

« CE N’EST PAS DU DROIT... » L’HISTOIRE DES IDÉES POLITIQUES EST-ELLE UTILE EN DROIT ?

Au sortir du premier concours national d’agrégation de droit public 2013-2014, le petit milieu des juristes universitaires a moins glosé sur les résultats dudit concours que sur le rapport produit par le président du jury. Il faut dire qu’en une période de remise en cause du concours et face à la nécessité de trouver des solutions, le professeur Patrick Wachsmann proposait rien moins que la suppression de la matière histoire des idées politiques, proposée au choix des candidats admissibles pour la leçon en 24 h¹ (à défaut de pouvoir purement et simplement supprimer cette leçon). La proposition étant apparue à certains au moins aussi « discutable » que le jugement porté sur l’opportunité de la matière pour le recrutement des professeurs de droit public, une réponse a immédiatement été développée, sous la forme d’un *Appel à la défense de l’Histoire des Idées politiques* rédigé par les professeurs Stéphane Rials, Michel Ganzin, Denis Alland, Patrick Charlot, Julien Boudon et Éric Desmons². Si Michel Ganzin et Julien Boudon sont historiens du droit, le texte de l’Appel donnait tout de même, vu de l’extérieur, l’impression d’un règlement de compte entre publicistes, avec des enjeux disciplinaires internes à la section 02

1. « Faut-il remplacer cette épreuve par une leçon supplémentaire ? La volonté de recruter des publicistes ayant une culture étendue va clairement en ce sens, mais il reste à définir le type d’épreuve à ajouter aux deux leçons en loge existantes. La définition des matières et groupes de matières actuellement proposés serait, quant à elle, à revoir. Tout d’abord, il est apparu au jury que l’opportunité d’offrir le choix de l’histoire des idées politiques pour le recrutement de professeurs de droit public est très discutable. Autant il est nécessaire de nourrir l’expose de considérations ressortissant à cette discipline, autant la présentation de leçons portant sur elle apporte peu de ressources pour l’évaluation des capacités du candidat en droit public. Cette remarque vaut, quelle que soit l’étroitesse du lien que le choix des sujets permet d’établir avec des préoccupations de droit public : les spécificités de la discipline l’éloignent du droit public ».

2. Le texte de l’Appel (« Appel à la défense de l’histoire des idées politiques », *La semaine juridique*, édition générale, n° 44, 27 octobre 2014, p. 1054-1056) était suivi d’une pétition, signée par un grand nombre de collègues enseignants et chercheurs, français et étrangers (<http://www.univ-droit.fr/liste-des-vies-academiques/4958-appel-a-la-defense-de-lhistoire-des-idees-politiques>).

(même si l'allusion au « manque de reconnaissance » accordé aux travaux d'histoire des idées politiques vaudrait certainement aussi pour la section 03³).

Et ensuite ? Rien. Passée l'émotion provoquée par le rapport de Patrick Wachsmann, chacun est retourné à ses affaires avec d'autant plus de tranquillité que l'histoire des idées politiques a été maintenue parmi les sujets proposés à l'épreuve par équipe des concours d'agrégation de droit public et d'histoire du droit ; le coup n'est pourtant pas passé loin, et on aurait pu s'attendre à ce que les tenants de la discipline⁴ se mobilisent davantage. Après tout, les cadres ne manquaient pas pour une réflexion collective, que ce soit à l'occasion d'une des sessions de l'*Association française d'histoire des idées politiques* ou dans l'un des numéros de la *Revue française d'histoire des idées politiques*⁵. Ce défaut d'action collective est sans doute à l'image de la discrétion de la discipline dans le milieu des juristes, publicistes et historiens du droit ne s'intéressant somme toute que marginalement à l'histoire des idées politiques. Faut-il rappeler d'ailleurs qu'aucune entrée « Histoire des idées politiques » ne figure dans le *Dictionnaire de la culture juridique*. Mais puisqu'y figure en revanche la superbe et stimulante entrée « Penser par soi-même en droit »⁶, nous nous sommes sentie autorisée de cette invitation pour proposer une contribution à ce qui aurait pu être un débat sur la place de l'histoire des idées politiques dans l'enseignement et la recherche en droit. Il faut préciser que, sans attendre la polémique suscitée par le président du jury d'agrégation de droit public, la préparation d'une habilitation à diriger des recherches

3. Auteur d'une importante thèse d'histoire du droit et des idées politiques (*Les Jacobins. Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, LGDJ, 2006), Julien Boudon est professeur de droit public – signe, peut-être, du manque de reconnaissance académique des travaux d'histoire des idées politiques en histoire du droit.

4. Dans notre présentation, les termes *discipline* et *matière* doivent être bien distingués : il sera fait état de la discipline histoire des idées politiques pour l'appréhender en un sens institutionnel (académique) et de sociabilité savante, alors que la matière histoire des idées politique renverra plus directement à son contenu, dans un sens plus scientifique et/ou pédagogique. Sur ce point, voir le colloque organisé par S. Barbou des Places et F. Audren, *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les Facultés de droit*, École de droit de la Sorbonne et École de droit de Sciences Po, 28 et 29 janvier 2015.

5. Dans les *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Ganzin*, Laurent Reverso propose un article intitulé « À quoi bon enseigner l'Histoire des idées politiques dans les Facultés de droit ? Un essai de réponse à travers l'analyse d'un arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Mouvement Raëlien c. Suisse, 13 juillet 2012) ». Les *Mélanges* n'étant pas publiés à l'heure où ces lignes ont été écrites, nous n'avons pas la teneur de cette réponse à la question qui nous occupe. Saluons-en néanmoins d'emblée l'initiative.

6. G. Thuillier, V° « penser par soi-même en droit », D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1145.

avait été une première occasion pour nous d'aborder la question, en ouverture du mémoire de synthèse qui offrait une réflexion sur plusieurs années de recherches situées aux confins de l'histoire du droit et de l'histoire des idées politiques (commencées par une thèse consacrée à la *Pensée juridique de Pierre-Joseph Proudhon*⁷).

Si la discipline « histoire des idées » n'existe pas en tant que telle en France (où elle n'est identifiée par aucun statut académique), elle est depuis quelques années l'objet d'un important mouvement éditorial et d'une réflexion fructueuse sur ses problématiques, ses objets et ses méthodes, qui témoignent d'une prise de conscience du rôle des idées dans l'histoire⁸. À l'inverse, l'histoire des idées politiques existe bien académiquement comme matière enseignée dans les facultés de droit, mais elle n'est pas véritablement reconnue à part entière et, même en temps de crise, on voit qu'elle ne donne lieu à aucune réflexion collective. C'est donc pour tenter d'initier une telle réflexion que cette contribution a été écrite. Après un rapide rappel institutionnel, nous expliquerons ce qui fait, selon nous, l'utilité de l'histoire des idées politiques en droit (il convient dans cet exercice d'assumer une part de subjectivité, nous y reviendrons), avant de proposer une boîte à outils méthodologique sur la manière d'aborder l'histoire des idées politiques dans le cadre de recherches d'histoire du droit (il ne s'agit évidemment pas d'être prescriptive mais de proposer quelques pistes aux jeunes chercheurs⁹).

7. Il convient ici de saluer une fois encore l'ouverture d'esprit de Nicole Dockes-Lallement, qui a accepté de diriger une thèse sur la pensée juridique d'un anarchiste, à une époque où le sujet était loin d'être porteur ; à défaut de l'être complètement devenu, il suscite au moins un intérêt chez certains juristes : outre nos propres travaux, nous renvoyons à Ch. Bertrand, R. Brett, F. Pulliero, N. Wagener, *Droit et anarchie*, L'Harmattan, 2013.

8. Pour une présentation des différents courants de pensée : M. Angenot, *L'histoire des idées. Problématiques, objets, concepts, méthodes, enjeux, débats*, PU Liège, 2014 ; A. Skornicki, J. Tournade, *La nouvelle histoire des idées politiques*, La Découverte, 2015 ; F. Dosse, *La marche des idées. Histoire des intellectuels, Histoire intellectuelle*, La Découverte, 2003 ; J.-G. Prévost, *De l'étude des idées politiques*, Presses de l'université de Québec, 1995.

9. Les historiens du droit semblent généralement assez réticents à toute réflexion de type méthodologique, comme le rappelle la contribution de Pierre Bonin dans un ouvrage collectif sur l'histoire du droit : P. Bonin « Historiographie de l'histoire du droit, tendance récente et nouveaux territoires », J. Krynen, B. d'Alteroche, *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Classiques Garnier, 2014, p. 533-553. Les nombreux écrits de J.-L. Halpérin font exception à ce manque d'intérêt ; ex. : « Le droit et ses histoires », *Droit et Société*, 2010, 75, p. 295 et suiv. ; « L'histoire du droit constitué en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, 4, p. 9-32 ; « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français », *clio@ibemis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 5, 2012. Au-delà de l'histoire du droit, A. Geslin, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, LGDJ, 2016.

1. L'enseignement de l'histoire des idées politiques dans les facultés de droit

L'affirmation institutionnelle laborieuse de la discipline

D'abord enseignée dans les instituts d'études politiques, l'histoire des idées politiques n'a intégré les programmes nationaux des facultés de droit qu'avec la réforme de la licence de 1954¹⁰ ; ce n'est pas à dire que des cours d'idées politiques n'y étaient pas dispensés avant, mais ils ne l'étaient qu'en fonction de la bonne volonté de certains professeurs... et à la grande inquiétude de certains autres¹¹. Par réaction à ce refus durable de l'institution, les sciences politiques s'étant constituées dans une autonomisation par rapport aux facultés de droit¹², devaient d'ailleurs transposer sur un registre scientifique « ce qui découlait d'une lutte de territoires académiques », en procédant « à une disqualification du droit comme objet de connaissance »¹³. Reste donc qu'avec le décret de 1954, selon les mots d'un acteur de la réforme, les facultés de droit cessaient « d'être de simples écoles ou facultés techniques »¹⁴. Dans les années qui suivent, la recherche en sciences politiques s'institutionnalise dans les facultés de droit, où la

10. Décret n° 54-343, 27 mars 1954, modifiant le régime des études et des examens en vue de la licence en droit, JO 28 mars 1954, p. 2966. Dans les matières spéciales de la section de droit public et de sciences politiques, pour les troisième et quatrième années, le décret prévoit un semestre d'histoire des idées politiques (matière commune avec la section d'économie politique). Sur l'élaboration du décret, C. Moreau de Bellaing, « Un bon juriste est un juriste qui ne s'arrête pas au droit. Controverses autour de la réforme de la licence de droit de mars 1954 », *Droit et Société*, 2013/1, n° 83, p. 83-97 ; *id.*, « Qu'est-ce qu'un « bon juriste » ? Controverse autour de conceptions opposées du métier juridique lors de la réforme de la licence de droit de mars 1954 », 11^e Congrès de l'Association Française de Science Politique, Strasbourg, 31 août-2 septembre 2011 (communication disponible en ligne sur <http://www.afsp.info/congres2011/sectionsthematiques/st42/st42.html>) ; M. Miaille, « Sur l'enseignement des facultés de droit en France. Les réformes de 1905, 1922 et 1954 », *Process*, 3, 1979, p. 99.

11. Pour l'anecdote, on rappellera la réaction de Charles Beudant au souhait d'Émile Alglave de consacrer son cours de doctorat de 1894 à l'histoire des doctrines socialistes : le professeur avoue avoir « beaucoup d'appréhension à voir consacrer un cours aux doctrines socialistes. Ce cours deviendrait un cours de polémique. On fait d'ailleurs de la réclame aux socialistes en parlant d'eux, et la vraie manière de les combattre, c'est de faire le silence autour de leurs idées » ; procès-verbaux du conseil de la faculté de droit, Archives Nationales AJ/16/1796 (19 novembre 1894). A.-S. Chambost, « Émile Alglave ou les ambivalences d'un professeur avec son milieu », *Mil Neuf Cent*, 2011, 29, p. 35-58.

12. On renverra aux échanges bien connus entre Boutmy et Bufnoir. P. Favre, *Naissance de la science politique en France, 1870-1914*, Fayard, 1989.

13. J. Commaille, *A quoi nous sert le droit ?*, Folio essais, 2015, p. 21.

14. Ch.-A. Colliard, « L'homme prométhéen ou propos sur l'histoire des idées non politiques », *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à J.-J. Chevallier*, éd. Cujas, 1977, p. 43.

discipline se dissocie progressivement du droit constitutionnel. Une étape importante est surtout franchie en 1957, quand la faculté de droit de Paris propose à Jean-Jacques Chevallier d'inaugurer sa chaire d'histoire des idées politiques ; ce professeur devait en effet y être le grand promoteur de la discipline. Dans son enseignement semestriel, il développait l'histoire des idées politiques sur la longue durée, de l'Antiquité à nos jours ; les préfaces et introductions des premiers manuels témoignent toutefois de ce que les cours se réduisaient à une sorte de « bottin de la pensée politique à travers les âges, *who's who* de la pensée et de l'action politique »¹⁵.

Aujourd'hui, l'enseignement d'histoire des idées politiques reste essentiellement dispensé au niveau de la licence, plus rarement dans des masters d'histoire du droit et de droit public ; précisant qu'en général, les historiens du droit assument le cours d'histoire des idées avant 1789, quand leurs collègues publicistes étudient la période moderne – nonobstant l'impression laissée par la lecture du rapport précité, le lien entre les idées politiques et le droit public reste en effet très fort. Est-ce à dire en revanche que les idées politiques ne seraient d'aucun secours dans l'étude du droit privé ? Le faible recours pédagogique et l'absence de la matière au concours de droit privé tendraient à accréditer cette suggestion. Jean-Louis Halpérin observe ainsi que « en dépit de liens indubitables entre le droit civil d'un État et son régime politique, l'évolution de certaines règles de droit privé ou pénal semble cependant échapper à une explication purement politique, par exemple le processus d'émancipation des femmes mariées au XIX^e et au XX^e siècle, ou plus récemment la dépénalisation de l'avortement, ne correspondent pas nécessairement à des changements de constitution ou de majorité »¹⁶ ; si ce propos renvoie davantage à *la* politique qu'*au* politique, qui fait selon nous la substance de la discipline idées politiques, certaines questions *sociétales* (les discussions sur le divorce au cours du XIX^e siècle, la question du *mariage pour tous* récemment) viennent néanmoins souligner la dimension éminemment politique du droit privé¹⁷.

15. G. Berlia, « Remarques élémentaires sur l'enseignement de l'histoire des idées politiques », *Histoire des idées et idées sur l'histoire*, *op. cit.*, p. 1.

16. J.-L. Halpérin, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Champ Flammarion, 2004, p. 9 ; en conclusion, p. 238 : « droit privé et droit pénal sont les domaines les plus propices aux évolutions proprement juridiques, et les moins touchées, en apparence, par les crises politiques ».

17. J.-L. Halpérin livre d'ailleurs, en introduction du manuel précité, de très intéressantes remarques sur l'autonomie du droit et sur la manière dont le droit est déterminé par l'histoire politique des États européens.

Les changements actuels des maquettes des enseignements sont l'occasion de déplorer la réduction drastique du volume des cours (les quarante heures du cours de 1954 laissent aujourd'hui songeur), mais Éric Gasparini souligne le dynamisme d'une discipline à laquelle se consacrent des instituts et autres centres de recherches, une revue, et l'*Association française d'histoire des idées politiques* ; il apprécie de même l'éclectisme des recherches des juristes en histoire des idées politiques¹⁸. On pourrait conforter le point de vue volontariste de notre collègue en rappelant qu'un certain nombre de thèses d'idées politiques sollicitent régulièrement – et obtiennent pour certaines d'entre elles – la qualification à la maîtrise de conférences ; l'enthousiasme se nuance toutefois quand on constate que nombre de ces qualifiés peinent à franchir les étapes du recrutement et de l'agrégation. La faute n'en incombe sans doute pas uniquement au choix d'un objet de recherche, mais le rapport de Patrick Wachsmann et la réaction des auteurs de l'Appel auront, à tout le moins, permis d'éclairer *et* le malaise suscité par la discipline chez certains juristes, *et* le sentiment d'isolement de ceux pour qui l'analyse du droit ne peut se faire sans le prisme des idées politiques.

