



## Vingtième siècle : la redécouverte de l'historicité du droit

**Résumé :** S'interrogeant sur les caractéristiques de la modernité et de la post-modernité en droit, cet article s'intéresse aux conséquences que ces caractéristiques ont pu avoir pour l'histoire du droit. Observant quelle révolution copernicienne a eu lieu avec la reconnaissance du caractère essentiellement social du droit, il note quelle conquête constitue la conscience de l'historicité du droit dans la conscience collective de l'Europe de *civil law*.

**Abstract :** *Questioning the characteristics of modernity and post-modernity in law, this article examines the consequences that these characteristics may have had for the history of law. With the recognition of the social nature of the law, the consciousness of the historicity of law constitutes an essential conquest in the collective consciousness of the Europe of civil law.*

**Mots-clés :** modernité juridique – post-modernité juridique – XX<sup>e</sup> siècle – Historicité du droit

**Keywords :** *Legal Modernity – Legal Post-Modernity – Twentieth Century – Historicity of Law*

1. Je voudrais me servir, pour une meilleure mise au point de mon thème, d'une position dialectique entre « moderne » et « post-moderne » en histoire du droit<sup>1</sup>. Nous vivons maintenant dans le post-moderne ; c'est un moment historique initié dès les premières années du vingtième siècle. C'est dès ces années-là que commence la fin de la modernité.

2. Quels sont les traits caractéristiques de la modernité juridique, d'un droit vraiment moderne ? Son début peut remonter au moment Jacobin de la grande Révolution et son noyau réside en la complète étatisation du droit. Complètement renouvelé par rapport à la structure sociale et politique de l'Ancien Régime, le nouvel État français a prétendu monopoliser la dimension sociale toute entière. A été visé en premier lieu le droit, le droit public comme surtout le droit privé, et notamment le droit civil où se trouve, fondamentalement, rédigée la constitution socio-économique de toute civilisation bourgeoise, à l'instar de celle sortie des forges révolutionnaires. Au niveau du droit, le résultat a été un total bouleversement du système des sources. Fruit d'une structure politique qui était une « société de sociétés » (selon la très pertinente image utilisée par Portalis dans son *Discours préliminaire au Code Civil*), l'ancien pluralisme a fait place à un rigide monisme juridique. Les sources ont été implacablement hiérarchisées. La pyramide des normes aboutit à une seule source placée sur la première marche de l'escalier : la loi, c'est-à-dire la manifestation juridique du pouvoir suprême, le pouvoir politique. Dans cette vision de l'ordre juridique le droit, tout le droit, vient du pouvoir d'en haut. Tout le droit se résout par un impératif. Tout le droit se résout par un ensemble de commandements.

3. Quel a été le coût de l'opération ? Dans le domaine du droit, le coût de l'opération a été non seulement un indispensable lien avec le pouvoir, mais aussi une séparation très nette avec la société et son continuuel devenir. Plus encore : une séparation très nette avec l'histoire quotidienne des hommes. Le coût de l'opération a été une conception du droit comme quelque chose de formel, d'abstrait, l'identification croissante du droit à une science pure, *reine Rechtslehre*. Le coût de l'opération a été une déshistoricisation du droit, l'inutilité ou la très grande limitation de l'utilité de l'histoire du droit ; l'histoire du droit conçue

<sup>1</sup> P. Grossi, « Novecento giuridico : un secolo pos-moderno », dans *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma/Bari, Laterza, 2012, p. 3-39.

comme un luxe et réduite au rôle de simple érudition. Et ceci dans toute l'Europe continentale, dans tous les pays de *civil law*, en France et dans les États – pour ainsi dire – « francisants » (ou : soumis à l'influence française) du fait du phénomène déferlant des codifications, comme en Allemagne où s'est développée la science toute abstraite des Pandectistes.

