

TROISIÈME PARTIE

**Itinéraires contemporains:
la confrontation des anciens
et des nouveaux modèles**

014
L101
2011
111

1. xx^e siècle juridique : crise de l'État et redécouverte de la complexité

L'État moderne et sa crise: tel fut le titre sans demi-mesure qu'un jeune et brillant érudit italien de droit public, Santi Romano (1875-1947), donna au discours inaugural qu'il avait été invité à tenir pour ouvrir l'année académique 1909-1910 à l'université de Pise. Il s'agissait d'une singulière franchise de la part d'un homme qui faisait du droit constitutionnel et administratif son objet d'étude et d'enseignement. Le jeune juriste était cependant, depuis plusieurs années, l'observateur attentif d'un processus dont il constatait l'inexorable avancement et qu'il interprétait clairement comme l'« éclipse » de l'État, une éclipse qui était la conséquence stricte de son incapacité à ordonner une réalité politico-sociale et juridique toujours plus complexe¹.

Débarrassé de ses lunettes déformantes, Santi Romano voit se dresser devant lui le château du droit bourgeois – dans une vision extraordinairement claire – comme une construction admirable, mais artificielle : le scénario était *réduit* à deux protagonistes, ce macro-individu qu'est l'État et ce micro-individu

1. On peut lire le discours in Santi Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1969. Romano parle expressément d'« éclipse » page 9, tandis que la dénonciation du « simplisme » se trouve page 13.

sujet singulier; les sources étaient *réduites* à deux seulement, la loi sur le plan social et le contrat sur le plan privé; la société était *réduite* à une masse anonyme de citoyens formellement tous égaux, qui subissait, inerte et passive, les commandements d'un pouvoir central. Et il était frappé de devoir constater que cela impliquait une métaphysique de l'État et de l'individu, puisque, une séparation nette s'étant opérée d'avec la société, État et individu flottaient au-dessus de celle-ci sans s'enraciner en elle d'aucune façon.

Romano dénonçait ainsi de façon retentissante un processus *réducteur* qui avait élaboré un édifice très harmonieux et très simple mais qui, en ce début du nouveau siècle, se révélait complètement antihistorique. La simplicité n'était en définitive que simplisme, une simplification forcée qui ne correspondait à rien dans les faits et dont la contrainte bridait le développement réel socio-économique-juridique qui avait rapidement mûri, notamment dans les dernières décennies du XIX^e siècle.

En Europe continentale, le paysage social s'était fortement renouvelé; et ce n'était pas seulement ce « vigoureux mouvement de l'organisation ouvrière » qu'avait applaudi le socialiste italien Claudio Treves, mais un bouillonnement général d'associations, qui étaient nées et s'étaient affirmées spontanément, souvent contre les projets de l'État monoclasse; après avoir été à peine tolérées, voire franchement réprimées, elles imposaient désormais leur présence effective qui, dans le diagnostic de Romano, constituait le noyau nuisible de l'édifice étatique décrépit (quoique admirable) conçu à partir de la grande Révolution. Il énonça nettement les facteurs de la crise: la perte de la compacité, l'émergence d'un moi collectif du citoyen que le pouvoir bourgeois avait toujours ignoré parce qu'il était conscient qu'il constituait la menace la plus dangereuse qui pesât sur lui; or, ce moi collectif qui ajourait la compacité donnait au citoyen non possédant une citoyenneté plus substantielle, qu'il obtenait toutefois avec son groupe d'appartenance, et uniquement en tant qu'il en faisait partie.

Ce processus exerça une pression telle qu'il fêla bientôt les deux piliers de l'édifice: la nette séparation entre la sphère

du droit public et celle du droit privé; celle entre le monde du droit et le monde des faits.

La modernité juridique avait revivifié la lointaine division romaine entre public et privé que la civilisation médiévale avait presque effacée: le « public » était totalement remis entre les mains de l'État, et le « privé » se limitait aux rapports entre individus. Mais la présence d'une troisième dimension, celle d'un « collectif » différent de l'État, brouillait une dichotomie précieuse à l'ordre bourgeois, lequel – ne l'oublions jamais – peut s'analyser comme la combinaison d'un individualisme forcené et d'un étatismes qui l'est tout autant puisque l'individu propriétaire ne peut se passer d'une protection puissante. Le second pilier – le très rigide contrôle de la juridicité de la part de l'État, imposant que seul ce dont l'État a décidé serait le droit – est fêlé par une prolifération de faits économiques et sociaux qui correspondent à des exigences nouvelles et auxquels se conforment les citoyens, sans se soucier d'obtenir la bénédiction du pouvoir politique ni attendre que ce dernier se les soit appropriés: ce sont des faits bruts, mais auxquels la communauté se plie, formant déjà par là une juridicité effective.

Le résultat ultime est la perte d'autorité de l'État, l'effritement de son monopole, la formation de deux niveaux de juridicité, celui des lois et celui de l'expérience quotidienne, celui du droit formel et celui du droit vivant.

Il est vrai que les pouvoirs politiques, dans toute l'Europe, se trouvent contraints – quoique à contrecœur – à prendre acte de la situation, préoccupante, et à y remédier avec ces lois spéciales dont nous avons déjà parlé en insérant dans le tissu législatif des faits émergés et consolidés dans la pratique sociale; mais l'on n'assiste pas moins à une genèse extra-législative du droit, avec deux niveaux différents de formation, dont l'un (factuel) entre parfois en conflit avec l'autre (légal). Ce qui a finalement pour effet de brouiller l'harmonie du vieux paysage: au fur et à mesure que la simplicité artificielle se dissipe, la complexité fait retour.

La société tenait sa revanche sur l'État. L'exemple du « droit du travail » naissant est tout à fait emblématique: sa naissance

est placée sous les auspices de l'hostilité ou, tout au plus, de la tolérance de l'État monoclasse qui, on le comprend aisément, est attaché à son louage d'ouvrages, si désuet soit-il, et sa gestation est le fruit des luttes syndicales et des négociations collectives, péniblement complétées par des lois spéciales que les détenteurs du pouvoir concèdent à leur corps défendant.

Au sommet de ce ciel métaphysique – où nous avons situé l'État-personne et l'individu abstrait forgé par l'habile mythologie jusnaturaliste – se tient le Code, portant dans ses articles une prétention à s'ériger en modèle de plus en plus démentie par la réalité crue de la vie quotidienne. Le Code, loi-mère, loi omnivalente, est toujours plus éloigné du devenir social; cependant, dans le magma de l'expérience, juges et avocats sont amenés à suppléer le législateur chaque fois qu'il fait silence; les lois sociales complétant le Code deviennent toujours plus nombreuses et, en même temps, le dévitalisent, des sources nouvelles se font jour (des sentences arbitrales de juges d'équité et des contrats collectifs), immergées dans la factualité, au grand dam de ceux qui avaient contemplé avec orgueil le droit pur des pandectistes et des Codes.

Avec la redécouverte de la complexité du droit, qui naît directement de la complexité de la société, c'était la victoire de cette dernière qui était sanctionnée. La science juridique la plus clairvoyante n'hésitera pas à le vérifier: Santi Romano lui-même, en 1918, dernière année d'une effroyable tragédie guerrière, enfin en mesure de tirer les conclusions qui s'imposent des diagnostics de son discours inaugural pisan et de ses nombreuses recherches sur des thèmes spécifiques, leur donnera un habit scientifique dans une étude dense en exposant une puissante théorie générale du droit, *L'Ordre juridique*¹. Dans ces pages, le credo du nouveau juriste trouvait

1. *L'Ordinamento giuridico* de Santi Romano, imprimé originellement à Pise en 1918, a eu une seconde édition à Florence en 1946, précieuse parce que réalisée par l'auteur en personne qui répond aux critiques qui lui ont été adressées les années précédentes. On peut trouver trois traductions du livre de Romano: en langue espagnole (*El ordenamiento*

enfin son expression doctrinale aboutie: le droit exprime la société avant d'exprimer l'État. Si, durant la modernité, le droit a été réduit en étant étatisé, l'heure est arrivée de le récupérer dans le large ventre maternel de la société. Contre le *monisme juridique* contraignant de l'âge des Codes, il faut récupérer le *pluralisme juridique*, qui seul peut garantir le devenir harmonieux conjoint de la société et du droit.

2. Corporatismes européens

Corporatisme: voici un autre terme bourré d'équivoques, sur lequel nous devons nous entendre.

Nous le prenons ici dans une acception générique. C'est une attitude d'insatisfaction envers l'étatisme et l'individualisme modernes, une récupération de toute la complexité de l'ordre social et juridique. C'est une conception qui – à l'intérieur de cet ordre – exalte, dans sa fonction vitale de médiateur entre l'État et l'individu, le rôle de tout type d'association-corporation, instrument capable d'incarner le sujet abstrait dans un tissu concret de relations et de rapprocher l'appareil de pouvoir de la société.