La désignation fluctuante de la matière enseignée

De quoi parle-t-on exactement ? Idées politiques, (grands courants de la) pensée politique, idéologies politiques... les intitulés des cours, autant que les titres de manuels, sont l'objet de qualifications variables. Pour tenter une définition de la matière, sans doute faut-il commencer par expliquer ce qu'elle n'est pas. Elle n'est pas à proprement parler une *histoire des mentalités* ou une *histoire culturelle*, lesquelles éclairent les croyances collectives de groupes sociaux. L'histoire de la pensée ou des idées politiques s'appuie sur un ensemble de propositions émanant d'auteurs individualisés, dont les productions sont ensuite inscrites dans des courants *et/ou* des tendances. Elle n'est pas non plus une *histoire des opinions* : par leur agencement, les idées forment un système, elles fondent des constructions intellectuelles, méthodiques et organisées. Elle n'est pas, enfin, qu'une *histoire des concepts*, laquelle s'attache essentiellement à mesurer l'écart qui existe entre une réalité disparue et ses témoignages langagiers (derrière la permanence apparente des mots et des idées, l'inscription des concepts dans leur temps propre permet d'éclairer les usages qui en ont été faits¹⁹).

18. E. Gasparini, « L'histoire des idées politiques. État des lieux et perspective », *L'histoire du droit en France...*, *op. cit.*, p. 283 et suiv.

19. B. Biancotto, O. Tholozan, Ed. Tillet, « Variations sur les concepts juridico-politiques en histoire », *Droit prospectif. RRJ*, 1996-2, p. 1085-1099.

Ceci étant précisé, y-a-t-il une différence substantielle entre histoire des *idées*, histoire de la *pensée* ou histoire de l'*idéologie* politique ? Olivier Nay souligne les oscillations du terme *idées politiques* dans les sciences humaines²⁰. On pourrait considérer a priori que les *idées* ou la *pensée* sont des termes plutôt neutres, qui recouvrent la représentation que l'esprit humain se fait d'un phénomène déterminé ; à l'inverse, l'*idéologie* (qui n'est pas la propagande, « sous-produit de la théorie politique »²¹) apparaît davantage sous-tendue par l'énoncé d'un jugement de valeur porté sur les faits. Pour J.-J. Chevallier, les idéologies politiques importent moins d'ailleurs par la réalité dont elles cherchent à rendre compte, que par la réalité qu'elles prétendent créer ; par où il faut comprendre que l'histoire des idéologies n'est pas essentiellement rétrospective, mais qu'elle contient surtout une dimension prospective : les idéologies cherchent à influencer le futur, elles se présentent comme un moteur de l'histoire, à travers leur influence sur les institutions et la production des normes. Du singulier au pluriel, le choix du terme *pensée politique* apparaît enfin sous-tendu par la démonstration d'une articulation des idées autour d'un thème particulier, alors que l'étude des *idées politiques* (terme retenu par l'*Association française des historiens des idées politiques* et la *Revue française d'histoire des idées politiques*) ne prétend pas a priori à l'unité, mais opte pour une approche plus individualisée, centrée sur les écrits d'auteurs. Si les ouvrages de J.-J. Chevallier distinguent l'histoire de la pensée politique et l'histoire des grandes œuvres²², il faut admettre que, telle qu'elle est majoritairement enseignée dans les cours des facultés de droit, l'histoire des idées politiques renvoie essentiellement aux productions intellectuelles.

2. À quoi sert l'histoire des idées politiques ?

Précisons tout d'abord que c'est bien *au* politique que s'intéresse l'histoire des idées politiques, le gouvernement de la cité, l'étude du pouvoir en soi et de ses fins (celles que *la* politique poursuit, ou

20. Le terme sert tantôt à désigner les œuvres théoriques « d'auteurs engagés dans la réflexion sur la société », tantôt pour désigner les doctrines, idéologies, courants de pensées et traditions intellectuelles qui dominent la société à un moment donné de son histoire ; mais il renvoie aussi aux « mythes et récits organisant la mémoire d'un peuple » ; il est enfin utilisé « pour évoquer les représentations et les valeurs permettant aux individus (ou aux groupes) de construire leur identité et d'intervenir dans la vie sociale » ; O. Nay, *Histoire des idées politiques*, Armand Colin, 2007, p. 2.

21. Ch. Cadoux, « Idées politiques et propagande politique », *Histoire des idées et idées sur l'histoire*, *op. cit.*, p. 23.

22. J.-J. Chevallier, *Les grandes œuvres politiques : de Machiavel à nos jours*, Armand Colin, 1949 (1^{re} éd.) ; *Histoire de la pensée politique*, 2 t., Payot, 1979 (1^{re} éd.).

devrait poursuivre²³) ; étude *du* politique que Lucien Jaume définit pour sa part « comme espace de perceptions et de discours réciproques, où chaque acteur se révèle, activement et passivement, aux autres »²⁴.

Dans une logique de compréhension du droit, l'histoire des idées politiques en éclaire les évolutions et les ruptures – avec cette difficulté qu'il est évidemment compliqué d'apprécier la part exacte des idées dans le cheminement plus ou moins souterrain des institutions. L'étude des idées se fait en effet sur un terrain potentiellement mouvant, expliquant la critique de ceux pour qui les idées, insuffisamment tangibles et concrètes, seraient insaisissables²⁵. Mais J.-J. Chevallier rappelle que « l'histoire est jalonnée non seulement par les grands événements mais aussi par certaines grandes œuvres politiques qui, plus d'une fois à plus ou moins grandes échéances, ont contribué à la préparation de ces événements »²⁶ autant qu'à leur interprétation et à leur justification. Certaines transformations juridiques étant préparées par un conditionnement des esprits, l'histoire des idées politiques offre un éclairage dont l'histoire du droit peut selon nous difficilement se passer. E. Gasparini confirme d'ailleurs que la matière étudiée dans le temps « l'interaction entre le politique, l'idéologique et le juridique », afin d'apporter « un éclairage sur les institutions et les concepts du droit privé et du droit public, donc de restituer la science du droit dans un contexte plus large » ; et de noter comment certains manuels éclairent l'histoire des institutions « dans une perspective qui intègre l'idéologie et les idées politiques »²⁷. On ajoutera qu'à

23. Jean-Jacques Chevallier rappelle qu'il est difficile de ne pas prendre parti sur les valeurs et les finalités (*Histoire de la pensée politique*, Payot, t. 1, introduction). Dans sa leçon inaugurale au Collège de France, (28 mars 2002) P. Rosanvallon indique que « se référer au politique et non à la politique, c'est parler des pouvoirs et de la loi, de l'État et de la nation, de l'égalité et de justice, de l'identité et de la différence, de la citoyenneté et de la civilité, bref, de tout ce qui constitue une cité au-delà du champ immédiat de la compréhension partisane pour l'exercice du pouvoir, de l'action gouvernementale au jour le jour et de la vie ordinaire des institutions ».

24. L. Jaume, « Méthodes d'interprétation des textes politiques. Le cas Guizot : étude d'une forme de stylistique politique », *Jus Politicum. Revue de droit politique*, 1^{er} décembre 2008.

25. Alain Boureau rappelle le jugement de ceux qui déprécient l'histoire des idées comme étant « abstraite et inapte à l'explication historique par la minceur de ses attaches et de sa portée » ; A. Boureau, « Propositions pour une histoire restreinte des mentalités », *Annales ESC*, 1989, n° 6, p. 1493.

26. J.-J. Chevallier, *Les grandes œuvres politiques*, *op. cit.*, p. 7.

27. E. Gasparini, *op. cit.*, p. 284. L'auteur évoque les manuels d'histoire du droit public de Yves Sassier et François Saint-Bonnet (*Histoire des institutions avant 1789*) ainsi que celui de Marcel Morabito (*Histoire constitutionnelle de la France*). Même si l'influence du politique y est moins nette, on rappellera que Jean-Louis Halpérin développe une perspective simi-

l'inverse, les historiens des idées politiques ne négligent pas non plus le cadre institutionnel dans lequel celles-ci se déploient. J.-J. Chevallier souligne donc la combinaison nécessaire des approches juridiques et politiques dans l'analyse des concepts et des courants de pensée.

Mais ne pourrait-on pas aussi assumer le fait que l'un des aspects de la matière serait d'éclairer les situations de domination dont le droit est le vecteur ? C'est bien ainsi que l'entendait le courant Critique du droit dans les années 1970. À une époque où le politique s'emparait du droit et de la justice²⁸, des enseignants de facultés de droit, provinciaux pour l'essentiel et assumant des positions idéologiques fortes²⁹, proposaient un projet scientifique et pédagogique en rupture avec le positivisme dominant qui ne concevait l'étude du droit que par le droit lui-même³⁰. Dans la foulée des travaux pionniers d'André-Jean Arnaud sur la mystification de la neutralité du droit et d'un apolitisme du savoir transmis dans les facultés³¹, le courant Critique contestait la « représentation mystificatrice du monde social et des fonctions remplies par le droit »³². La technique juridique, appréhendée comme le reflet du système juridique, ne permettant d'en expliquer ni la forme ni le contenu, c'est au contraire en traversant la façade juridique, en projetant le droit dans le monde réel d'où il est issu, que la démarche Critique prétendait saisir la

laire dans son manuel d'histoire du droit privé (*Une histoire des droits en Europe, op. cit.*).

28. Ex. L. Israël, « La revue Actes : le droit saisi par le regard critique dans le sillage de 1968 », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2015, 26 (Les « années 68 » des sciences humaines et sociales), p. 135-150.

29. Le Courant critique est inspiré par une orthodoxie marxiste qui ne voit dans le droit que l'instrument d'une « gestion de rapports sociaux inégalitaires, déterminés par les rapports économiques qui sont ceux de l'économie capitaliste ». Ses membres considèrent le droit comme « un instrument au service de l'État, lui-même émanation des volontés de la « classe dominante » » ; prédomine donc dans cette analyse du droit le caractère coercitif et répressif du droit. J. Commaille, *A quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 21.

30. M. Boursol, Ph. Dujardin, J.-J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille M., J. Michel, *Pour une critique du droit : du juridique au politique*, Maspero – PUG, 1978. Sur le Courant critique, voir M. Kaluszynski, « Sous les pavés, le droit : le mouvement 'Critique du droit' ou quand le droit retrouve la politique », *Droit et société*, 2010, 76, p. 523-541 ; *Id.*, « Quelle réforme pour l'enseignement juridique : entre science et politique, le projet du mouvement Critique du droit », J.-C. Gaven, F. Audren, *Les facultés de province au XIX^e et au XX^e. Les conquêtes universitaires*, t. 3, Toulouse, 2012, p. 441-460 ; *Id.* et X. Dupré de Boulois, *Le droit en révolution(s). La critique du droit des années 70 à nos jours*, LGDJ, 2011 (en particulier J.-J. Chevallier, « 'Critique du droit' et la question de l'enseignement du droit », p. 103 ; F. Audren, « L'histoire du droit à contre-courant. Discipline et indiscipline dans la section d'histoire du droit (1970-1990) », p. 51 ; N. Hakim, « Droit privé et courant critique : le poids de la dogmatique juridique », p. 71).

31. *Essai d'analyse structurale du Code civil français* (1973), *Les juristes face à la société* (1975).

32. A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence. Revue critique*, 2010, p. 181-213 (p. 183).

fonctionnalité politique, économique et sociale du droit et comprendre « pourquoi telle règle juridique et non telle autre, régit telle société, à tel moment »³³. Convaincu que le renouvellement de la science du droit aboutirait à un renouvellement du droit lui-même³⁴, le Courant critique proposait en somme une mise en perspective historique, politique, sociale de la science du droit qui devait permettre de saisir le droit pour ce qu'il est : une production sociale et politique³⁵.

Si la rhétorique marxiste apparaît évidemment datée, le bilan semble mitigé au regard d'un savoir juridique qui reste encore trop souvent enfermé dans l'étude des textes juridiques... et de juristes. J. Commaille observe en effet à l'œuvre cette volonté d'« euphémiser les enjeux politiques » du droit, qu'on tente d'annuler « par une opération de technicisation au cours de laquelle le savoir juridique comme "savoir expert" est investi, ou s'investit, à travers ceux qui en ont la maîtrise dans un rôle devenu central »³⁶ ; ne peut-on pas dire plus crûment qu'adopter une posture a-politique participe souvent d'une démarche éminemment politique ? Pour finir sur le Courant critique, on rappellera que sa perspective globale (enseignement *et* recherche) a favorisé l'extension de la recherche dans l'enseignement du droit au cours des années 70, pour ouvrir la formation des futurs juristes « aux savoirs sur le droit autres que le savoir dogmatico-doctrinal, donc, indirectement à la recherche qui les nourrit »³⁷.

Nul doute, par contraste, que c'est à un formidable appauvrissement de la démarche scientifique et pédagogique que nous renvoyent les débats récents dont l'histoire des idées politiques a fait les frais. On y retrouve en effet le vieil archétype d'une discipline fermée sur elle-même, frileuse devant ce qui vient de l'extérieur³⁸ et soucieuse

33. M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1976, p. 21. Sur ce point, J. Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France*, PUL, 1987 ; *id.*, « Le droit et son enseignement : un demi-siècle de réflexions », *Droits*, 1986, 4.

34. M. Miaille, *Une introduction...*, *op. cit.*, p. 383.

35. *Ibid.*, p. 20 : « une pensée critique ne peut plus se contenter de décrire tel événement social tel qu'il s'offre à l'observation : elle ne peut que le renverser dans la totalité du passé et du devenir de la société qui l'a produit. Développé ainsi dans toutes ses dimensions, cet événement perd le caractère plat, unidimensionnel, que la seule description lui conférerait : il devient gros de toutes les déterminations qui l'ont produit et de toutes les transformations possibles qui peuvent l'affecter ».

36. J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 396.

37. A. Jeammaud, « La part de la recherche ... », *op. cit.*, p. 202.

38. Pour rappel, Michel Foucault définissait la discipline comme « un principe de contrôle de la production du discours. Elle lui fixe des limites par le jeu d'une identité qui a la forme d'une réactualisation permanente des règles » ; M. Foucault, *L'ordre du discours*, Pléiade, 2015 (1971), p. 240.

de cercler l'institution sociale du droit comme « champ spécifique des savoirs pratiques maîtrisé par un ensemble d'experts autorisés »³⁹. Si le droit est une affaire de spécialistes (dont il importe alors d'étudier la formation académique), le prisme des idées politiques aide à comprendre les enjeux de sa production et de sa réception. À travers lui, les débats juridiques traduisent en effet un état des rapports sociaux et révèlent leur rôle dans l'organisation de la société et dans ses dynamiques de changement. Certains penseurs *politiques* l'ont d'ailleurs tellement bien compris qu'une réflexion sur le droit structure leur réflexion politique (ex. dans l'œuvre de Pierre-Joseph Proudhon mais aussi chez le jeune Karl Marx). Il nous semble donc indispensable de nuancer la part de la neutralité de la technique juridique et de son emploi par la doctrine, pour réhabiliter la part du politique dans le droit.

Une vision politique du droit

Une partie de la littérature juridique (essentiellement de langue anglaise) assume depuis longtemps l'idée que droit et justice sont des questions éminemment politiques. J. Commaille a consacré un article important aux *vertus politiques du droit*⁴⁰, pour une conception renouvelée de la dogmatique juridique. Alors que « les soubresauts du droit obligent plus que jamais à s'interroger sur ce qui les déterminent, socialement et politiquement »⁴¹, l'auteur dénonce le « juridisme » de ceux qui, pour préserver une stricte intégrité du droit, récusent l'épouvantail idéologique des idées politiques. Politique, le droit n'est toutefois pas lié à l'État (pour Jacques Caillosse « les voies de la juridicité ne s'arrêtent pas là où prend fin le marquage étatique du

39. J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 396. Comp. Ph. Jestaz, « " Doctrine " vs sociologie. Le refus des juristes », *Droit et Société*, 2016, 92, p. 139-157. La discipline a, par ailleurs, tardé à opérer un retour réflexif sur sa propre histoire – démarche pourtant indispensable pour saisir la construction des identités académiques et légitimer les positionnements disciplinaires à l'heure des mutations des sciences sociales. Exception avec J. Poumarède, « Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) », *PROCÈS. Cahiers d'analyse politique et juridique*, 1980, p. 91-102 ; *id.*, « Penser l'absolutisme. Approche historiographique des ouvrages pédagogiques en histoire des institutions françaises », *Itinéraire(s) d'un historien du droit*, Toulouse Le Mirail, 2011, p. 631-640 ; v. aussi les articles précités de J.-L. Halpérin ainsi que le bilan tracé par Pierre Bonin de la difficile émergence de l'historiographie chez les historiens du droit (« L'historiographie de l'histoire du droit... », *op. cit.*, p. 533-553).

