

# DIALOGUES AUTOUR DU NIHILISME JURIDIQUE

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



Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee  
I

 **Historia**  
et ius  
2020

Paolo Alvazzi del Frate

*Nihilisme juridique et responsabilité.  
Considérations autour d'un malentendu*

1. *Introduction*

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

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

2. *Le nihilisme juridique*

Le nihilisme juridique, locution qui doit sa notoriété à Natalino Irti, auteur du livre *Nichilismo giuridico*<sup>1</sup> paru en 2004,

---

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

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

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

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

---

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

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

<sup>3</sup> Hegel, « Préface », dans *Principes de la philosophie du droit* (1820).

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

Le processus d'affirmation du nihilisme commence donc entre le XVIII<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle et dérive des profondes transformations sociale, économique et culturelle que connut la société européenne à cette époque.

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

### 3. *Le formalisme*

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

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

---

<sup>4</sup> F. Gény, *Science et technique*, III, Paris 1921, p. 101.

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

Dans cette perspective, on soulignait l'opposition entre :

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

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

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

- a) une *garantie*, à savoir un instrument de protection des droits, notamment des droits de liberté de l'individu face au pouvoir ou aux menaces d'autrui ;
- b) un *empêchement* ou un *obstacle* car – du point de vue substantialiste – le respect des formes s'avère être une limitation pour le changement social et le développement économique. Ce dernier courant exprimait une perspective idéologique plus que juridique. On a même parlé, pour le XVIII<sup>e</sup> siècle, de « révolte contre le formalisme » afin de souligner la nécessité de valoriser le contenu, en se libérant des empêchements de la forme<sup>6</sup>.

---

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

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

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

#### 4. Une défense du formalisme

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

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

---

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

<sup>7</sup> N. Irti, *Le nihilisme juridique*, cit., p. 35.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 38.

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

### 5. *Formalisme et responsabilité : un malentendu*

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

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

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

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

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>15</sup> *Ibid.*

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

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

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

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

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

---

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



## 6. Horror vacui: la peur du néant

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

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

---

<sup>17</sup> N. Irti, *Le nihilisme juridique*, cit., p. 198.

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

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 11.