Dans cette perspective, l'association-corporation, précisément parce qu'elle soustrait le sujet singulier de l'abstraction, devient par là même sa cellule protectrice nécessaire, notamment dans le cas d'un sujet socialement et économiquement faible: si son moi individuel le condamne à subir la violence des plus forts, son moi collectif constitue pour lui une possibilité de salut efficace.

juridico, trad. de Sebastián et Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963), en langue française (*L'Ordre juridique*, trad. de Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975) et en langue allemande (*Die Rechtsordnung*, trad. de Roman Schnur, Berlin, Duncker und Humblot Verlag, 1975).

Après les drastiques négations des Lumières et de la Révolution que l'ordre bourgeois avait faites siennes, la seconde moitié du XIX^e siècle fut un temps de sursauts corporatifs tant sur le plan de la pratique sociale que sur celui des programmes culturels. Époque de l'associationnisme – comme nous l'avons déjà vu – par le biais de concrétisations polymorphes qui couvrent toute la gamme allant des premières coalitions ouvrières à des formations politiques, à des œuvres d'assistance, à des coopératives, donnant vie à un phénomène qui combinait et différenciait les sujets égaux anonymes de la citoyenneté bourgeoise, et tendait à déplacer sur ces nouvelles coagulations sociales et économiques le pivot de la vie publique. L'associationnisme prit différents visages, tour à tour instrument de lutte et d'émancipation (comme un syndicat), de conservation des privilèges (comme une corporation professionnelle), d'assistance et de promotion (comme une coopérative) ou de culte religieux (comme une confrérie).

À côté de cette dynamique spontanée et irrésistible d'établissements pratiques, à la marge d'une culture officielle qui s'agrippe, aussi tenace qu'une liane, à ses fondations étatistes et individualistes, les remises en cause que l'on pourrait appeler *lato sensu* corporatives ne cessent de gagner en consistance.

En Allemagne, le corporatisme est la bannière que brandit, contre les pandectistes, le courant encore isolé mais virulent des juristes germanistes. Nous y avons fait précédemment allusion quand nous traitons de la polémique du germaniste Otto von Gierke contre les projets pandectistes du *Bürgerliches Gesetzbuch*; mais bien au-delà de cette querelle spécifique se dresse un signe distinctif d'une typicité culturelle précise. Quand, au milieu du XIX^e siècle, Georg von Beseler (1809-1888), le maître de Gierke, donne sa forme définitive au programme germanistique dans son fameux livre *Volksrecht und Juristenrecht* (Droit populaire et droit des juristes)¹, il oppose une tradition romaine obstinément individualiste et une tradition allemande dominée par le phénomène associatif et où le

1. Beseler publie son étude à Leipzig en 1843.

premier rôle revient à la *Genossenschaft*, c'est-à-dire au regroupement social. La *Genossenschaft* sera l'acteur principal, jusque dans son titre, de l'imposante reconstruction que fait Gierke du droit de l'authentique tradition allemande¹ : il ne part pas en guerre contre un projet de Code mais attaque Gerber et Laband qui, avec leur invention de l'État-personne, avaient pris pour modèle le sujet de droit privé de la tradition romaine, effaçant la nature communautaire et complexe de l'État et s'interdisant de cette façon de saisir le substrat associatif réel. En 1889, un élève de Gierke, Hugo Preuss (1866-1925), futur concepteur de l'État weimarien, tentera concrètement de bâtir les grandes lignes d'un État-communauté à la structure corporative².

Toujours en Allemagne, Albert Schäffle (1831-1903), sociologue versé dans le culte des sciences biologiques triomphantes, envisage la société comme un organisme complexe dont la figure principale est l'individu social qui, s'unissant à d'autres, en forme l'armature, de telle sorte qu'il est impossible de séparer la cellule biologique du tissu³. Sans se laisser étouffer par ce biologisme pesant, le sociologue français Émile Durkheim (1858-1917) en recueille le message fondamental : la valorisation des groupes sociaux en tant qu'instruments essentiels de médiation entre la masse et le pouvoir.

1. La colossale reconstruction de Gierke a pour titre *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, dont le premier volume, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, est paru à Berlin en 1868 [réimpr. Graz, 1954]. Il existe une traduction française de ce premier volume par Jean de Pange, *Les Théories politiques du Moyen Âge*, Paris, L. Tenin, 1914.

2. Le volume de Hugo Preuss, publié à Berlin en 1889, s'intitule *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie* [réimpr. Aalen, 1964]. Titre programmatique, qu'il vaut la peine de traduire pour un lecteur français : « Communauté, État, Empire comme corporations territoriales. Tentative de construction d'un État allemand sur la base de la théorie associative. »

3. Un ouvrage imposant d'Albert Schäffle circulera en Europe avec un grand succès et porte, jusque dans son titre, la trace du biologisme aigu de l'auteur : *Bau und Leben des sozialen Körpers*, Tubingue, H. Laupp Verlag, 1875-1878.

Mais le corporatisme devait trouver d'autres terrains fertiles de développement, et cela dans un tout autre champ : celui du solidarisme social d'inspiration matricielle religieuse. Dans les années 1860 déjà, la voix influente d'un membre de la hiérarchie catholique allemande, l'évêque de Mayence Wilhelm Emmanuel von Ketteler, avait fortement plaidé dans ce sens ; et s'il avait directement abordé le thème-problème des rapports entre « question ouvrière » et christianisme, son dessein était clair et précis : il invitait à repousser les choix individualistes et à reprendre l'idée d'association comme fondement de la société, misant sur un système corporatif épuré de toute nostalgie antihistorique et taillé sur mesure pour répondre aux exigences de la société industrielle du milieu du XIX^e siècle¹. L'idée séduisante de la médiation par les corporations, qui permet d'échapper à la subversion socialiste ainsi qu'à la conservation bourgeoise, connaîtra un accueil chaleureux dans la pensée catholique, à la fois au niveau suprême du magistère pontifical avec l'encyclique *Rerum novarum* de Léon XIII (1891) et chez tous les théoriciens qui visaient à l'érection d'un État fondé sur la coopération entre les parties sociales. Giuseppe Toniolo (1845-1918), économiste et sociologue bien inséré dans l'orthodoxie catholique, n'hésite pas à présenter la corporation comme l'unique solution possible au conflit social, affirmant qu'elle entraînerait de surcroît le résultat positif suivant : éviter deux risques opposés, mais aussi graves l'un que l'autre, à savoir la toute-puissance de l'État et l'anarchie².

Naïveté, utopie, stratégies conservatrices et générosités solidaristes se cachent sous les vêtements théoriques qui enveloppent

1. L'évêque Ketteler publie en 1864 l'étude *Die Arbeiterfrage und das Christentum*. Pour la version française, voir *La Question ouvrière et le Christianisme*, trad. d'Édouard Cloes, Liège, impr. de L. Grandmont-Donders, 1869.

2. De Giuseppe Toniolo, voir les écrits suivants, les plus programmatiques de son œuvre : « Programma dei cattolici di fronte al socialismo » (1894), « Indirizzi e concetti sociali all'esordio del secolo XX » (1900), « La democrazia cristiana » (1900), « Provvedimenti sociali popolari » (1902), maintenant dans *Id., Democrazia cristiana. Istituti e forme*, État du Vatican, Studium, 1951.

le retour du corporatisme au tournant du XIX^e et du XX^e siècle. Qui plus est, le corporatisme n'est jamais qu'un grand récipient vide que l'on peut remplir des contenus les plus divers. S'il se révèle un précieux instrument d'affranchissement dans le cadre des luttes sociales où se cimentent les coalitions des sujets faibles puisqu'il donne forme aux premières associations syndicales embryonnaires, il formera sous peu, c'est-à-dire dans les années 1930 et 1940, pour des raisons que nous examinerons, l'ossature socio-économique de quelques États totalitaires d'Europe continentale.

Il nous faut évoquer ici un phénomène associatif singulier, en précisant que, si nous pouvons en parler dans ce paragraphe, c'est uniquement parce que nous avons donné une acception générique à la notion de « corporatisme ». Nous voulons parler du parti politique. Ce développement est nécessaire, même si nous le limiterons à quelques traits sommaires, en raison du rôle de premier plan qu'il jouera au XX^e siècle. C'est au cours du XIX^e siècle que ce qui n'était auparavant qu'un phénomène de factions, de cercles et de mouvements prend la forme de corps sociaux organisés dans le but de faire de la politique : ce sont des organisations de lutte tout entières tendues vers la conquête du pouvoir, étayées par une structure hiérarchique et par un commandement unitaire remis entre les mains d'un chef. Sous l'impulsion de l'élargissement du suffrage par l'Angleterre où ils se consolident après le *Reform Act* de 1832, les partis politiques gagnent en consistance au fil du temps, au point qu'ils sortent bientôt du cercle restreint des notables d'une société pour se transformer à la fin du siècle en véritables manifestations de masse. Le parti politique connaîtra le même destin que le corporatisme politico-économique : il sera lui aussi approprié par les expériences totalitaires du XX^e siècle, subissant ainsi une métamorphose radicale puisque ses traits distinctifs se retrouveront finalement aux antipodes de ceux qu'il prend au sein des démocraties parlementaires.