40. J. Commaille, « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », *Droit et Société*, 2010/3, 76, p. 695-713.

41. *Ibid.*, p. 696.

droit »⁴²) et les travaux de Liora Israël montrent comment il est devenu une ressource mobilisée, au gré d'appropriations diversifiées, par différentes catégories d'acteurs sociaux, économiques, politiques⁴³.

Au même titre que le politique, le droit est une lutte entre des représentations concurrentes. Rudolph von Jhering dénonçait le positivisme comme « l'ennemi mortel de la science juridique »⁴⁴, contre lequel il réintroduisait « la notion de but dans le droit, ainsi que celle, corrélative, d'intérêt »⁴⁵ ; contre l'école historique encore dominante à la fin du XIX^e siècle, il refusait de faire du droit le produit de l'histoire, mais « le produit des hommes réels dans l'histoire, de la lutte interminable des buts et des intérêts concrets »⁴⁶. Fort de cette définition, Jhering prévenait que la *technique* du droit positif ne devait pas en évincer la *culture*, laquelle s'acquiert « par la combinaison d'une triple étude, celle de la dimension philosophique, de la dimension historique et de la dimension dogmatique du droit »⁴⁷. Dans une logique similaire, on rappellera que Jacques Ellul insistait à son tour sur le fait que la règle de droit est le résultat d'influences multiples : « courants idéologiques, structures sociales et politiques, activités économiques, pôles de puissance, stratégies, pressions de groupes internes et externes, nombre ou hégémonie de telle partie du corps social, rigidité ou ductilité de l'opinion ... la difficulté consiste à savoir comment ces différents facteurs (et nous sommes très loin d'avoir dénombré ceux qui produisent finalement ce passage au droit) se combinent et jouent les uns par rapport aux autres »⁴⁸.

42. J. Caillosse, « La sociologie politique du droit », *Droit et Société*, 2011/1, 77, p. 187-206 (p. 194).

43. L. Israël, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009. Nous nous sommes aussi attaché à montrer comment, chez Proudhon, la réflexion sur le droit est indissociable de la critique de l'État.

44. O. Jouanjan introduction à R. von Jhering, *La lutte pour le droit*, Dalloz, 2006 (Marescq 1890), p. XIX.

45. *Ibid.*, p. XVII.

46. *Ibid.*, p. XXIII. Jhering énonce que « la paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen pour l'atteindre... La vie du droit est une lutte : lutte des peuples, de l'État, des classes, des individus. Tous les droits de ce monde ont été acquis en luttant ; toutes les règles importantes du droit ont dû commencer par être arrachées à ceux qui s'y opposaient et tout droit, droit d'un peuple ou d'un particulier, suppose que l'on soit constamment prêt à le soutenir. Le droit n'est pas une pure théorie mais une force vive » (p. 1).

47. *Ibid.*, p. XX.

48. J. Ellul, « Le problème de l'émergence du droit », *Annales de la faculté de droit de Bordeaux*, 1976, 1, p. 10. Dans le même texte, Ellul incitait à repenser l'objet des études d'histoire du droit, à rebours de la vision statique, éternelle, du droit : « nous faisons généralement de l'histoire du droit ou des institutions comme si, à toutes les époques, pour toutes les périodes, il allait de soi qu'il y eut du droit et que ce droit occupât toujours

Associant donc le droit au pouvoir, dans sa capacité spécifique à ordonner le social et à le construire, J. Commaille et J. Caillosse tracent les contours d'une sociologie politique du droit – rejetant au passage l'argument de ceux pour qui les rapports qu'entretient le droit avec la domination politique seraient purement fantasmagoriques⁴⁹. L'un des enjeux est d'interroger le discours autonome sur le droit construit par le juriste⁵⁰ et de se demander si la quête d'autonomie implique nécessairement une fermeture à tout autre point de vue. La sociologie du droit s'intéresse moins, on le sait, à la norme produite (ce qu'elle énonce et ce qu'elle est supposée signifier) qu'aux pratiques sociales que génèrent son élaboration et son application⁵¹. L'objet droit étant « traversé, structuré, et pour tout dire constitué par ses conditions de production et d'exécution », la sociologie politique du droit oppose au dogme de la neutralité du droit (sous-tendu par une entreprise de naturalisation), la démonstration de sa constitution politique⁵².

la même place, jouât le même rôle dans toutes les circonstances... Or il n'en est rien » (p. 11).

49. J. Caillosse, « La sociologie politique du droit, le droit et les juristes », *Droit et Société*, 2011/1, 77, p. 187-206 ; Commaille renouvelle toutefois l'idée de domination ; non pas que la domination n'existe plus mais « la nommer n'épuise plus le sens des multiples formes que prend la régulation sociale et politique des sociétés », *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 33.

50. Sur cette question, nous renvoyons aux propos très suggestifs de Frédéric F. Martin, « La normativité, la juridicité et la lente construction du droit moderne », Laurent-Bonne N., Prévost X., *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, Lextenso-LGDJ, à paraître 2017. L'autonomie n'est « ni un état, ni une essence, mais un enjeu ; il n'est que le produit d'ajustements réflexifs du droit, ajustements micro ou macro juridiques en réponses aux épreuves rencontrées ». Dans cette mesure, « l'histoire du droit n'est pas la généalogie d'un ordre juridique autonome. Elle est la manifestation du caractère intrinsèquement historique du droit, cette succession d'épreuves et de reconfigurations réflexives au travers desquelles le droit s'affirme comme ordre spécifique de contrainte par sa capacité à rester en prise avec les situations et avec l'histoire ». Dans une autre perspective, Bruno Latour observe comment les critiques de l'approche *internaliste* (celle de l'autonomie du droit) lui opposent une posture *externaliste* qui « fait naître le droit d'un ensemble de rapports de forces auxquels il servirait, au pire, de décor et de leurre, au mieux d'outillage et de facilitateur pour des visées d'ingénierie sociale » ; B. Latour, *La fabrique du droit*, La Découverte, 2004, p. 277. Pour l'auteur, « oui le droit est autonome par rapport au social, puisqu'il est l'un des moyens de produire le social, de l'agencer et de le contextualiser ; non il n'existe pas de domaine, de territoire propre au droit » (p. 283).

51. Rappelant l'opposition science des normes et logique d'imputation *versus* science des faits et logique de causalité, Caillosse résume ainsi le point de vue de la sociologie : « au lieu de situer le droit, à la manière dominante des juristes, dans la règle, le sociologue l'installe dans le champ mouvant des pratiques collectives » ; J. Caillosse, « La sociologie politique du droit... », *op. cit.*, p. 196.

52. *Ibid.*, p. 205.

Sur la neutralité du droit

Selon l'approche scientifique, la science du droit doit éliminer les jugements de valeurs de ses préoccupations. Le concept de neutralité axiologique, régulièrement invoqué, repose sur le postulat que la « notion de valeur est inséparable de la subjectivité de celui qui porte un jugement de valeur, ce qui est jugé incompatible avec le statut moderne des sciences, qui se veulent apolitiques ou analytiques »⁵³. J. Caillosse dénonce le *positivisme* de professeurs qui, au nom de cette supposée neutralité d'un droit *savant*, prétendent échapper aux disputes des autres sciences sociales⁵⁴ ; ce parti pris de neutralité (qui vire parfois à l'obsession de la *pureté* du droit) a pourtant fini par être identifié à la rigueur et à l'objectivité scientifiques⁵⁵. D'autant que le positivisme étant associé par certains à la *science des textes*, ils en concluent que le juriste ne trouvant le droit que dans ses mots, n'aurait pas à connaître des choses vécues⁵⁶. Derrière la profession de foi technicienne, on retrouve le postulat de l'irréductible autonomie de l'ordre juridique⁵⁷.

Sur le pseudo apolitisme des recherches en droit, Jean Gaudemet prévenait pourtant que le juriste qui aborde une norme n'est

53. J.-P. Chazal, « Philosophie et théorie du droit ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, 2001, 45, p. 314. Chazal critique les ambitions de la théorie du droit fondée sur la neutralité axiologique, car si l'on sort de « l'illusion scientifique, ou plus exactement scientifique, on constate que, dans la réalité, les valeurs sont inhérentes au droit, et donc à la science du droit qui le choisit pour objet » (p. 318). Faute de quoi la théorie générale du droit « a du mal à se départir de l'exposé dogmatique qui caractérise, hélas trop souvent, l'enseignement du droit ». Ex. de discussions sur la question de la neutralité et du positivisme juridique : D. Lochack, « La neutralité impossible » (p. 293-309), et M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie de la neutralité » (p. 310-325), dans P. Amselk, *Théorie du droit et science*, PUF Leviathan, 1994.

54. J. Caillosse, « Droit et politique : vieille lune, nouveaux champs », *Droit et Société*, 1994, 26, p. 130 : « Comme si en s'impliquant dans les controverses théoriques et épistémologiques, le juriste changeait de nature, pour se compromettre et se perdre dans les territoires impurs de la politique et/ou de l'idéologie ».

55. En atteste la domination durable de la dogmatique juridique, « activité de description systématique et ordonnée du droit en vigueur » ; A. Jemmaud, « La part de la recherche... », *op. cit.*, p. 190.

56. On songe à l'affirmation de Georges Ripert dans sa préface des *Etudes de droit allemand* (LGDJ, 1943, p. VI-VII) « l'homme de science a le droit de se désintéresser des conséquences pratiques de ses études ».

57. Frédéric Audren décrypte les enjeux de cette promotion de la technique juridique et de la revendication de la neutralité politique des instruments juridiques dans les années 1930 ; F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française. Essai d'interprétation », O. Jouanjan, E. Zoller, *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 55-74. L'auteur s'attache surtout à démontrer la logique académique et sociale de l'entreprise : il s'agit non seulement de montrer que le droit, matière technique, est une affaire de spécialistes formés dans les facultés de droit ; le discours a aussi une portée disciplinaire, contre d'autres disciplines en croissance (l'économie, la science politique et la sociologie).

jamais dénué de subjectivité, laquelle n'est pas incompatible avec la recherche scientifique⁵⁸. Isabelle Kalinowski dédramatise aussi en confirmant que la neutralité axiologique n'interdit absolument pas au chercheur une opinion personnelle quant à l'objet qu'il étudie ; rappelant le contexte institutionnel et politique d'élaboration du concept (ainsi surtout que celui de la traduction française par Julien Freund, sur fond de guerre froide), elle précise même que pour Max Weber, un engagement politique assumé n'empêche pas une approche scientifique du droit⁵⁹ ; ne prend-il pas d'ailleurs, dans le texte de 1917, l'exemple de ce professeur anarchiste qui, dans la mesure où il ne se sent pas attaché par le droit dont il fait l'analyse, serait susceptible de davantage de recul que le chercheur politiquement neutre⁶⁰. Conscient de l'impossibilité de faire sans jugement de valeurs, Weber entendait surtout contenir la survalorisation des valeurs dans l'activité juridique, et il conviait surtout le chercheur à dire d'où il parle, sur quel terrain il se place⁶¹.

58. J. Gaudemet, « Études juridiques et culture historique », *Archives de philosophie du droit*, 1959, p. 19 : « si l'objectivité historique est celle d'une recherche sans idée préconçue, sans volonté de trouver dans l'histoire la confirmation d'une doctrine, sans arbitraire dans la recherche des documents, sans doute l'historien du droit doit et peut-être objectif. Il ne peut cependant être une machine enregistreuse. Sa volonté choisit son champ d'enquête et on ne saurait lui faire grief de ne pas toujours le choisir en dehors des questions qui dominent son époque (...) Oserait-on dire que l'historien dépouille toute sensibilité ? N'est-elle pas au contraire nécessaire pour qu'il soit autre chose qu'un rassembleur de textes ? ».

59. La traduction de Julien Freund (à la demande de Raymond Aron) avait été faite sans sorte de réflexe anti-marxiste ; I. Kalinowski, *La science, profession et vocation*, Agone, 2005 (en particulier p. 193-208 « en finir avec la "neutralité axiologique" »). Le texte de 1917 (*Essai sur la théorie de la science*) est une critique de l'attitude des prophètes ou démagogues « officiellement accrédités » qui tranchaient les questions du haut de leurs chaires universitaires, autrement dit en un lieu où la discussion était impossible : ils auraient dû le faire dans l'espace public. Weber distinguant le *cours* du *discours*, la vertu professorale (la probité) présuppose le cadre institutionnel précis du cours magistral, où l'un parle et l'autre est condamné au silence. Voir C. Colliot-Thélène, préface à M. Weber, *Le savant et le politique*, La Découverte, 2003, (p. 29 « Déontologie de l'enseignant ») ; S. Kalberg, *Les valeurs, les idées et les intérêts. Introduction à la sociologie de Max Weber*, La Découverte, 2010 (p. 12, p. 47) ; H. Bruhns, P. Duran (dir.), *Max Weber et le politique*, LGDJ, 2009 (H. Bruhns, « Science et politique au quotidien chez Max Weber : quelques précisions historiques sur le thème de la neutralité axiologique », p. 107-128).

60. Alors que les socialistes sont à l'époque exclus des chaires universitaires, Weber considère qu'un anarchiste peut être un bon connaisseur du droit : « sa conviction objective (se trouvant) en dehors des conventions et des présuppositions qui paraissent si évidentes à nous autres », lui permet « de découvrir dans les intuitions fondamentales de la théorie courante du droit, une problématique qui échappe à tous ceux pour lesquels elles sont par trop évidentes » ; et de finir en rappelant que « le doute le plus radical est le père de la connaissance ». M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, 1917 (4^e essai : « Essai sur le sens de la "Neutralité axiologique" dans les sciences sociologiques et économiques »).

61. M. Weber, *Le savant et le politique*, *op. cit.*, préface C. Colliot-Thélène « Fonction et vocation de savant », p. 93 : « ce sont deux choses différentes que, d'une part, prendre

Marc Angenot critique donc les abus de certaine lecture de l'éthique de la responsabilité, considérant que « l'effort demandé de neutralité axiologique est, au mieux, une illusion positiviste, au pire une imposture au service de l'ordre établi »⁶². Derrière l'apparente neutralité de la technique (discutable... et discutée⁶³), le droit reflétant une vision du monde en un lieu et à un moment donné, n'est pas la résultante de forces impersonnelles ou l'expression d'une culture monolithique. L'histoire du droit doit donc « illustrer ce jeu complexe des forces auxquelles est soumise la règle de droit pour faire comprendre ainsi pourquoi une règle s'impose alors qu'une autre reste sans effet »⁶⁴. La connaissance du droit et de ses normes étant aussi la connaissance des phénomènes qu'elles régissent⁶⁵, la science du droit peut difficilement passer outre une connaissance

position pratiquement en politique, et, d'autre part, d'analyser scientifiquement des formations politiques et des positions de partis » ; dans son cours, le professeur ne doit pas faire état de son opinion politique, mais de sa connaissance et de son expérience scientifique. Dans l'article de 1904 sur « L'"objectivité" de la connaissance dans les sciences et la politique sociales » (1904), Weber se montre très sévère contre le *juste milieu*, qui « n'est pas le moins du monde une vérité plus scientifique que les idéaux les plus extrêmes des partis de droite ou de gauche. Nulle part l'intérêt de la science n'est à la longue davantage nié que là où l'on se refuse à voir les faits désagréables et la réalité de la vie dans sa dureté. L'Archive combattrait impitoyablement cette dangereuse illusion qui se figure qu'il est possible de parvenir à des normes pratiques ayant une validité scientifique à la faveur d'une synthèse ou d'une moyenne de plusieurs points de vue partisans » ; cité par I. Kalinowski, *La science...*, *op. cit.*, p. 197.

