

Giordano Ferri

Formalisme et nihilisme en Italie entre le XIX^e et XX^e siècle Une nouvelle lecture de Natalino Irti¹

SOMMAIRE: 1. Introduction - 2. Le formalisme juridique et l'idée d'État - 2.1. L'État de droit: la loi comme norme technique - 2.2. L'État totalitaire: technicité et autoritarisme - 2.3. Le "droit vivant" et la fin de la théorie de Kelsen - 3. Le formalisme juridique dans une conception non étatique: théories de Natalino Irti 3.1. Le "nihilisme juridique".

ABSTRACT: Between the end of the 20th century and the beginning of the 21st, Natalino Irti focused his studies on legal formalism also under general theory of law standpoint. Moving from a traditional definition he considered the legal formalism a complex legal technique established in the economic system and independent from the State and the legislator.

These are the reasons why it is necessary to reflect on the theoretical structures developed by Natalino Irti and that lead law historians to understand the reason for a need of a new definition of "legal formalism" and the extent to which it should be far from the previous one. Therefore this research analyses the Italian legal thought which, between the end of the 19th and the 20th century on the basis of German scholars, used the formalism to strengthen the idea of State. Then the State of Law results from the liberal culture where the strict application of the laws justifies their nature in the State and formally ensures the freedom of individuals as subordinated citizens of the State. The formalism results in the legalism principle i.e. the fact that law provisions only originate from law and both citizens and public administration are subject to it. In the theoretical conception of the State of law the formalism consists of an elaboration of technical criteria of law. Due to Carl Schmitt (1888-1985) this idea of formalism was then replaced by a formalism based on the justification of authoritarian and decisionist regimes. On the one hand, this new perspective seems to recover the relationship between State and society, that was neglected under Kelsen's normativism which is based on the mere formalism of the rule, while on the other hand it expresses the need for a legal system and State to be the same.

KEYWORDS: legal formalism – normativism – State of law

1. Introduction

Entre la fin du XX^e siècle et les premières années 2000 Natalino Irti a repris le thème du formalisme juridique² dans le cadre d'une analyse qui comprend certains aspects de la théorie générale du droit.

¹ Cet exposé s'inspire au rapport présenté le 2 octobre 2015 à l'Université de Poitiers dans le cadre du Congrès *Formalisme et néo-formalisme. XIIIe journées Poitiers-Roma Tre. Jean Beauchard - Paolo Maria Vecchi*.

² 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

Les pages qu'il a consacrées 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 Vassalli³ concernant le caractère *extra-étatique* du droit civil, une théorie qui s'exprime

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 (cf. A.E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milan 1963; Id., *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, 17 (1968), p. 1012-1024). 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 phénoménique, comme un ensemble concret non systématique de règles créées par l'État et ayant comme but de discipliner les relations entre sujets (cf. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milan 1980, p. 106 et suiv.; Id., *Formalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII (1961), p. 571-580). 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" (cf. R. Orestano, *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, III Appendice, Rome 196, p. 658). 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 classification systématique (cf. M. Jori, *Formalismo giuridico*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, VIII, Turin 1994, p. 425-438).

³ Concernant la vie et les œuvres 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. Miletta, Bologne 2013, II, p. 2022-2015.

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 définitive⁴ dans son discours 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 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:

È 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 principi, l'analisi metodica e volentieri sottile⁵.

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

⁴ Giovanni Chiodi a récemment mis en évidence qu'il s'agit d'une confrontation définitive. En effet, parlant de la réforme du droit de 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, Lettere 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 photocopies de ses cours sur le Livre VI du Code civil. Ces photocopies ont été récemment rééditées 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 photocopies, 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.

⁵ F. Vassalli, *Arte e vita nel diritto civile*, in "Rivista di diritto civile", 1931, p. 118-119.

quel suo stesso fondamento razionale ed etico che della universalità era la ragione”⁶, y compris “la stabilità delle relazioni sociali”. 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 œuvre 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 statale 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: 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 principi e di quei procedimenti per cui il diritto civile s’è posto storicamente come la ragione scritta⁷.

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*⁸.

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

⁶ 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 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*, in “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*, in “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, cit., p. 33-75; G. Alpa, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, cit., p. 77-120; E. Del Prato, *I principi nell’esperienza civilistica: una panoramica*, in “Rivista italiana per le scienze giuridiche”, cit., p. 265-277.

⁷ F. Vassalli, *Extrastatualità del diritto civile*, cit., p. 490.

⁸ 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.

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 Betti⁹, l'interprète le plus 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"¹⁰, 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 souligné que cette obligation n'existait et apparaissait comme importante qu'en tant que subordonnée à la norme étatique et typisée par le système¹¹.

Irti approuve lui-même cette thèse dans les *Itinerari del negozio giuridico*¹² et dans le profil biographique récemment tracé par le regretté Salvatore Antonio Tondo, son autre élève¹³.

⁹ En ce qui concerne le profil scientifique de l'Auteur, voir toute la section *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento* du VII^e 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*, in "Quaderni fiorentini", VII (1978), p. 5-12), celui de Luigi Mengoni (L. Mengoni, *La polemica di Betti con Gadamer*, dans "Quaderni fiorentini", cit., p. 125-142), celui de Giuliano Crifò (G. Crifò, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in "Quaderni fiorentini", p. 165-291) et celui de Pietro Costa (P. Costa, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in "Quaderni fiorentini", cit., p. 311-393).

Voir aussi M. Brutti, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *Giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, dir. I. Birocchi et L. Loschiavo, Rome 2015, p. 63-102.

¹⁰ 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*, in "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.

¹¹ E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Turin 1943, p. 51 et suiv.

¹² N. Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, in "Quaderni fiorentini", cit., p. 395 et suiv. Voir en outre: J.L. De Los Mozos, *La renovación dogmática del concepto de "causa" del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española*, in "Quaderni fiorentini", cit., p. 421 et suiv.; N. Irti *Il negozio giuridico come categoria storiografica* in Id., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milan 1991, p. 48 et suiv.; G.B. Ferri, *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*, in "Rassegna di diritto civile", 1992, p. 726 et suiv.; Id., *Il negozio giuridico*, Padoue 2004, p. 43 et suiv.

¹³ S.A. Tondo, *Betti Emilio*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., I, p. 244.

2. Le formalisme juridique et l'idée d'État

Dans la science juridique italienne des XIX^e et XX^e siècles le formalisme juridique évolue toujours tendancieusement autour de l'idée de l'État envisagé soit dans sa dimension libérale, soit dans sa dimension totalitaire ou pseudo-totalitaire¹⁴.

On examinera donc au préalable la pensée juridique italienne qui, entre la fin du XIX^e siècle et les premières années du XX^e siècle et sur la base de l'enseignement allemand de Carl Friedrich Gerber¹⁵, Paul Laband¹⁶, et Georg Jellinek a eu recours au

¹⁴ L'adjectif pseudo dérive de la célèbre et perspicace analyse de A. Aquarone *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Turin 1965, p. 290 et suiv. Plus récemment, P. Costa a repris cette réflexion, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milan 1986, p. 206, ainsi que I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milan 2007, p. 188 et suiv.

¹⁵ Gerber attribua à l'État une personnalité juridique inspirée à la personnalité individuelle, mais dotée en même temps de supériorité. Selon Gerber le rapport entre politique et État est semblable à celui de la nature et de la volonté. En d'autres termes, si, du point de vue politique, l'État consiste en une collectivité nationale unitaire au plan juridique il ne saurait être qu'une unité de volontés. Toutefois, tandis que dans le droit privé les rapports de volonté de chaque individu existent en soi et ne comportent autre chose que des facultés dont chacun peut disposer librement, dans le droit public, cependant, les droits ne reviennent pas à chaque individu en tant que tel mais en tant que membre de la collectivité, et l'individu doit éprouver un sentiment de sujétion à l'égard du droit de domination de l'État et aux droits fonctionnels qui en dérivent. En outre, Gerber définit les droits civils comme une expression secondaire face au rapport général de sujétion des individus à l'égard de l'État. Les libertés ont leur origine juridique dans un effet, c'est-à-dire dans un fait ou un résultat et non comme un droit mis sur le même plan que la volonté de l'État. Comme telles, leur titularité est la conséquence des décisions de l'autorité publique dans le libre exercice de ses compétences. Les droits civils consisteraient pour lui en une sorte de garantie de l'institution où l'individu se verrait reconnaître une certaine part de droit privé. (cf. C.F. Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1880, p. 229 et suiv., cité ici dans la troisième édition, la première date de 1865). Voir à ce sujet les réflexions de M. Stolleis, *Public law in Germany, 1804-1914*, New York-Oxford 2001, p. 316 et suiv.

