"Historia et ius"
Associazione Culturale - Roma
ISBN 978-88-944154-2-1

DIALOGUES AUTOUR DU NIHILISME JURIDIQUE

Historia et ius

DIALOGUES AUTOUR DU NIHILISME JURIDIQUE

Sous la direction de
Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri,
Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee
1

Historia et ius
2020

“Historia et ius”
Associazione culturale - Roma

La Collana di Studi di storia del diritto medievale e moderno *Historia et Ius,* pubblicata in forma elettronica in open access, è nata per iniziativa della stessa redazione della omonima rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. Essa si propone di costituire uno strumento di diffusione, su scala internazionale, dei risultati delle ricerche storico giuridiche e del confronto di idee e impostazioni metodologiche.
Ogni volume, così come gli articoli pubblicati nella rivista, è sottoposto a doppio referaggio cieco.
La collana accoglie testi in lingua italiana, inglese, francese, spagnola e tedesca.

The Series of Studies in medieval and modern legal history *Historia et Ius*, published in electronic form in open access, was created on the initiative of the same editorial board of the homonymous history journal of the medieval and modern age. It aims to constitute an instrument of diffusion, on an international basis, of the results of historical legal research and of the comparison of ideas and methodological approaches.
Each volume, as well as the articles published in the journal, is subject to double blind peer-review.
The book series receives texts in Italian, English, French, Spanish and German languages.

Direzione della Collana: Paolo Alvazzi del Frate (Università Roma Tre) - Giovanni Rossi (Università di Verona) - Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia)

Consiglio Scientifico: Marco Cavina (Università di Bologna) - Eric Gojosso (Université de Poitiers) - Ulrike Müßig (Universität Passau) - Carlos Petit (Universidad de Huelva) - Laurent Pfister (Université Paris II) - Michael Rainer (Universität Salzburg) - Giuseppe Speciale (Università di Catania) - Laurent Waelkens (Universiteit Leuven)

E-mail: info@historiaetius.eu
Indirizzo postale: Prof. Paolo Alvazzi del Frate
via Ostiense 161 - 00154 Roma

Immagine di copertina: Caspar David Friedrich, *Viandante sul mare di nebbia*, 1818.

ISBN: 978-88-94415-42-1 Maggio 2020

DIALOGUES AUTOUR DU NIHILISME JURIDIQUE

Sous la direction de
Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri,
Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim

Historia et ius

"Historia et ius"
Roma 2020

Table des matières

Préface de Paolo Alvazzi del Frate *et* Giordano Ferri 1

Natalino Irti, *Nihilisme juridique* 3

I
Le nihilisme juridique
Autour de l'ouvrage de Natalino Irti

Giordano Ferri, *De la décodification au nihilisme juridique* 13

Riccardo Guastini, *Naturalisme, nihilisme, positivisme* 37

Xavier Prévost, *Droit et économie. Brève comparaison des philosophies de Natalino Irti et de Benoît Frydman* 49

Giuseppe Zaccaria, *Autour de l'œuvre et sur le nihilisme de Natalino Irti : quelques remarques* 65

II
« Chacun choisit son droit »
Nihilisme juridique et guerre des valeurs

Fatiha Cherfouh-Baïch, *Nihilisme et guerre des valeurs* 81

Carlos M. Herrera, *Nihilisme juridique et démocratie. A propos d'un livre de Natalino Irti* 91

Frédéric F. Martin, *Nihilisme et modernité juridiques. Droit, valeurs et oubli des formes chez Natalino Irti* 99

Nader Hakim, *« Chacun choisit son propre droit » : le droit sur le fil du rasoir postmoderne* 123

Paolo Alvazzi del Frate, *Nihilisme juridique et responsabilité. Considérations autour d'un malentendu* 135

III
«Dialogo sul nichilismo giuridico»

Massimo Vogliotti, *Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico* 143

Préface

Ce volume présente les actes de trois colloques : *Le nihilisme juridique. Autour de l'ouvrage de Natalino Irti* à l'Université de Bordeaux, le 18 décembre 2017 ; *« Chacun choisit son droit ». Nihilisme juridique et guerre des valeurs* à l'Institut d'Histoire du Droit (EA 2515) de l'Université Paris Descartes, le 23 mars 2018 ; *Dialogo sul nichilismo giuridico all'Università*, Roma Tre, le 15 novembre 2018.

Les colloques ont aussi été l'occasion de présenter et de discuter la traduction française de 2017 du volume de Natalino Irti *Nichilismo giuridico*, sous la direction de Nader Hakim, Paris, Dalloz (*Rivages du droit*).

Dans sa contribution sur le nihilisme juridique, Natalino Irti nous présente les résultats convergents d'une longue tradition de recherches et d'enseignement. Elle se caractérise par une grande profondeur intellectuelle et par une sensibilité aiguë aux problèmes de la société moderne, notamment concernant la formation du juriste et la nature du droit dans sa nouvelle dimension technique et économique.

L'expression « nihilisme juridique », proposée par Irti dans le panorama de la science juridique contemporaine à la fin des années 1990, se fonde sur une dimension extra-étatique du droit.

Le droit de l'État, dans son acception traditionnelle, a du mal à poursuivre les phénomènes de la technique et de l'économie, qui ne connaissent pas de limites et ont une dimension planétaire. Irti affirme que « tandis que la puissance politico-juridique [...] agit dans le langage de la territorialité, la techno-économie étend sur le globe son propre espace » et, ainsi, « le droit se retrouve étonné et égaré ».

L'artificialité devient, pour Irti, le caractère qui détermine la norme juridique. L'artificialité, en effet, en se libérant de manière graduelle des liens territoriaux et des traditions historiques, est

le trait propre de la modernité juridique qui voit le droit prêt à accueillir n'importe quel contenu. C'est pourquoi, selon l'auteur, « les normes sont artificielles, ne tenant pas compte des contenus, capables de déterminer leur temps et leur espace. À ces normes, on applique le simple formalisme de la production : tout est procédure ».

Natalino Irti, juriste, avocat, philosophe et homme politique, est une figure de tout premier plan de la culture italienne. Son importance en tant qu'intellectuel a franchi les limites de la culture juridique car il a affronté des thèmes théoriques, philosophiques et politiques de grande envergure. C'est ainsi un observateur lucide de l'évolution du droit, mais également de la société italienne.

Il exerce une influence certaine grâce à ses interventions fréquentes et à ses articles dans la presse quotidienne. Quoiqu'on ne puisse certainement pas définir Natalino Irti comme un « intellectuel engagé » classique, ses interventions, toujours élégantes et respectueuses, caractérisées par un certain détachement et dépourvues de *vis polemica*, ont joué un rôle considérable dans le débat politique, en particulier dans la culture d'inspiration libérale et laïque.

Ses études de droit privé, abordées avec une sensibilité historique et philosophique particulière, ont toujours mis en lumière des thèmes à caractère général comme la nature et les fondements du droit. Ces interrogations ont, à l'époque, mis en évidence les tendances de fond de l'évolution plus récente du droit et ont souvent animé d'intenses débats dans la doctrine juridique italienne.

Paolo Alvazzi del Frate - Giordano Ferri

Natalino Irti

Nihilisme juridique[1]

I

L'expression est signalée chez un auteur allemand au début du XXe siècle, elle refait surface dans des essais publiés dans des revues, elle est le titre d'un livre publié en 2004. Elle ne désigne pas une tendance philosophique précise, ni une conception générale du droit, mais elle recueille et exprime les caractères de la modernité juridique. Le lien entre nihilisme et modernité, comment cette dernière se développe et se conclut dans le nihilisme, constitue le thème central de notre enquête.

Nous entendons par modernité juridique cette position des normes qui est toujours et uniquement remise à la volonté de l'homme ; aucun critère extérieur ne justifie la conduite et l'évaluation des choix qui ont déjà été accomplis. La décision de la volonté appartient à chacun, et elle ne reconnaît rien ni derrière ni au-dessus d'elle. Ce n'est pas que la volonté comprenne ou interprète un ordre cosmique, et prenne place dans la totalité des choses ; ce n'est pas que chaque choix reflète une sagesse extérieure ou un conseil divin : la norme est placée dans la nudité solitaire de la décision humaine.

L'adhésion originelle à un ordre cosmique qui rassemble à la fois divinité, nature et histoire des hommes et le dualisme plus tardif entre φύσις et νόμος sont étrangers à la modernité.

---

[1] Paru dans N. Irti, *Le nihilisme juridique*, Paris, Dalloz (collection « Rivages du droit »), 2017, p. 107-113. Publication originelle : « Nichilismo giuridico », dans *Il salvagente della forma*, Rome-Bari, 2007, p. 99-105.

Ce *dualisme* – qui remonte à la sophistique grecque et qui s'est perpétré, avec des variantes laïques et religieuses, jusqu'à nos jours – brise l'unité entre la volonté humaine et la loi de l'univers, et *laisse émerger, au-dessus ou contre le droit positif, un critère de jugement*, capable de conférer ou de nier la validité des normes que l'homme a décidé.

La question sur la validité du droit positif, puisqu'il faut sous-entendre que la positivité ne coïncide pas nécessairement avec la validité, ouvre la voie aux dualismes tourmentés et dramatiques dont est marquée l'histoire du droit toute entière. « La conscience naïve – a soigneusement remarqué Wilhelm Winderland – obéit au commandement sans se demander d'où il dérive ni ce qui le justifie. Les lois, morales ou juridiques sont ce qu'elles sont, une fois pour toutes ; l'individu ne doit rien faire d'autre qu'obéir. Pendant cette période présocratique, personne ne pensa à examiner la loi et à se demander sur quoi se fonde sa validité ». Alors que surgit la question sur la validité du droit positif – et donc la question : *s'il existe, comment doit-il être ?* –, l'unité originelle se brise et un dualisme intérieur s'ouvre à la même place que les normes. Ces dernières ne sont pas laissées seules à mesurer leur propre mécanisme et leur propre organisme, mais elles sont placées devant un critère d'évaluation, qui les approuve ou les désapprouve, les reconnaît ou les refuse, les confirme ou les infirme. Ainsi, les distinctions et les antithèses se multiplient : des normes valables et injustes ; des normes valables et justes ; etc.

Ces dualismes, engendrés par la rupture de l'unité originelle, expriment, à leur tour, *ce besoin d'unité* où les tensions internes au droit se construisent et s'apaisent.

II

C'est la critique d'anéantissement de chaque dualisme qui construit une telle unité, nouvelle et différente. La « mort de

Dieu », c'est-à-dire la perte de l'influence sociale du christianisme, le refus de la métaphysique ; la conquête technologique de la nature ; la lutte de l'historicisme contre la raison ; tous sont des facteurs qui restreignent l'horizon juridique à la pure volonté de l'homme. On atteint ainsi une nouvelle unité : elle n'est plus fondée, comme l'ancienne, sur l'adhésion à l'ordre cosmique, sur la pénétration du moi dans le monde, mais sur la racine exhaustive de la volonté humaine. Cette dernière, en se libérant de chaque rapport extérieur, se renferme entièrement dans sa solitude terrestre. Elle se suffit à elle-même, elle n'a pas besoin de se tourner vers d'autres lieux – divins ou naturels – pour justifier ses choix. Elles « se font justes » le long de leur parcours effectif et historique.

Nietzsche saisit la condition de la modernité juridique avec une très grande clarté (aphorisme 459 de « Humain trop humain ») : « Mais là où le droit, comme chez nous, n'est plus une tradition, il ne peut être qu'un *impératif* – qu'une contrainte –; nous n'avons plus, tant que nous sommes, de sentiment du droit traditionnel et par conséquent nous devons nous contenter des *droits arbitraires*, expressions de cette nécessité, *qu'il faut qu'il y ait* un droit. » Le droit ne nous est plus « transmis » par les autres – qu'il s'agisse du passé historique ou de la sagesse d'un dieu –; et tombe donc entièrement dans la volonté occasionnelle et précaire de l'homme, dans son « arbitre » satisfaisant ainsi la « nécessité de l'existence d'un droit ». Si l'on n'a pas un « sentiment traditionnel du droit » cela veut dire que l'on ne perçoit aucun lien, aucune supposition qui conditionne les choix normatifs.

III

L'absence de présupposés se trouve dans les caractères du nihilisme juridique. La condition de validité du droit positif ne se trouve pas à l'extérieur ou avant lui, mais à l'intérieur de lui, dans son mécanisme de production des normes. Les titres de légitimation

extérieure sont tombés ou se sont abaissés. La décapitation de Louis XVI acquiert une importance symbolique: les dieux ne servent plus d'intermédiaire. Quand on enseigne ce qu'est la souveraineté *originelle*, on dit que le droit trouve son origine en lui, que la chaîne des normes, allant des normes générales aux particulières, n'est pas pendue à un crochet extérieur, mais elle se déroule et se soutient toute seule.

Cette chaîne obéit, dans les démocraties occidentales, à la *rationalité technique*, qui est propre à l'économie capitaliste. Les normes juridiques sont considérées comme un *produit*, c'est-à-dire comme le résultat d'un mécanisme technique, capable de recevoir et de traiter n'importe quelle matière. *Les fabriques du droit* ont l'aspect de procédures, de séquences d'actes ordonnées, qui se dirigent vers un produit définitif. Le langage du droit a une dette envers le langage de l'économie : production, procédures, fonctionnement, efficacité, etc. C'est le langage des dispositifs prêts à « broyer » le blé et l'ivraie, capables, dans leur fonctionnalité abstraite et régulière, de traduire en norme juridique n'importe quel contenu (politique, religieux, scientifique, et ainsi de suite). La rationalité technique n'évalue ni ne sélectionne les contenus : et elle n'est pas capable de le faire, puisqu'elle ne suppose rien, et elle n'est donc pas munie d'un critère de distinction et de choix. Au formalisme des procédures correspond *l'indifférence du substantialisme*. Il serait également inutile – comme par exemple tentent Jürgen Habermas et d'autres philosophes ou juristes – d'invoquer, comme limite ou comme remède, « le patriotisme de la constitution », qui reste toujours le « patriotisme » d'une ou de plusieurs normes, appartenant à un droit positif donné et donc susceptibles d'être abrogées ou modifiées. Ainsi *on ne sort pas du droit positif*, on ne trouve pas de critère *supra* historique, mais plutôt un contenu donné de normes qui se radicalise ; ce dernier revêt un aspect immobile et statique, en franche contradiction avec la logique du régime démocratique. Cet engagement – est-il utile de le faire remarquer ? – est lui aussi un acte de volonté,

une attribution de priorité décidée et soutenue par le pouvoir humain, et donc variable et précaire.

IV

Nous sommes arrivés au caractère principal du nihilisme juridique. Le droit ne reconnaît plus « son chemin » ; il a perdu tout centre. Il serait trop facile de répéter ici, et d'adapter aux phénomènes juridiques, des diagnostics célèbres du nihilisme, des aphorismes des philosophes, ou des descriptions convaincantes des gens de lettres. Il suffira de dire que *le néant entoure le monde du droit* : aucune norme n'apparaît nécessaire et inconditionnée. Les mécanismes de production (production – met en garde Emanuele Severino – est le mot cruel du nihilisme) extraient les normes du néant et les rejettent dans le néant. À la place de la raison unique et universelle ou de la nature législatrice, on trouve les innombrables *rationes* de chaque norme : ce sont les buts – quel que soit la nature ou l'espèce – poursuivis par chacune d'entre elles. C'est donc un droit privé de durée, sur lequel s'exerce, avec une fatigue incessante, le réformisme politique (et ceci fut le profil diagnostiqué avec lucidité par Ortega y Gasset).

La dissolution des vieux dualismes nous a laissé cette terrible et douloureuse unité : l'unité du moi consentant et déterminant, qui s'est libéré de toute supposition, et, avec Nietzsche (aphorisme 248 de *Humain, trop humain*), répète à lui-même : « nous ne *pouvons* pas revenir à l'ancien, nous *avons* brûlé nos vaisseaux ; il ne nous reste que d'être vaillants, qu'il en advienne ceci ou cela »[2]. Le nihilisme juridique a en réalité ce courage extrême : ce n'est pas une immobilité statique et rigide, mais plutôt une production obsessive et indéfinie de normes. Les « sources » du droit se multiplient, laborieuses et assidues : contractuelles, régionales, nationales, européennes, internationales etc. Dans cette fluidité

[2] Note des traducteurs : F. Nietzsche, *Oeuvres*, dir. Jean Lacoste et Jacques Le Rider, I, Paris 1993, op. cit., p. 573-574 (soulignement dans le texte).

productive – qui ne connaît ni les barrières des constitutions ni les mesures des codes –, aucune norme se soustrait au *risque de l'annihilation*. Aucune norme n'a la force de résister aux procédures, qui, elles seules, donnent la vie et l'enlèvent.

Un document inattendu et précurseur du nihilisme que nous sommes en train de décrire, se trouve dans l'oraison de Foscolo « *Sull'origine e i limiti della giustizia* » (*Sur l'origine et les limites de la justice*, 1809). L'auteur – qui s'avoue être un « de ces mortels, où l'engagement et la chance ayant nié la voie à la vérité du droit, doivent au moins s'en tenir à la certitude du fait » – découvre que sur la terre « justice, patrie et raison d'état résonnent [...] à l'unisson ». « Je ne peux toutefois nier – ajoute Foscolo – qu'il existe des principes certains et éternels de droit naturel, de droit divin et des gens : je ne sais pas ; j'ai parlé uniquement de ce que j'ai vu, et j'en ai donc tiré les conclusions suivantes : que les normes, justement, bien qu'elles fassent la gloire et la prospérité des philosophes, ne peuvent être ni connues, ni pratiquées par les peuples auxquels on ne peut parler que par l'intermédiaire des lois positives ». Ces dernières se livrent entièrement à la volonté de l'homme : de l'homme qui ne sait rien du pourquoi de la vie et rien de cette vie sur la terre « dont, après autant de siècles de curiosité, de calculs, d'expériences, il ne peut connaître ni les âges, ni les vicissitudes, ni les confins, ni le début ni la fin ». Un non-savoir absolu, une absence ou une ignorance des origines et des finalités, qui excluent le « chemin vers la vérité du droit », et limitent la volonté humaine à choisir des fins variables et précaires.

V

Le vrai trait dominant du nihilisme juridique est que ce mystère, ce déclin des sens unitaires et globaux n'engendre pas une résignation inféconde, mais suscite plutôt un regain de volonté, admettant la fraternité avec le devenir. Les hommes, même s'ils sont laissés seuls et incultes, opèrent et désirent,

haïssent et aiment, veulent et ne veulent plus d'innombrables objectifs. L'histoire continue de voir des vainqueurs et des vaincus, rapports brisés et nouveaux équilibres de forces, des volontés qui déclinent et d'autres qui s'élèvent impétueuses et hautaines. Les mécanismes de production des normes en retirent le tumulte des idées et des volontés par l'intermédiaire de la politique : dans les démocraties occidentales, les partis politiques remplissent cette fonction de médiation. Une fois qu'elle a été immergée dans le mécanisme procédural et qu'elle a recueilli la quantité de voix nécessaire, *la volonté qui propose se convertit en volonté qui impose*. Puisque les dualismes antiques sont dissous et que le droit se constitue et se déroule sans présupposés décisifs, il n'y a pas d'autre instance, il n'y a pas de juge d'appel contre les normes (constitutionnelles ou ordinaires) ainsi délibérées. L'autosuffisance de la production juridique offre la mesure du nihilisme. Nietzsche en a tiré la conclusion (aphorisme 472 de *Humain, trop humain*) : « Personne ne ressentira plus à l'égard d'une loi d'autre devoir que de s'incliner momentanément devant la force qui a porté cette loi : mais aussitôt on entreprendra de la saper par une force nouvelle, une nouvelle majorité à former »[3]. L'absence de présupposés – c'est-à-dire de conditions, qui, soustraites à la volonté de chacun, relient et unifient tous les hommes – conduit l'individu à se refermer dans son propre moi. Le caractère global du marché, où chacun se retrouve contre ou devant l'autre, et s'efforce de tirer d'une négociation obsessive et anxieuse le meilleur avantage, ce caractère donc favorise et accélère le processus du *solipsisme*. Ce moi, qui dans la politique intérieure se plie aux procédures de décision et au critère quantitatif de la majorité, est finalement et complètement seul. Il estime que la source du droit, des attentes et des engagements est l'accord individuel négocié et conclut ici et maintenant : accord où l'on mesure son habilité et son génie des affaires. Le droit non pur s'est libéré des dualismes théologiques ou métaphysiques,

[3] Note des traducteurs : *ibid.*, p. 648.

mais comme il a dépassé les procédures de décision majoritaire, il se retrouve dans un *point* extrême, dans cette unité originelle et absolue qui est la volonté du moi. Tout dépend de moi; c'est moi seulement qui ai le mérite du succès ou la responsabilité de l'échec.

Le nihilisme du marché et le nihilisme du droit se rejoignent dans la modernité globale : comme la volonté peut tout désirer, et chaque chose peut devenir un objet d'échange, ainsi la volonté peut négocier et conclure n'importe quel accord, et engendrer n'importe quel droit. Le nihilisme de la volonté inconditionnée descend des majorités parlementaires vers chaque moi, se dévoilant dans ses racines les plus intimes et les plus profondes.

VI

Ces aperçus, esquissés ou ébauchés dans cette « rubrique », montrent que le nihilisme juridique se situe entre la description historique et la réflexion philosophique. D'un côté, elle recueille et raconte les événements de la modernité juridique, qui se déroule à l'intérieur des démocraties parlementaires et dans l'espace planétaire des marchés. De l'autre, il est conscient de cette histoire, *la conscience d'une nécessité*, qui engendre et explique le déroulement des faits. C'est la nécessité intérieure d'un droit refermé sur lui-même, capable de s'imposer et de se développer tout seul, livré entièrement à la volonté solitaire et dénudée de l'homme. Cette volonté – qui n'est soumise à aucun lien, ni théologique, ni métaphysique, ni historique – cette volonté donc choisit à chaque fois son propre chemin, et le parcourt ou l'abandonne ou le renverse ou le détruit. Le droit ne fait qu'un avec la *temporalité* variable de la volonté : il se brise dans les objectifs innombrables de chaque norme, mais il n'a pas un « lieu » définitif, il n'a pas non plus de sens enlaçant et unifiant. Le nihilisme raconte cette histoire, et sa conscience

devient douloureuse. Savoir que les normes, telles quelles sont, pouvaient ou pourraient être différentes, et que leur naissance et leur mort dépendent seulement de la volonté de l'homme, et que cette volonté se développe et se réalise avec un élan inconditionné, libéré de tout présupposé, voilà le caractère décisif du nihilisme juridique.

I

Le nihilisme juridique. Autour de l'ouvrage de Natalino Irti

Université de Bordeaux
Centre Aquitain d'Histoire du Droit
18 décembre 2017

Giordano Ferri

De la décodification au nihilisme juridique

1. *Introduction*

Premièrement, tous mes remerciements, pas seulement formels, vont à Nader Hakim qui m'a invité à participer à cette journée d'études dans une université aussi prestigieuse, face et au côté d'éminents spécialistes du droit.

Je remercie en outre Nader Hakim et Paolo Alvazzi del Frate de m'associer à la publication en français de l'œuvre de Natalino Irti.

J'ai eu la chance de connaître ce remarquable juriste dans mon enfance et, par amitié pour ma famille, il m'a suivi tout au long de mes études et dans mes recherches. Je lui adresse également mes remerciements personnels pour avoir manifesté dans son ample production scientifique une sensibilité envers les études et l'approche historico-juridiques et envers les études de théorie générale du droit.

Irti, en effet, bien que professeur de droit civil, ne s'est jamais limité à étudier le droit en vigueur mais s'est toujours penché sur l'évolution des problèmes juridiques dans l'histoire italienne et européenne.

En outre, il a toujours fait preuve d'un savoir étendu sur la philosophie du droit et sur la philosophie en général. Irti a toujours considéré la philosophie et l'histoire comme des instruments indispensables pour étudier le droit et en comprendre le sens profond. Dans sa conception du droit et de l'histoire juridique, son adhésion à l'extrait du juriste romain Gaïus qui se trouve dans le Livre I, Titre II du Digeste de

Justinien[1], *principium est potissima pars,* est évidente.

Cet aspect fait de lui une rareté dans le panorama de la doctrine du droit civil italien et dans celui de la science juridique italienne.

Cet exposé ne portera qu'indirectement sur le nihilisme juridique, car j'ai décidé de m'intéresser aux études d'Irti concernant la codification. Je me focaliserai sur les réflexions lucides et visionnaires qu'il a formées sur le code comme modèle normatif dans la société contemporaine.

En effet, de mon point de vue, l'analyse des problèmes ayant provoqué la perte du rôle central du code dans l'ordre juridique de la société contemporaine constitue, dans la pensée d'Irti, le point de départ de ses travaux sur le formalisme juridique et le nihilisme juridique.

J'ai écrit dans l'introduction au volume que nous présentons, que l'œuvre d'Irti sur le nihilisme juridique et ses recherches sur le formalisme juridique découlent de ses interrogations sur la fonction différente que revêtit le droit dans la dernière période de la codification contemporaine, lorsque les principes qui avaient inspiré le législateur du XIXe siècle ne se reflétaient plus dans les structures sociale et économique de l'Europe de la seconde moitié du XXe siècle.

Selon Irti, le recours à une nouvelle fonction et une nouvelle forme de droit est dû à l'érosion de ces conditions théoriques qui étaient à la base de la culture libérale du XIXe siècle, de l'autoritarisme et de ses résistances. Cet effritement a engendré l'affaiblissement de l'État entendu dans le sens d'État de droit et celui d'État totalitaire.

Ainsi, Irti commence à réfléchir à une nature différente du droit à partir du moment où il prend en considération le rôle du code civil au sein de l'ordre juridique de l'État.

[1] D. 1.2.1.

2. *Le processus de décodification*

Sa contribution monographique de 1979 sur *L'età della decodificazione* est d'ailleurs centrale dans cette réflexion, tout comme sa monographie suivante sur *Il codice civile e la società politica*. Irti, reprenant les pages rédigées à l'occasion d'une conférence tenue l'année précédente à l'université de Salamanque, oriente le lecteur vers la nécessité d'interpréter le droit de manière différente et originale plutôt que traditionnelle.

La question de fond de ce travail porte sur la perte du rôle central du code civil italien de 1942 dans l'ordre juridique. Elle concerne également la perte progressive des contenus de ce même code due au phénomène de « polycentrisme législatif ». Ce phénomène a été décrit par Irti comme une prolifération de lois spéciales dictées par les intérêts des différents acteurs structurant la société et quelquefois extérieurs au cadre institutionnel de l'État. Irti écrivait que la période historique qui s'ouvre au lendemain de la seconde guerre mondiale restera peut-être dans les mémoires comme l'âge de la décodification : d'une conquête territoriale quotidienne et pénétrante par les lois spéciales. La fonction du code civil subit ainsi un revirement : non plus droit général, mais résiduel; non plus discipline d'affaires importantes, mais de ces cas vides, de ces éléments de fait, de ces notes individuantes, qui provoquent l'émergence de nouveaux principes dans les lois spéciales.

L'objectif que s'était fixé le législateur fasciste – qui s'était projeté dans le futur, vers les années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Constitution républicaine – de ne reconnaître formellement comme droit existant que celui créé par l'État autoritaire et contenu dans le code comme modèle normatif finit par n'être plus qu'un lointain souvenir.

Mais cette tendance, précisément, ne se borne pas à questionner l'utilité du code : elle jette avant tout les bases d'une réflexion inédite sur le droit et ses contenus, pour comprendre

le rôle nouveau du juriste dans la société actuelle.

Mais qu'est-ce qui détermine ce processus continu de décodification ?

La source de négociation des lois s'avère être le véritable obstacle à l'élaboration de nouveaux codes et une grave menace pour les anciens. Elle s'acquitte du problème principal des démocraties modernes, c'est-à-dire parvenir à un consensus au sujet de la loi ou, si l'on préfère, établir la loi sur le consensus. Cette adhésion ne concerne pas la collectivité dans son intégralité, celle qui s'exprime par le vote et le mandat parlementaire, mais des catégories plus spécifiques d'individus. Les 'intéressés', les 'parties' ou 'contreparties' de certains problèmes, négocient et trouvent un accord. L'État, qui a été soit 'partie' dans les négociations soit spectateur de celles-ci, se contente d'en recueillir les résultats sous forme de loi. Le pouvoir souverain ne décide pas, il enregistre la décision extérieure appuyée par le consensus des parties.

De cette manière le conflit d'intérêt se résout de lui-même : la loi a force du contrat. L'État bourgeois de droit, fondé sur la souveraineté neutre de la loi, cède ici aux caractéristiques de l'État démocratique : les divisions de la société et les accords entre les acteurs sociaux pénètrent dans les procédures d'élaboration des normes. Les lois spéciales – ayant atteint, dans leur stratification, un certain degré de stabilité – expriment des principes généraux, différents ou contraires à ceux retenus dans le code ; elles donnent donc naissance à des microsystèmes dotés d'une vigueur normative et pourvus de langages spécifiques. Dans certains domaines ou au sein de certaines relations, la discipline du code civil s'en trouve alors réduite à une fonction résiduelle.

L'antithèse entre le code et les microsystèmes, le conflit entre les principes régulateurs, la diversité des méthodes interprétatives (globale ou fragmentaire, logique ou exégétique), l'incapacité ou la neutralité du législateur : tous ces éléments confèrent une importante responsabilité historique au corps des juristes.

D'une part, celui-ci est appelé à composer des noyaux de lois spéciales dans l'unité des microsystèmes ; d'autre part, il doit inscrire ces microsystèmes ou le code dans l'horizon général du droit étatique. De ce fait, les lois spéciales rendent aux juristes la charge de systématisation que les codes semblaient leur avoir retirée pour toujours. Le droit des juristes renaît (comme cela arrive d'ordinaire au cours de l'histoire) de la dispersion fragmentaire des lois.

Pourtant, d'après Irti, c'est bien la crise des codes qui provoque la crise identitaire des juristes en tant qu'interprètes des codes. Face à la stabilité donnée au système juridique du code civil, l'interprète a la possibilité de regarder avec attention la systématique : le juriste peut être le porteur d'un savoir juridique total.

Avec la crise du code et l'affirmation de la législation spéciale, ce même juriste devient un technicien des microsystèmes.

Dans un tel contexte, la science juridique endosse néanmoins selon Irti un rôle important : la garantie des codes ayant disparu, la certitude du droit devient du ressort de la doctrine et, donc, de la formation universitaire des juristes.

La thèse d'Irti sur la décodification a suscité autant d'adhésions que de critiques de la part des civilistes, des historiens du droit et des philosophes du droit.

De juristes se sont interrogés sur le dépassement du code comme modèle normatif et sur les conséquences qu'engendrerait ce dépassement dans la définition de la fonction nouvelle conférée à la science juridique. Ils ont identifié les raisons suivantes du processus de décodification :

- l'autorité du code est dépassée par celle de la Constitution de la République italienne de 1948;
- le nouveau droit est de plus en plus produit en dehors du cadre national;
- le code est une loi impérative, alors que de nos jours la loi résulte souvent d'une négociation;

- on y trouve d'importantes règles non législatives;
- les prépositions du code sont générales et abstraites, tandis que de nos jours, la loi s'adressant à un groupe plus ou moins restreint de personnes, on assiste à la renaissance du particularisme juridique d'Ancien Régime, incompatible avec l'idée de codification.

Nombre de civilistes, y compris ceux ayant récemment parlé de décodification extérieure au code, qui ne modifie en rien le modèle historique du code, s'accordent sur le fait que les phénomènes de décodification et de modification des textes uniques et des lois spéciales, question déjà posée par Luigi Mengoni dans « L'Europe des codes ou un code pour l'Europe ? »[2], trouvent leur solution dans le droit des juristes, c'est-à-dire dans une nouvelle et plus lourde responsabilité de la science.

Dans le cadre des études historico-juridiques, les thèses de Natalino Irti sur la codification ont soulevé des critiques et des formulations nouvelles concernant les origines du code comme modèle normatif. Sur ce sujet, l'historiographie juridique contemporaine s'est principalement concentrée sur deux perspectives d'étude.

La première envisage le code comme un produit normatif à travers lequel L'État législateur a revendiqué son rôle de source exclusive de l'ordre juridique, donnant aux initiatives législatives nouvelles les caractères de l'exhaustivité et de l'auto-intégration. Voilà la raison pour laquelle la solution aux cas concrets ne pouvait se trouver que dans la réglementation générale et abstraite ici contenues. Paolo Grossi est la figure principale de cette position.

La seconde, au contraire, voit les codes comme des produits voulus par le législateur français pour réunir de façon coordonnée la discipline applicable à tous les citoyens de l'État et pour remédier au particularisme juridique d'Ancien Régime, sans aspirer prématurément aux caractères d'exhaustivité et

[2] L. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Rome 1993.

d'auto-intégration propres au légalisme étatique. Le législateur, afin de réaliser un tissu normatif uniforme sur l'ensemble du territoire français, territoire marqué par la fragmentation et la pluralité des statuts personnels et réels ainsi que par la grande diversité des coutumes, avait respecté les exigences sociales révolutionnaires, autrement dit les cahiers de doléances. Tentant de coordonner les différentes dispositions normatives, il avait réuni le matériel juridique de la tradition du droit coutumier et du droit écrit dans un corps de règles unique qui pouvait garantir aux citoyens la tutelle des droits fondamentaux et le fonctionnement de la justice. Ugo Petronio est le principal défenseur de cette position[3].

Par conséquent, le code comme modèle normatif introduit dans le paysage législatif européen depuis la France devient l'objet d'études des historiens du droit italien, pour aborder aussi le problème de la décodification et déterminer si le code se vide effectivement de sa substance et s'il perd sa place centrale dans l'ordre juridique, ou s'il s'agit d'une méprise, d'une spéculation théorique basée sur une signification attribuée par erreur à la notion de code. Il est question ici de deux points de vue divergents mais tous deux indubitablement acceptables.

Il convient toutefois de souligner que la perspective d'Irti, à mon avis, ne s'inspire pas du code comme modèle normatif promu par le législateur français en 1804 mais par la réalité historique dans laquelle se trouvait le code civil italien dans les années suivant la seconde guerre mondiale, les années durant lesquelles les progrès économiques et technologiques amenèrent le législateur à proposer des solutions normatives que le code ne pouvait comporter. Natalino Irti introduit donc le thème de la décodification en indiquant des repères historiques précis, bien loin peut-être de vouloir avancer une question de théorie générale du droit. Le processus de décodification décrit par Irti est survenu historiquement et entraîne des interrogations

[3] U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Turin 2002.

non pas sur les origines du code dans la France du XIXe siècle mais sur le sort du code à une époque où il est permis au droit de s'étendre au-delà des frontières idéologiques de l'État, de se détacher de son lieu d'origine et de se manifester dans une création artificielle des normes, sur la base d'un rapport toujours plus étroit avec la techno-économie. Irti écrit que les normes deviennent ainsi « fabriquées, indifférentes aux contenus, capables de déterminer leur temps et leur espace » et qu'on leur applique « le simple formalisme de la production juridique ».

Cette artificialité est le trait caractéristique de la modernité juridique et, n'entretenant aucun lien avec le droit naturel, elle est en mesure de recevoir n'importe quel contenu et de se dégager des contraintes territoriales et des traditions historiques.

Le droit se trouve alors entièrement absorbé par la technique dans sa matrice économique, en sa qualité de progrès technologique et de découverte scientifique, et sa forme, autant que son contenu, est à leur disposition. Le droit est lui-même une technique parmi les nombreuses autres. De cette manière, la loi peut uniquement agir comme une barrière ou se conformer aux exigences économiques.

Les raisons qui sont à la base de la décodification constituent le berceau dans lequel naît et se développe la période du nihilisme juridique. Selon moi, une époque qui pour Irti ne signifie pas la mort de la pensée juridique mais au contraire un élan qui pousse à la structuration des universités et des centres de formation pour les rendre conformes aux exigences nouvelles de la société.

3. *Le thème du formalisme juridique*

Entre la fin du XXe siècle et les premières années 2000 Natalino Irti a repris le thème du formalisme juridique dans le cadre d'une analyse qui comprend certains aspects de la théorie

générale du droit. Il s'agit d'un sujet auquel Angelo Ermanno Cammarata, Giovanni Tarello, Riccardo Orestano ont consacré des articles encyclopédiques et des études significatives. Bien que leurs points de vue reflètent les différentes positions de ces spécialistes de la philosophie du droit, de l'histoire juridique et bien qu'ils témoignent d'une différence de formation culturelle, ces auteurs en arrivent à concorder combien l'expression « formalisme juridique » est loin de se limiter à un phénomène juridique unitaire, valable pour toute période historique et classable dans une seule expérience déterminée. Autre trait commun de leur pensée: l'impossibilité d'identifier le « formalisme juridique » avec la forme du droit. Toutefois ces réflexions révèlent de façon évidente le recours à l'État par une tentative commune de dépasser le normativisme théorisé par Kelsen. Cammarata lui-même, qui considérait comme nécessaire un recours au formalisme spéculatif, refuse la vision impérativiste de la norme et, par conséquent, du formalisme de type kelsenien, en soutenant l'existence d'une connexion profonde entre la loi de l'État et la liberté de l'individu. En effet, le formalisme juridique se résout par l'étatisation législative d'un modèle de comportement, lié à des conditions de temps et de lieu, c'est-à-dire à des situations de fait qui permettent l'application d'une même loi[4].

Dans son exposé sur l'*Interpretazione della legge*, volume d'introduction du *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigé par Antonio Cicu e Francesco Messineo, Giovanni Tarello se révèle comme un adepte convaincu du réalisme juridique et de l'anti-normativisme. Selon Tarello « interpretazione della legge è attribuzione di significato a un documento legislativo da parte di un soggetto interprete », en raison du fait que le droit n'est susceptible d'aucune définition conceptuelle et exclusivement normative, mais qu'il apparaît plutôt, sur la base d'une lecture

[4] A.E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico. Studi,* Milan 1963; Id., *Formalismo giuridico,* in *Enciclopedia del diritto,* 17 (1968), p. 1012-1024.

phénoménique, comme un ensemble concret non systématique de règles créées par l'État et ayant comme but de discipliner les relations entre sujets[5].

Dans le cadre d'une description précise de la pensée juridique moderne et contemporaine et face à toutes les tendances visant à la seule considération des aspects formels du droit, Riccardo Orestano conclut son article encyclopédique en reprenant l'avertissement de Giuseppe Capograssi: « se la scienza potesse staccarsi da questa vita, se si staccasse da essa come talvolta è accaduto, resterebbe senza basi e non sarebbe più se stessa, perché si ridurrebbe, o a una pura e penosa descrittiva di fatti giuridici… oppure a una pura e vuota attività di costruzione degli elementi logici che risultano dalle norme (si ridurrebbe veramente a una logica astratta e formale alla quale sfuggirebbe la norma stessa nella profonda e caratteristica connessione con l'esperienza. Nell'uno e nell'altro caso la scienza del diritto non sarebbe più conoscenza del diritto ma costruzione di alcuni sistemi vuoti - di fatti e di norme - che non avrebbero nessuna rassomiglianza con la vita né potrebbero inserirsi nel lavoro della vita »[6].

