il parlait de droit (loi) naturel, vraisemblablement en raison de ce relent de métaphysique qui forcément l'accompagnait ; au fond, le fait de se référer continuellement à la 'nature des faits' signifiait en même temps le parler d'un habit plus terrestre, le rendant ainsi plus acceptable.

Mais il restait (comme il reste encore) un grand besoin de valeurs dans lesquelles ancrer les constructions juridiques dans une époque, comme celle d'hier et d'aujourd'hui, lorsque les certitudes étatistes et légalistes de l'édifice libéral-bourgeois ont révélé leurs fondations idéologiques et ont subi – comme nous le savons déjà – un certain nombre de fissures. Au cours du XX^e siècle, une manifestation nouvelle et particulière du droit, qui est la Constitution, a satisfait ce besoin.

Nouvelle ? Se demandera surpris le lecteur un tant soit peu averti, qui a intercepté des discours sur la constitution des peuples de l'Antiquité, sur la constitution du Moyen Âge, sur les constitutions du XVIII^e siècle, et ainsi de suite. La réponse doit être immédiate : ici aussi nous nous trouvons en présence d'un terme et d'une notion fortement polysémiques et donc passibles d'équivoques. Il sera donc préférable de définir précisément ce dont il est question.

³² C'est ce qu'affirme Hans Kelsen, le chantre du normativisme formaliste au XX^e siècle, de manière insatisfaisante tout autant qu'inacceptable du point de vue éthique, dans un de ses ouvrages de synthèse tardifs : *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, Edizioni di Comunità, 1954, p. 14 (*Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruxelles-Paris, Bruyant-LEDJ, 1997).

Pour rester dans le périmètre de la 'modernité' et circonscrire un discours qui risquerait de devenir trop long et trop compliqué, il n'est pas faux de parler d'une 'constitution' du royaume de France sous l'ancien régime pré-révolutionnaire, mais il doit être parfaitement clair qu'on se réfère à un patrimoine de coutumes séculaires, non écrites, cela va de soi, mais contraignantes pour le souverain en personne ; il n'est pas faux de parler d'une 'constitution' anglaise dans la mesure où l'on est bien conscient qu'il s'agit de conquêtes historiques du peuple anglais qui se sont sédimentées tout au long du processus unitaire pluriséculaire du Royaume, patrimoine totalement coutumier avec quelques manifestations écrites dans ce que l'on nommait les *Bills of Rights* ; il n'est pas faux de parler de 'constitution' à propos des chartes révolutionnaires et post-révolutionnaires de l'Europe continentale, en ne perdant pas de vue qu'elles décrétaient la primauté de la politique, et donc de l'État, face à la société, réaffirmant le rôle de la loi comme expression et véhicule de la volonté générale et ayant à cœur de ne pas troubler la souveraineté d'un État conçu en tant qu'unité fortement centralisée³³.

Ainsi donc, par rapport à toutes ces manifestations d'une manière générale constitutionnelles, la Constitution dont la République italienne s'est dotée en 1947 apparaît comme une réalité profondément nouvelle et originale, tout comme sont nouvelles et originales les Constitutions du second après-guerre qui se sont toutes inspirées du modèle innovateur que représenta, durant le premier après-guerre, la République de Weimar.

La modernité, dite libérale, fut trop étatique pour ne pas couvrir en elle une méfiance constante à l'égard de toute constitution s'avérant l'expression authentique d'un véritable pouvoir constituant d'origine populaire. État impitoyablement élitiste, le soi-disant État libéral s'occupe de contrôler le social, tout en sachant qu'il peut l'effectuer seulement en empêchant un accès direct des masses à l'élaboration des principes ordonnantiels de la société. C'est pour ce motif que les rares ferments populaires de la Révolution bourgeoise de 1789 s'éteignent durant le XIX^e siècle et que s'affirme une conception purement étatiste de la Constitution, tandis que le pouvoir constituant n'est qu'un exercice de

³³ M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, constitue un guide rapide et clair.

la souveraineté de l'État et qu'il s'identifie avec la législation de l'État³⁴.

Ce que l'on nomme habituellement l'État de droit, dont les contours se précisent tout à fait au XIX^e siècle³⁵, reconnaît les droits de liberté des citoyens, mais seulement comme auto-limitation dans l'exercice de sa souveraineté, les libertés n'étant plus dans cette optique un ensemble de valeurs pré-étatiques établi par un pouvoir constituant, mais plutôt le résultat d'une application correcte des lois de l'État³⁶.

La Constitution de 1947 est étrangère à ce paysage politico-juridique étriqué du fait de certaines de ses caractéristiques essentielles très précises³⁷.

En premier lieu, du fait qu'elle est l'expression du peuple souverain et non celle de l'État, et donc de la société civile italienne qui a pu s'exprimer dans toute sa complétude – et de façon immédiate – grâce à un pouvoir constituant librement élu après la débâcle de la guerre, l'écroulement du régime autoritaire et de la structure institutionnelle monarchique. Et l'art. 1 établissant la souveraineté du peuple, interprétable « comme une affirmation de la supériorité substantielle de la société et de l'ordre social »³⁸, prouve bien que le peuple n'est plus l'élément constitutif de l'État selon le vieil enseignement traditionnel de la pensée du droit public, mais qu'il est beaucoup plus que cela.

³⁴ Nous conseillons vivement la lecture de l'ouvrage collectif : A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1998, et en particulier l'essai, qui porte le même titre, du directeur de la publication ; signalons aussi les précieux éclaircissements de M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiale per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1933 ; sans oublier enfin la synthèse limpide et efficace de G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

³⁵ On renvoie à ce sujet aux explications proposées dans le paragraphe suivant, p. 71.

³⁶ Les essais de M. FIORAVANTI, *Costituzione : problemi dottrinali e storici ; Liberalismo : le dottrine costituzionali ; Costituzione e stato di diritto*, tous réunis dans le volume cité à la note 34, sont particulièrement utiles.

³⁷ Il existe dans les littératures juridiques italienne, française, espagnole et allemande d'excellents 'manuels' de droit constitutionnel. Signalons dans la production italienne deux ouvrages expérimentaux qui, en vertu de la culture qui les soutient et d'une saine attitude critique, peuvent constituer pour notre novice des lectures introductives profitables : M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994 et G. BERTI, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 2001⁴.

³⁸ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 40.

En second lieu, du fait qu'elle se pose comme un ordre juridique supérieur par rapport à la trame légale ordinaire, supérieure car, puisant dans la couche des racines profondes de la société, elle puise en même temps dans une couche de valeurs qu'elle manifeste, prétendant l'observance de tous les pouvoirs de l'État, à commencer par le pouvoir législatif.