¹⁶ A partir des années 1870 Paul Laband affirma que la nature de l'État consistait en une puissance de commandement et d'imposition et il théorisa ainsi l'essence de la loi comme expression d'une autorité originelle supérieure de l'État-personne libre de tout lien de respect des valeurs et des principes metajuridiques et dotée d'une ample force de coercition à l'égard des citoyens et de l'administration publique. Cette pensée qu'il a exprimée dans ouvrage *Deutsches Reichsstaatsrecht*, en trois volumes, Tübingen 1876-1882 (cité ici dans la quatrième édition en quatre volumes: cf. P. Laband, *Das Staatsrecht, des Deutschen Reiches*, Fribourg 1901) partait de l'idée de l'État-personne juridique théorisée par Gerber et l'a amené à des conclusions ultérieures, brisant ce qu'il restait des liens unissant l'État et le peuple que Gerber avait gardés. Selon Laband l'État consistait exclusivement dans le *Staatsoberhaupt*, c'est-à-dire l'ensemble des organes qui formaient le pouvoir souverain: la Couronne, le gouvernement et l'administration publique. Ainsi, sa nature était la puissance autoritaire et l'ordre. A cette époque l'autorité souveraine de l'État-gouvernement appartenait à sa propre nature et ne dérivait pas du peuple. De cette manière, celui-ci se voyait privé de la fonction de source de l'autorité de l'État et présenté comme essentiellement extérieur à ce dernier. Dans cette optique le droit public s'identifiait exclusivement avec les normes qui régissaient l'État-gouvernement, de sorte que seuls les actes émanant de lui possédaient une nature juridique et qu'il ne pouvait y avoir de droits en dehors de lui. Laband admettait les droits fondamentaux et les libertés des individus seulement comme des dérivés de la volonté normative de l'État-gouvernement. En outre, selon Laband, la science du droit public ne devait s'occuper que de la réglementation de l'État, sans prendre en considération la vie concrète de la société et les questions sociales, politiques, morales concernant le peuple parce qu'étant dépourvues de nature juridique. Voir à ce sujet: M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milan 1979, p. 333 et suiv. (synthétisé ensuite dans Id., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà*

formalisme afin de rendre plus solide l'idée de l'État libéral où l'application rigoureuse des normes promulguées par le législateur justifient leur nature au sein de l'État et garantit formellement les libertés de l'individu seulement en tant que citoyen subordonné à l'État¹⁷.

fondamentali, Turin 2014, p. 102 et suiv.); M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich 1992, p. 345 et suiv. (successivement in Id., *Public Law in Germany, 1804-1914*, cit., p. 323 et suiv.); W. Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Tübingen 1993, p. 168 et suiv.; G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Rome-Bari 1999, p. 46 et suiv. Voir enfin la synthèse analytique de M. Caravale, *Storia del diritto*, cit., p. 387 et suiv.

¹⁷ A partir des années 1890 Jellinek, dans son étude des droits publics subjectifs (citée ici intentionnellement dans la traduction italienne de la deuxième édition allemande de 1905, cf. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milan 1912) a défini l'individu subordonné à l'État et titulaire de droits, seulement pour son appartenance et en tant que citoyen, à un État, lequel procédait à l'auto-élimination de sa souveraineté originelle afin d'accorder ces droits aux membres de la communauté nationale. Le juriste allemand concordait avec l'idée de la personnalité juridique de l'État et de sa centralisé dans le système juridique, mais il apportait quelques modifications au profil du système qu'avait esquissé Laband. Sa pensée révèle une plus grande attention à l'égard de la société, attention qui l'amène à reconnaître aux individus qui composent la société une titularité des droits, une titularité, cependant, qui n'est pas originelle mais qui dérive de l'État. Jellinek élabore une théorie des droits publics subjectifs sans toucher aux principes de l'étatisme autoritaire allemand, et tente toutefois d'y insérer une composante libérale et humaniste, complétant cette théorie par une forme de tutelle des libertés civiles et politiques à un système qui, en général, lui est hostile. Toutefois, il reste donc décidément fidèle au principe de l'État comme personne juridique (unité, donc, de la volonté et de l'action), en oubliant toutefois deux éléments fondamentaux de ce principe qui s'inspire à Hobbes: cette théorie personnaliste conçoit l'État comme un *individuum*, non comme une personne collective; en outre elle considère l'État-personne comme la base initiale qui confère tout son sens au système juridique. L'élément fondamental de la théorie personnaliste est la conception de l'État-personne comme supérieur ou, de toute façon comme interprète nécessaire de toute norme juridique. L'innovation qu'apporte Jellinek par rapport aux autres théories consiste dans l'affirmation que la juridicité de l'État (ou de tout autre sujet de droit) ne dépend pas de l'État même, mais du rapport de tout sujet de droit avec le système juridique. Pour Jellinek la qualification juridique de l'État repose donc sur le dualisme entre l'État-personne (titulaire de la souveraineté et du pouvoir politique suprême) et l'État-communauté (sujet exponentiel de la communauté qu'il reconnaît lui-même). Le point de départ de la théorie des droits publics subjectifs consiste dans la distinction entre droit privé (qui consiste dans les rapports où chaque sujet de droit agit selon sa liberté naturelle, dans une position juridique paritaire réciproque) et droit public (qui comprend les rapports avec l'État-personne, dans différentes situations, par exemple: lorsque le citoyen est soustrait aux règles impératives de l'État-personne; lorsque l'État-personne accorde aux citoyens des droits actifs à son égard; lorsque l'État-personne confie l'exercice de certaines compétences à des personnes physiques afin de pouvoir agir juridiquement).

Dans le droit public, selon Jellinek, les rapports sont inégaux. En conséquence ou c'est l'État-personne qui domine ou c'est le citoyen. Dès lors, une faculté qui comporterait une extension pure et simple de la part de l'État ne donnerait jamais naissance à un droit public subjectif.

Pour admettre les libertés comme des droits subjectifs envers l'État Jellinek est donc obligé d'en discerner la consistance dans le droit d'agir prévu, comme tutelle de ces libertés mêmes. En outre, ces droits n'ont de valeur qu'à l'égard de l'État-administration.

Quant au contenu des droits publics subjectifs, Jellinek fonde sa typisation uniquement sur les *status*, en distinguant: *status civitatis* (droits de bénéficier de certaines prestations de la part de l'État); *status activae civitatis* (droits de participer à des fonctions d'État et à investir des charges); *status libertatis* (droits à la reconnaissance des caractéristiques essentielles de la personnalité et de certains domaines de liberté). Pour Jellinek les droits publics subjectifs coïncident avec le concept de liberté face à des contraintes illégales. Voir encore d'autres ouvrages connus de cet auteur: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin

Le formalisme se manifeste ainsi à travers le principe de la légalité, c'est-à-dire par le fait que le droit trouve dans la loi sa seule source, et les citoyens, tout comme l'appareil bureaucratique étatique, sont soumis à la loi. En France, par contre, - ce n'est ici qu'une observation visant à compléter ces propos - cette orientation allemande suscita de fortes résistances car, pour les raisons historiques qui sont à la base de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (ainsi qu'en témoignent les réflexions de Léon Duguit et Maurice Hauriou¹⁸), l'État ne pouvait être perçu comme sujet en soi, comme État-personne, distinct de son peuple et surtout de la Nation¹⁹.

Selon une ébauche théorique de l'État de droit, le formalisme se concrétise par l'élaboration de critères techniques de la réalité normative, sur la base d'une prise de conscience de plus en plus profonde du droit en tant que norme technique et sur la base d'une considération de la philosophie juridique de Kant²⁰, filtrée naturellement par la doctrine libérale italienne.

Toutefois, avec la crise de l'État libéral en Italie, on perçoit une trêve apparente ou partielle de la théorie de l'État-personne et de l'identification du droit dans l'État. L'interprète le plus éloquent de cette phase est Santi Romano²¹, qui, dans son ouvrage célèbre de 1917 sur *L'ordinamento giuridico*²², démontre qu'il est fondamental que le système se constitue sur la base de la réalité sociale et non pour la mise en œuvre de la volonté étatique. Il en ressort que le droit ne provient pas exclusivement de l'État et qu'il existe de nombreux systèmes juridiques²³, précisément parce qu'ils naissent dans

1900 (trad. italienne partielle *La dottrina generale del diritto e dello Stato*, Milan 1949); *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, Leipzig 1895 (trad. italienne de Tommasi du texte de la IV^e édition de 1927, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, dir. G. Bongiovanni, Rome-Bari 2002). Les études de Sergio Fois sur le principe de la légalité dans la science juridique allemande sont particulièrement suggestives en ce qui concerne la pensée de Jellinek: cf. en particulier S. Fois, *La riserva di legge*, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milan 2010, p. 61 et suiv.

¹⁸ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1923 (1^e éd.) et 1929 (3^e éd.) et Id. *Teorie dell'istituzione e della fondazione*, Milan 1967.