Plus récemment Mario Jori a consacré à ce sujet une réflexion attentive en formulant une distinction entre le formalisme interprétatif, le formalisme pratique et le formalisme scientifique: le formalisme interprétatif se fonde sur l'idée que les normes ont une seule interprétation, juste ou spécifique. Le formalisme pratique se fonde sur l'idée que les juristes ne prennent pas leurs décisions sur la base de chaque cas concret, mais à travers des normes et par conséquent selon des critères généraux et abstraits. Le formalisme scientifique, dans ses différentes acceptions, entre autres celle qui considère purement et simplement la nature de la science juridique comme

[5] G. Tarello, *L'interpretazione della legge,* Milan 1980, p. 106 et suiv.; Id., *Formalismo,* in *Novissimo Digesto Italiano,* VII (1961), p. 571-580.

[6] R. Orestano, *Formalismo giuridico,* in *Enciclopedia italiana,* III Appendice, Rome 1961, p.658.

classification systématique[7].

Les pages que Irti a consacrées plus récemment à cette expression de la pensée juridique moderne s'inspirent aux aboutissants de la doctrine du siècle dernier, en particulier de la doctrine allemande. Toutefois, elles en dégagent en plus de nouvelles définitions, ainsi qu'une théorie originale en réponse aux sollicitations d'une technique indubitablement plus complexe et enracinée dans une réalité économique *extra*-étatique.

Dans son acception moderne, le formalisme ne dérive plus, pour Irti, de l'enthousiasme pour la conformation du système, et par conséquent des interprètes du droit, aux normes de l'État-législateur, mais d'un technicisme absolu en fonction du marché, du progrès technologique et de leurs motivations.

L'éloignement de la norme de l'État, envisagé par Irti comme communauté politique et instrument d'élaborations d'options qui engagent les individus, ouvre la porte au nihilisme juridique, c'est-à-dire à la « privation du droit dans un sens transcendant », à la perte de toute sa substance, à l'inutilité du juriste dans des fonctions qu'une solide tradition lui avait reconnue.

Cet éloignement doit être compris de manière différente dans la théorie de Filippo Vassalli[8] concernant le caractère extra-étatique du droit civil, une théorie qui s'exprime aussi bien dans ses fonctions de coordination des travaux préparatoires du code civil, dans une période qui va de 1928 à 1942, que dans sa production scientifique qui aura sa confirmation définitive[9] dans son discours

[7] M. Jori, *Formalismo giuridico,* in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, VIII, Turin 1994, p. 425-438.

[8] Concernant la vie et les oeuvres de Filippo Vassalli, voir G.B. Ferri, Vassalli Filippo, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, dirigé par I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologne 2013, II, p. 2022-2015.

[9] Giovanni Chiodi a récemment mis en évidence qu'il s'agit d'une confrontation définitive. En effet, parlant de la réforme du droit de

académique inaugural du 9 décembre 1930 à l'Université de Rome. Discours sur *Arte e vita nel diritto civile,* auquel s'ajoute également l'essai sur *Extrastatualità del diritto civile,* publié dans les *Studi in onore di Antonio Cicu* quelques années avant sa mort. Dans son discours romain Vassalli en arrive à connoter le caractère extra-étatique du droit civil dans l'importance du recours aux principes généraux du droit considérés non seulement dans le

propriété à l'Accademia dei Georgofili de Florence,Vassalli avait envisagé, en 1923 déjà, une nette alternative: ou le système juridique devait se préparer à affermir la volonté des privés (avec toutes les limites inhérentes au droit), ou la liberté de chacun devait se plier à la volonté de l'État (cf. G. Chiodi, *Vassalli Filippo,* in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettre ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero, VIII appendice,* dir. P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Rome 2012, p. Pour compléter son exposé, Giovanni Chiodi s'est longuement arrêté sur la pensée de Vassalli et a mis en évidence la façon dont elle s'est structurée en une vision pluraliste des sources du droit, sur le rôle créatif de l'interprétation juridique, sur la fonction de la science juridique dans l'oeuvre même de la codification (cf. G. Chiodi, « *Innovare senza distruggere »: il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927)*, in *Il progetto italo-francese delle Obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione,* dir. G. Alpa et G. Chiodi, Milan 2007, p. 141 et suiv.). Les réflexions de Laura Moscati, lors de la journée d'études du 5 novembre 2014 dans la salle des Actes Parlementaires du Sénat, revêtent une importance particulière. Cette journée avait été dédiée à Filippo Vassalli et aux polycopiés de ses cours sur le Livre VI du Code civil. Ces polycopiés ont été récemment réédités par la Bibliothèque du Sénat et par le Conseil National du Barreau (cf. F. Vassalli, *De la Tutelle des droits (Livre VI Code Civil),* dir. Carlo Alberto Funaioli, Matera 2014). Reprenant un chapitre introductif des polycopiés, l'historienne du droit a examiné, le rapport entre l'aspect extra-étatique du droit civil et la codification dans l'activité scientifique et « législative » de Filippo Vassalli. Laura Moscati a mis en évidence la double nature d'oeuvres politiques et de doctrine des codes civils. Cette double nature se concrétise, d'une part à travers le problème des codes nationaux comme entrave au rapprochement de différentes expériences juridiques, d'autre part à travers le rôle de la doctrine, en tant que véhicule d'uniformisation et d'unification des différents droits nationaux.

cadre du système juridique positif, mais s'appliquant également à tout le système juridique et redevables d'une vaste tradition de valeurs culturelles. Une tradition culturelle qui forme à la fois le code et la pensée du juriste:

> E' innegabile d'altronde l'influenza che ha avuto su questo atteggiamento della legge civile l'origine sua dal diritto romano, anzi la formazione dei codici sulla trama stessa delle fonti romane. Il procedimento dei giureconsulti romani s'è imposto, in larga misura, al legislatore stesso. La legge civile è nata, per gran parte, da codesta interpretazione: di là la riflessione, la cura di ricondurre le soluzioni ai principì, l'analisi metodica e volentieri sottile[10].

Sa position apparaît encore plus incisive lorsque dans les années suivant l'entrée en vigueur du Code civil de 1942, où il soutient, dans une analyse critique des conséquences de la prise de possession de la part des codifications étatiques de la discipline des rapports de droit civil, que les codes nationaux ont brisé « quella comunione di spirito, di idee, di costumi che un tempo trovava la sua espressione nel diritto comune », et qu'ils ont compromis « insieme con l'universalità della disciplina quel suo stesso fondamento razionale ed etico che della universalità era la ragione »[11], y compris « la stabilità delle relazioni sociali ».

[10] F. Vassalli, *Arte e vita nel diritto civile,* « Rivista di diritto civile », 1931, p. 118-119.

[11] Vassalli explique en ces termes les raisons de cette affirmation: « poiché, in una disciplina dominata dalle valutazioni del potere pubblico, l'arbitrio del legislatore può agevolmente sovrapporsi alla ragione e alle stesse esigenze etiche » (cf. F. Vassalli, *Extrastatualità del diritto civile,* in *Studi in onore di Antonio Cicu,* II, Milan 1951, p. 487 et suiv.). En ce qui concerne la survivance des principes généraux du droit civil dans le système codifié on relèvera enfin les réflexions de Sergio Bartole, Antonio Jannarelli, Guido Alpa et Enrico Del Prato, présentées en novembre 2014 à

Les conclusions et les conseils auxquels il aboutit en répondant à la question « Que faut-il demander aux partisans du droit?, revêtent une importance particulière pour pouvoir mesurer la diversité et la distance de sa perception du caractère extra-étatique du droit par rapport à la description de Irti.

La réponse à cette question est comprise dans la mission confiée à la science juridique de retrouver les principes du droit dans la tradition et d'en faire don au législateur pour son oeuvre de composition du nouveau droit privé européen.

> Di assecondare, in primo luogo, per quanto è in loro, il movimento in atto verso il superamento del dogma statuale e verso il superamento delle barriere tra i popoli. Con che il diritto civile ritroverà appunto la sua indipendenza. In un campo più specificatamente tecnico, poi, di predisporre non soltanto il ravvicinamento più stretto del diritto civile degli Stati continentali d'Europa e degli Stati non europei che con le istituzioni del medesimo hanno più stretta connessione, ma di metter sempre più in luce le affinità sostanziali tra il diritto europeo continentale et il diritto anglo-americano, promuovendo studi storici e dogmatici che a questo fine possano contribuire:

l'occasion du Congrès de la Faculté de Droit de l'Université de Rome « La Sapienza » sur *I principi nell'esperienza giuridica*, un sujet de réflexion sur lequel se sont déjà concentrés les Congrès de l'Université de Pise en 1940 et l'Accademia dei Lincei en 1991: cf. S. Bartole, *Principe généraux entre deux congrès (1940-1991), du système étatique fasciste au système républicain et sa vision supranationale*, « Rivista italiana per le scienze giuridiche », numéro spécial, *I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza. Roma, 14-15 novembre 2014,* (nouvelle série) 2014, p. 3-31; A. Jannarelli, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico,* « Rivista italiana per le scienze giuridiche », cit., p. 33-75; G. Alpa, *I principi generali. Una lettura giusrealistica,* « Rivista italiana per le scienze giuridiche », cit., p. 77-120; E. Del Prato, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica,* « Rivista italiana per le scienze giuridiche », cit., p. 265-277.

> le differenze strutturali e sistematiche non devono sgomentare. Tanto meno, quando si consideri che il ravvicinamento di cui trattasi non deve comprendere tutti i rapporti della vita civile, la disciplina dei quali deve comprendere a tante a tante diversità etniche ambientali, storiche, al modo stesso che il superamento degli Stati nazionali non importa menomamente la perdita o il sacrificio di quegli alti valori che si concentrano e si esprimono nelle realtà nazionali e che con ogni probabilità trarranno nuova luce e riceveranno più sicura protezione. Il ravvicinamento o l'unificazione si farà con l'affermazione sempre più generale di quei principî e di quei procedimenti per cui il diritto civile s'è posto storicamente come la ragione scritta[12].

Pour Vassalli la mission du juriste est celle d'un gardien du droit qui maintient en vie sa fonction entre les individus, fermement conscient du fait que le législateur n'est pas seulement l'expression de l'État, mais aussi le *conditor iuris*[13].

La réflexion concernant les élaborations techniques ébauchées par Natalino Irti et c'est là le sens de cette contribution - poussent l'historien du droit à comprendre les raisons de l'exigence d'une définition nouvelle du « formalisme juridique » et de combien et pour quel motif cette exigence se distance des orientations consolidées, des raisons du passé.

Natalino Irti, élève de Emilio Betti[14], l'interprète le plus

[12] F. Vassalli, *Extrastatualità del diritto civile,* cit., p. 490.

[13] Au sujet de la conception du droit et sur la fonction du juriste selon la pensée de Vassalli, voir G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto,* Turin 2014, p. 54 et suiv.

[14] En ce qui concerne le profil scientifique de l'Auteur, voir toute la section *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento* du VIIe volume des *Quaderni fiorentini* et en particulier l'introduction de Paolo Grossi, l'exposé de Hans Georg Gadamer (H.G. Gadamer, *Emilio Betti und das idealistische Erbe,* « Quaderni fiorentini », VII (1978), p. 5-12), celui de Luigi Mengoni (L. Mengoni, *La polemica di Betti con Gadmer,* dans « Quaderni fiorentini »,

éminent peut-être en Italie qui ait assimilé ce courant doctrinal allemand de la deuxième moitié du XIXe siècle que l'on désigne aujourd'hui par l'expression « jurisprudence des concepts »[15], a certainement laissé entrevoir dans sa production scientifique l'influence de son maître. Toutefois il a su parfois se libérer des schémas dogmatiques quand, par exemple, il en est arrivé à déterminer les aspects particuliers du formalisme juridique d'aujourd'hui.

Betti lui-même avait fait de timides allusions au formalisme juridique, mais avec des arguments et des connotations sensiblement différentes de celles dont se serait servies Irti un demi-siècle plus tard. En effet, dans sa célèbre monographie sur la *Teoria generale del negozio giuridico* de 1943, connue par la doctrine française, il critiquait, « il dogma della volontà » qui selon ce qu'avaient établi les codes civils italiens du XIXe siècle, faisait dériver le caractère contraignant de l'obligation contractuelle de la volonté du sujet contractant. Betti avait

cit., p. 125-142), celui de *Giuliano Crifò* (G. Crifò, *Emilio Betti. Note per una ricerca,* « Quaderni fiorentini », p. 165-291) et celui de Pietro Costa (P. Costa, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia,* « Quaderni fiorentini », cit., p. 311-393). Voir aussi M. Brutti, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo, Giuristi e il fascino del regime (1918-1925),* dir. I. Birocchi et L. Loschiavo, Rome 2015, p. 63-102.

[15] En ce qui concerne le courant de la doctrine allemande et de son influence en Italie, outre les exposés les plus récents de P. Grossi, *L'Europa dei diritti,* Rome-Bari 2007, p. 160 et suiv., M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea,* Rome-Bari 2012, p. 175 et suiv., A. Landi, *Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni,* Turin 2015, p. 175 et suiv., voir également A. Mazzacane, *« Le lion qui s'est enfui du cirque ». Pandettistica e diritto comune europeo,* « Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law », 29 (2001), p. 97 et suiv., G. Pugliese, *I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto,* in *La Formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto,* I, Florence 1977, p. 41 et suiv., L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale,* Milan 1967, p. 206 et suiv.

souligné que cette obligation n'existait et apparaissait comme importante qu'en tant que subordonnée à la norme étatique et typisée par le système[16].

Irti approuve lui-même cette thèse dans les *Itinerari del negozio giuridico*[17] et dans le profil biographique[18]récemment tracé par le regretté Salvatore Antonio Tondo, autre élève de Betti.

4. *Le « nihilisme juridique »*

La réflexion de Irti face à un tel changement de perspective concerne aussi bien la nature de l'État que celle du droit. L'État est vu comme une *machina machinarum »* et son but ne consiste « né nel garantire l'attuazione di eterne verità né nel difendere un'etica della vita, ma soltanto nel funzionare e nel rispettare il programma prestabilito » par des forces externes. Le droit est dépourvu de tout contenu: c'est le *leitmotiv* de l'une de ses monographies sur *Il nihilisme giuridico* (2004). Le nihilisme chez Irti est soutenu par la *« loi de l'efficacité »,* dans le sens que l'action accomplie sans recourir à des valeurs venues du haut s'identifie avec la capacité concrète reproduire des faits. La quantité de la production est, par conséquent un concept par excellence du nihilisme.

---

[16] E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* Turin 1943, p. 51 et suiv.

[17] N. Irti, *Itinerari del negozio giuridico,* « Quaderni fiorentini », cit., p. 395 et suiv. Voir en outre: J.L. De Los Mozos, *La renovaciòn dogmàtica del concepto de « causa » del negocio en Emilio Betti y su receptiòn en la doctrina española,* « Quaderni fiorentini », cit., p. 421 et suiv.; N. Irti *Il negozio giuridico come categoria storiografica* in Id., *Letture bettiane sul negozio giuridico,* Milan 1991, p. 48 et suiv.; G.B. Ferri, *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico,* « Rassegna di diritto civile », 1992, p. 726 et suiv.; Id., *Il negozio giuridico,* Padoue 2004, p. 43 et suiv.

[18] S.A. Tondo, *Betti Emilio,* in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo),* cit., I, p. 244.

Les normes sont produites comme une marchandise quelconque et chaque norme a son propre but. Ces buts « non si lasciano raccogliere in un'unità teleologica », mais ils restent « nel loro disperso e vagante frammentarismo »[19].

Si pour les philosophes (pensons ici à la prise de position de Emanuele Severino dialoguant avec Irti[20]) le nihilisme décrète la mort de l'homme « idéologique » et la naissance de l'homme « technique » l'homme étant destiné à devenir un moyen permettant à la technique d'accroître sa puissance, pour Irti la tendance réelle du nihilisme juridique, dictée par un rapport où la technique l'emporte sur le droit, conduit le juriste à penser à une nouvelle forme de formalisme juridique et au rôle nouveau qu'il est appelé à jouer dans l'expérience juridique.

Bien qu'il soit conscient de la nécessité de se mesurer avec une réalité désormais dépourvue d'idéologie et dépouillée de tradition, l'approche de Irti au nihilisme ne suffit pas à déclarer la mort du droit, la sortie de scène du juriste, la fin du dialogue traditionnel que celui-ci a amorcé avec les disciplines culturelles.

Lorsqu'en 2007 Irti publie sa monographie *Il salvagente della forma* il écrit dans l'introduction que si, d'une part cette contribution « svolge, integra, accresce i temi del nihilisme giuridico », son point de vue est différent: « non più l'incondizionata volontà che emana diritto, e assenza di vincoli e criterî orientativi, ma l'estrema salvazione mediante la forma ».

Dans l'impossibilité pour le juriste de s'interroger sur la légitimité substantielle des règles juridiques, d'en pénétrer les contenus et d'en mesurer la valeur et la raison d'être, on élève la forme et le fonctionnalisme de la forme, avec ses procédures régulières et rituelles au rang de bouée de sauvetage.

---

[19] N. Irti, *Nichilismo giuridico,* Rome-Bari 2004.

[20] N. Irti et E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica,* Rome-Bari 2001. Dans cette contribution on relèvera une réflexion particulièrement importante de F. Galgano, *Dogmi e dogmatica nel diritto,* Padoue 2010, p. 31 et suiv.

Irti écrit:

> Il formalismo si delinea come corrispettivo dell'indifferenza contenutistica. Se nessuna norma è interdetta, se tutte giacciono nella possibilità di essere o non essere; se le norme vigenti sono rose dal « tarlo del nulla » e ciascuna altra in grado di tenerne il luogo; allora rimane soltanto la stabilità della forma. Chi ne prende possesso ha in mano la tecnica per il dominio. Nel naufragio dei tempi, il diritto ha afferrato il salvagente della forma[21].

A ce point on se demandera quel est le rôle du juriste dans la société moderne; s'il doit se borner à remplir les fonctions d'un simple opérateur du droit, à répondre aux seules exigences du savoir-faire, ou si une référence aux traditions culturelles du passé, qui proposaient des expériences juridiques si fortement enracinées dans les idéologies et dans les valeurs, revêt encore un sens aujourd'hui[22]. La réponse apparaît dans toute son évidence

[21] N. Irti, *Il salvagente della forma,* Rome-Bari, 2007, p. V-VI.

[22] Nombreuses sont les critiques à la thèse de Irti su le nihilisme juridique. Nous nous bornerons ici à synthétiser celles de Oliviero Diliberto et de Nicolò Lipari. Le premier est un historien du droit, le deuxième un partisan du droit positif. Tout en partageant la description réaliste d Irti, Diliberto considère que « Se infatti il diritto, la scienza giuridica, nell'epoca della globalizzazione, fosse divenuta ciò che egli intende, proprio per ciò, tale scienza dovrebbe insegnare non già i tecnicismi o le mere regole di questo o quell'ordinamento (né tanto meno, il semplice diritto comunitario quale scaturisce dalle direttive, che so?, in tema di agricoltura o brevetti: per conoscerlo, basta leggersi alcune circolari e i funzionari sono in ciò più efficienti dei giuristi). Viceversa, proprio seguendo sino in fondo il ragionamento utilitaristico (lo dico richiamandomi ai « classici » di tale dottrina) di Irti, la scuola giuridica del domani (e già dell'oggi) dovrebbe offrire al giurista quei fondamenti che gli consentano di muoversi a proprio agio in tutti i diversi ordinamenti e - ai livelli più alti - di offrirne sintesi e nuove prospettive unitarie » (c.f. O. Diliberto, *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente),* « Rivista di Diritto Civile », LI (2005), p.

à la lumière des critiques de ces acceptions du formalisme que les adeptes du droit positif, les philosophes et les historiens du droit ont formulées au cours de ces dix dernières années. Certains d'entre eux réfutent la thèse de Irti, considérée comme destructrice et qui se détourne de la profondeur substantielle de la norme juridique ; d'autres la perçoivent comme une provocation.

Toutefois, si l'on veut saisir le sens final de la pensée de Irti sur ce thème, on peut en deviner la réponse, à mon avis, dans le discours d'ouverture qu'il a prononcé à un Congrès ayant ou thème « La formazione del giurista » et qui s'est déroulé auprès de la Faculté de Droit de l'Université « La Sapienza » de Rome en 2004.

Voici la conclusion du discours de Irti:

> L'Università ha conosciuto, in lunghi secoli di storia, ore più dolorose, ore vuote di attesa e di fiducia. Ma il mio discorso (…) non vuole indugiare né intristire in stati d'animo. Apertura, sorretta da quelle parole, che un pensoso e fine scrittore, Pietro Piovani, echeggiando il titolo di un poema sinfonico, iscrisse su proprie pagine: Morte (e trasfigurazione) dell'Università[23].

114- 115). Déjà en 2003, Lipari écrivait: « In maniera talora dichiarata, talaltra solo sottintesa, si vorrebbe ritornare a procedimenti semplicemente descrittivi di enunciati, organizzativi di assiomi, svolti secondo meccanismi logici che muovono da presupposti deficitari per inferirne conseguenze applicative. In questa chiave si stempera ogni necessità di un riferimento al valore e si colloca anche l'esperienza giuridica all'interno di un contesto che non a caso viene inteso come quello proprio di una società vittima di una sorta di Aids valoriale, di immunodeficienza in campo assiologico. Viviamo nella stagione del nichilismo, del non cognitivismo etico ed essenziale » (cf. N. Lipari, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo,* « Rivista trimestrale di diritto processuale civile », 2003, p. 869). Par la suite, il reprend ce thème, de façon critique à l'égard des réflexions de Irti, dans *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo,* (Atti del Congresso, Pise 25-26 mai 2007), dir. E. Navarretta, Milan 2007, p. 8 et suiv.

[23] N. Irti, *La formazione del giurista,* in *La formazione del giurista,* dir. C.

En réalité, dans le titre de Piovani, le mot « trasfigurazione » est suivi par un point d'interrogation. Natalino Irti l'a supprimé dans un geste d'espérance.

Angelici, Milan 2005, actuellement publié dans « Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata », 2010, p. 36.

Riccardo Guastini

Naturalisme, nihilisme, positivisme

Cet ouvrage de Natalino Irti[1] a, bien sûr, été écrit par un juriste. Toutefois, ce n'est évidemment pas un livre « de droit », c'est-à-dire de doctrine ou de dogmatique juridique. Il s'agit plutôt d'un œuvre de philosophie... du droit, mais pas seulement du droit.

Il s'agit d'une approche philosophique assez différente de la mienne, et c'est la raison pour laquelle je ne suis pas à l'aise pour en parler : j'ai, en effet, du mal à commenter ce livre.

Je viens de le lire avec les lunettes d'une philosophie empiriste et analytique, très éloignée des philosophes bien aimés par Natalino Irti, tels que Nietzsche ou Severino. Ma lecture court le double risque de ne pas bien comprendre le livre ou alors de lui faire tort.

Et pourtant je ne saurai faire autrement : l'approche analytique est la contrainte à laquelle je suis incapable de me soustraire.

I

1. Tout d'abord, je veux signaler que ce livre contient un essai qui est, à mon sens, un petit chef-d'œuvre : je me réfère au chapitre « Droit et marché » (49 ss.).

Natalino Irti distingue entre deux conceptions concernant les rapports entre le droit et l'économie : une conception « naturaliste » et une conception « politico-juridique ». Son essai est une critique radicale de la première et une défense de la seconde.

D'après la conception naturaliste, l'économie est un système

[1] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, Paris 2017.

de rapports naturels, c'est-à-dire de relations qu'on retrouve dans la nature même de la société, avant leur éventuelle réglementation juridique et tout à fait indépendantes d'elle.

Une telle conception, souligne Natalino Irti, se trouve à la fois chez les marxistes ainsi que chez les néo-libéraux. Il s'agit pourtant, me semble-t-il, de deux conceptions différentes. D'après le marxisme il y a, *de facto*, une relation causale entre l'économie et le droit : le discours marxiste est un discours descriptif, qui se prétend scientifique et qui n'a aucune implication politique directe, qui n'entraîne aucune politique du droit. D'après le néo-libéralisme, par contre, le droit *doit* s'adapter à l'économie : là, le discours est prescriptif ; le néo-libéralisme est justement une politique du droit. De plus, d'après les marxistes, les relations économiques (le capitalisme comme le communisme) n'ont rien de « naturel ». Mais tout cela importe peu : c'est justement le néo-libéralisme qui fait l'objet de la critique de Natalino Irti.

La doctrine de l'économie « naturelle » n'est qu'un avatar du droit naturel. Chez les néo-libéraux, l'économie est gouvernée par des lois naturelles objectives « appartenant à l'être de l'homme », et donc universelles ; des lois qu'il faut bien sûr connaître mais qu'on ne peut pas – on ne *doit* pas – modifier à sa guise.

Tout problème économique est donc un problème technique, non politique, qui ne peut être résolu que par des « experts » politiquement neutres. Ce qu'on demande au droit (notamment au droit étatique) c'est seulement de défendre les frontières, de sauvegarder l'ordre public, de garantir les pactes convenus, et d'accueillir dans le contenu des lois les solutions techniques exigées par les techniciens : des techniciens qui ne mettent pas leur compétence au service des fins préalablement choisis par les politiciens, mais qui prétendent choisir eux-mêmes les fins à poursuivre. Bref, ce sont des technocrates.

En l'occurrence, apparemment, il n'y a aucun espace pour la décision politique : en réalité, toute décision proprement politique est cachée sous la forme d'une solution technique

inévitable et politiquement neutre. Car l'économie, notamment l'économie de marché, prétend « se libérer des liens et de rixes des partis politiques ».

D'après Natalino Irti, au contraire, toute économie soi-disant « naturelle » postule, pour des raisons logiques, des règles et des institutions juridiques : elle n'a donc rien de « naturel ». L'économie de marché, en particulier, présuppose au moins la propriété privée des moyens de production, la défense des contrats, ainsi que la garantie juridictionnelle des droits.

Le marché, comme le dit Natalino Irti, « n'est pas *in rerum oeconomicarum natura* » : il est le contenu et le résultat d'un ensemble de normes. Le marché n'a rien de « naturel » : c'est une création artificielle du droit, l'un des contenus possibles de la décision politique. « Dire marché, c'est désigner une norme ou un ensemble de normes juridiques ». Les normes juridiques, d'autre part, à la différence des lois de la nature, « ne se soumettent pas au contrôle de 'vérité' ou de 'fausseté', mais elles sont seulement valables ou non valables ».

C'est donc le droit qui, loin de réfléchir des relations économiques naturelles préexistantes, « conforme les différents régimes de production et de circulation des biens ». Ce n'est pas le marché « qui exprime de l'intérieur son propre droit, mais c'est le droit qui le constitue et le conforme de l'extérieur ». Et le contenu des lois « dépend exclusivement de la décision politique ».

La suprématie du droit sur l'économie restitue la liberté aux hommes et sa dignité aux conflits politiques, contre tout lien prétendu naturel et technocratique.

II

2. Cela dit, j'en arrive au nihilisme juridique.

Dans plusieurs langues les mots avec le suffixe « -isme » dénotent très souvent une théorie, une idéologie, une doctrine. J'ai pourtant l'impression – mais c'est peut-être une lecture forcée de ma part – que, dans l'ouvrage de Natalino Irti, « nihilisme » dénote en même temps un caractère de certains ordres juridiques contemporains et une doctrine qui les décrit et/ou les justifie (bien entendu décrire et justifier sont deux choses bien différentes du point de vue logique).

A/ *Le nihilisme juridique en tant que caractère du droit lui-même.*

Un ordre juridique « nihiliste », si l'on peut employer cette expression, est un droit qui reflète une société « fragmentée, lacérée et incohérente » (23). Un droit qui est donc incohérent et fragmenté lui-même, mais également instable, provisoire, précaire (87), fortuit et variable (99) : un amas de débris. Un droit, surtout, dépourvu de toute cohésion axiologique. C'est la « modernité juridique » (107), où le droit n'a plus « de *fondements* métaphysiques, religieux ou naturalistes » (179).

Il y a donc, me semble-t-il, un lien entre nihilisme et « décodification »[2]. Un droit « nihiliste », c'est un « ordre polysystématique » (31), où des innombrables lois spéciales – chacune avec sa propre *ratio legis* – l'emportent désormais sur les codes. Les lois spéciales naissent en fonction des intérêts de groupes sociaux particuliers : « locataires fermiers, travailleurs dépendants, locataires d'immeubles urbains » et ainsi de suite. Les codes – Natalino Irti se réfère au Code civil italien en particulier – ne sont plus capables de garantir l'unité du « système ».

[2] N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milan 1999.

L'ordre juridique garde son unité formelle, mais seulement en tant qu'ordre dynamique, car la validité des normes qui le composent ne dépend que de l'observance des règles relatives à la production du droit (par exemple, les règles constitutionnelles sur la législation). La validité ne dit rien « sur le mérite de la norme, si elle est juste ou injuste, si elle est utile ou inutile » (89).

Un tel ordre, pourtant, n'est pas (n'est plus) un « système » au sens qu'il n'y a désormais, entre les normes, aucun lien matériel ou substantiel, c'est-à-dire concernant leur fond : aucun principe ou aucune constellation de principes auxquels toutes les normes valides puissent être reconduites.

Bref, le droit contemporain est un « ordre », mais non pas un « système ». Là où un système se présente, c'est le fruit du travail systématisant des juristes, non pas un caractère intrinsèque du droit lui-même (27). Dans le langage de Savigny, c'est un système non pas « interne », mais « externe », c'est-à-dire imposé au droit par la dogmatique. C'est la doctrine, la dogmatique, qui systématise le droit ou essaie de le systématiser (du moins partiellement).

D'autre part, à l'âge de la décodification, la rupture de l'unité systématique des codes rend impossible la reconstruction systématique du droit tout entier, car les lois spéciales sont seulement susceptibles d'une lecture exégétique (24). Tout au plus, les juristes peuvent construire, pour chaque loi spéciale, un microsystème, avec sa propre « logique », son propre langage.

Sur ce point, je me borne à quelques petites remarques rhapsodiques et tout à fait marginales.

(i) En parlant de la décodification et du désordre du droit contemporain, Natalino Irti se réfère au droit civil italien. Mais, en ce qui concerne le droit italien, le phénomène de la décodification est également évident – et beaucoup plus grave – dans le domaine du droit pénal.

La dispersion de normes pénales dans des lois spéciales les plus variées rend le droit pénal inconnaissable, malgré le principe

ignorantia juris non excusat, expressément établi dans le code pénal (bien qu'atténué par une décision de la Cour constitutionnelle[3]). Quelqu'un a proposé d'introduire dans le texte constitutionnel l'obligation de codification en matière pénale[4].

Lorsque le droit est inconnaissable, les décisions juridictionnelles sont à leur tour évidemment « incalculables ». Aucune certitude juridique n'est plus possible. Et ce n'est pas le seul capitalisme (ou l'économie de marché) qui exige de pouvoir « compter sur ce qui viendra » (189).

(ii) À mon sens, pourtant, le caractère dynamique du droit n'a rien à voir avec la décodification, la fragmentation, surtout le manque d'unité axiologique de l'ordre juridique.

Tous les ordres juridiques modernes (c'est-à-dire étatiques) ont un caractère dynamique. Cela a été établi, au-delà de tout doute raisonnable, par Kelsen. Seules les doctrines morales ont un caractère intrinsèquement systématique, car elles sont des ensembles « statiques » de normes, où aucune autorité normative – aucun législateur – n'existe. Dans n'importe quelle morale critique, aucune norme nouvelle ne peut être ajoutée, aucune norme existante ne peut être abrogée.

En même temps, aucun ordre juridique étatique n'est *purement* dynamique, car à côté des critères formels de validité (l'observance des règles sur la production juridique) il y a aussi des critères matériels : la conformité de toute norme aux normes supérieures dans la hiérarchie matérielle des sources. Le règlement doit être conforme à la loi, c'est-à-dire qu'il ne peut pas validement la contredire ; et dans les États constitutionnels, même pour la loi, « expression de la volonté générale », il y a de limites de fond, car la loi ne peut pas validement contredire la constitution.

[3] Corte costituzionale 364/1988 : la méconnaissance du droit peut bien être excusée quand elle est « inévitable ».

[4] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Rome 1989.

Autrement dit, la hiérarchie des sources et les contrôles de légalité qui en découlent garantissent quand même une forme, (un minimum) d'unité matérielle.

(iii) Je partage la distinction entre « ordre » et « système »[5]. Toutefois, à mon sens, même avant l'inflation de lois spéciales, l'idée d'un caractère intrinsèquement systématique du droit (ou des codes) était une illusion, ou bien une fiction. Le « système » a été toujours le résultat du travail systématisant des juristes.

Tout ordre juridique – et tout code aussi – est inéluctablement surabondant en antinomies et en lacunes (Portalis d'ailleurs le savait très bien[6]), et donc exige une systématisation.

(iv) L'un des essais recueillis dans le livre porte sur la méthode juridique : "la" méthode au singulier, dont Natalino Irti regrette désormais la perte.

Or, c'est habituel chez les juristes et les philosophes du droit de parler de *la* méthode juridique [7].

Mais une méthode n'est que l'ensemble de procédures techniques par lesquelles une science essai de connaître son objet. Eh bien, je ne connais pas « la » méthodes des juristes : ce que je connais, c'est une panoplie de techniques diverses par lesquelles les juristes connaissent et en même temps manipulent leur objet,

[5] On trouve une distinction semblable dans plusieurs essais d'Alchourrón et Bulygin, où un système est un ensemble synchronique de normes, tandis qu'un ordre est une séquence diachronique de systèmes. Voir par exemple C.E. Alchourrón, E. Bulygin, « On the Concept of a Legal Order », in E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford 2015.

[6] J.-E.-M. Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen 1989.

[7] Voir par exemple, dans la littérature italienne, N. Bobbio, "Metodo", in *Novissimo digesto italiano*, vol. X, Turin 1964 (nouvelle impression in N. Bobbio, *Saggi sulla scienza giuridica*, Turin 2011) ; U. Scarpelli, "Il metodo giuridico" (1971), in U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Bologne 1982 ; M. Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milan 1976.

les textes normatifs. Je me réfère évidemment aux techniques d'interprétation et d'argumentation.

Natalino Irti, quand il parle de la méthode juridique, semble se référer à l'ensemble de techniques employées par les juristes pour reconstruire « l'unité » du droit (61), c'est-à-dire pour le systématiser. Bref, à l'interprétation systématique, qui n'est que l'*une* des méthodes multiples utilisées dans notre culture juridique.

Au sens strict, l'interprétation systématique – la systématisation – consiste essentiellement à résoudre les antinomies, soit entre normes du même rang dans la hiérarchie des sources (interprétation systématique « horizontale »), soit entre normes de rang différent (interprétation systématique « verticale » ou « conforme »).

Au sens large, pourtant, l'interprétation systématique consiste aussi à en combler les lacunes, tout en formulant des normes nouvelles. Là, en effet, mieux que d'« interprétation », on devrait parler de « construction juridique ». En effet, ce qu'on appelle « interprétation systématique », très souvent, n'est que le masque sous lequel se cachent le droit jurisprudentiel et/ou le droit des juristes (le « Juristenrecht »).

On voit bien que, si par « système » normatif on entend un ensemble de normes cohérent et complet, alors aucun système n'existe avant la systématisation accomplie par la doctrine.

(v) Je crois pourtant qu'aucun juriste n'a jamais essayé de systématiser un ordre juridique tout entier, ou même le droit civil tout entier, ou n'importe quelle autre branche du droit.

L'objet de la systématisation doctrinale, ce n'est, chaque fois, que l'ensemble de normes qui sert à éclaircir la discipline d'une certaine matière (telle que la location d'immeubles urbains) ou, plus simplement, le petit ensemble qui sert à décider un différend déterminé [8].

[8] C'est la notion de « système normatif » suggérée par Alchourrón et

B/ *Le nihilisme juridique en tant que doctrine* (un mélange de « description historique » et « réflexion philosophique » [113]).

« Nihilisme », dit Natalino Irti, « ne désigne pas une tendance philosophique précise, ni une conception générale du droit, mais elle recueille et exprime les caractères de la modernité juridique », dans laquelle la création de normes « est toujours et uniquement remise à la volonté de l'homme » (107).

Il s'agit tout de même d'une doctrine qui, comme je le disais précédemment, décrit ou justifie (je ne sais pas résoudre cette ambigüité dans la pensée de Natalino Irti) le droit moderne.

La thèse fondamentale du nihilisme est, après tout, assez simple : le droit (moderne) n'est que le produit arbitraire d'un ensemble d'actes de volonté (76 s.). Il est livré entièrement à la volonté des hommes (66). La *ratio legis* ne suppose pas un acte de connaissance : la « raison d'être » de n'importe quelle loi, n'est que la finalité (n'importe quelle finalité) poursuivie par l'autorité normative (83).

Il n'y a pas de principes et d'ordres supérieurs, il n'y a aucune « fondation immanente » du droit (74), aucune relation entre droit et vérité (77 s., 83 s., 95), aucune « contrainte substantialiste » (91) : finalement, aucune relation entre le droit et la justice. Ce qui est légal est aussi légitime : « contre le droit positif, il n'y a plus d'instance d'appel, mais seulement la volonté d'abroger ou de modifier les normes, et donc d'introduire un autre droit positif différent » (85).

Là aussi, quelques remarques marginales.

(i) Si je n'ai pas mal compris (radicalement mal compris en ce cas) ce que Natalino Irti appelle « nihilisme », ce n'est que du positivisme juridique, qui trouve ses racines dans l'œuvre

Bulygin dans l'une des plus importantes contributions à la théorie du droit du 20ème siècle : C.E. Alchourrón et E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien-New York 1971.

de Hobbes, Bentham et Austin, et qui a été développé au cours du 20ème siècle surtout par Kelsen (aussi que par Bobbio, Ross, Bulygin, et d'autres). Ses thèses fondamentales sont les suivantes.

(a) Tout d'abord, une thèse de théorie du droit. Aucun droit naturel – au sens d'un ensemble de normes objectivement justes, universellement contraignantes (ou même « vraies »), non pas édictées par une autorité normative humaine, mais écrites dans la nature même des choses ou dans la raison – n'existe. Ce qu'on appelle « droit naturel », à proprement parler, n'est pas du droit : ce n'est qu'une morale critique. Aucune norme n'existe sans un acte humain de création normative ; une norme ne peut naître que d'un acte « législatif » (au sens matériel) qui la formule et l'édicte. Il n'y a pas de commandements sans quelqu'un qui commande. Le droit est une création artificielle.

Cette première thèse, par ailleurs, n'est qu'un corollaire de la « loi de Hume » : aucune norme ne peut découler logiquement des faits, ou mieux de la connaissance de faits. C'est-à-dire qu'aucun énoncé normatif ne peut être validement dérivé de prémisses descriptives (énoncés qui décrivent la nature, les rapports sociaux, ou n'importe quel autre type de fait). Bref, on ne peut déduire aucune norme de la connaissance. Il n'y donc aucune relation entre normes (et donc entre droit) et vérité.