62. M. Angenot, *op. cit.*, p. 313.

63. P. Bourdieu, J.-C. Chamboredon, J.-C. Passeron, *Le métier de sociologue*, Mouton-Bordas, 1968 (« La fausse neutralité des techniques »).

64. J. Gaudemet, « Études juridiques et culture historique », *Archives de philosophie du droit*, 1959, p. 18.

65. Rappelant que la science du droit est, pour Kelsen, descriptive et non prescriptive, Michel Troper souligne à l'inverse la distinction entre ce qui relèverait du juridique (la décision n'est pas l'expression de son auteur, mais le résultat d'une connaissance ou d'une découverte) et ce qui est politique (qui est l'expression de la volonté, donc des valeurs, des hommes qui forment une autorité publique) ; pour le dire autrement « est juridique ce qui est l'application d'une norme préexistante et échappe à la causalité ; est politique la décision qui relève de la causalité ». Kelsen finit toutefois par admettre que les normes sont l'expression d'actes de volonté des hommes, et que la science du droit a seulement pour vocation de décrire ces actes de volonté ; M. Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », *Droit et politique*, PUF CURAPP, 1993, p. 82-94. Sur les rapports de la théorie de Kelsen avec le politique, voir C.-M. Herrera, « Science et politique chez Hans Kelsen », O. Jouanjan, *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, 2010 : Kelsen distingue la science du politique de la science politisée (qui prend position sur les valeurs) en rappelant que la science ne peut que décrire et expliquer la réalité, pas la justifier ; le politique n'a pas une nature différente du juridique. La science politique est une science normative, en ce que son objet est constitué de normes issues des autorités politiques ; en tant que science « pure », elle se limite à décrire, classifier, expliquer les phénomènes politiques (formes du gouvernement et contenu des ordres étatiques) avec la même attitude objective que la science de la nature, c'est-à-dire sans ajouter à ses recherches des jugements de valeur subjectifs.

du politique. C'est particulièrement évident en droit constitutionnel ⁶⁶.

Ceci étant précisé, J. Commaille considère donc qu'il est temps de « prendre ses distances avec ce que ces professionnels disent du droit sans rien dire sur eux-mêmes, c'est-à-dire sans rien dire sur ce qui les constitue du point de vue des valeurs, mais aussi des intérêts qu'ils poursuivent, des dispositions qui les déterminent ou des contraintes sociales, économiques, culturelles, politiques qu'ils subissent, en un mot sur ce qui influe sur l'exercice de leurs fonctions de locuteurs, au-delà de leur pratique et de ce qu'il en disent » ⁶⁷. Ses travaux ont en effet souligné de longue date comment les interprétations divergentes des professionnels du droit, le travail de doctrine effectué au prétexte de commenter les intentions du législateur, étaient « inspirées par des considérations de nature politique ou idéologique, en fonction d'aspirations éventuellement opposées à celles qui avaient justifié la conception initiale de la règle et de son institution par le pouvoir législatif » ⁶⁸. Partant donc du principe que des jugements de valeur interviennent à toutes les phases de la recherche scientifique et de l'enseignement du droit ⁶⁹, ne conviendrait-il pas à l'historien du droit (pour ne parler que de ce qu'on connaît) d'assumer « pleinement la charge de valeurs gisant dans la réalité et dans le droit ; le droit ne contient pas de prémisses vraies et premières, mais seulement des opinions probables et contingentes » ⁷⁰. Sans le secours des idées politiques, le juriste s'enferme dans un monde artificiellement unifié autour d'un droit apolitique ; ceci étant l'histoire des idées ne saurait évidemment se faire *en procureur* ou se penser en termes moraux ⁷¹ : il

66. À titre d'exemple, les interprétations divergentes des juristes à propos de la procédure de révision de la constitution par référendum en 1962 sont interprétables à partir des options politiques de leurs auteurs. J.-J. Chevallier, G. Carcassone, O. Duhamel, *La V^e République. 1958-2002*, Armand Colin, 2002, p. 89-90. On lira avec profit la très intéressante mise au point dans C.-M. Herrera, A. Le Pillouer, *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle*, éd. Kimé, 2012 (en particulier D. Baranger, « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », p. 117-140).

67. J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 94.

68. *Ibid.*, p. 141. Mise en application dans *L'Esprit sociologique des lois*, PUF, 1994 ; *La doctrine juridique*, PUF CURAPP, 1993.

69. Citant Norberto Bobbio, J.-P. Chazal considère que « poser comme postulat que le seul chemin pour accéder à la science est la neutralité axiologique, c'est aussi nécessairement émettre un jugement de valeur qui privilégie la valeur de neutralité sur d'autres possibles, comme par exemple celle de justice ». Pour Bobbio, « la théorie kelsenienne de la science du droit prescrivait de décrire » ; J.-P. Chazal, *Ibid.*, p. 324-328.

70. *Ibid.*, p. 331.

71. Weber distingue le cours du discours, et la connaissance empirique de l'évaluation (l'intellectuel doit garder la tête froide devant tous les idéaux).

faut se souvenir que la définition webérienne de l'interprétation axiologique consiste dans « le développement des différentes prises de position significatives possibles devant un phénomène donné »⁷².

Pour finir sur cette question, on observera que certains mots du vocabulaire politique sont fortement connotés. Ainsi en va-t-il de l'idéologie (ou des idéologies, puisqu'elles se construisent les unes contre les autres), dans laquelle les idées, servant une entreprise de rationalisation des rapports sociaux, ne seraient qu'un reflet des intérêts de la classe sociale à laquelle les auteurs appartiennent et dont ils seraient les porte-parole. Karl Mannheim associait ainsi le discours juridique aux « idéologies de maintien de l'ordre établi », qu'il opposait aux « idéologies de bouleversement radical de cet ordre »⁷³. C'est bien contre cette vision idéologique que s'est constitué le discours scientifique considéré plus haut. L. Jaume conteste pourtant la tendance à négliger la notion d'idéologie, en prévenant que « moins l'idéologie est perçue comme telle, plus elle exerce ses effets »⁷⁴. Étudiant le système de droit soviétique, J.-L. Halpérin estime d'ailleurs impossible de passer outre les idéologies qui le fondent : car même si l'application des règles juridiques a corrigé ensuite l'image du droit soviétique, la révolution a d'abord provoqué un bouleversement de l'ordre juridique « par des décrets dont la dimension de propagande ne doit pas être sous-estimé »⁷⁵. La précision est utile, même si on peut s'étonner qu'elle ne soit faite que pour ce système de droit. Mais il

72. Raisonant à propos de l'étude du syndicalisme, Weber explique que « la science axiologiquement neutre a définitivement rempli son office une fois qu'elle a ramené le point de vue du syndicaliste à sa forme logiquement la plus cohérente et la plus rationnelle possible, et qu'elle a déterminé les conditions empiriques de sa formation, ses chances et les conséquences pratiques qui en découlent d'après l'expérience » ; M. Weber, « essai sur le sens de la "Neutralité axiologique" », *op. cit.*. Dans ce texte, Weber répond aux critiques des historiens, qui refusent justement de se voir ôter « le droit de faire des appréciations de nature politique, culturelle, éthique ou esthétique » au motif « qu'ils ne seraient pas en mesure de faire des recherches si on exigeait d'eux de renoncer à ces appréciations ». Dans un passage sur l'histoire de l'art, il distingue donc la *contemplation* (qui évalue de façon purement esthétique), l'*analyse* (qui cherchera à établir une imputation empirique et causale) et l'*interprétation axiologique* (qui consiste dans le développement des différentes prises de position significatives possible devant un phénomène donné). Dans cette perspective, les idées politiques doivent être étudiées non pas en ce qu'elles *valent* normativement ou qu'elles sont *justes* : on analyse leur être empirique (sein), et non leur sens correct (du point de vue normatif). On rappellera pour finir que pour Weber, l'histoire du droit était une discipline dogmatique et assez peu une discipline empirique : il pointait comment la construction rationnelle des concepts de la dogmatique juridique en histoire du droit permettait de comparer la réalité empirique à ces concepts, afin de déterminer en quoi elle en diverge, s'en écarte ou s'en rapproche relativement.

73. K. Mannheim, *Idéologie et utopie*, 1929.

74. L. Jaume, « Méthodes d'interprétation des textes politiques... », *op. cit.*

75. J.-L. Halpérin, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, *op. cit.*, p. 213.

semble surtout que l'idéologie (qui n'est évidemment pas la propagande) ne doit pas être entendue exclusivement comme la mystification du réel au nom d'intérêts supérieurs. Pour J. Chevallier l'idéologie de l'intérêt général est ainsi « un système cohérent et articulé de représentations, destiné à inculquer la croyance dans le bien-fondé de l'ordre social et politique »⁷⁶. Soulignant l'imbrication profonde du discours et du réel, et le renvoi permanent de l'idéologie aux pratiques, il démontre que l'idéologie de l'intérêt général, plus qu'une construction surajoutée et artificielle, « est un élément fondamental et constitutif du social », qui lie ensemble les différentes composantes d'une société. Le champ social étant traversé par les représentations symboliques, l'idéologie modèle les rapports sociaux et influe sur les comportements des membres du corps social. Elle n'assume donc pas exclusivement la fonction négative de mystification du réel ; elle a surtout des effets sociaux positifs, « le détour par l'imaginaire contribue de manière déterminante à la production et à la reproduction de la société »⁷⁷ – et l'auteur de conclure sur la fonction *institutive* de l'idéologie de l'intérêt général, qui produit l'identité nécessaire à l'existence de la société et à la coexistence des intérêts particuliers qui la composent⁷⁸.

Le droit participe bien de l'idéologie, en ce que les normes fournissent une légitimation aux comportements politiques⁷⁹ et les normes traduisent des systèmes de valeurs, vis-à-vis desquelles elles apparaissent légitimes. Enfin, même si les juristes n'expriment pas de jugements de valeur, leurs textes produisent, ou sont susceptibles de produire, des effets pratiques ; en vertu de quoi Jean Touchard, qui définissait aussi les idéologies comme l'ensemble des représentations et des croyances de groupes sociaux déterminés, établissait un lien entre histoire des idées et histoire sociale, pour saisir le processus d'appropriation des idées, l'histoire devant permettre de comprendre comment les représentations circulent et par quels vecteurs elles irriguent le corps social⁸⁰.

76. J. Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF CURAPP, 1978, p. 12.

77. *Ibid.*, p. 28.

78. *Ibid.*, p. 37.

79. Il y a légitimation quand ces comportements sont conformes aux normes, qu'ils sont légaux ; mais on peut aussi songer, à l'inverse, à la légitimation acquise par une attitude critique et d'opposition, comme dans le cas de la désobéissance civique.

80. Analyse dans F. Dosse, *La marche des idées*, *op. cit.*, p. 51.

3. Petite boîte à outils méthodologique

En tête de son fameux manuel, J.-J. Chevallier rappelle que « la pensée politique a une histoire, son histoire particulière, à l'intérieur de l'histoire générale : une de ces “ histoires de profondeur “, plus importante que les remous de surface plus spectaculaires ; une histoire à la fois riche de contenu intellectuel et grosse de conséquences directes ou indirectes sur la conduite humaine »⁸¹. Si l'histoire du droit interroge peu ses méthodes, une vaste réflexion méthodologique traverse, on l'a dit, le champ de l'histoire des idées. Comme d'autres domaines de la pensée, l'histoire des idées politiques est en particulier nourrie par l'opposition de l'idéalisme (la raison gouverne l'expérience matérielle, les idées constituant le moteur de l'histoire des sociétés) et du matérialisme (l'histoire de l'humanité repose sur une dynamique de forces matérielles dont les idées ne sont que le reflet)⁸². Mais dans une perspective strictement méthodologique, l'histoire des idées apparaît surtout scindée entre une approche interne des textes et leur analyse externe⁸³.

Des courants contraires en histoire des idées politiques

La première tendance a été posée par Arthur Lovejoy⁸⁴, qui invitait à délaisser l'étude des grandes *pensées* pour tracer les *idées* qui migrent, s'associent et se transforment lentement au cours des siècles ; qualifiée d'idéaliste et interne, cette étude ne prend en compte que « la logique endogène du contenu des œuvres, des idées »⁸⁵, et assigne à l'historien des idées politiques la mission d'identifier ces idées élémentaires (*unit-ideas*), dotées d'une sorte de vie propre dans l'histoire, indifférente aux combinaisons qu'elles peuvent opérer à travers les âges, mais dont le noyau formerait la base des grandes tendances intellectuelles. À partir de ces idées, et autour d'elles, se

81. J. Chevallier, *Histoire de la pensée politique*, *op. cit.*, p. 8.

82. Synthèse de cette opposition dans l'introduction de O. Nay, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*

83. L'opposition méthodologique sur la manière de situer et d'interpréter un texte est parfaitement résumée par François Dosse, *La marche des idées*, *op. cit.*, p. 11 : « l'une, verticale, diachronique, par laquelle il relie un texte ou un système de pensée à tout ce qui les a précédés dans une même branche d'activité intellectuelle... l'autre, horizontale, synchronique, par laquelle l'histoire établit une relation entre le contenu de l'objet intellectuel et ce qui se fait dans d'autres domaines ».

84. A. Lovejoy, *The Great Chain of Being: A Study of the History of an Idea* (1933), Harvard University Press, 1936 ; *Essays in the History of Ideas* (1948), Johns Hopkins University Press, 1978.

85. F. Dosse, *La marche des idées*, *op. cit.*, p. 300.

nouerait en outre une sorte de dialogue au sommet entre de grands auteurs désincarnés, qui répondraient tous aux mêmes questions canoniques – celles qui *nous* intéressent aussi, et qui ne sont donc pas celles du temps propre dans lequel ces auteurs méditaient⁸⁶. L'idéalisme d'une telle démarche fait donc fi de toute approche historique, et il semble qu'elle inspire paradoxalement certaines approches des idées politiques en histoire du droit, lorsque des travaux proposent l'étude d'un concept à travers les âges, comme si celui-ci s'y donnerait à voir dans toute son évidence diachronique et resterait inchangé, indépendamment du contexte de référence.

L'autre tendance est davantage soucieuse de contextualisation et s'inspire pour partie de la démarche matérialiste ; celle-ci rapporte les idées au mode de production historiquement déterminé dont elles dériveraient nécessairement – au risque de se contenter d'explications purement externes, hyper contextualisées, dans lesquelles les idées se trouvent en définitive réduites à leurs conditions économiques et sociales de production ; le caractère mécanique d'une telle perspective (dans le rapport qu'elle établit entre production idéologique et contexte) refuse en effet de reconnaître aux idées politiques une consistance propre⁸⁷.

À rebours de ces deux méthodes, les travaux de l'école de Cambridge proposent une « contextualisation rhétorique et argumentative de la "pensée politique" »⁸⁸. On ne prétend pas en effet trouver dans

86. J.-G. Prévost s'interroge « sont-ce toujours les mêmes grandes questions qui se posent de façon récurrente et notre tâche n'est-elle pas de recouvrir le noyau de vérité que comportent les enseignements des auteurs classiques ? Ou doit-on au contraire reconnaître la singularité des problèmes auxquels ils se sont attaqués et prendre toute la mesure de ce qui nous sépare d'eux ? » ; J.-G. Prévost, *De l'étude...*, *op. cit.*, p. 9.

87. Ex. de cette démarche dans E. Meiskins-Wood et N. Wood, *Class Ideology and Ancient Political Theory*, Basil Blackwell, 1978 ; E. Meiskins-Wood, *Peasant-Citizen and Slave : The foundations of athenian democracy*, Verso, 1987 ; *id.*, *Des citoyens aux seigneurs : Une histoire sociale de la pensée politique de l'Antiquité au Moyen Âge*, Lux, 2013 (2008) ; *id.*, *Liberté et propriété : Une histoire sociale de la pensée politique occidentale de la Renaissance aux Lumières*, Lux, 2014 (2012).