¹⁹ Voir à ce propos les réflexions exhaustives suivantes: M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris 1992; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris 1994; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris 1994; E. Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne: contribution à une théorie du droit positif*, Paris 1999. Ces études ont été récemment reprises par A. Chatriot, *l'État, un objet paradoxalement neuf pour l'histoire politique contemporaine française*, in *Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich 1870-1945. Les figures de l'État en Allemagne et en France*, Munich 2006, p. 7-18 et par D. Gosewinkel, *Histoire et historiographie de l'État en France et en Allemagne*, cit., p. 19-31. Pour le rôle de Léon Duguit et Maurice Hauriou dans le jurispublicisme français interprète de l'État légal, voir G. Montella, *Il Service public come principio in Duguit e Hauriou*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", cit., p. 511 et suiv.

²⁰ A propos des fondements intellectuels du libéralisme kantien voir le récent ouvrage de G. Bedeschi, *Storia del pensiero liberale*, Soveria Mannelli 2015, p. 35 et suiv.

²¹ Sur sa vie et ses oeuvres voir le récent ouvrage de A. Sandulli, *Romano Santi*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)* cit., II, p. 1728-1731.

²² Voir la traduction française S. Romano, *L'ordre juridique*, Paris 2002.

²³ Voir les récents ouvrages suivants: E. Rippepe, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII Appendice, cit., p. 465 et suiv.; A. Sandulli, *Santi Romano and the Complexity of Public Law*, in "Italian Journal of Public Law", 2009, p. 21 et suiv.; Id. *Santi Romano, Orlando, Ranalletti e Donati sull' "eclissi dello Stato" (sei scritti di inizio secolo XX)*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2006, p. 77 et suiv.; A. Romano, *Santi*

des circonstances réelles. Il s'agit en vérité d'une trêve partielle ou apparente de la théorie de l'État, car si d'une part la pluralité des systèmes signifient pour Romano le dépassement de la thèse du caractère étatique du droit, d'autre part, cette théorie se situe encore dans une dimension pré-étatique, aussi bien pour des raisons structurelles (en effet, le rapport entre système et État relève du genre et de la catégorie), que pour une évaluation historique (parce que l'organisation étatique représente encore pour Romano un progrès par rapport à l'organisation pluraliste)²⁴, pour une évaluation historique (parce que l'organisation étatique représente encore pour Romano un progrès par rapport à l'organisation pluraliste).

Cette théorie a été rapidement remplacée en Italie par un formalisme qui trouve son point de repère dans la justification de la dimension autoritaire et décisionnaire de l'État. Cette nouvelle réflexion, qui dérive de Carl Schmitt²⁵, semble vouloir, d'une part une reprise du rapport entre l'État et la société, rapport que le normativisme kelsenien²⁶ avait abandonné et fondé sur un formalisme pur et simple de la norme juridique et soutient, d'autre part, la nécessité de permettre une coïncidence entre le système juridique et l'État, démontrant ainsi des aspects incohérents évidents.

Un État, bien qu'il ne fût pas entièrement et explicitement perçu comme catégorie conceptuelle unitaire tendant à personnifier la pluralité selon laquelle s'articulait la société, et par conséquent le peuple, (ainsi que cela se produisait dans les élaborations allemandes précédentes) finissait par reconnaître la souveraineté et le pouvoir constituant seulement à travers une autorité supérieure qui en déterminait les contenus constitutionnels essentiels²⁷.

Romano e la giurisprudenzistica italiana: temi e tendenze, in *I giuristi e la crisi dello stato liberale (1918-1925)*, dir. par P.L. Ballini, Venise 2005, p. 103 et suiv.; D. Soldini, *Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste*, in "Jus politicum", 14 [http://juspoliticum.com]. On relèvera en particulier les études les plus importantes de Maurizio Fioravanti: cf. M. Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive nella ricerca*, in "Quaderni fiorentini", 1981, p. 169 et suiv.; Id., *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, dir. par A. Mazzacane, Naples 1986, p. 311 et suiv.

²⁴ Pour une relecture de la théorie des systèmes juridiques et sur la primauté du système étatique dans la pensée de Santi Romano voir en particulier: A. Di Martino, *Il territorio dallo Stato-Nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano 2010, n. 117 et p. 365 et suiv.; C. Pinelli, *La costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in "AIC. Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei Costituzionalisti", 2012, p. 1-26.

²⁵ Cf. G. Duso, *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Venise 1981; Id., *Filosofia politica e pratica del pensiero*, Milan 1988; Id., *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milan 2003; et plus récemment Id., *La democrazia e il problema del governo*, in "Filosofia politica", XX (2006), 3, p. 367-390.

²⁶ En réalité le lien entre le normativisme kelsenien et la théorie de Carl Schmitt est encore évident: cf. L. Cimmino, *La "teologia politica" di Carl Schmitt e il problema della normatività*, in "Filosofia politica", 2003, 1, p. 85-105.

²⁷ C. Schmitt, *Diktatur und Belagerungszustand. Eine staatsrechtliche Studie*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 38 (1916), p. 138-162; Id., *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1e édit. Munich-Leipzig 1921, 2e édit. avec Appendice, Munich-Leipzig 1928, 6e édit., Berlin 1994 (voir la traduction italienne de B. Liverani de l'édition Berlin, Dunker & Humblot, 1964, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla Lotta di classe proletaria*, Rome-Bari 1975); Id., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1e édit. Munich 1922, 2e édit. Berlin 1934 (voir la traduction italienne tirée de *Le categorie del 'politico'*, dir. G. Miglio et P. Schiera, Bologne 1972, p. 27-86); Id., *Römischer Katholizismus und politische Form*, 1e édit. Hellerau 1923, 2e édit. Munich 1925, 3e édit. Stuttgart 1984 (voir la traduction italienne de la 2e

Les germes de la pensée schmittienne ont pénétré sous différentes formes dans la doctrine italienne de la première moitié du XXe siècle, en particulier pendant la période du fascisme²⁸. En effet, cette orientation ne prenait pas en considération une lecture méthodique et neutre du système, mais une analyse de la réalité institutionnelle et économique concrète du régime. Un régime caractérisé par le dépassement du courant volontariste de la tradition libérale et par une intervention visant à protéger totalement l'intérêt de l'État par rapport à celui du seul citoyen.

La personnification juridique tout court de l'État, réalisée au cours des vingt années du fascisme, va au-delà de l'idée de l'État de droit, caractéristique du libéralisme du XIXe siècle et pose des bases solides face à l'inexorable processus d'imposition aux citoyens de mesures adoptées en excluant leur participation, par des sujets dégagés de tout principe formel et qui exploitent à leur faveur l'autorité publique.

Le formalisme de la norme qui s'était consolidé grâce à un technicisme visant à justifier l'État de droit et la tutelle des libertés individuelles selon la visionne l'idéologie libérale se transforme en un technicisme destiné à assainir l'autoritarisme.

L'État est conçu comme unité de la société, en d'autres termes, comme une société unifiée et personnifiée où il s'impose comme garant de la loi, arbitre souverain des conflits inter-sociaux, dépositaire suprême de la forme de l'autorité dans le système social. Le processus de la personnification a donc comme but la société et comme résultat une nouvelle conception de l'État.

Toutefois, les orientations doctrinaires qui s'inspirent aux réflexions schmittiennes sur l'État n'échappèrent pas aux critiques déjà durant l'ère fasciste. En effet, certaines lignes directrices théoriques de la culture libérale réapparurent dans la pensée juridique italienne à partir des années Trente, bien que d'une façon timide et avec une signification différente par rapport à la culture du XIXe siècle. C'est pourquoi, dans ce contexte, on en est arrivé à souligner la nécessité de restaurer le rapport entre droit et

édition *Cattolicesimo romano e forma politica. La visibilità della Chiesa. Una riflessione scolastica*, traduct. de C. Galli, Milan 1986); Id., *Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1e édit. Berlin 1923, 2e édit. Munich-Leipzig 1926, 7e édit. Berlin 1991 (voir la traduction dans l'édition française Paris, Seuil, 1988) in *Parlamentarismo e democrazia*, dir. P. Pasquino, Lungro (Cosenza) 1998, p. 1-105 ; Id., *Der Begriff des politischen*, in "Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik", 58 (1927), p. 5 et suiv., 1e édit. Berlin 1928, 2e édit. Munich-Leipzig 1932, 3e édit. Hambourg 1933, réimpression de la 2e édit. avec préface et 3 annexes, Berlin 1963 (voir la trad. italienne tirée de *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 87-166); Id., *Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitizierungen*, 1929, in *Der Begriff des Politischen*, Berlin 1963 (voir la trad. italienne *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 167-186); Id., *Legalität und Legitimität*, 1e édit. Munich-Leipzig 1932 (voir la trad. italienne partielle (introduction et première partie ; la deuxième partie et la conclusion manquent) in *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 209-244. Pour un exposé complet on signalera une contribution scientifique récente qui prouve l'influence de la pensée de Schmitt en France: Cf. P. Muller, *Carl Schmitt et les intellectuels français. La réception de Carl Schmitt en France*, Mulhouse 2003.