(b) Deuxièmement, une thèse de philosophie de la science (juridique) : il faut distinguer entre le droit tel qu'il est *de facto* et le droit tel qu'il devrait être selon l'un ou l'autre idéal de justice. Bref, il faut distinguer entre le droit et la justice. L'un peut être objectivement identifié indépendamment de l'autre. Décrire le droit existant (« expository jurisprudence », dans le langage de Bentham) et l'évaluer (« censorial jurisprudence ») sont deux entreprises intellectuelles différentes et indépendantes [9].

(c) Troisièmement, une thèse méta-éthique : aucune obligation

[9] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Oxford 1996, p. 293 s.

(morale ou politique) d'obéir au droit n'existe. Connaître de normes n'entraîne aucune obligation d'obéir, car l'obédience présuppose non pas seulement la connaissance, mais aussi l'acceptation axiologique.

Eh bien, du moins la première des thèses que je viens de formuler est, me semble-t-il, une thèse tout à fait « nihiliste » dans le langage de Natalino Irti.

(ii) Je ne vois pas bien s'il y a, dans la pensée de Natalino Irti, une connexion entre nihilisme juridique et ce qu'on appelle « nihilisme moral ».

Si par « nihilisme moral » on entend l'attitude de ceux qui ne souscrivent à aucune valeur – pourvu qu'une telle attitude existe réellement – je ne vois pas la connexion.

Par contre, si par « nihilisme moral » on entend la thèse méta-éthique selon laquelle les valeurs morales, les normes, les jugements de valeur n'ont aucune « objectivité », c'est-à-dire ne sont ni vrais ni faux, alors « nihilisme moral » n'est qu'un synonyme de « non-cognitivisme » éthique. Une thèse non pas éthique, mais méta-éthique, bien entendu, qui n'empêche personne d'avoir de valeurs morales propres ; il s'agit tout simplement d'une thèse sémantique concernant les valeurs de vérité – ou plutôt le manque de valeurs de vérité – des jugements moraux. Chacun a de principes moraux à lui, mais personne ne peut prétendre que ses principes sont vrais. Comme le dit Natalino Irti lui-même, « ce sont les hommes qui construisent les valeurs » (198) [10].

Or, entre positivisme juridique et non-cognitivisme éthique il y a, en effet, un lien conceptuel très étroit : dans les deux cas, les normes (ainsi que les valeurs) sont conçues comme le fruit de préférences, de décisions, de choix, non pas de connaissance. Tandis que le cognitivisme éthique est le noyau même du droit

[10] Voir G.H. von Wright, "Valuations – or How to Say the Unsayable", in *Ratio Juris*, 13, 2000, 347 ss.

naturel, comme l'a montré Bobbio dans des essais des années '60[11].

(iii) Une dernière remarque. Dans le langage commun, « nihilisme » est un mot avec une connotation négative : ce n'est pas bien d'être nihiliste, n'est-ce pas ?

Or, apparemment, chez Natalino Irti ce mot a cette même connotation. Si cela est vrai, alors on peut lire dans les pages de Natalino Irti un regret, une sorte de nostalgie pour le droit naturel. Et cela est étonnant, car l'essai sur le droit et le marché, dont j'ai parlé au début, révèle une attitude complétement positiviste, c'est-à-dire nihiliste.

[11] N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan 1965.

Xavier Prévost

Droit et économie. Brève comparaison des philosophies de Natalino Irti et de Benoît Frydman

La foi extrême de l'Occident – foi qui aujourd'hui anime l'engagement politique, les instances législatives, les attentes populaires – se trouve dans l'économie de marché[1].

La question des rapports entre droit et économie irrigue l'ensemble de la pensée de Natalino Irti. Parmi les nombreuses publications que lui a consacrées le philosophe du droit italien, un ouvrage a fait date : *L'ordine giuridico del mercato*, paru en 1998 et continûment réédité depuis[2]. L'auteur y propose une pensée originale dont les grandes lignes se retrouvent dans *Le nihilisme juridique*, lequel regroupe plusieurs textes de Natalino Irti, qui traitent directement ou indirectement des rapports entre droit et économie. Si la question intéresse au premier chef le juriste, elle s'avère être fondamentalement un enjeu de société : l'actualité comme l'histoire ne cessent de nous rappeler l'importance sociale des problématiques juridico-économiques[3].

---

[1] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, trad. Anne-Marie Bertinotti, Paolo Alvazzi del Frate et Nader Hakim, présentation par Nader Hakim puis par Paolo Alvazzi del Frate et Giordanno Ferri, Paris, Dalloz, 2017, p. 77.

[2] N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, 6e éd., Rome 2016.

[3] Voir dernièrement A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Nantes / Paris 2015. On se permet également de renvoyer à *Le droit face à l'économie sans travail*, dir. L. Brunori, O. Descamps, S. Dauchy et X. Prévost, t. 1 : *Sources intellectuelles, acteurs,*

La pensée du juriste italien en la matière est si dense qu'il faudra ici se contenter de quelques idées-forces, particulièrement stimulantes, au regard de ce problème décisif. Au cœur de la philosophie du droit de Natalino Irti figure la volonté de dévoiler ce que cache l'invocation de la nature ; laquelle ne désigne pas seulement un droit naturel, mais aussi une économie naturelle qui aurait remplacé celui-là. L'analyse critique du philosophe italien ne se résume pas à la dénonciation de la prétendue neutralité du marché impliquée par sa naturalité, mais questionne également – à l'heure de la globalisation – la spatialité dudit marché. Ce sont là les deux traits saillants qui ressortent de ma lecture plus ou moins fidèle, plus ou moins critique – pour paraphraser la présentation de Nader Hakim[4] – de l'œuvre de Natalino Irti. Cette lecture est elle-même le produit de mes autres lectures. C'est pourquoi elle s'est faite en dialogue avec la pensée d'un autre philosophe du droit, que je connais moins mal ; à savoir l'analyse du droit global développée par Benoît Frydman.

1. *La neutralité du marché*

Les principales idées de Natalino Irti concernant les rapports entre droit et économie sont exposées dans le chapitre 4 du *Nihilisme juridique*, intitulé « Droit et marché », traduction d'un article s'intégrant au débat engendré par la publication de *L'ordine giuridico del mercato*[5]. Dans ce texte, Natalino Irti indique que « la relation entre le droit et l'économie a suscité *deux courants de pensée*, […] le premier étant *naturaliste* et l'autre *politico-*

résolution des conflits, Paris 2019, t. 2 : *L'approche internationale*, Paris 2020.

[4] N. Hakim, « Une lecture française de Natalino Irti : un droit humain, trop humain », présentation de *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. ix.

[5] N. Irti, « Diritto e mercato », *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Rome-Bari 1999, p. vii-xx.

juridique »[6]. Le courant naturaliste, ajoute-t-il, regroupe « les doctrines qui attribuent à l'économie la capacité d'exprimer ses propres règles, précisément les "lois de la nature", indépendantes des lois juridiques voulues par les hommes. Le droit naturel de la tradition européenne se transforme en économie naturelle »[7]. Cette conception, à laquelle s'oppose le juriste italien, confère au droit un rang second par rapport à l'économie : l'État et le droit doivent alors se limiter au minimum, spécialement à la garantie des pactes convenus.

Évidemment, ce constat renvoie le lecteur à la philosophie du droit développée à partir des travaux de l'École de Chicago dès les années soixante, laquelle a progressivement occupé une place dominante au niveau international. Les économistes regroupés sous la bannière de l'École de Chicago défendent l'efficience du marché, qui doit donc rester libre et sur lequel l'équilibre se forme selon la théorie néoclassique des prix. Comme l'écrivent Benoît Frydman et Guy Haarscher, pour les tenants d'un tel libéralisme économique (souvent qualifié de néolibéralisme), « la loi du marché mondial offre toutes les caractéristiques d'un ordre juridique naturel, d'une portée contraignante supérieure à la loi positive, laquelle ne demeure valide et efficace qu'à condition de s'y soumettre »[8]. L'ordre juridique étatique serait donc surpassé par un autre ordre : l'ordre du marché. Celui-ci, en tant qu'il

[6] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 49.

[7] *Ibid.*

[8] B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, 3e éd., Paris 2010, p. 44. Les auteurs ajoutent : « Le marché correspond à l'état naturel d'organisation de la société. Les nécessités internes de son fonctionnement imposent des normes simples et claires, plus fortes que le droit positif, et dont la réalité économique vient automatiquement sanctionner la méconnaissance. Quant au droit positif, qu'il émane des États ou des enceintes internationales, son rôle légitime se limite pour l'essentiel à protéger et à garantir les marchés et les zones de libre-échange, sans s'immiscer dans le cours et le résultat des transactions qui s'y déroulent. Le néolibéralisme forge ainsi et tente d'imposer sa propre philosophie du droit ».

découle de la nature même des choses, semble en effet devoir s'imposer à la législation des États, qui ne bénéficie pas d'un tel caractère d'universalité.

Une telle conception est rejetée par Natalino Irti, qui dénonce « l'antinomie logique [dans laquelle] sombrent les doctrines naturalistes »[9]. Il explique en effet que « n'importe quelle description d'économies "naturelles" […] se trouve dans la *nécessité* logique de postuler des formes et des institutions juridiques »[10]. Comme il le résume clairement, « *les descriptions d'économies naturelles sont peuplées d'institutions juridiques* et, sans ces dernières, elles ne pourraient être énoncées ni expliquées »[11]. Cela le conduit à inverser la relation entre droit et économie, telle que la présentent les travaux issus de l'École de Chicago. Ce « renversement du rapport entre droit et économie, écrit-il, pousse au premier plan *le contenu des normes juridiques* qui devient ainsi le thème central de [sa] réflexion »[12]. Il développe dès lors une conception politico-juridique de la relation entre droit et économie : selon lui, « le contenu des normes, et donc la conformation de l'économie d'une façon ou d'une autre, dépend exclusivement de la *décision politique* »[13]. C'est la politique qui, par le droit, fonde le régime de l'économie et non l'économie qui détermine les règles juridiques. Le point de vue néolibéral – qui affirme libérer l'individu de toute emprise – consiste, au contraire, pour Natalino Irti, en une réduction de la liberté, en ce qu'il constitue une dissimulation des choix possibles, fermant la porte au conflit idéologique par la présentation des règles de l'économie de marché comme étant des lois de la nature.

En effet, pour ce qui nous concerne, la question des rapports

[9] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 51.

[10] *Ibid.*, p. 52.

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*, p. 53.

[13] *Ibid.*

entre droit et économie est avant tout la question des rapports entre droit et économie de marché. L'économie de marché est le système économique dominant des pays occidentaux. Ce système définit le capitalisme occidental[14], caractérisé par son fonctionnement décentralisé et le recours aux mécanismes automatiques du marché censés assurer la compatibilité des décisions individuelles, notamment à travers les signaux véhiculés par le système des prix. C'est contre la présentation d'un marché naturellement organisé qu'écrit Natalino Irti. Il cherche à en révéler le caractère artificiel : « le marché est, écrit-il, *locus artificialis* et non *locus naturalis*. Il est "artificiel", c'est-à-dire créé par l'art de légiférer »[15]. Il est par conséquent politique : « l'économie de marché est un *des contenus possibles de la décision politique et du choix législatif* », conclut-il[16]. Ainsi, le système économique des pays occidentaux n'est en rien un donné incontournable auquel le droit doit s'adapter, mais bien un choix politique façonné par le droit.

De la même manière tombe l'apparente neutralité de l'économie, qui prétend imposer ses choix au politique. La naturalisation de l'économie apparaît en effet comme un moyen de l'objectiver, donnant ainsi la légitimité à des experts de dire ce qui doit être objectivement puisque c'est la vérité, puisque c'est la nature elle-même. Toute possibilité de choix est dès lors niée : l'ordre naturel de l'économie s'impose. Cette prétendue neutralité objective ne résiste pas l'analyse de Natalino Irti : le marché n'est pas une réalité naturelle neutre, il est un artifice, c'est-à-dire un choix construit. Le politique reste donc premier et c'est à lui de choisir le système économique en l'organisant par

[14] Même si les deux notions ne sont pas strictement assimilables, comme il ressort notamment de l'analyse historique ; sur ce point, voir dernièrement P. Dockès, *Le Capitalisme et ses rythmes, quatre siècles en perspective,* t. 1 : *Sous le regard des géants*, Paris 2017, t. 2 : *Splendeurs et misère de la croissance*, Paris 2019.

[15] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 55.

[16] *Ibid.*

le droit. Comme le résume le philosophe du droit italien, « le problème de l'économie de marché est un problème de contenu de la décision politique »[17].

2. *La spatialité du marché*

Le rejet de la neutralité du marché conduit Natalino Irti à critiquer dans plusieurs articles ce qu'il considère comme l'emprise actuelle de la « techno-économie ». Dans le chapitre 5 du *Nihilisme juridique*, intitulé « Nihilisme et méthodologie juridique »[18], il s'interroge notamment sur la spatialité de la techno-économie, écrivant ainsi :

> La dimension planétaire de la techno-économie s'oppose aux lieux de la terre, définis et fermé. […] [Le marché global] n'a rien à voir avec l'universalisme de l'*imperium* ou de la *res publica christiana*, mais indique un domaine abstrait de rapports qui, pour ainsi dire, ne traverse ni ne relie les lieux, il ne les range pas en unités, mais passe et s'élargit au-dessus d'eux. Les États nationaux, affaiblis à l'intérieur et à l'étroit dans la limite des frontières, s'efforcent de poursuivre et d'atteindre ces phénomènes globaux. Mais ceux-ci semblent, comme pour riposter, en repousser la tutelle et se réfugier derrière l'universalisme des droits humains[19].

Ce passage – et d'autres dans l'ouvrage – ont, chez moi, fait immédiatement écho à la lecture des travaux consacrés au

[17] *Ibid.*, p. 57.

[18] Traduction de N. Irti, « Nichilismo e metodo giuridico », *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, LVI, fasc. 4, 2002, p. 1159-1169.

[19] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 63-64.

« droit global » par Benoît Frydman[20]. Par un cheminement différent, le philosophe belge questionne également les rapports entre droit et économie à la lumière de la spatialité non-étatique de l'économie de marché actuelle. Tout comme le nihilisme juridique de Natalino Irti, l'analyse du droit global par Benoît Frydman interroge la modernité au regard des transformations sociales en cours.

Selon le juriste belge, la modernité connaît deux principes de régulation majeurs : la main de fer de l'État, c'est-à-dire la souveraineté, et la main invisible du marché, c'est-à-dire l'économie capitaliste, qui se concurrencent et se complètent. Benoît Frydman explique qu'une telle conception ne laisse place qu'à deux solutions permettant au droit de contrôler le marché globalisé[21]. « La première est l'État mondial qui [imposerait] son droit au monde entier et en particulier au marché global », au risque toutefois d'une dérive dictatoriale déjà identifiée par Kant. La seconde est la « démondialisation [qui viserait] à déconstruire la globalisation pour en revenir à l'état antérieur (si tant est qu'il n'ait jamais existé) de marchés nationaux encadrés et régis par les États souverains ».

Benoît Frydman, sceptique à l'égard de la faisabilité de ces deux solutions, propose alors une autre voie, qui consiste à remettre en cause les paradigmes de la modernité, et spécialement, la souveraineté bodino-lockienne. Pour le philosophe du droit belge, « il n'y a pas de souverain au niveau global. Il faut en prendre son parti. C'est d'ailleurs probablement une bonne chose. Mais cela ne signifie pas qu'il n'y ait pas, qu'il ne puisse y avoir de droit »[22].

---

[20] Voir en particulier : *Les défis du droit global*, dir. Caroline Bricteux et Benoît Frydman, Bruxelles 2017 ; B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles 2014 ; B. Frydman, « Comment penser le droit global », *La science du droit dans la globalisation*, dir. Jean-Yves Chérot et Benoît Frydman, Bruxelles 2012, p. 17-48 ; B. Frydman, *Les transformations du droit moderne*, Diegem 1999.

[21] B. Frydman *Petit manuel pratique de droit global*, *op. cit.*, p. 69.

[22] *Ibid.*, p. 71.

Il part alors à la recherche d'un « droit global » s'appliquant au marché global, cette techno-économie sans frontière évoquée par Natalino Irti. Le départ de l'analyse de Benoît Frydman n'est évidemment pas sans rappeler celui du philosophe italien : l'impuissance au moins partielle de l'État moderne, qui semble dépassé par un certain nombre de transformations actuelles.

Ce point de départ similaire débouche sur des analyses différentes. Ainsi, Natalino Irti paraît rejeter l'idée même d'un droit global. Au sein du dernier paragraphe de l'ouvrage[23], il tempête contre « les conteurs de fables d'une *lex mercatoria*, droit unique et exclusif de l'économie globale [qui] oublient le détail que les États, et seulement les États, conservent le monopole de la force et sont capables d'exécuter de manière coercitive n'importe quel accord ou sentence arbitrale »[24]. On voit ici toute la différence avec Benoît Frydman qui propose de « sortir de la caverne de la souveraineté », telle que conçue aux xvie et xviiie siècles par Bodin et Locke[25].

Partant d'un constat similaire, ces analyses distinctes sont toutes deux très fécondes pour penser autrement les rapports entre droit et économie. Cela suppose de dépasser un cloisonnement des savoirs mortifère.

L'Italien formule un constat sans concession :

> La co-extension territoriale entre la sphère économique et la sphère politico-juridique s'est brisée. […] Les patries du droit tombent dans le silence ; et la volonté normative se retrouve parmi les décombres douloureux et muets, seule, devant l'immensité globale de l'économie[26].

[23] Extrait de l'article « Un diritto incalcolabile », *Rivista di Diritto Civile*, LXI, n°1, 2015, p. 11-22, qui a résonné en moi avec ma lecture des travaux d'Alain Supiot, notamment *La Gouvernance par les nombres* précité.

[24] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 201.

[25] B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, *op. cit.*, p. 67-74.

[26] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 80.

Le Belge, quant à lui, prévient que, dans l'hypothèse d'un tel cloisonnement :

> Les gens de droit laisseront à d'autres, techniciens et gestionnaires notamment, le soin de fixer les règles du monde, selon des impératifs d'efficacités et de rendement, d'où sera absent le souci des droits, de la justice et de l'autonomie, auquel nous sommes plus attachés que jamais et que le droit a pour mission de protéger. Pour qu'ils soient à même de relever ce défi, qui n'est pas mince, il faut revoir fondamentalement la formation des juristes afin de les familiariser à l'étude des normes dans toutes leurs formes et tous les aspects, y compris économiques, sociologiques et techniques, et non plus seulement politiques[27].

« Non plus seulement politiques », nous dit Benoît Frydman, mais essentiellement politiques, ajouterais-je, à la lecture de Natalino Irti. Voilà la principale leçon que je retiendrai de cette brève comparaison de ces si riches philosophies du droit.

La formation des juristes doit insister sur la dimension politique du droit, laquelle est savamment revisitée par Natalino Irti. Pour notre propos, ses travaux offrent une déconstruction du discours de neutralité de l'économie qui aurait vocation à tout réguler à l'échelle globale ; discours dont nous voyons chaque jour l'emprise extrêmement forte qu'il exerce sur nos vies quotidiennes. On constate ici à quel point les questions de philosophie du droit ne sont pas pure abstraction, mais ont une application pratique directe. L'étude des rapports entre droit et économie confirme bien que le nihilisme juridique de Natalino Irti n'est en rien la prédiction pessimiste d'un déclin irrémédiable, mais le constat éclairé d'un choix offert au citoyen[28].

---

[27] B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, *op. cit.*, p. 116.

[28] Voir N. Hakim, « Une lecture française de Natalino Irti… », *op. cit.*, p. xxxiv-xxxviii.

Giuseppe Zaccaria

Autour de l'œuvre et sur le nihilisme de Natalino Irti : quelques remarques

1. Natalino Irti a été pendant des décennies, et reste toujours, un des protagonistes de la culture juridique italienne. Juriste doué d'une grande lucidité, d'une ingéniosité aiguë et d'une rigueur logique remarquable, il est capable d'aborder les sujets de technique juridique les plus variés avec une ouverture théorique non commune (ce qui l'a amené à dialoguer avec un philosophe du calibre d'Emanuele Severino). Irti est l'un des rares juristes capables de saisir au bon moment, voire parfois même à l'avance, les développements du droit contemporain, qu'il analyse comme des purs faits, et qu'il conduit à leurs conséquences extrêmes en vue d'une lecture radicale du phénomène juridique.

Juriste doué de solides bases théoriques, Natalino Irti présente en même temps des caractéristiques tout à fait originales qui en font une « heureuse anomalie », en en faisant une figure de premier plan dans le panorama de la culture contemporaine, circonstance qui n'a pas encore été saisie par toute la littérature juridique européenne.

La traduction française, promue par Nader Hakim, d'une grande partie de ses écrits[1] est donc une initiative heureuse, car elle nous oblige à reprendre la lecture de pages parfois moins connues de l'oeuvre du juriste italien, et surtout elle nous demande de reconsidérer globalement sa pensée si complexe.

Dans son long itinéraire de réflexion, qui ressemble à une exploration de mondes obscurs et inconnus tout en conservant

[1] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, Paris 2017.

son intérêt pour la dimension concrète de l'application du droit, l'on peut retrouver « plusieurs Irti« : le Irti formaliste et kelsenien, celui de la « dé-codification », celui de « l'artificialité » et du « caractère procédural du droit », celui de « l'ordre juridique du marché », celui du débat entre « droit et technique », ainsi comme entre droit et économie, celui du « géo-droit », celui du nihilisme, celui de la possibilité d'un calcul du droit[2].

Dans les mailles serrées d'une réflexion toujours originale, vitalisée par un style élégant et aphoristique et marquée par un noyau dur d'options fondamentales, et qui néanmoins présente une riche articulation de sujets et de positions (tous des caractères qui émergent clairement dans le recueil dirigé par Hakim), je voudrais isoler trois aspects qui me paraissent fondamentaux dans la perspective de Natalino Irti, même s'ils sont loin d'épuiser toute la richesse et la profondeur des suggestions offertes par son analyse.

2. Dans l'approche strictement juspositiviste de Irti (une perspective plutôt rare dans le panorama de la théorie du droit contemporaine) le formalisme est un sujet de grande importance[3]. Bien que largement influencé par la théorie de

---

[2] Pour une synthèse voir L. Gatt, *Natalino Irti : dall'inquietudine alla speranza,* in Irti, *Significato giuridico dell'effettività*, Naples 2009, p. 37-50.

[3] Sur la pensée juridique de Irti voir : P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico,* in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 32, 2003, p. 48-50 ; G. Alpa, *Il nichilismo giuridico secondo Natalino Irti,* in « Riv. trim. dir. proc. civ. », LIX, 2005, p. 983 ss. ; M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Turin 2007, p. 164 ss. ; F. Gallo, *Una critica del nichilismo giuridico*, in « Riv. dir. civ. », LIII, 2007, n.1, p. 19-47 ; L. Gatt, *Natalino Irti : dall'inquietudine alla speranza,* in Irti, *Significato giuridico dell'effettività*, cit., p. 37-50 ; L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in Id., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milan 2011, p. 41-52 ; G. Ferri, *Formalisme et nihilisme en Italie entre le XIXe et le XXe siècle. Une nouvelle lecture de Natalino Irti,* in « Historia et ius. Rivista di

Kelsen, le formalisme de Irti est loin des clichés les plus connus et présente des formes originales : il est conçu comme forme qui donne de la forme, qui *con-forme* la volonté des hommes qui, en produisant le droit, induisent d'autres hommes à l'accueillir comme leur propre volonté[4]. Un formalisme vu comme volonté de domination des hommes sur d'autres hommes, ainsi que sur les choses, la société et la nature. Tout peut prendre forme et être transféré dans la forme : la neutralité et l'indifférence des contenus sont un corollaire premier du formalisme. Néanmoins, la théorie kelsenienne, bien qu'admirée, laissait ouverte une question centrale à laquelle elle n'apportait pas de solution : qui choisit la norme fondamentale ? [5]

Bien que Irti soit conscient de cette limite majeure de la théorie qui a élaboré la version la plus haute du formalisme, néanmoins il reste convaincu que la recherche d'une nouvelle rationalité demeure possible, en restant toujours à l'intérieur des formes, même quand le cadre traditionnel du *jus positum*, par rapport auquel le système des sources et le modèle de la sécurité juridique ont été élaborés, est mis à mal par l'instabilité et l'incertitude du droit que l'on connaît aujourd'hui[6].

Si le droit n'est plus assujetti à aucune limite – et donc toutes les normes sont possibles, vu que chacun peut choisir sa norme fondamentale – voilà que le problème de la forme apparaît de nouveau. Face à la perte des anciennes références, la forme apparaît comme le seul centre autour duquel le monde du droit peut se recueillir[7], en raison de sa capacité d'incorporer en elle

storia giuridica dell'età medievale e moderna », 8/2015, paper 18 ; N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio,* Milan 2017, p. 182 ss.

[4] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 153 ; *L'uso giuridico della natura,* Rome-Bari, 2013, p. XIV.

[5] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 128 ; *Diritto senza verità*, Rome-Bari 2011, p. 22.

[6] N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padoue 1996.

[7] Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 8 ; *Il salvagente della forma*, Rome-Bari

l'histoire. Irti va jusqu'à affirmer que le formalisme est ce qui est essentiel, *le principe constitutif de la légalité*[8].

Mais, comme on se le demandait plus haut, au fond qu'est-ce que la forme ? D'un côté, la conformation des volontés (en quoi consiste le formalisme comme théorie spécifique des modes de déclaration ou d'expression) se place à l'intérieur du problème plus général de la conformité[9] ; mais de l'autre côté, le formalisme veut être l'expression de la primauté de la fonction du droit, en tant que technique de conformation des volontés, sur l'économie et même sur la politique[10]. Par cette voie le droit devient *techno-droit*, terme qui exprime l'essence technique du droit comme emploi rationnel de moyens en vue d'une fin. Mais plus encore : dans la situation juridique contemporaine le droit est une puissance autonome de la technique comme volonté de domination du monde[11]. Puisque, dans la perspective de Irti, le droit contemporain a perdu la référence à un centre, et que, dans sa contingence radicale, il se libère de tout lien avec la vérité, voilà que la forme se présente à nous comme le rempart ultime de la pensée juridique, *la bouée de sauvetage* à laquelle se remettre comme « ultime salut » pour ne pas sombrer[12]. Le formalisme se révèle ici dans les procédures de production des normes, dans la préparation de machines artificielles qui sans cesse détruisent et produisent le droit.

2007, p. 10.

[8] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 38 ; *Formalismo e attività giuridica*, in « Rivista diritto civile », XXXVI, 1990, Parte prima, p. 3.

[9] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 45 *; Formalismo e attività giuridica,* in « Rivista diritto civile », XXXVI, 1990, Parte prima, p. 8.

[10] N. Irti*, Le nihilisme juridique*, cit., p. 52-53 *; Diritto e mercato, Introduzione* in Il *dibattito sull'ordine giuridico del mercato,* Rome-Bari 1999, p. XII-XIII.

[11] N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica,* Naples 2007, p. 13 ss.

[12] N. Irti*, Le nihilisme juridique*, cit., p. 78 ss. *; Nichilismo giuridico,* Rome-Bari 2004, p. 26 ss.

À l'intérieur de ce scénario la seule raison possible est la rationalité technique, le fonctionnement régulier des procédures[13].

Mais, à ce point de vue, le positivisme juridique de départ de Irti, l'indifférence formaliste pour le contenu, qui disparaît derrière la couverture de la forme, deviennent leur inverse et aboutissent inévitablement dans une version du *nihilisme juridique :* le droit vient du néant et retourne au néant.

Ainsi la nostalgie, qui émerge parfois dans les pages de Irti, pour l'harmonie perdue de l'ancien formalisme et pour le modèle, désormais brisé, de l'ancienne certitude, n'est pas le prélude à la récupération *en positif* de la certitude. D'un côté, le rempart dans la vérification de la correction des procédures de production du droit – en un mot la bouée de sauvetage de la forme – réduit radicalement tout problème de certitude, car il part du présupposé de l'indifférence des contenus.

De l'autre côté le courage d'accepter ce nouveau cadre de référence demande au juriste d'assumer le risque de naviguer sans vent ni direction[14] ; bref, le choix du nihilisme comme nouvel horizon du droit ramène la sécurité juridique à la certitude du néant[15].

3. Un deuxième thème qui caractérise la réflexion de Irti concerne la relation entre pensée juridique, interprétation et méthode : un sujet qui a joué un rôle fondamental dans la culture juridique italienne pendant des décennies.

À partir de son point de vue très original, celui d'un formaliste très sensible aux développements et aux changements du droit, Irti nous raconte en tant que protagoniste, avec la précision et la lucidité d'un entomologiste, les événements et les étapes du démantèlement du conceptualisme et du dogmatisme juridique

[13] N. Irti, in N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Rome-Bari 2001, p. 7 ss.

[14] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, cit., p. 62 ss. ; *Nichilismo giuridico*, cit., p. 8 ss.

[15] Dans le même sens voir Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio,* cit., p. 184.

en Italie. Un parcours long et pas linéaire, dans lequel l'on voit Irti adhérer initialement au conceptualisme, dont il ne nie pas la fascination dans la première phase de sa réflexion (et qu'il considère à juste titre comme étant la position exemplaire de la doctrine italienne jusqu'à la fin des années soixante du siècle passé) pour s'orienter ensuite vers l'historicisme, puis vers le formalisme, pour arriver ensuite, à travers le diagnostic pointu sur la crise du code et l'irruption des lois spéciales, au procéduralisme, et enfin au nihilisme.

La méthode – voilà un Irti historiciste – se révèle comme un *facere* proprement et exclusivement humain[16], donc *naturaliter* inséré à l'intérieur de la temporalité dans laquelle s'inscrit l'action du juriste. Pourtant, par rapport à la reconnaissance de sa temporalité originaire (un aspect déjà clair dans la pensée de Savigny), la méthode subit ensuite, avec les développements de plus en plus raffinés de la doctrine, une torsion dans un sens atemporel : dans la pensée de Irti prévaut une conception auxiliaire et instrumentale de la méthode[17], inspirée par la foi dans une rationalité ahistorique qui résiste à la caducité du temps, et dictée par l'intention de « purifier » son objet. Bientôt cette évolution se révèle à son tour illusoire et fallacieuse : la volonté de donner au droit une dignité logique en le purifiant de toute imperfection et en utilisant la méthode, qui « tel un produit chimique qui lave toutes les taches, la méthode serait capable de nettoyer les normes, de les rendre nettes et dignes, et enfin de les rassembler dans quelque unité supérieure »[18], se révèle être une illusion qui ne va pas durer longtemps. Ainsi la méthode devient le problème de la méthode.

Comment sortir de cette difficulté doctrinale, qui fait l'objet des fébriles disputes des juristes, et qui aboutit à une méthode

[16] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 8 ; *Il salvagente della forma,* cit., p. 10.

[17] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 58 ; *Nichilismo giuridico,* cit., p. 5.

[18] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, cit., p. 60 ; *Nichilismo giuridico,* cit., p. 6.

de-historicisée, qui porte avec elle l'oubli de son objet, et qui cache la réalité au regard critique du juriste ?

Pour le juriste le recours à l'interprétation littérale est une façon d'adhérer à son objet, un canon qui est à son tour discrédité dans la crise profonde du juspositivisme contemporain. Irti loue *l'exégèse*, « cette lecture humble et modeste des normes qui, à l'époque de l'unité législative, arrivait à formuler des théories des institutions et des dogmatiques générales, et qui aujourd'hui peut être considérée comme achevée, incapable comme elle est de se développer ultérieurement »[19].

Mai si l'exégèse présente l'avantage, par rapport à la dogmatique, de respecter l'objet dans son identité, sans lui superposer l'image d'autres droits ou d'autres temps[20], néanmoins elle montre à son tour toutes ses limites indépassables quand elle est appliquée à un droit contingent, c'est à dire complètement remis à la volonté des hommes. Dans ces circonstances, la simple acceptation de l'état des choses est la seule méthode efficace, celle qui garantit la souplesse qui dérive de l'acceptation de la réalité[21] à l'intérieur de la science juridique, et qui apparaît être, au bout, comme l'auto-compréhension des juristes.

Cette immersion totale dans la dimension historique des forces qui agitent et divisent le monde finit par aboutir, une fois de plus, dans le nihilisme, dans un droit qui n'existe plus. Avec l'adéquation totale à son objet, la méthode renonce à toute tentative de dialectique avec l'objet, auquel au contraire elle se soumet. Pourquoi alors, pourrait-on objecter à Irti, cette conception de la méthode comme auto-compréhension temporelle et existentielle du droit, qui fait un peu trop vite l'économie de la méthode (dont elle dénonce le non-fondé des

[19] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 99 ; *Il salvagente della forma,* cit., p. 40.

[20] *Ibid.*

[21] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit, p. 68 ; *Nichilismo giuridico,* cit., p. 14.

prétentions)[22], ne peut pas contenir en elle- même des éléments de rationalité et donc aussi de limitation ? Les limites de la fixité a-historique de la méthode peuvent être brisées tout en gardant des éléments méthodologiques (comme par exemple la justification de l'interprétation et de l'argumentation dans le contexte de l'histoire humaine), sans pour autant arriver à définir comme radicalement infondées les ambitions de la méthode, dont on peut reconnaître les limites d'un point de vue réaliste. Josef Esser, maître du droit à qui j'ai dédié une monographie au début de ma carrière[23], a conduit une critique pointue de la méthode à partir de la notion herméneutique de pré-compréhension : une telle critique ne voulait pas refuser toute tentative de rationalisation de l'inévitable marge de discrétion propre à la pratique interprétative, en la considérant inutile. Au contraire, dans l'activité des juristes, dans l'interprétation il y a sans aucun doute de la décision, mais il y a aussi cognition, il y a volonté mais aussi intellect et argumentation, puisqu' il faut fournir des raisons qui puissent orienter la gouvernance des intérêts et des valeurs en jeu. Le juriste délibère sur la signification des énoncés normatifs et choisit parmi leurs significations multiples sur la base d'arguments raisonnables. À leur tour, les arguments juridiques ont une longue histoire et une longue tradition. Si l'on abandonne le caractère raisonnable de l'argumentation, il ne reste plus que l'aléa.

Bien sûr, l'option nihiliste de Irti est liée à la reconnaissance de la dissolution définitive du sens unitaire et global du droit, de sa fragmentation dans une myriade de micro- systèmes et micro-normes. Le constat de l'irréductibilité du droit contemporain à unité saisit de façon brillante et opportune une direction de fond, mais en même temps il « force » cette donnée, sous la fascination de la décision schmittienne et, au fond, de l'élément de la force qui modèle le droit à travers son affirmation dans le cours de l'histoire

[22] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 99 ; *Il salvagente della forma,* cit., p. 40.

[23] G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milan 1984.

Il est curieux d'observer que le parcours de Irti, si raffiné et à bien des égards cohérent dans le diagnostic des destins du droit contemporain, aboutit à une conclusion qui, au fond, n'est pas très éloignée de celle exprimée par Thrasymaque au Ve siècle avant Jesus-Christ, en plein milieu de la révolution des lumières de la culture grecque, dans les pages de la *République* de Platon, là où il affirme que « la justice est l'obéissance à l'intérêt du plus fort »[24]. L'élément décisif devient la force, et c'est d'elle que la loi tire sa validité.

Que la décision soit une vertu libératrice l'avait déjà dit Carl Schmitt, comme l'on vient de noter. Mais l'issue nihiliste de la pensée de Irti semble plonger l'éternelle dialectique entre raison et volonté, propre au phénomène juridique, vers une forme extrême de volontarisme.

Dans ce que Irti appelle *géo-droit*[25], c'est à dire un droit sans lieux, où prévaut la techno-économie et où l'identité des hommes est perdue, la volonté de puissance risque de l'emporter, en réduisant ainsi le droit à une simple appendice des logiques économiques et de profit, un droit qui perd ainsi une des vocations qui le caractérisent, c'est - à - dire celle d'être une limite au pouvoir.

4. Un troisième thème, qui a pris une importance croissante surtout dans le dernier Irti, est celui de la calculabilité du droit[26], un sujet qui conjugue de façon efficace les intérêts théoriques de Irti vers des questions classiques de dogmatique juridique avec son attention aux développements les plus récents de l'économie

[24] *République*, Livre I, 338 c.

[25] N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica,* cit., p. 21 ss.

[26] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 187-202 ; *Un diritto incalcolabile*, In « Riv. dir.civ. », 2015, n.1, p. 11-22, poi in *Un diritto incalcolabile*, Turin 2016 ; *Un contratto » incalcolabile »*, in « Riv. trim. dir. proc. civ., LXIX, 2015, p. 17-23.

globale et ses relations avec le droit.

« L'époque moderne a étendu au droit le mot le plus audacieux et le plus cruel : 'produire'. Les normes juridiques, comme n'importe quel bien marchand, sont des 'produits' : elles viennent du néant et peuvent être rejetées dans le néant »[27].

Rationalité et calculabilité, qui dans le droit moderne étaient garanties par la relation entre la règle abstraite et le cas concret, relation qui rendait possible un calcul préalable de chaque droit, deviennent impossibles dans le droit contemporain, où d'un côté le juriste doit faire référence de plus en plus à des normes constitutionnelles (qui n'ont pas de cas d'espèce) qu'à des normes ordinaires, et où, de l'autre côté, la rationalité juridique perd la maîtrise du futur et se différencie de plus en plus de la rationalité techno-économique (qui, au contraire, la garde).

Un risque fatal se produit ainsi : la perte de la possibilité de calculer le droit se traduit par l'impossibilité de calculer le futur juridique.

Poussons l'analyse un peu plus loin. Quand Irti soutient que le choix est, de façon inévitable, entre une volonté créatrice qui possède une objectivité calculable, et une volonté qui est totalement prise dans un subjectivisme sans médiation[28], il saisit très lucidement, – comme d'habitude – les termes d'un procès évolutif du droit contemporain, où la décision, surtout judiciaire, joue un rôle de plus en plus central dans le monde du droit, face à la crise profonde du modèle pyramidal des sources étatiques du droit. Parallèlement, Irti force cette tendance et la porte à des conséquences extrêmes dans la perspective d'une thèse radicale : en affirmant que la seule alternative à la calculabilité objective du droit est représentée par un subjectivisme sans médiation, il semble négliger les données de l'expérience. Dans les arrêts des Cours Constitutionnelles, par exemple, ou de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, où les principes

[27] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 61 ; *Nichilismo giuridico,* cit., p. 7.

[28] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 199 ; *Un diritto incalcolabile,* cit., p. 19.

sont de plus en plus utilisés comme guide, nous ne sommes pas confrontés à des simples décisions par rapport à des cas de la vie, mais à des choix qui, loin d'être sans lien avec le passé, non seulement se rattachent à un système préalable des sources, mais aussi à une chaîne jurisprudentielle de précédents, la *Chain Novel* de Ronald Dworkin[29], avec laquelle il faut de toute façon se mesurer, pour devenir ainsi à leur tour une référence pour des décisions ultérieures. Le droit ne peut jamais être réduit à des décision instantanées, au contraire il s'insère dans une histoire et une dimension temporelle plus longue.