La discipline de l'histoire du droit s'intéresse spécifiquement à ce mouvement diffus et varié sous l'angle suivant : le scénario se fait multiple, il convoque non plus seulement des

individualités solitaires de l'État et du sujet singulier mais aussi le groupe et les nombreuses collectivités qui permettent, à côté du moi individuel, la présence d'un moi collectif. Avec la création des partis politiques, la complexité sociale et juridique est complètement récupérée.

Je crois qu'il n'est pas possible de clore ce paragraphe sans réserver une dernière mention à un phénomène corporatif au sens large, puisqu'il tend à la création de combinaisons destinées à dépasser le simple rapport individuel entre un sujet et une affaire ; nous entendons par là l'*entreprise*, dont on commence à parler dans l'Allemagne industrielle des premières années du xx^e siècle (*Unternehmen*), qui est à la recherche de nouveaux modules d'organisation de la vie économique¹. L'entreprise est en effet une organisation unitaire de personnes, de biens et de services liés entre eux par des objectifs communs importants sur le plan socio-économique, une organisation au sein de laquelle les individualités de l'employeur et de l'employé s'estompent, où la propriété même est engagée au service d'une fin qui la dépasse. C'est la première fois qu'on parle, au niveau du droit, d'une *organisation*, une réalité qui ne peut être que désagréable à l'individualisme économique moderne fondé sur le sujet et sur ses rapports individuels, étant donné que l'*organisation* implique une nécessaire coordination d'individus et de rapports qui peut conduire aussi à leur pénible sacrifice.

3. La Première Guerre mondiale et ses conséquences sur l'ordre juridique européen

Les années à cheval sur les deux siècles sont un laboratoire bouillonnant d'activité où, d'une courageuse expérimentation

1. Sur l'« entreprise » et la naissance de cette notion dans l'Europe du début du xx^e siècle, il suffit de renvoyer au développement que nous lui consacrons in Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milan, Giuffrè, 2000, p. 191 sq.

à l'autre, il apparaît clairement que nous sommes en train d'abandonner le terrain assuré des certitudes bourgeoises pour nous enfoncer sur un terrain nouveau. Ce nouveau paradigme entraîne avec lui la nécessité de mettre au point des inventions juridiques renouvelées susceptibles d'ordonner un développement qui est à la fois social, économique et technique. Par là, ce sont les premiers traits du visage d'une nouvelle civilisation juridique qui sont en train d'être dessinés.

Dans cet entrelacement de forces historiques qui décident d'un irréversible changement, un rôle de tout premier plan revient à un événement guerrier colossal et tragique, la Grande Guerre, dont les violentes secousses n'épargnent pas l'ordre juridique. Ces affirmations, si tranchantes et si générales, surprendront peut-être le lecteur, convaincu qu'il est qu'une guerre, fait d'importance sur le plan politique, ne peut avoir d'incidences profondes sur le plan juridique que dans le champ restreint du droit international. Il vaudra donc la peine que nous nous attardions un peu sur ce thème pour dissiper des interrogations tout à fait justifiées.

Commençons par une précision : la guerre, cette guerre si totale et englobante qui ne ressemble en rien à un affrontement local pour régler un différend frontalier ou occuper une part supplémentaire de territoire, précisément parce qu'elle est un séisme qui secoue l'ensemble de l'organisation politique européenne (et au-delà), contraint les États à relâcher le contrôle conservateur du vieil ordre juridique et à permettre l'émergence à un niveau officiel, c'est-à-dire législatif, des ferments qui serpentaient déjà dans la pratique quotidienne. Ce qui intéresse en effet le juriste, ce sont les caractéristiques d'une législation de guerre promulguée à caractère exceptionnel : il ne s'agit pas d'interventions sporadiques mais d'une série d'actes législatifs massifs souvent reliés par une organicité intense (ceux de l'Empire allemand sont à cet égard exemplaires).

On fera la remarque suivante : ce sont cependant toujours des interventions liées à un événement historique exceptionnel et vouées à disparaître dès que celui-ci se sera achevé. Ce n'est pas le cas, et les juristes les plus sensibles s'en rendent compte,

ceux-là qui regardent avec attention le phénomène normatif dans sa singularité et qui, à mille lieues de la répugnance ou de l'indifférence de leurs collègues moins avisés, discutent de chaque acte dans les principales revues juridiques qui consacrent expressément des rubriques pour recueillir leurs discussions salutaires.

Et on a l'impression de se trouver devant une sorte de rideau lacéré et d'entrevoir, à travers la déchirure, un paysage nouveau et nullement éphémère. Francesco Ferrara (1877-1941), remarquable spécialiste de droit civil italien, fin commentateur des lois de guerre italiennes, a raison de se demander si elles sont « des anomalies dictées par les nécessités et les occasions du moment, ou au contraire [...] les germes d'un droit nouveau appelés à mûrir dans un lointain avenir ». Et il a raison de répondre sans l'ombre d'une hésitation que « c'est dans les grandes crises [...] que s'élaborent de nouveaux éléments ; ils fermentent dans le conflit, préparant la transfiguration et la régénération de la vie à venir ». Ainsi établit-il que la guerre est une « occasion pour accélérer et mûrir le développement de réformes juridiques, comme moyen violent d'évolution »¹.

Cette première précision nécessaire ayant été faite, une seconde s'impose aussitôt : les thèmes sur lesquels s'aiguise la lame tranchante de la législation de guerre sont nombreux, mais il nous incombe d'en signaler au moins deux, parce qu'ils coïncident très exactement avec les noyaux vitaux du vieil ordre juridique bourgeois né de la Révolution française et des codifications, celui des sources et celui du droit civil, l'un et l'autre appartenant au sanctuaire jalousement gardé d'un droit axé sur le contrôle très étroit de la production juridique et fondé sur un Code civil qui est sa substantielle et substantifique Constitution. Il ne faut donc pas s'étonner si en Allemagne, en France et en Italie ce sont surtout les spécialistes de droit civil qui ont prodigué leurs efforts pour nourrir les discussions que nous avons mentionnées ci-dessus.

1. Francesco Ferrara, *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), à consulter in *Scritti giuridici*, vol. I, Milan, Giuffrè, 1954, p. 70-71.

Limitons-nous à signaler sommairement les déchirures qui ont lacéré le plus profondément les certitudes jusque-là indiscutées du droit bourgeois et qui apparaissent – plus ou moins – comme des constantes dans la production normative des États impliqués dans le conflit.

Le pouvoir exécutif devient le producteur normal de dispositions qui sont dotées d'un caractère législatif, si bien qu'on retire de fait aux Parlements leur rôle intouchable, même si cela se fait formellement, par délégation parlementaire. À la recherche d'organes de décision rapides et efficaces, on forme des commissions arbitrales, et on prévoit des critères équitables remis à la prudente appréciation du juge, ce qui rompt l'image jusqu'alors intacte de l'*iudex sub lege*.

On en vient à accentuer le rôle juridique de la femme, quitte à le justifier au nom de l'urgence. L'État engage des interventions massives au cœur même du droit civil. Quant au droit de propriété, le propriétaire subit de sérieuses limitations de sa liberté. Pour ce qui est de la sphère contractuelle, les débiteurs sont dispensés de l'accomplissement de la prestation quand elle devient difficile ; on met en place la protection du contractant économiquement faible (par exemple, pour le locataire, la prorogation légale de toutes les locations), ce qui met en vigueur un principe socialement juste dans les périodes d'urgence, mais qui porte une grave atteinte à l'égalité formelle des parties contractantes. Or, c'était l'un des plus infrançables pivots de la dogmatique juridique bourgeoise. Enfin, le défraiement des dommages de guerre qui, étant relatif à des dommages provoqués par un exercice légitime de la puissance de domination de l'État (précisément la guerre), ne trouvait aucune place dans la conception traditionnelle de la responsabilité – subordonnée, depuis toujours, à la faute – impliquait une révision fondamentale de cette conception.

Arrêtons-nous ici : les remarques précédentes signalent assez à quel point les effets furent profonds sur le tissu du droit, notamment civil. Il nous suffit de conclure qu'un grand nombre de ces actes normatifs comporte à l'état embryonnaire le programme des évolutions futures. La Grande Guerre s'impose

donc à l'attention de l'historien du droit qui ne peut l'interpréter que comme une étape importante dans un itinéraire en cours, comme un futur qui se fait présent, événement qui met à nu, officialise et légalise la crise qui serpentait depuis longtemps dans l'expérience.

4. Le communautarisme weimarien

Communautarisme weimarien : je sens qu'il est nécessaire de fournir quelque explication pour le lecteur novice. L'adjectif « weimarien » est une référence évidente à la ville de Weimar, capitale de l'ancien grand-duché de Saxe-Weimar, où résidèrent et moururent Goethe et Schiller et où – ce choix fut fait aussi pour sceller une conjonction idéale avec ces grandes figures de la culture allemande – se réunit en 1919 l'Assemblée constituante appelée à donner vie à un nouveau *Reich* républicain après l'effondrement de l'Empire wilhelminien. Le terme « communautarisme » fait en revanche référence aux caractéristiques fondamentales de la nouvelle structure de l'État, qui configurent une expérience socio-politico-juridique d'une singularité absolue. Nous devons donc lui consacrer un développement, même si elle sombra corps et biens au bout des quatorze années que dura son existence éphémère.