88. A. Skornicki, J. Tournade, *La nouvelle histoire ...*, *op. cit.*, p. 9. Sur l'école de Cambridge, R. Rorty, J.B. Schneenind, Q. Skinner, *Philosophy in history. Essays in the Historiography of Philosophy*, Cambridge university press, 1984 (en particulier Q. Skinner, « The idea of negative liberty : philosophical and historical perspectives », p. 193) ; J. Tully, *Meaning & Context. Quentin Skinner and his critics*, Polity Press, 1988. Parmi l'importante bibliographie en français, on retiendra J.-F. Spitz, « Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Quentin Skinner », *Droits*, 10, 1989, p. 133-145 ; J. Guilhaumou, « L'histoire des concepts : le contexte historique en débat », *Annales ESC*, 2001, n° 3, p. 655-698. L'auteur rappelle en particulier, à partir des travaux de Pocock, que « le langage est fondamentalement historique, en ce sens qu'il inclut et engendre les structures sociales, les valeurs communes, les modes généraux de pensées, etc., pour chaque période historique ».

l'histoire de grandes questions canoniques, dont la recherche est en définitive fondée sur une projection du présent dans le passé⁸⁹ ; on tente au contraire de montrer à quelles préoccupations *de leur temps* répondaient les auteurs (sans nier, au passage, la possibilité pour ceux-ci d'évoluer, leur pensée n'étant pas considérée comme un bloc). Pour Quentin Skinner, parce que les idées ne sont jamais lancées dans un vide culturel mais s'insèrent au contraire dans une vaste littérature, « élaborer un argument c'est toujours argumenter *contre quelqu'un*, c'est toujours raisonner *pour ou contre* une certaine conclusion ou le cours des choses »⁹⁰ ; intéressant rappel pour l'histoire du droit qui, quand elle est contextualisée, doit aussi mettre au jour ces controverses, qui sont autant de réactions aux enjeux politiques et juridiques d'une époque.

Les travaux de l'école de Cambridge se fondent sur l'analyse du langage, qui s'attache à saisir les stéréotypes et les paradigmes qui forment la grille d'intelligibilité du monde politique, partagée par les auteurs/acteurs d'une société donnée⁹¹. Il s'agit de reconstruire les cadres cognitifs et le contexte linguistique dans lesquels les actes de langage ont été produits, pour comprendre l'intention de l'auteur, et ce qu'il a voulu *faire* en disant ce qu'il a dit ; il convient donc de « sortir du texte lui-même, pour étudier de manière systématique l'ensemble des usages qu'il est possible de faire – à une époque donnée – d'une même idée ou d'un même thème »⁹². Ce qui suppose aussi de dépasser l'obsession des grands noms⁹³ pour remettre les idées dans les

89. A. Skornicki, J. Tournade, *La nouvelle histoire ...op. cit.*, p. 10-11 ; les textes passés ne sont pas des solutions à des questions pérennes portant sur une réalité politique dont le noyau dur serait lui-même intemporel.

90. Q. Skinner, « The idea of negative liberty... », *op. cit.*, p. 201 (nous traduisons). De Skinner en français, on lira *La liberté avant le libéralisme*, Seuil, 2000 ; *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001 ; *La vérité et l'historien*, éd. EHESS, 2012 ; *Machiavel*, Seuil, 2001.

91. Le poids de l'analyse du langage est particulièrement fort chez Skinner, dont on sait qu'il a été influencé par le deuxième Wittgenstein et la théorie des actes / des jeux de langage – ensemble formé par le langage et les activités dans lesquelles il est entrelacé ; le sens d'une expression linguistique dépend d'un contexte et d'activités non linguistiques : pour comprendre un jeu de langage, il faut donc comprendre la forme de vie à laquelle il appartient. Sur la pensée de Wittgenstein, voir R. Younes, *Introduction à Wittgenstein*, La Découverte, 2015, p. 69. L'auteur rappelle que le premier Wittgenstein, celui du *Tractatus*, isolait le langage de son contexte extralinguistique, alors que le deuxième le réintègre dans ce contexte. Sur la manière dont la pensée de Wittgenstein peut influencer une nouvelle approche de la philosophie du droit, E. Silva-Romero, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, PUF, 2002.

92. J.-F. Spitz, « Comment lire les textes du passé ?... », *op. cit.*, p. 138.

93. Frédéric Audren souligne à cet égard le caractère sélectif d'une démarche qui dément « le contextualisme et l'ambition totalisante de l'histoire » ; les juristes s'attachent en effet « presque exclusivement aux grands juristes, aux grandes décisions de jurisprudence, aux

paradigmes⁹⁴ de leur époque et voir en quoi elles ont été partagées, en quoi elles ont pu être *dans l'air du temps* mais aussi comment elles se sont métamorphosées. M. Angenot résume parfaitement l'enjeu de la démarche en expliquant que plus qu'une histoire de la pensée, c'est « une étude historique des manières de penser »⁹⁵.

La comparaison s'impose évidemment avec la théorie oxfordienne du *speech act*, théorie des actes de langage qui privilégie une linguistique de l'énonciation étroitement tributaire des variations contextuelles⁹⁶ ; mais elle n'est pas non plus sans liens avec le développement du *linguistic turn*, pour les tenants duquel la réalité étant constituée dans et par le langage, ne peut être saisie comme une référence objective, extérieure au discours⁹⁷. Ces écoles valorisent le rôle du langage dans la construction de la réalité sociale, le rapport au réel ne se faisant que par la médiation du langage et des catégories de pensée, qui informent et classent le social (perspective assez évidente pour l'historien (du droit), qui ne travaille que sur la base de faits restitués dans des textes⁹⁸). Le langage fait partie d'un réel qu'il contribue à ordonner. Pour Q. Skinner, l'intention des auteurs (ce qu'ils ont voulu faire en écrivant ce qu'ils ont écrit) étant distincte du sens de leurs textes, il convient de replacer ceux-ci dans l'ensemble des productions qui, à la même époque, traitaient des mêmes problèmes, et qui, la plupart du temps, en partageaient le même vocabu-

grandes théories », en pointant la démarche identitaire d'un milieu académique « qui trouve un miroir flatteur de ses missions et de sa production scientifique, en se rendant disponible des figures tutélaires ». À travers l'exemple de la doctrine des années 1930, l'auteur montre comment on se présente comme les continuateurs de ceux qu'on construit comme des prédécesseurs. L'article démontre parfaitement la logique de légitimation qui fonde ce travail de tri ; F. Audren, « Le "moment 1900"... », *op. cit.*, p. 57, p. 61.

94. Forgé par Thomas Kuhn (*La structure des révolutions scientifiques*, 1962), le concept de paradigme désigne l'ensemble des croyances techniques et des méthodes partagées par une communauté scientifique.

95. M. Angenot, *L'Histoire des idées*, *op. cit.*, p. 13. Comp. C. Hamel, « Quentin Skinner entre histoire et philosophie », introduction à Q. Skinner, *La vérité et l'historien*, éd. EHESS, 2012, p. 26 : dans une veine wittgensteinienne, la préoccupation de Skinner pour l'intention « commande une histoire des usages des arguments, plutôt que des significations des idées ».

96. F. Dosse, *La marche des idées*, *op. cit.*, p. 236 et suiv. Pour une application de la théorie des actes de langage en droit, P. Amsselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986.

97. J. Guilhaumou, « À propos de l'analyse du discours : les historiens et le « tournant linguistique » », *Langage et société*, 1993, n° 65, p. 5-38.

98. On rappellera au passage que dans ses travaux sur les rapports de l'oralité et de la forme écrite, l'anthropologue Jack Goody explique que cette dernière « tend à modifier le rapport des mots à l'action ; ils deviennent, de par leur transcription, quelque chose de relativement dégagé de l'action, moins liés au « réel », moins impliqués dans la « factuelité » ». L'écrit distancie le lien entre l'individu et sa parole, entre l'action et sa représentation. J. Goody, *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage*, Minuit, 1979 ; *id.*, *Pouvoirs et savoirs de l'écrit*, La Dispute, 2007.

laire⁹⁹. En se transportant « à l'intérieur de l'univers de significations de l'auteur pour retrouver ce qui faisait sens pour lui »¹⁰⁰, on met au jour les conventions langagières en reconstituant le langage politique /juridique dans lequel les auteurs s'exprimaient (partant du principe que si un auteur peut modifier les conventions langagières, il ne peut pour autant totalement s'abstraire du langage). En recensant les conventions argumentatives d'une époque, l'univers de ses représentations, on comprend donc non seulement la transmission d'une idée (d'un concept) mais aussi le processus de sa réception (indispensable à la compréhension de l'interprétation qui en a été faite).

Pierre Bourdieu critique la démarche fondée sur une analyse purement interne du langage, sans considération pour les conditions socio-historiques de sa production et de sa réception¹⁰¹. Pour le sociologue, qui a montré comment les institutions (« tout ensemble relativement durable de relations sociales qui confèrent aux individus des formes différentes de pouvoir, de statut et de ressources »¹⁰²) définissent les conditions d'efficacité des énoncés, le pouvoir des mots n'est pas dans les mots mêmes et c'est une erreur d'Austin¹⁰³ que d'avoir cru découvrir « dans le discours même, c'est-à-dire dans la substance purement linguistique – si l'on permet l'expression – de la parole, le principe de l'efficacité de la parole »¹⁰⁴. Il nous semble que la critique épargne l'école de Cambridge, qui effectue précisément ce travail de contextualisation¹⁰⁵. L'analyse bourdieusienne du discours d'institution et le concept de porte-parole pourraient en revanche parfaitement être adaptés à l'étude du langage juridique : dans la recherche des conditions d'élaboration d'une parole officielle, le pouvoir des mots réside dans le fait « qu'ils ne sont pas prononcés à titre

99. Le texte étant écrit/dit pour quelqu'un et pour quelque chose, seule la prise en compte de l'intention permet de relier le texte et le contexte. Mais le texte étant considéré comme une action (qui a donc non seulement un sens mais aussi une force illocutoire), à partir du contexte précis d'énonciation d'une idée on ne se demande pas tant ce que l'auteur veut *dire*, que ce qu'il veut *faire* en disant ce qu'il dit. Par exemple Edmund Burke n'est pas qu'un philosophe mais aussi un parlementaire whig qui s'adresse au public anglais de ses électeurs.

100. F. Dosse, *La marche des idées*, *op. cit.*, p. 247.

101. P. Bourdieu, *Langage et pouvoir symbolique*, Seuil Essais, 2001 (en particulier p. 67 « La production et la reproduction de la langue légitime » ; p. 159 « Le langage autorisé : les conditions sociales de l'efficacité du discours rituel » ; p. 175 « Les rites d'institution »).

102. J.B. Thompson, préface à P. Bourdieu, *Langage et pouvoir symbolique*, *op. cit.*, p. 18.

103. J. L. Austin, *Quand dire c'est faire*, Seuil, 1991.

104. P. Bourdieu, « Le langage autorisé... », *Ibid.*, p. 160.

105. Pierre Bourdieu a d'ailleurs convié Quentin Skinner dans un des séminaires de son cours au Collège de France : le texte en est publié dans Q. Skinner, *La liberté avant le libéralisme*, *op. cit.*.

personnel par celui-ci qui n'en est que le "porteur". La parole officielle du porte-parole autorisé n'agit sur les autres « que parce que sa parole concentre le capital symbolique accumulé par le groupe qui l'a mandaté et dont il est le fondé de pouvoir »¹⁰⁶. S'attacher à la logique proprement linguistique des formes d'argumentation semble voué à l'échec tant qu'on ne s'attache pas à établir « la relation entre les propriétés du discours, les propriétés de celui qui les prononce et les propriétés de l'institution qui l'autorise à les prononcer »¹⁰⁷. Ceci confirme en particulier la nécessité d'une approche culturelle de la formation des concepts (politiques autant que juridiques), qui ne peut qu'être consolidée par une histoire sociale – en particulier par l'histoire de ceux que les sociologues appellent les *intermédiaires culturels* (pour nos recherches, les professeurs de droit ou les facultés) qui permettent d'en saisir la construction, la diffusion, et la réception. Tout autant que les débats politiques, les débats juridiques doivent être contextualisés, le décryptage du sens des mots utilisés supposant leur insertion dans un contexte qui les rend intelligible.

Mise en perspective... critique

La méthode de l'école de Cambridge a été l'objet d'un certain nombre de critiques¹⁰⁸. Retenons-en ici les principales, qui permettent de prolonger la réflexion sur la méthode de l'histoire des idées politiques.

Dans l'opposition de la philosophie contre l'histoire, l'idéalisme de l'histoire *traditionnelle* des idées se trouve relayé par l'approche philosophique revendiquée par Yves-Charles Zarka dans sa controverse contre Quentin Skinner¹⁰⁹. Y.-Ch. Zarka reproche en effet à l'école de Cambridge de réduire le sens d'une œuvre philosophique (celle de Hobbes) aux circonstances immédiates de son temps, et de

106. P. Bourdieu, « Le langage autorisé... », *op. cit.*, p. 163.

107. *Ibid.*, p. 165. À propos de cette notion très fructueuse de *porte-parole*, on lira dans le même volume les articles suivants : « Les rites d'institution » (p. 175) sur la consécration et le processus de légitimation ; « La représentation symbolique » (p. 213), « La délégation et le fétichisme politique » (p. 259), « Espace social et genèse des « classes » » (p. 293) : dans des analyses où Hobbes apparaît étonnamment tard et de façon plutôt allusive, Bourdieu établit le rapport de métonymie entre le mandataire et le groupe au nom duquel il parle, le processus de transsubstantiation « qui fait que le porte-parole devient le groupe qu'il exprime », « le représentant fait le groupe qui le fait » (p. 319).

108. J. Tilly, *Meaning & context. Quentin Skinner and his critics*, *op. cit.*.

109. *Le Débat*, 1997/4, n° 96, Deux interprétations de Hobbes : Y.-Ch. Zarka, « Hobbes et la pensée politique moderne », p. 92-100 ; Q. Skinner, « Raison et rhétorique dans la philosophie de Hobbes », p. 100-108. Sur l'opposition des méthodes philosophique et historique dans l'analyse des idées politiques, A. Herla, « Histoire de la pensée politique et théorie du langage : Skinner, Pocock, Johnston, lecteurs de Hobbes », *Dissensus. Revue de philosophie politique de l'Université de Liège*, février 2010, n° 3, p. 164-175.

négliger par conséquent l'effet de rupture de certaines œuvres, dont la signification proprement philosophique sublimerait les intentions déterminées qui auraient pu présider à sa rédaction. Il critique donc d'abord l'erreur méthodologique qui aligne les œuvres importantes sur toute la production éditoriale d'une époque. Mais Y.-Ch. Zarka dénonce surtout la marque d'un historicisme désuet, qui considère les textes comme le simple reflet historiquement daté d'un contexte politique, économique et social auquel ils seraient indissolublement liés. En écho à la critique de Léo Strauss contre l'historicisme, il reproche en somme à la démarche de Q. Skinner de ne rien nous apprendre *d'eux* mais simplement de nous en apprendre *sur* eux¹¹⁰. L'école de Cambridge nierait donc qu'il existe une essence du politique, diluée par elle dans une succession de réalités hétérogènes qui engendrent un univers intellectuel hautement particularisé – tellement d'ailleurs que les auteurs ne seraient pas capables d'entretenir un dialogue mutuel sur des questions identiques¹¹¹. Mais c'est précisément ce qui distingue l'histoire des idées politiques d'une histoire de la philosophie politique, à propos de laquelle J.-G. Prévost rappelle que, parce qu'elle « cherche à s'élever de l'opinion à la connaissance »¹¹², la philosophie politique ne s'intéresse en somme qu'à la nature des choses et pas aux individus, à tel groupe social, à tel régime, à telle civilisation ; « elle ne cherche pas une vérité historique ou relative, mais LA vérité bonne en tout temps et en tout lieu, le meilleur régime »¹¹³. Q. Skinner répond justement *en historien* à Y.-Ch. Zarka, au risque de s'attirer les foudres d'une certaine école sociologique, qui reproche aux historiens du langage de s'intéresser plus au contexte discursif qu'au contexte social, pour une analyse plus descriptive que véritablement explicative. D'autres, sous le coup d'une lecture résolument matérialiste, reprochent encore à l'École de Cambridge de se polariser sur le seul langage et de négliger les dimensions « non linguistiques du réel, comme l'économie ou les classes sociales »¹¹⁴.