4. Cependant, ce qui semblait acquis pour l'éternité s'est trouvé rongé par le développement, la croissance et les transformations très intenses qui ont éclaté à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et se sont affermis dans les premières années du XX<sup>e</sup> siècle : d'une part, le « quatrième état », qui a pris de plus en plus conscience de son rôle à l'intérieur de la société et a défendu ses droits avec des luttes sanglantes et des grèves sauvages troublant la tranquillité de l'ordre bourgeois ; d'autre part, une économie désormais non plus seulement agraire et commerciale mais aussi industrielle (avec un nombre toujours croissant de grandes entreprises).

5. C'est ainsi qu'a commencé un siècle vraiment nouveau, le siècle post-moderne. Et, lentement mais progressivement, en matière de conceptions juridiques, s'est dessinée une approche toute nouvelle. Les plus attentifs aux mouvements et aux changements, les juristes en ont pris bonne note sans s'émouvoir négativement. Au contraire, ils ont sauté sur l'occasion pour opérer des choix courageux.

6. Le premier de ces choix a consisté à reconnaître le caractère essentiellement social du droit et à redécouvrir les inséparables liens avec le tissu social. Pour la science juridique il n'y avait là rien de banal. Il en allait même d'une véritable révolution copernicienne : il s'agissait de reconnaître que l'essence du droit n'était pas dans un commandement, alors même que c'est avec ce caractère qu'il nous apparaît dans la vie quotidienne, où il est souvent violé et où est rendue nécessaire l'intervention de la police et des juges<sup>2</sup>, alors même que nous nous apercevons de la présence du droit surtout dans la circonstance pathologique de sa violation, lorsque les pouvoirs publics rétablissent la discipline. Il s'agissait de démontrer que l'essence du droit est toute autre chose, qu'en tant que dimension physiologique de la structure sociale, elle consiste plutôt dans l'organisation de cette structure, et que c'est ainsi que le droit apparaît comme véritable sauveteur d'une civilisation. Voilà la grande vérité – élémentaire mais formidable – qu'a eu le mérite de souligner un savant italien, le juriste, professeur de droit constitutionnel, Santi Romano, lequel, dans un très petit livre (telle est la force intellectuelle de certains petits livres pauvres de pages et puissants en idées !) a proposé une nouvelle formule identitaire : le droit est avant tout ordre. Le titre du livre est, en effet, *L'ordinamento giuridico*, l'ordre juridique<sup>3</sup>.

7. Mais en quoi réside la révolution copernicienne, dont nous avons parlé ? On ne regarde plus désormais le droit de haut en bas, comme le produit d'un pouvoir politique s'abattant sur la tête des citoyens et réclamant seulement obéissance, obéissance passive. Le point de vue se trouve complètement renversé. On observe le droit de bas en haut, scrutant sa naissance dans le magma social et en saisissant son essence la plus secrète. On considère que le droit n'est autre chose que la société qui ordonne elle-même. Ce n'est plus la seule volonté du potentat souverain qui compte. Le droit, en tant qu'ordre, ne peut qu'enregistrer les valeurs, les intérêts, les faits qui roulent dans le bas niveau de la société et qui sont généralement partagés.

8. Mais qu'est-ce que c'est la société ? C'est une communauté qui vit dans l'histoire, qui vit son histoire. Grâce à la redécouverte de l'essentielle socialité du droit, on a aussi redécouvert son historicité. Ceci est révolutionnaire, si l'on pense aux anciens dogmatismes qui figeaient le droit en vigueur, le séparaient de l'histoire et contribuaient à le rendre abstrait, absolument abstrait même lorsqu'il était officiel et légal, raison pour laquelle la science juridique ne pouvait être qu'une science pure selon la doctrine de Kelsen, une science – hélas ! – qui ne se pouvait mêler avec l'histoire.