L'ordre juridique italien a ses frontières suprêmes dans la Constitution : grâce à elle, la simple identité politique, qui peut être empiriquement réalisée à travers la pure effectivité du pouvoir mais qui tend à s'identifier à l'État, devient quelque chose de plus, de plus vaste et de plus complexe, elle devient l'identité juridique du peuple italien qui trouve en elle un ordre fondamental fait de règles et de principes, lesquels constituent justement les racines de son identification. Il ne fait aucun doute que la Constitution appartient à la dimension juridique, parce qu'elle ordonne juridiquement la société civile : il ne s'agit pas d'une série de commandements secs et ordinaires (mais nous savons bien que le commandement n'appartient pas au droit), mais de principes et de règles d'une portée exclusivement et hautement ordonnantielle.

Le texte constitutionnel – pour nous Italiens la Constitution formelle de 1947 – n'est donc pas une charte imposée d'en haut à la société mais enracinée dans cette dernière, et on peut à bon droit la présenter au lecteur novice comme la pointe émergée d'un continent en grande partie englouti (dont cette pointe cependant tire sans cesse de quoi se nourrir). Dans la Constitution, le texte et l'expérience, tout au moins dans ses 'principes fondamentaux' et dans sa 'première partie', se trouvent confondus du fait que ce texte n'a voulu être rien d'autre qu'un moyen d'identifier des valeurs profondes. Nous sommes là aux confins extrêmes de l'univers juridique qui partage une frontière commune avec la morale, la religion, la coutume, là où le droit plonge ses racines dans la morale, dans la religion, dans la coutume, mais où nous nous trouvons déjà – que cela soit bien clair – dans le territoire du juridique. Des règles et des principes qui, justement parce qu'ils sont le miroir fidèle de valeurs qui circulent, se parent d'une normativité de qualité supérieure à laquelle correspond une observance des usagers basée sur une adhésion effective.

Et la légalité, dans le nouvel État constitutionnel du XX^e siècle (en Italie mais aussi ailleurs), se scinde en deux niveaux nette-

ment marqués par les grades de supériorité/infériorité et donc par une stricte conformité de la part des manifestations des degrés inférieurs.

La vieille mystique libérale de la loi, la vieille mystique qui voit dans le Parlement (c'est-à-dire dans l'organe normal de production des lois) une sorte de Zeus omnipotent et omniscient, bref la vieille mystique étatique, cède au nouveau protagonisme de la société et de ses valeurs.

C'est pourquoi, dans l'État constitutionnel, la Constitution, comme le disent les spécialistes de droit public, est rigide : cela signifie qu'elle peut être modifiée uniquement à travers une procédure spéciale et qu'elle a une valeur supérieure à la loi parlementaire ordinaire, laquelle ne peut violer les règles constitutionnelles (contrairement à ce qui se passait sous le régime monarchique précédent, lorsque le Statut albertin – une charte concédée en 1848 par le roi Charles Albert – était une constitution flexible pouvant être modifiée par le législateur commun, le Parlement).

C'est la raison pour laquelle, bien souvent, les nouvelles Constitutions prévoient expressément l'institution d'une magistrature suprême à même de se poser en juge des lois, et donc appelée à juger de la cohérence entre les dispositions d'une loi et les valeurs contenues dans la Constitution. C'est là la très haute tâche qui est confiée en Italie à la Cour constitutionnelle³⁹ ; laquelle Cour, devenue une présence effective en 1956, avec sa propre jurisprudence incisive, ne s'est pas seulement occupée des résistances et des abus de notre Parlement face aux règles de la Constitution, mais a joué un rôle de médiation entre le pluralisme des valeurs d'une société et la surdité de certains textes législatifs. L'exemple le plus éclatant est l'élaboration du *principe du raisonnable* à travers lequel mesurer l'activité du législateur : sa volonté, jusqu'à hier irrécusable dans une conception absolutiste de la souveraineté parlementaire, trouve une limite dans le *raisonnable* caché dans les replis de l'acte. Ainsi le droit légal ne peut-il se soustraire à une confrontation impitoyable avec le devenir de la conscience collective et de ses valeurs⁴⁰.

³⁹ Pour en savoir davantage, on pourra consulter le petit livre clair et limpide d'E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, Il Mulino, 1996.

⁴⁰ Sur le rôle du principe on consultera L. D'ANDREA, *Contributo ad uno*

11. *Les manifestations du droit. La loi*

La Constitution aussi est une loi ; et même davantage, c'est la loi suprême ; mais lorsque nous parlons ici de loi, nous nous référons à la loi ordinaire, à l'outil grâce auquel le Parlement manifeste sa volonté.

Nous n'avons pas grand-chose à ajouter à notre esquisse, dans les pages précédentes, des caractères de la modernité juridique. C'est là en effet que naît ce légicentrisme – peut-être même cette légolâtrie – qui entrave encore la liberté intellectuelle de tant de juristes, c'est là que naît un modèle d'État basé sur le protagonisme absolu de la loi et sur un principe dominant de légalité, c'est-à-dire de conformité à la loi de tout acte émanant de l'administration publique, de juges, de particuliers. C'est le soi-disant 'État de droit', une expression usuelle – davantage hier qu'aujourd'hui – une expression confuse et ambiguë parce qu'elle s'est présentée petit à petit comme un grand réceptacle capable d'accueillir les contenus les plus divers et les plus hétéroclites⁴¹.

Malgré ces perplexités de fond, nous l'utilisons car, en raison de son emploi généralisé, elle demeure un moyen de communication commode, à condition de l'expliquer clairement au lecteur novice qui ne manquera pas de la rencontrer au cours de ses études futures. Et j'ajouterai même qu'il est nécessaire de l'expliquer d'une manière critique car elle est lourdement enrobée de toute la rhétorique paléo-libérale avec ses guirlandes apologétiques qui en empêchent tout diagnostic authentiquement historiographique. C'est justement parce qu'en se référant à l'État de droit' on a mis, comme on dit, tous les œufs dans le même panier, que nous nous hâtons de préciser notre attention à l'égard de l'État de droit' continental tel qu'il est défini au cours du XIX^e siècle sur le continent européen, car le soi-disant *Rule of Law* anglo-saxon, malgré l'analogie lexicale, pré-

studio del principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale, Milano, Giuffrè, 2000.

⁴¹ On trouvera une analyse étoffée dans l'ouvrage collectif : P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002. On lira en particulier les essais introductifs des deux éditeurs : D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto* ; P. COSTA, *Lo Stato di diritto : un'introduzione storica*. Ce livre confirme ce que nous disons nous-mêmes quant à l'ambiguïté de la notion ; en effet, on observe d'importantes divergences dans l'interprétation des différents collaborateurs.

sente une différence substantielle en raison de matrices historiques fort diverses.