110. Claude Lefort nuance aussi l'apport de la connaissance acquise *en dehors* de la lecture ; certes elle accroît notre sensibilité à la parole de l'œuvre, elle multiplie notre pouvoir d'entendre ... mais elle ne le crée pas : « Autant il est sûr que le langage se laisse mieux connaître de nous quand nous scrutons les conditions de l'expérience qui le nourrit, autant il serait vain de supposer que leur examen nous donne son sens » ; C. Lefort, *Le travail de l'œuvre. Machiavel*, Tel Gallimard, 1986 (1972), p. 742.

111. J.-F. Spitz, « Comment lire les textes du passé ?... », *op. cit.*, p. 134.

112. J.-G. Prévost, *De l'étude...*, *op. cit.*, p. 14.

113. *Ibid.*, p. 15.

114. *Ibid.*, p. 77. Voir en particulier les travaux de N. Wood et E. Meiskins-Wood, cités plus haut.

Sur la question de l'auteur, dans la lignée de la critique post-structuraliste¹¹⁵, on a pu dénoncer l'importance qui lui est accordée comme sujet donneur de sens, puisque porteur d'une intention¹¹⁶. Pourtant, plus que les auteurs et leurs œuvres (dont Y.-Ch. Zarka considère qu'elles sont négligées), c'est bien « la matrice sociale et intellectuelle générale dont sont issus leurs travaux »¹¹⁷ qui est au cœur de la démarche historique de Skinner (assez proche en cela de la démarche de Lucien Febvre, avec sa notion d'*outillage mental*¹¹⁸). On a pu aussi contester l'ambition de déceler l'intention des auteurs, qui ne se révélerait le plus souvent qu'après-coup, une fois que le texte est écrit¹¹⁹. Contestant la réduction de la signification des textes à la seule intention des auteurs, « parce que cette intention est multiple et incertaine »¹²⁰, Michel Troper estime que le juriste ne doit pas

115. F. Dosse, *Histoire du structuralisme* (t. 1, *Le champ du signe, 1945-1966* ; t. 2, *Le chant du cygne, 1967 à nos jours*), La Découverte, 2012.

116. Après avoir malicieusement annoncé la mort de l'auteur, Foucault tire à boulets rouges sur l'histoire traditionnelle des idées, avec ses dialogues au sommet (les individualités créatrices qui dialogueraient les unes avec les autres) et ses enchaînements d'influences d'une pensée à l'autre (la notion de tradition est d'ailleurs définie comme visant « à donner un statut temporel singulier à un ensemble de phénomènes à la fois successifs et identiques ; elle permet de repenser la dispersion de l'histoire dans la forme du même ; [...] grâce à elle, on peut isoler les nouveautés sur fond de permanence » ; M. Foucault, *L'Archéologie du savoir*, *op. cit.*, p. 21. Foucault se concentre sur les règles de fonctionnement des pratiques discursives qui encadrent la parole des locuteurs. Il oppose à l'histoire traditionnelle des idées une généalogie sans protagonistes (mort de l'auteur), sans finalités ni progrès ; une archéologie qui ne s'appuie pas sur les documents immédiatement déchiffrables, mais sur les monuments, traces opaques d'un état de chose. Sur l'apport de M. Foucault à l'analyse du discours (par sa théorie des formations discursives), voir R. Ringoot, « Questionner le discours avec Michel Foucault. Actualités théoriques et actualités éditoriales », *Mots. Les langages du politique*, 2010 – 94 (revue numérique). Foucault s'est davantage intéressé à la pratique du pouvoir étatique (ce dont atteste le néologisme de *gouvernementalité* forgé par lui) qu'à sa théorie, renvoyant « à l'effectuation plutôt qu'à l'intention, à la concrétisation plutôt qu'au programme » ; R. Ringoot, « Questionner le discours... », *op. cit.*

117. F. Dosse, *La marche des idées*, *op. cit.*, p. 247.

118. Mise en œuvre dans L. Febvre, *Le problème de l'incroyance au XVI^e siècle. La religion de Rabelais*, Albin Michel, 1942 ; *Un destin. Martin Luther*, PUF, 1968 (1^{re} éd. 1928).

119. Ce qui amène à considérer aussi la réception des œuvres, car si l'intention des auteurs il y a, il ne faut pas non plus négliger celle des lecteurs qui les reçoivent. Marc Bevir a théorisé la catégorie des *réseaux de croyances* pour expliquer que, puisque le lecteur est aussi bien dans l'actualité que contemporain de l'auteur (faut-il rappeler que l'auteur est lui-même un lecteur, qui assimile tout ce qui se fait à son époque), il conviendrait d'« inscrire les intentions des individus dans les significations historiques engendrées par les points de vue individuels qui font totalité » ; cité par J. Guilhaumou, « L'Histoire des concepts... », *op. cit.*

120. M. Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales ESC*, 1992, n° 6, p. 1171-1183 (p. 1177). À rebours des ambitions méthodologiques de l'école de Cambridge, Troper estime nécessaire, autour de la question du veto royal dans la constitution de 1791, « de renoncer à chercher ce que les Constituants ont cru ou voulu faire et il faut examiner ce qu'ils ont fait réellement » (p. 1180).

s'intéresser à ce que les acteurs ont voulu faire, mais uniquement à ce qu'ils ont fait réellement (juridiquement). Julien Boudon dénonce toutefois l'indifférence affichée par la théorie du droit pour les opinions ou les intentions des acteurs/auteurs¹²¹ : M. Troper ne cherchant pas à établir la véracité des sources¹²², parce que son objet n'est pas proprement historique mais purement juridique, accepterait même une grande approximation dans l'exploitation des sources parce que sa préoccupation ne tient pas à la trame historique mais davantage à la *réalité* juridique.

Le théoricien du droit a souvent eu l'occasion de répondre que de son point de vue, on ne peut comprendre les concepts que dans l'histoire (on serait tenté de dire dans *leur* histoire) ; partant, le droit d'une époque ne pouvant pas être analysé à l'aide des concepts d'une autre époque – là serait l'anachronisme – il forge même la notion de métaconcepts¹²³. Jean-Louis Halpérin a proposé un essai de conciliation entre histoire du droit et théorie du droit (pour une intégration de la première dans la science du droit), au prix assumé d'un « morcellement des études historiques du droit dans la science du droit, entre celles consacrées aux phénomènes politiques ou sociaux à l'origine de la création des règles de droit, et celles qui portent spécifiquement sur ces règles »¹²⁴.

Il convient, pour finir sur ce point, de rappeler que, à rebours d'une histoire strictement événementielle, Reinhart Koselleck souligne la temporalité spécifique des concepts dans son analyse fructueuse de la « mise en concepts » de l'histoire¹²⁵. Soulignant l'irréductibilité réciproque des concepts (le discursif) et de la réalité sociale (le non discursif), il invite l'historien à étudier à la fois les concepts qu'il manipule au quotidien et ceux des acteurs du passé, dont il étudie les écrits ; il faut donc ancrer socialement les concepts

121. J. Boudon, « La controverse entre Michel Troper et François Furet ou de l'anachronisme nécessaire des concepts » et la réponse de M. Troper, « Apostille : brève réponse à Julien Boudon », dans N. Laurent-Bonne, X. Prévost (dir.), *Penser l'ordre juridique...*, *op. cit.*.

122. Voir son ouvrage *La philosophie du droit*, PUF (Que sais-je ?, 3^e éd.), 2011, p. 86-88.

123. Présentation dans « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », C.M. Herrera, A. Le Pillouer, *op. cit.*

124. J.-L. Halpérin, « Histoire du droit et théorie du droit. Un essai de conciliation », *Archives de philosophie du droit*, 2008, p. 281-296 (p. 288)

125. R. Koselleck, *L'expérience de l'histoire*, Seuil (Points histoire), 1997 (not. p. 135 et suiv. : « Histoire sociale et histoire des concepts » ; p. 211 et suiv. : « Histoire, droit et justice »). Sur la pensée de l'historien allemand, A. Escudier, « "Temporalisation" et modernité politique : penser avec Koselleck », *Annales, histoire, sciences sociales*, 2003/6, p. 1269-1301.

dans leur espace-temps pour montrer comment ils enregistrent un fait social qui est en train de se produire (sans oublier toutefois que le concept est en lui-même un facteur du fait social, et non pas seulement son reflet, puisqu'il rétroagit sur lui). Pour R. Koselleck, les concepts n'ont pas d'histoire, puisqu'ils se chargent de significations différentes en fonction de la singularité du contexte historique qu'ils traversent ¹²⁶.

Un lien peut être établi avec l'analyse de M. Troper sur l'anachronisme des concepts ¹²⁷, qui consiste à employer des concepts nouveaux pour appréhender une réalité ancienne. Cette démarche interroge « le caractère opératoire des concepts : permettent-ils, ou non, de rendre compte, de manière économique, d'une réalité différente de celle pour laquelle ils ont d'abord été pensés ? » ¹²⁸. Précisant sa réflexion sur l'historicité des concepts juridiques ¹²⁹, M. Troper explique en effet à son tour que « les concepts juridiques n'ont pas d'histoire » même s'ils sont inscrits dans l'histoire : définissant le concept comme « cette classe des expressions, synonymes parce qu'elles ont le même signifié », il prévient que le mot peut bien changer de sens, mais le concept lui, ne change pas. Dès lors l'histoire des concepts n'est une histoire que dans la mesure où elle les comprend dans le contexte historique dans lequel ils opérèrent ; elle n'est donc « pas l'étude de leur évolution, mais seulement l'étude des conditions de leur apparition à un certain moment de l'histoire » ¹³⁰.

Dans son manuel sur les grandes œuvres politiques, J.-J. Chevallier évoque la critique faite à l'approche contextualiste – synonyme d'historiciste – qui reproche à certaine histoire des idées d'abuser « des états historiques et circonstanciels » qui recouvrent si bien les monuments littéraires qu'on ne les verrait plus. La vocation pédagogique du *manuel* l'oblige toutefois à un minimum de contextualisation des auteurs évoqués (« présentation aussi brève mais aussi suggestive

126. F. Dosse, *La marche des idées*, *op. cit.*, p. 295.

127. Distinct de l'anachronisme des faits, qui consisterait à faire comme si un fait existait dans le passé étudié, alors qu'il n'est apparu que plus tard.

128. M. Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *op. cit.*, p. 1181.

129. *Id.*, « L'histoire du droit et la théorie générale du droit », *Storia e Diritto* (Per la storia del pensiero giuridico moderno), 104.

130. *Ibid.*, p. 391. Les concepts du métalangage juridique, ou métaconcepts, sont anhistoriques, produits par la théorie du droit par abstraction ou généralisation à partir du droit positif d'un pays donné, pour servir à l'analyse du droit positif. Du fait de ce caractère anhistorique, ils peuvent être utiles à l'analyse de plusieurs systèmes de droit passés (ex. avec les concepts d'organe ou d'autonomie de la volonté). Ils sont indépendants de l'histoire puisque leur pertinence « ne dépend ni du moment où ils ont été créés, ni des idées et des croyances des acteurs du système qu'ils permettent de décrire » (p. 394).

que possible, du milieu historique » où l'histoire des idées politiques a pris naissance ¹³¹). Pour la même raison, il assume surtout une approche idéologique, qui traque « les principaux problèmes politiques posés depuis des siècles à l'esprit humain. Si profondément qu'une œuvre puisse être engagée, par son origine, dans les circonstances de l'histoire, ce qui se trouve en elle de meilleur, de plus fortement pensé et exprimé, tend toujours à se délivrer, selon l'expression du grand romancier anglais Charles Morgan, de "l'objet du moment" pour prendre à travers le temps son vol indépendant » ¹³².

Si cette démarche a incontestablement une vertu pédagogique, et sans tomber à l'inverse dans le piège d'un historicisme tellement obsédé par la remise des textes dans leur contexte qu'il en oublie le fond, il est pourtant incontestable que les auteurs répondent à des questions de leur époque. P. Rosanvallon émet un jugement très critique contre « une paresseuse histoire des idées dessinant un fil continu entre des positions inscrites dans des contextes très différents et ayant connu des échos fort variables. L'histoire platement linéaire des idées ne fait rien comprendre dans ce cas » ¹³³ ; la démarche de *l'histoire traditionnelle des idées*, dans laquelle les grandes œuvres du passé permettraient d'appréhender des vérités éternelles (des concepts fondamentaux), est en effet critiquée par *l'histoire des concepts*, qui appréhende les concepts dans l'histoire, en cherchant à comprendre leur particularité à un moment donné, dans un contexte donné.

Loin du mythe d'un dialogue au sommet entre grands auteurs déjà dénoncé par M. Foucault, l'élaboration, la diffusion et la réception des idées politiques sont tributaires des expériences concrètes dans lesquelles elles s'inscrivent – en particulier des circonstances politiques, auxquelles il est impossible d'affirmer que Machiavel, Hobbes ou Burke ont été indifférents, soucieux qu'ils auraient été uniquement de construire une œuvre théorique parfaitement autonome ¹³⁴ ! Ceci amène d'ailleurs de nouveau à insister sur la nécessité d'explicitier d'où parlent les auteurs, non seulement pour expliquer le rapport qu'ils entretiennent avec le pouvoir dont ils parlent (et dont certains furent tantôt des conseillers, tantôt des adversaires), mais aussi pour éclairer les stratégies formelles qui peuvent être les

131. J.-J. Chevallier, *Les grandes œuvres politiques...*, *op. cit.*, p. 8-9.

132. *Ibid.*, p. 9.

133. P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, Gallimard, 1998, p. 123.

134. O. Nay, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 3

leurs¹³⁵. O. Nay pousse même encore plus loin cette logique contextualiste en invitant à une mise en perspective, à notre sens très fructueuse, des idées politiques avec l'histoire plus générale des connaissances savantes. Le champ des savoirs ayant été pendant longtemps indistinct, laissant sans autonomie le champ des idées politiques (la remarque vaut aussi pour celui des idées juridiques), les œuvres philosophiques ou religieuses pesèrent d'un grand poids sur la production des idées. Mais le développement des sciences empiriques nourrit aussi la pensée : peut-on interpréter l'œuvre de Machiavel en ignorant qu'à la même époque, la découverte d'une nouvelle organisation du monde par Copernic, aura pour conséquence d'éloigner la figure de Dieu des questions du gouvernement¹³⁶ ? Comment oublier aussi que Thomas More est contemporain des grandes découvertes qui obligent les Européens à décentrer le regard qu'ils portent sur eux-mêmes¹³⁷ ?

Quelques propositions méthodologiques

Si l'explication causale par les idées peut sembler approximative (intuitive)¹³⁸, il nous apparaît tout de même qu'il n'y a pas d'histoire matérielle du droit sans histoire des idées politiques qui « donnent forme et justifient les décisions, légitiment les pratiques et les institutions auxquelles se subordonnent parfois les intérêts concrets et qui procurent aux acteurs à la fois un mandat de vie et le sens même de leurs actions »¹³⁹. Si les idées sont évanescentes au regard de l'histoire concrète des institutions, sans idées politiques, celles-ci n'existeraient pas¹⁴⁰ ; et, comme les institutions, ces idées ont une histoire sur laquelle il est important d'attirer l'attention des chercheurs autant que des étudiants.

Du fait de l'analogie évidente entre la connaissance du droit et les sciences du langage, qui étudient elles aussi des phénomènes et formulent des règles, l'historien du droit ne devrait pas se passer des

135. Confirmation topique dans *L'Utopie* de Thomas More (1516), dont le fond autant que la forme (le recours à un monde « sans lieu »), s'expliquent par le contexte politique de rédaction de l'œuvre et la position institutionnelle de l'auteur.

136. P. Boucheron, *Leonard et Nicolas*, Verdier, 2008.

137. J. Goody, *Le vol de l'histoire. Comment l'Europe a imposé le récit de son passé au reste du monde*, Gallimard, 2010.