9. Cette révolution saisit d'une façon intense le domaine des sources, à commencer par celle qui a un rôle prévalent au XX<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire la Constitution, terme renvoyant ici non pas aux chartes et déclarations des droits de l'Âge moderne, mais aux chartes constitutionnelles de l'Âge post-moderne (dont celle de

<sup>2</sup> P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2015 (22<sup>e</sup> éd.).

<sup>3</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946 (II<sup>e</sup> éd. revue par l'auteur).

Weimar est la première manifestation accomplie)<sup>4</sup>. Tandis que les vieux Codes continuent à proposer une vision essentiellement abstraite (surtout dans le domaine du droit civil, tel le Code allemand de 1900 partiellement renouvelé il y a plusieurs années ou le Code italien de 1942 partiellement renouvelé lui aussi en quelques domaines plus sensibles au développement social et économique), les Constitutions de la phase post-weimarienne – grâce à leur fondation réellement démocratique – représentent avec beaucoup de fidélité les valeurs, les intérêts, comme les faits présents dans le tissu de la société. Un éloquent exemple en est la Constitution italienne de 1948 encore en vigueur. Nos Pères constituants ont prétendu atteindre un seul résultat : analyser la trame de la société afin de pouvoir dessiner une sorte de bréviaire utile à la vie quotidienne du citoyen italien, un bréviaire qui fût en mesure de reproduire les valeurs, les intérêts comme les faits courants en bas à l'intérieur de la communauté vivante italienne. Le choix fondamental fut de ne pas contraindre la société à supporter une volonté autoritaire émanant d'en haut, mais d'identifier en bas le droit vivant du peuple pour le traduire en principes. Quant à ces principes, il s'agit non d'établir des commandements secs et minutieusement détaillés, mais des instruments généraux capables d'instituer, dans ses lignes de force, une architecture stable et sûre mais dans le même temps souple, et donc susceptible, à l'intérieur du périmètre constitutionnel, d'accueillir mouvements et changements<sup>5</sup>.

10. Une observation s'impose pour finir. En Italie, aujourd'hui, il est bien facile de constater que le législateur, loin de produire des réglementations très détaillées, préfère établir des principes, attestation palpable, en ces temps post-modernes caractérisés par une transition rapide et incisive, d'une extrême clairvoyance. Pour autant, en Europe, dans le cadre du processus de formation du droit unitaire, le choix est bien visible : l'exigence – parfaitement perçue par la Commission et le Parlement – porte sur le fait d'établir des principes ; un rôle créatif étant à cet égard dévolu à la Cour de Justice chargée de leur repérage dans l'ensemble des traditions constitutionnelles des États membres de l'Union Européenne<sup>6</sup>. Cela permet de comprendre tout un amas de discussions, mais laisse de sérieux doutes sur la possibilité d'établir un Code, et en particulier un Code Civil, à l'échelle de l'Europe toute entière. Prévaut dès lors la crainte d'une probable fossilisation (et consécutive immobilisation) d'un droit qui doit être corrélé aux profonds changements en cours au niveau social et économique.

11. Tout cela nous révèle à quel point l'historicité du droit est un sentiment très vif dans la conscience collective de l'Europe de *civil law*. Il y a là non seulement une nécessité des temps post-modernes que nous vivons, mais aussi, d'un point de vue méthodologique, une véritable conquête. Ayant heureusement surpassé l'étroitesse de l'arrangement moderne du droit, un arrangement dicté par une lourde idéologie étatiste et légaliste, laquelle avait réduit d'une façon énorme la richesse de l'expérience juridique, c'est une conquête que nous avons le devoir d'estimer comme une intangible ligne d'arrivée.

Paolo GROSSI

4 P. Grossi, « La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, LXIV, 2013-3, p. 607-627.

5 P. Grossi, « Sulla odierna incertezza del diritto », dans *Ritorno al diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2015.

6 P. Grossi, « Die Botschaft des europäischen Rechts und ihre Vitalität : gestern, heute, morgen », *Rechtsgeschichte*, 22, 2014, p. 257-267.