Maintenant que les limites sont établies, il nous semble qu'on peut le fixer correctement dans les affirmations suivantes : c'est un État souverain, c'est-à-dire qu'il est muni de toutes les latitudes potestatives que la souveraineté lui confère ; c'est un État parlementaire, qui use du Parlement comme organe central et caractérisant, puisque cela lui donne une apparence démocratique, même si la représentation populaire – la représentation d'un petit nombre, d'un nombre infime – s'avère n'être en définitive qu'une fiction arrogante ; c'est un État où le Parlement, en vertu de cette fiction, se propose comme omniscient et omnipuissant, et donc incontestable ; c'est un État qui, s'appuyant sur le principe de la séparation des pouvoirs, établit le monopole parlementaire de la production du droit et s'exprime juridiquement à travers la voix du Parlement, c'est-à-dire à travers la loi, la source la plus démocratique possible en tant que manifestation supposée de la volonté générale ; c'est donc un État légalitaire, parce que chez lui la loi, conçue comme norme impersonnelle, générale, abstraite, égale pour tous et devant laquelle tous sont formellement égaux, a une primauté absolue, et parce que c'est à la loi qu'incombe la tâche d'orienter, de discipliner et aussi de réduire la complexité de la société ; c'est un État qui protège les droits individuels de liberté en s'auto-limitant dans l'exercice de la souveraineté.

En altérant un peu la synthèse dans le seul but d'atténuer chez le lecteur novice la force de pénétration de la rhétorique filo-parlementaire permanente (rhétorique pseudo-démocratique)⁴², on pourrait conclure que tout aboutit à un château de fictions. D'où l'hyper-évaluation de la loi, le culte de la loi, l'ordre juridique se réduit à un ensemble de lois : des lois considérées comme des injonctions légitimes dignes de respect indépendamment de leur contenu. D'où le principe de légalité comme garantie suprême du citoyen, qui va de pair avec le principe de certitude de la loi.

Des garanties, certes, mais des garanties formelles, qui s'arrêtaient face à une vérité, ne serait-ce que prononcée à voix basse

⁴² Les commentaires de L. CANFORA, *Critica della retorica democratica*, Roma-Bari, Laterza, 2002, sont très instructifs.

dans la modernité juridique comme s'il s'agissait du blasphème le plus atroce : la volonté arbitraire du législateur.

Nous le savons déjà : le paysage juridique que nous venons délibérément de souligner avec force, appartient au passé. Si nous l'avons fait, c'est pour constater qu'une empreinte continue à creuser et à pénétrer de nombreuses consciences, prouvant par là qu'elle est dure à mourir. La propagande subtile de l'absolutisme juridique persiste aujourd'hui encore à assujettir le juriste alors que de profondes transformations ont lieu au niveau européen et mondial, reléguant le légalisme à une place de plus en plus marginale.

Afin d'être plus clair, répétons-en les causes. Une activité législative pléthorique, dont la masse est telle qu'elle a pour conséquence mortelle l'impossibilité d'être connue ; des lois qui trop souvent abdiquent devant la vieille et louable 'vertu' de la généralité, nées de sollicitations partisans et destinées à protéger des intérêts particuliers ; des lois techniquement mal faites, improvisées, linguistiquement obscures, parfois même incohérentes jusque dans leur trame ; un Parlement sourd, peu enclin à prendre en compte les nouveaux besoins, ou, quoiqu'il en soit, lent, incroyablement lent ; un Parlement souvent impuissant en raison de la division – et du perpétuel antagonisme – des partis, et par conséquent incapable de prêter attention à des requêtes même urgentes de la collectivité ; avec, en Italie, le résultat aberrant de masquer et d'embarquer entre les plis d'une loi annuelle de finance, la fameuse 'loi de finances', les mesures les plus disparates et les plus étrangères à sa *ratio* pour le motif invouable que le Parlement n'aurait pas été capable de les affronter et de les approuver si elles avaient été traitées à part.

Parallèlement à ce mal débilitant inhérent à la fonction législative, et, en conséquence de cela, de graves répercussions se font jour à l'extérieur. La plus grave est une crise de confiance générale, l'éclosion au sein de la collectivité d'un état d'esprit marqué par le plus désarmant des scepticismes ; à quoi fait pendant, en positif, l'émergence et la consolidation d'autres forces destinées à parfaire, à remplacer, à relayer. Il va de soi que le rôle des juges s'amplifie⁴³, ces personnages combattent chaque jour dans

⁴³ Ce rôle a attiré le regard d'un sociologue attentif. On lira avec profit les pages d'A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo di virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

les tranchées, malgré une réaffirmation théorique de la séparation des pouvoirs, et on parle de plus en plus d'un 'droit vivant' – opposé ou juxtaposé au 'droit législatif textuel' – entendant par là la jurisprudence consolidée, l'orientation commune des juges, en particulier des juges supérieurs⁴⁴ ; de même que s'amplifie le rôle de la pratique, puisque des avocats, des notaires, des hommes d'affaires, très sensibles à la nouvelle économie et aux nouvelles techniques dont ils font partie intégrante, se moquent des surdités parlementaires et s'ingénient à les dépasser ; et le rôle de la science juridique s'amplifie. Ces dernières forces, comme nous le savons déjà, peuvent aussi donner naissance à un canal autonome de production juridique, parallèle au canal officiel : c'est le cas de la globalisation juridique que nous avons évoquée plus haut.

Ajoutons à cela les problèmes provoqués actuellement dans la situation italienne (mais pas seulement italienne) par les nombreux niveaux de légalité qui l'emportent sur celui de la légalité ordinaire : le niveau communautaire, du moment que la Communauté Européenne, que ce soit avec ses propres 'règlements' ou, parfois, avec ses propres 'directives', produit des normes qui ont une incidence directe sur le système italien ; le niveau constitutionnel qui, en présence d'une Constitution 'longue' et 'rigide' comme la nôtre, représente un authentique niveau normatif supérieur, sans compter que le projet juridique de notre Charte est marqué par un pluralisme accentué ; sans compter que le juge des lois, la Cour constitutionnelle, avec certaines typologies de ses sentences (en l'occurrence les sentences dites 'adjonctives' ou 'additives' et les sentences 'substitutives'), finit par produire des effets normatifs.