²⁸ On rappellera en particulier ici les études approfondies de Carlo Galli: cf. C. Galli, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1979, 1, p. 81-160 ; Id., *Al di là del progresso secondo Ernst Jünger: "magma vulcanico" e "mondo di ghiaccio"*, in *Il Mulino*, 1985, 5, p. 771-786; Id., *Modernità. Categorie e profili critici*, Bologne 1988; Id., *Ernst Jünger e Carl Schmitt: per la ricostruzione di due modalità del nichilismo contemporaneo*, in *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, dir. S. Rota Ghibaudi et F. Barcia, III, Milan 1990, p. 963-986; Id., *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologne 1996; Id., *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna 2001; Id., *Schmitt e Machiavelli*, in "Filosofia politica", 2005, 1, p. 123-140.

politique, rapport au nom duquel on souhaitait une plus large participation populaire à l'orientation politique du gouvernement.

La restauration de ce rapport entre le droit et la politique a indubitablement provoqué une crise dans la méthode juridique liée au formalisme d'une norme qui ne revêt d'importance que lorsque l'autorité de l'État l'impose et par le fait que la science juridique qui agit dans ce but ne se pose plus simplement le problème de l'exigence de la norme mais du principe d'effectivité, c'est-à-dire du poids concret de la norme dans la gestion des rapports sociaux, politiques et économiques des citoyens.

Toutefois cette réflexion qui se manifeste au plus profond du jurispublicisme italien de la fin du régime ne mettra pas terme au formalisme juridique parce qu'elle apparaîtra comme liée, d'une part à la formulation du normativisme kelsenien, et d'autre part comme immature à donner au principe d'effectivité sa dimension concrète.

En effet, dans le panorama de la culture juridique italienne des années qui suivent la chute du régime fasciste apparaissent les aspects les plus caractéristiques peut-être du formalisme normativiste, bien qu'ils n'aient pas encore été assimilés ni acquis. Il s'agit ici d'une orientation doctrinaire dérivant du positivisme de la doctrine à l'état pur du droit que Hans Kelsen a formulée entre 1911 et 1934. Pour le juriste autrichien, le caractère juridique des normes dérive non pas du fait qu'elles sont une émanation de l'État, mais qu'elles ont été créées selon les modalités prévues par des normes supérieures et de posséder un contenu conforme à celles-ci. Cette norme supérieure (*Grundnorm*) constituait la base extrême de la validité du système ; c'était la constitution formelle²⁹.

En vérité, cette construction théorique, exaltation suprême du formalisme juridique, parce qu'elle suppose une nette séparation du droit de la réalité sociale concrète et parce qu'elle voit dans le juriste un élément indifférent face aux problèmes de la société, cette théorie connaîtra des revirements et de nombreuses critiques en raison, encore une fois, de la sensibilité envers l'idée de l'État.

2.1. L'État de droit: la loi comme norme technique

Entrons maintenant dans les détails et examinons les théories de certains interprètes éloquents de ces différentes saisons du formalisme. Considérons à présent l'influence de la pensée libérale allemande sur la science juridique italienne entre le XIX^e et le XX^e siècle. On approfondira pour cette période la pensée de Vittorio Emanuele Orlando³⁰.

²⁹ A cet égard on trouve de nombreuses contributions à la doctrine la plus récente: en particulier les travaux de M.G. Losano, M. Marchetti, R. Orsini, D. Soria, *La Fortuna di Hans Kelsen in Italia*, in "Quaderni fiorentini", 8 (1979), p. 465 et suiv. En cette circonstance nous avons choisi de n'indiquer que les ouvrages de Kelsen traduits en italien parce qu'ils illustrent mieux son formalisme normativiste: H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), Milan 1989; Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920), in Id., "Democrazia", Bologne 1995; Id., *Gott und Staat* (1922-23), in Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Naples 1988; Id., *Das Problem des Parlamentarismus* (1925), in, "Democrazia", cit.; Id., *Chi dev'essere il custode della costituzione?* (1931), in Id., *La giustizia costituzionale*, Milan 1981.

³⁰ Cf. G. Cianferotti, *Orlando Vittorio Emanuele*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, p. 1465-1469. Voir également et surtout Id., *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana*

Il fut en effet, le juriste promoteur et organisateur d'un courant significatif d'études de droit public qui, précisément dans le but de stimuler une réflexion sur la méthode de l'enseignement comme de la recherche des thèmes publicistes, a fondé et dirigé des revues spécialisées³¹ (*Archivio di diritto pubblico*, 1891; *Biblioteca di Scienze politiche*, 1914³²); il a institué le *Primo trattato completo di diritto pubblico italiano* (1897); en 1912 il a traduit et contribué à diffuser en Italie l'oeuvre de Jellinek sur *System der subjektiven öffentlichen Rechte*³³.

fra Ottocento e Novecento, in "Quaderni di studi senesi", 1981, p. 100 et suiv.; L. Lacché, *Il costituzionalismo liberale*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., p. 294-301.

³¹ Cf. M. Fioravanti, *Alle origini di una disciplina giuridica: la giuspubblicistica italiana e le sue prime riviste (1891-1903)*, in *Quaderni fiorentini*, 16 (1987), p. 217.

³² Au sujet de la naissance et de la transformation de cette revue voir M. Fioravanti, *Alle origini di una disciplina giuridica: la giuspubblicistica italiana e le sue prime riviste (1891-1903)*, in "Quaderni fiorentini", 16 (1987), p. 217.

³³ Paroles d'introduction révélatrices de la part d'Orlando dans la préface de l'édition italienne, par lesquelles l'auteur met en relief l'élaboration théorique de Jellinek face à la tradition constitutionnelle française qui n'avait pas trouvé de solution au problème complexe des rapports entre souverain et citoyen: "Senza dubbio si corre troppo dai laudatori eccessivi della letteratura tedesca quando si dice o si lascia intendere che la teorica dei diritti subiettivi sia una creazione germanica. Se non si fa questione di nome e si dà valore al contenuto intrinseco dei concetti, anziché all'impalcatura sistematica, sarebbe più vera l'affermazione opposta: cioè, che la teoria ebbe maggiori onori e più ampi sviluppi presso i popoli latini. Prescindendo dai nessi con la dottrina del contratto sociale e dalla trionfante divulgazione dei diritti dell'uomo, che si deve alla grande rivoluzione del 1789, è certo che la scienza del diritto costituzionale in Francia e, per riflesso in Italia, fu concepita da principio come indivisibilmente collegata con l'esistenza dei diritti spettanti ai cittadini verso lo Stato, diritti che quella scienza aveva lo scopo precipuo di studiare; e "costituzione" acquistò un valore tecnico-giuridico appunto come un sistema di garanzie tendenti a difendere quei diritti contro possibili sopraffazioni. E si esagerò sino al punto da limitare l'obiettivo del diritto costituzionale ai soli Governi liberi, dichiarando implicitamente le altre forme quasi fuori del diritto; e le costituzioni furono concepite come "freni" all'autorità; e i diritti di libertà furono distinti e classificati, sia pure con terminologia non sempre rigorosamente né concordemente osservata, in diritti di *libertà individuale*, di *libertà civile*, di *libertà politica*: classificazioni, le cui analogie con quella del Jellinek in status libertatis, status civitatis e status active civitatis balzano evidenti di per sé stesse. Se mai, quindi, la tendenza latina peccava nel senso di esagerazione anzi che nel senso di trascuranza; il rapporto tra sovrano e suddito veniva a risolvere tutto a beneficio di questo secondo elemento, i diritti del quale non solo limitavano l'imperante, ma, in certo senso, lo subordinavano a sé, in quanto un esercizio pienamente legittimo della sovranità presupponeva una trasmissione volontaria e cosciente di poteri, dai cittadini ai governanti. Ma, viceversa, appunto per quelle profonde differenze storiche e nazionali, che contraddistinguono lo spirito germanico da quello latino, e di cui più su si è fatto cenno, quando la scuola tedesca riuscì ad affrancarsi dall'influenza francese ed assunse figura indipendente, ancor più di noi col formarsi di quel popolo a nazione, quel rapporto fu considerato in maniera egualmente unilaterale, ma a beneficio dell'altro termine: l'imperante. Il problema dei diritti del suddito verso lo Stato rimase in una penombra, che equivaleva quasi ad abbandono; e se l'opera fondamentale del Gerber, apparsa nel 1852, aveva avuto il grande merito di posare il problema medesimo nei suoi rigorosi termini giuridici e, se ci si passa l'espressione, di porlo "all'ordine del giorno scientifico", al problema non era stata data una soluzione che avesse almeno i caratteri di una certezza soggettiva [...]". On voit donc ici l'importance, aussi bien au point de vue théorique que substantiel de l'ouvrage de Jellinek qui, selon Orlando, constitue "un trait d'union preziosissimo tra le tendenze politiche e scientifiche latine e quelle germaniche" (cf. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, cit., p. V-VIII).