Attardons-nous un moment sur l'Allemagne en 1919 : elle a derrière elle une épouvantable tragédie guerrière et connaît à présent un malaise social diffus qui s'ajoute à une crise économique désastreuse à cause des lourdes réparations imposées par le traité de paix ; l'air n'est pas débarrassé du ferment des révoltes subversives et sanglantes, et à l'Est se dresse le spectre menaçant de la révolution bolchevique, parfaitement accomplie dans le noyau central de l'ex-Empire tsariste qu'il a ensanglanté.

L'Assemblée constituante, quoique très hétérogène et idéologiquement fragmentée, parvint péniblement à une solution : il fallait éviter l'exhumation d'un État de droit marqué de

l'empreinte libérale, comme il fallait éviter la dictature du prolétariat proposée par le modèle russe. Le communautarisme fut le résultat de compromis entre les différentes factions, mais il était aussi le but clairement affiché par ces vigoureux courants corporatistes allemands qui avaient droit de cité jusque dans l'Assemblée. Le rôle décisif que le nouveau régime reconnaît, à côté des politiques, aux hommes de culture et surtout aux juristes est caractéristique de l'aventure weimarienne : l'ensemble baigne dans la majestueuse et persuasive vision germanistique d'Otto von Gierke, qui est en train de vivre les dernières années de sa longue vie¹ et qui peut se targuer de voir l'Assemblée dominée par la personne et les contributions déterminantes de deux de ses élèves, Hugo Sinzheimer et Hugo Preuss, tous deux (quoique avec des différences importantes de l'un à l'autre) partisans ardents (et triomphants) d'une construction étatique « communautariste ».

Donnons un contenu à cet adjectif un peu cryptique : c'est une conception pluraliste de l'État en tant que communauté de communautés, État comme *Volkstaat*, État populaire, plutôt que comme *Rechtsstaat*, État de droit selon la conception libérale, où le *Volk* ne représentait pas une masse anonyme de citoyens tous égaux mais une ample communauté d'« hommes socialisés² ». Selon ce que le grand mentor de la nouvelle Constitution, Gierke, avait écrit quelques années auparavant, en 1915, l'État était considéré « moins comme une association d'individus unis par un destin commun que comme une association d'individus déjà unis en groupes qui poursuivent des finalités communes supplémentaires et plus vastes³ ».

1. Gierke devait mourir en 1921.

2. Friedrich Naumann, un des protagonistes de Weimar, parle d'« homme socialisé », *Verbandmensch*, dans une intervention d'une lucidité et d'une clairvoyance extraordinaires en termes de prospective à l'Assemblée. Voir *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung* (Aktendruck, n. 391), Berlin, 1920, p. 179-180.

3. Otto von Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, Tubingue, Mohr Verlag, 1915 [nouvelle éd. Aalen, 1973], p. 31.

La démocratie weimarienne est une « démocratie collective¹ » : il est reconnu aux collectivités une importance particulière à l'intérieur de la macro-collectivité étatique en raison du primat de l'intérêt collectif sur celui de l'individu singulier. Et l'État n'est pas le spectateur inerte de l'action des personnes privées, mais plutôt un organisme appelé à intervenir notamment au niveau des mécanismes de la production. C'est un signe de fort particularisme historique, qui creuse l'écart par rapport à l'absolutisme juridique et à l'individualisme bénis par la Révolution française et par les constructions bourgeoises du XIX^e siècle.

Le *Reich* inauguré à Weimar est la tentative de dépasser le dualisme marqué entre gouvernants et gouvernés, entre les titulaires du pouvoir et les sujets appelés à l'obéissance, un dualisme que la représentation politique d'invention libérale, étant artificielle, ne pouvait que laisser irrésolu dans sa substance. Il semble bien que l'on ait évacué les bases jusnaturalistes qui avaient constitué le très solide support des conquêtes bourgeoises : le contrepoint – et presque l'opposition – entre état de nature et histoire, sur lequel nous avons insisté dans les précédents chapitres et qui avait servi de base à l'édification de la civilisation bourgeoise, se résout entièrement en histoire, infligeant une cuisante défaite aux appareils mythologiques dépassés du jusnaturalisme et réduisant tout au jeu éternel des forces historiques qui donnent vie à la communauté humaine, et donc à l'État et aux communautés intermédiaires.

Les ardues discussions au sein de l'Assemblée constituante lèguent à l'expérience weimarienne un héritage important de vieilles hypothèses. En termes de droits par exemple, on continue à affirmer les anciens droits individuels de la tradition libérale à côté des nouveaux droits du citoyen liés au

1. L'expression est d'Ernst Fraenkel (1898-1975), élève de Sinzheimer à Francfort, avocat et syndicaliste, in *Kollektive Demokratie* (1929), maintenant in *Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918-1933*, Thilo Ramm (dir.), Berlin, Luchterhand Verlag, 1966.

renouveau de la dynamique sociale et économique, qui ne l'abstraient plus mais l'immergent au contraire dans un tissu de relations. En termes de propriété, la propriété privée – y compris des moyens de production – est renforcée, mais elle est insérée dans un réseau de devoirs qui en font une réalité assez éloignée du modèle jusnaturaliste de Locke¹.

On se trouve donc face à un grand nombre de nouveautés, puisque la Constitution de Weimar entend exprimer (et elle l'exprime de fait) son époque historique, une époque post-moderne ; et avec la prise de conscience des nouveautés vient le courage de les consolider dans le texte-guide d'une nation entière. Mais, comme je le disais, la poussée des forces politiques conservatrices présentes à l'Assemblée grève de nombreuses hypothèses la modernité bourgeoise. Il s'agit donc encore d'un message qui souffre d'ambiguïté, cette ambiguïté qui condamnera à mort la créature politico-sociale de 1919.

Sans doute la Constitution était-elle dominée par une certaine idée de la liberté, mais une liberté transformée parce que modelée par le vent nouveau qui souffle au début du XX^e siècle, et non pas une liberté dans son acception pré-étatique, comme l'avait définie le vieux sauvetage jusnaturaliste artificiel de l'individu solitaire : la nouvelle liberté est à entendre sur le plan *social* dans le rapport étroit que chacun entretient avec les autres au sein des communautés particulières et de la communauté générale. La société s'axait sur un pivot inédit : non plus la propriété et le sujet propriétaire, mais le travail et le sujet travailleur, et s'organisait autour d'un droit – celui du travail – que les chartes constitutionnelles libérales n'avaient pas retenu et – dans leur optique individualiste et propriétaire – n'avaient pas pu considérer. Enfin, elle réservait une place, entre les communautés intermédiaires et juste après la

1. Il vaut la peine de rappeler la phrase – très célèbre et souvent citée – sur laquelle se clôt l'article 153 relatif à la propriété : *Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste* (qui peut être traduite un peu librement de la façon suivante : « La propriété comporte des devoirs. Son usage doit viser aussi au bien commun »).

famille, au syndicat, instrument non pas de subversion mais de rationalisation, collaborateur de l'État, doté des mêmes droits et devoirs, capable d'auto-normation¹ dans le mécanisme dynamique des négociations collectives. Tel était le syndicat selon la conception élevée de Sinzheimer. Pour finir, la Constitution instaurait dans l'article 165 les « conseils ouvriers d'entreprise », première forme de démocratie industrielle.

Cela étant dit, de même que la Constitution avait dû tenir compte d'un Parlement, de ses factions et de ses divisions, de même l'utopie weimarienne devait-elle tenir compte des contradictions inhérentes à son ambiguïté : au droit du travail proclamé ne répondait aucune indication ferme qui en garantît l'effectivité ; le syndicat était réduit à une simple *Körperschaft* de l'État-communauté, les conseils d'entreprise restaient des créatures informes devant la propriété privée des moyens de production.

Il nous faut attirer l'attention du lecteur sur un point pour conclure cet aperçu sommaire. Nous reprendrons et développerons pour cela ce à quoi nous n'avons encore fait que de simples allusions. La Constitution de Weimar de 1919 inaugurerait une nouvelle phase dans l'histoire du constitutionnalisme, en ce qu'elle ne se présentait plus comme une charte des droits, catalogue philosophico-politique inventoriant les situations du citoyen générique que l'État était tenu de respecter, mais plutôt comme une authentique Constitution, norme juridique reflétant et disciplinant la complexité d'une société nationale dont elle était le fidèle miroir, de manière à interpréter ses valeurs historiques et à les traduire en principes et en règles de vie.

Cela put se réaliser à Weimar parce que la République naissante fut la première réalisation achevée d'un État pluriclasse au lieu du vieil État monoclasse, incapable – en raison même de sa structuration – de percevoir la totalité et la complexité.