Aujourd'hui, la loi ordinaire – malgré le piédestal officiel de la hiérarchie des sources que lui a réalisé le régime autoritaire avec l'art. 12 des dispositions préliminaires du Code civil de 1942, toujours en vigueur⁴⁵ et démenti en substance par le projet juri-

⁴⁴ Parmi une littérature florissante, on choisira de consulter les excellents éclaircissements de L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁴⁵ L'art. 12 des « Dispositions sur la loi en général » mises en exergue du Code civil parle de l'«interprétation de la loi» et lie visiblement les mains de l'interprète : « Lorsqu'on applique la loi on ne peut attribuer à celle-ci d'autre sens que celui exprimé par le sens propre des mots selon le rapport qui les lie les uns aux autres, et par l'intention du législateur. Si une controverse ne peut être

dique pluraliste de la Constitution de 1947 – est visiblement en crise du fait qu'elle est incapable d'ordonner juridiquement la société civile et surtout de gouverner la mutation socio-économique que nous sommes en train de vivre et que nous vivrons demain encore davantage. Son piédestal risque de ressembler de plus en plus à des pilotis instables⁴⁶, tandis que le système des sources normatives souffre d'une dispersion croissante⁴⁷.

Dès la fin de la première guerre mondiale – en 1918, l'année même de la publication du pamphlet de Santi Romano – un philosophe du droit italien qualifia l'État de « pauvre géant découronné »⁴⁸. Presque un siècle plus tard, nous avons toutes les raisons de reprendre cette définition à notre compte ; aujourd'hui, nous voyons clairement que la couronne enlevée au géant et foulée aux pieds n'est autre que la loi, tellement embellie et tellement vénérée auparavant.

Le jeune juriste se doit de dilater son regard dans un moment de crise des sources de la production juridique comme celui que nous vivons, déconcertant, mais, en même temps, particulièrement fertile pour ceux que la nouveauté n'effraie pas. Le paysage juridique est fluide, et aussi très imprécis, et il faut des yeux perçants et courageux pour distinguer – dans le brouillard – dans quelle direction ira notre chemin.

12. *Les incarnations du droit : deux mots liminaires pour bien comprendre*

Est-ce que vous vous souvenez lorsqu'au début de notre itinéraire nous avons parlé du droit comme d'une histoire vivante ? C'était là une qualification plus philosophique que technico-juridique, mais tellement utile pour saisir la complexité du droit :

résolue par une disposition précise, on tient compte des dispositions qui règlent des cas semblables ou des matières analogues ; si le cas demeure douteux, on décide selon les principes généraux de l'ordre juridique de l'État ».

⁴⁶ On pourra lire : F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁴⁷ On lira, dans l'ouvrage cité dans la note précédente, l'avant-propos lucide de F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla 'crisi' della legge*.

⁴⁸ C. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, maintenant dans ID., *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. I, p. 5.

il se dissimule dans les racines d'une société mais, ayant pour vocation de l'ordonner, il ne peut pas ne pas se manifester ; cette vocation le pousse encore plus loin, elle le pousse à devenir la trame de la vie sociale, la substance agrégante d'une expérience historique, même si le plus souvent il s'agit de l'histoire de tous les jours qui se confond avec notre vie.

Des origines cachées, des manifestations, une expérience, tout cela constitue un processus unitaire et partant non morcelable ; et le moment de l'incarnation du droit réalise et parachève cette unité.

Cela est toujours vrai car cela fait intimement partie de la nature même du droit, mais c'est d'autant plus vrai pour ceux qui, comme nous, l'ont assimilé à un ordre observé. Ceux qui le considèrent comme une norme, un précepte, sont amenés à valoriser le moment et la qualité de l'injonction, négligeant le prolongement de la règle dans le temps et dans l'espace, considérée comme un appendice passif, pratiquement insignifiant. C'est là une vision déformante mais en quelque sorte justifiable relativement aux prémisses.

Cela n'aurait aucune raison d'être en ce qui nous concerne, puisque l'ordonnancement se confond avec la matière sociale à ordonner et que le tissu social devient lui-même tissu juridique, vêtement juridique quotidien, expérience. Notre itinéraire serait incomplet s'il s'interrompait ici ; le droit manifesté n'est pas encore le droit car il flotte encore loin de la vie, il ne s'est pas encore mué en 'histoire vivante'.

Nous allons nous intéresser à deux outils essentiels pour l'incarnation des manifestations juridiques, essentiels pour que ces manifestations se transforment en droit dans le sens le plus complet de la notion : la coutume et l'interprétation-application.

13. *Les incarnations du droit : la « coutume »*

Un lecteur tant soit peu averti ne comprendra pas très bien, à première vue, ce qui nous a poussé à placer la coutume à ce stade de notre itinéraire et non parmi les manifestations/sources. Et il aurait raison. En effet, nul doute que la coutume doit être incluse dans les sources juridiques ; et parmi ces dernières, du point de vue chronologique, la première place lui revient assurément, du moment que la formation d'un ordre juridique dans les civilisations primitives a une matrice coutumière.

Mais il est grand temps de penser au destinataire privilégié de ce petit livre, c'est-à-dire au novice encore à jeun, et de préciser l'objet de notre discours.

La coutume est un fait humain qui se répète durablement, parce que la conscience collective voit en lui une valeur à préserver et à observer⁴⁹. C'est ainsi que naît le droit à l'aube de l'histoire humaine : non d'un texte écrit, fruit d'une révélation divine ou de la sagesse des savants, mais d'un fait qui se répète, d'une durée qui se déploie dans le temps, d'une observance collective qui n'est pas une obéissance passive mais plutôt une adhésion.

Aucune forme de manifestation plus que la coutume ne nous transporte au cœur du mystère du droit, et le lecteur ne manquera pas de retrouver dans ces quelques lignes l'écho de ce que nous avons essayé de lui faire comprendre quant à la genèse du droit au sein d'une société.

Avant toute chose, la dimension forcément *plurielle*, qui s'exprime spatialement dans la communauté, dans toute communauté (de la communauté internationale à l'État, des ordres religieux aux ordres privés), mais qui s'exprime au niveau temporel dans la tradition, dans une régularité de comportements observée dans la longue durée par une longue séquence de générations. En second lieu, l'incapacité pour le droit de mûrir dans l'éphémère, son besoin de la *durée* pour exister normalement puisqu'il s'agit d'une réalité radicale. Troisièmement, l'*observance*, où le respect et la soumission qui en résulte ont un fond inéliminable de persuasion. Dans son élémentarité, la coutume est la source qui, plus que toute autre, reflète le droit dans son état de pureté originelle. Et elle est la grande matrice historique, destinée bien sûr à être supplantée dès qu'une civilisation juridique devient complexe ou se trouve de toute façon englobée dans un puissant appareil politique.