Les normes constitutionnelles n'expriment pas « les valeurs absolues et grandioses, qui prétendent à se réaliser »[30] sous la forme de principes juridiques durablement incorporés dans le système de droit positif. Le fait même de leur pluralité et de leur coexistence, ainsi que la différence de poids qu'ils assument chaque fois dans un cas concret, demandent l'intervention d'un interprète qui les mette en balance[31] en mitigeant ainsi leur caractère absolu.

Affirmer la prévalence d'un principe ne comporte pas l'effacement total de l'autre. De ce point de vue, les principes constitutionnels ne sont pas des normes fondamentales kelseniennes qui imposent un *aut-aut* : « avec ou contre moi »[32] ;

[29] Pour une considération globale de l'œuvre de Dworkin, voir G. Zaccaria, *Rileggendo la jurisprudence normativa di Ronald Dworkin : una valutazione complessiva*, in « Rivista di filosofia del diritto », III, 1, 2014, p. 41-60.

[30] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 194 ; *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 16.

[31] Sur la technique de la mise en balance, cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale,* Milano 1992 ; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights,* New York 2002, Chap.3 ; A Stone Sweet, j. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism,* in « Columbia Journal of Transnational Law », 47, 2008, p. 73-165 ; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologne 2010, p. 173 ss. ; Id., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologne 2017, p. 145 ss. ; R. Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Turin 2017, p. 97 ss.

[32] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 134 ss. ; *Diritto senza verità,* cit., p. 28 ss.

s'il en était ainsi, chaque valeur pourrait légitimer tout sans être à son tour susceptible de justification rationnelle.

En passant du plan des principes à celui des règles, c'est-à-dire celui de la concrétisation du droit dans les cas individuels, les valeurs incorporées dans le droit deviennent progressivement moins absolues[33] et sont obligées à se soumettre aux modes, aux procédures et aux limites qui sont propres à l'argumentation juridique[34]. Selon Irti, les valeurs constitutionnelles tireraient leur validité de principes qui sont *au-delà du vouloir humain*[35] : toutefois on pourrait se demander pourquoi il faudrait les penser comme des essences intégrées dans les normes juridiques, s'il est vrai qu'elles sont réalisées par des délibérations issues d'une volonté humaine (constitutions, lois, arrêts).

Une deuxième thèse est liée à la première dans la pensée de Irti : les valeurs insérées dans des chartes constitutionnelles ou ouvertement universelles, c'est –à-dire à l'intérieur de *documents fruit d'une volonté humaine,* pourraient toujours être révoquées, modifiées, violées.

« On découvre – écrit-il – qu'ils [les valeurs] ne proviennent pas d'une source universellement et inconditionnellement valide, mais ils *existent parce que les hommes veulent qu'elles existent*, que leur sens dérive d'une volonté qu'ils aient du sens. »[36].

Cette thèse révèle clairement la volonté de diminuer le rang de la constitution, de lui nier la fonction decontrôle de la légitimité substantielle des lois, ainsi que la posture nihiliste selon laquelle les valeurs peuvent être acceptées ou refusées par un simple acte de volonté, par une décision qui ne doit pas être argumentée et qui, par conséquent, échappe à toute appréciation critique.

---

33 En ce sens aussi G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., p. 133.

34 Cfr. L. Mengoni, *Diritto e tecnica,* cit., p. 47.

35 Ainsi, de façon explicite, en *Dalla lontana provincia del diritto civile*, in « Diritto pubblico », 2016, n.3, p. 825.

36 N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 76-77 ; *Nichilismo giuridico,* cit., p. 24.

Le fait de penser et de décider sur la base de valeurs risquerait, selon Irti, de nous plonger dans un « intuitionnisme subjectif » et un « vitalisme indifférencié »[37].

Néanmoins, il nous semble que le subjectivisme et le vitalisme peuvent avoir une place dans le droit, non seulement par le fait de penser et juger à travers les valeurs, mais aussi par la récuperation formaliste de la technique du choix, de la part de chacun, de son propre droit.

Pour le dire de façon encore plus explicite : jadis le juriste confiait à la subsomption dans le syllogisme législatif la garantie de la confrontation entre le passé de la description normative et le présent du cas concret. Aujourd'hui, d'un côté la fiction de rationalité logique de ce procédé a été dévoilée, en montrant qu'aucune technique interprétative ne peut faire abstraction de moments d'évaluation, tandis que, de l'autre côté, dans un monde juridique sans « centre » et sans « lieux » il n'y a plus une hiérarchie des sources ni un ordre juridique prédéterminé. Dans ce contexte, est-il sûr que le rempart dans le volontarisme de la décision pure ne soit pas l'expression d'une option existentielle telle que l'on la reproche à la pensée des valeurs ? Notre volonté peut s'orienter consciemment vers une auto- limitation rationnelle, sans se limiter à célébrer la lutte incessante avec d'autres volontés.

Nous sommes confrontés ici à un point central de la question : si l'on peut admettre que dans le développent et dans l'évolution du droit moderne il y a une irrésistible vocation au relativisme, il n'est pas pour autant certain que la dissolution du droit vers le nihilisme soit un destin inéluctable auquel il serait impossible de résister. La perspective de Irti est tout à fait cohérente à condition de renoncer d'emblée aux armes de la raison et de séparer les racines du droit des idéaux et des valeurs. Dans sa vision sans espoir, le seul remède à l'affirmation d'un pessimisme cosmique et tragique est, en ligne avec Nietzsche, celui de « aller

[37] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 195 ; *Un diritto incalcolabile,* cit., p. 16.

vers le danger »[38] en célébrant celui qui, en pleine mer, prend le risque d'affronter en solitude les tempêtes de l'histoire et le futur inconnu, en comptant seulement sur ses capacités. Nous avons déjà noté comme ce nouvel humanisme, qui se dresse sur les ruines de l'ancien, risque de représenter une ré-proposition, certainement plus raffinée, d'un vitalisme pareil à celui que Irti reproche aux tenants de la « philosophie des valeurs ».

Un faible espoir émerge parfois dans des pages récentes de Irti, preuve que, s'il est vrai que le nihilisme et la force du négatif ne s'arrêtent face à rien une fois qu'ils ont pris pied, pour l'homme reste toujours le besoin d'espoir, même dans une situation précaire et sans certitudes. L'espoir que le chaos dans lequel concrètement risque d'être plongé l'homme contemporain puisse être conjuré, ne fût- ce qu'en partie, par le besoin que la violence a non seulement de se mettre en forme, mais aussi de s'organiser pour durer dans le temps[39].

Il faut se demander si, au bout de comptes, il ne s'agirait pas d'une attitude subordonnée, d'une *technophilie*, d'une foi aveugle dans le rationalisme de la technique moderne et dans la sobriété du calcul économique, dont la capacité de contrôler les dynamiques du développement ne sont pas prouvées.

La science et la technique, saluées comme éléments de progrès et d'émancipation à l'aube de la modernité, ont acquis dans le monde contemporain un pouvoir de domination presque exclusif, aussi en raison de la dimension planétaire de la globalisation qui mélange et uniforme tout ; elles ont une capacité d'intervention sur la nature et sur l'homme lui- même qui arrive jusqu'à la manipulation de la réalité[40]. Si cette montée

[38] F. Nietzsche, *Le gai savoir*, aphorisme 343 (trad. it. *La gaia scienza*, Milano 1992, p. 251-252).

[39] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 184 ; *Violenza « conforme alla legge » (da un carteggio tra Einstein e Freud)*, in « Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna », 2013, n. 4, p. 8.

[40] N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica,* cit., p. 14 : « La technique est une

en puissance de l'empire technologique et de la techno-science a accéléré la crise des valeurs et des références traditionnelles, le fait que cela se produise sans limites et sans règles ne peut manquer de nous inquiéter, face à une absence de limites qui peut transformer l'être de l'homme en une entité susceptible de modification. Il est difficile d'accepter l'idée que l'homme, bien qu'égaré et désenchanté, se soumette docilement aux impératifs de la technique, car il s'agirait d'un monde sans nous.

Nous savons que le droit est un produit de la culture, dont les paradigmes envahissent les espaces où se déploient les pratiques juridiques : dans un monde totalement gouverné par la science et par la technique, le rôle même de la culture – et donc du droit – serait inévitablement aboli.

Toute l'œuvre de Natalino Irti a été dédiée au droit en tant qu'activité humaine. Je suis certain que même le nihilisme audacieux de celui qui a affirmé l'effectivité de l'histoire humaine, « du monde que nous édifions au fil du temps avec notre pensée et notre agir »[41] n'arrive pas à souhaiter une telle issue, qui rendrait vaine toute intervention humaine dans le monde et, encore plus, le pouvoir de donner de l'ordre à notre vivre en commun.

puissance qui *use le monde*, et donc le calcule, le gouverne, le manipule ».

[41] N. Irti, *Significato giuridico dell'effettività,* cit., p. 8.

II

« Chacun choisit son droit ». Nihilisme juridique et guerre des valeurs

Université Paris Descartes
Institut d'Histoire du Droit
23 mars 2018

Fatiha Cherfouh-Baïch

Nihilisme et guerre des valeurs

La lecture de certains morceaux choisis de l'œuvre de Natalino Irti, que Nader Hakim et Paolo Alvazzi del Frate ont eu l'heureuse idée de faire traduire[1], provoque une foule de sentiments. On est tantôt charmé par certaines envolées lyriques, tantôt perplexe face à certaines ellipses, souvent admiratif de la qualité d'analyse. Les propositions de Natalino Irti provoquent aussi parfois un désaccord, vif et instinctif. C'est précisément ce réflexe qu'il faut délaisser au profit d'une tentative de réflexion.

La présentation de l'auteur et une analyse serrée de certains de ces écrits, ont été menées dans l'ouvrage précité[2]. Nous retiendrons ici uniquement quelques idées-forces selon un double critère : d'abord parce qu'elles se retrouvent dans les communications qu'il s'agit de présenter dans cette courte introduction, ensuite car elles sont grosses d'enjeux pour tout juriste contemporain.

Un premier point paraît cardinal dans la réflexion de Natalino Irti : le droit n'est plus sous la chape, rassurante peut-être ou du moins porteuse de sens, d'un ordre transcendant. Ce faisant, le droit de cette époque qu'il nomme « modernité juridique » est désormais laissé à la « solitude de la volonté humaine »[3] pour

---

[1] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, traduit par A.-M. Bertinotti, P. Alvazzi del Frate et N. Hakim, Paris 2017.

[2] P. Alvazzi del Frate et G. Ferri, *Natalino Irti et la doctrine italienne*, dans *Le nihilisme juridique*, cit., p. XLI-L et N. Hakim, *Une lecture française de Natalino Irti : un droit humain, trop humain,* dans *Le nihilisme juridique*, cit., p. IX-XXXIX.

[3] N. Irti, *Le nihilisme juridique,* cit., p. 74.

reprendre une belle expression. Cette modernité, Natalino Irti en dégage deux critères diacritiques : le nihilisme et le formalisme. Nous reviendrons sur ce dernier plus avant, mais comment définir le premier ?

Le mot est clairement nimbé d'inquiétude et dégage une odeur de souffre. D'ailleurs, lorsque le nihilisme est évoqué, l'anarchie n'est jamais loin. Ainsi Olivier Jouanjan rappelle-t-il que Carl Schmitt (1888-1985)[4] considérait que la lutte contre le positivisme était un combat contre « l'esprit juif » caractérisé notamment par un « nihilisme anarchique »[5]. Loin de cet antisémitisme, Michel Villey dépeignait pour sa part le nihilisme comme le compagnon du positivisme et du scientisme allemands de la Belle Époque, qu'il tenait tous deux en très mauvaise estime[6].

Pour les juristes français ou familiers de la doctrine juridique française, c'est la figure de René Demogue (1872-1938), dont on se plaît à souligner le nihilisme[7], qui vient à l'esprit. Christophe Jamin nous explique notamment que l'absence de transcendance et le refus de construction abstraite du droit sont deux éléments avancés par Demogue, qui ont amené à taxer sa pensée de nihiliste[8]. On a également pu évoquer une forme de nihilisme,

[4] Dont certaines propositions sont reprises par Natalino Irti : voir la contribution de C.M Herrera dans le présent volume.

[5] O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable : l'ordre du discours nazi*, Paris 2017, p. 19.

[6] M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1962, p. 102.

[7] D. Kennedy et M.C. Belleau, *La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine*, dans « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », LVI (2006), p. 163-211 et C. Jamin, *Demogue et son temps*, *réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, *ibid.*, p. 5-19.

[8] C. Jamin, *ibid.*, p. 11 et 13. L'auteur récuse toutefois en doute ce qualificatif de nihiliste pour évoquer Demogue, du moins sous un certain angle : « on retrouve donc bien chez lui la volonté de faire primer l'harmonie sociale. À ce titre, il fait bien partie de la famille et n'a donc rien d'un nihiliste : c'est un juriste bourgeois conscient de l'acuité de la question sociale. À une différence près toutefois, mais cette différence est de taille, qu'il ne masque pas ses opinions sous l'autorité de la science ou

épistémologique cette fois, au sujet d'un autre juriste français contemporain de René Demogue, Georges Ripert (1880-1958)[9].

Pour Natalino Irti, le nihilisme est polymorphe et en donner la quiddité est malaisé car ce serait le fruit d'une reconstruction de la part du lecteur. L'origine du nihilisme est à rechercher dans la pluralité des valeurs dans le droit, qui aurait succédé à un droit avec un centre unique. Le droit qui serait désormais « sans destination, qui va et va mais il ne sait pas pourquoi ni vers où il se déplace »[10]. Reprenant volontiers à son compte certains enseignements de Max Weber, Natalino Irti estime alors que c'est ce « polythéisme des valeurs » qui sécrète le nihilisme. Nihilisme qui est né de la modernité, qui a rompu avec certaines valeurs antiques, et qui conduit à ce que le droit tout entier soit dans la volonté humaine. Voilà un *fatum* qui scelle le sort du droit et aux conséquences parfois funestes.

Le droit positif est alors seul. Il n'y a plus à ses côtés, un autre droit, qu'il soit divin, naturel, ou rationnel, en somme un droit transcendant. Sans ce référent précieux, ce creuset ou ce terreau accueillant et réconfortant, « la norme est placée dans la nudité solitaire de la décision humaine »[11].

La volonté de l'homme, forcément précaire et contingente, devient alors, selon notre auteur, omnipotente. Et de constater que c'est un volontarisme exacerbé qui est fondateur des normes. « Chacun choisit son propre droit »[12], chacun opte pour sa norme fondamentale.

Cette affirmation extrêmement stimulante est présentée

d'une "méthode scientifique" à laquelle il n'adhère pas » (p. 18).

[9] F. Rouvière, *La vulnérabilité de la science du droit : histoire d'une science sans méthode* dans F. Rouvière, *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité. Etudes de droit français et de droit comparé*, Bruxelles 2011, p. 556.

[10] N. Irti, cit., p. 62.

[11] *Ibid.*, p. 107.

[12] *Ibid.*, p. 141-146.

par Irti comme un caractère de la modernité. Cela n'aurait pas toujours été ainsi. Mais si le droit est désormais désorienté, sans but ni direction valables, et qu'il est dans le même temps pure volonté humaine, alors le constat ne porte-t-il pas davantage sur l'homme lui-même, qui aurait perdu ses repères ? Le droit au fond n'est qu'une caisse de résonnances, voire un artefact de l'expérience humaine. On peut risquer l'idée d'une relativisation de son caractère *sui generis* ou précisément de son émergence *ex nihilo*. Le droit ne serait alors pas plus « perdu » que l'homme lui-même ni que d'autres champs disciplinaires d'ailleurs.

D'autre part, cette hypertrophie de la volonté humaine s'articule avec ce que Natalino Irti présente comme une force imprimant sa puissante marque : le consumérisme, fécondé par l'économie de marché. Et c'est là un autre thème majeur. Natalino Irti développe en effet une réflexion fondamentale sur les liaisons entre droit et économie. Le droit n'est plus l'apanage d'un État mais le produit d'une technique dans sa matrice économique. L'auteur évoque cette ferveur quasi religieuse de l'Occident pour l'économie de marché[13].

La figure du consommateur a supplanté celle du citoyen, ce qui ne laisse pas de nous interroger sur une vision renouvelée de nos démocraties. C'est ainsi l'objet de la contribution de Carlos Miguel Herrera[14] qui nous propose une approche du nihilisme juridique par la voie du politique, en mettant en exergue comment la lecture de Natalino Irti peut aboutir à la conclusion d'une mise en danger de nos démocraties par la techno-économie.

Cette volonté humaine solitaire qu'évoque Natalino Irti est donc à considérer comme étant forcément collective. Mais alors, le poids des pressions plus ou moins fortes qu'elle subit devrait sans doute être souligné davantage. Quoi qu'il en soit, si le propos de Natalino Irti est de souligner que le droit est essentiellement le fruit d'une construction humaine, c'est le *terminus a quo*

[13] *Ibid*, p. 77.

[14] Professeur de droit public à l'Université Cergy-Pontoise.

d'un tel phénomène qui lui aussi peut être discuté. Toutes ces pistes si riches de réflexion, qu'il n'est pas dans l'objet de cette présentation d'approfondir, ne sont pas sans rappeler *mutatis mutandis* certaines théories constructivistes[15].

La disparition selon Natalino Irti d'un référent métempirique – religieux ou métaphysique – l'éclipse de la recherche de la vérité du droit, l'idée que le droit est le pur produit de la volonté humaine, aboutissent à un nihilisme qui ne rejette pas pour autant dans l'ornière les valeurs. Car ce nihilisme, s'il est néant[16], n'est pas le vide. Il n'y a pas un effacement des valeurs mais au contraire une profusion de valeurs, qui peuvent s'entrechoquer, voire s'affronter.

Nader Hakim[17] évoque précisément cette « guerre » des valeurs dans sa contribution ; guerre dont l'enjeu cardinal est alors celui du choix d'un ordre normatif. Plus finement encore, ce sont les ressorts de l'obéissance individuelle à tel ordre normatif et du délaissement de tel autre qui doivent être disséqués. Mettant en lumière ce que l'individualisme d'Irti comporte de nuance et de complexité, Nader Hakim dévoile que le nœud gordien, pour les individus et la société, réside dans le choix du fondement de l'ordre normatif. Constatant avec Irti que l'unicité est impossible, la pluralité devient alors un puissant fertilisant du nihilisme constate l'auteur.

Cette pluralité de valeurs, qui peut constituer une richesse,

[15] Voir notamment A.-J. Arnaud et Ma. J. Fariñas Dulce, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles 1998, p. 11 ; V. Villa, *La science juridique entre descriptivisme et constructivisme*, dans P. Amselek, *Théorie du droit et science*, Paris 1994, p. 281-291 ; N. Mariot et P. Olivera, *Constructivisme*, dans C. Delacroix *et al., Historiographies*, II. *Concepts et de´bats*, Paris 2010, p. 704- 710

[16] N. Irti écrit en effet : « les normes juridiques, comme n'importe quel bien du marché, sont des "produits" : elles viennent du néant et peuvent être rejetées dans le néant » (cit., p. 61). Demeure l'ardue question de préciser la « substance » de ce néant.

[17] Professeur d'histoire du droit à l'Université de Bordeaux.

semble anxiogène pour Natalino Irti (car elle empêche le droit d'être un ordre unitaire) ; à telle enseigne qu'il serait nécessaire de trouver une « bouée de sauvetage » pour le juriste, fatalement lui aussi désorienté. Natalino Irti développe alors une pensée féconde sur le formalisme – planche de salut donc – lié au nihilisme par une « intime fraternité »[18].

La juridicité n'aurait plus à être recherchée dans la vérité de la norme, vérité qui a disparu avec le chant du cygne des valeurs antiques. Non, la juridicité est à rechercher dans la forme : il n'y a plus à savoir si une norme est vraie ou non, il faut rechercher si elle est valide.

Et pour ce faire, il n'y a pas à vérifier la conformité d'une norme avec un ordre qui lui serait supérieur, c'est sa forme qu'il faut scruter.

Celui qui maîtrise la forme, maîtrise le droit. Si le formalisme est une méthode, on ne peut que suivre la proposition. Si le formalisme est un artifice, purement cosmétique, la contestation s'impose.

Ce formalisme est précisément porté au fronton des préoccupations des autres contributions présentées. Carlos M. Herrera traite en effet du sujet de manière subsidiaire, mais indique que le formalisme est le cœur même des écrits de Natalino Irti ; formalisme auquel il préfère l'expression de droit formel.

Paolo Alvazzi del Frate[19] quant à lui, consacre au formalisme juridique et à ses liens avec le nihilisme, l'ensemble de son analyse. Il nous révèle toute la subtilité de la pensée irtienne, mâtinée parfois d'ambiguïté lorsqu'il met en lumière l'attitude descriptive de l'auteur italien, qui ne souhaiterait proposer aucune solution, et en contrepoint sa défense du formalisme juridique comme garantie salvatrice s'il est pris sous une toise positive.

Cette ambiguïté, ou peut-être un certain paradoxe, est mis en

[18] *Ibid.*, p. 78.

[19] Professeur d'histoire du droit à l'Université Roma Tre.

lumière dès l'abord par Frédéric F. Martin[20]. Démêlant l'écheveau des liens entre nihilisme et formalisme juridique, il invite à nuancer le positionnement de Natalino Irti sur ce dernier. Le formalisme revêt le visage de Janus. Pris dans son acception optimiste, il peut être un possible outil de reconstruction d'un droit vidé de son sens du fait d'une « guerre des valeurs ». Frédéric F. Martin, s'il ne nie pas dans sa substance le diagnostic de Natalino Irti, s'interroge en revanche sur le moment d'apparition d'une telle crise. L'auteur italien l'estime emblématique de la « modernité juridique », qu'il faudrait peut-être qualifiée de « post-moderne » ou d'« hypermoderne », pour le dire avec Frédéric F. Martin.

Ces contributions, au travers d'éclairages différents, ont le mérite de montrer à nouveau que la question de la définition du droit et de son « éligibilité épistémologique » en quelque sorte, est aussi irrésolue que fondamentale. Le juriste doit néanmoins encore et toujours s'en saisir, en conjurant le péril du solipsisme et en ayant à l'esprit tout à la fois Sisyphe et Prométhée.

[20] Professeur d'histoire du droit à l'Université de Nantes.

Carlos M. Herrera*

*Nihilisme juridique et démocratie. A propos d'un livre de Natalino Irti***

Nous sommes devant un livre dense, très subtil et très fort en même temps.

Il se peut même qu'il soit jugé, en ce temps de conformisme intellectuel, comme un livre difficile. Certes, le lecteur français peut se sentir quelque peu dépaysé dans un propos saturé de références à la pensée philosophique italienne (depuis Giovanni Gentile et Emanuele Severino jusqu'à une certaine tradition de lecture de Nietzsche, Kelsen et Schmitt dans laquelle plusieurs passages de la réflexion s'inscrit). Même cette affirmation directe, principielle du « nihilisme », qui semble avoir donné lieu à quelques malentendus, peut apparaître comme un positionnement « laïque » à l'égard de cette culture qui l'est beaucoup moins (il suffit de se rappeler les propos de Norberto Bobbio sur la tradition italienne[1]).

Ce qui compte, à mon sens, est de le lire comme un livre juridique. L'œuvre d'un juriste qui philosophe plus exactement –

* Professeur à CY Cergy Paris Université, directeur du Centre de Philosophie Juridique et Politique (CPJP).

** Je garde à dessein la forme orale de l'exposé réalisé lors de la table-ronde « Chacun choisit son droit. Nihilisme juridique et guerre des valeurs », organisée par Fatiha Cherfouh-Baïch à l'Institut d'Histoire du Droit de l'université Paris Descartes, le 23 mars 2018.

[1] Voir par exemple, certains des essais réunis dans *Politica e cultura* (1955), Turin 1974, ou encore, *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Milan, 1997.

je me demande combien des juristes français pourraient entamer sa lecture sans l'abandonner au bout de quelques pages car « ce n'est pas du droit »... Si on lisait Irti en simple philosophe du droit, il y aurait le risque de s'arrêter sur tel ou tel détail d'histoire de la pensée – son interprétation subjectiviste de la norme fondamentale chez Kelsen, par exemple ou encore un certain mélange entre deux Schmitt assez différents – qui nous dévierait de l'essentiel du propos, de sa vigueur théorique propre. Et même si l'ouvrage est formé d'un recueil d'articles publiés à différentes occasions, il ressort de ces chapitres une profonde unité.

Le nihilisme, plus que comme un récit, apparaît chez Irti comme grammaire de la modernité. Le droit abandonne son lien ancien avec la nature, au bénéfice d'un nouveau rapport avec la technique, encore plus important comme tel puisqu'il devient formel. Cette transformation a son pendant dans la pensée juridique, notamment dans le passage de l'historicisme au formalisme[2]. Nihilisme et formalisme constituent dit-il la modernité juridique (p. 79).

Le nihilisme juridique est un objet complexe sous la plume de l'auteur, car il « se situe entre la description historique et la réflexion philosophique » (p. 113). Mais – c'est la clé métathéorique de l'œuvre – le nihilisme raconte cette histoire, avec la conscience de sa nécessité, et « sa conscience devient douloureuse » (p. 113).

Le nihilisme juridique nous montre que le droit vit de l'absence de présupposés extérieurs au droit lui-même (c'est le cœur de toute une conception de la théorie du droit depuis l'œuvre kelsénienne), comme le dit Nietzsche dans l'aphorisme § 459 de *Humain, trop humain*, qu'Irti affectionne tant citer.

Mais sous la globalisation, ce récit est infléchi. Plus exactement ces deux phénomènes « croissent et se radicalisent » selon Irti (p. 79). La globalisation déracine le droit et le jette dans l'*a-topie* des

[2] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, Paris, 2017, p. 11-12. Les numéros de page dans le corps renvoient à cet ouvrage, sans autre indication.

marchés. C'est cette situation qui habilite, en quelque sorte, une interrogation par le politique, comme celle que je tenterai ici.

Partons d'une constatation : le nihilisme et le formalisme avaient un corolaire politique, qu'un Max Scheler ou plus tard un Friedrich Hayek, d'un point de vue critique, ou un Hans Kelsen, d'un point de vue optimiste, avaient perçu et qu'Irti condense d'une belle formule : « le droit est ce qu'on peut faire sans cesse, ce qu'on peut réformer par excellence » (p. 87).

Si la norme juridique est considérée comme le produit de l'action – quelque chose que nous voulons et que nous déterminons –, et notre action se meut dans la pluralité des valeurs, la démocratie est un système qui s'accorde particulièrement bien au formalisme, à un droit sans vérité, comme on le voit dans l'aphorisme § 472 de *Humain trop humain*.

Le principal trait de la modernité juridique, le libre choix de la volonté, a été associé à l'individualisme et partant, à la liberté, ce qui finit par se traduire en termes de systèmes politiques, et, après une évolution de plusieurs siècles de luttes et transformations, dans la démocratie. Peut-être plus que l'individualisme, la démocratie permettait l'épanouissement d'une conséquence essentielle du nihilisme : la reconnaissance d'un pluralisme des valeurs, conséquence d'un monde sans dieux. Ce qui nous laisse entrevoir à nouveau le terreau sur lequel s'érige aussi son rapport spécifique avec le droit moderne. C'est pourquoi Irti peut affirmer que « les procédures démocratiques (destinées d'une manière générale, à reconduire les lois à la volonté des gouvernés, si bien que ceux-ci finissent par s'obéir eux-mêmes), sont une espèce dans le genre […] de procédures productives de normes » (p. 90).

Certes la démocratie n'est pas thématisée comme telle dans l'ouvrage d'Irti. Mais elle apparaît en pointillé, notamment comme interrogation : ses pages laissent entrevoir la tension entre les traits structurels d'une époque et leur devenir historique, ou, pour le dire autrement, entre modernité juridique et la techno-

économie globalisée.

On peut à mon sens prolonger ces quelques indications par une affirmation plus ample : la démocratie et le pluralisme sont mis en danger par la techno-économie globalisée. Certes, le lien entre droit et marché existait bien avant cette dernière accélération du capital qu'on appelle « mondialisation » : Irti parle d'une chaîne du droit qui, dans les démocraties occidentales, « obéit à la rationalité technique qui est propre à l'économie capitaliste » (p. 109). Mais sous l'apparence d'une continuité, on assiste peut-être à un changement de taille : le langage du droit se moule de plus en plus dans le langage de l'économie.

Plus encore, avec la globalisation, cette calculabilité qui était propre à la logique marchande disparaît. La preuve que la situation a changé pour l'auteur lui-même est qu'il affirme que le droit « *a perdu* tout centre », y compris celui de la rationalité économique. En réalité, les choses sont plus complexes et on arrive à l'un des points où le propos irtien montre toute sa finesse intellectuelle : la techno-économie reste calculable –le capitalisme ne peut pas s'en passer –, mais, en revanche, le droit perd la maîtrise du futur. Autrement dit, c'est bien le droit qui devient « incalculable », sa rationalité devient imprévisible, par l'injection de subjectivisme, d'intuitionnisme et de vitalisme sur lui (p. 201). Dès lors, le savoir juridique ne peut plus offrir le « prévoir » – le juriste en tout cas doit compter avec ce qu'il appelle « l'incalculabilité des lois », déplaçant son attention sur la décision des conflits (p. 189). Et l'on voit la décision se placer au « centre de la pensée juridique » dans une référence explicite à Carl Schmitt (p. 193).

On n'a pas quitté pour autant le nihilisme juridique, mais ce libre choix qui était à la base de la modernité est mis en doute par un « sens unique et exclusif » par une pensée quantitative, qui conduirait à une option unique. Non pas dans le sens d'une simple imposition extérieure, du type de celle par laquelle on décrit souvent le totalitarisme, mais par la contrainte d'une certaine logique, qui nous laisse libres, certes, mais nous introduit dans

une autre sphère, celle du « consommateur », celui qui use, détruit. Plutôt que s'opposer au citoyen, le consommateur *se superpose* à lui (p. 104). Mais il se présente aussi comme une radicalisation du nihilisme – je suis tenté de dire comme *sa déviation*. Pourquoi ? On peut dire que le consommateur est l'individu sans la responsabilité, ce qui était le grand problème de Max Weber.

Pour Irti, le danger de décalquer le citoyen sur le consommateur conduit le politique (démocratique) à privilégier une catégorie de citoyen : celui qui peut se fournir au marché, rompant son universalité abstraite. Et ce faisant il conduit au déclin du politique, affaiblissant la sphère de décision.

Or, sans la responsabilité, la « passion du choix » disparaît, se vide de sa substance et devient un pur subjectivisme. Même sa dimension de combat tombe. Ce qui finit par dénaturer le nihilisme qui, pour Irti, « exalte la responsabilité de la décision, il peuple le monde de buts et de volontés militantes » (p. 14).

Il y a un mot qu'Irti évite de prononcer pendant une bonne partie de son livre, mais qui arrive massivement à la fin de son propos, celui d'Etat. En réalité la notion était déjà d'une certaine manière impliquée dans ses propos sur la perte du centre, la déchéance de la territorialité comme base du droit, dans une veine schmittienne, celle, plus tardive, du Nomos de la terre. En grand juriste praticien, Irti rappelle, contre les apologètes de la *Lex mercatoria*, que l'Etat garde le monopole de la force, y compris pour exécuter une sentence arbitrale.

Le droit justement représentait le pouvoir sur le sol, tandis que la techno-économie « s'oppose aux lieux de la terre, définis et fermés » par son dimension planétaire (p. 63). On voit se dessiner un deuxième niveau de conflit entre le droit/la démocratie, en tant que procédures, et la techno-économie du marché global, conflit qui, dans les termes d'Irti, apparaît encore et toujours comme « une scission entre rationalité techno-économique et rationalité juridique ».

Mais le droit se dresse contre l'unique, ce qui coïncide avec

le caractère décisionnel, voire décisif, du nihilisme juridique. Peut-être toute l'importance du nihilisme, tant d'un point de vue juridique que politique, réside dans le fait qu'il permet de « savoir que les normes, telles qu'elles sont, pouvaient ou pourraient être *différentes*, et que leur naissance et leur mort dépendent seulement de la volonté de l'homme, et que cette volonté se développe et se réalise avec un élan inconditionné, libéré de tout présupposé » (p. 113, nous soulignons, CMH).

Ce faisant, le nihilisme juridique renoue avec la calculabilité. Mais avec peut-être une conscience plus aigüe de ses limites, que la marche conquérante de la modernité avait jadis cachée quelque peu : le nihilisme juridique peut offrir uniquement « la précision (relative) de son propre fondement », « la *positivité* des choix » (p. 198). Ou encore, comme Irti le dit dans une formule saisissante : « la bouée de sauvetage de la forme » (p. 198).

On arrive à mon sens au cœur de l'ouvrage : ce droit formel, encore plus « tragiquement marqué par la perte de son centre », se « rassemble autour d'un nouveau centre, qui est sa capacité productrice elle-même, la possibilité de s'autogérer dans la création des normes » (p. 91).

Dès lors, on serait tenté de voir dans le juriste comme un Katéchon (κατέχων, ce qui retient), la figure théologique parue dans la II lettre de Saint Paul aux Thessaloniciens, de celui (ou de ce) qui retarde la venue du Mal, de l'Antéchrist, au monde. Bien sûr, ma lecture peut être habilitée par la sympathie montrée par Irti à l'égard des théories de Carl Schmitt, qui avait remis ce concept théologique dans la réflexion juridique, avant tout comme une clé de lecture, sinon une justification, de sa propre œuvre après la fin de la Deuxième guerre mondiale.

Comment le juriste retardera le « mal », c'est-à-dire la tyrannie des valeurs, qui ne peuvent être que subjectivité sans responsabilité ? Par son insistance sur la forme, sur la procédure. Une forme qui se fait complexe sous les contours historiques actuels, au point que, pour le juriste, elle prend le trait d'une

défense de l'espèce (au sens du cas d'espèce). L'espèce justement, nous dit Irti, n'est pas une invention arbitraire, mais une façon de simplifier et définir le monde. La logique de l'espèce est importante, car elle permet à la décision judiciaire de se mettre au service de la décision législative, contrairement à une décision basée des valeurs.

Toujours sous le prisme du nihilisme, les termes de l'opposition se précisent devant nos yeux : c'est le choix, écrit Irti, « entre une volonté créative d'objectivité calculable et une volonté plongée dans un subjectivisme immédiat » (p. 198). Aussi bien dans le droit que dans la démocratie.

Frédéric F. Martin

Nihilisme et modernité juridiques. Droit, valeurs et oubli des formes chez Natalino Irti

Se saisir du *Nihilisme juridique* de Natalino Irti est un exercice difficile pour le juriste. À l'ouverture du livre, la main tremble un peu. Plus que l'éventuelle déception d'une table rase complaisante, ce sont les abîmes ouverts par le titre qui suscitent la crainte. Le livre refermé, la main tremble encore un peu des interrogations soulevées par le texte. Qu'ajouter au tableau d'un droit qui n'est déjà plus rien ? Il faut, pour cela, s'extirper des cordes dans lesquelles jette le nihilisme de Irti et l'exercice n'est pas aisé. Natalino Irti est en effet un auteur exigeant. Il l'est pour le droit comme il l'est pour le lecteur. Si le premier aurait perdu son sens ; le second, lui, poursuit celui d'un texte qui se dérobe. Car l'écriture de Natalino Irti est paradoxale. Outre une passion de la synthèse qui confine parfois à l'ellipse, elle doit souvent se lire *a contrario*. La critique du droit contemporain est une déploration qui fait surgir, en contrepoint, ce droit perdu, peut-être rêvé. Le nihilisme de son auteur est celui d'un croyant et d'un déçu, d'un inquiet qui observe le droit se décomposer sous nos yeux et nous enjoint de demeurer vigilants, prompts à ne pas abandonner *le* droit aux sirènes qui le ruinent.

Traçant, article après article, l'homélie funèbre d'un droit déjà disparu, Irti nous donne à voir le droit contemporain dans certaines de ses contradictions les plus intimes. Il semblerait nous intimer d'abandonner tout espoir. Dieu est mort et il aurait emporté le droit avec lui. Dépourvu de Dieu, de vérité, le droit ne serait plus qu'une forme vide, ballotée au gré des valeurs qui

s'en emparent et s'en parent. Abandonné aux flux et reflux de ces valeurs et des volontés qui les portent, le droit ne serait plus qu'une coquille vide à laquelle nul ne pourrait vraiment s'arrimer.

Ce constat d'échec ne semble pas relever d'une surinterprétation du lecteur, tant l'humeur irtienne est noire… et le propos presque millénariste (V p. 61) :

> L'ère moderne a étendu au droit le mot le plus audacieux et le plus cruel : « produire ». Les normes juridiques, comme n'importe quel bien du marché, sont des « produits » : elles viennent du néant et peuvent être rejetées dans le néant. […]
>
> Et, puisque la production répond et obéit aux besoins, les lois deviennent – selon les hasards, et donc seulement *par hasard* – provisoires ou durables, de conjoncture ou de structure, d'urgence ou de normalité. Le diagnostic, proposé il y a plus de vingt ans dans l'essai sur la décodification, péchait par confiance naïve […]. [Il] ne saisissait pas ou peut être taisait l'essence nihiliste du phénomène : cette négation de tout critère d'unité, cette remise à la volonté humaine et au hasard du futur, qui jette les normes dans un mouvement indéfini, de la naissance à la mort, quotidiennement. Ceci n'est pas la critique habituelle et banale envers le législateur national ou européen ; mais – oserais-je dire – le destin du droit de notre époque.

Mais d'autres lectures sont possibles. Certaines se saisiraient du texte pour conforter la mort du droit et la victoire de la gestion : un ensemble de procédés d'administration des destins humains – à moindre coût *en principe*… À lire Irti, ce serait là une naïveté. Pris dans les rets d'une économie naturalisée, le droit n'est plus que l'instrument de volontés qui s'affrontent. La « guerre des dieux » se mue en une guerre de tous contre tous ; le Léviathan aussi est mort… et Donald Trump est bien vivant. Jouant des *fake news* comme du protectionnisme, alternant gesticulations autoritaires et appel à la négociation, le président

américain ne serait exceptionnel que par sa radicalité. Pour le reste, il n'est peut-être, comme bien d'autres, que le symptôme d'un désastre en cours. Dans ce désordre des mots et des gestes, le droit ne retrouve plus ses petits et C. Schmitt se retourne dans sa tombe, souriant.