1. « Auto-normation », *Selbstgesetzgebung*, du syndicat est l'idée forte de Sinzheimer en soutien à la position du syndicat à l'intérieur de l'État-communauté.

C'est grâce à cette volonté de tout prendre en considération, au regard ouvert et exempt de préjugés de classe absolutisants, que le sujet a perdu son abstraction : il est désormais un sujet incarné dans l'expérience ; et le Constituant se désintéresse de l'égalité formelle et muséale de la Révolution de 1789 pour concentrer son attention sur les inégalités sociales dans leur factualité.

Jetons juste un coup d'œil sur ce tissu pour nous rendre compte de sa nouveauté¹. Après une première partie consacrée à l'« Organisation et attributions de l'Empire » (p. 225) (*Aufbau und Aufgaben des Reichs*), une deuxième partie est consacrée aux « Droits et devoirs fondamentaux des Allemands » (p. 232) (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*), avec cette éloquente répartition en « sections » dont la première concerne « L'individu » (p. 232) (*Die Einzelperson*), la deuxième « La vie en société » (p. 233) (*Das Gemeinschaftsleben*), la troisième les « Religion et communautés religieuses » (p. 234) (*Religion und Religionsgesellschaften*), la quatrième l'« Éducation et école » (p. 235) (*Bildung und Schule*), la cinquième « La vie économique » (p. 236) (*Das Wirtschaftsleben*). Le lecteur peut mesurer avec cette énumération sommaire la distance entre l'expérience weimarienne et les chartes du premier constitutionnalisme.

5. L'Union soviétique et la construction d'un droit socialiste

Nous n'avons pas encore mentionné la Russie dans ces pages, un monde qui, pendant toute l'époque médiévale et moderne, reste à l'écart dans les contreforts orientaux de l'Europe géographique, avant tout tributaire dans un premier temps d'influences byzantines provenant du Sud et prenant par la suite

1. Les titres et les pages repris ci-dessous sont ceux de la traduction française, *Le Livre des droits de l'homme. Histoire et textes*, présenté par Jean-Jacques Vincensini, Paris, Robert Laffont-Michel Archimbaud, 1985.

son identité propre que la foi chrétienne orthodoxe, intimement imbriquée dans la structure de l'État, contribuait à séparer de la *koinè* occidentale européenne. Même la pénétration du courant des Lumières dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, durant le règne de Catherine II, une princesse allemande devenue impératrice, constitue une simple parenthèse dans un vaste *continuum* de temps où l'Empire russe, malgré les révoltes et les pseudo-réformes du début du XX^e siècle, se présente sous les traits d'une autocratie de type oriental. Tout change avec les révolutions de 1917.

Au moment où l'État tsariste est à l'article de la mort, l'ordre juridique présente deux strates : un droit populaire de formation coutumière, toléré de fait par le régime autoritaire, et un droit législatif officiel consolidé, durant la première moitié du XIX^e siècle, dans ce qu'on appelle le *Recueil des lois de l'Empire russe (Svod Zakonov Rossijskoj Imperii)*, un énorme recueil dont le tome X est consacré aux lois civiles et que nous définirons comme une *consolidation* dans la mesure où il ne suit pas les caractères de rationalité, de systématisme et d'exclusivité typiques d'une authentique codification. Notons, car c'est un point significatif, que son rédacteur, Mikhaïl Mikhaïlovitch Speranski (1772-1839), ministre des tsars Alexandre I^{er} et Nicolas I^{er}, se glorifiait de mettre en évidence l'absolue originalité intra-russe de ce texte en martelant que « notre législation a trouvé ses sources en elle-même¹ ».

Puis l'orage de la seconde révolution – la révolution bolchevique d'Octobre 1917 – ébranla l'édifice avant de le démolir complètement. Elle revendiquait du reste cette radicalité en affichant son ambition de procéder au renversement de l'ancien ordre sociopolitique pour lui substituer un ordre nouveau, qui ne naîtrait pas des luttes politiques ou des mouvements de rue, mais bien plutôt d'une vision nouvelle de l'histoire et de la société (celle de Marx) qui prétendait se fonder sur une

1. La phrase du ministre Speranski peut être lue, remise dans un contexte plus large, in Gianmaria Ajani, *Diritto dell'Europa orientale*, Turin, UTET, 1996, p. 67.

analyse scientifiquement exacte. Il y eut des luttes et des mouvements de rue (et ils furent très sanglants), mais ils tiraient leur force extraordinaire d'une philosophie qui s'était faite idéologie et s'était enfin traduite en un projet de société civile.

Le démiurge de ce projet d'éradication totale pour la Russie fut Vladimir Ilitch Lénine (1870-1924) qui, en dépit de sa culture philosophique impressionnante, n'était pas un philosophe mais un formidable homme d'action ayant su transformer un message philosophique en un projet d'organisation politique et sociale. *L'État et la Révolution*, l'ouvrage qu'il élaborait justement au cours de l'été qui précéda la révolution d'Octobre, peut être considéré comme le bréviaire de la construction de la nouvelle machine d'État en remplacement des débris inutilisables de l'édifice politique tsariste. La finalité du bouleversement est l'instauration de la *dictature du prolétariat*, proposée par Lénine comme solution *démocratique* parce que protectrice des intérêts de la très grande majorité du peuple : l'État prolétarien est, en effet, nécessairement démocratique, puisqu'il reverse toutes ses forces au service du prolétariat.

Au centre du projet dont il est la clé de voûte et le noyau se trouve le parti, le parti unique, le parti communiste, conçu par Lénine comme forme politique de la conscience de classe du prolétariat, comme réalité globale où l'individu et la masse se fondent en donnant vie à une grande unité organique. Un parti dont l'unique vocation doit être réalisée d'urgence sans pouvoir être remise au lendemain : celle de créer un État à son image. On pourrait même dire : de se faire État. Le parti ne coïncide pas totalement avec l'État, qui est cependant un instrument irremplaçable dans ses mains ; l'État n'est que l'appareil de pouvoir, au demeurant pourvu d'une grande capacité coercitive, dont le parti ne peut se passer pour réaliser ses projets.

Voilà que se profile nettement le projet soviétique de palinogénèse de la société russe : parti unique de masse ; rôle déterminant du chef ; idéologie rigoureusement unitaire visant une transformation de la société ; politisation intégrale des rapports sociaux ; contrôle des comportements individuels ;

soumission de l'État au parti et instrumentalisation de l'État soumis à l'idéologie marxiste-léniniste incarnée par le parti; subordination du droit à la politique révolutionnaire impulsée par le parti.

Suivons les grandes lignes de l'histoire juridique à l'intérieur de la nouvelle réalité soviétique.

Nous avons tout d'abord les années du « communisme de guerre » (1918-1921) : le droit se concrétise en décisions du parti révolutionnaire qui prennent la forme soit de décrets des organes de l'État, soit de délibérations des organes suprêmes du parti; on assiste en même temps à une bouillonnante activité de libre création du droit de la part de juges non juristes, à la foi révolutionnaire avérée et porteurs d'une conscience juridique révolutionnaire.

Suivent les années de la NEP (Nouvelle politique économique) (1922-1928) avec l'exigence – en 1923 – de suspendre l'impétueuse marche révolutionnaire pour rechercher un compromis entre l'initiative économique de l'État et celle des personnes privées. Les ambitions de la conscience juridique révolutionnaire sont ravalées et rabaissées, car celle-ci ne doit plus être qu'une source auxiliaire, et les codifications se multiplient dans les différentes républiques de l'Union, à commencer par le Code civil de la République socialiste fédérative soviétique de Russie de 1923 – autant de codes où l'on perçoit l'influence des codes bourgeois.

Enfin, les années de la dictature stalinienne (1929-1953), qui engagent la construction d'un droit étatique compact, marquent le retour à une conception normative et unitaire – c'est-à-dire étatiste – du droit soviétique. Le juriste Andreï Vychinski (1883-1954), surtout connu du grand public comme le futur ministre des Affaires étrangères de l'URSS, coopéra avec le dictateur pour cette opération, notamment dans les années 1930 : le droit se réduit à l'impérativité de l'État, ce qui est la conséquence logique du primat absolu de la volonté politique à laquelle le droit est asservi, volonté exprimée par le parti et manifestée dans la forme de la loi par le Soviet suprême, c'est-à-dire par le Parlement fédéral. Vychinski accorde une très

large place au thème de l'originalité du droit soviétique, avec de clairs objectifs apologétiques et de propagande, répétant presque mot pour mot à plus de cent ans de distance les déclamations de Speranski, le ministre du tsar, et confirmant le réflexe xénophobe comme constante de la culture russe. Il est en revanche facile de remarquer qu'il adopte substantiellement, quoique sans le dire explicitement, des schémas mentaux, des catégories logiques et des solutions techniques propres à la science juridique occidentale.