La coutume peut faire office de source appropriée dans une société à caractère statique, par exemple dans une société exclu-

⁴⁹ Pour en savoir davantage, on pourra consulter R. SACCO, *Il diritto non scritto*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*. 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999. Sur le plan philosophico-juridique, on lira avec profit les observations de N. BOBBIO, *Consuetudine e fatto normativo*, maintenant in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994.

sivement agraire, mais elle est tout à fait incapable d'ordonner la complexité. Rappelons-nous qu'elle consiste dans un fait répété durablement et qu'elle tire de cette origine factuelle un caractère qui est en même temps sa force et sa faiblesse : le particularisme. La coutume naît du particulier – parce que le fait se situe toujours dans le particulier, même lorsqu'il trouve des adhésions plus largement répandues et fait tache d'huile – et il est inévitable qu'elle se ressent de cette marque originelle.

La société complexe a besoin de schémas généraux ordonnants, de catégories, comme seules la loi et la science sont à même d'offrir. Lorsque, au début du XIX^e siècle, Frédéric Charles de Savigny, le grand juriste allemand que nous avons évoqué à propos de la comparaison entre le droit et le langage, voit – à juste titre – dans l'« esprit populaire » le moteur premier du droit, il ne peut qu'indiquer dans la coutume sa source la plus authentique ; mais il aura tôt fait de s'apercevoir que la société allemande en rapide évolution du point de vue économique et technique ne pouvait se satisfaire d'un ensemble d'usages et il ne manquera pas de confier à la science juridique – mais aussi à la loi – un rôle de premier plan dans la transformation en règles et en principes généraux de coutumes éparses.

Un autre exemple, très actuel : il est hors de doute que la globalisation est un mouvement fondé sur la pratique, de caractère – tout au moins au début – essentiellement coutumier. Comme il s'agit d'un mouvement extra-étatique et qu'on ne peut recourir à l'outil de la loi, c'est à la science, généreuse créatrice de vastes principes régulateurs (par exemple, des contrats), absolument nécessaires dans les tortuosités de la vie de marché, que revient de transformer en principes les intuitions que la pratique a eues et a suivies.

Jusqu'ici, un défaut intrinsèque engendre une incapacité. Par contre, une vertu – appelons-la ainsi – de la coutume engendre de l'hostilité et une mise à l'écart de la part d'appareils politiques forts.

Elle naît d'en bas et exprime des besoins et des ferments qui proviennent d'en bas ; Savigny dirait qu'elle traduit l'esprit du peuple. Elle est donc la source la plus rebelle et la plus irréfrénable, la moins apte à se laisser séduire par un programme unitaire et centralisateur. Bref, la plus incontrôlable ; et lorsque – comme à l'époque moderne – le droit devient le ciment de l'État et que, comme tel, il est monopolisé par l'État, la conséquence

est inéluctable et c'est la seule possible : le droit ravalé au niveau de la loi et la coutume rejetée au bas de l'échelle hiérarchique, dans une position subalterne par rapport à la loi.

Officiellement, c'est encore là le rôle et l'espace bien modestes que notre droit positif concède à la coutume. Mais il faut se hâter d'ajouter que, dans une période de crise des sources officielles comme celle que nous vivons actuellement, dans une période où la pratique juridique gagne de plus en plus de terrain pour dessiner ce nouveau droit que la loi est incapable de projeter, la coutume aussi a et aura un rôle plus important. De nombreux instituts nouveaux trouvent dans la pratique leur premier usage et leurs premières applications.

Reste à expliquer les raisons qui nous ont poussé à placer la coutume parmi les incarnations du droit, d'autant plus que, précédemment, nous l'avons plus d'une fois défini comme source. C'est très simple. Si la Constitution et la loi ordinaire sont de simples manifestations qui attendent de devenir de l'expérience vécue, c'est-à-dire qui attendent que l'interprétation/application leur permettent de s'incarner, dans la coutume la manifestation et l'incarnation sont une seule et même chose ; et cela parce que la coutume n'est pas un principe, une prévision, un projet, mais un fait qui se manifeste au moment précis où une collectivité le vit. C'est la factualité de ce phénomène juridique spécifique (et double) qui nous a convaincu d'en parler maintenant.

14. *Les incarnations du droit : l' « interprétation/application »*

Dans ce paragraphe – qui est peut-être le plus ardu de tout le livre, ardu pour ceux qui le lisent tout autant que pour celui qui l'écrit – s'enchevêtrent tous les nœuds qui affligent le droit et qui doivent leur existence à l'éternelle antinomie inéliminable qui lui est propre, c'est-à-dire au fait d'être – à la fois – histoire vivante (en tant qu'ordre) et valeur (en tant qu'ordre observé), d'être animé – quand même – par un effort de relativisation et d'absolutisation, par une vocation à l'élasticité (afin de remplir pleinement son rôle d'ordonnateur d'un corps social changeant) et – quand même – à la consolidation (parce que la valeur a tendance à se stabiliser en vertu de cette part d'absolu, infiniment grande ou infiniment petite, dont par nature il est porteur).

Le plus souvent, des problèmes d'application ne se posent pas

dans l'expérience quotidienne. Le premier applicateur est l'usager/observant, qui achète, emprunte, donne, rédige des testaments, poursuit en justice son voisin qui le harcèle, et ainsi de suite. Mais le plus souvent, il vit ces actes juridiques comme tant d'autres qui composent sa journée : comme des fragments de vie. Le plus souvent, même s'il s'agit d'actes juridiques précis, qu'un juriste saurait cataloguer avec discernement, leur juridicité reste latente, ensevelie sous la manifestation vitale et spontanée de la vie sociale. Avant même de suivre une règle écrite, l'usager/observant suit la morale sociale et le bon sens commun dont s'inspire la morale sociale.

Il en va de même pour la coutume, source orale par excellence qui ne peut qu'être profondément dénaturée par une écriture. Elle rampe par terre, elle est inscrite dans les choses et, étant un fait réitéré, comme un serpent elle change continuellement de peau.

Mais l'histoire juridique – perspective toujours précieuse et éclairante – nous apprend que, au cours de sa longue évolution historique, le droit a été souvent (et de plus en plus au fur et à mesure que l'on remonte jusqu'à nos jours) immobilisé dans un texte. Et cela pour plusieurs motifs : le premier est pour ainsi dire physiologique, car sa valeur doit pouvoir être connue de tous afin d'être observée dans une société complexe, elle doit jouir de la certitude absolue qui se rattache à un texte écrit ; le second motif est pour ainsi dire pathologique, parce que le pouvoir politique s'est emparé du droit, l'a transformé en commandement, en une série d'impératifs auxquels il sera obéi d'autant plus diligemment qu'ils seront connus, et l'écriture ne concède aucune justification à l'ignorance.

Bref, pour ceux qui ont le devoir de l'appliquer dans la société, ce droit, cet ordre qui tend à devenir la trame effective de la vie, qui tend à s'incarner, crée un certain nombre de problèmes dans le domaine de la *civil law* au moment de son immersion dans la vie, de son application.