D'autres lectures, cependant, pourraient considérer que Irti nous éclaire de sa noirceur. Il nous livre en effet une critique radicale des errements d'un droit qui n'est plus et ne peut plus être que l'ombre de lui-même. Au bout du texte, mais presque à chaque page aussi, se pose au lecteur une question cruelle : toute écriture du droit, toute écriture *sur* le droit, n'est-elle plus dès lors qu'une tentative de sauver un monde perdu ? Une lecture rapide et une interprétation radicale pourraient conduire à cet abandon. Une lecture plus nuancée est heureusement possible. Elle consiste à observer le scepticisme méthodologique qui se cache derrière le nihilisme de Irti. La « bouée de sauvetage de la forme » propose de prolonger la proposition nihiliste pour reconstruire le droit sur une base critique. Non pas pour construire une nouvelle forteresse de vérités mais pour accepter les fragiles équilibres d'une raison qui accepte de douter d'elle-même. Le nihilisme juridique procède en effet d'une critique du droit qui abandonne celui-ci au combat des valeurs (1). Il ne s'agit cependant là que d'une première étape. Au-delà se profile une seconde critique, plus incisive encore mais davantage salutaire : celle d'une Modernité juridique qui se serait égarée dans un oubli des formes (2).

1. *Nihilisme juridique et combat des valeurs*

À suivre Natalino Irti, le droit se serait perdu. Égaré par ses propres interrogations et attaqué de toutes parts par des croyances adverses, le droit aurait perdu son « centre » (VI, p. 76) et, avec celui-ci, ce qui ressemble à une essence.

Il serait long et vain de reprendre une à une toutes les critiques

qui mènent Irti à ce constat ; nous renvoyons le lecteur à l'ouvrage lui-même ainsi qu'à la lecture précise qu'en livre N. Hakim. Il est néanmoins possible, dans le prolongement des deux textes, de pointer certains thèmes récurrents autour desquels s'articule sa critique.

Très sommairement dit, la position du nihilisme juridique serait celle d'un droit qui, perdant son centre, aurait perdu son sens (I, p. 9). L'insistance sur la centralité, la cohérence et l'unité perdues dresse le tableau d'un droit écartelé[1]. Le pluralisme aurait mené au relativisme[2]. Ramené à ce qu'il est *vraiment* et détaché du cosmos (XV, p. 159), le droit ne serait plus qu'une forme abandonnée à toutes les volontés. De là le lien avec la « Guerre des valeurs » : Irti balance entre Weber et Kelsen d'un côté, Nietzsche et Schmitt de l'autre. D'un côté, un droit si détaché des valeurs qu'il peut accueillir chacune d'elles ; de l'autre, un droit « sans vérité » qui se ramène à la volonté si ce n'est au pouvoir[3].

Le point de départ de Irti peut être situé du côté de la « décodification ». Le droit aurait mué en une succession de lois spéciales, signe d'une transformation essentielle. Cette extrême particularisation du droit résulterait d'une crise. La Modernité juridique, telle du moins que la présente Irti, s'ouvre par la déliaison entre l'ordre humain et l'ordre des choses (XV, p. 159).

> La modernité juridique a dénoué tout lien avec la conception unitaire du monde : le droit n'a plus l'impression de faire partie d'un cosmos qui comprend le ciel et la terre, la nature et l'histoire. Les normes juridiques se sont *séparées* de toute force, divinité créatrice ou *logos* originel, capable de rassembler l'homme, et

[1] Pour l'unité, voir notamment p. 6, 25, 54, 62-68, 108-110, 159.

[2] « *L'idéologie du pluralisme* – tantôt empreinte de pensée catholique, tantôt de sursauts libertaires – ratifie culturellement la dissolution de l'unité » (II, p. 23).

[3] « La nécessité qu'il existe un droit est, donc, *la nécessité qu'il existe un pouvoir plus fort que tout autre pouvoir*, une garantie d'actuation plus dure et plus efficace que tout autre volonté » (VIII, p. 94).

> ce qui est autour de l'homme, dans l'unité d'un cosmos. La séparation les a entièrement livrées à la volonté de l'homme, à la finitude et l'historicité par leur position et leur imposition.

Si cette formulation est tardive (2013), elle synthétise des positions défendues depuis longtemps par l'auteur. La perte d'unité résulte de celle du dualisme. Ne disposant plus d'un référent extérieur et suprême (Dieu, la nature, la tradition, la justice), le droit aurait été ramené à lui-même et, en premier lieu, à sa forme. De fait, le positivisme juridique rejoint le positivisme logique du Cercle de Vienne. Aucun contenu ne s'impose en soi et le droit, accueillant à tous, n'est jamais que ce qu'il dit de lui-même. Au sein de l'éloge de Kelsen (I, p. 6-7 notamment) résonne le désenchantement webérien du monde. Car la critique des dualismes et des traditions héritées ouvre une boîte de Pandore. Ramené à sa seule forme, le droit s'ouvre à toutes les volontés et ne préserve d'aucune. D'un côté, il est soumis à l'arbitraire schmittien de la décision (*ibid.*) ; de l'autre, il se disperse en une multitude de choix individuels singuliers et repliés sur eux-mêmes (XIII, p. 141-146). La référence à Schmitt n'est pas dépourvue d'équivoque. La critique que livre le juriste nazi, toute aiguisée qu'elle soit, n'en débouche pas moins sur une restauration des dualismes dont la *Théologie politique* est l'expression la plus claire[4]. De son côté, la question de l'individu l'est tout autant : il semble difficile de concilier le caractère objectif et conventionnel de la signification (qu'elle soit quelconque ou juridique) avec l'atomisation subjective de celle-ci. Il n'est plus lors question d'un droit qui erre à se distribuer en une infinité de positions subjectives. Dans une telle hypothèse, du droit il ne reste *rien*, pas même le nihilisme.

Il faut donc voir ces exemples comme les symptômes d'un

[4] Dans un sens proche, voir l'articulation très ambigüe de Carl Schmitt entre critique de l'axiologie des « clauses générales » et éloge d'une restauration vitaliste des valeurs (XVIII, p. 192-196). Voir également le passage d'une critique de la légalité à un repli salutaire dans une « crypte mystérieuse » (V, p. 65-66).

droit ramené à la seule volonté (V, p. 61). Toute la difficulté tient aux modalités de l'arbitraire de celle-ci. Il pourrait résulter d'une délibération restauratrice, peut-être, d'une raison juridique (VII, p. 81-84). Mais la raison n'est plus et le droit, lui, n'est qu'un « produit » technique de la volonté (V, p. 59-66 ; VII, p. 84-89). L'arbitraire du signe s'offre, accueillant, à la conjonction nihiliste du volontarisme, de l'individualisme et du néo-naturalisme économique.

Le nihilisme juridique et son double, le formalisme, sont à la fois le fondement et l'expression de cette soumission du droit aux valeurs, caractéristique de la modernité juridique (VI, p. 79). Ils prennent ainsi un tour négatif lorsqu'ils correspondent à l'incapacité du droit à résister aux appropriations axiologiques. Manifestations de la disparition d'un monde de véridiction, ils constituent l'expression d'un non-cognitivisme éthique qui traverse les disciplines et conduit certains au relativisme le plus absolu. En effet, le tournant linguistique et la philosophie analytique conduisent à ce que nul ne puisse prétendre connaître véritablement le monde, moins encore les valeurs. Le seul objet du savoir n'est plus que le savoir lui-même dans la forme qu'il se donne : le langage. Dans le prolongement du nominalisme, la critique moderne s'avoue sceptique.

Mais ce n'est pas là un solipsisme. Si cette circularité – ou cette réflexivité – d'une pensée qui se prend elle-même pour objet peut certes conduire à une négation du réel, elle peut conduire, en sens inverse, au doute élevé au rang de méthodologie. Le nihilisme et le formalisme juridique possèdent ainsi une face positive que le titre seul ne laisse pas suspecter. Contre la dictature volontariste de toutes les valeurs et de toutes les évidences, la neutralité accueillante du formalisme doit conduire à une raison relative du droit, manifestée par une volonté, certes, mais une volonté délibérée (X, p. 111-112) :

> Le vrai trait dominant du nihilisme juridique est que ce mystère, ce déclin des sens unitaires et globaux n'engendre pas une

> résignation inféconde, mais suscite plutôt un regain de volonté, admettant la fraternité avec le devenir. […] Puisque les dualismes antiques sont dissous et que le droit se constitue et se déroule sans présupposés décisifs, il n'y a pas d'autre instance, il n'y a pas de juge d'appel contre les normes (constitutionnelles ou ordinaires) ainsi délibérées. L'autosuffisance de la production juridique offre la mesure du nihilisme.

C'est bien en ce sens que le nihilisme est plus libéral que libertaire. Il n'affirme pas une liberté essentielle contre des contraintes indues. Il réfléchit aux conditions contemporaines d'une liberté qui n'a d'autres fins que les limites qu'elle se donne (I, p. 8-9) :

> [L'ouverture au nihilisme juridique] ne veut pas dire absence, mais une multiplicité indéfinie et inconditionnée des objectifs ; cela ne veut pas dire repos de la volonté, mais un incessant mouvement entre ardeur et heurt, entre gagner et perdre. Le droit n'est plus contraint à une direction, il peut évoluer partout, toujours arbitraire et inattendu. Cela ne veut pas non plus dire anticonceptualisme, mais disponibilité, devant chaque texte, à l'abandon et à la renaissance, à la renonciation et à la redécouverte. Personne n'est capable de prévoir le contenu des normes à venir, et donc de calculer l'emploi d'un concept ou d'un autre. Le juriste n'est assuré ni par la tradition ni par la continuité de la « méthode ».

Le combat des valeurs n'est ainsi qu'une facette du nihilisme juridique. La plus manifeste et la plus dangereuse sans doute, mais aussi la plus superficielle. Passée cette première impression, le nihilisme juridique se donne pour la double expression d'un doute radical et d'une résistance méthodologique à celui-ci. Le « nihilisme juridique » n'a pas pour seule vocation d'interpeller le lecteur par la provocation. Il doit faire surgir, au-delà des errements du droit contemporain, la ressource essentielle qu'est le formalisme. Natalino Irti le souligne de manière précise : le formalisme peut

être envisagé selon deux perspectives opposées l'une à l'autre. La première, déçue par la fin des dualismes « va, pour ainsi dire, *de l'extérieur vers l'intérieur du droit* » et n'y voit qu'indifférence au contenu, arbitraire et contrainte illibérale (III, p. 36-37). La seconde, toute opposée, ne saisit l'activité juridique qu'*à partir* de la forme. Loin de n'être qu'un accident, qu'on pourrait dire « de l'histoire », la forme se révèle essentielle (III, p. 37 *sq.*). Elle détermine l'évaluation du droit par lui-même, les conditions de la « conformité » pour reprendre les termes de Irti (III, p. 38) :

> Le formalisme n'est pas l'arbitraire mais l'essentiel ; il ne représente pas le superflu, mais le principe constitutif de la légalité. Il n'entrave ni ne retarde l'action, mais il l'élève à l'action *juridique*. Sans lui, l'action serait juridiquement neutre, opaque et muette.

Son importance dépasse la légalité elle-même. Le droit n'a, au final, d'autre existence que sa manifestation phénoménale ; la forme est tout autant son mode que sa raison d'être. En elle s'exprime et s'institue la société par les règles qu'elle se donne et les valeurs que celles-ci portent (III, p. 48) :

> Le formalisme se présente donc non seulement comme une nécessité essentielle pour le juriste, mais aussi comme un devoir courageux accompli par les habitants de la ville politique.

On n'en est que plus surpris de voir la forme réduite à une question de conformité ; à lire que la méthode même n'offre plus de salut. Il faut peut-être voir là la marque d'une double ambivalence. D'un côté, c'est par elle-même, avant tout, que la Modernité juridique est réduite à un champ de ruines. Le formalisme, appréhendé dans son versant négatif seulement, se retourne paradoxalement en un oubli des formes. De l'autre, l'ampleur de ces ruines est telle que l'auteur semble lui-même s'y perdre, comme si des reliquats de modernité le conduisait, à son tour, à un oubli des formes.

2. *Modernité juridique et oubli des formes*

En effet, il demeure délicat de se prononcer de manière ferme concernant la position de Natalino Irti vis-à-vis du formalisme et, ce, alors même qu'il ne se prive pas de faire l'éloge d'un formalisme positif. Le titre du volume publié en 2007, prolongement de *Nichilismo giuridico* (2004), est pourtant éloquent : *Il salvagente della forma*. Entendons bien Irti : ce n'est pas la forme qu'il faut sauver ; c'est la forme et elle seule qui, peut-être, peut sauver. Mais sauver quoi ? De quoi ? Et comment ?

C'est sur ces points que la position de Natalino Irti s'avère à la fois féconde et délicate. Il faut en effet préciser ce qui disparaît. C'est là, de manière paradoxale, que l'auteur semble parfois se perdre dans les oublis qu'il pointe. À son tour et quoiqu'il en fasse l'éloge, il tend à oublier les formes. Il en vante les mérites mais semble aussi douter qu'elles puissent rien sauver. Le droit ne serait donc plus que d'apparat et la perte de centre et d'unité s'avérerait presque irrémédiable.

Quelle unité cependant ? Irti répond, de manière étonnante : du dualisme. Seules des valeurs supérieures, *« un droit "autre" par sa source et son rang »* (VI, p. 72) seraient garante de l'unité et de la consistance du droit en soumettant celui-ci à un jugement de conformité (*ibid.*). Irti confirme là ce qu'il hérite de Nietzsche et de Schmitt. Il trahit, aussi, le *« modernisme »* dont sa pensée est empreinte, à un double titre sans doute.

D'une part et en dépit de l'acuité du regard de l'auteur, la déploration d'une fin du droit n'est pas nouvelle. La loi elle-même semble avoir été sans cesse en crise[5]. De telles déplorations

[5] Deux textes classiques en fournissent une expression : G. Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, *in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 9 (1939), p. 7-55 ; id., *Le déclin de la loi*, *in Archives de philosophie du droit*, 8 (1963), p. 35-41 ; à cette réserve près que le constat pourrait s'appliquer à bien des périodes historiques différentes.

procèdent d'une démarche non empirique. La « loi » ou le « droit » sont d'autant plus chargés de valeurs qu'ils sont pensés avant d'être observés. La fin du dualisme marque ainsi moins la disparition d'un monde perdu que l'évaluation du droit contemporain à l'aune d'un droit rêvé : un droit « véridictoire » car amarré à une métaphysique quand ce n'est pas à une théologie.

D'autre part et surtout, ce droit se serait perdu lui-même. Soumis aux caprices de la volonté, ramené à l'échelle nominale de l'individu-consommateur, déterminé par les injonctions prétendûment objectives de la technique et de l'économie, le droit se serait abîmé dans ses propres contradictions. Natalino Irti, à sa manière, semble y sombrer parfois. Car ces critères correspondent précisément à ceux du droit moderne. Droits subjectifs, volontarisme (public et privé), nature, objectivité ou « lois » de l'économie : ce sont là autant de fondements du droit moderne qui auraient mené celui-ci à la ruine.

À une réserve près toutefois : la question clef est peut-à être chercher du côté de l'objectivité. Dans un premier temps, elle se situe aux sources d'un positivisme juridique marqué par l'espoir rationaliste d'une véritable science du droit. Dans un second temps, poussée dans ses retranchements, elle ouvre sur la neutralité axiologique, le non-cognitivisme éthique et la « guerre des valeurs ». La crise de l'objectivité, telle qu'elle émerge à la fin du XIXe siècle et se développe au XXe, emporterait avec elle toute possiblité de fondements autres que réflexifs. De là le règne des valeurs et le polythéisme mortifère que Irti tire de Weber. De là, aussi, la refondation normativiste à laquelle s'efforce Kelsen et que Irti défend. De là, enfin, la critique du droit et du normativisme que développe Schmitt et qu'il résout dans la décision. Irti, à son tour, retourne les fondements du droit moderne contre celui-ci, sans pourtant (se) l'avouer vraiment.

Le lecteur, lui, hésite. D'un côté, il s'interroge sur le caractère historique ou mystique de ce droit aujourd'hui perdu que son incapacité à se fonder lui-même sauvait en son temps du

relativisme. De l'autre, il observe avec un rien de perplexité ce droit qui ne cesse de s'étendre et ne serait pourtant rien, ce droit omnipotent et réduit à *presque* rien : une forme ramenée à elle-même, c'est-à-dire abandonnée à toutes les passions.

Il faudrait ainsi admettre que le droit ne saurait être dans un monde relatif et réflexif. On peut en douter comme on peut douter du fait que le monothéisme nous sauve. Tout au contraire, il semble possible de voir dans les propos de Natalino Irti le symptôme d'une pensée juridique qui peine à trouver ses fondements en elle-même. Il n'y aurait d'autre alternative pour le droit que l'universalisme ou le relativisme, Irti lui-même semblant parfois céder au second et regretter le premier. Là encore se manifeste le modernisme de Irti. Hors l'universel, point de salut ? À l'instar de bien des Modernes, Irti, sans reconduire la recherche d'une hypothétique nature des choses, en porte néanmoins le deuil. Il en observe le dévoiement mais laisse penser que le droit s'est perdu dans la rupture avec le cosmos déjà évoquée.

Cela implique que le droit fut un temps arrimé au monde par le dualisme avant que la Modernité juridique, telle que la conçoit Irti, ne congédie ce lien. Cela soulève aussi de multiples questions quant aux ressorts de la pensée irtienne. La première et la plus évidente concerne la Modernité juridique elle-même. Au premier abord, cette Modernité se caractériserait par le nihilisme et le formalisme. Tous deux se conjugeraient pour mettre le droit à la question. Dans leur versant négatif, ils soulignent la façon dont le droit est instrumentalisé par des idéologies qui, au fond, le nient. Dans leur versant positif, ils offriraient l'outil méthodologique sceptique permettant de reconstruire un droit tel qu'il devrait être. Le conditionnel est cependant de mise et, ce, à plusieurs titres.

Tout d'abord, ce devoir-être du droit laisse planer l'ombre d'une essentialisation. Natalino Irti n'en appelle pas à un retour à un droit « pré-moderne » mais l'affirmation selon laquelle le droit a perdu tout centre et toute raison dans la Modernité pourrait le laisser croire. Si le formalisme offre une réponse possible à la

crise diagnostiquée, celle-ci ne peut prendre la voie d'un retour aux dualismes. Ceux-ci, en effet, pouvaient bien fournir au droit un socle apparemment pérenne, ce n'était que sur la base d'un substantialisme non encore déçu, c'est-à-dire de diverses idéologies qui instrumentalisaient déjà le droit. La forme n'y occupait qu'une place secondaire, simple habillage – indifférent – de vérités substantielles, naturelles et éternelles. Si le formalisme met le droit en crise, il s'agit donc d'une crise salutaire libérant le droit des valeurs qui l'enserraient. Ce sont d'ailleurs bien là le nihilisme et le formalisme positifs que Natalino Irti défend tout au long de l'ouvrage. Mais, à ce compte, l'indifférence de la forme au contenu n'est pas le propre de la Modernité juridique à moins de l'entendre dans un sens beaucoup plus large que Natalino Irti. Il suffit d'évoquer le nom de Michel Villey pour songer à des théories bien anciennes selon lesquelles le droit se serait perdu dès la fin du Moyen Âge, dès la rupture du lien « réaliste » entre les choses et les mots.

On arguera que la Modernité juridique dont parle Irti est celle de l'actualité renouvelée que prennent les interrogations nominalistes à partir de la fin du XIXe siècle. Sur ce point, le doute n'est pas permis : la crise du droit n'est que l'un des multiples avatars des attaques que commence alors à subir la métaphysique. Outre le marxisme, les sciences sociales ou la phénoménologie, il n'est, pour s'en convaincre, que d'évoquer la linguistique ou le pragmatisme[6]. La question de la Modernité juridique demeure toutefois posée ; et la réponse est délicate.

Telle que la présente Natalino Irti, elle se caractérise par une déconstruction progressive du droit : décodification, guerre des valeurs, économisme et, finalement, nihilisme *au sens de Irti*. On pourrait objecter qu'il s'agit peut-être moins d'une « Modernité juridique » que d'une « post-modernité » ou d'une « hyper-

[6] Cl. Panaccio, *Les mots, les concepts et les choses. La sémantique de Guillaume d'Occam et le nominalisme aujourd'hui*, Saint-Laurent (Québec)/Paris 1991 ; Cl. Tiercelin, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Paris 1993.

modernité » juridique. Querelle de terme ? Peut-être. Mais celle-ci peut être clarifiée.

Par la déconstruction dont il est le produit, le nihilisme juridique se rattacherait plutôt à une « post-modernité » juridique ; Natalino Irti les place parfois sur le même plan (VII, p. 88 ; XII, p. 146) ; Nader Hakim, lui, opte clairement pour le second. Celle-ci procéderait de la critique du langage et d'un non-cognitivisme éthique oscillant entre relativité (formalisme positif et contraignant, constructivisme) et relativisme (formalisme creux et instrumentalisé, guerre des valeurs).

La dimension « hyper-moderne » serait toutefois déjà présente dans l'analyse des conditions d'une reconstruction critique, que l'on pourrait rapprocher de celle qui s'est opérée en sociologie. Le scepticisme méthodologique permettrait d'interroger le droit et de le doter de nouveaux fondements à la fois scientifique et éthique.

Reste alors une « Modernité juridique » dont on ne sait si elle est le fondement ou l'expression de ce double mouvement de déconstruction/reconstruction. Le trouble est alors redoublé. Cette Modernité juridique mêle en effet deux registres. Le premier est celui de ce droit ramené à sa forme par la déconstruction/reconstruction. Le second, tout au contraire, repose sur des concepts qui ne sont pas eux-mêmes interrogés : Modernité juridique, tout d'abord, mais surtout et pour ne citer qu'eux volonté, individu, État ou mesure. En outre, Irti analyse sans doute moins la crise moderne d'un ancien droit dépourvu de toute autonomie que la crise contemporaine du droit moderne. Le nihilisme et le formalisme agissent comme le révélateur des dualismes sur lesquels reposait ce droit qui se croyait moderne et qui, pour reprendre la formule de Br. Latour, ne l'avait jamais été. Le naturalisme en est la meilleure expression : les néo-naturalismes contemporains ne s'inscrivent pas en faux vis-à-vis du droit ancien. Tout au contraire, ils ne font que reconduire le naturalisme des Modernes.

Une double histoire s'ouvre alors, qui interroge encore

davantage ce devoir-être hypothétique du droit. À suivre une première ligne, les mises en crise nihiliste et formaliste s'inscrivent dans le prolongement direct de la modernité entendue au sens classique des XVIe-XIXe siècles. La pente positiviste serait simplement renforcée par les renouvellements méthodologiques et épistémologiques de la fin du XIXe et du début du XXe siècle. Selon une seconde ligne, ces renouvellements s'inscriraient en rupture avec la raison scientifique des Modernes et ouvriraient la voie aux nihilismes et formalismes contradictoires : les négatifs axiologiques et relativistes, les positifs neutres et relatifs. Dans les deux cas, la Modernité juridique de Irti est historiquement située alors même qu'elle conduirait à nier toute trajectoire historique. La rupture avec la tradition conduit à rapporter toute règle à sa solitude présentiste (II, p. 32 ou VIII, p. 95 par exemple). Si l'on perçoit bien là une modalité temporelle de la décodification, il est plus malaisé de saisir comment le nihilisme s'accomode d'une histoire à reconstruire.

Cette dernière remarque en appelle une autre, plus large. La « Modernité juridique », du moins telle que la conçoit Irti, se caractérise, au fond, par un oubli des formes. Indifférentes à leur contenu[7], celles-ci se prêtent à toutes les subversions. Le formalisme peut dès lors être conçu de manière négative comme la façade subvertie, celle d'une violence légitime soumise à des instrumentalisations axiologiques[8]. En sens inverse, la forme est pourtant donnée comme la « bouée de sauvetage » du droit,

[7] Présente dans la préface de la publication italienne, cette « indifférence au contenu » est reprise dans l'extrait que les éditions Laterza donnent de *La salvagente della forma*, Rome/Bari 2007 (https://www.laterza.it/index.php?option=com_laterza&Itemid=97&task=schedalibro&isbn=9788842082088).

[8] Le propos de Irti n'est pas sans évoquer la fameuse querelle qui opposa M. Troper à D. Lochak autour de la question du droit nazi. La critique du libéralisme économique, de son naturalisme et, au final, de ce qu'on peut qualifier d'« économisme » dénonce en effet la façon dont le droit n'est plus que le vecteur d'idéologies – en l'espèce d'idéologies économiques – à la fois masquées et légitimées.

son *sauvetagement* devrait-on dire. Rien n'explique pourtant de manière précise ce qui distingue la bonne forme de la mauvaise. Le constat récent d'un « droit incalculable » (XVIII, p. 187-202) semble encore celui d'un échec. De plus, comme cela a déjà été souligné, l'indifférence au contenu n'est peut-être pas si contemporaine qu'Irti voudrait le croire. Enfin et surtout, les deux formalismes, le négatif comme le positif, reposent l'un comme l'autre sur des concepts éminemment modernes. Les plus manifestes sont l'individu et l'État. Mais, en arrière-plan, l'ensemble du propos repose sur un volontarisme qui semble indépassable. Ce volontarisme dont on sait l'origine moderne (État et droits subjectifs) se déploie tant dans le formalisme négatif d'un droit soumis aux valeurs que dans le formalisme positif d'un droit libéré des dualismes. Des dualismes, peut-être, de la volonté, manifestement pas. Le volontarisme a été le grand espoir moderne d'une solution lumineuse, conférant au droit une rigueur aussi précise que la physique. Le volontarisme juridique n'est, à cet égard, qu'un avatar du causalisme et du physicalisme des modernes. Kelsen lui-même s'y est heurté. Et l'hypothèse contemporaine d'une Théorie réaliste de l'interprétation s'efforce, à son tour, d'articuler ensemble la volonté et la raison, la liberté de l'interprète et la contrainte de la norme – de la forme devrait-on dire –, celle qui conditionnerait la possibilité d'une signification objective.

En effet, à cet espoir déçu des modernes, dernière figure de *La* raison du droit, on opposera les doutes méthodiques des sciences sociales et des critiques contemporaines. Si le formalisme est indifférent aux contenus, il doit l'être aussi à la volonté. La déploration livrée par Irti fait alors penser à la critique que Claude Panaccio adresse à certains « prétendus » nominalismes :

> L'entreprise nominaliste présuppose toujours la délimitation préalable de certaines catégories de termes, mais elle ne peut se développer ensuite qu'en une enquête *métaphysique*. Le

> nominalisme le plus extrême, celui qui maintiendrait qu'*aucun* terme ne dénote jamais quoi que ce soit de réel, paraît absurde et insoutenable. Dans toutes ses variantes minimalement plausibles, le nominalisme doit nous dire quelles entités il accepte et non seulement celles qu'il refuse[9].

Pour Irti, le combat des valeurs, malgré la vanité et la vacuité à laquelle il nous confronte, n'emporte pas avec lui tout le droit. Du droit il demeure un squelette à habiller ou un costume à remplir. Il en reste une forme qui n'est vide que si on présuppose que le fond détermine et doit déterminer la forme. Comme le souligne Irti, il est douteux que le formalisme se réduise à un simple *« substantialisme déçu »* (I, p. 12). Car, comme on pourrait le faire dire à Durkheim en tordant un peu son discours, la forme est de ces institutions qui n'ont pas d'origine. Mieux, elle est une institution *justement* parce qu'elle n'a pas d'origine. Inscrite, formulée, publiée, la forme semble toujours *déjà-là*.

La question peut donc être retournée. Le volontarisme dénoncé est celui qui rapporte la forme à son point d'imputation, c'est-à-dire qui ne voit dans la forme que l'*expression* d'une volonté essentialisée. Le formalisme raisonnable, au contraire, est celui, positif, qui ramène la volonté à une forme qui la précède et la conditionne. Le droit ne se confond donc pas avec ce combat des valeurs. Il n'en est, au contraire, que la victime. S'offrant dans sa neutralité, il peut certes être rempli de toutes les valeurs, les meilleurs comme les pires. La référence récurrente à Schmitt sonne comme un glas mais aussi comme un tocsin, un appel à la vigilance. La dénonciation de l'économie résonne en écho ; son hégémonie normative adossée à un pseudo-naturalisme justifierait qu'on la qualifiât plutôt d'« économisme ». Natalino Irti ne s'y trompe pas. Le droit n'est plus que l'instrument des dominations dès lors qu'il est soumis à de nouveaux naturalismes,

[9] Cl. Panaccio, *Introduction générale*, *in* Cl. Panaccio (cur.), *Le Nominalisme. Ontologie, langage et connaissance*, Paris 2012, p. 25.

ceux de l'économie de marché, des sciences de gestion et, au bout du bout, d'un ensemble de techniques ; ceux, au contraire, d'une objectivité qui s'imposerait à toute volonté (ainsi chez Benoît XVI : XVI, p. 165-170) ; ceux, bien sûr, qui s'appuient sur un individu d'autant plus souverain qu'il serait incontestable « en nature ». Toutes ces dominations se prévalent, peu ou prou, de la fin des valeurs et du relativisme pour affirmer qu'elles sont insusceptibles de critique. Retour de la véridiction sous couvert de méthode et par confusion.

Car la neutralité axiologique et le non-cognitivisme éthique sont des questions de méthode et d'épistémologie. Loin de ruiner la méthode, elles nous y ramènent. C'est ainsi dissoudre le bébé dans l'eau de son bain que de les tenir pour des réponses ; *a fortiori* des réponses qui justifieraient la primauté, par défaut, de valeurs plus efficaces que d'autres. Tout au contraire, ces approches critiques permettent d'invalider toute réponse *a priori*. Est-ce à dire que toutes les réponses se valent ? Loin s'en faut. La méthode permet d'élaborer des significations objectives, non parce qu'elles seraient « vraies » mais parce qu'elles ont été débattues et se sont offertes à la critique.

La méthode est ainsi fille du doute, non de la vérité. Elle nous ramène, enfin, au droit dans toute l'incertitude qui l'entoure. Or cette incertitude n'est pas nouvelle. Elle semble, au contraire, consubstantielle au droit tel qu'il s'est développé comme méthode de délibération depuis les romains[10]. Loin de toute vérité, le droit recherche des solutions. Le doute et la dispute sont la méthode que le droit a élevé au rang de principes procéduraux. C'est justement parce que la solution n'a rien d'évident qu'elle ne peut résulter que d'une confrontation des arguments réglée par la procédure. L'économisme révèle là son vrai visage, lorsqu'il se refuse à toute délibération (IV, p. 54) :

[10] Fait aujourd'hui figure de classique la présentation qu'en a donné A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. fr. Paris 2009.

> Opposer l'économie naturelle aux lois en vigueur ou, au contraire, affirmer que ces lois satisfont aux conditions de l'économie n'est pas un argument technique et neutre devant les choix de la politique. C'est seulement pratiquer une politique de dissimulation, avec le désir de se soustraire à la liberté du désaccord et au conflit idéologique.

La procédure n'est pas mère de véridiction ; elle est fille du doute elle aussi. Elle n'ouvre pas sur une raison objective « en soi » mais sur une raison objectivée car délibérée. Natalino Irti semble rattrapé par l'oubli des formes : si elles sont premières, elles conditionnent la volonté et n'en sont ni l'instrument, ni le produit. Elles structurent une institution dialogique et réflexive du droit au terme de laquelle l'objectivité n'est pas donnée mais produite, tout autant que la distinction fait/norme/valeur[11].

Dès lors, ce sont les analyses de Irti elles-mêmes qui poussent à dépasser certaines ambivalences de leur auteur. Ainsi de la conclusion de *« Pour une autobiographie juridique… »* (I, p. 14) :

> Nous n'avons pas peur du nihilisme, de la vertu libératrice du devenir : il exalte la responsabilité de la décision ; il peuple le monde de buts et de volontés militantes ; il prescrit au juriste de se pencher sur l'objet ; il consume le poids de la tradition et fait resplendir la pureté de la forme. Le chemin, qui commença au milieu des années cinquante (chères et douces dans la mémoire), ne peut que continuer. Mais à l'horizon, le juriste n'aperçoit pas d'issue de secours.

Si l'on s'accordera avec l'auteur quant aux ressorts d'un

[11] Le renouvellement contemporain de l'objectivité se prolongerait ainsi tant par le réalisme scandinave que par l'interrogation de la distinction fait/valeur ou le débat internalisme/externalisme ; voir en particulier le débat Searle/Putnam et H. Putnam, *Fait/Valeur : la fin d'un dogme, et autres essais*, trad. fr. Combas 2004.

droit qui n'a plus d'autre repère que lui-même, on peut douter de la conclusion à laquelle il aboutit. Il n'est besoin d'issue de secours que pour celui qui voit là une impasse. Les incertitudes contemporaines n'y mènent que celui qui les regarde au prisme des certitudes modernes. L'absence d'issue de secours semble ainsi contredire l'éloge du nihilisme qui la précède, comme si Irti, effrayé par le monde qu'il observe, était ramené à un droit du passé et à la tradition rompue (également VIII, p. 95 et XVIII, p. 188), à ce droit « perdu » qui ne fut qu'un droit rêvé, celui des Modernes.

Cela n'invalide pas le constat, bien au contraire. Libéré des certitudes métaphysiques et naturalistes, le droit peut être saisi à hauteur d'homme, comme une mesure conventionnelle d'évaluation réflexive des situations. Dispositif collectif d'ordonnancement des différends, il ne peut, par définition, se dissoudre dans la vérité de chacun. Fondamentalement indéterminé, le droit s'ouvre certes à tous les possibles… pour autant qu'il demeure droit. Et c'est peut-être là que la forme se rappelle à nous. Loin d'être soumise à tous les caprices, la forme impose une cohérence synchronique et une continuité diachronique. Elle exige des procédures d'élaboration, de discussion, d'amendement et ne peut rien justifier si elle n'offre pas sa propre consistance, sa propre résistance. Que des volontés tentent de soumettre le droit à leur mesure changeante, cela n'est pas nouveau ; que les régimes les plus autoritaires se parent de vertus constitutionnelles et invoquent le *« due process of law »* n'a rien de surprenant. Mais ce serait confondre formalisme et légalisme que de dispenser le droit de toute exigence de cohérence et de tenir pour droit des règles qui intègrent leur propre subversion. À ce compte, aucune règle n'offre jamais la moindre garantie et l'apparente juridicité masque l'omniprésence de l'exception.

Par la forme, le droit se contraint lui-même et devrait ne pouvoir se plier à tous les caprices et à toutes les contradictions. Le droit réduit à de pures et simples volontés n'est plus du droit ; il n'en a plus que l'apparence, ce qui est bien loin de la « forme ». L'idée selon laquelle *« Chacun choisit son propre droit »* est

séduisante (XIII, p. 141-146). Elle n'en est pas moins paradoxale. Œuvre langagière, le droit repose sur des catégories génériques qui ne peuvent se distribuer en une infinie constellation de subjectivités. Considérer le droit contemporain comme une somme de choix individuels (XII, p. 136-138) reconduit à la fois l'individu et la volonté des Modernes. Dans ce monde étrange aucun dialogue n'est jamais possible. La volonté nue contredit toute reconnaissance laissant imaginer un monde peuplé de sujets qui parlent sans jamais pouvoir s'entendre, convaincus chacun de leur omnipotence ou enfermés dans leur solipsisme. Toute réciprocité et toute réflexivité s'avéreraient impossible. Le monde du droit serait peuplé d'une foule de Humpty Dumpty proférant chacun leur vérité. Dans ce royaume de sujets sourds et aveugles, chacun psalmodie ou annone ses sentences, parle et gesticule mais aucun n'échange car la convention, au fond, demeure étrangère à tous et la forme échappe à tout sens[12].

Pour saisir les rapports de la forme à la situation, les propos de Irti devraient donc être renversés (VI, p. 74) :

> La raison – mathématisée et déductive – peut indiquer des normes de validité universelle, mais vides de contenus déterminés et de singularité concrète. Ce sont des formes pures, incapables de donner une réponse à des cas spécifiques et à des situations précises. Le droit de la raison devrait s'élever au-dessus de l'histoire – qui est toujours une histoire de déterminations particulières et concrètes –, et s'en faire juge ou l'utiliser comme jugement d'orientation, mais il ne peut y arriver car ses normes sont vides et formelles.

Au contraire pourrait-on dire, c'est parce que les normes sont vides et formelles qu'elles peuvent répondre à des cas spécifiques qui, sans cela, n'auraient pas de sens. Là, en effet, où la casuistique

[12] Dans ce sens, justement, Irti souligne ailleurs combien les normes – et les formes – rendent « *les actions reconnaissables l'une à l'autre* » et conditionnent les actions réciproques des individus (III, p. 39).

s'égare, c'est lorsqu'elle pense sincèrement que le cas porte en lui sa propre vérité. Tout au contraire, la singularité pure n'a pas de sens ; elle est, au sens étymologique, une *« idiotie »* ou ce que l'on a pu qualifier ailleurs de « singularité insigne ». L'ensemble du propos de Irti ramène donc à la forme comme convention, certes, mais surtout comme étalon ou comme mesure. Alors même que le terme revient très souvent sous la plume de Natalino Irti, la mesure ne fait l'objet d'aucun développement spécifique. Or le libre choix de la mesure (XIII, p. 143) est un paradoxe significatif. Si « chaque fondement est un *critère de mesure* de la réalité qui nous entoure » (*ibid.*), c'est justement que le choix n'emporte aucune détermination (I, p. 11) :

> Les normes sont la mesure de la volonté d'autrui ; rien n'est mesure des normes.

La mesure est la clef de la calculabilité, raison pour laquelle elle échappe fondamentalement à tout calcul (XVIII, p. 187-202). On retrouve là tout le sens de l'indifférence au contenu : elle est un préalable à l'existence même du droit. Sans elle, le droit ne peut affirmer sa position tierce et neutre à laquelle sont rapportées des situations dissemblables ou des positions dissemblables pour une même situation. Mesure commune de situations incommensurables, la norme est arbitraire dans sa forme même. Elle perd cette qualité cruciale chaque fois qu'elle introduit des distinctions qui reposent sur des essentialisations ou des dualismes. Lorsqu'elle conserve cette qualité, elle s'offre à la société comme le miroir à travers lequel celle-ci s'institue. Sa forme est le support essentiel de sa critique.

* * *

Au-delà d'un nihilisme déstabilisant, le texte de Irti est une école du doute et de la critique. Un doute radical à bien des

égards mais qui n'en demeure pas moins méthodique. On est bien loin du doute hyperbolique par lequel Descartes ramène la pensée à Dieu. On est plus proche d'un pari pascalien – ou mallarméen – qui ne voit plus rien d'autre qu'un coup de dés. Soumis aux aléas du hasard, les dés une fois jetés ne disparaissent pas. Ils demeurent sur la table et interrogent celui qui les a jetés.

Ramenée au ras du sol, la pensée se fixe encore sur ces dés ; ces dés qui ne sont jamais rien. Tout les formalismes frémissent d'un fantasme nihiliste. L'expression la plus connue se trouve sans doute dans les mots adressés par Flaubert à Louise Colet :

Ce qui me semble beau, ce que je voudrais faire, c'est un livre sur rien, un livre sans attache extérieure, qui se tiendrait de lui-même par la force interne de son style, comme la terre sans être soutenue se tient en l'air, un livre qui n'aurait presque pas de sujet ou du moins où le sujet serait presque invisible, si cela se peut.