Immédiatement après la fin de la Seconde Guerre mondiale, le modèle juridique soviétique fut très logiquement exporté, à de rares variations près, dans les différents États d'Europe orientale absorbés dans l'orbite politique et économique de l'URSS, et c'est ainsi que se constitua une aire juridique dans laquelle les spécialistes du droit comparé reconnurent, à côté des aires de *civil law* et de *common law*, l'un des grands systèmes juridiques ayant fait des choix très caractéristiques. Tout cela n'est plus depuis le début des années 1990 qu'un chapitre de l'histoire du droit contemporain à la suite de la restauration en Europe orientale de démocraties parlementaires et pluripartites et, par conséquent, de l'annulation de ce modèle.

6. Le droit dans les régimes totalitaires italien et allemand

Le xx^e siècle est l'ère des totalitarismes. Après la première expérience russe d'application de la dictature du prolétariat selon le projet marxiste-léniniste, d'autres lui succèdent en Europe, d'inspiration différente, mais équivalentes en termes de résultat, puisqu'elles donnent vie à une réalité politico-juridique totalitaire de laquelle se détachent quelques caractères communs fondamentaux déjà signalés dans le chapitre précédent : imposition d'une idéologie unitaire ; existence d'un parti unique de masse ; rôle déterminant du chef ; politisation intégrale des rapports sociaux ; contrôle des comportements

sociaux des individus. Penchons-nous ici sur l'expérience fasciste en Italie et sur celle du national-socialisme en Allemagne, tant pour leur importance historique que parce que d'autres pays (par exemple le Portugal de Salazar et l'Espagne de Franco) prirent pour modèle ce qui s'était consolidé en Italie.

a) Le fascisme, qui entend se substituer à l'anarchie du régime libéral avec ses individualismes anachroniques et qui se félicite d'éviter la dictature communiste de type soviétique, tend – avec les applaudissements des classes économiquement fortes – à la création d'un État autoritaire ; mais, ayant conquis le pouvoir en respectant les règles de la correction constitutionnelle, il avance en tenant bien fixé sur son visage le masque du respect formel des procédures de la tradition. Sur le plan formel, il se glisse dans le lit du vieil État de droit, *a minima* sans doute, c'est-à-dire par la réaffirmation persistante du primat de la loi ; mais en réalité il met fin à la pluralité des partis, se lance dans l'entreprise minutieuse d'organisation et de contrôle des masses, crée des institutions qui, de fait, portent atteinte aux droits fondamentaux du citoyen, tel le tribunal spécial pour la défense de l'État.

En Italie également, c'est le parti unique qui constitue la nouveauté la plus radicale, en l'occurrence le parti national fasciste, moyen terme nécessaire et instrument de médiation entre les sujets individuels et l'État, lieu d'élection pour la milice et d'engagement politique de chacun. C'est le parti qui, grâce à des organismes paramilitaires, à différentes organisations fascistes de masse, aux organisations de loisirs, ordonne la société, forme la future classe dirigeante et permet à l'État d'être pleinement l'incarnation de la nation. C'est grâce au parti que l'État atteint son but qui est d'incarner l'intérêt national, et l'on voit s'ébaucher clairement la tendance principale qui conduit, pendant les vingt années que dure le régime, à une présence toujours plus envahissante de l'État, avec deux étapes fondamentales. L'année 1928, quand, avec la « constitutionnalisation » du Grand Conseil du fascisme, organe suprême du parti, on décide de la coïncidence entre les fonctions de chef du parti et de chef du Gouvernement ; 1939, quand est

instituée, à la place de la Chambre des députés, la Chambre des faisceaux et des corporations, annulant ce qui restait de l'ancien régime parlementaire.

Sur le plan du droit, c'est le principe de stricte légalité qui est en vigueur, même si les lois prennent quelquefois des contenus qui s'en écartent, voire la contredisent, comme c'est le cas pour les lois raciales de 1938. Et le régime se glorifie de légiférer, réalisant des interventions courageuses comme par exemple dans le domaine de l'économie ou pour la bonification intégrale, mais surtout en promouvant et en réalisant une grande codification à large rayon d'action : ce seront en 1931 les Codes pénal et de procédure pénale, en 1942 les Codes civil, de procédure civile et de la navigation. Il s'agit de rédactions législatives qui, débarrassées des références fascistes peu nombreuses, ont traversé indemnes l'effondrement du régime et sont, en partie, toujours en vigueur dans la République italienne – une vitalité et une longévité qui sont le signe indubitable de leur validité. Le Code civil tel qu'il est entré en vigueur en 1942 (qui est un code unique pour tout le droit privé qui place aussi sous sa coupe le terrain réservé de l'ancien Code de commerce), rédigé par une commission formée des plus éminents juristes italiens, représente la traduction dans la discipline législative des acquisitions scientifiques les plus importantes du xx^e siècle juridique et constitue un grand pas en avant par rapport au Code de 1865, à tendance individualiste et francisante. Soulignons la portée toute particulière du livre V, « Du travail », parce qu'il apparaît dominé d'un côté par une attention nouvelle à la dimension « travail » et de l'autre par le schéma organisationnel de l'*entreprise* dont nous devons la mise au point, comme nous le savons déjà, aux courants du droit commercial les plus novateurs du xx^e siècle européen.

Il faut signaler l'existence, au sein du régime, à côté des habituels serviteurs zélés du pouvoir, d'une science juridique de très haute qualité qui se préoccupe avant tout de la scientificité rigoureuse de son discours ; nous en avons une preuve éclatante quand, à Pise, en 1940, lors d'un congrès destiné à

discuter le projet du ministre fasciste de la Justice de porter à l'approbation du Grand conseil du fascisme un ensemble de principes généraux de l'ordre juridique fasciste à mettre en tête du nouveau Code civil en cours d'élaboration, la science juridique italienne – par la voix de ses personnalités les plus éminentes – a le courage de répondre par la négative, consciente que cela reviendrait à introduire dans le bréviaire juridique de la vie quotidienne des Italiens un corps étranger du fait de sa politicité aiguë et de son lien patent avec l'idéologie du régime. Dans les Codes, en particulier dans les Codes civil, de procédure civile et de la navigation, c'est une réflexion scientifique de très haut niveau qui s'est transformée en système normatif.

Mais le fascisme fit un choix sur lequel il faut attirer l'attention parce qu'il représente un élément typique de l'histoire du droit italien au xx^e siècle : celui d'une structure corporatiste de la société et de l'économie, c'est-à-dire d'une structure qui, se méfiant des énergies individuelles, prenait pour pivot les collectivités organisées et les intérêts dont elles étaient porteuses, toutes harmonisées et composées avec l'intérêt national qui les surplombait. Elle prenait comme pivot l'individu tel qu'il s'exprime à l'intérieur des différents regroupements. Sur le plan sociopolitique, le corporatisme devait servir à dépasser le dualisme entre société et État ; sur le plan économique, à mettre sur pied une coopération entre les différentes catégories productives.

Le programme fasciste était très clair depuis le début et désignait bruyamment les deux ennemis à combattre, le libéralisme individualiste et le bolchevisme collectiviste. Le choix du corporatisme, que le régime fera officiellement avec une loi fort complexe en 1926, est donc inévitable, mais il sera assurément fait sans enthousiasme. Une structure corporatiste, même garrottée et déformée comme elle le sera dans sa forme autoritaire fasciste, représente en effet toujours une fêlure dans la compacité sociale et économique à laquelle tout totalitarisme aspire.

Il y eut à coup sûr des garrots. Au niveau politique, le premier et le plus conditionnant fut *le parti*, le parti unique ; au niveau

économique et social, ce fut la loi introductive de 1926 qui prescrivait la reconnaissance légale des associations de travailleurs et d'employeurs (et annulait du coup la liberté syndicale), déclarait illicites la grève et le *lock-out*, et instituait une magistrature spéciale pour trancher les controverses de travail. On donnait ainsi à la structure corporative une cuirasse autoritaire qui était assurément trop contraignante pour elle, et on endiguait le pluralisme qui est inévitablement sous-jacent à toute articulation corporative.

L'antinomie et la contradiction entachent donc la politique juridique du régime, lequel procéda péniblement à la construction du nouvel ordre, encore inachevé lorsque le gouvernement s'effondra en 1943. Cependant, le corporatisme italien des années 1920 et 1930, dans son ambiguïté, permit à une science juridique curieuse et clairvoyante de développer des observations et des intuitions qui devaient être précieuses pour l'évolution future du droit après le fascisme. Il en va du droit des États totalitaires comme de la législation exceptionnelle de la Grande Guerre : au milieu de distorsions faciles à repousser et qui le furent bien vite avec la chute du régime, il y a une lecture de l'âge présent qui contient les germes d'itinéraires futurs. Il suffit de lire les actes des congrès scientifiques et les revues juridiques de la décennie 1930-1940 pour s'en rendre compte.

b) Il faut reconnaître un caractère encore plus radical, parce qu'il est complètement coupé des précédentes formes d'État et refondé sur de nouvelles racines, au totalitarisme national-socialiste (nazi) en Allemagne, la nomination à la fonction de chancelier d'Adolf Hitler le 30 janvier 1933, opérant un renouvellement de la société et de l'État allemands.