138. J. Jullard, « Sur la causalité dans l'histoire des idées », *Mil Neuf Cent*, 2001/1, 19, p. 14.

139. M. Angenot, *op. cit.*, p. 214.

140. Inaugurant les travaux de l'*Association française d'histoire des idées politiques*, Paul Ourliac rappelait que dans toute institution il existe « une pensée politique actuelle ou virtuelle qui seule permet d'en comprendre l'essence ».

outils que l'histoire des idées (politiques) met à sa disposition. Quand bien même on considérerait avec André Magdelain que « le droit est un langage qui diffère de tous les autres »¹⁴¹, cela n'empêche pas de lui appliquer les méthodes des sciences du langage. Or si l'on appréhende le droit en tant que discours, non seulement il faut s'interroger sur la manière dont il transpose la réalité (*une* réalité)¹⁴², mais il convient aussi de montrer comment « il introduit dans l'espace et dans l'épaisseur des rapports sociaux, la dimension de la représentation »¹⁴³. En s'inspirant de la manière dont M. Foucault travaillait la corrélation entre le discours tenu et l'espace institutionnel (la délimitation des conditions d'énonciation du savoir scientifique) on pourrait par exemple considérer dans le discours juridique l'interaction qui se joue entre les institutions et les formes de ce discours (ses modalités en tant que structure formelle, structure interprétative, conventions et règles spécifiques¹⁴⁴). *À fortiori* faut-il aussi admettre que l'histoire du droit, comme l'histoire en général, ne produit jamais qu'un discours historiographique, lequel a donc aussi sa rhétorique et

141. A. Magdelain, *Ius, imperium, auctoritas. Études de droit romain*, EFR, 1990, p. XI. Jacques Bouveresse conteste cette assertion dans la préface qu'il donne à P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986, p. 13-14.

142. Frédéric F. Martin rappelle que le juriste s'intéresse moins à un réel doté d'une signification immédiate, qu'à une réalité seconde, qualifiée, autrement dit identifiée et évaluée (évaluation du réel qui le configure en connaissance) ; F. F. Martin, « La normativité, la juridicité et la lente construction du droit moderne », N. Laurent-Bonne, X. Prévost, *Penser l'ordre juridique...*, *op. cit.*. L'auteur ajoute que les situations historiques, dépouillées de leur contingence, sont rapportées par l'opération juridique aux normes qu'elle tient pour préexistantes et qu'elle produit : de sorte que « si le droit est lui-même une reconstruction des situations historiques concrètes, l'histoire du droit relève nécessairement d'un discours méta-juridique donc méta-historique ». *Comp.* M. Angenot, *op. cit.*, p. 94 : le passé n'est jamais observable, il ne peut être que reconstitué avec vraisemblance... or il n'y a jamais de faits en discours, « il y a des énoncés, où les choses de ce monde sont filtrées, verbalisées, vues sous un angle, vues de biais, traduites en mots qui jugent subrepticement et concluent d'avance ».

143. J. Caillousse, « La sociologie politique du droit », *op. cit.*, p. 206.

144. C'est un aspect de recherches actuellement en cours sur les supports de la doctrine : P.-N. Barenot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, thèse Montesquieu Bordeaux IV (2014) ; *id.*, « A view of French legal lexicography – tradition and change from a doctrinal genre to the modern era », *Legal Lexicography : a comparative perspective*, Ashgate Publishing Ltd, England, 2014, p. 11-30 ; A.-S. Chambost, « Annonce, notices, variétés. Enquête sur une politique éditoriale autour des comptes rendus de *La Gazette des Tribunaux* », colloque *La Gazette des Tribunaux*, Université Paris Sorbonne, Université de Rouen, Rouen, 10-11 février 2015 ; *id.*, « Enquête sur l'évolution des ouvrages pédagogiques de droit », colloque *Enseignement du droit. Le livre*, Université Mc Gill – Sciences Po Paris, juin 2015 ; *id.*, introduction à la *Revue d'histoire des sciences humaines*, vol. 29, « Les sciences de l'homme en manuel. Spécificités du discours pédagogique dans les manuels d'enseignement supérieur » (parution à l'automne 2016) ; *id.* (dir.), *Histoire des manuels de droit*, Lextenso-LGDJ, 2014 (avant-propos « Premiers jalons pour une histoire des manuels de droit ») ; *id.* (dir.), *Les blogs juridiques et la dématérialisation de la doctrine*, Lextenso-LGDJ, 2015.

ses conventions narratologiques ¹⁴⁵... sans oublier non plus de rappeler que l'histoire est le plus souvent celle des *vainqueurs* ¹⁴⁶ (il faudrait méditer sur l'application possible des notions *d'usage public de l'histoire* ou *d'usage politique du passé* de François Hartog et Jacques Revel, à l'histoire du droit dispensée dans les facultés de droit ¹⁴⁷). Et c'est justement en quoi l'histoire des idées politiques, dont le propos est nécessairement – ontologiquement – critique (... sans cesser d'être scientifique) peut offrir un éclairage décisif, en bousculant certaines certitudes du juriste.

On aura compris que nous nuancions l'argument de la spécificité du discours du droit et de son langage, qui le rendrait étanche au discours politique. On a évidemment pu faire valoir sa technicité et sa neutralité, qui le démarqueraient de la passion et de l'idéologie des idées politiques – pour le dire autrement, le discours du droit serait nourri par un langage technique, face auquel le discours politique apparaît trivial ¹⁴⁸. Mais l'argument de la neutralité du langage du droit est encore une fois démenti par son caractère performatif, qui contribue à agir sur le monde en le constituant comme il est, de même que les idées politiques contribuent à construire la réalité qu'elles décrivent. Dans ces conditions, les travaux des spécialistes de l'analyse du discours, déjà très largement utilisés dans le cadre de l'histoire des idées politiques, ne peuvent être négligés par l'historien du droit. Jacques Guilhaumou ¹⁴⁹ ou Maurice Tournier ¹⁵⁰, qui étudient diffé-

145. Puisque, comme tout discours, le discours du droit est fait de normes, il faut entendre l'avertissement de Philippe Breton à propos de « l'illusion libérale d'un discours totalement libre, sans frontières, se heurte à la réalité sociale et structurelle du langage, qui fait que parler, c'est déjà clore » ; Ph. Breton, *La parole manipulée*, La Découverte, 2000, p. 202.

146. Angenot rappelle que « l'histoire "mise en forme" élimine, efface, fait disparaître la cacophonie confuse, encombrante, des points de vue et convictions dévaluées, des mémoires particulières des uns et des autres et des déchiffrements incertains du cours des choses pratiqué par les humains « ordinaires » » ; M. Angenot, *op. cit.*, p. 193.

147. Exemple dans J.-L. Halpérin « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique de droit français et étranger*, 1997 ; G. Sacriste, « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001/1, 4 ; *id.*, *La République des constitutionnalistes*, les Presses de SciencesPo, 2011.

148. N. Bobbio, *Droite et Gauche. Essai sur une distinction politique*, Seuil, 1996, p. 106 : « le langage politique est, en soi, peu rigoureux, puisqu'il est fait de mots tirés du langage commun ; il l'est quand il sert à décrire, et plus encore quand il traduit des jugements de valeur avec des paroles qui sont ambiguës, sinon ambivalentes ». *Comp.* B. Latour, « Si l'on parlait un peu politique ? », *Politix*, 2002, 15, p. 143-165.

149. Pour une présentation : J. Guilhaumou, D. Maldidier, R. Robin, *Discours et archive. Expérimentations en analyse du discours*, Mardaga, 1994. Exemple d'application dans J. Guilhaumou, « Le parler-peuple sous la Révolution », *lavedesidées.fr* ; *id.*, « Où va l'analyse de discours ? Autour de la notion de formation discursive »,

rents niveaux de langage, indiquent en particulier que l'étude des mots ne peut relever d'une philologie a-sociale ; l'histoire des mots du droit, leur naissance, leur évolution, leur renouveau, ne peut pas plus être « coupée du récit des heurts et des rapports de force sociaux »¹⁵¹. On rappellera à cet égard que l'œuvre d'A. Boureau offre de superbes exemples d'utilisation du langage comme éclairage sur les théories politiques et juridiques de l'époque médiévale¹⁵². L'étude des institutions peut-elle enfin passer outre l'étude du discours produit par celle-ci ? Ces discours sont en effet des discours *autorisés*, qui répondent à des exigences complexes mais surtout à une injonction fondamentale : « organiser la polyphonie, réduire les dissonances, produire de la cohérence. Dans ce mouvement, ils tendent à effacer les traces de la conflictualité et des tensions internes »¹⁵³.

L. Jaume refuse aussi de faire du langage « un simple outil ou instrument, ou comme un médium pleinement transparent (pour le sujet et pour la société). Le langage du politique mobilise des mots chargés d'une histoire très lourde et conduit autant l'acteur à déférer aux usages sémantiques qu'à donner libre cours à son pouvoir de modification, d'innovation »¹⁵⁴. L'auteur livre ce faisant une très intéressante réflexion sur le travail d'interprétation, dont on rappellera qu'il est au cœur du travail du juriste. Non seulement le principe même de l'interprétation suggère « que la lettre même du texte ou du discours de l'acteur politique ne suffit pas à en donner le sens », mais la portée du texte ne réside « pas seulement dans le contenu explicite

texto.net, 2005. *Comp.* R. Monnier, « "Démocratie représentative" ou "république démocratique" : de la querelle des mots (république) à la querelle des anciens et des modernes », *Annales historiques de la Révolution Française*, 2001, n° 325, p. 1-21 ; L. Jaume, « Méthodes d'interprétation des textes philosophiques... », *op. cit.*

150. M. Tournier, « La loi dans la langue. Loi de langue. À travers une chronique de la grève, des origines à 1848 », *Langage et Société*, 1992, 60, p. 17-48.

151. *Ibid.*, p. 17.

152. Revendiquant la démarche de Kantorowicz qui démontrait « la brusque transformation d'un énoncé collectif en un autre, par le biais d'une politisation de la formule ancienne », A. Boureau éclaire la sécularisation de la pensée politique, par le biais du langage (de son évolution et de son usure) et par la contextualisation de la parole ; A. Boureau, « Vox populi, vox dei et l'invention de la Nation anglaise (VIII^e-XII^e) », *Annales ESC*, 1992, 4-5, p. 1071-1089 ; présentation de la méthode dans « Pour une histoire restreinte des mentalités », *Annales ESC*, 1989, 6, p. 1491-1504.

153. A. Krieg-Planque, C. Oger, « Discours institutionnels. Perspectives pour les sciences de la communication », *Mots. Les langages du politique*, 2010-94 (les auteurs de l'article regrettent la rareté des contacts avec le droit). *Comp.* avec les travaux précités de P. Bourdieu. Sur la formation pratique de ce discours des institutions, on trouve des éléments précieux dans D. Schnapper (*Une sociologue au conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010) et B. Latour (*La fabrique de la loi*, La Découverte, 2004).

154. L. Jaume, « Méthodes d'interprétation des textes politiques... », *op. cit.*

ou littéral, mais surtout dans ce qu'il donne à entendre et à faire aux destinataires »¹⁵⁵. Cette réflexion sur l'interprétation s'appuie sur deux notions importantes : l'*effet de sens*, par lequel L. Jaume souligne que ce qui importe n'est peut-être pas tant dans ce que le texte dit que « dans ce qu'il exprime pour la communauté qu'il vise et que, d'ailleurs, il porte imaginativement en creux » (le sens du texte est polarisé « par la représentation du destinataire que se fait le locuteur : le texte d'intervention politique porte en lui le destinataire à titre imaginaire, et l'institue, avec plus ou moins de succès » – ces considérations font écho à celles de P. Bourdieu sur le porte-parole, et plus généralement à la notion de représentation théorisée à partir de Hobbes) ; l'autre notion est celle de *circuit de sens*, qui s'attache à suivre le trajet qui s'établit entre le locuteur, la communauté que vise son discours, le contexte qui y est évoqué et la culture politique mise en jeu à travers lui – L. Jaume évoque le « système général de références communes à l'intervenant et à son public, que l'on peut nommer culture politique », à savoir « le répertoire de concepts majeurs de valeurs, de nœuds symboliques, répertoire virtuel (car ce n'est pas un savoir explicite) mais qui s'impose aux acteurs »¹⁵⁶.

Ce qui nous ramène encore une fois à la nécessité d'élargir le cercle des auteurs étudiés, des grands auteurs, ou auteurs primaires, à des auteurs plus secondaires, en rappelant que ces auteurs *mineurs* éclairent ce que peuvent être les codes d'un discours, d'un milieu ou d'une époque, et permettent donc de tracer une sorte de cartographie de la circulation des idées¹⁵⁷. Puisqu'il s'agit d'ailleurs d'élargir le cercle des outils mis à la disposition du juriste, on rappellera aussi l'utilité de mobiliser, sur la question essentielle de la réception des textes, les travaux de Hans Robert Jauss¹⁵⁸ ; après tout, si l'œuvre politique ou juridique se donne certes dans son texte, elle n'est ce qu'elle est (une œuvre), elle n'accède à ce *statut d'œuvre* que par la relation qui s'établit, dans le temps, entre le texte et ses lecteurs, qui

155. *Ibid.*. Du même on lira « Questions d'interprétation : le texte comme producteur d'idéologie », *L'architecture du droit. Mélanges offerts à M. Troper*, 2006, p. 519-537.

156. À fins d'illustration de son propos sur le système général des références communes, Jaume explique qu'un « acteur de la Révolution française était par exemple tenu de construire son discours par rapport à la valeur de l'égalité, quitte à la contester ». Sur ce point, il nous semble encore indispensable de renvoyer aux travaux de Jacques Guilhaumou.

157. Pour une illustration topique de ce processus de circulation des idées par la mobilisation d'auteurs primaires autant que secondaires, on lira avec profit la très belle thèse d'Oscar Ferreira, *Le pouvoir royal (1814-1848). À la recherche du quatrième pouvoir ?*, Université Paris – Est, 2010.

158. H.R. Jauss, *Pour une esthétique de la réception*, Tel Gallimard, 2001 (1972).

ne sont jamais des récepteurs passifs¹⁵⁹. Pour une analyse du processus de réception/appropriation des idées, et de la place de l'interprète par rapport à l'œuvre (dont l'enjeu varie avec l'éloignement temporel), on se reportera à l'étude monumentale de Claude Lefort, qui s'attache justement à comprendre, à partir de l'œuvre de Machiavel, « quelle logique gouverne, quel rapport se noue, en-deçà des déclarations de méthode et des jugements manifestes, entre le discours de l'écrivain et celui de l'interprète »¹⁶⁰.

Il faudrait pour finir dire aussi un mot des travaux de James C. Scott¹⁶¹ et d'Edward P. Thompson¹⁶² sur les discours infra-politiques, qui ont puissamment contribué à renouveler l'étude des milieux populaires, à partir de l'expérience des acteurs¹⁶³ ; les recherches qui se développent actuellement autour des littératures populaires en droit nous semblent pouvoir se placer dans cette lignée fructueuse¹⁶⁴. Ces deux auteurs développent en effet une sorte d'*histoire par en bas*, qui élargit la notion de politique aux comportements de la foule, jusque-là peu considérés (ou négligés comme irrationnels). L'ouvrage récemment traduit de E.P. Thompson sur *Les usages de la coutume*¹⁶⁵, fruit d'une lecture marxiste qui revendique depuis toujours l'étude des jugements de valeur¹⁶⁶, prolonge sous un angle

159. On nous pardonnera de rappeler cette évidence que certains textes n'ont pas eu, en leur temps, l'écho qu'ils ont pu ensuite acquérir dans l'histoire, au gré des différentes exploitations dont ils ont été l'objet.

160. C. Lefort, *Le travail de l'œuvre. Machiavel*, *op. cit.*, p. 15

161. J.C. Scott, *La domination et les arts de la résistance. Fragments du discours subalterne*, éd. Amsterdam, 2008.

162. E.P. Thompson, *La formation de la classe ouvrière anglaise*, Seuil, 2012.

163. La classe étant un rapport, et non une chose, Thompson distingue l'expérience de classe, déterminée par les rapports de production, de la conscience de classe, qui est la manière dont les expériences se traduisent en termes culturels et s'incarnent dans les traditions, les systèmes de valeurs, des idées et des formes institutionnelles ; « au contraire de l'expérience de classe, la conscience de classe ne se présente pas comme déterminée. On peut certes discerner une logique dans les réactions de groupes d'hommes aux métiers similaires face à des expériences similaires, mais nous ne pouvons pas formuler de loi. La conscience de classe naît de la même façon en des lieux et à des époques différentes, mais jamais tout à fait de la même façon » ; E.P. Thompson, *La formation ...*, *op. cit.*, p. 16 (préface).

164. Voir le colloque organisé par L. Guerlain et N. Hakim, *Le sacré et le profane : les littératures populaires du droit*, Maison française d'Oxford, 4 et 5 septembre 2015.