On omet généralement la suite, qui fait pourtant écho aux questions abordées aujourd'hui. Flaubert poursuit :

> La forme, en devenant habile, s'atténue ; elle quitte toute liturgie, toute règle, toute mesure ; elle abandonne l'épique pour le roman, le vers pour la prose ; elle ne se connaît plus d'orthodoxie et est libre comme chaque volonté qui la produit. Cette affranchissement de la matérialité se retrouve en tout et les gouvernements l'ont suivi, depuis les despotismes orientaux jusqu'aux socialismes futurs[13].

De fait, la forme se plie à toute les volontés, mais ce serait se tromper que de croire qu'elle se réduit à celles-ci. Tout au contraire, la volonté, quelle qu'elle soit, est contrainte par la forme et la forme se rappelle à elle. En-deçà et au-delà du combat des valeurs demeure une méthode et une contrainte, celles de s'objectiver dans une forme et de s'offrir à la critique. Le nihilisme n'est pas la fin du droit ; il n'est que l'oubli des formes lors même que les formes subsistent et qu'on ne leur échappe

[13] G. Flaubert, Lettre à Louise Colet, 16 janvier 1852, *in Œuvres complètes*, II, Paris 1926-1954, p. 345.

pas. La forme nous sauve parce qu'elle reste là et que le droit s'est peut-être davantage perdu dans l'essentialisation et la véridiction que dans la réduction au formalisme. La fin des vérités n'a pas ruiné le droit sauf à le confondre avec celles-ci. Il faut croire, au contraire, que la fin des vérités devrait nous ramener au droit comme seul méthode de délibération neutre parce qu'elle n'est, justement, que de pure forme.

Ainsi, la forme du droit serait un comme cet œil que Gotlib évoquait à propos de Franquin, en parodiant *La conscience* de Hugo :

> C'est un jour, par hasard, en dessinant Gaston,
> Que Franquin vit cet œil le fixant du plafond.
> Il ouvrit la fenêtre et regarda le ciel.
> L'oeil était là aussi, au-dessus de Bruxelles!
> Il entreprit alors une vaste croisière
> A l'est, à l'ouest, au sud et au nord de la terre.
> C'était peine perdue! Partout où il allait
> L'oeil était toujours là et toujours le fixait!
> Décidant de laisser l'énigme irrésolue,
> Dans le travail il se rua à corps perdu.
> Et l'acier de sa plume, trempée dans l'encre noire
> Lacérait le papier comme à coups de poignard.
> Quand il eut terminé il regarda sa page,
> (C'était une "Idée Noire") puis il hurla de rage.
> Au plafond, en effet, il n'y avait plus rien:
> L'oeil était sur la page et regardait Franquin.
> Victor Hugotlib[14]

De ce droit qui se serait perdu ne subsisterait qu'une forme creuse, ouverte à tous les vents de l'*hybris*. Ce serait le cas si cette

[14] M. Gotlib, *in* Franquin, *Idées noires*, Paris 1986, quatrième de couverture.

forme n'était rien mais tel n'est pas le cas. La forme est le miroir dans lequel le juriste observe le droit qu'il invente. Opaque et déformante, elle contraint l'argumentation et la pensée de celui qui voudrait s'en croire le maître. Dans le tourbillon de volontés, de valeurs et de passions qui tentent de s'approprier le droit, la forme offre le seul refuge, îlot calme et stable au milieu du cyclone. Aussi le juriste revient-il à la forme, non parce qu'il la domine, moins encore parce qu'il la produirait, mais parce qu'il la partage et en dépend. Une fois envolés les rêves modernes, ne restent de la vérité qu'un ensemble de conventions délibérées et du droit que sa forme, mesure commune des choses. Plastique, elle ne peut être étirée à l'infinie. Souple, elle ploie mais ne rompt pas et impose aux acteurs ses procédures. Le juriste s'y aggripe comme il peut. Sans elle, ses paroles ne sont que du vent.

Nader Hakim

« Chacun choisit son propre droit » : le droit sur le fil du rasoir postmoderne

La lecture attentive de l'œuvre de Natalino Irti est source d'une intense réflexion et de multiples questionnements. Si l'œuvre n'est pas toujours pleinement comprise, notamment par son lectorat français, elle ne peut être de celles qui laissent indifférent. Elle peut séduire, surprendre, voire même inquiéter, mais c'est justement l'une des raisons parmi lesquelles elle mérite d'être lue et méditée tant par les juristes qui se préoccupent de la technique juridique que par ceux qui s'intéressent à la théorie, la philosophie ou l'histoire du droit. Au sein des divers chapitres du *Nihilisme juridique* il en est peut-être un qui est susceptible de heurter les juristes plus encore que tout autre lecteur. Il s'agit du chapitre 13 de l'édition française intitulé : « Chacun choisit son propre droit »[1].

Ce qui définit le plus souvent le juriste est, dans le cas le plus commun, sa fréquentation d'une faculté de droit. Or, qu'apprend-on aux étudiants de ces facultés ? Que le droit se caractérise d'abord par la contrainte, la réaction sociale organisée. Le droit n'est pas droit parce qu'il est juste ou parce qu'il est révélé, mais du fait qu'il s'impose grâce à la mobilisation d'une force supérieure à celle de l'individu assujetti, en l'occurrence celle de l'État. Il n'a d'ailleurs pas fallu réellement attendre Hans Kelsen pour se rendre compte que la force et le

[1] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, traduction et présentation par Nader Hakim, Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri et Anne-Marie Bertinotti, Dalloz, Rivages du droit, 2017, p. 141-146.

droit cheminent ensemble, comme vont de pair droit et État, et que la caractéristique première d'une norme juridique est la contrainte[2] qui la distingue des autres formes de règles et

[2] Sur ce point, nous nous permettons de rappeler ici ce passage significatif de l'œuvre de Léon Duguit qui tente, sans convaincre ses contemporains, de concilier la collectivité et l'individu et de distinguer le droit et la force : « Des groupements humains fondés sur la communauté des besoins, sur la diversité des aptitudes individuelles, sur la réciprocité des services rendus ; dans ces groupements humains, des individus plus forts que les autres, soit parce qu'ils sont mieux armés, soit parce qu'on leur reconnaît un pouvoir surnaturel, soit parce qu'ils sont plus riches, soit parce qu'ils sont les plus nombreux, et qui, grâce à cette plus grande force, peuvent se faire obéir par d'autres : voilà les faits. Qu'on appelle État un groupement humain, fixé sur un territoire déterminé, où les plus forts imposent leur volonté aux plus faibles, nous le voulons bien ? Qu'on appelle souveraineté politique ce pouvoir des plus forts sur les plus faibles, nous y donnons les mains. Aller au-delà, c'est entrer dans l'hypothèse. Dire que cette volonté de ceux qui commandent ne s'impose aux individus que parce qu'elle est la volonté collective, c'est fiction imaginée pour justifier ce pouvoir des plus forts, fiction ingénieuse, inventée par les détenteurs de la force pour légitimer cette force, mais pas autre chose. « Politique de la force », dit Jhering en parlant du droit ; politique de la force, dirons-nous de cette fiction, qu'on appelle la volonté collective. Politique dangereuse, car elle crée et maintient le conflit séculaire entre l'individu et l'État qui personnifie la collectivité, entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, conflit qui ne peut se résoudre, nous le craignons bien, si cette politique se continue, que par le triomphe de la tyrannie collectiviste ou de l'anarchisme individualiste. Nous voulons montrer qu'il n'y a pas, qu'il ne peut pas y avoir d'opposition entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, entre l'individu et l'État, que l'intérêt de tous et l'intérêt de chacun sont étroitement solidaires, qu'il y a une coïncidence permanente et absolue des buts collectifs et des buts individuels, que, d'après l'expression de Karl Marx, « le libre développement de chacun est la condition du libre développement de tous », que plus la société se fortifie, plus l'homme s'individualise et réciproquement ; qu'en d'autres termes l'individuel et le collectif se confondent, car le lien social est d'autant plus fort que l'individu est plus libre, et l'individu est d'autant plus libre que le lien social est plus fort. L'État n'est donc point cette personne collective, représentant contre l'individu les droits de la collectivité. L'État est un groupement dans lequel il y a des hommes qui doivent employer leur

notamment de la règle morale.

Dans ces conditions, n'y a-t-il pas contradiction à évoquer la possibilité d'un choix alors que le droit s'impose en réalité à nous ? Autrement dit, n'y a-t-il pas antinomie d'affirmer à la fois que le droit est facultatif et obligatoire ?

La question ne saurait être de penser une seule seconde que l'on puisse, une fois un litige engagé, choisir effectivement la règle qui va trancher le procès civil ou un contentieux pénal devant les juridictions compétentes d'un territoire donné. Dans le cadre de nos États, nos relations interpersonnelles sont assujetties à des règles impératives (mais également bien sûr supplétives) que nous ne pouvons éviter, bien que le recours à l'arbitrage ou à la transaction soit encouragé. Nous sommes sujets de droit et, à ce titre, nous sommes bel et bien soumis à un droit que nous ne contribuons à créer que très ponctuellement en participant à la chose publique, le plus souvent par de simples votes à intervalle régulier.

La question semble être tout autre ici et il nous faut alors aller plus avant pour comprendre ce que nous dit le professeur Irti. Ce que ce dernier nous propose est de partir de l'individu. En l'occurrence il ne s'agit pas du subjectivisme moderne selon lequel l'individu est le sujet à partir duquel on élabore le système juridique sans qu'il ait le moindre choix individuel effectif (ce qui revient en quelque sorte à partir du sujet assujetti à la souveraineté d'autrui en ne considérant qu'abstraitement le sujet, comme par exemple dans le droit naturel moderne). Il ne s'agit pas non plus de l'acteur abstrait revêtu du masque du théâtre juridique pour lequel le décor et les actions sont posés

force matérielle à réaliser l'intégration sociale en protégeant l'individu et protéger l'individu en travaillant à l'intégration sociale […] C'est dire que dans notre pensée, si la puissance politique est simplement le pouvoir des plus forts, un simple fait, il y a cependant une règle qui s'impose à ces plus forts comme elle s'impose à tous. Cette règle est la règle de droit. » (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, rééd. Dalloz, 2003, p. 9-10).

à l'avance. Il s'agit cette fois de l'individu en chair et en os, acteur de sa propre vie, responsable de ses choix et en théorie libre. Cet être, il est vrai encore trop abstrait, renvoie donc à l'individu bien réel, être de sentiments et de désirs, que rien n'oblige à accepter, au moins dans son for intérieur, les règles qu'on lui impose par la force. Cet individu devient l'acteur de sa propre vie et on ne peut supposer de sa part aucune rationalité prédéterminée. L'hypothèse est donc ici que l'on accepte la possibilité même du choix, l'hypothèse du libre arbitre, sans se tenir pour totalement lié par le déterminisme social qui nous dit pourtant que nos choix sont des fétus de paille dans les jeux des contraintes psychologiques, sociales, économiques ou encore morales et religieuses.

Si l'on comprend bien le cheminement de Natalino Irti, il nous faut donc inverser la perspective. Si l'individu ne choisit pas la norme dans un ordre juridique donné, il choisit pourtant entre les ordres qui s'offrent à lui. Cela ne signifie pas qu'il puisse ainsi échapper aux sanctions des ordres juridiques du territoire dans lequel il vit, mais qu'il choisit d'obéir, de conformer ses actes à un ordre plutôt qu'à un autre. Cela suppose bien sûr la coexistence de plusieurs ordres, une polynormativité. Or, il nous semble peu probable d'imaginer une société totalement dépourvue de conflit de normativité. Les exemples de la mafia comme des droits religieux montrent à l'envi qu'il doit être bien exceptionnel de trouver un ordre juridique isolé et protégé de toute concurrence normative. Que l'on pense au moyen âge ou même à l'époque contemporaine, que l'on s'intéresse aux territoires contrôlés par des États ou sans États, nous nous trouvons presque toujours dans un cadre normatif pluraliste ou concurrentiel. Que l'État ait eu pour objectif de supprimer tout autre ordre juridique en affirmant sa souveraineté ne signifie pas qu'il y soit parvenu totalement. La prétention systématique et moniste du droit des États ne saurait dissimuler à nos yeux le choix des individus. Si ces derniers se voient imposer le droit de

celui qui prétend avoir le monopole de la contrainte, ils peuvent toujours préférer se conformer aux règles de leur groupe religieux, communauté politique ou association de malfaiteur.

Il n'y a donc jusqu'ici pas de lien consubstantiel entre ce choix et le nihilisme juridique qui est, nous dit le professeur Irti, la marque de son époque. Aussi faut-il approfondir encore la question et aborder le problème sous son angle le plus fondamental qu'est l'obéissance et, plus précisément, les raisons de cette obéissance. C'est ici peut-être que réside la difficulté la plus complexe.

En effet, au-delà du choix de l'ordre normatif auquel on préfère se soumettre, réside la problématique du fondement. Cela avait été soulevé avec brio par Georges Ripert dans un article célèbre de 1918 : *Le Droit naturel et positivisme juridique*[3]. Le futur doyen parisien, alors jeune et belliqueux avec ses aînés, notamment François Gény et Maurice Hauriou, a clairement posé les éléments du problème :

> L'essence du positivisme, c'est de considérer les règles juridiques établies comme les seules normes de la conduite humaine et

[3] « Droit naturel et positivisme juridique », *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, nouvelle série, n° 1, 1918, p. 3-47 (réédité en 2013). Ripert est l'auteur d'une oeuvre abondante et déterminante pour le droit privé français du 20e siècle, mais l'article qui l'impose dans le paysage doctrinal est sans doute celui-ci dans lequel le jeune professeur aixois discute avec véhémence les idées de François Gény. Sur Georges Ripert, v. Julien George, *Les passions politiques de la doctrine juridique. Le droit de propriété aux XIXe et XXe siècles*, thèse droit, Toulouse 1, 2008 ; A. Simonin, « La morale juridique de Georges Ripert », dans *La République et son droit (1870-1930)*, A. Stora-Lamarre, J.-L. Halpérin et F. Audren (dir.), Besançon 2011, p. 359-379 ; Ph. Jestaz, *Droit naturel et positivisme juridique*, Paris, Dalloz, 2013 ; N. Nguema, *La pensée de Georges Ripert : d'après son œuvre de jeunesse*, thèse droit, Paris 5, 2013 ; R. Suguimoto Herculano, *La lutte pour le pouvoir juridique (Une analyse foucaldienne de la pensée de Georges Ripert)*, Mémoire de Master 2, Bordeaux, 2015 ; C. M. Herrera, « Georges Ripert en politique », *Droits*, 2017/1, n° 65, p. 181-199.

> de professer, par conséquent, la plénitude de l'ordre juridique positif. Mais, en admettant l'exactitude de cette conception, on en peut éviter de se demander à quel titre cet ordre positif s'impose à notre obéissance et pourquoi nous sommes forcés de nous incliner devant le commandement[4].

Après avoir critiqué l'idée de souveraineté et établi en accord avec Duguit que le droit positif n'est que l'« expression particulière de la volonté des gouvernants », Ripert développe une thèse intéressante selon laquelle on n'obéit pas au droit en raison de la sanction, par crainte que l'acte illégal soit dénué de valeur, pour son utilité, par imitation ou par habitude de la soumission :

> La crainte de la sanction possible, le sentiment que l'acte illégal n'aura aucune valeur, l'idée que la règle de droit est utile, l'esprit d'imitation, l'habitude de la soumission, notre atavisme d'homme civilisé et par suite discipliné, tout cela explique l'obéissance dans telles ou telles circonstances à telle règle, mais cela ne peut expliquer notre sentiment que nous respectons volontairement les règles de droit et que nous accomplissons notre devoir d'obéissance[5].

Puisque « toutes les croyances du point de vue humain sont toutes justes et légitimes », il ne peut y avoir à ses yeux qu'une solution à la question de l'obéissance au droit :

> C'est l'idée d'obéissance consentie. Chaque homme obéit à l'autorité pour des raisons morales qui lui sont propres, mais tous ont l'idée d'obéissance aux règles établies. De là naît l'idée de droit. Car l'ordre établi détermine l'étendue des droits et des obligations de chacun. Avoir l'idée qu'il faut le respecter, c'est l'idée du droit et de la justice[6].

---

[4] « Droit naturel et positivisme juridique », *op. cit.*, p. 41.

[5] *Ibid.*, p. 44-45.

[6] *Ibid.*, p. 46-47.

Il poursuit plus loin :

> « Nous ne prétendons pas que la science juridique puisse donner une explication complète et une raison suffisante des règles qui gouvernent la société des hommes. Il faut réserver, comme étant du domaine purement psychologique, moral ou religieux, la raison de notre obéissance aux lois »[7].

> Ainsi, le positivisme juridique, toujours pour Ripert, « demande le respect de l'ordre juridique, tout simplement parce qu'il est établi et […] laisse chacun de nous libre dans son cœur de consentir l'obéissance par devoir ou de s'y résigner par crainte »[8].

Or, pour revenir au nihilisme juridique et à notre époque actuelle, cela ne fonctionne plus véritablement dans notre postmodernité occidentale. Pour qu'il y ait, en effet, intériorisation de la contrainte et donc choix individuel du droit auquel on se soumet, il faudrait que le droit lui-même ait un centre, une logique univoque et identifiable ou qu'il soit, comme le pense

[7] *Ibid.*, p. 47. Il écrit bien des années plus tard : « Le problème du fondement du droit. L'idée qu'il existe un droit idéal, concevable par l'intelligence ou admis par l'intuition, expose la notion de droit au sort de tout idéal, c'est-à-dire à n'être qu'une conception individuelle. Aussi les philosophes et les juristes ont-ils été amenés à chercher les bases de l'autorité du droit et les raisons de l'obéissance aux lois. C'est le problème du fondement du droit positif. On peut sans doute se débarrasser de ce problème en affirmant que le droit s'impose par la seule force de l'autorité politique et que le juriste n'a pas à connaître d'un autre droit que le droit positif. Mais ce positivisme juridique, alors même qu'il ne se confond pas avec le culte de la force et la toute-puissance de l'État, est impuissant à expliquer pourquoi les hommes ont l'idée du droit et pourquoi les gouvernants eux-mêmes s'inclinent devant cette idée. » (Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, éd. nouvelle et refondue, avec le concours de Jean Boulanger, tome 1er, *Principes généraux – Les personnes – Les biens*, Paris 1942, n° 8, p. 3).

[8] « Droit naturel et positivisme juridique », *op. cit.*, p. 49.

Ripert, adossé à une morale commune permettant l'intériorisation de la contrainte. Pour ce dernier, le devoir d'obéissance est déterminé à la fois par l'existence d'un État - force matérielle irrésistible - et une morale chrétienne qui constitue le socle moral autant que religieux de la société. En l'occurrence, le déclin du principe d'autorité et le polythéisme des valeurs - si bien décrit par Natalino Irti - brouillent l'analyse de Ripert et la rendent en quelque sorte au moins partiellement caduque. Ni l'État ni la morale dominante ne peuvent emporter la mise. Si le couple État-morale ne parvient plus à fonder l'obéissance aux lois, si l'impératif du vivre ensemble ne nous guide plus, si même le biopouvoir de l'État moderne décrit par Michel Foucault[9] est en déclin, la question du choix redevient plus saillante encore.

La perte de centre, au cœur du nihilisme, signifie bel et bien qu'aucune force de gravité n'est plus susceptible de ramener l'ordre dans la maison du droit, pas même les droits de l'Homme ou les droits fondamentaux inscrits dans nos constitutions et nos textes internationaux. Le nihilisme est ainsi la conclusion logique du processus de décodification comme de la guerre des valeurs décrite par Weber et Kelsen. Le droit redevient pleinement politique puisque les « nomoducs » peuvent transporter n'importe quelle valeur, puisque la forme est un véhicule qui ne purifie rien, puisque rien ne peut mesurer le droit.

Natalino Irti explique très bien que si nous naissons tous dans une « cage » qui n'est autre que l'ordre juridique dans lequel nous nous situons inévitablement et si, *a priori*, nul ne saurait échapper à cette « cage », c'est sans compter avec la question de l'obéissance. Il poursuit son raisonnement jusqu'à laisser à l'individu le choix final du « fondement de toutes les normes » auxquelles nous devons obéir. Ici, le polythéisme des valeurs conduit à affirmer la totale liberté du choix et à restaurer la possibilité de la cohérence et de l'unité, non plus au sein

[9] V. récemment Rafael Suguimoto Herculano, « Biopouvoir et modernité juridique », à paraître.

de la société et du droit, mais à l'échelle modeste et réaliste de l'individu et du moi. Seule alors la fidélité au choix assure quelque solidité à l'édifice social et permet même, semble-t-il, d'échapper au nihilisme, puisque « une fois que la norme fondamentale a été choisie et solidement tenue, elle devient la mesure juridique des choses »[10].

Non sans rappeler certains points de la pensée de Max Stirner[11], Irti se rapproche davantage de Weber lorsqu'il fait peser sur l'individu le « poids énorme et douloureux », l'obligation de prendre parti, de prendre position et de décider « qui est, pour lui, Dieu, et qui est le diable »[12]. Ainsi « chaque individu choisit son propre droit », « le choix de la norme fondamentale est le choix de l'individu ou des individus, auquel la volonté voudra obéir » :

> L'histoire de l'homme c'est l'histoire du conflit entre les normes fondamentales : l'autorité de Dieu, la vérité révélée, le pouvoir dynastique, la volonté de la majorité, l'espoir dans la révolution, et ainsi de suite. La validité d'un système de normes différent s'accroche à chaque norme fondamentale. Et chacun veut tout pour soi. Les Dieux ont soif[13].

Retrouvant comme souvent Nietzsche et la volonté de puissance, l'auteur de *Nichilismo giuridico* nous précipite à nouveau dans la lutte et la violence aussi bien fondatrice que conservatrice pour reprendre la distinction de Walter Benjamin à laquelle se réfère Irti. Seule l'énergie vitale et la « lutte cruelle et obsessive » s'ouvrent devant nous :

> Ce n'est pas seulement le législateur qui choisit, mais chacun de

[10] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 143.

[11] V. M. Stirner, *L'unique et sa propriété* (1845), Paris 1899.

[12] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 145.

[13] *Ibid.*, p. 134.

> nous, puisque nous avons tous besoin d'une norme fondamentale, d'une norme qui soit la base de toutes les autres et explique l'obéissance de notre volonté. Je peux choisir le droit de l'État, ou d'une secte révolutionnaire ou d'une bande criminelle, de toute façon je décide pour la *Grundnorm* de ma vie. Dans l'éventail des possibilités, je décide pour l'une ou pour l'autre, j'institue ainsi mon droit, *celle que ma volonté choisit comme propre loi*. Devant moi, il n'y a pas *le* droit, mais une pluralité de droits possibles[14].

Avec le déclin de l'État, le choix du droit et de son fondement prend toutefois une acuité nouvelle. La postmodernité se caractérise en effet essentiellement par un scepticisme[15] qui fait courir le risque de la paralysie et de l'absence de choix, voire d'un cynisme destructeur. Bien plus que les revirements de choix qui peuvent de toute évidence poser problème, leur absence et les doutes qui les entourent conduisent à l'ineffectivité et à l'inefficacité, et donc à une accumulation désordonnée de choix individuels instables. On choisit partiellement ou avec des réserves, on cumule et on grappille des bribes. Chacun choisit ou ne choisit pas, subit ou milite, l'action politique prend le pas et la guerre fait rage.

Un exemple significatif nous est fourni par les droits de l'Homme. Étendards ou emblèmes susceptibles de nous réunir et de servir de centre, ces droits sont en réalité des valeurs, des principes directeurs qui nous disent beaucoup sur ce que nous souhaitons mais trop peu en matière juridique. Leur sens à géométrie variable, la relativisation de leur mise en œuvre, le consensus fragile sur leur signification véritable conduisent à réduire la portée du choix que l'on peut en faire. Comme l'écrit Natalino Irti, les droits de l'Homme n'« existent [que] parce que

[14] *Ibid.*, p. 121.

[15] Sur ce point, v. B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris 2006 (éd. originale, 1991).

les hommes veulent qu'ils existent »[16] et leur « universalité » ne les garantit en rien du sort commun de toute règle de droit, de leur fragilité intrinsèque quand ils sont confrontés à d'autres valeurs, à d'autres normes issues de valeurs contraires. En effet, que signifie la dignité lorsqu'elle est appliquée aux migrants ou transcrite par l'administration pénitentiaire ? Ne peut-on penser à la fragilité et à la relativité de règles contingentes qui hypostasient cette valeur dans un nombre de mètres carrés d'une cellule ou la taille d'une fenêtre ? Que signifient les droits au développement économiques et humains dans des contextes si différents ? Et quelle peut être par ailleurs leur portée lorsqu'ils sont confrontés aux périls écologiques ? Comment concilier l'accès de tous au bien-être alors que nos ressources sont limitées et parfois en voie d'épuisement ? L'anthropocène comme nouvelle ère géologique, comme nouveau défi pour l'humanité[17], jette ici indéniablement une pierre nouvelle dans la mare nihiliste.

Puisque nous ne parvenons pas à imaginer un système politique susceptible de tous nous réunir et nous faire converger, comme pouvaient l'être vraisemblablement les démocraties primitives recourant à l'unanimité[18], puisque nous sommes contraints par des démocraties représentatives imparfaites et fragiles, la lutte est ouverte entre toutes nos valeurs. Elle est également ouverte entre les États qui ne baissent pas pavillon malgré leur crise structurelle et les acteurs de l'économie marchande dont Natalino Irti nous rappelle toute la puissance idéologique et matérielle. Au beau milieu du gué de nos

[16] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 77.

[17] V. Ch. Bonneuil et J.-B. Fressoz, *L'événement anthropocène. La terre, l'histoire et nous*, Paris 2013; B. Latour, « L'Anthropocène et la destruction de l'image du Globe », dans *De l'univers clos au monde infini*, Emilie Hache (dir.), Paris p. 27-54.

[18] Sur cette question passionnante, v. A. Testart, *Avant l'histoire. L'évolution des sociétés, de Lascaux à Carnac*, Paris 2012.

aspirations antinomiques, nos choix précaires semblent bien faibles face à la toute-puissance des pirates de l'économie globale et des extrémistes de tous bords.

Le risque est que les choix que nous faisons, par leurs variétés et leurs contradictions, renforcent encore le nihilisme juridique. Scepticisme postmoderne et nihilisme juridique renouvellent assurément cette question du choix du fondement. L'ambivalence réside ici dans le fait que ce choix est à la fois susceptible d'innerver un ordre juridique et donc lui redonner un centre et, dans un même mouvement, d'aggraver le polycentrisme et la guerre des dieux, chacun défendant avec plus d'ardeur encore son système de valeur. Il nous faut alors beaucoup de force de conviction pour faire encore une fois un choix pérenne et cohérent qui soit en mesure de faire tenir debout notre univers personnel et d'instituer une société qui soit à la fois holiste et respectueuse de notre souveraineté individuelle.

Paolo Alvazzi del Frate

Nihilisme juridique et responsabilité. Considérations autour d'un malentendu

1. *Introduction*

Le « nihilisme juridique » comme décrit par Natalino Irti est parfois considéré – à tort, à mon avis – comme un synonyme de « cynisme » et d'indifférence absolue envers les valeurs et les principes. J'écarterai cette définition et chercherai plutôt dans ces brèves réflexions à démontrer que nous sommes confrontés en réalité à un *malentendu*. La description du nihilisme avancée par Irti s'avère en effet être une simple constatation lucide sans caractère prescriptif. La pensée d'Irti est au contraire une invitation à une courageuse *prise de responsabilités* générale.

Nous pourrions même renverser ce point de vue et affirmer que le nihilisme juridique prône la responsabilité des *décideurs*, responsabilité dont découle la juste représentation démocratique des intérêts de la société.

2. *Le nihilisme juridique*

Le nihilisme juridique, locution qui doit sa notoriété à Natalino Irti, auteur du livre *Nichilismo giuridico*[1] paru en 2004,

[1] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Rome-Bari 2004. La traduction en français a été publiée en 2017 : *Le nihilisme juridique*, sous la direction de Nader Hakim (trad. par Anne-Marie Bertinotti, Paolo Alvazzi del Frate et

constitue la dernière phase, ou plutôt l'évolution la plus radicale, du positivisme juridique[2]. À partir de la Révolution française, le droit s'est de plus en plus détaché de la tradition afin d'établir une réalité nouvelle fondée sur la raison et inspirée du droit naturel. Une réalité « artificielle » qui aurait dû représenter le « triomphe du droit naturel ».

Il s'agissait d'une contradiction, car si l'on identifie la nature à « ce qui existe spontanément », il convient nécessairement de lui attribuer une certaine rationalité intrinsèque (comme le faisait Hegel quand il affirmait : « ce qui est rationnel est réel ; et ce qui est réel est rationnel »[3]). Comment justifier le changement d'une réalité déjà intrinsèquement rationnelle au nom de la raison ?

Tout cela est la base du chemin qu'a parcouru le droit en s'éloignant de sa conception traditionnelle de la fin du XVIIIe siècle. Le droit naturel du jusnaturalisme était un droit artificiel, fondé sur des principes abstraits tels qu'égalité, liberté ou état de nature. La nature même était abstraite, étant une

Nader Hakim), Paris 2017. Cf. aussi de N. Irti, « Nichilismo giuridico », *Enciclopedia Italiana*, VII *Appendice*, Rome 2007 (aussi dans Id., *Il salvagente della forma*, Rome-Bari 2007, p. 99-105).

[2] À propos des critiques formulées, cf. entre autres P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXII (2003), p. 48-50; A. Punzi, *Può il giurista essere nichilista?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2004, p. 715-732; O. De Bertolis, *Il 'nichilismo giuridico'*, « Civiltà cattolica », n. 3725 (2005), III, p. 399-410 ; G. Bognetti, *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2005, p. 1529-1548; F. Gallo, *Una critica del nichilismo giuridico*, « Accademia delle Scienze di Torino-Atti Scienze Morali », CXXIX-CXL (2005-2006), p. 3-35; M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Turin 2006 (en partic. p. 287-298); G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Rome-Bari 2007, p. 57-88; V. Possenti, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli 2012, p. 127-148; N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 182-189 et 294-311.

[3] Hegel, « Préface », dans *Principes de la philosophie du droit* (1820).

invention culturelle, au point que l'on peut parler d'*invention de la nature*.

Le processus d'affirmation du nihilisme commence donc entre le XVIIIe et le XIXe siècle et dérive des profondes transformations sociale, économique et culturelle que connut la société européenne à cette époque.

Le principe fondamental, le « cœur » du nihilisme juridique, concerne la perte des références permanentes et stables : les références religieuses, morales et coutumières qui ont accompagné l'humanité dans l'histoire.

3. *Le formalisme*

Les considérations sur la forme du droit sont l'un des thèmes constitutifs de la science juridique, un thème perpétuel qui accompagne toute doctrine. Selon la célèbre définition de François Gény, la forme est « tout élément sensible, qui revêt extérieurement un phénomène de nature à produire création, modification, extinction ou transfert de droit subjectif socialement sanctionné, et dont ce résultat dépend […] de l'organisation juridique du moment. Ainsi entendue – ajoute-t-il – la forme paraît essentielle à toute jurisprudence »[4]. Dans la mesure où le lien entre droit et formalisme est étroit, on a pu, dans certaines périodes historiques, les identifier.

Le terme « formalisme » fut d'abord utilisé, dans une acception péjorative, afin de critiquer une conception juridique trop attachée au respect des formes et au langage hermétique des juristes. Au terme fut attribuée une signification polémique et idéologique visant à valoriser les aspects substantiels de la norme juridique[5].

[4] F. Gény, *Science et technique*, III, Paris 1921, p. 101.

[5] À propos du formalisme juridique, cf. pour la doctrine italienne : R. Orestano, « Formalismo giuridico », dans *Enciclopedia italiana*, III *Appendice*, Rome

Dans cette perspective, on soulignait l'opposition entre :

a) le *formalisme*, qui représentait la tradition juridique et qui était critiqué à cause de sa rigidité et de son incapacité à s'adapter à la réalité sociale ;

b) le *substantialisme*, théorisé par certains jusnaturalistes qui, grâce aux références à un droit permanent et stable (le droit naturel), considéraient qu'il pouvait mieux suivre l'évolution de la société.

Même si les opinions à propos du formalisme sont infinies, deux grands courants se distinguent qui correspondent aux deux caractères du formalisme : celui de la « forme/garantie » et celui de la « forme/empêchement ». La forme peut être considérée comme étant :

a) une *garantie*, à savoir un instrument de protection des droits, notamment des droits de liberté de l'individu face au pouvoir ou aux menaces d'autrui ;

b) un *empêchement* ou un *obstacle* car – du point de vu substantialiste – le respect des formes s'avère être une limitation pour le changement social et le développement économique. Ce dernier courant exprimait une perspective idéologique plus que juridique. On a même parlé, pour le XVIIIe siècle, de « révolte contre le formalisme » afin de souligner la nécessité de valoriser le contenu, en se libérant des empêchements de la forme[6].

1961, p. 658 et suiv. ; N. Bobbio, « Sul formalismo giuridico », dans « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1958, p. 978-998 (et dans *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan 1965, p. 79 et suiv.) ; G. Tarello, « Formalismo », dans *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Turin 1961, p. 571-580 ; A.E. Cammarata, « Formalismo giuridico », dans *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milan 1968, p. 1012-1024 ; M. Jori, « Formalismo giuridico », dans *Digesto delle discipline privatistiche*, VIII, Turin 1992, p. 425-438.

[6] Cf. R. Ajello, « La rivolta contro il formalismo », dans *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Naples 1976, p. 275-358. À son tour

Évidemment, selon Irti, le formalisme représente une *garantie* : il suffit de rappeler le titre de son étude de 2007, *Il salvagente della forma* (*La bouée de sauvetage de la forme*).

4. *Une défense du formalisme*

On oppose d'habitude les termes « formalisme » et « activité » : « l'un est statique et passif ; l'autre est dynamique et créatif »[7]. Mais, comme l'affirme Natalino Irti, « la critique du formalisme est toujours sous l'influence de la spontanéité créative, de l'esprit inquiet et ardent »[8].

Au contraire, le formalisme constitue – selon Irti – la garantie fondamentale du droit, ce qui nous permet de distinguer la norme juridique de toute autre norme sociale. Il est conscient que « vues *du dehors*, les formes semblent comprimer la liberté première et superposer des schémas et des normes artificielles à l'action de chacun. Tous alors se révoltent contre le formalisme »[9]. Mais Irti nous rappelle que l'on peut renverser la perspective afin de garder le raisonnement « complètement à l'intérieur du droit ». Le formalisme alors n'est plus « l'arbitraire mais l'essentiel ; il ne représente pas le superflu, mais le principe constitutif de la légalité. Il n'entrave ni ne retarde l'action, mais il l'élève à l'action juridique. Sans lui, l'action serait juridiquement neutre, opaque et muette »[10]. La forme « permet la compréhension et la communication de chaque acte. Ce n'est pas par hasard

Ajello s'est inspiré du livre de M.G. White, *The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century*, in « Journal of the History of Ideas », VIII (1947), p. 131-152.

[7] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, cit., p. 35.

[8] *Ibid.*

[9] *Ibid.*, p. 36.

[10] *Ibid.*, p. 38.

si le problème de la légalité représente un terrain d'entente […] entre linguistes et juristes »[11]. Le formalisme « perd ainsi toute caractéristique péjorative et critique », car il « se pose à proprement parler en *conformité objective*»[12]. Transformé en « critère de conformité légale qui calcule la juridicité de l'acte »[13] et en « technique de gouvernement »[14], le formalisme se présente « non seulement comme une nécessité essentielle pour le juriste, mais aussi comme un devoir courageux accompli par les habitants de la cité politique »[15].

5. *Formalisme et responsabilité : un malentendu*

Le texte d'Irti peut – au premier abord – en dérouter certains. La froide analyse des dynamiques du droit contemporain et la distinction tranchée de l'auteur entre contenus et forme peut pousser le juriste, habitué à une vision d'ensemble du droit, à considérer la conception du droit d'Irti comme « cynique », car excluant de l'horizon juridique la défense des principes et des valeurs.

Il convient cependant d'ajouter quelques considérations pour mieux comprendre les idées d'Irti.

En premier lieu, l'auteur se place dans une perspective de spectateur extérieur pour distinguer le plus fidèlement possible la réalité « qui est » (*sein*) de celle qui « devrait être » (*sollen*). Irti, en effet, décrit mais ne juge pas la réalité. Ainsi, l'*élément prescriptif* fait défaut à son propos.

Cependant, ne pas identifier de limites et de paramètres de jugement extra-juridiques à l'action du législateur – comme le

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*, p. 39.

[13] *Ibid.*, p. 45.

[14] *Ibid.*, p. 48.

[15] *Ibid.*

fait Irti – n'implique pas nécessairement le renoncement à définir et défendre des valeurs méritant la tutelle. À la totale *liberté* du législateur correspond sa totale *responsabilité*.

Conscient de ne pouvoir se cacher derrière des obligations alléguées dérivant de la coutume, de la tradition ou de la nature, le législateur doit assumer l'entière responsabilité des actes. Le nihilisme d'Irti ne se révèle ainsi pas être une cynique indifférence aux valeurs, mais une assomption évidente des responsabilités des actes. Comme l'affirme Nader Hakim, « le nihilisme juridique de Natalino Irti n'est donc ni tragique, ni sans espoir »[16].

L'opposition entre défense des valeurs et nihilisme juridique dérive – d'après moi – d'un malentendu : on a attribué à tort à la pensée d'Irti une « valeur prescriptive ». C'est l'observation de la réalité qui a conduit ce dernier à identifier dans le nihilisme le caractère prévalent de droit contemporain, qui n'est de ce fait en aucun cas un choix de l'auteur. En d'autres termes, la pensée d'Irti ne représente nullement un « souhait », mais seulement une « constatation ».

Les critiques formulées à l'encontre du nihilisme juridique ont souvent confondu *sein* et *sollen*, « être » et « devoir être », estimant qu'Irti se réjouit de la diffusion du nihilisme, sentiment qui, au contraire, ne se ressent pas à la lecture de ses livres.

Tout cela provient en grande partie de l'influence, plus ou moins évidente, du jusnaturalisme car le renoncement, incontestable pour Irti, à tout dualisme juridique (entre droit naturel et droit positif) en faveur d'un monisme bien marqué (le droit positif) est le point de départ de ces considérations critiques.

[16] N. Hakim, *Une lecture française de Natalino Irti : un droit humain, trop humain*, in N. Irti, *Le nihilisme juridique*, cit., p. XXXVIII.