C'est surtout sa cristallisation dans une écriture faisant autorité, dans une charte, qui engendre des problèmes, soit parce que la norme est éloignée par rapport au moment de son application, soit parce qu'elle l'est dans l'espace, soit encore parce que les faits sont de toute façon profondément différents et ont de la peine à se laisser discipliner par la norme. Toujours, au moment de l'application, surgit un problème d'interprétation, tou-

jours l'application et l'interprétation sont comme les deux revers d'une même médaille. L'applicateur par excellence est le juge, qui a les mains liées dans le domaine du *civil law*, mais qui les a beaucoup plus libres dans le domaine du *common law* ; mais ce peut être aussi le savant, le *doctor juris*, comme dans le *ius commune* de matrice médiévale, dont il nous reste des traces dans l'Europe continentale actuelle avec les reliques infimes mais significatives représentées par la République de Saint Marin et par la Principauté d'Andorre, encore régies essentiellement par le droit commun.

Dans un passé encore récent – nous le savons – le problème a été exorcisé chez nous en faisant glisser l'interprétation/application hors du processus de production du droit, du fait que ce processus a été considéré comme déjà parfaitement exécuté et conclu au moment de la manifestation d'un texte normatif, et du fait que l'interprète/applicateur a été considéré comme un sujet tenu à l'intelligence du contenu de volonté exprimé par le texte, l'engageant dans la *connaissance* de celui-ci *intus et in cute*. L'exorcisme s'est soldé – hélas ! – par un contrôle décisif de la dimension interprétative/applicative sous l'habituel étendard de la division des pouvoirs vénérable et vénérée, mais elle se soldait aussi par l'évasion complète du problème de l'inévitable friction entre le texte et la vie, entre l'immobilité du commandement et la mobilité de la société.

Aujourd'hui, même si une majorité silencieuse continue de nourrir, animée d'une sensibilité culturelle très pauvre, de vieilles convictions sédimentées, une conscience épistémologique nouvelle, plus complexe mais aussi plus affinée, circule vivifiante parmi les juristes qui travaillent au sein des murailles encore fermées du monde de la *civil law*, une conscience que l'on doit au dialogue culturel intense conduit durant les dernières décennies par quelques juristes avisés et sensibles avec le courant de pensée philosophique important connu sous le nom d'herméneutique⁵⁰, et grâce en particulier à la rencontre plus qu'heureuse de

⁵⁰ À cet égard, on doit reconnaître un grand mérite au civiliste Luigi MENGONI. De lui, on pourra lire *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* (1976), maintenant in *Diritto e valori*, cit., mais surtout *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, cit. Sur le plan philosophico-juridique, on consultera avec profit

ces juristes avec le grand philosophe allemand Hans-Georg Gadamer⁵¹.

Ce que nous nommons aujourd'hui herméneutique sans adjectifs est un renouveau méthodologique qui, tendant à dépasser les canons de l'herméneutique classique, s'efforce de définir le rapport réel entre un texte et son interprète, d'indiquer la marque authentique de chaque processus interprétatif, ce rapport et cette marque étant dénaturés et incompris dans la vision traditionnelle. L'intention est une purification épistémologique qui permettrait de poser sur tout cela un regard nouveau : l'ancienne domination du texte, l'ancienne passivité de l'interprète laissent la place à la conviction que le texte n'est pas une réalité autosuffisante mais bien au contraire incomplète et inachevée et qu'il puisera sa complétude et son achèvement seulement grâce à son interprétation ; laquelle ne consiste pas seulement dans une opération de connaissance mais de *compréhension*, entendue comme un pont entre le message du texte, que son immobilisation dans l'écriture a exclu de l'histoire, et l'actualité de l'interprète avec son patrimoine de convictions propres à son époque.

En un mot, pour notre novice dénué de tout savoir juridique et sans doute encore davantage de science philosophique, le message herméneutique déplace l'attention sur l'interprète, faisant de celui-ci l'acteur principal dont l'action intellectuelle a une valeur exclusivement *médiatrice*.

Mais Gadamer est allé plus loin : il a voulu sonder en profondeur l'univers juridique où, depuis toujours, le problème central est représenté par le rapport entre la règle et la vie et par le rôle de l'interprétation/application pour traduire la règle en vie ; après avoir pris conscience de cette centralité herméneutique dans le droit, il n'a pas hésité à proclamer « la signification exemplaire de l'herméneutique juridique »⁵². C'est la raison pour laquelle, parmi tous les philosophes que nous aurions pu mentionner, nous avons évoqué seulement Gadamer ; son intérêt pour la problématique juridique a fait de lui le mentor privilégié des juristes et

l'ouvrage de F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁵¹ Difficile mais très enrichissant : H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. de G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2000.

⁵² C'est le titre d'une partie importante de l'ouvrage cité dans la note précédente.

le cordon ombilical naturel entre la réflexion philosophique et la réflexion juridique.

Grâce à ce que j'appellerais conscience herméneutique (et que je voudrais voir prospérer dans l'esprit de chaque juriste et se traduire par un relâchement des mailles trop serrées résistant dans le droit officiel italien), on peut relever un certain nombre d'acquis importants : le droit consiste dans une dialectique sans fin entre 'manifesteur' et interprète/applicateur, entre norme et expérience juridique ; le 'manifesteur' sans l'interprète/applicateur, s'il n'est pas muet, parle à lui-même mais sans communiquer avec la société, car l'interprétation/application, enlevant tout caractère général et abstrait à la disposition, la plonge dans la contingence historique, la transforme en histoire vivante, la transforme en droit.

L'immense conquête épistémologique, même pour l'univers fermé des juristes, a produit plusieurs résultats basilaires : la conscience de la folie d'avoir conçu le texte normatif comme indépendant (dans son caractère général et abstrait) du cas concret qu'il allait devoir discipliner ; la conviction salvifique que le moment le plus important est le fait de la vie autour duquel et pour lequel le texte est interrogé par l'interprète ; la conscience que l'actualité la plus substantielle n'est pas celle du texte – qui peut même remonter à 1931 comme le Code pénal italien en vigueur – mais bien celle de l'interprète/applicateur, qui est la voix de la société sur laquelle la disposition aura une incidence, avec la conséquence possible que cette disposition pourra être interrogée et transformée par des contenu différents de ceux que le 'manifesteur' a voulu dans l'abstrait ; le caractère incomplet et inachevé de la règle abstraite, qui se complète seulement grâce à l'interprétation, dans un processus qui intègre la prévision universelle et l'application particulière ; la complexité mais aussi la parfaite unité du processus de production du droit, processus qui se perfectionne seulement au cours de la phase interprétative, phase absolument inhérente à ce processus.