Bien que sensible aux aboutissants culturels d'autres nations, ainsi que le prouvent ses lectures de jeunesse de la *Revue des Deux Mondes*, fondée par François Buloz en 1829 dans le but d'offrir à la France une tribune des idées permettant une confrontation avec les pays de l'Europe et avec le continent américain, sa production scientifique a toujours comme point de repère l'État, l'État italien. Ce dernier ne devient non seulement l'objet de ses études, mais également l'instrument à travers lequel il sera possible de connaître le droit public, parce qu'il conçoit le juriste comme un technicien, comme un spécialiste des formes d'organisation et d'exercice du pouvoir étatique.

Lorsque, le 8 janvier 1889, Orlando tient auprès de la Regia Università de Palerme son discours académique inaugural au titre significatif de *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*³⁴, l'idée de *Rechtsstaat* de dérivation allemande imprégnait déjà sa réflexion juridique. En effet, à travers l'essai *Della resistenza individuale e collettiva* qui remonte à 1885, il exprime déjà l'exigence d'éliminer de l'horizon de la jurispublicisme la conception de l'État en tant qu'organe de la société qui trouve dans la réponse politique aux besoins de la société la raison même de son existence³⁵. Outre l'introduction d'une nouvelle méthode d'études, destinée à séparer le droit de la politique et par conséquent à promouvoir la seule méthode juridique, méthode d'ailleurs envisagée exclusivement pour le droit public étatique, il s'arrête dans son discours inaugural sur la construction d'une théorie de l'État et sur une théorie originale de la représentation.

La représentation ne consiste pas pour Orlando dans la translation des pouvoirs du citoyen, considéré à tort comme un organe juridique à l'État, mais la remise formelle à un groupe restreint d'individus du pouvoir de gouverner. Cette institution perd ainsi sa nature politique et devient l'acte formel de l'institution de la fonction d'un organisme de gouvernement.

Ces théories, plus largement développées dans les *Principii di diritto costituzionale*³⁶ publiés la même année, et déjà annoncés en 1886 par les *Studi giuridici sul governo parlamentare*³⁷, ont pour objet de justifier la nécessité de l'identité de *Rechtsstaat* et de gouvernement parlementaire.

D'après Orlando, le *Rechtsstaat*, envisagé comme entité abstraite, peut répondre à l'exigence, mûrie dans la pensée libérale, de placer au centre du système la tutelle de la liberté des citoyens face à l'autorité étatique, non grâce à une représentation parlementaire, mais par le fait que le peuple se voit personnifié dans l'État. L'État, par définition, ne saurait léser les droits des citoyens qui se personnifient en lui.

³⁴ V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostituzione giuridica del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milan 1940, p. 20 et suiv.

³⁵ Dans l'essai de V.E. Orlando, *Della resistenza individuale e collettiva*, Turin 1885 on remarquera la position de M. Fioravanti, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milan 2001, I, p. 96 et suiv. Cette contribution d'Orlando sera rééditée en 1890, avec de légères modifications, dans la "Biblioteca di scienze politiche" de Brunialti comme deuxième partie de la "Teoria giuridica delle guarentigie della libertà", sous le titre de "Guarentigie costituzionali".

³⁶ V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Florence 1889, p. 144 et suiv.

³⁷ V.E. Orlando, *Studi giuridici sul Governo parlamentare*, in *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, cit., p. 379 et suiv.

Le formalisme juridique orlandien se manifeste donc par l'impossibilité pour le citoyen de voir sa sphère de liberté compromise par l'État à travers le droit que ce dernier fait naître. De cette définition dérive toutefois l'exigence de déterminer un principe technico-formel à la base du système juridique et de son interprétation, cela également en raison de la volonté d'Orlando de promouvoir une méthode juridique sûre et impérieuse. La personnification des citoyens dans l'État et la tutelle de leurs droits exigent donc encore un passage formel. Un passage formel, résultat dans la pensée d'Orlando de nombreux revirements et d'un parcours d'études long et douloureux qui l'ont conduit à accepter graduellement, à la fin de sa production scientifique, l'idée d'un système juridique fondé sur les droits publics subjectifs. Selon ce système, déjà élaboré par Jellinek, l'État doit tenir compte de ses limites en dictant des normes qui règlent son activité afin de protéger les droits des individus, les garanties des libertés.

Le recours au formalisme technique du droit est encore plus déterminé et rendu plus évident dans la pensée de Adolfo Ravà (1879-1957), civiliste et philosophe du droit qui s'était perfectionné auprès de l'école neo-kantienne au cours des premières années du XX^e siècle et qui en était arrivé à une vision utilitaire du droit, en tant qu'ensemble de prescriptions nécessaires pour la garantie de la conservation de l'État.

Dans sa recherche sur *Il diritto come norma tecnica* datant de 1911, le droit appartiendrait aux impératifs hypothétiques que Kant définit comme "techniques". Sa forme logique appartiendrait donc à celle de la norme technique ou, tout simplement, norme: étant donné que "tutte le norme regolatrici degli atti umani sono tecniche" e "non esistono norme morali ; morale perciò non può essere che la volontà: l'azione è sempre tecnica"³⁸.

Par ces conclusions il semble qu'il se rapproche de la pensée de Fichte, la morale est privée de toute normative puisqu'elle ne se fonde que sur la conscience de l'individu. Ravà accepte lui aussi l'idée d'un système juridique fondé sur des droits subjectifs envisagés comme facultés, exigences juridiques, domaines d'action que le système étatique reconnaît aux citoyens. Toutefois, cette reconnaissance ne se réalise que sur la base de la conservation des équilibres collectifs protégés par le droit objectif étatique: même les droits individuels qui apparaissent comme absolus deviennent ainsi relatifs étant nécessairement proportionnels à la réalité supérieure de l'État. L'expression par laquelle il définit l'État est en vérité celle de la société juridique, mais envisagée dogmatiquement, sans références, vraisemblablement, à des éléments de sociologie juridique.

2.2. L'État totalitaire: technicité et autoritarisme

Le technicisme normatif auquel fit recours la doctrine libérale en assimilant les caractéristiques de la tradition culturelle allemande entre dans une phase nouvelle et différente par rapport à la conception autoritaire de l'État.

Le formaliste se présente à nouveau comme "norme technique", un système qu'il faut protéger et pour lequel le recours au technicisme est toujours de nature étatique ;

³⁸ A. Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, in Id., *Diritto e Stato nella morale idealistica*, Padoue 1950, p. 1-120. Récemment M. Barberis a publié des pages explicites dans son *Introduzione allo studio del diritto*, Turin 2014, p. 101 et suiv.

ce sont toutefois les principes théoriques qui sont à la base de l'État qui changent, non sans conséquences juridiques.

Les réflexions que la science juridique italienne consacre à la nature et aux fondements de l'État fasciste suivent l'évolution de la pensée de Carl Schmitt dans le dépassement du socialisme, des courants de la philosophie matérialiste et dans l'acceptation de l'idéalisme qu'a élaboré Benedetto Croce³⁹.

Selon Schmitt, le droit ne peut se fonder sur une seule norme juridique fondamentale ou sur des procédures techniques sans avoir comme base essentielle l'existence d'une autorité qui décide de la légalité et s'en porte garante. Ainsi le droit ne peut naître simplement d'une discussion politique au sein d'un parlement, mais il doit être filtré par une autorité centrale qui agit dans le seul but de protéger totalement l'État.

Les conséquences de la théorie de l'État totalitaire se concrétisent dans la reconnaissance d'une nouvelle fonction du droit et d'une nouvelle façon de concevoir la nature de la norme juridique et, par conséquent, sa formation même.

En Italie, un éminent interprète de cette orientation doctrinale qui allait caractériser le jurispublicisme du régime fasciste est Sergio Panunzio⁴⁰, qui en 1925, alors qu'il était sous-secrétaire d'État aux Communications publia *Lo stato fascista*. Dans cet écrit il apparaît déjà comme un adepte convaincu de la destruction du modèle parlementaire, de la nécessité d'instituer des syndicats obligatoires et de la création d'un système de représentation fondé exclusivement sur les intérêts économiques de l'État.

Panunzio conçoit l'État comme unité de la société, c'est-à-dire comme société unifiée et personnifiée qui fait de lui simultanément l'auteur et le garant de la loi, l'arbitre souverain des conflits inter-sociaux, le dépositaire suprême de la force autoritaire au sein du système social⁴¹.