6. Horror vacui*: la peur du néant*

L'*horror vacui* serait-elle à l'origine des critiques envers le nihilisme juridique d'Irti ? La perte de tout repère stable, la solitude de l'homme face à ses responsabilités, ont en effet tout pour épouvanter car, comme l'affirme Irti, après la « mort de dieu » et « une fois que le droit séculaire est tombé, que les conditions religieuses et métaphysiques se sont dissoutes, il ne reste plus que la volonté humaine »[17]. Dans ce « terrain de lutte parmi les passions humaines », ce sont les hommes qui construisent les valeurs, car il n'y a pas de juge suprême[18]. Et seul le néant se profile à l'horizon :

> *« Si les chambres du ciel sont vides, si les dieux et la nature restent silencieux, alors le droit, en s'en remettant au vouloir humain, naît et meurt sans interruption. La norme, chaque norme, est mise sous le signe du rien »*[19].

[17] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, cit., p. 198.

[18] *Ibid*. « Toutefois, ce sont les hommes qui construisent les valeurs, qui les expriment et les revigorent avec l'énergie de la volonté, si bien que le droit finit par se présenter comme *un terrain de lutte parmi les passions humaines*, au-delà desquelles les étoiles ne brillent pas et la puissance d'un juge suprême ne se dresse pas non plus ».

[19] *Ibid*, p. 11.

III

«Dialogo sul nichilismo giuridico».

Università Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza
Collège international de Philosophie
15 novembre 2018

Massimo Vogliotti

Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico

1. *Nichilismo alle porte*

All'alba del nuovo millennio, quando le ragioni del costituzionalismo – calpestate dalla tragedia dei totalitarismi – si erano pienamente affermate sulla scena giuridica delle democrazie occidentali, e tutto faceva presumere nella loro futura diffusione nei paesi dell'Europa orientale che si erano da poco liberati dal giogo sovietico, il «più inquietante fra tutti gli ospiti»[1] bussava alla porta della comunità giuridica italiana.

Ad evocare lo spettro del nichilismo è stato, in un intervento del 2002[2] e poi in numerosi altri scritti – ora proposti in una ricca silloge anche al lettore francese[3] – uno dei protagonisti della cultura giuridica italiana, Natalino Irti. Per la statura dell'Autore ed essendo questi, come sottolinea Giuseppe Zaccaria in una recente lettura critica del nichilismo irtiano, «uno dei pochissimi giuristi in grado di cogliere tempestivamente, e talora anticipatamente, processi e sviluppi del diritto contemporaneo»[4],

---

[1] F. Nietzsche, *Der Wille zur Macht* (1911); tr. it. *La volontà di potenza*, a cura di M. Ferraris e P. Kobau, Milano 1996, p. 7.

[2] N. Irti, *Nichilismo e metodo giuridico*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2002, p. 1159-1169 (saggio poi raccolto nel volume *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004).

[3] N. Irti, *Le nihilisme juridique*, a cura di N. Hakim, P. Alvazzi del Frate e G. Ferri, Paris 2017.

[4] G. Zaccaria, *Riflessioni sul nichilismo giuridico di Natalino Irti*, in «Rivista di diritto civile», 2018, p. 766.

sarebbe un errore intendere la visione di Irti semplicemente come l'ultimo bagliore di una modernità positivistica e formalistica al tramonto o, peggio, come un *divertissement* di un giurista ricco di cultura umanistica che, nella fase avanzata della sua vita, abbia subito il fascino del pensiero di Nietzsche e dei suoi epigoni. Nonostante la sua visione nichilistica non abbia fatto proseliti nella comunità giuridica italiana e sia stata, anzi, osteggiata dai più[5] e sebbene, come vedremo, l'attuale esperienza giuridica sia difforme da quella visione, il nichilismo di Irti va preso sul serio. Dopo la fortunata diagnosi dell'«età della decodificazione»[6], non vorremmo che la visione di Irti – oggi smentita dalla realtà – si rivelasse domani la profezia di una futura e inquietante età della "decostituzionalizzazione". A quindici anni dalla pubblicazione del volume *Nichilismo giuridico*, non mancano, infatti, i motivi di preoccupazione: sono numerosi e allarmanti, nell'arena politica e nella società, i sintomi di un indebolimento della cultura costituzionale e ciò non solo in quei paesi da poco integrati nel progetto europeo, dove si sperimenta una "democrazia illiberale", ma anche nel cuore della vecchia Europa e nella nostra penisola in particolare.

Il nichilismo di Irti rappresenta, infatti, la radicale negazione della tradizione europea del costituzionalismo, tradizione che ha percorso, seppur come un fiume carsico, tutta la modernità

[5] V., in particolare, P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 32, 2003, p. 48-50; A. Punzi, *Può il giurista essere nichilista?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2004, p. 715-732; G. Bognetti, *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2005, p. 1529-1548; M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino 2006; G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari 2007, p. 57-88; V. Possenti, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli 2012, p. 127-148; N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 182-189 e 294-311.

[6] N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979.

giuridica. Il costituzionalismo, con la sua vocazione a porre limiti al potere, è l'antitesi del nichilismo, il quale, nelle pagine di Irti, significa totale riduzione del diritto a potere, *rectius*, a «volontà di potenza», secondo la formula nietzschiana spesso richiamata dal giurista abruzzese.

2. *Il diritto a una dimensione e la fine del «grande stile»*

Ma vediamo come Irti giunge a quest'esito così radicale.

Il punto di partenza decisivo da cui muove è la perdita di ogni fondamento esterno al diritto, perdita che coincide con la fine della tradizione giusnaturalistica, colpita, prima, nella versione antica e medievale del "diritto" naturale, dalla rivoluzione scientifica e antropologica e, poi, nella versione moderna dei "diritti" naturali, dal positivismo, dallo storicismo e dalle scienze sociali.

> La crisi del giusnaturalismo – il quale trovò breve ed effimera rinascita dopo gli orrori della seconda guerra mondiale – è stata crisi dei fondamenti immutabili del diritto positivo. Che è così caduto nella necessità di auto-fondarsi, di rinvenire in se stesso il principio della propria giustificazione[7].

Prima di allora, il diritto era sempre stato concepito in modo *dualistico*.

> Il diritto positivo, cioè posto dagli uomini nella storia degli uomini, non era mai lasciato solo. Contro di esso veniva sempre sollevato un *altro* diritto: non la volontà di un diritto diverso […] (si sarebbe trattato allora di lotta tra umane energie e forze storiche), ma un *diritto "altro" per fonte e per rango*[8].

[7] N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari 2001, p. 7.

[8] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 18-19.

Questo diritto "altro" ha abitato, storicamente, luoghi diversi: dapprima quello riservato alla divinità, poi, quello della natura, «concepita di fronte o di contro alla *storia*: questa, caduca e provvisoria; quella, eterna e immutabile». Dopo, però, che «filosofia e scienze fisiche» hanno «dissolto la natura, l'estrinseca datità, in una trama di prospettive e relazioni umane», viene meno la possibilità di vedere «nella natura la fonte di altro diritto, che si sollevi a criterio orientativo del diritto storicamente stabilito»[9]. All'uomo non rimane, allora, che cercare nella sua natura specifica, che è natura razionale, la fonte di quest'altro diritto cui la legge positiva deve conformarsi. Con il giusrazionalismo secentesco e settecentesco, si attribuisce, dunque, alla ragione il compito e la capacità di *scoprire* le norme universalmente valide che regolano la condotta degli uomini, consentendo così di salvare l'antico dualismo, che viene ora presentato come «antitesi fra diritto positivo e diritto di ragione». Ma questo nuovo dualismo, che «non rinvia più a un "al di là", a un piano sovra-sensibile e sovra-storico»[10] e che ha bisogno della volontà di un'autorità – la volontà è la facoltà protagonistica della modernità – per tradursi in valido e coercibile diritto, apre la strada al futuro positivismo, che finisce per ridurre *tutto* il diritto alla sola dimensione potestativa, consegnandolo «alla solitudine della volontà umana»[11].

L'esito positivistico della modernità giuridica, già contenuto *in nuce* nella sua fase giusnaturalistica[12], determina, dunque, la «*fine di ogni dualismo*»[13]. Per Irti, «modernità giuridica» significa,

[9] Ivi, p. 20.

[10] Ivi, p. 21.

[11] Ivi, p. 22.

[12] Cfr. P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961), Napoli 2000, p. 88: «Il diritto naturale moderno […] non è giusnaturalistico; è la trasfigurazione del diritto naturale come preparazione dell'avvento del diritto positivo quale diritto *tout court*».

[13] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 18.

infatti, che «la posizione di norme è consegnata, sempre e soltanto, alla volontà dell'uomo; e che nessun criterio esterno è legittimato a guidare e valutare le scelte così compiute»[14]. Ma questa riduzione del diritto ad una sola dimensione, questa consegna di tutto il diritto alla volontà dell'uomo, che non incontra, all'interno del diritto, nessun vincolo contenutistico, è precisamente ciò che Irti intende per *nichilismo giuridico*. Donde l'intima «connessione», denunciata da Nietzsche e ripresa da Irti, «tra nichilismo e modernità»[15].

> Sciolto ogni legame con la teologia […] e cadute le garanzie di natura o di ragione, il diritto si aggrappa a *principi intra-mondani*: spirito del popolo, unità dei codici, Stato nazionale, ideologie politiche, e via seguitando. Ma essi si rivelano per ciò che sono: criteri storici ed effimeri, proiezioni della volontà che ha bisogno di appoggiarsi a qualcosa di "vero" e di stabile. E dopo, allorché queste unità e totalità si disgregano e dissolvono, la volontà rimane ancora solitaria». […] Questa smarrita solitudine, questa perdita di ogni centro che non sia l'energia della volontà, apre le porte del diritto al "più sinistro fra tutti gli ospiti", il *nichilismo*[16].

Dopo il crollo dei «surrogati mondani della divinità», che «non ci lasciavano soli ed inermi; ci rassicuravano e difendevano»[17], la scienza giuridica tardo ottocentesca, priva di quelle garanzie di stabilità e di solidità, cerca di costruire un ultimo argine per tentare di assicurare una qualche oggettività e unità nel diritto. È la via seducente del Metodo, termine che, per Irti, designa il metodo per antonomasia, quello del concettualismo, forgiato dalla dogmatica tedesca e poi esportato con grande successo e praticato diffusamente fino a tutti gli anni Cinquanta del secolo

[14] N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2007, p. 99.

[15] *Ibidem*.

[16] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 7, 23-24.

[17] N. Irti, *Il salvagente*, cit., p. 53.

scorso, segno che quell'esigenza di razionalità sistematica e di astrazione dai contesti storici, politici e sociali era profondamente avvertita dalla cultura giuridica dell'epoca.

> Il metodo giunge dal passato, ci precede, costruito dalla tradizione e dall'autorità delle scuole, e noi, dinanzi a qualsiasi norma, lo prendiamo ed applichiamo: e qualsiasi norma, sottoposta al trattamento del metodo, si purifica ed entra nella dignità logica del diritto. Come un detersivo chimico, che lavi tutte le macchie, il metodo sarebbe capace di pulire le norme, di renderle nette e decorose, e infine di raccoglierle in qualche unità superiore. [Esso] esprime l'estremo sforzo di salvare, sotto veste di neutrale tecnicismo, un mondo ormai perduto. […] Il mondo non c'è più; ma resta il metodo, e il giurista può così attingervi ancora il proprio valore e la dignità scientifica della propria fatica. Egli, in certo senso, vuole quel metodo, perché non è più in grado di volere quel mondo. […] Ma l'illusione non dura a lungo[18].

1968: anno spartiacque che segna, nella biografia della civilistica italiana, «una stagione di inquietudine e ricerca», dopo che «già da alcuni anni il purismo del metodo tecnico era fatto segno a critiche di principio, o abbandonato nel quotidiano e concreto lavoro». In seguito alla "scoperta" della Costituzione, che imponeva «di ripensare alla luce di essa istituti e categorie del passato», e spinta dalle nuove esigenze di una società in trasformazione e dalle istanze di rinnovamento culturale che da essa si levavano, la dottrina civilistica «aveva finito per aprire, o per socchiudere, le porte già serrate contro l'influenza della ricerca storico-politica e dell'indagine sociologica»[19]. Sul terreno della normazione, una delle conseguenze più destabilizzanti di quei rivolgimenti, è il fenomeno della proliferazione delle leggi

[18] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 6-7, 6.

[19] N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 1982, p. III; «in nessun tempo fu così schernita la fedeltà alla legge: ed irriso il metodo», p. IV.

speciali che Irti, come già si è ricordato, scolpisce prontamente con la formula, fortunatissima, dell'*età della decodificazione*.

> Accanto al codice civile, e rannodandosi direttamente ai principi costituzionali, si costruiscono nuclei organici di disciplina, corpi di norme che modificano la fisionomia di interi istituti, o consolidano criteri emersi nelle frammentarie leggi speciali, o provvedono alla tutela di interessi di specifici ceti e gruppi economici. […] La legge speciale (non attuatrice di principi del codice, ma decodificante) non può essere trattata con gli stessi strumenti: né mortificata come effimera e labile parentesi, né ricondotta, come semplice deroga, alla logica totalitaria del codice civile»[20].

Il fenomeno della decodificazione, precisa Irti, non è riducibile a «un estrinseco mutamento di tecnica legislativa». Esso segna «il tramonto di una totalità, di una maestosa e solenne specie di monismo»[21]. Con la frantumazione dell'ultimo «corpo solido»[22] della modernità, viene meno la pretesa del metodo di purificare e sistematizzare il suo oggetto, di riscattarlo – grazie al suo «apparato tecnico-linguistico, fermo e neutrale»[23] – dalla sua temporalità e occasionalità per sollevarlo nel cielo di concetti sovrastorici. Di più. Esso comincia ad apparire come uno strumento mistificante: «serve a nascondere la realtà, ed *esprime soltanto l'intima paura del caos*»[24].

> Ben presto ci accorgiamo che l'a-temporalità del metodo genera in noi disagio e malessere, che i contenuti normativi non si

[20] Ivi, p. 6.

[21] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 101.

[22] Cfr. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007, cap. I «Modernità solida».

[23] N. Irti, *Nichilismo giuridico*,, cit., p. 6.

[24] N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 40.

> lasciano manipolare, che deroghe eccezioni rettifiche devastano i vecchi concetti[25]. […] Il giurista non può recare, *dal di fuori* e *dall'esterno*, una razionalità sistematica, a cui le norme già non obbediscano nel lor proprio contenuto, nella loro trama linguistica. Il disordine del mondo è assai più forte e impetuoso delle finezze metodologiche del giurista. […] Un diritto arbitrario non può generare una scienza assoluta; un diritto fortuito e variabile non può esprimere dottrine generali[26]. […] Il tempo non è propizio alle grandi opere di diritto: non più trattati né teorie generali; soltanto saggi su singoli temi, monografie, lavori collettanei, spiegazioni esegetiche, commenti divulgativi. Le vaste sintesi di dottrina presuppongono un *centro*, un criterio o principio di unità, capace di stringere il molteplice e di trovare un senso complessivo[27].

Dopo il crollo dei fondamenti e la fine delle totalità organiche e artificiali, il giurista si vede costretto a rinunciare anche all'ultimo presidio di razionalità e di unità: il «grande stile»[28] del Metodo. Le leggi non appaiono più ispirate a un disegno unitario, a un senso complessivo e coerente che ne assicuri una direzione e una durata: interamente consegnate «al volere umano ed alla casualità del divenire», le norme sono gettate «in un indefinito movimento, in un quotidiano nascere e morire» che impedisce le grandi sintesi teoriche del passato e genera «un sentimento di fredda delusione»[29].

Tutto ciò che garantiva unità e verità nel diritto è ormai

[25] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 6.

[26] N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 40.

[27] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 134.

[28] M. Vogliotti, *La fine del "grande stile" e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in V. Barsotti (cur.), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Santarcangelo di Romagna 2014, p. 118 ss.

[29] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 8, 6.

> tramontato». […] L'età moderna ha esteso al diritto la parola più audace e crudele: "produrre". Le norme giuridiche, al pari di qualsiasi bene di mercato, sono "prodotte": vengono dal nulla e possono esser ricacciate nel nulla. La forza che le "produce", ossia le chiama innanzi o le rifiuta, le costruisce o le distrugge, è soltanto il volere degli uomini. […] Non c'è un "dove", a cui si diriga la macchina produttrice di norme: basta che essa funzioni. […] Insomma, un diritto senza destinazione: che va e va, ma non sa "perché" e "verso dove" muova»[30].

3. *Il salvagente della forma e la via della neo-esegesi*

Costretto da quest'orizzonte nichilistico – «il fortuito occasionalismo» e il «frammentismo legislativo» ci consegnerebbero un diritto ridotto a una pura dimensione procedurale, a nuda forma «attraversabile da tutte le volontà, disponibile per tutti gli scopi»[31] – al giurista non resterebbero che due vie da percorrere.

La prima è quella del *formalismo*, che per Irti non è solo l'inevitabile approdo dell'indifferenza contenutistica del positivismo moderno, ma è anche una via di salvezza, l'ultimo «salvagente» con cui affrontare i marosi del nulla in cui il diritto sarebbe sprofondato. Alla «morte di Dio» non resta che il «*culto della forma*» e la pratica di una «*razionalità tecnica*», che assicuri il «regolare funzionamento delle procedure»[32].

> Se gli dei si sono ritirati, se natura e ragione si fanno silenziosi, se l'unità di senso gli è ormai negata, all'uomo non resta che costruire forme, capaci di accogliere e trattare qualsiasi contenuto.

[30] Ivi, p. 8, 7, 8.

[31] Ivi, p. 8, 101, VI.

[32] Ivi, p. 26-27.

> Rifugio estremo, la forma svolge una *funzione redentrice*; essa può riempire di sé il vuoto dell'universo. Nichilismo e formalismo sono stretti da un'intima fraternità: l'uno conduce all'altro[33].

Come già al Metodo – ormai non più proponibile in un ambiente giuridico destrutturato e dominato dalla casualità del divenire e dall'arbitrio delle volontà – alla forma si attribuisce la funzione, essenziale in tutto l'itinerario scientifico di Irti, di *purificare* il diritto e la scienza giuridica[34], di metterli al riparo dall'incandescenza dei fatti e della storia, dal soggettivismo dei giudizi di valore, dal ribollire delle ideologie, delle passioni politiche e degli interessi economici. Sorrette da una razionalità di «carattere tecnico» che «sta nella coerenza reciproca degli scopi e nella precisione strumentale dei mezzi»[35], forme e procedure appaiono ad Irti «l'estrema via di salvazione» perché sembrano assicurare, a un diritto in balìa delle volontà di potenza (*in primis* quella della tecno-economia che detta sempre di più gli scopi e il lessico al diritto e alla politica)[36], un qualche ordine e una residuale sicurezza, oggettività e calcolabilità del diritto.

> Le vibrazioni emotive della volontà, l'asprezza dei conflitti politici ed economici, l'urto delle ideologie; tutto ciò, insomma, che precede ed accompagna la posizione di norme d'improvviso si tace e spegne. L'oggettiva funzionalità delle procedure purifica, e risolve in sé, le rudi passioni degli uomini[37]. [La forma] non può

[33] Ivi, p. 26.

[34] Per Irti «la dottrina pura del diritto conserva intatta la propria utilità e la propria *funzione pedagogica*. […] La "purezza" serve a indicare, dal lato della posizione di norme, che il diritto può ciò che vuole, ed è in grado di includere qualsiasi contenuto» (ivi, p. 136).

[35] Ivi, p. VI.

[36] «Il linguaggio del diritto è ormai il linguaggio dell'economia: tecnica, produzione, procedura, funzionalità» (*ibidem*).

[37] Ivi, p. 25.

> né illudere né deludere, né svegliare attese né spegnere speranze, poiché tutto è in grado di accogliere e tutto, nel mondo giuridico, tramutare in norme. [...] La forma mette al sicuro. Mentre le volontà lottano senza tregua, irrompono nel tempo e nello spazio, e determinano nuovi e diversi corsi della storia, la forma gode di un'oggettiva insensibilità. Il caos vi trova vincoli e ordine[38].

L'altra via che il nichilismo dischiude al giurista è quella della *neo-esegesi*. Il ritorno all'«antico esercizio dell'*esegesi*», che si era spento «con l'impetuoso affermarsi della scuola sistematica», a «quell'umile e modesta lettura delle norme che, in tempi di unità legislativa, si sollevava a teorie di istituti e a dogmatiche generali, e che oggi può restare *conclusa in sé*, incapace di svolgersi oltre»[39], non andrebbe semplicemente ricollegato alla scelta metodologica di una «scuola» o al «gusto di singoli studiosi», ma si imporrebbe come «una *necessità storica*»[40] dovuta al fenomeno della decodificazione e alla conseguente impossibilità di «recare, *dal di fuori* e *dall'esterno*, una razionalità sistematica a cui le norme già non obbediscano nel lor proprio contenuto». Il giurista

> non ha unità teleologica, ma frammenti, sorretti da specifiche volontà e miranti a dati scopi. E dunque il suo lavoro sarà necessariamente vagante e frammentario: aperto con l'*esegesi* delle singole norme, si concluderà, nel più felice e fortunato dei casi, con la scoperta di angusti nuclei di significato (che denominai *micro-sistemi*: piccoli sistemi o sistemi del piccolo). Il nichilismo normativo si fa *nichilismo scientifico*[41].

---

[38] N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. VII.

[39] Ivi, p. 40.

[40] N. Irti, *Scuole e figure*, cit., p. VIII: la pagina introduttiva, da cui è tratta la citazione, è intitolata «La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)».

[41] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 136.

Venute meno le totalità di senso (teologiche, naturali, spirituali o artificiali) ed esauritosi il «grande stile» del metodo dogmatico – ed evitate le «malattie della "*décadence*"», ossia la sterile nostalgia e il «doloroso rimpianto»[42] del mondo di ieri – Irti si rifugia nel «positivismo dei fatti»[43] dicendo di «sì alla disperante temporalità» e facendo propri il «dovere di sincerità e di adesione all'oggetto»[44].

> Il metodo, abbandonando la pretesa di determinare e produrre il proprio oggetto, si fa tutto adeguato all'oggetto; non si sovrappone, ma si sottopone alla temporale datità delle norme. […] Le fonti ci offrono la datità delle norme, cioè le norme come insuperabile orizzonte del nostro lavoro. […] Il giurista non può *apportare*, ossia portare dall'esterno, quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è»[45].

Abbandonato il metodo a-storico del concettualismo, non più praticabile in un ambiente giuridico che ha perso definitivamente ogni «unità teleologica», Irti sembra voler imboccare la salutare via dello storicismo quando dice di non voler «sopraffare le norme con disegni di unità», non più proponibili oggi, e di volersi aprire al «*molteplice*», accettando il «frammentismo normativo» conseguente alla destrutturazione del sistema delle fonti[46]. Quando dice, insomma, di riconoscere e di rispettare la condizione del diritto del tempo presente che impedisce le grandi costruzioni dogmatiche del passato. E tuttavia il suo storicismo, che non si spinge fino a superare il descrittivismo epistemologico che accomunava la vecchia esegesi e il concettualismo (le costruzioni della dogmatica muovevano sempre da dati giuridici

[42] Ivi, p. 102.

[43] F. Volpi, *Il nichilismo*, Roma-Bari 2004, p. 64.

[44] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 102, 16.

[45] Ivi, p. 15-16.

[46] Ivi, p. 136.

positivi che si assumevano conosciuti nella loro oggettività), rimane ancora invischiato nel fraintendimento metodologico in cui è incorso il giurista moderno, fraintendimento che ha determinato la fine di ogni forma di dualismo del diritto e, quindi, l'esito nichilistico della modernità giuridica[47]. Quando afferma, infatti, che il nuovo metodo *imposto* dalle trasformazioni della realtà giuridica «si sottopone alla temporale datità delle norme», che costituirebbero «l'insuperabile orizzonte» della scienza giuridica, e quando sostiene che «il giurista non può *apportare* […] quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è», Irti ripropone, in fondo, e seppur con la veste nuova del «*nichilismo scientifico*», il vecchio metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle aristoteliche scienze teoretiche.

Già nel Cinquecento, con la *nova methodus* degli umanisti, e poi con il giusrazionalismo dei due secoli successivi, il giurista moderno abbandona l'insegnamento bimillenario di Aristotele, secondo cui i saperi che hanno come oggetto l'azione dell'uomo (la politica, l'etica, il diritto) non possono darsi il metodo proprio di quelle scienze che hanno per oggetto la natura. Il sapere giuridico, in quanto sapere *pratico*, non può rispecchiare il proprio oggetto, non può farsi «tutto adeguato all'oggetto». L'oggetto delle scienze pratiche non è un *dato* di fronte al quale il giurista deve piegarsi e ad esso sottoporsi, ma una *pratica*, un *progetto* in cui il soggetto conoscente è personalmente e inesorabilmente coinvolto. Come ha finito per riconoscere lo stesso Bobbio, che aveva a lungo aderito al descrittivismo metodologico imperante (aggiornato con il canone dell'*avalutatività*), il sapere giuridico non è un sapere descrittivo e oggettivante, il suo fine non è la verità intesa aristotelicamente come *adaequatio mentis et rei*, ma un sapere produttivo teleologicamente orientato[48]. Il giurista, pertanto, non può evitare di «*apportare* […] quello che nel diritto non c'è»,

[47] Su questa vicenda, v. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 169 ss.

[48] Di Bobbio si veda in particolare il saggio *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in «Rivista di filosofia», 1967, p. 235-262.

perché l'azione (in ciò, lo ripetiamo, consiste il diritto in quanto oggetto delle scienze pratiche) è sempre determinata dal *contesto* spazio-temporale in cui si compie (si agisce, infatti, sempre qui ed ora) e dal *fine* verso cui tende (che per l'agire giuridico è la giustizia). Le norme non possono quindi costituire «l'insuperabile orizzonte» del giurista che, al contrario, nel suo lavoro di comprensione del diritto, deve necessariamente attingere alle categorie di senso e di valore presenti nella società in cui vive[49].

Eppure, per evitare di cadere dal cielo del concettualismo a-storico, che aveva sedotto il giovane Irti, alla terra del positivismo acritico dei fatti bastava seguire fino in fondo l'itinerario filosofico di Nietzsche. Come osserva Franco Volpi, in seguito al «vuoto filosofico spalancatosi nel "dopo Hegel"» (il riconoscimento dell'impraticabilità della «sintesi dialettica, minata alle fondamenta dallo sviluppo dell'immagine scientifica del mondo»), al pensiero di Nietzsche ci si richiamò «per evitare entrambe le insidie in cui era fin troppo facile cadere: la nostalgia per la totalità dialettica perduta, da un lato, oppure la piatta adesione al positivismo dei fatti, dall'altro»[50]. Una delle vie proposte da Nietzsche per uscire da questa *impasse*, che dà la stura al nichilismo, è tracciata nel frammento 431, pubblicato postumo: «*prospettivismo*». Figlia di un'epistemologia costruttivistica, essa consiste nell'accettare l'assenza di un senso metafisico delle cose e l'inesistenza di «valori supremi» senza però arrendersi al piatto e acritico positivismo dei fatti, che conduce alla diagnosi nichilistica dell'insensatezza del mondo. I significati e i valori, pur non esistendo come strutture metafisiche date, e quindi come assoluti, esistono come prodotti

[49] Per Irti, invece, «il testo normativo ha da essere insieme punto di partenza e punto d'arrivo, poiché non c'è nulla al di sopra o al di sotto di esso: tutto è dentro il suo cerchio». Più avanti aggiunge: «il testo linguistico è da definire e intendere come il *limitare del diritto*, la soglia per la quale si accede ai significati inclusi nel tenore letterale» (N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, p. 70, 84).

[50] F. Volpi, *Il nichilismo*, cit., p. 64.

della volontà e dell'attività interpretativa dell'uomo che si assume la fatica e la responsabilità di attribuire sensi e valori alle cose.

> Contro il positivismo, che si ferma ai fenomeni dicendo "ci sono soltanto i fatti", io direi: no, appunto i fatti non esistono, esistono solo interpretazioni. Non possiamo stabilire nessun fatto "in sé": forse è assurdo il volere qualcosa del genere. […] Nella misura in cui la parola "conoscenza" ha in genere un senso, il mondo è conoscibile; ma lo si può *interpretare* in altro modo: esso non ha un senso dietro di sé, ma innumerevoli sensi. "Prospettivismo"[51].

È vero, Irti rifiuta la tesi dell'insensatezza del mondo (se non c'è *un* senso, ci sono *i* sensi: «la perdita di senso (di un senso unitario e totale) [dischiude] l'indefinita pluralità dei sensi», ma pone le volontà di potenza che lottano per imporre i loro sensi al diritto all'esterno della cittadella giuridica, pensando così di proteggere il giurista – cui lancia il salvagente della forma – dalle «vibrazioni emotive della volontà», dall'«asprezza dei conflitti politici ed economici», dall'«urto delle ideologie»[52]. La forma del diritto, dice Irti, «è a disposizione del vincitore»: chi «conquista e manovra» le forme e le procedure «è signore del diritto e vi esprime la propria volontà di potenza. […] Il dominio sulla forma è dominio sul diritto»[53]. La produzione dei sensi del diritto avviene all'*esterno* del diritto, nel campo di battaglia dove si affrontano le ideologie, le passioni e gli interessi della politica e della tecno-economia. Quando una delle volontà di potenza in campo risulta vincitrice e trasfonde il proprio contenuto di senso nelle forme del diritto, quel fragore delle ideologie, delle passioni e degli interessi cessa; e il giurista «china il capo e tace».

[51] F. Nietzsche, *La volontà di potenza*, cit., p. 271.

[52] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 25.

[53] N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 9.

> Questo ribollire, questa efflorescenza, che spesso dà l'immagine di tenebre e caos, non soggiace ad alcun tribunale, e non ad altro si piega che all'effettività del corso storico. Qui il giurista – poiché non possiede alcun criterio che si sollevi oltre il temporale accadere di norme – non ha nulla da dire: egli, al pari di qualsiasi uomo, prende partito tra ideologie e passioni e visioni del mondo, ma, tosto che la norma sia prodotta secondo le convenute forme, china il capo e tace. L'alternativa è di rifiutare quelle forme e di *uscire* da un diritto storicamente dato: eroica decisione di ribelli ed esuli, di *réfugiés* e cospiratori, spesso capaci di istituire nuovo e diverso diritto[54].

Così facendo, Irti ripropone la vecchia tesi positivistica della separazione del diritto dalla politica e della scienza del diritto dalla politica del diritto. Come osserva Nader Hakim nella sua introduzione alla silloge francese del nichilismo irtiano, i valori sono collocati «hors du travail du juriste»[55]. Questi, se vuole partecipare al confronto sui valori, deve dismettere la sua veste e assumere quella di qualsiasi altro cittadino che si impegni nella lotta politica.

> Sa logique positiviste et formaliste le conduit finalement à déporter le regard du juriste vers la cité et le citoyen, vers les territoires impurs des modes de création, vers les choix politiques qui font émerger la règle de droit. Si toutes les valeurs sont susceptibles d'entrer dans le jeu, si le droit n'en répudie aucune par avance, il faut qu'au moment fatidique *le juriste cède sa place au citoyen*[56].

Il «gioco delle perle di vetro», cui Irti finisce per ridurre il

[54] Ivi, p. 54.

[55] N. Hakim, *Une lecture française de Natalino Irti: un droit humain, trop humain*, in N. Irti, *Le nihilisme juridique*, cit., p. XXXVIII.

[56] Ivi, p. XXXIV (la sottolineatura è nostra).

diritto, non consente di giocare, con i suoi pezzi e le sue mosse, la partita dei valori. Non è dato nessun «criterio» *giuridico* capace di operare una scelta ragionevole tra valori in conflitto, nessun «tribunale» cui appellarsi per la difesa dei diritti. L'unica soluzione per far prevalere un valore su un altro è di *uscire* da quel gioco e concepirne un altro. Non facendo proprio l'invito nietzschiano al «prospettivismo», e quindi non attribuendo al giurista il compito e la responsabilità di *costruire il proprio oggetto muovendo da precise e responsabili scelte di valore*, ma anzi, sottoponendolo completamente alla «temporale datità delle norme» e condannandolo, sempre e comunque, ad «adottare il "punto di vista" della legge, l'arbitraria e artificiale trama con cui essa avvolge uomini e cose»[57], Irti si preclude la via per traghettare il diritto e la scienza giuridica fuori delle secche del nichilismo. Via che, come vedremo, è stata invece percorsa dalla cultura giuridica del secondo dopoguerra e che consiste nel recupero del metodo *costruttivo* e *valutativo* delle scienze pratiche, condizione necessaria per ristabilire, dopo la parentesi positivistica, il dualismo del diritto.

4. *Il nichilismo come destino: una lettura positivistica della Costituzione*

Abbiamo visto come la modernità, nel consegnare il diritto interamente nelle mani della nuova figura antropologica che si vuole soggetto libero e autonomo, abbia posto fine al tradizionale dualismo del diritto: la volontà dell'uomo non incontra più limiti esterni, divini o naturali. Sul versante politico e giuridico, il protagonismo della volontà – la più autonoma, auto-referenziale, delle facoltà[58] – si traduce nella

[57] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 136.

[58] P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 69.

costruzione della categoria inedita della "sovranità", intesa come potere originario e indivisibile, «che per sua natura sfugge alla dimensione costituzionale del *controllo* e del *bilanciamento* da parte di altri poteri»[59].

Fino all'esperienza del Terrore, l'«armonia prestabilita»[60] tra sovranità, legge e diritti – diritti che il primo segmento della modernità era riuscito a non consegnare integralmente al dominio della volontà, ancorandoli alla ragione naturale – celava l'aporia della modernità: l'inconciliabilità dell'idea di un potere sovrano (che Rousseau e il pensiero democratico moderno attribuiscono al popolo come soggetto unitario) con quella del limite al potere, propria del costituzionalismo antico e moderno. Con il passaggio alla fase positivistica della modernità – che ne accoglie pienamente l'anima volontaristica, dando origine a quello che Paolo Grossi ha definito «assolutismo giuridico»[61] – l'anima del costituzionalismo, che aveva generato la dottrina dei diritti naturali come limite al potere dello Stato e sua giustificazione, viene soffocata, sciogliendo l'aporia a vantaggio di uno dei due poli dialettici della modernità. E tuttavia, se il giurista moderno, venuta meno la narrazione giusnaturalistica, vive, nell'Europa continentale, in un ambiente giuridico "assolutistico", non si rassegna, però, all'idea di un potere che non incontra limiti.

Sul vecchio continente, il tentativo più rilevante di proteggere i diritti dal potere si è avuto con la dottrina dello "Stato di diritto", elaborata in Germania e poi recepita in Francia e in Italia. Non potendo rinunciare all'assioma dell'assoluta sovranità dello Stato – presupposto della dottrina giuridica ottocentesca, che sottrae al popolo «il potere costituente, e con esso la qualità

[59] M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna 1999, p. 75.

[60] P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli 2006, p. 30.

[61] Di recente richiamato in P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari 2017, p. XIII.

di soggetto sovrano originario»[62] – la giuspubblicistica tedesca fece ricorso alla teoria dell'*autolimitazione* dello Stato: è lo Stato che, nel perseguire il suo fine proprio – l'interesse generale – decide liberamente di vincolarsi al diritto, sottoponendo i suoi atti al controllo giurisdizionale. Questa soluzione, tuttavia, formulata da Jhering e da Jellinek, consentiva di sottoporre al diritto non lo Stato in quanto tale, lo Stato-persona titolare della sovranità – cardine della «costituzione dei moderni»[63] – ma solo una sua funzione: la funzione amministrativa. Era questa, del resto, l'attività dello Stato che, alla fine dell'Ottocento, veniva percepita dal pensiero liberale come la minaccia più concreta nei confronti dell'autonomia dei soggetti. Sulla base di queste premesse teoriche, la protezione dei diritti (che, nello Stato liberale ottocentesco, si riassumevano nel binomio libertà-proprietà) dall'attività legislativa dello Stato – in cui si esprimeva la sua assoluta sovranità – non poteva venire dal diritto, ma dalla politica, attraverso la resistenza all'introduzione del suffragio universale, e dalla cultura liberale che ispirava lo Stato monoclasse[64]. Ci penserà, poi, la «catastrofe» dei totalitarismi a rivelare – «con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni» – la «contraddizione» della modernità giuridica: la contraddizione, cioè, tra «il principio centrale di tutto l'ordinamento, la libertà, e questo ridurre il diritto a volontà dello Stato»[65].

Diversamente dalla cultura giuridica moderna che, pur vivendo in un ambiente giuridico assolutistico, mantiene viva l'esigenza del limite al potere e riuscirà infine a ritrovarlo – oltrepassando se stessa – nel secondo dopoguerra, per Irti non

[62] M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., p. 134.

[63] Ivi, p. 71 s.

[64] Sulla teoria dello Stato di diritto, v. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (curr.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002, p. 89-170.

[65] G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, in Id., *Opere*, vol. V, Milano 1959, p. 180-181, 175.

è più concepibile, dopo la fine degli antichi dualismi, un limite *giuridico* alle volontà di potenza: «dal nichilismo normativo il giurista non può uscire»[66]. La «totale disponibilità nei confronti del testo normativo», in cui confluisce, senza alcuna resistenza, il contenuto della vittoriosa volontà di potenza, «l'accettazione del fortuito e dell'occasionale» sono «la sola risposta dinanzi al tramonto di antiche o false unità»[67]. Uomini, «stanchi di storia e di fedi, riparano nelle forme procedurali e non altro ne chiedono che il regolare e produttivo funzionamento». Formalismo e proceduralismo sono «quanto basta al giurista di oggi»[68]. Il nichilismo – questo è il messaggio definitivo di Irti – è «il destino del diritto nel nostro tempo»[69].

Questo destino, secondo Irti, va accettato, non solo come una dolorosa necessità, ma anche come una benefica, seppur amara, medicina. L'annuncio del nichilismo, infatti, nel rivelare che dietro il diritto positivo non c'è un *altro* diritto, ma solo – per riprendere una celebre immagine di Kelsen, uno dei giuristi di riferimento di Irti – «la testa di Gorgone della forza»[70], da un lato, come si è visto, spinge il giurista a valorizzare la funzione salvifica della forma, che, nel dare veste giuridica alle vittoriose volontà di potenza, le contiene, sottoponendole alla regolarità delle procedure, e, dall'altro lato, funge da «medicina nei confronti di antichi e nuovi morbi: unità, totalità, globalità, universalità ecc. ecc. Il nichilismo ci salva e protegge; smaschera falsi idoli da cui pensavamo di trarre il nostro "valore"»[71].

E tuttavia, il nichilismo di Irti, se libera il giurista dal giogo

[66] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 135.

[67] Ivi, p. 14, 8-9.

[68] N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. VI, 25.

[69] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 8.

[70] H. Kelsen, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, «Quaderno n. 3», Berlin-Leipzig 1927, p. 53.

[71] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 148.

unificante e totalizzante del «grande stile», che impedisce alla realtà di accedere al mondo del diritto in tutta la sua ricchezza, molteplicità e differenza (di soggetti, di culture, di valori, di interessi), lo consegna a una nuova servitù, quella di dover «chinarsi»[72], inerme, davanti a qualsiasi norma imposta dalle volontà di potenza in lotta per la conquista delle forme del diritto. Perché la diagnosi del nichilismo sia davvero liberatrice occorre trovare una terza via tra le mistificanti e violente totalità del «grande stile» e il supino positivismo dell'*ita lex* che conduce al «nichilismo scientifico».