Comme dans le cas du fascisme en Italie, le bouleversement s'explique, pour ce qui est de ses causes profondes, par de graves conflits sociaux et politiques et par la tout aussi grave crise économique du *Reich* weimarien ; comme dans le précédent italien, le nouveau régime accéda au pouvoir en respectant les procédures constitutionnelles. Mais la subversion des valeurs démocratiques fut immédiate et menée à bien dans

les mois qui suivirent : suspension des droits fondamentaux ; pleins pouvoirs accordés au gouvernement de promulguer des lois ordinaires et constitutionnelles ; suppression de la pluralité des partis ; annulation de l'autonomie des *Länder*, c'est-à-dire des régions dont la fédération constituait le Reich ; institution d'un tribunal spécial pour les droits politiques.

Les nouvelles racines, auxquelles j'ai fait allusion ci-dessus, peuvent se résumer à un choix : le racisme est au fondement même du national-socialisme. Alors que la discrimination raciale reste étrangère au fascisme italien, qui ne l'adoptera qu'à la suite de son expansion coloniale, à la conquête de l'Éthiopie et à la constitution de l'Empire en 1936, cette dimension caractérise le message originel de Hitler dès la rédaction de son bréviaire programmatique, *Mein Kampf* (Mon combat), écrit entre 1923 et 1926 : l'histoire comme conflit entre races supérieures et inférieures ; le judaïsme comme pieuvre parasitaire ; l'identité d'un peuple conçue en tant qu'identité raciale ; l'identité d'un individu comme appartenance à un peuple ; l'État en tant qu'instrument pour protéger le développement de l'homogénéité raciale d'un peuple.

Au cœur du nouveau verbe national-socialiste se trouve le peuple, le *Volk*, qui est une notion très éloignée de celle invoquée par les romantiques et les historicistes des XVIII^e et XIX^e siècles. Ce *Volk* radicalement nouveau tire son identité et son unité de son substrat biologique nécessaire ; le *Volk* est un peuple qui a un sang homogène, de telle sorte que seule cette homogénéité lui permet de devenir *Gemeinschaft*, communauté spirituellement et socialement unitaire. Le nouveau *Volk* peut, une fois débarrassé des déformations historiques, retrouver sa véritable identité perdue et sa fonction de *Volksgemeinschaft*, de communauté unitaire extrêmement compacte.

C'est là qu'intervient la fonction vitale du parti : il est l'interprète du *Volk*, son miroir concret, et il ne peut donc en tant que tel qu'être *le parti*, le parti unique. Le parti a par conséquent pour rôle de fonder l'État, de faire de l'État un appareil de pouvoir qui réponde à sa vocation populaire. État et parti

ne sont pas pensables comme entités disjointes, et il leur est indispensable de trouver un pivot très solide de leur unité organique, c'est-à-dire un chef, le *Führer* : il sera à la fois chef de l'État et chef du parti, et s'il doit être chef des deux instances, c'est parce qu'il est le seul en mesure d'exprimer la totalité du peuple, sa volonté la plus profonde. Le *Führer*, dans l'idéologie nazie, est la personnification du peuple, il en est la personne-guide dotée d'un charisme extraordinaire et d'une force créatrice, et c'est entre ses mains que doit converger une plénitude absolue de pouvoirs. L'État nazi est donc en parfaite opposition avec celui de la tradition libérale, État total, *Völkischer Führerstaat*, qui exprime la communauté organique du peuple en la personne du guide suprême.

Qu'en est-il du droit ? On comprend bien que cet ordre nouveau, parce qu'il inverse l'ancien, doit reposer sur de nouvelles fondations juridiques. Le droit coïncide avec les valeurs dont le *Volk* est porteur, et le juge – qui n'est certes pas le juge de la tradition libérale, qui ne se recommande que d'une logique formelle – joue un rôle de premier plan, puisqu'il est l'interprète naturel de ces valeurs et celui qui les traduit dans la décision, dans l'application concrète.

Et l'on comprend bien qu'il faille aussitôt concevoir un nouveau juriste, soustrait au carcan du légalisme-formalisme bourgeois et, au contraire, bien inséré dans la nouvelle vision nationale-socialiste qui fait fond sur l'effectivité de la vie du *Volk*. À peine fut-elle créée à Munich, en 1933, que l'*Akademie für deutsches Recht*, placée sous la présidence du *Reichsrechtsführer* (guide du droit du Reich) Hans Frank (1900-1946), commença l'élaboration des nouvelles constructions juridiques : à côté de la servilité envers le pouvoir de la part de nombreux juristes, à côté des aberrations qui légitimèrent « scientifiquement » l'horreur du droit raciste, la grande qualité intellectuelle de certains juristes permit – par exemple en termes de propriété et de contrat – d'apporter au droit civil bourgeois quelques révisions qui devaient avoir une fonction positive dans le développement scientifique du droit privé jusqu'après la chute du nazisme.

Et l'on comprend que le vieux BGB, plongé dans l'air raréfié d'une science abstraite et pure, ait été disqualifié pour ordonner la nouvelle société allemande ; on lui opposa promptement le projet d'un *Volksgesetzbuch*, un Code populaire, dont la rédaction fut confiée à l'Akademie munichoise. La guerre empêchera que le projet, prêt dès 1938, devînt loi positive.

Ultime remarque : dans ces circonstances, que nous avons sommairement décrites, il n'y a pas de place pour une continuation de la « démocratie collective » weimarienne. On procéda à un démantèlement progressif des syndicats et des conseils d'entreprise et à une étatisation rigide du droit du travail. Le *Führerprinzip*, c'est-à-dire le principe général de la soumission de l'ensemble du système aux ordres d'un chef, fut appliqué aussi au niveau des entreprises. Toute entreprise constituait une communauté formée par le chef (l'entrepreneur) et par ses subordonnés contraints à une obéissance complète ; l'entrepreneur, en tant qu'il participait de la grande communauté nationale, était à son tour tenu d'obéir aux directives nationales, aux contrats de travail types (c'est-à-dire à des modèles prédéterminés par le ministère du Travail) et aux ordonnances ministérielles.

7. Après 1945. Nouvelles Constitutions et vieux codes. Le lancement du processus d'unification européenne

Entre 1939 et 1945, l'Europe et le monde entier vécurent une longue guerre dévastatrice. Et, conséquence des nouvelles structures sociales, économiques et politiques, le tissu du droit européen en fut profondément marqué.

Si en Italie et en Allemagne les régimes totalitaires fasciste et nazi sont révoqués, en Espagne et au Portugal les fascismes de Franco et de Salazar sont en place pour longtemps encore.

L'Union soviétique reste fidèle à l'idéologie marxiste-léniniste, avec quelques nouveautés d'importance : dans les

pays d'Europe orientale, qui font une entrée forcée dans l'aire soumise à la suprématie politique soviétique, sont imposés des régimes politiques et juridiques modelés sur le modèle soviétique ; et cette aire politique, strictement séparée des pays occidentaux et opposée à eux dans ce qu'on a appelé la « guerre froide », prend les traits d'une aire juridique autonome où se consolide – jusqu'aux bouleversements politiques de la fin des années 1980 – ce que les comparatistes nomment le « droit des pays socialistes ». À la seule exception de la Fédération yougoslave qui fait le choix de l'autonomie et emprunte une voie originale dans la construction du socialisme, le modèle soviétique s'impose dans la République démocratique allemande (DDR), en Pologne, en Tchécoslovaquie, en Hongrie, en Roumanie, en Bulgarie, en Albanie, avec des variations de surface : la dictature du prolétariat, le parti communiste comme parti unique, la propriété par l'État des moyens de production et l'enchâssement de la vie économique dans l'appareil centralisateur de l'État.

Quant à l'histoire juridique de l'Occident européen, deux faits surtout méritent d'être signalés : le renouvellement constitutionnel en Allemagne et en Italie, et la vigueur non démentie des vieilles codifications.

Même la France se donne en 1946 une nouvelle Constitution fondée sur le rôle central du Parlement, mais elle se situe dans le sillage d'une continuité démocratico-parlementaire qui n'a pas connu de rupture (sinon au cours de la partielle et très brève existence de l'État fantoche de Vichy). En Allemagne et en Italie, il faut en revanche, après les régimes totalitaires, refonder radicalement les nouveaux États.