Sa pensée, qui avait atteint sa pleine maturité au cours du *Primo Congresso Giuridico Italiano del ventennio fascista*⁴² qui s'est tenu en octobre 1932 contribue à définir dans la

³⁹ Voir les récentes publications suivantes: A. Montano, Croce. "Oltre la metafisica della mente". *La filosofia come "storicismismo assoluto"*, in *Etica e politica nella filosofia di Benedetto Croce. Il Contributo. Numero monografico*, dir. E. Graziani et T. Serra, in "Rivista quadrimestrale", XXXVe Année, septembre/décembre 2013, 3, p. 9-27; E. Graziani, *Un segmento della filosofia di Benedetto Croce. La teoria dell'attività politica*, in *Etica e politica nella filosofia di Benedetto Croce. Il contributo. Numero monografico*, cit., p. 71-84. Au sujet de la vie et de l'influence culturelle de Benedetto Croce, voir enfin l'ouvrage volumineux de G. Galasso, publié dans la collection de l' "Istituto italiano per gli studi storici", sous le titre de *La memoria, la vita, i valori. Itinerari crociani*, dir. E. Giammattei, Bologne 2015.

⁴⁰ En ce qui concerne la vie et les oeuvres voir D. Ippolito, *Panunzio Sergio*, in *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, p. 1500-1502.

⁴¹ S. Panunzio, *Lo stato fascista*, Bologne 1925, p. 17 et suiv. Voir à ce propos P. Costa, "Lo Stato totalitario": un campo semantico della giuspublicistica del fascismo, in "Quaderni fiorentini", 28 (1999), p. 61 et suiv.

⁴² Au cours duquel Panunzio fit un rapport sur *Le leggi costituzionali del Regime*: cf. S. Panunzio, *Le leggi costituzionali del Regime*, in *Atti del I Congresso giuridico italiano, Ottobre del Decennale*, I, *Le relazioni*, Rome 1932, p. 66 et suiv. Déjà en 1931 Costantino Mortati décrit la tentative de reconstituer le système théorique du droit sur la base d'un principe déclaré de légalité et entendu comme principe de subordination. En d'autres termes, sur la base d'une notion institutionnelle de la volonté publique, volonté publique dont le Chef du Gouvernement aurait dû se faire l'interprète de manière fondamentalement exclusive. Dans cette circonstance il définit le Chef du gouvernement comme un

doctrine italienne de cette époque un concept nouveau du principe de légalité. Ce dernier n'est plus déterminé par une simple obéissance à la norme juridique, mais à la réalisation du principe de subordination de l'individu à la volonté publique institutionnelle. Une volonté publique de caractère institutionnel dont le Chef du Gouvernement aurait dû se faire l'interprète de manière si possible exclusive en tant qu'intermédiaire entre la société et l'État.

En traçant les lignes directrices de l'État fasciste il a soin de souligner combien la force constitue un instrument qui garantit la vie sociale d'un homme conçu non plus selon une dimension individuelle, mais comme "animal de groupe" qui ne peut vivre qu'en associations gouvernées par des normes créées par l'autorité gouvernementale de l'État⁴³.

La loi - dont on souligne à dessein l'importance de la contrainte et de la sanction formelle - et la force, instrument indispensable pour la mise en vigueur des normes juridiques, deviennent les éléments exclusifs du gouvernement de l'État.

Sergio Panunzio est l'initiateur de la réflexion juridique sur la théorie du système de gouvernement dans le nouveau droit public italien. Dans sa pensée qui évoluera par la suite domine l'idée que dans l'ébauche des caractéristiques théoriques de la nouvelle réalité institutionnelle on se doit de tenir compte - en plus des trois fonctions consolidées de l'État (législative, exécutive et judiciaire) - d'une quatrième fonction, la plus importante, celle du gouvernement.

A la base de la reconnaissance de cette fonction, autoritaire et exclusive, se situe le principe légal de la subordination de l'individu au pouvoir normatif du gouvernement, et, par conséquent, la volonté concrète de régler l'expérience juridique à travers la prétention que les citoyens obéissent à des lois créées sans une confrontation politique et au nom d'une protection institutionnelle du régime.

On ne fera ici qu'une seule référence à une donnée normative: la limitation du recours à l'*analogia juris* dans les "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" contenue à l'art. 12 des *Disposizioni sulla legge in generale* datant de 1942, qui oriente l'interprète vers le seul droit de l'État dans les limites étroites de la législation du régime⁴⁴.

"punto di incontro e centro di direzione far società e Stato" (cf. C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Rome 1931, p. 184).

Quant au rôle du *Primo Congresso Giuridico del ventennio fascista*, dans la culture juridique de l'époque on pourra consulter les récents ouvrages suivants: M.N. Miletti, *L'inconscio inquisitore. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, dir. L. Garlati, Milan 2010, p. 95; S. Stamatii, *Le costruzioni dell' "indirizzo politico"*, in *Forme di stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milan 2007, p. 1040.

⁴³ S. Panunzio, *Lo stato fascista*, cit., p. 80 et suiv.

⁴⁴ A cet égard Sandro Schipani met en évidence combien les paroles du Ministre et Garde des Sceaux soulignent que le "système" comprend "anche l'ordinamento politico-legislativo statale e la tradizione scientifica nazionale con esso concordante". Mais également que le système coïncide avec "la sfera del sistema legislativo vigente" et qu'il empêche en outre le recours à des "diritti stranieri che alterino le linee peculiari della nostra legislazione nazionale" (cf. S. Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Turin 1999, p. 159-160). Pour compléter cet exposé il convient de préciser que Paolo Cappellini a souligné, dans une contribution originale sur la genèse de la législation fasciste, l'exigence d'une lecture différente du code civil de 1942, ainsi que la nécessité de placer au centre du système la seule loi de l'État. On relèvera également ses réflexions particulièrement importantes au sujet du discours de Enrico Finzi sur "Il problema dei codici fascisti" (25 janvier 1945) reproduit intégralement

Certaines pages de Giuseppe Capograssi⁴⁵, datant de 1951, décrivent bien la portée du formalisme juridique dans l'État fasciste. Le juriste soutient que la décision de transférer l'ensemble du droit dans les mains de l'État avait conduit à une véritable abdication de la légalité essentielle (celle qui résulte d'un libre choix de la part d'une communauté que garantit le respect des droits politiques fondamentaux), à un simulacre constitué par l'imposition de normes si préjudiciables du principe de légalité au point de le transformer en une "fiction juridique"⁴⁶.

2.3. Le "droit vivant" et la fin de la théorie de Kelsen

En revenant à la pensée de Capograssi dans un contexte culturel sensiblement modifié au lendemain de l'entrée en vigueur de la Constitution de la République Italienne en 1948, ce formalisme, élusif précisément à l'égard des principes fondamentaux qui font de la légalité un fait concret, non une fiction juridique, a fait de toute façon l'objet de critiques et de revirements significatifs.

On tend à en récupérer, selon une connotation différente toutefois, la vision libérale, tout en continuant cependant à considérer la norme juridique et le droit comme dépendant de l'idée de l'État avec, par ailleurs, des nuances et des accents kelsenien.

L'évolution de la pensée de Costantino Mortati⁴⁷ est significative de cette orientation. En 1931, Mortati, dans sa monographie sur *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, rédigée sous la direction de Sergio Panunzio et après une lecture attentive de l'oeuvre de Carl Schmitt, s'était montré sensible à la formulation du concept allemand de l'État-personne. Il avait également apprécié chez le législateur fasciste la volonté d'instituer un chef de gouvernement représentant, sous un profil institutionnel, de la souveraineté du peuple. Toutefois il était resté perplexe sur la réduction du rapport indispensable entre le droit et la politique à un rapport exclusif entre droit et parti du régime fasciste⁴⁸.

dans l'appendice de la contribution: cf. P. Cappellini, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in "Quaderni fiorentini", 28 (1999), p. 175-292.

⁴⁵ Concernant la vie et les oeuvres voir P. Grossi, *Capograssi Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., I, p. 428-430.

⁴⁶ G. Capograssi, *L'Unione e le polemiche*, in *Iustitia*, 1951, n. 1, 2, p. 1. Sepe a repris récemment la pensée de Capograssi dans *Un profilo storico della legalità nelle Istituzioni*, in *Materiali per una cultura della legalità*, dir. G. Acocella, Turin 2014, p. 40 et suiv.

⁴⁷ Concernant la vie et les oeuvres voir M. Fioravanti, *Mortati Costantino*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, p. 1386-1389.