Come si è già accennato, le premesse teoriche di Irti – che abbandona il metodo a-storico del concettualismo senza rinunciare, tuttavia, al descrittivismo epistemologico delle scienze teoretiche e ad una nozione troppo "forte" ed esigente del sapere giuridico – gli impediscono di intraprendere questa via, l'unica davvero feconda e salvifica. Per Irti, infatti, «la critica del nichilismo è persuasiva ed efficace soltanto se scopre l'"uscita di sicurezza", il varco che permetta di raggiungere l'assoluto e l'immutabile»[73]. Se «nichilismo giuridico indica che tutti i contenuti normativi sono possibili, e nessuno necessario; e che essi provengono dal nulla e ritornano nel nulla; allora la critica *deve* opporre un contenuto fermo e immutabile, così forte da resistere a qualsiasi tentativo di nientificazione». Insomma, Irti pone, coerentemente, il suo interlocutore critico di fronte a un «duro e schietto *aut-aut*: o la radicale *immanenza* nella storia, nella finitudine, nella temporalità del divenire; o l'*uscita verso altro*, che sia divinità, o eterna natura, o stabilità ontologica delle "cose"»[74].

Irti non può scorgere l'«uscita di sicurezza» – e finisce,

[72] N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 16.

[73] Ivi, p. 42.

[74] Ivi, p. 44, 52.

quindi, per «scivolare in una nuova metafisica della necessità»[75] – perché continua a guardare l'oggetto "diritto" con gli occhiali del giurista moderno. Questi, alla ricerca di una fondazione solida per il nuovo ordine che stava nascendo sulle ceneri del mondo medievale e non potendo più contare sulle tradizionali garanzie di Dio e della Natura (che, anzi, per varie ragioni, gli appare ora ostile: il *bellum omnium contra omnes* del moderno "stato di natura"), si rivolge al metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze della natura, che tanti successi stavano ottenendo, illudendosi che quel metodo potesse valere anche per un oggetto, il diritto, così diverso dalla natura: l'uno assiologicamente connotato, l'altra, dopo la rivoluzione scientifica moderna, ridotta a pura materia priva di qualsiasi ordine finalistico. Per uscire dall'*impasse* e superare il nichilismo cui conduce il paradigma giuridico moderno, occorreva rivalutare l'uso pratico della ragione, ricollocando il sapere giuridico nell'alveo delle aristoteliche scienze pratiche[76]. Come osserva Norberto Bobbio nella prefazione alla traduzione italiana del *Trattato dell'argomentazione* di Perelman e Olbrechts-Tyteca – quello stesso Bobbio che ancora l'anno precedente, il 1965, confermava la sua adesione al positivismo come *approach* avalutativo al diritto[77] – questa via, imboccata da giuristi come Perelman alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, «si contrappone alle due posizioni estreme del razionalismo etico, il cui ideale fu la costruzione di un'etica dimostrata da sostituire all'etica rivelata, e dell'emotivismo contemporaneo che reagisce al fallimento del razionalismo (e dello scientismo positivistico) col sottrarre i giudizi morali e in genere i giudizi di valore ad ogni forma di controllo razionale: s'inserisce quindi

[75] A. Punzi, *Può il giurista essere nichilista?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2004, p. 719.

[76] In merito, v. F. Volpi, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in «Il Mulino», 6, 1986, p. 928-949.

[77] N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965.

nell'indirizzo forse più fecondo dei recenti studi di etica, miranti a colmare l'abisso tra i due estremismi, in favore di un "razionalismo critico", in cui trovi un posto centrale il problema della "giustificazione" delle azioni»[78].

In particolar modo, gli occhiali di Irti gli impediscono di vedere nelle Costituzioni pluralistiche del secondo dopoguerra la via, l'unica via possibile, allora e oggi, per il ristabilimento del dualismo del diritto dopo la fine della tradizione giusnaturalistica e lo strappo dei totalitarismi.

> Quando si osserva darsi pur limiti e vincoli, derivanti da norme costituzionali o da norme internazionali, si rinvia da uno ad altro ordine o livello di norme, ma *non si esce* dal mondo di norme poste da volontà umane. Soltanto l'uscita verso un immutabile e fermo fondamento sarebbe in grado di rompere la positività del diritto[79] […] Carte costituzionali ed altre solenni dichiarazioni sempre contengono norme, poste dalla volontà umana, e quindi trasgredibili modificabili revocabili[80].

La logica ferrea dell'*aut-aut* – cui lo spingono le sue premesse epistemologiche "forti" e la sua totale adesione al monismo della «costituzione dei moderni», che fa ruotare l'intero diritto intorno al perno della sovranità (incarnata dal popolo la cui volontà deve rimanere libera, pena la violazione della «logica del regime democratico»[81]) – gli impedisce di vedere nella Costituzione il tentativo di recuperare, in forme necessariamente diverse, la seconda dimensione del diritto, ristabilendo la tensione tra *ratio* e *voluntas*, fondamentale – come già ci ammoniva Sofocle

[78] N. Bobbio, *Prefazione* (1966), in Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958); tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino 1989, p. XVII.

[79] N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 44.

[80] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 130.

[81] N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 102.

nell'*Antigone* – per la salvezza della *polis*.

> La *costituzione è una legge*; anch'essa appartiene al diritto positivo, ed è fatta da uomini per altri uomini, e può tramontare e cadere nel nulla. La volontà umana come l'ha *istituita* così è in grado di *destituirla*»[82].

Ovvio che, in questa prospettiva, nemmeno l'istituto del «controllo di legittimità costituzionale» delle leggi consente di ripristinare «la distinzione o antitesi fra legittimità e legalità, o, se si vuole, fra diritto e legge, fra *nómos* e *lex*». Il controllo costituzionale è infatti, «a ben vedere, *controllo di validità*, giudizio circa l'osservanza di limiti e vincoli, che *una legge detta ad altra legge*»[83].

> Né varrebbe – come si tenta, in esempio, da Jürgen Habermas e da altri filosofi o giuristi – di invocare, per limite o rimedio, il "patriottismo della Costituzione", che è sempre "patriottismo" di una o più norme, appartenenti a un dato diritto positivo e perciò suscettibili di essere abrogate o modificate. Così *non si esce dal diritto positivo*, non si trova un criterio sovra-storico, ma piuttosto si radicalizza un dato contenuto di norme, assumendolo, in schietta contraddizione con la logica del regime democratico, come fermo e statico[84].

Ma la svalutazione della Costituzione – ridotta a puro atto di volontà, a legge (nella sua accezione moderna), seppur collocata su un gradino superiore della piramide delle fonti – non si arresta qui, mostrando chiaramente l'estraneità di Irti alla tradizione del costituzionalismo. Ridando fiato a voci che, fino alla prima sentenza della Corte costituzionale, avevano messo in

---

[82] N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 94.

[83] *Ibidem*.

[84] N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 102.

dubbio la natura autenticamente giuridica della Costituzione, Irti addebita a questa, in quanto intessuta di principi, ossia di «norme senza fattispecie, enunciatrici di scopi e programmi, descrittive non tanto dell'oggi quando di un remoto domani», la colpa di «indebolire o abbandonare il concetto di fattispecie», facendo precipitare il diritto nell'«assoluto intuizionismo e volontarismo del giudicante»[85], con il conseguente naufragio di ogni prevedibilità e calcolabilità delle decisioni. La Costituzione, in altre parole, non solo non si distingue, per natura, dalla legge, ma è, per giunta, una legge scritta male.

Diversamente dai sostenitori della vecchia dottrina delle norme programmatiche, che, in linea con la cultura giuridica dell'epoca, vedevano nella Costituzione un documento politico rivolto essenzialmente al legislatore, Irti non nega natura giuridica alla Costituzione («le norme costituzionali appartengono bensì al diritto positivo»[86]), ma continua ad osservarla da quella prospettiva culturale che riduceva il diritto a norma dotata di fattispecie (da cui eventualmente il giurista può ricavare principi generali, ma sempre rigorosamente fondati su dati normativi e ad essi sempre riconducibili) e attribuisce al legislatore un ruolo assolutamente protagonistico, in quanto direttamente collegato alla fonte della sovranità e perciò dotato, come puntualizzava Carré de Malberg negli anni Trenta del secolo scorso, di «una qualità infinitamente superiore a quella dell'esecutivo e dei giudici»[87].

> Il diritto è tutto e solo nella prosa del legislatore, e fuori di esso è frutto di arbitraria o oscura volontà. Principi, indipendenti dai testi legislativi, e dunque né espliciti né impliciti nelle norme,

[85] N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 9, 26, 67.

[86] Ivi, p. 26.

[87] R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale* (1931); tr. it. *La legge espressione della volontà generale*, a cura di M. Calamo Specchia, Milano 2008, p. 155.

> sono entità misteriose, non diversi da valori trascendenti o diritti naturali»[88].

La colpa della Costituzione, in quanto documento che pretende di presentarsi con le forme del diritto, consiste, come si è accennato, nel rivolgersi direttamente al giudice con il linguaggio vago e incerto dei principi e dei valori.

> L'"applicazione" dei valori non è autentica applicazione, al modo in cui se ne discorre per la legge, ma immediata e dispotica realizzazione. Sprovvisto di fattispecie, il giudicante si trova, in una nudità coperta di "valori", dinanzi alla "vita", cioè al groviglio di interessi e bisogni e passioni, che segnano da sempre la storia degli uomini. La sua decisione è risposta del valore alla "situazione di vita". […] L'asse si sposta, per così dire, dalla legge al giudizio. […] Ma un giudizio senza legge, dalla quale si traggano i criteri di distinzione fra ragione e torto, colpevolezza o innocenza, è piuttosto pura e nuda *decisione*, che ha fondamento in se stessa. […] Dove non c'è fattispecie, dove essa sia aperta e indeterminata, il giudice si trova *solo* dinanzi a *situazioni di vita*, alle quali dà risposta in base a principi e valori soggettivamente intuiti[89].

Per «argina[re] o raffrena[re] […] la vena di irrazionalità» dovuta al decidere secondo principi, Irti ripropone la vecchia ricetta diretta a disinnescare le norme "programmatiche", ossia che «norme e principi, generali o universali, si cal[ino] in *leggi ordinarie dotate di fattispecie*». Solo «la *mediazione* delle leggi ordinarie impedisce la *immediatezza* del confronto tra principi (o valori) e fatto concreto». La ferrea (e semplificante) logica dell'*aut-aut* è di nuovo all'opera: «la scelta è fra un *volere creativo di calcolabile oggettività* e un *volere immerso nell'immediato soggettivismo*». Mentre, infatti, «il "*pensare* (e decidere) *per fattispecie*" è, in sua

[88] N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 66-67.

[89] Ivi, p. 10-11, 70.

indole, sobrio oggettivo impersonale», «il "*pensare* (e decidere) *per valori*" è […] altezzoso soggettivo concreto»[90].

La logica di Irti è semplificante – e per questo smentita dalla concreta esperienza della giurisdizione che ci mostra una realtà molto più complessa e sfumata – perché, da un lato, il giudice non è solo di fronte ai principi e alle situazioni della vita, ma è parte di una comunità interpretativa, con cui deve necessariamente confrontarsi e che lo controlla, ed è avvolto da una fitta rete di materiali di diversa origine e natura (regole provenienti da svariate fonti – nazionali, sovranazionali, internazionali e transnazionali – precedenti giudiziali, categorie e opinioni dottrinali…) che lo vincolano e lo costringono a fornire convincenti *ragioni* a sostegno della decisione, che non è mai, quindi «pura e nuda»[91]; dall'altro lato, la logica di Irti è semplificante perché neppure il decidere per fattispecie, che ci viene presentato secondo il modello – sempre più screditato – della sussunzione, è «oggettivo» e «impersonale»: linee teoriche diverse – e, tra queste, con particolare efficacia, quella ermeneutica – hanno da tempo mostrato come l'applicazione del diritto – quale che sia la sua veste lessicale – alla particolare situazione della vita non è un'attività meramente riproduttiva di un significato preesistente, ma un'attività produttiva orientata dal fatto, influenzata dalle categorie di senso e di valore della comunità cui appartiene e si rivolge il giudice e guidata dalla precomprensione dell'interprete[92].

L'ingresso dei principi nella vita quotidiana del diritto e il conseguente mutamento del ruolo del giudice non possono che essere giudicati negativamente da Irti. Egli, infatti, osserva l'attuale mondo del diritto con lo sguardo di ieri, di quando il giurista viveva ancora nello stato legislativo di diritto e il giudice guardava

[90] Ivi, p. 71, 13-14.

[91] In prospettiva analoga, v. G. Zaccaria, *Riflessioni sul nichilismo giuridico*, cit., p. 773-774.

[92] Per la prospettiva ermeneutica, v. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012.

alla Costituzione non direttamente, «ma sempre e solo attraverso una legge che la integra, la interpreta, la realizza»[93]: «il giudice deve applicare le leggi ordinarie, e non la Costituzione»[94], scriveva Carré de Malberg, dando voce alla *communis opinio* dei giuristi del suo tempo che, secondo Maurizio Fioravanti, sarà ancora, in larghissima misura, «il pensiero dominante tra i Costituenti nel progettare il profilo e le modalità di accesso e di funzionamento del controllo di costituzionalità»[95]. Con quello sguardo antico, Irti non può cogliere il significato autentico della «trasformazione costituzionale» in atto, avviata dalle prime pronunce della Corte costituzionale e dalla nuova figura di giudice che si definisce negli anni Sessanta del secolo scorso, nel serrato e quotidiano dialogo con il giudice delle leggi. Questa trasformazione, che ha posto «la legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra ed entrambe di fronte alla Costituzione»[96], è il segno evidente del recupero, attraverso la Costituzione, di quella seconda dimensione del diritto che era andata perduta nel corso della modernità giuridica e che ritorna nella veste linguistica che le è propria e, cioè, in forma di principi necessariamente indeterminati come lo erano i contenuti fondamentali del vecchio diritto naturale. Tali principi – che Irti coglie solo nel loro aspetto negativo di norme senza fattispecie e che proprio per questo, invece, sono preziosi e inevitabili per un diritto che ha ristabilito, in forme nuove, l'antico dualismo e vive

[93] M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 2016, p. 13.

[94] R. Carré de Malberg, *La legge espressione della volontà generale*, cit., p. 183.

[95] M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 13. «Siamo convinti – osserva più avanti Fioravanti – che presso i Costituenti prevalesse la concezione tradizionale della Costituzione come *loi politique*. […] Pur nella piena conoscenza del sistema statunitense, si era ancora culturalmente molto lontani dall'idea di una Costituzione come norma giuridica, dotata di forza propria, direttamente utilizzabile nella regolazione del caso» (ivi, p. 14).

[96] Ivi, p. 17.

in un ambiente sociale pluralistico – danno un *senso* alle forme del diritto e imprimono una *direzione* all'agire giuridico che, grazie alla struttura semantica aperta dei principi, li aggiorna alla luce dei nuovi significati che essi assumono nella società.

Solo ponendo il giudice davanti alla Costituzione e a fianco del legislatore nell'attuazione del progetto costituzionale e avviando, così, una stagione nuova caratterizzata dalla tensione fisiologica e positiva tra legislazione e giurisdizione, si potevano far valere pienamente le ragioni del costituzionalismo.

5. *Un modo diverso di guardare alla Costituzione*

Prospettivismo, si diceva poc'anzi ricordando il celebre frammento 431 di Nietzsche.

A questa logica, come si è visto, neppure Irti sfugge. Quando il Nostro sostiene che «la *costituzione è una legge*», seppur di rango superiore; quando la presenta come il prodotto della volontà umana che, «come l'ha *istituita*, così è in grado di *destituirla*»[97], essendo le sue norme sempre «trasgredibili modificabili revocabili»[98], non ci dice cos'*è* la Costituzione, nella sua *oggettività*, ma ci fornisce una *lettura* delle Costituzioni del secondo dopoguerra che è il risultato di una determinata prospettiva teorica influenzata da precise premesse assiologiche. Come ammoniva Nicola Matteucci in un noto saggio del 1963, quando il dogma dell'avalutatività della scienza giuridica, della «neutralità etica», era ancora ben saldo nella comunità giuridica italiana, «dietro ad ogni scienza, […] per quanto aspiri all'autonomia, al rigore, alla specializzazione, resta sempre, più o meno celata, una premessa etico-politica». Questa premessa, che orienta la lettura irtiana delle Costituzioni del secondo

[97] N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 94.

[98] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 130.

dopoguerra, affonda le sue radici nel positivismo statualistico e legalistico dell'Ottocento i cui elementi essenziali sono i seguenti:

> l'affermazione del primato della legge su tutte le altre fonti, la negazione di limiti giuridici al potere sovrano, la riduzione del giudice a una macchina capace di compiere perfetti sillogismi: questa è la vera legalità, la sola certezza[99].

La lettura di Irti, che vede nello Stato costituzionale una mera «prosecuzione o completamento dello Stato di diritto legislativo»[100], non solo non ci rivela (non ci può rivelare) la natura della Costituzione, la sua *verità* – il sapere giuridico, come già si è avuto modo di dire, non è un sapere descrittivo e veritativo, ma costruttivo e progettuale – ma non corrisponde neppure alla realtà dell'attuale Stato costituzionale di diritto, *rectius*, alla lettura che si è alla fine imposta della Costituzione del 1947.

Si è già ricordato come, a partire dall'istituzione della Corte costituzionale e poi nel corso degli anni Sessanta, cominci a mutare la prospettiva da cui si guardava inizialmente alla Costituzione: da programma politico la cui attuazione era essenzialmente affidata al legislatore a documento integralmente e pienamente giuridico rivolto anche ai giudici che, riuniti a Gardone nel 1965, rifiutano la concezione «formalistica» dell'interpretazione, «indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese», attribuendo anche alla giurisdizione il compito di realizzare «l'indirizzo politico» della Costituzione[101]. È quindi un «grave errore sul piano

[99] N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), Bologna 1996, p. 103-104, 98.

[100] G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 47, 2018, p. 546.

[101] Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti*, XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone, 25-28 ottobre 1965, Roma 1966, p. 309-310.

storico»[102], osserva Maurizio Fioravanti, considerare l'attuale Stato costituzionale come un mero perfezionamento dello Stato di diritto della tradizione e non invece come «una nuova *forma politica*»[103], «un vero e proprio nuovo assetto dei poteri» in cui il legislatore «non è più solo, e dunque in posizione di monopolio, di fronte alla Costituzione. Accanto a lui si pone in posizione ormai sostanzialmente equiordinata il giudice, che è ben altra figura rispetto a quanto voleva il modello della tradizione»[104].

Ma il "riorientamento gestaltico" nei confronti della Costituzione repubblicana non si arresta qui. Nel decennio successivo matura un'altra svolta epocale che verrà sancita expressis verbis dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1146 del 1988 che *istituisce* la nuova categoria dei «principi supremi», già evocata in diverse pronunce degli anni Settanta. Questi principi, osserva la Corte, appartenendo «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (§ 2.1). Non corrisponde, dunque, alla concreta esperienza giuridica l'affermazione di Irti secondo cui le Costituzioni del secondo dopoguerra sarebbero sempre «trasgredibili modificabili revocabili»[105]: al contrario, nel loro nucleo essenziale, che dà *senso* e *direzione* alla pratica giuridica, queste Costituzioni non sono trasgredibili da nessuna *auctoritas*, né nazionale né sovranazionale (la c.d. «dottrina dei controlimiti» è stata elaborata dalla Corte già con la sentenza n. 183 del 1973).

Con questo «performativo» – la cui «felicità»[106] (noi giuristi

[102] M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 19.

[103] M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in P. Rossi (cur.), *Fine del diritto?*, Bologna 2009, p. 57.

[104] M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 8, 10.

[105] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 130.

[106] J.L. Austin, *How to Do Things with Words* (1962); tr. it. *Come fare cose*

diremmo "validità") non dipende da una qualche *Grundnorm* (che, non costretti dalla moderna ipoteca della purezza, non è necessario presupporre) o da una volontà di potenza che si appropria della forma costituzionale, ma dal *consenso della cultura giuridica*, fondato su evidenti *ragioni* etico-politiche – la Corte ristabilisce, nell'unico modo oggi possibile, il salvifico dualismo tra *ius* e *lex*.

Dopo la fine degli antichi dualismi, la scienza giuridica non poteva più ricorrere ad un argomento forte com'era quello del diritto naturale per ristabilire la seconda dimensione del diritto; quel tipo di argomento, cioè, che Irti esige dai critici del nichilismo giuridico e che questi non sono più in grado di dare. Dopo la rivoluzione scientifica moderna che separa il fatto dal valore e la concomitante rivoluzione antropologica che fonda la piena autonomia morale dell'individuo, libero artefice della propria sorte, la seconda dimensione del diritto non poteva più essere *concepita* come un *dato oggettivo*, come un ordine che preesiste all'uomo e che da questi deve essere semplicemente *scoperto*. Un tentativo in tal senso fu fatto nell'immediato dopoguerra con l'appello alla categoria del «diritto naturale vigente»[107]; tentativo che si è subito rivelato impraticabile. Anche la via *della tradizione* – mai abbandonata dall'Inghilterra, che, pur aprendosi alla modernità, aveva conservato l'antico dualismo nella forma *common law/statute law*, rappresentandosi la Costituzione con la categoria antica del diritto non scritto – non era più disponibile: dopo la positivistica riduzione del diritto a una sola dimensione, la via della tradizione – che affondava le sue radici nel paradigma giuridico medievale – era stata interrotta e poi definitivamente preclusa dalla lacerazione dei totalitarismi. Irti ha quindi sostanzialmente ragione quando, a chi tenta di ricavare «da "esperienza", "società" o consimili laboratori» un'entità «ulteriore, un sostrato fermo e profondo»

con le parole, a cura di C. Penco e M. Sbisà, Genova 1987.

[107] R. Angeloni *et alii*, *Diritto naturale vigente*, Roma 1951.

cui ancorare «un "diritto" diverso o avverso alla legge» e sfuggire così «all'accidentalità del nichilismo normativo», risponde che

> "esperienza" e "società" dei nostri tempi – *esse prima delle norme* – appaiono vuote di centro e di unità. Non sono un tutto, come forse seguiva nel Medioevo cristiano o in altre epoche storiche, ma scenari di rovine e di frammenti. E se un tutto vuole trovarsi, esso è nella potenza planetaria della tecno-economia; schivato il nichilismo normativo, si cadrebbe nel gelido nichilismo del mercato[108].

Come afferma Norberto Bobbio recensendo il saggio di Pietro Piovani *Giusnaturalismo ed etica moderna*, «l'individuo, una volta entrato in scena colla sua pretesa di essere lui solo il responsabile delle proprie azioni», ha «le norme non dietro di sé come un freno o un limite, ma davanti a sé come una aspirazione o un'esigenza». L'antico dualismo del diritto, infranto definitivamente dalla modernità, che libera l'uomo dalla «cattiva etica»[109] del giusnaturalismo – tra le varie forme che assume il diritto, nota Gustavo Zagrebelsky, quello naturale è il più intriso di «violenza» perché «mette in campo valori, principi, regole che si vorrebbero sottrarre alla libera discussione ponendoli sotto l'egida di un feticcio che chiunque disponga del potere può brandire per i suoi fini»[110] – può essere ricostituito soltanto attraverso l'etica moderna della libertà.

Ci sono momenti tragici della storia in cui l'uomo ritrova

[108] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 134-135.

[109] N. Bobbio, *Giusnaturalismo ed etica moderna in un libro di Pietro Piovani* (1961), ora in P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., p. 158-159. Cattiva etica perché «legalistica», inficiata da «una inadeguata valutazione dell'uomo, delle sue capacità e possibilità, del suo destino e della sua storia».

[110] G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino 2018, p. 14.

«dentro di sé, inaspettata, una lucida chiaroveggenza»[111] che gli rivela la fragilità della sua condizione, spingendolo a porre un limite alla propria libertà affinché quelle tragedie non capitino mai più. Uno di quei momenti di lucidità si è avuto con l'esperienza dei totalitarismi e della Resistenza che, insieme con il Risorgimento, costituisce il «mito fondativo»[112] della nostra Costituzione e la premessa etico-politica che sta dietro il performativo della Corte costituzionale. La Resistenza, ci ricorda Piero Calamandrei, è stata «riacquisto della fede nell'uomo e in quei valori razionali e morali coi quali l'uomo si è reso capace nei millenni di dominare la stolta crudeltà della belva che sta in agguato dentro di lui»[113].

La Costituzione del 1947 non è «figlia di un "potere", o di un "soggetto", che esprima una "volontà", come il popolo sovrano della tradizione rousseauviana»[114], ma il risultato di un momento costituente in cui forze politiche e spirituali ispirate a tradizioni culturali diverse (cattoliche, liberali, socialiste, comuniste), ma unite dalla comune lotta contro il fascismo, riuscirono a convergere intorno a un nucleo di valori condivisi.

> Con le Costituenti del Novecento l'ordine politico nasce in modo trasparente dalla pattuizione, dalla convergenza di più volontà distinte, non in un punto in cui la volontà si produce ed esplode, ma entro un processo che quella volontà forma, progressivamente determina[115].

Diversamente dalle Costituzioni dell'Ottocento, le Costituzioni pluralistiche del Novecento sono «*senza autore*, e

[111] P. Calamandrei, *Desistenza* (1946), in Id., *Lo Stato siamo noi*, Milano 2011, p. 55.

[112] G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., p. 83.

[113] P. Calamandrei, *Desistenza*, cit., p. 55.

[114] M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., p. 153.

[115] M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 17.

dunque protette dal pericolo che qualcuno possa considerarle come cosa propria, di cui poter liberamente disporre»[116]. E tuttavia, non potendo esse presentarsi come ricognizioni di un ordine già dato (divino, naturale, sociale…), e perciò sottratte, per loro natura propria, al potere dispositivo di qualsivoglia *auctoritas*, essendo il prodotto artificiale delle *volontà* e delle *ragioni* di uomini, seppur concepite in un momento della storia particolarmente denso com'è quello costituente, quelle Costituzioni possono davvero soddisfare l'esigenza del costituzionalismo di porre un limite al potere, ristabilendo l'antico dualismo del diritto, solo se riescono a vincere una scommessa che «sta tutta qui: nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*»[117]. Perché questo accada, non è sufficiente il performativo dei "principi supremi", per quanto fondamentale, e il relativo consenso della cultura giuridica che quel performativo ha preparato e avallato. La Costituzione, nei suoi principi fondamentali, può diventare effettivamente *ius* solo se «si incarna nella storia viva di un popolo e diventa parte costitutiva della sua cultura»[118].

> La Costituzione nasce e si regge a partire dalle stesse forze che essa deve regolare, organizzare, disciplinare e non può fare affidamento su nessuna forza *a priori*[119]. […] Le democrazie costituzionali odierne non hanno risorse costituzionali precostituite e concentrate. Le loro risorse devono darsele da se stesse e sono risorse non della forza ma della convinzione diffusa[120].

Come per la consuetudine, così per le Costituzioni – quando

[116] M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., p. 152-153.

[117] G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, cit., p. 149.

[118] G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., p. 82.

[119] G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, cit., p. 203.

[120] G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., p. 87.

sono viste come reincarnazioni della seconda dimensione del diritto – la validità coincide con l'*effettività* e con la *legittimità*: entrambe si fondano sul *fatto normativo* dell'*adesione spontanea*. Ecco perché la Costituzione come *ius* può ben indossare le vesti più dimesse della consuetudine: così è accaduto nel mondo medievale, che ha voluto radicarla nella natura delle cose, e così accade ancora in Inghilterra che ha saputo resistere ai venti del Continente che hanno spazzato via l'antica concezione dualistica del diritto.

6. *La distopia di Irti e le responsabilità del giurista*

Riconoscere che la "buona salute" (questo significa "validità") della Costituzione dipende, in fondo, dall'adesione convinta e diffusa al suo progetto etico-politico significa attribuirle un fondamento *fragile*. La Costituzione non può fondarsi sulla forza di una volontà (se così fosse sarebbe una *legge* costituzionale, secondo il punto di vista del nichilismo) né può trarre la sua forza dai suoi custodi istituzionali: al contrario, è solo presupponendo una Costituzione nel suo insieme legittima ed effettiva che la Corte costituzionale e gli altri organi di garanzia possono esistere ed esercitare le loro funzioni in modo efficace[121].

All'inizio di questo scritto si è accennato all'intensificarsi, in questi ultimi tempi, di segni allarmanti di un indebolimento, nelle istituzioni e nella società, delle basi culturali su cui si fonda la Costituzione. Le cronache ci attestano quasi quotidianamente linguaggi, stili, propositi, episodi riconducibili a quello che Umberto Eco ha chiamato «*Urfaschismus*» o «fascismo eterno», i cui caratteri essenziali si possono così riassumere: culto della tradizione, rigetto dello spirito del 1789 e irrazionalismo; primato dell'azione sulla riflessione; sospetto per la cultura e

[121] Così G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, cit., p. 206.

rifiuto dello spirito critico; intolleranza verso la diversità, di cui viene sfruttata la naturale paura, che sfocia nell'antisemitismo e nel razzismo; appello alle classi medie, frustrate per qualche crisi economica o umiliazione politica e spaventate dalla pressione di gruppi sociali subalterni; ossessione per il complotto; complesso di superiorità unito a vittimismo che sfocia in aggressività; rifiuto del pacifismo, inteso come collusione con il nemico; concezione del popolo come entità monolitica della cui volontà è interprete il leader; machismo; lessico povero e sintassi elementare per ostacolare il ragionamento complesso e critico[122].

In Italia, la debolezza della cultura costituzionale ha radici profonde. Se nella Costituente l'opzione antifascista è netta, nel paese e nelle istituzioni la rottura con il passato è assai più faticosa e contrastata. Per gli italiani riconoscersi nei principi della Costituzione, assumerla come casa comune, è stato un processo lento e faticoso, così come lungo e complesso è stato il processo di attuazione del suo disegno istituzionale. Appena quel processo concluso e già si medita di riformarla: la prima commissione ufficialmente incaricata di redigere la riforma viene varata nel 1983. Da allora il cantiere delle riforme non si è più chiuso e, anzi, a partire dagli ultimi anni del secolo scorso, il tema della riforma assume contenuti sempre più ampi e diventa uno dei punti qualificanti dei programmi dei governi, che trascinano così la Costituzione nel vivo della battaglia politica, spingendola dall'area condivisa dello *ius* a quella conflittuale della *lex*.

E tuttavia è innegabile che la crisi del progetto costituzionale assuma oggi tinte più fosche, collocandosi sullo sfondo di una psicologia collettiva che l'ultimo rapporto del Censis sulla situazione sociale del paese ci rappresenta in modo preoccupante: l'Italia, si legge nel capitolo «La società italiana al 2018», appare «preda di un sovranismo psichico, prima ancora che politico»; esso «talvolta assume i profili paranoici della caccia al capro espiatorio, quando la cattiveria – dopo e oltre il rancore – diventa la leva

[122] U. Eco, *Identikit del fascista*, in «La Repubblica», 2 luglio 1995.

cinica di un presunto riscatto e si dispiega in una conflittualità latente, individualizzata, pulviscolare». Non è difficile individuare le cause più o meno recenti di questo disagio diffuso: la lunga scia della crisi economica del 2008; il fenomeno epocale delle migrazioni, spregiudicatamente sfruttato in chiave politica; la disaffezione nei confronti del progetto europeo che, analogamente alla nostra Costituzione, era stato concepito per imbrigliare le volontà di potenza degli Stati, responsabili di aver messo a ferro e a fuoco il vecchio continente; la «potenza planetaria della tecno-economia»[123] che detta agli Stati e alla politica – sempre più impotenti – le sue leggi ferree, improntate a una logica opposta a quella solidaristica su cui si fonda la nostra Costituzione.

Alla luce di questa profonda crisi, con esiti oggi non prevedibili, la diagnosi irtiana del nichilismo, non corrispondente, come si è visto, alla lettura che si è alla fine imposta nella nostra cultura giuridica e nella concreta pratica del diritto, può essere riscattata intendendola, al di là delle intenzioni dell'Autore, come un lavoro appartenente al genere letterario della *distopia*: con la sua lettura nichilistica Irti ci metterebbe in guardia, in altre parole, da un futuro possibile e inquietante in cui il mondo del diritto, nuovamente ridotto a una sola dimensione, sarebbe preda di volontà di potenza perennemente in lotta per la conquista delle forme giuridiche, un mondo in cui il giurista, di fronte a quelle forme riempite di qualsiasi contenuto, «non [avrebbe] nulla da dire»; solo potrebbe «china[re] il capo e tace[re]»[124].

Per scongiurare questo scenario plumbeo, le risorse del diritto positivo non bastano e, anzi, in certi casi possono persino portare acqua al mulino dell'avversario. È il caso della proposta di Luigi Ferrajoli di riformare l'art. 138 della Costituzione per sottrarre al potere di revisione i principi supremi dell'ordinamento[125].

[123] N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 141.

[124] N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 54.

[125] L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari 2011, p. 84.

Seppur condivisibile nel fine – rendere più solido e forte il fondamento giuridico di quei principi – questa proposta rischia, paradossalmente, di ottenere l'effetto contrario. Una volta reciso il legame con la seconda dimensione del diritto che delimita il perimetro dell'indisponibile, i principi supremi precipitano nel campo della politica: questa, come ha voluto la riforma, così potrà volerne in futuro la sua abrogazione. Breve: la vera forza del performativo della Corte costituzionale non può venire dalla cassetta degli attrezzi del diritto positivo, ma solo dalla cultura costituzionale diffusa e viva tra i giuristi (di cattedra, del foro e delle istituzioni politiche e amministrative) e in seno alla società.

Di ciò, del resto, è ben consapevole lo stesso Ferrajoli il quale, una pagina dopo aver formulato quella proposta – siamo nel 2011 – riconosce che «il superamento della crisi attuale» – «dopo venti anni di deriva populista e di declino ufficiale dei valori costituzionali» – richiede, innanzitutto, «lo sviluppo, a livello politico e sociale, di una cultura costituzionale e di una concezione della democrazia come sistema fragile e complesso di separazioni e di equilibri tra poteri, di limiti e garanzie».

> La battaglia per la democrazia [costituzionale] è oggi, come sempre, una battaglia soprattutto culturale. In un duplice senso: nel senso che il nesso tra democrazia e Costituzione è un fatto culturale, oggi smarrito nel senso comune, e nel senso, più generale, che lo sviluppo della cultura è un fattore essenziale della costruzione della democrazia»[126].

Questa battaglia culturale richiede un «forte impegno di pedagogia civile»[127] cui i giuristi di cattedra – salvo *rarae aves* – si sono per lunghi anni sottratti. Ciò non stupisce alla luce di quanto si è detto circa la prospettiva culturale da cui si è a lungo guardato al diritto e alla Costituzione. A questo proposito, netta

[126] Ivi, p. 85.

[127] Ivi, p. 59.

è la chiamata di correità di Gustavo Zagrebelsky:

> Per tanti anni, abbiamo trascurato proprio questo aspetto fondativo della vita costituzionale. I costituzionalisti si sono considerati legisti positivi della Costituzione il cui luogo di lavoro erano le biblioteche prima, le istituzioni politiche e giudiziarie poi. Non hanno considerato tra i loro luoghi di lavoro anche quelli appartenenti alla cosiddetta società civile. Così è accaduto che si è formata un'idea debole e retorica della Costituzione, non sostenuta culturalmente, contro la quale hanno avuto buon gioco, incontrando scarse forze di contrasto, tutti coloro – e sono stati tanti, perfino al vertice delle istituzioni costituzionali – che hanno lavorato per demolirne la percezione di validità[128].

Al contrario, la necessità di questo impegno civile fu subito chiaramente avvertita da Piero Calamandrei. Come osserva Giovanni De Luna nell'introdurre una raccolta di brevi scritti e discorsi del giurista fiorentino, «il Calamandrei "padre della Costituzione"»[129] incontrerà presto, lungo il cammino «dei decenni penosi e ingloriosi della resistenza in prosa»[130], «il Calamandrei impegnato nella costruzione di una nuova religione civile per gli italiani»[131]. All'amarezza della «desistenza» e del congelamento della Costituzione, Calamandrei reagì

> con una lucida intuizione: costruire una religione civile e dare forza alla Costituzione erano due operazioni così intrecciate da sembrare la stessa cosa: entrambe presupponevano un requisito indispensabile; quello di una partecipazione politica, spontanea, diffusa, dal basso, così come c'era stata nella Resistenza»[132].

[128] G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., p. 87-88.

[129] G. De Luna, *Perché oggi*, in P. Calamandrei, *Lo Stato siamo noi*, cit., p. XVII.

[130] P. Calamandrei, *Desistenza*, cit., p. 58.

[131] G. De Luna, *Perché oggi*, cit., p. XVII-XVIII.

[132] Ivi, p. XVIII.

Questo nesso tra forza della Costituzione e impegno civile per una cultura costituzionale viva e diffusa è messo bene in luce da Calamandrei il 26 gennaio del 1955, nel celebre *Discorso ai giovani sulla Costituzione*:

> La Costituzione è un pezzo di carta: la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità[133].

Questi compiti e queste responsabilità cui è chiamato il giurista del nuovo millennio esigono un profondo rinnovamento del modello di formazione giuridica che è ancora dominante nelle nostre Università e che era stato concepito in un ambiente culturale così diverso da quello di cui ha bisogno la Costituzione come *ius*[134]. Un piccolo ma significativo contributo in tal senso, che ci permettiamo qui di richiamare, è venuto dall'allora Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale che, dieci anni fa, ha istituito una Cattedra intitolata ad Alessandro Galante Garrone, uno di quei «"padri fondatori", personaggi-enzimi che aiutano una nazione a metabolizzare il brusco passaggio alla "terra di nessuno" di una nuova stagione politica e istituzionale»[135] e che bene ha incarnato la figura di giurista di cui oggi si ha più che mai bisogno: non un mero esperto di cose legali, un tecnico del diritto – come vorrebbero quanti premono, da più parti e con intensità crescente, per una maggiore professionalizzazione degli studi giuridici – ma una persona

[133] P. Calamandrei, *Discorso ai giovani sulla Costituzione* (1955), in Id., *Lo Stato siamo noi*, cit., p. 6.

[134] Sul tema ci permettiamo di rinviare a M. Vogliotti, *Pour une formation juridique interdisciplinaire*, in J.J. Sueur, S. Farhi (cur.), *Pratique(s) et enseignement du droit. L'épreuve du réel*, Paris 2016, p. 277-303 e Id. (cur.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, Paris 2018.

[135] G. De Luna, *Perché oggi*, cit., p. IX.

dotata di una più ampia cultura, nutrita di studi umanistici e animata da una forte tensione morale.

L'impegno quotidiano per un insegnamento del diritto che si ispiri a quella figura di giurista è un primo passo – che ogni giurista insegnante può compiere – per allontanare dall'orizzonte, su cui incombono nubi tanto minacciose, la distopia nichilistica.