Le résultat, qui peut sembler paradoxal aux yeux de ceux qui sont accoutumés aux canons vieux et vieillis, est que le véritable droit positif n'est pas *celui* qui a été posé par une autorité légitime, mais *celui* que l'interprétation/application plonge au cœur de la positivité de la société et rend en substance et pas seulement formellement positif⁵³.

⁵³ Un recueil d'essais fondamental a été organisé autour de ce thème par un

L'interprète est valorisé comme médiateur mais en tant qu'expression de la communauté ; c'est donc la communauté qui se trouve valorisée, car elle n'est plus un troupeau passif destiné à recevoir des commandements répressifs ; l'effectivité du consentement présent des consociés, exprimé par l'interprète, est valorisée.

Aujourd'hui des traces de cette transformation profonde ne sont pas visibles seulement dans la réflexion philosophico-juridique et théorico-juridique mais dans l'attitude même des juges engagés dans une œuvre de création de l'ordre juridique à différents égards : on observe une véritable suppléance dans des zones insuffisamment ou imparfaitement disciplinées par la loi, avec des adaptations à l'évolution socio-économique ; on observe des anticipations de développements futurs qui confèrent une certaine officialité des institutions juridiques expérimentées dans des pays étrangers ou dans la simple pratique de tous les jours ; on élabore des principes avec l'application extensive de 'clauses générales'⁵⁴ ; on embrasse avec désinvolture l'outil de l'équité, que la dogmatique bourgeoise voulait réserver au législateur et nier au juge⁵⁵ ; on utilise avec discernement des moyens techniques déjà éprouvés par les anciens Romains telles les 'présomptions' et les 'fictions'⁵⁶.

La classe judiciaire – communément appelée 'jurisprudence'

brillant philosophe italien du droit : G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli, 1991. La présentation de Zaccaria est à lire avant toute chose.

⁵⁴ Par 'clauses générales' on entend désigner les renvois que le législateur fait à des notions qui appartiennent à la conscience collective (bonne foi, mœurs, usages du trafic, diligence du bon père de famille, ainsi de suite), indiquant de la sorte au juge un réservoir *extra legem* dans lequel puiser pour ses propres décisions.

⁵⁵ Parce que, vu la prépondérance de la spécificité du cas concret par rapport à la prévision abstraite du législateur, il affaiblissait ce dernier et renforçait le juge, lui conférant un espace et un rôle que l'inflexible division des pouvoirs de l'absolutisme juridique libéral n'autorisait pas. Pour une vision libérée de l'équité, loin des difficultés de la vieille tradition, on consultera les pages d'un philosophe du droit : G.M. CHIODI, *Equità. La categoria regolativa del diritto*, Napoli, Guida, 1989.

⁵⁶ On pourra compléter (et éclaircir) les quelques allusions que nous venons de faire par la lecture d'un ouvrage dense et riche, nourri d'une vaste culture et d'une sensibilité très vive à l'égard du changement en cours, écrit par un spécialiste du droit civil : G. ALPA, *L'arte del giudicare*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

au sens strict – a pris et prend encore lentement conscience qu'elle donne vie à un *droit vivant* parallèle à un droit officiel sclérosé. Il serait instructif de suivre ses multiples manifestations, mais le caractère propédeutique de notre petit livre l'interdit. Nous nous bornerons tout au plus à signaler au lecteur novice une seule prononciation faisant autorité.

Elle émane de la Cour suprême de cassation, c'est-à-dire de la plus haute autorité judiciaire ordinaire italienne dotée de fonctions destinées à orienter l'ordre juridique italien dans son ensemble, et elle remonte à 1994 : faisant écho au grand débat herméneutique, la Cour fait une distinction entre la *disposition*, « considérée comme la partie d'un texte non encore corroboré par le travail interprétatif » et la *norme*, définie comme un « texte déjà soumis à une élaboration interprétative importante », concluant par une considération tout à fait remarquable : « ces opérations interprétatives : elles déterminent la formation d'un 'droit vivant' en constante évolution qui présente une plus ou moins grande différence par rapport au sens originel de la disposition écrite introduite à une certaine époque par le législateur »⁵⁷.

Cette sentence se passe de commentaire ; elle prouve à quel point les juges sont intégrés dans leur époque et elle dévoile surtout la crise de la loi et sa transformation de matière granitique et inattaquable par le cours de l'histoire en une matière plus souple, plus malléable. Avec pour conséquence une légalité fluide.

Cependant, avant de conclure, un commentaire s'impose. La dureté de la loi fermait, réduisait, sacrifiait mais elle simplifiait tout. Maintenant que les traits nets d'hier sont devenus imprécis pour ne pas dire confus, le rôle du juriste (de tout juriste, théorique aussi bien que pratique) est actif et complexe mais aussi compliqué, sans aucun doute. En effet, le juriste italien (généralement le juriste de *civil law*) se trouve encore confronté à un échafaudage de lois et de Codes soutenu par tout un attirail résistant que tout bon conservateur ne manque pas d'invoquer comme un rappel puissant des divinités protectrices : division des pouvoirs, légalité, hiérarchie des sources, certitude du droit, ainsi de suite.

Dans l'avenir immédiat, le métier de juriste ne sera pas aisé, mais il faudra l'affronter chargés de l'espoir et de la confiance

⁵⁷ Cass. civ., Sez. un., 2 agosto 1994, n. 7194, rel. Carbone, in *Corriere giuridico*, 1994, p. 1342 (avec un commentaire de A. Pizzorusso).

propres à ceux qui savent qu'ils ont reconquis un rôle central dans la société. On aura tellement besoin demain de cet ordonnateur irremplaçable qu'est le juriste. Mais à une condition : qu'il quitte l'habit de l'exégète servile d'un texte législatif considéré comme un texte sacré et qu'il se sente le réalisateur de cette histoire vivante qu'est le droit.

15. *Une précision en guise de conclusion : le droit et les droits*

Jusqu'ici il a été question de 'droit' au singulier, c'est-à-dire de tissu social ordonné, de structure organisée et observée constituant l'ordre juridique.

C'est là une réalité objective, qui s'est offerte à nous sous l'image du réseau, une réalité complexe dans laquelle l'individu trouve un abri protecteur non moins qu'une possibilité élaborée d'expression, mais où ce qui compte est la dimension objective fondée sur l'interconnexion de situations et de rapports.

Mais il existe également une dimension juridique subjective qui concerne la situation et la position d'un individu au sein de l'ordre, surtout sa liberté, car il ne faut jamais oublier l'enseignement du juriste Hermogénien, cité au début de ce livre, selon qui le droit naît et existe *hominum causa*, c'est-à-dire parmi les hommes et pour les hommes.