⁴⁸ Cf. C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Rome 1931, p. 193 et suiv.: il s'agit du cinquième volume de la collection "Studi dell' Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale della R. Università di Roma". Maurizio Fioravanti, Fulco Lanchester et Tommaso Edoardo Frosini ont traité de façon approfondie les théories de Mortati relatives au pouvoir du premier Ministre dans le nouvel ordre constitutionnel du régime. Les auteurs ont mis en évidence combien la pensée de Mortati se situait dans le cadre d'une dialectique féconde avec la doctrine constitutionnelle de Weimar de Rudolf Smend et Carl Schmitt et qu'elle abattait les barrières de la jurisprudence traditionnelle. La théorie que Mortati avait soutenue dans sa jeunesse était tributaire de l'énucléation du concept allemand d'État-personne: Frosini a écrit récemment que Mortati avait reconnu au législateur fasciste la volonté de réaliser une forme de Chef de Gouvernement "in grado di incarnare e rendere concreto il principio spirituale dell'esistenza politica di un popolo", une existence "generata dal *Volksgeist*" à travers la

Quelques années après, en 1940, dans son célèbre essai sur *La costituzione in senso materiale*, où il affirmait l'importance de la politique dans la société, Mortati considère, en effet, le parti politique comme une valeur absolue, bien qu'il se soit identifié pendant une certaine période historique avec le fascisme et avec les décisions autoritaires du régime. Mortati veut démontrer dans cet ouvrage l'aspect fondamental du rapport entre droit et politique dans la mesure où la politique, dans sa fonction de filtre et d'accueil des exigences sociales inéluctables, met ses ressources au service du droit⁴⁹.

Ce raisonnement implique une évaluation nouvelle et originale de la nature et de la fonction mêmes du droit qui se manifeste lorsque ce dernier parvient à trouver une réponse concrète sur le plan politique. Mortati instaure donc le principe de l'effectivité, non seulement celui de l'existence pure et simple de la norme juridique, base de la validité même du droit, du système constitutionnel et de la souveraineté de l'État.

Le recours à l'expression "costituzione materiale" signifie qu'il ne suffit plus d'adopter simplement des règles formelles pour confirmer la validité réelle et concrète de la constitution, mais qu'on doit exiger un contrôle des résultats pratiques effectifs de ces règles dans la société.

La formation de la constitution matérielle dérive ainsi, selon Mortati, de la fonction des partis politiques auxquels on confie la tâche de ramener les intérêts fractionnés des citoyens à un intérêt général et commun de l'État.

Toutefois, si cette construction sert à mettre en discussion, voire à abattre le formalisme autoritaire, elle ne met aucun terme au formalisme juridique au sens strict du mot parce qu'elle reste liée de toute façon à la vision du normativisme kelseien. En effet, Mortati écrit que si "la norma non è tale giuridicamente solo come forma astratta, ma come comando concretamente efficiente", il est vrai aussi que "le norme non devono considerarsi solo la parte giuridica dell'ordine concreto, il mezzo indispensabile per esprimerlo esteriormente, ma anche il meccanismo di trasformazione di quest'ordine"⁵⁰.

La constitution matérielle reste englobée dans la constitution formelle là où cette dernière détermine la forme de l'État ainsi que les éléments d'interprétation et d'intégration des normes juridiques.

"*Volkswille*", et s'il est vrai que "la sovranità è del popolo inteso organicamente, come unità, come Stato", il est tout aussi vrai qu' "essa si manifesta e si realizza in virtù della stessa struttura naturale del popolo, attraverso la volontà del capo del governo divenuto organo dello Stato". Cf. M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, dir. M. Galizia, P. Grossi, Milano 1990, p. 45-185; F. Lanchester, *Costantino Mortati e la "dottrina" degli anni Trenta*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, dir. de F. Lanchester, Naples 1989, p. 89-110; T.E. Frosini, *Mortati e la polemica sull'indirizzo politico negli anni Trenta*, in *Le forme di governo nel pensiero di Costantino Mortati*, dir. M. Galizia, Milan 2000, p. 562 et suiv.

⁴⁹ Cf. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milan 1940 (réédité Milan 1988). Voir les récents ouvrages de: I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, cit., p. 100 et suiv.; M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in "Historia Constitucional", 12 (2011), p. 28 et suiv.; T. Martines, *Diritto costituzionale*, dir. G. Silvestri, Milano, p. 11 et suiv.

⁵⁰ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milan 1940, p. 33 et suiv.

Veziò Crisafulli⁵¹ reprend la position de Mortati. Ce juriste obtint son doctorat en 1932 en soutenant une thèse sur *La norma giuridica* et publia en 1939 un essai sous le titre significatif de *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*. Tout en encourageant le dialogue entre droit et politique, il soutient toutefois dans ses écrits que les principes politiques ne peuvent se transformer en principes de droit que lorsqu'ils sont effectivement insérés dans le système juridique car on ne peut rechercher les principes généraux du droit hors du système du droit positif⁵².

Quant à Salvatore Satta⁵³, éminent juriste et expert en matière de droit procédural civil, bien que ses théories soient minoritaires au sein de la doctrine des années Soixante, il se consacre au rapport entre théorie et pratique, non au rapport entre droit et politique. En effet, dans un essai datant de 1958, qui prend ensuite la forme d'un soliloque, *Il formalismo nel processo*, il exprime de grandes perplexité et des réticences au sujet du formalisme du législateur et surtout sur la formalisme du juge. Ce formalisme simule le jugement selon le droit et crée une fausse expérience qui n'a rien à voir avec le droit. Toutefois, cette séparation entre juge et réalité est imputable, selon Satta, au formalisme de la science juridique:

I risultati della scienza, cioè i concetti che essa ha elaborato arrivano al giudice e si pongono come una sorta di diaframma con la realtà. Egli vede per così dire con gli occhi di un altro. Questo aspetto del formalismo è il più pregiudizievole perché isterilisce i concetti, e rende formali anche quelli che non lo sono, impedendo l'essenziale ricambio tra la teoria e la pratica⁵⁴.

Quelques décennies devront s'écouler avant qu'on en arrive, dans la science juridique italienne à un revirement de pensée au sujet des résultats auxquels Hans Kelsen était arrivé, sans toutefois renoncer encore à l'idée de l'État.

Si l'on regarde un peu plus en avant dans le temps, on constatera, en effet, que Norberto Bobbio⁵⁵ qui, en tant que théoricien du droit, était resté lié jusqu'aux années Cinquante au formalisme kelsenien, abandonne, dans les années Soixante, la rigide théorie normativiste des sources et redécouvre la fonction sociale du juriste, reconnaissant au système juridique une échelle de valeurs que le juriste est appelé à

⁵¹ En ce qui concerne la vie et les oeuvres voir S. Bartole, *Crisafulli Veziò*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., I, p. 610-612.

⁵² Le rapport entre fascisme et droit se caractérise par le fait que le principe politique vit à l'intérieur de la norme, il s'identifie à elle, il en forme le contenu, et l'essence agit encore après la formation de la norme. Par conséquent une coïncidence substantielle demeure entre les principes généraux du droit et des buts de la tendance politique. Les premiers sont les interprètent des seconds dès qu'ils sont englobés dans le système à travers les processus et les formes prévues par le système même comme étant aptes à l'élaboration de normes juridiques. On relèvera sur ce point les conclusions intéressantes auxquelles est parvenu T.E. Frosini, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milan 2008, pp 375 et suiv.

⁵³ En ce qui concerne la vie et les oeuvres voir C. Punzi, *Satta Salvatore*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, p. 1806-1808.

⁵⁴ S. Satta, *Il formalismo nel processo*, in "Rivista trimestrale di diritto processuale civile", 1958, p. 1141.

Sur ce sujet les paroles de R. Vaccarella sont explicites, *Attualità di Salvatore Satta (a proposito della riedizione di "Soliloqui di un giurista")*, in "Rivista di diritto processuale", 61 (2006), p. 171-178.

⁵⁵ En ce qui concerne la vie et les oeuvres voir L. Ferrajoli, *Bobbio Norberto*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., I, p. 267-271.

interpréter⁵⁶. A cet effet, il publie une étude sur la *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, éditée dans la *Rivista di filosofia del diritto*. Il déclare ainsi, dans son essai de 1981 sur *Kelsen e il problema del potere*, que la norme fondamentale (*Grundnorm*) n'est qu' "un espediente ingegnoso, ma tutto sommato perfettamente inutile", dû à une exigence de "pura correttezza formale" et dictée par une forte opposition envers le concept de l'État de droit⁵⁷.

3. Le formalisme juridique dans une conception non étatique: théories de Natalino Irti

Natalino Irti est certainement conscient de ces revirements et de ces nouveaux courants de théorie générale du droit. Toutefois, si dès le début il observe attentivement l'encadrement théorique du formalisme juridique par rapport à l'idée d'État, force lui est de constater qu'il est également sensible à la perception, grâce à une approche phénoménologique, de la nécessité de considérer de manière différente le droit et le système juridique. On ne peut envisager la norme juridique que par rapport au progrès impératif des découvertes scientifiques, à l'aspect qu'a pris le marché, aux nouvelles exigences de la technique économique.