L'Allemagne, qui ne nous intéresse ici que pour sa partie occidentale dans la mesure où la partie orientale de ce pays désormais nettement divisé est complètement passée sous la sphère d'influence soviétique, connut un démarrage constitutionnel très singulier¹ – une singularité liée à l'occupation

1. L'Allemagne de l'Est se donna une Constitution en 1949, s'inspirant de son propre choix pour l'organisation socialiste de la société et de l'État.

militaire prolongée du pays par les puissances victorieuses de la Seconde Guerre mondiale. C'est en 1948 que les gouvernements militaires entreprirent de pousser les gouvernements des *Länder* déjà reconstitués à mettre en place et activer un processus constituant. Vu la division permanente de la nation allemande et de son territoire, on retint une solution placée sous le signe du provisoire ; on ne s'autorisa pas une assemblée constituante, mais on lança un simple Conseil parlementaire (*Parlamentarischer Rat*) avec la tâche de rédiger non pas une Constitution (*Verfassung*) mais une modeste Loi fondamentale (*Grundgesetz*) qui devait entrer en vigueur le 23 mai 1949. Comme l'énonce l'article 20, on donnait ainsi vie à un « État fédéral, démocratique et social » dans lequel le peuple devait exercer sa souveraineté par le biais d'élections libres, selon les exigences du parlementarisme occidental consolidé. Instruit par les faiblesses qui avaient condamné l'expérience weimarienne, le Conseil parlementaire, après avoir fixé les traditionnels droits individuels aux différentes libertés dont il fit non pas des principes programmatiques (comme dans la Constitution de Weimar) mais des règles juridiques immédiatement valables, voulut protéger la Loi fondamentale démocratique en précisant expressément, dans l'article 18, que « quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse, de la liberté de l'enseignement, de la liberté de réunion, de la liberté d'association [...] pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ces droits fondamentaux », et en définissant dans l'article 21 comme inconstitutionnels les partis politiques qui « tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne ». Un tribunal constitutionnel fédéral (*Bundesverfassungsgericht*) fut également institué, avec le rôle d'un authentique gardien de la Constitution.

En Italie, après le référendum populaire abrogeant l'institution monarchique, une Assemblée constituante pourvut à l'élaboration d'une charte constitutionnelle, entrée en

vigueur le 1^{er} janvier 1948, où la contribution conjointe des forces catholique, libérale et marxiste présentes dans ladite Assemblée se reflète clairement. Ce n'est pas une charte des droits, mais une Constitution dans le sens nouveau du terme, celui qu'il a pris après Weimar. Elle ne concerne pas seulement l'« Organisation de la république », à laquelle est consacrée la seconde partie, mais elle commence par fixer les « Principes fondamentaux » (art. 1-12) et réserve à une première partie l'analyse détaillée des « Droits et devoirs des citoyens » (art. 13-54). Ses premiers articles, entre autres, affirment la souveraineté populaire, reconnaissent le rôle des formations sociales, engagent à œuvrer à une égalité non pas uniquement formelle et établissent l'unité et l'indivisibilité de la République articulée en autonomies locales. Notons, parce qu'elle est importante, l'institution d'un juge des lois, la Cour constitutionnelle, en tant que gardien de la Constitution.

Ci-dessus, dans le titre de notre paragraphe, nous avons parlé de nouvelles Constitutions et de vieux codes. Et en effet, le lecteur ne sera pas surpris d'apprendre qu'en France le Code Napoléon poursuit sa longue vie et que le BGB connaît de même une belle longévité en Allemagne de l'Ouest, le projet d'un Code populaire national-socialiste étant resté au stade de projet. Code Napoléon et BGB représentaient, en effet, les deux modèles de codification libérale. Mais le lecteur sera en revanche surpris de constater la persistance d'une codification italienne entièrement conçue et rédigée durant les vingt années du régime fasciste. Nous avons anticipé notre explication : en dehors de certains placages fascistes forcés, l'œuvre législative fut surtout le fruit du travail de juristes, avant tout des universitaires, mais aussi des juges. Et les juristes eurent le grand mérite, dans un réflexe historiciste, de consulter et d'interpréter leur propre époque plus que le régime avec ses prétentions de mauvais aloi. Cette conclusion vaut pour l'ensemble de la codification même si – évidemment – la main du régime autoritaire se fait sentir plus pesamment dans les Codes pénaux de 1930-1931, du fait du lien étroit entre la matière punitive et l'ordre public de l'État. Dans l'immédiat après-guerre, la

question se posa de ce qu'il fallait faire de cet héritage, mais il sortit de ces vifs débats la proposition, largement majoritaire, de le conserver, en programmant seulement une assez facile opération de « désinfection » des parasites nichés dans le tissu du corps vivant de la codification (l'image n'est pas de moi, mais d'un grand juriste italien, le spécialiste de droit de la procédure civile Piero Calamandrei).

On ne peut clore ce livre dédié à *L'Europe du droit* dans son évolution historique sans faire au moins allusion au processus pénible et grandiose – et toujours en cours – conduisant à l'unité européenne politique et juridique : grandiose parce qu'il s'agit de la construction d'un édifice imposant qui a reçu des adhésions de plus en plus nombreuses d'États, pénible parce qu'il s'agit de réduire un archipel d'îles étatiques à un continent politiquement et juridiquement compact. Le processus peut être – très sommairement – résumé en quelques étapes que j'indique ici : le traité de Paris de 1951 institue un premier embryon unitaire, la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) ; le traité de Rome de 1957 institue la Communauté économique européenne (CEE) et la Communauté européenne pour l'énergie atomique (CECA) ; le traité de Maastricht de 1992 donne vie à l'Union européenne comme réalité complexe concernant non pas seulement le charbon et l'acier, l'économie, l'énergie atomique, mais également la politique étrangère et la sécurité commune, la justice et les affaires extérieures. On est récemment parvenu à forger une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, communément appelée traité de Nice parce que c'est à Nice, au cours du sommet du 7 décembre 2000, qu'elle fut proclamée et signée par les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, après avoir été approuvée en 2000 par le Parlement européen et par la Commission. Très récemment, en 2004, elle est devenue partie intégrante du traité qui adopte un projet de Constitution pour l'Union.

8. Quelques considérations finales entre deux millénaires

Puisque l'historien doit avoir une ferme conscience du présent dans lequel il vit et agit, de manière à augmenter l'acuité du regard qu'il tourne vers la compréhension du passé, qu'il nous soit autorisé une ultime considération sur l'itinéraire que nous sommes en train de parcourir, à cheval entre deux millénaires. Aujourd'hui, le droit et le juriste (c'est-à-dire celui qui voue au droit sa vie professionnelle ou universitaire) vivent un moment d'incertitude, du fait de la rapidité et de l'intensité des changements qui les bouleversent ; mais si ce moment n'est guère facile, l'historien en perçoit toutefois la fécondité. Oui, c'est un moment fécond parce que s'y esquisse un nouveau paysage juridique qui n'a pas encore pris son visage définitif et qu'il est encore bien difficile de définir. Nous nous éloignons chaque jour un peu plus du paysage clair et simple d'hier, trop clair et trop simple pour pouvoir refléter fidèlement le soubassement social complexe qui le sous-tend. Les idoles vénérées par la vieille mythologie juridique de la modernité semblent en bonne partie brisées : étaticité du droit, loi, principe de légalité très strict, principe de division extrêmement rigide des pouvoirs, hiérarchie des sources.

Les deux planètes de *civil law* et de *common law* ont vu récemment se combler le fossé qui les séparait si nettement par le passé, et l'Union européenne – dont le Royaume-Uni est une composante fondamentale – est devenue, dans ses institutions et dans sa production normative, le laboratoire d'une fusion toujours plus intense. Sur le continent, l'État, protagoniste juridique indiscuté de la modernité, se montre de plus en plus incapable d'ordonner juridiquement la société, et la loi est en train de quitter son rôle d'instrument essentiel de production du droit. Nous pouvons observer comment des pouvoirs distincts du pouvoir politique – en premier lieu, le pouvoir économique – ont entrepris de forger de nouvelles institutions juridiques plus convenables à leur développement ;

et nous assistons pareillement à une mondialisation croissante de tous les phénomènes sociaux, qui tend à faire abstraction de ces lignes de démarcation souvent absurdes que sont les frontières des États.

Le droit officiel subit la concurrence de droits provenant d'autres sources, multiples, et c'est souvent la pratique qui est le laboratoire où le nouveau droit prend forme. Si hier le critère déterminant était celui de la validité, c'est-à-dire de la correspondance avec un modèle général faisant autorité (le plus souvent produit par l'État), il semble qu'aujourd'hui la victoire revienne à celui de l'effectivité, c'est-à-dire de la capacité qu'ont une règle ou une institution à être concrètement observées et appliquées. Les limites si marquées dans un passé très proche entre fait et droit se brouillent, et l'approche ne peut se faire qu'à travers une factualité assumée du droit. Le lecteur, qui a suivi avec attention son déroulement dans ces pages, sera tenté de penser à une reviviscence de civilisations juridiques éloignées dans le temps. Pensée utile et, en même temps, fallacieuse : utile parce qu'elle l'instruit de la relativité des inventions qui furent un temps considérées comme les étapes d'un irréversible progrès ; fallacieuse parce qu'elle risque d'obscurcir la singularité de ce moment postmoderne modelé par des forces nées aujourd'hui pour ordonner l'aujourd'hui selon les exigences de l'aujourd'hui.

Que le lecteur ne soit pas saisi d'effroi si le terrain se dérobe sous ses pieds. En effet, nous sommes en train de creuser le sol pour ménager de la place aux fondations d'un nouvel édifice juridique, en cohérence avec tout ce que requiert la nouvelle maturité des temps en formation lente.