Et les juristes, dans leur grammaire juridique minutieuse, parlent de 'pouvoirs', de 'droits', de 'facultés', d' 'intérêts', dont est et doit être titulaire le sujet et dont l'ordre doit être garant. Dans ces pages d'initiation, nous ne pouvons pas fournir d'indications plus précises quant aux différenciations spécifiques réalisées opportunément par la science juridique dans son cheminement plurimillénaire ; le novice les trouvera parfaitement expliquées dans de nombreux et excellents 'manuels' institutionnels, c'est-à-dire élémentaires, de droit public et de droit privé qu'il sera appelé à étudier au cours de sa première année d'université, et le lecteur non-étudiant désireux d'en savoir plus saura faire de même.

Il importe uniquement de signaler ici que, à côté du 'droit' considéré dans son objectivité, on doit prendre conscience aussi de ce que nous appellerons d'une manière générale les 'droits', au pluriel pour évoquer toutes les situations dont l'individu a besoin pour vivre totalement son expérience juridique

et qui méritent une protection adéquate malgré leur grande variété⁵⁸.

On insiste beaucoup sur cet aspect subjectif dans le monde moderne et post-moderne depuis que – d’abord sous une forme embryonnaire en Angleterre au XVII^e siècle, puis en France et aux États-Unis au XVIII^e siècle – on a rédigé des ‘Chartes des droits’. Notre Constitution de 1947 parle noblement de ces ‘droits’ qui suscitent un débat serré dans notre Communauté Européenne en raison d’une Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne, approuvée à la fin de l’an 2000 par le Parlement Européen et par la Commission, charte appelée communément Charte de Nice parce qu’elle a été proclamée à Nice le 7 décembre 2000 et devenue depuis le 29 octobre 2004 partie intégrante du Traité qui adopte une Constitution pour l’Europe.

Toujours pour le même motif, nous renvoyons aux nombreuses études qui ont fleuri ces derniers temps⁵⁹, et nous terminerons par une recommandation. Cette insistance sur les ‘droits’ doit être considérée favorablement ; elle est le signe d’une civilisation juridique qui entend renier les aberrations d’un passé encore proche s’exerçant contre l’individu et sa liberté sacro-sainte, une liberté bien souvent rattachée à sa dimension morale, religieuse, culturelle et, de ce fait, à protéger à tout prix.

Ceci dit, je crois quand même qu’il faut se garder d’une emphase excessive portant à absolutiser chaque ‘droit’, non seulement ceux qui sont essentiels à la ‘personne’ mais aussi ceux d’ordre socio-économique liés à l’individu, c’est-à-dire à la projection socio-économique de la personne ; et c’est une emphase qui, au-delà des intentions de tous les déclamateurs, peut conduire à des positions individualistes assez semblables à celles qui sont apparues avec autant de netteté au cours de la modernité.

Et j’en viens à ma recommandation : ne jamais oublier que

⁵⁸ Voici quelques exemples parmi les plus significatifs : les droits liés à la libre expression de la pensée, à la liberté religieuse, à la libre circulation, et ainsi de suite.

⁵⁹ On pourrait lire en premier l’excellent ‘manuel’ de P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2002. On se doit de signaler en outre quelques ouvrages collectifs remarquables : L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001 ; G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001 ; G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, Cedam, 2002.

ces droits sont conférés à l'individu non en tant qu'îlot solitaire, mais à l'individu à côté d'un autre individu et de tant d'autres, ils sont conférés à l'individu en tant que sujet inséré dans une communauté historiquement vivante.

Avec deux conséquences majeures : que la situation juridique subjective vient se greffer sur un tissu de rapports intersubjectifs ; que cette situation n'est pas à prendre, sous un angle utilitariste, comme une simple position de profit individuel, mais qu'il s'agit toujours d'une position complexe engendrant en même temps une situation de *devoir*. Ma prétention à l'égard du pouvoir public et des autres se justifie seulement en vertu du devoir que je me trouve à avoir simultanément à l'égard du pouvoir public et des autres.

Bref, on peut et on doit parler de droits mais sans les séparer des devoirs qui incombent à chacun d'entre nous. C'est mon *devoir* qui réalise la récupération sociale de mon *droit*, parce que c'est uniquement grâce au premier que le second devient partie intégrante de la société. Il faut invoquer une vision capable de convoyer ces droits dans une matrice plus vaste et surtout plus complexe par rapport à ce qu'a fait (ou n'a pas pu faire) la récente Charte européenne de Nice.

Il est donc absolument légitime de miser sur les droits, mais à condition de le faire à l'enseigne d'une éthique de la responsabilité.

Index

<i>Préface à l'édition en langue française</i> par Paolo Grossi	VII
<i>Avant-propos à l'édition en langue française</i> par Andrea Bucelli	IX
<i>Avant-propos</i>	7

I. *Qu'est-ce que le droit ?*

1. Le droit face à l'ignorance, aux malentendus et aux incompréhensions (9) – 2. Les raisons historiques de ces malentendus et de ces incompréhensions (10) – 3. Le début d'une récupération : humanité et socialité du droit (13) – 4. Sur la genèse du droit dans l'indistinction du 'social' (15) – 5. Une première récupération : le droit exprime la société et non l'État (16) – 6. Une récupération importante : le droit comme « ordonnancement » du 'social' (17) – 7. Et à propos de l'« observance » : le droit comme ordre « observé » (19) – 8. Encore sur l'observance en droit : le droit est-il une règle impérative ? (22) – 9. La qualité de l'observance en droit et une comparaison précieuse : le droit et le langage (24) – 10. Le droit et le langage comme complexes « institutionnels » (27) – 11. Le droit comme « ordre juridique » et sa vocation pluraliste (30).

II. *La vie du droit*

1. Un bref tracé de notre itinéraire (35) – 2. Les étapes historiques du droit. L'antiquité : le « droit romain » (36) – 3. Les étapes historiques du droit. Le Moyen Âge : le « droit commun » (40) – 4. Les étapes historiques du droit. L'époque moderne : l'écart historique entre « civil

law » et « common law » (45) – 5. Les étapes historiques du droit. Au-delà de la modernité, jusqu'à la « globalisation juridique » actuelle (51) – 6. Les espaces du droit. Un espace géographique : le territoire (55) – 7. Les espaces du droit. Espaces immatériels : la société (57) – 8. L'historicité du droit et ses manifestations (59) – 9. Les manifestations du droit. Le droit naturel (61) – 10. Les manifestations du droit. La Constitution (66) – 11. Les manifestations du droit. La loi (71) – 12. Les incarnations du droit : deux mots liminaires pour bien comprendre (75) – 13. Les incarnations du droit : la « coutume » (76) – 14. Les incarnations du droit : l'« interprétation/application » (79) – 15. Une précision en guise de conclusion : le droit et les droits (86).



Questo volume è stato impresso
nel mese di luglio dell'anno 2016
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477
Internet: www.edizioniesi.it