Selon Irti, le recours à une fonction et à une forme nouvelles du droit repose sur une érosion extérieure des prémisses théoriques sur lesquelles se fondait la culture libérale du XIX^e siècle, l'autoritarisme et les réticences qui en résultent. Cette érosion a affaibli l'État considéré sous le profil d'état de droit et sous celui d'état totalitaire.

Déjà dans l'une de ses monographies publiée en 1979 sur *L'età della decodificazione* et reprenant les pages qu'il avait rédigées pour une leçon sur le rapport entre code civil et lois spéciales qu'il avait tenue l'année précédente à l'Université de Salamanque, Irti invite le lecteur à considérer la nécessité d'une interprétation différente et originale par rapport au droit consolidé.

Thème de fond de cet écrit: la perte de centralité du Code civil italien de 1942 au sein du système juridique et l'appauvrissement progressif des contenus du code même à cause du phénomène du "polycentrisme législatif". Un phénomène que Irti décrit comme une prolifération de lois spéciales dictée par les intérêts des différents sujet qui structurent la société, sujets parfois étrangers à la base institutionnelle de l'État. Irti écrit:

Il periodo storico, che si apre con il secondo dopoguerra, sarà forse ricordato come l'età della decodificazione: di una quotidiana e penetrante conquista di territori da parte delle leggi speciali (...) Il codice civile subisce così un rovesciamento di funzione: non diritto generale, ma residuale; non disciplina di fattispecie più ampie, ma di fattispecie vuote, prive, cioè, di quegli elementi di fatto, di quelle note individuanti, che suscitano l'emersione di nuovi principi nelle leggi speciali⁵⁸.

⁵⁶ N. Bobbio, *Hans Kelsen*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 50 (1973), p. 425-429.

⁵⁷ N. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 58 (1981), p. 549-570. Sur ce point voir A. Punzi, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Turin 2009, p. 79 et suiv.

⁵⁸ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milan 1999, p. 40.

Le but que s'était fixé le législateur fasciste - qui s'était projeté vers les années successives à l'entrée en vigueur de la Constitution républicaine - de reconnaître formellement que le seul droit existant était celui que l'État autoritaire avait élaboré et contenu dans le code, envisagé comme modèle normatif, n'était plus qu'un souvenir lointain.

Cependant, cette tendance ne se borne pas précisément à mettre en discussion l'utilité du code, mais jette déjà les bases d'un nouveau concept du droit et de ses contenus.

Dans sa contribution sur *L'ordine giuridico del mercato*, Irti relève que les normes ne sont plus qu'une simple expression de la volonté de groupes économiques, d'options technologiques qui n'ont d'autre fin que l'aspect fonctionnel de ces normes dans des buts déterminés.

Le droit peut donc franchir les frontières idéologiques de l'État, se détacher des lieux d'où il tire son origine et se manifester par une construction artificielle de normes, sur la base d'un rapport de plus en plus solide avec la techno-économie. Irti écrit que de cette manière les normes deviennent "arte-fatte, indifferenti ai contenuti, capaci di determinare il loro tempo e il loro spazio" et qu'on leur applique "il mero formalismo della produzione"⁵⁹.

Cette artificialité est le trait particulier du modernisme juridique qui, n'ayant aucun lien avec le droit naturel, peut accueillir n'importe quel contenu et se libérer de liens territoriaux et traditions historiques. Dans son essai *Il diritto nell'età tecnica* de 2007 où il reprend les leçons qu'il a tenues à la Faculté juridique de São Paulo au Brésil, il introduit et définit l'expression techno-droit où la signification du droit en tant que norme technique est complètement transfigurée:

Ma tecno-diritto non indica (e non vuol soltanto indicare) la tecnica del diritto, il razionale impiego di mezzi in vista di un fine. E' piuttosto la parola, con cui descriviamo la situazione del diritto nel nostro tempo, il rapporto della potenza giuridica con le altre potenze. C'è fra esse un tratto comune: la consapevole volontà di dominare cose e uomini, natura e società. Volontà non mai sazia e placata, che trascorre di scopo in scopo, e non riconosce alcun vincolo prima di sé e sopra di sé. Questa volontà è l'essenza propria della tecnica. Non del vecchio e incolore significato di scelte di mezzi coerenti al fine, ma di volontà dominatrice del mondo, di quel mondo che è intorno a noi e di cui noi stessi facciamo parte. La tecnica è potenza che usa il mondo, e perciò lo calcola, lo governa, lo manipola⁶⁰.

Le droit est donc complètement absorbé par la technique dans son expression économique, dans son apparence de progrès technique, de découvertes scientifiques qui disposent de sa forme et de son contenu. Le droit est lui-même une technique.

Le rappel à la pensée d'un éminent spécialiste et critique de la modernité tel qu'Ernst Jünger est significative à propos de la question de fond que pose ce dernier:

Les loi ne peuvent agir que comme barrière ou creuser un lit dans le courant. Mais que sont donc les lois quand une nouvelle formation projette son ombre ?

⁵⁹ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Rome-Bari 2003, p. 47 et suiv.

⁶⁰ N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Naples 2007, p. 13-14.

C'est précisément sur les effets de la technique, envisagée comme nouvelle formation qui marque la vie des individus et donne un sens à leur vie, que Irti explique la nature constitutive du progrès technologique dans l'expérience juridique.

On relèvera en particulier les exemples qu'il a donnés à l'occasion d'un congrès qui a eu lieu à Rome en 2008 sous le titre significatif de *Il Diritto governa la Tecnica ?*. Irti cite deux témoignages: un document historique qui remonte loin dans le temps; la récente interview à un cardiochirurgien publiée dans un journal quotidien.

Le document historique est tiré des Mémoires d'Albert Speer architecte d'Adolf Hitler et ministre de l'armement durant les années de la Deuxième Guerre Mondiale. Speer décrit la défense de l'amiral allemand Karl Dönitz lorsqu'il fut traduit devant le Tribunal de Nuremberg, accusé d'avoir coulé des navires ennemis sans avertissement préalable des équipages. La défense de Dönitz se fonde sur le fait que l'amiral américain Chester Nimitz, qui avait commandé la flotte dans le Pacifique et avait agi de même, avait été condamné lui aussi par le Tribunal de Nuremberg, non pas pour violation des lois de guerre maritime et en particulier de l'Accord de Londres. Albert Speer commente l'acquiescement de Nimitz et le bien-fondé de la défense de Dönitz, soutenant que le développement technologique des armements (l'utilisation d'avions spéciaux, de méthodes de localisation meilleures) avait dépassé, bouleversé et annulé la norme juridique qui régissait la guerre maritime.

Selon Irti, cet événement historique, la tuerie légalisée d'un grand nombre d'hommes, fut un exemple approprié des possibilités pour la technique d'établir de nouveaux critères juridiques, même au détriment de l'humanité.

L'autre exemple consiste en une réflexion de Irti devant la réponse d'un cardiochirurgien à la question "y a-t-il une issue licite pour le dessin humain des embryons congelés?" en d'autres termes, "vaut-il mieux les laisser mourir ou les utiliser?", le médecin avait répondu que selon lui on avait commis une erreur en suivant les parcours indiqués par la science médicale sans l'apport d'une réglementation.

La science précède et transgresse le droit.

Irti réfute la thèse qui voit dans la technique un instrument que l'homme peut utiliser à ses fins et considère comme une erreur de croire que l'homme puisse plier la technique à ses volontés.

La technique devient un principe constitutif dans la vie des individus, elle assume l'importance d'une fin, elle caractérise l'expérience juridique.

Avec la nouvelle fonction de la technique la norme juridique se détache de l'État et de sa souveraineté même.

3.1. 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 nichilismo giuridico* (2004). Le nihilisme chez Irti est soutenu par la "loi de l'efficacité", dans le sens que l'action accomplit 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.

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"⁶¹.

Si pour les philosophes (pensons ici à la prise de position de Emanuele Severino dialoguant avec Irti⁶²) 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 nihilismo giuridico", son point de vue est différent: "non più l'incondizionata volontà che emana diritto, e assenza di vincoli e criteri 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.

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 forma⁶³.

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'hui⁶⁴. La réponse apparaît dans toute

⁶¹ N. Irti, *Nihilismo giuridico*, Rome-Bari 2004.

⁶² 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.

⁶³ N. Irti, *Il salvagente della forma*, Rome-Bari, 2007, p. V-VI.

⁶⁴ Nombreuses sont les critiques à la thèse de Irti sur 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

son évidence 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'Università⁶⁵.

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.

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)*, in "Rivista di Diritto Civile", LI (2005), p. 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*, in "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.

⁶⁵ N. Irti, *La formazione del giurista*, in *La formazione del giurista*, dir. C. Angelici, Milan 2005, actuellement publié dans "Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata", 2010, p. 36.