165. E.P. Thompson, *Les usages de la coutume*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2015.

166. *Id.*, *La formation...*, *op. cit.*, p. 584 : « nous devons toujours considérer les jugements de valeur aussi bien que les faits objectifs. Nous espérons avoir démontré que les valeurs ne sont pas des impondérables que l'historien peut en toute sécurité écarter sous prétexte que, puisqu'il n'est pas possible de les mesurer, l'opinion des uns vaut tout autant que celle des autres. Elles constituent au contraire les paramètres du bonheur et du changement social, que l'historien se doit de prendre en compte s'il veut que l'histoire

juridico-politique l'analyse des objectifs propres de la foule. Il y a, selon nous, beaucoup à apprendre de cette histoire des mondes ouvriers, qui ne passe pas uniquement par le truchement des organisations et refuse en somme de considérer les acteurs comme des récepteurs passifs d'idées qui les dépasseraient.

L'histoire des idées politiques nous apparaît donc comme une étape indispensable de toute recherche juridique ; leur potentiel herméneutique fort, lié à leur pouvoir d'interprétation, ne peut être négligé par les juristes. Mais au-delà du caractère ontologiquement critique des idées politiques, la très riche méthodologie mise en œuvre pour l'étude de leur histoire offre on le voit une réserve d'inspirations pour l'histoire du droit. On sait évidemment le coût que représente, pour les spécialistes d'une science, l'appropriation des outils d'une autre ; il faut pourtant dépasser les découpages académiques pour voir en quoi les instruments des sciences peuvent se nourrir réciproquement. L. Jaume invite les historiens de la pensée politique à s'affranchir « de clivages disciplinaires, qui furent féconds mais sont désormais devenus inhibiteurs. L'enrichissement du savoir du politique est à ce prix ; c'est du moins la discussion à laquelle je souhaite appeler »¹⁶⁷. Nos bien trop longs développements sur l'intérêt de l'histoire des idées politiques en (histoire du) droit n'ont en définitive pas d'autre objectif.

En guise de conclusion

C'est une évidence qui doit être rappelée : les questionnements du juriste sur l'histoire des idées politiques le ramènent toujours, *in fine*, à un questionnement sur le droit. Telle que nous la concevons, l'histoire du droit, sans cesser d'être une histoire de la formation et de l'application des règles autant qu'une histoire de la juridicité, relève aussi d'une histoire culturelle¹⁶⁸ (et à ce titre contextuelle¹⁶⁹) qui

figure au nombre des disciplines humanistes de premier plan ».

167. L. Jaume, « Méthodes d'interprétation des textes politiques... », *op. cit.*

168. F. Audren, J.-H. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIX^e-XX^e siècles*, CNRS éditions, 2013. Pour Angenot, la frontière est étroite entre l'histoire culturelle et l'histoire des idées, même si l'historien culturel s'intéresse moins aux systèmes des idées comme tels, qu'à leurs usages et leurs implantations, aux variations de leurs déchiffrements et utilisations ; M. Angenot, *op. cit.*, p. 43.

169. Un prochain numéro de la *Revue d'histoire des sciences humaines* proposera différents points de vue sur la nécessité d'une approche contextuelle en histoire des sciences sociales. La collection *Contextes. Culture du droit* des éditions Lextenso repose sur cette conviction que, toute théorie étant indissociable du contexte de son élaboration, la contextualisation de la production doctrinale doit permettre d'éclairer le développement des idées et les processus de leur reconnaissance.

associe l'étude des normes à la transmission de valeurs (et déborde ce faisant le cadre d'une histoire de la pensée juridique). Ainsi considérée, la vocation de l'histoire du droit consiste à identifier les catégories et les pratiques des acteurs, pour les rapporter au contexte dans lequel elles se situent (ce qui est donc une manière de repérer des croyances, des stratégies, des intentions) ; mais puisque ces catégories et pratiques ne sont pas figées, l'histoire du droit met aussi au jour leurs transformations¹⁷⁰. Une telle démarche s'inscrit selon nous dans une étroite proximité avec celle de l'histoire des idées politiques telle qu'elle a été décrite ici : parce que les idées politiques procurent un sens (même chimérique) aux actes des acteurs (singuliers autant que collectifs), elles contribuent à (in)former les événements, pour les valider et les légitimer.

Certes, abordée à travers le prisme des idées politiques, on peut considérer que l'histoire du droit quitte le confort d'une étude fixée sur des phénomènes objectivement constatables ; mais outre le fait que les idées sont objectivement constatables et analysables dans une démarche culturelle, nous espérons surtout avoir montré qu'elles livrent un éclairage indispensable sur l'élaboration, le fonctionnement et l'évolution des systèmes juridiques¹⁷¹. Perspective d'autant plus fructueuse que le droit, considéré dans son aspect discursif, s'inscrit dans un immense réseau préformé de représentations et de formulations préconstruites (pouvoir, valeurs, lois...). Dans la mesure où il est *étayé de langage*, une analyse du droit par les idées (qui y cherche ce qui peut s'identifier comme des idées politiques) permet de mettre au jour les systèmes de représentations qui commandent la création des normes ou la façon dont un système juridique se conçoit et évolue.

Dans cette démarche, le renouveau de l'histoire des idées politiques impulsé par l'école de Cambridge aide incontestablement le juriste à dépasser, dans son domaine d'étude, certaine tendance à la fixité ou au souci d'établir des constantes¹⁷². On a dit notre scepti-

170. F. F. Martin, « La normativité, la juridicité... », *op. cit.*

171. C'est un aspect, pas le seul, de l'étude de J.-L. Halpérin, *Histoire de l'état des juristes allemands, XIX^e-XX^e siècles*, Classiques Garnier, 2015.

172. Étudier les textes du passé permet de « s'affranchir de la plus dangereuse des illusions : l'idée que nos questions sont celles de l'homme même, et que nos réponses sont des vérités éternelles » ; J.-F. Spitz, « Comment lire les textes politiques du passé ? », *op. cit.*, p. 145. Comp. J.-G. Prévost, *De l'étude...*, *op. cit.*, p. 88 : « plutôt que des recettes permettant de "régler les problèmes du présent", elle (*l'histoire des idées politiques*) peut nous offrir un bénéfice modeste, mais des plus estimables : un regard un peu moins condescendant sur nos prédécesseurs, et sur nous, un peu plus sobre ».

cisme à l'égard de la méthode qui consiste à s'emparer d'une idée *transhistorique* pour en suivre les avatars dans des époques et des codes de pensées successifs. Contre certaine vision *continuiste* de l'histoire du droit, on rappellera que les concepts n'ont pas un développement organique à travers le temps, mais qu'en ayant l'air de traverser l'histoire, ils sont en fait constamment (re)modelés par elle ; le droit ne repose donc pas sur des concepts *a priori* mais sur des constructions de l'esprit, déterminées par un contexte historique précis (notamment par le contexte politique et langagier). L'illusion anachronique qui cherche la cohérence et la permanence est certes rassurante, mais elle est trop souvent mise au service d'un rejet (politique) de ce qui est présenté comme une nouveauté dangereuse. Si M. Foucault pointait la « répugnance singulière à penser la différence, à décrire des écarts et des dispersions, à dissocier la forme rassurante de l'identique » (au service d'une vision téléologique de l'histoire qui ne serait pas scansion mais devenir ¹⁷³), les travaux de Fr. Hartog sur les *régimes d'historicité* ont renouvelé la sensibilité des historiens au temps, et les catégories de rupture et de changement sont redevenues bonnes à penser pour des historiens sortis d'une conception purement linéaire. L'historien du droit doit-il, peut-il, s'en affranchir ?

Il conviendrait sans doute d'admettre pour finir que les textes et les idées qu'ils renferment font rarement l'histoire ; ils n'en constituent pas moins des traces que l'historien traite comme des données, bien conscient en outre qu'il n'étudie pas les événements pour eux-mêmes, mais leur construction dans le temps ¹⁷⁴. Alors que Michel Virally définissait tout ordre juridique comme « un défi au temps, un effort de conservation de l'état social qu'il établit » (*La pensée juridique*, 1960), il importe de rappeler que le temps du droit lui-même est une composition sociale et culturelle ; il convient donc de dépasser ce qui est présenté comme étant doté d'une sorte de naturalité, pour l'appréhender en terme de construction sociale ¹⁷⁵. Ici encore, l'étude des idées politiques offre selon nous un éclairage précieux sur ce rapport

173. M. Foucault, *L'Archéologie du savoir*, Gallimard Pléiade, 2016 (1969), p. 14 : « l'histoire continue, c'est le corrélat indispensable à la fonction créatrice du sujet : la garantie que tout ce qui lui a échappé pourra lui être rendu. (...) Le temps y est conçu en termes de totalisation et les révolutions n'y sont jamais que des prises de conscience ».

174. « Il étudie donc non pas le passé tel qu'il s'est (se serait) passé, mais ses réemplois permanents » ; F.F. Martin, « La normativité, la juridicité... », *op. cit.*

175. J. Commaille, *A quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 239. L'auteur vise le « temps intemporel » de la dogmatique juridique, qui postulait la vérité permanente des principes évoqués, afin de « les mettre aussi à l'abri de tout contexte qui pourrait en relativiser la portée » (p. 247). Il rappelle que « la représentation de la temporalité classique relevait d'une vision linéaire où le positionnement dans le présent, s'enracinait dans le passé pour

au temps et son instrumentation : la logique diachronique et linéaire du développement progressif de l'État tel qu'il fut posé par Adhémar Esmein dans son *Cours* et son *Précis élémentaire d'histoire du droit français* (avec ses scansionnements État féodal, État royal, État républicain) ne répondait-elle pas à un objectif éminemment politique, motivée qu'elle était par la volonté d'enraciner historiquement la République ? À l'inverse, la démonstration de Tocqueville dans *L'Ancien Régime et la Révolution* rassure ceux qui sont portés à admirer plus le premier que la seconde, la logique continuiste étant souvent mobilisée pour nuancer la rupture révolutionnaire – et ce qui suit¹⁷⁶. Par extension, on a vu que la sociologie politique invite à lever le voile sur le processus d'occultation des conditions politiques de la production du droit, qui les dissimule derrière une sorte de paravent d'évidence rationnelle ; mais du point de vue de la science du droit elle-même, rien ne devrait non plus interdire de se demander d'où les auteurs parlent du droit¹⁷⁷.

Les réflexions méthodologiques en histoire des idées politiques sont enfin susceptibles d'aider les juristes à se débarrasser de leur vénération des *grands auteurs*¹⁷⁸ ; pour l'histoire sociale des idées, tout discours étant un *fait social* doté d'une existence propre antérieure à ses manifestations singulières, l'histoire des idées est une « histoire sans noms propres »¹⁷⁹, dans laquelle les idées ne sont pas toutes *signées*. Entendons-nous bien : nous ne proposons pas un retour à la *mort de l'auteur*, mais si l'étude de la pensée d'un auteur singulier constitue certes un matériau indispensable, avec sa cohérence et son identité, faut-il absolument s'y limiter ? Parce qu'ils « reproduisent le code d'un discours, d'un milieu, d'une époque »¹⁸⁰, l'étude des

se projeter dans l'avenir, dans le cadre d'un processus maîtrisé, ou qui aspirait à la maîtrise » (p. 267).

176. A rebours du jugement d'un Léon Daudet sur *Le stupide XIX^e siècle* (nouvelle librairie nationale, 1922), le long XIX^e siècle théorisé par Éric Hobsbawm (voir la trilogie *L'ère des révolutions, L'ère du capital, L'ère des empires*) est bien celui de la transition au cours de laquelle ont été amorcés la plupart des problèmes fondamentaux du monde contemporain. Michelet n'observait-il pas qu'au XIX^e siècle, l'allure même du temps avait changé, « il a doublé le pas d'une manière étrange » (cité par J.-J. Chevallier, *Histoire de la pensée politique*, t. 1, p. 10)

177. J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 382 : « d'où pensent-ils le droit, culturellement, socialement, institutionnellement, éthiquement, politiquement ? ».

178. On rappellera tout de même les réflexions très intéressantes (et iconoclastes) de L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un grand juriste ?*, LGDJ, 2012.

179. M. Angenot, *op. cit.*, p. 56.

180. *Ibid.*, *op. cit.*, p. 61. Dans la veine de l'étude fameuse de C.E. Schorske (*Vienne fin de siècle. Politique et culture*, 1983), Angenot propose une analyse multiforme du discours social dans son étude magistrale 1889. *Un état du discours social* (éd. Balzac, Montréal, 1989).

auteurs secondaires nous semble au contraire tout aussi indispensable au processus de circulation et de réception des idées (politiques autant que juridiques).

J.-G. Prévost posait abruptement la question de l'utilité actuelle de l'étude des idées politiques – « se justifie-t-elle par l'impact qu'elle est susceptible d'avoir sur la résolution des problèmes politiques pratiques d'aujourd'hui ? Est-il possible, en ce domaine, de surmonter la subjectivité des perspectives et de trancher les interprétations contradictoires ? »¹⁸¹. Cette question ramène en somme à l'interrogation de départ, et au sentiment d'un rejet de la matière histoire des idées politiques hors du champ du droit ; dans une certaine mesure, elle renvoie aussi l'historien du droit à sa propre utilité disciplinaire dans les études juridiques. Les réflexions méthodologiques des historiens des idées viennent pourtant encore à son secours. Il a récemment été rappelé que la tâche de l'historien consiste à « discerner les biais par lesquels le point de vue de l'auteur le porte à voir la réalité sous un angle spécifique, avec ses présupposés, ses intérêts, ses ignorances, les incertitudes du moment »¹⁸². Il nous semble précisément que la contribution de l'histoire des idées politiques à l'étude du droit ne se mesure pas tant en ce qu'elle exhumerait des matériaux prêts à l'usage pour répondre à des interrogations contemporaines, mais bien plutôt en ce qu'elle nous incite à reconsidérer sans cesse ce que nous pensons des ressources du passé que nous mobilisons¹⁸³ ; leçon d'humilité, puisqu'« elle n'entend pas répondre à nos questions et résoudre nos problèmes, mais réévaluer la façon dont on pose les premières et formule les seconds »¹⁸⁴. Par sa perspective critique, qui appréhende les énoncés comme des prises de position, l'histoire des idées politiques permet en somme de comprendre non seulement ce que les juristes du passé ont fait, mais pourquoi ils l'ont fait, autrement dit sur quels principes et sur quelles valeurs ils se sont appuyés. Perspective indispensable pour échapper au vertige d'un certain présentisme.

Nous nous sommes attaché ici à relancer une réflexion avortée, en proposant des pistes méthodologiques aux jeunes chercheurs (par lesquels l'histoire du droit se renouvellera en même temps qu'elle renouvellera ses objets d'études et explorera de nouveaux territoires) ; nos propositions ne convaincront sans doute de l'utilité de

181. J.-G. Prévost, *Histoire des idées politiques*, *op. cit.*, p. 5.

182. S. Venayre, P. Boucheron, *L'histoire au conditionnel*, Mille et une nuits, 2012, p. 65.

183. Q. Skinner, *La liberté avant le libéralisme*, *op. cit.*, p. 73.

184. Ch. Hamel, « Quentin Skinner ... », *op. cit.*, p. 31.

l'histoire des idées politiques dans les facultés de droit, que ceux qui le sont déjà. À défaut de persuader les autres ¹⁸⁵, on rappellera tout de même la recommandation de Jean Touchard dans la préface de son manuel d'*Histoire des idées politiques* : « il n'était peut-être pas inutile de donner aux étudiants le sentiment [...] qu'en définitive les choses ne sont pas si simples... » ¹⁸⁶.

Anne-Sophie CHAMBOST
Université Jean Monnet – Saint-Étienne
CERCRID UMR 5137

185. « S'il est plus satisfaisant pour l'amour-propre de convaincre, il est plus sûr pour l'intérêt de persuader » ; P. M. G., duc de Levis, *Maximes, préceptes et réflexions sur différents sujets de morale et de politique*, Ch. Gosselin, 1825 (5^e éd.), XV, p. 4.

186. J. Touchard, *Histoire des idées politiques*, t. 1, PUF, 2012, p. VIII (préface de la première édition, 1959).