



## Introduction : l'histoire intellectuelle du droit ou la fin du « Grand partage »<sup>1</sup>

1. Ce nouveau dossier prolonge l'enquête au long cours de *Clio@Themis* sur l'historiographie contemporaine et ses enjeux. Dans un texte roboratif et malicieux, Pierre Bonin a récemment rappelé, pour l'histoire du droit, tous les bénéfices d'une telle enquête historiographique. Cette dernière contribue aussi bien à renouveler les questions et les approches traditionnelles qu'à déstabiliser les évidences disciplinaires pour relancer les interrogations<sup>2</sup>. En confrontant constamment la recherche historique à ses présupposés (ou ses impensées), à ses résultats et ses effets sur le domaine qu'elle explore, l'historiographie est bel et bien un puissant facteur de dynamisme scientifique.

2. Les textes réunis ici illustrent un tel programme qui trouve, pour partie, son inspiration \_ nul n'en sera surpris \_ dans les travaux de Jacques Poumarède<sup>3</sup>. À cet égard, la journée d'étude dont sont issues les contributions de ce dossier, organisée à l'École de droit de Sciences Po en octobre 2011, s'était justement tenue autour de lui afin de marquer l'importance de sa contribution depuis son célèbre « Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) » (1980). Ce neuvième dossier de la revue *Clio@Themis* lui est dédié<sup>4</sup>.

3. Les différentes contributions font le choix d'une *histoire intellectuelle du droit*. Il ne s'agit pas d'une histoire des normes en vigueur ni même d'une histoire de la pensée juridique. L'histoire intellectuelle cherche à saisir comment, selon quels procédés, par quels cheminements, une demande sociale, une plainte, une idée ou une revendication parvient à prendre *forme juridique*. Elle s'efforce donc de rendre compte de la curieuse ambivalence du droit : « autonome » (le droit n'est réductible à rien d'autre qu'à lui-même) *et* éminemment social (le droit est la chose la plus sociale qui soit). L'histoire intellectuelle n'est donc pas une histoire des intellectuels du droit (à commencer par celle des auteurs de la doctrine) ni même des idées juridiques : elle est une histoire des *pratiques intellectuelles* à partir desquelles le droit est produit, mobilisé ou encore appliqué. Produire, mobiliser ou encore appliquer le droit c'est toujours, pour les professionnels du droit comme pour les citoyens, *faire avec* une multitude d'intérêts, de valeurs, de savoir-faire, de ressources hétérogènes ; c'est circuler à travers des lieux savants et institutionnels (bibliothèques, éditeurs, palais de justice, etc.) mais aussi s'immerger dans un océan de textes à lire, à interpréter, à sélectionner ou à critiquer. Penser/dire le droit suppose, par conséquent, de prendre au sérieux toutes les performances effectuées et toutes les compétences mises en œuvre dans l'univers juridique.

<sup>1</sup> Cette expression de « Grand partage » est empruntée à l'anthropologie. Elle désigne ici la division entre « histoire juridique » et « socio-histoire ». L'histoire des pratiques intellectuelles me semble une voie possible pour sortir de cette division factice, sans rien perdre de la rationalité propre du droit.

<sup>2</sup> Pierre Bonin, « L'historiographie de l'histoire du droit, tendance récente et prochains territoires », dans Jacques Krynen, Bernard d'Aleroche (dir.), *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 533-558.

<sup>3</sup> Voir les textes réunis dans *Itinéraire(s) d'un historien du droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Éditions Méridiennes, 2011.

<sup>4</sup> « Histoire du droit, politique et idéologie. Enquête sur les fondements idéologiques d'une discipline juridique ». Journée d'étude Programme SAB GENEPEJ, École de droit de Sciences Po, 5 octobre 2011. Les contributions de Pierre Bonin, Jean-Christophe Gaven, Jacques Poumarède et de Florence Renucci n'ont malheureusement pas pu faire l'objet d'une publication dans ce numéro. L'impulsion de cette journée avait reçu l'amical concours de Jean-Pierre Allinne et Mathieu Soula.

4. La rédaction d'un jugement, l'élaboration doctrinale, la consultation juridique ou l'écriture législative : autant de pratiques intellectuelles qui relient, d'une certaine manière, le « droit » à un « environnement » particulier. Nous pourrions dire que les acteurs *composent* (au sens de transiger, d'assembler, d'élaborer ou encore d'écrire) le droit en recourant à des instruments, des opérations, des objets qui lui donnent vie et forme. De ce point de vue, les recueils de jurisprudence, les revendications catégorielles de certains professionnels, les codes, les dossiers, la Justice, la République, la mondialisation, les sondages d'opinion, la politique budgétaire, une crise internationale, tous ces éléments, et bien d'autres, entrent dans la composition du droit. Mais ils ne sont pas seulement des éléments contextuels ou circonstanciels ; ils sont des *médiateurs actifs*. Brulez une partie des bibliothèques juridiques, interdisez la consultation des recueils de jurisprudence, videz les dossiers de leurs côtés, consultez des nouveaux sondages, redonnez de la croissance à la Nation : vous n'aurez tout simplement pas le même droit produit. Ou, peut-être même, n'aurez-vous plus du tout de production juridique. Cette petite mise en scène est très excessive, elle n'en souligne pas moins que ces différents éléments ne sont pas hors du droit, ils le composent *d'une certaine manière*. Rendre compte de l'instauration d'un droit ou d'une proposition doctrinale, c'est bel et bien suivre un réseau serré d'acteurs, de mots et de choses, sans rien écarter *a priori*. Souhaitez-vous comprendre l'émergence de « l'abus de droit » ? Il vous faudra suivre aussi bien les progrès du socialisme, Louis Josserand, la responsabilité pour faute, le développement du chemin de fer, les ouvriers de la Croix-Rousse ou encore la création de la toute nouvelle faculté de droit de Lyon.

5. Tout le problème, pour l'histoire intellectuelle, est dans ce « d'une certaine manière ». Faire/dire le droit à *la manière* des juristes. Car, bien sûr, restituer ce réseau échevelé n'épuise pas le travail de l'historien. Ce que nous appelons « droit » renvoie aussi à certaines pratiques, à un certain champ de compétences, à une mise en forme du monde social. C'est une évidence \_ il est inutile d'y insister \_ qu'une décision judiciaire est produite dans un espace-temps très particulier (le rituel judiciaire) et selon des règles non moins spécifiques (la procédure). Certes, elle n'est pas sans lien avec un contexte socio-politique ou avec des données historiques. Encore faut-il rappeler que, dans ce cadre judiciaire, les relations entre la « réalité sociale » et le droit ne sont pas à proprement parler un rapport d'influence ou de diffusion de la première sur le second. Pas plus d'ailleurs que le droit n'imposerait sa loi aux faits têtus et à un environnement social qui, pourtant, le déborde de toutes parts. La démonstration en a été réalisée, à de nombreuses reprises, par Yan Thomas : le procès impose un cadre original de questionnements et un maniement propre au droit des faits eux-mêmes. Les opérations pratiques du droit mettent en forme la vie sociale tout autant que, dans un énigmatique mouvement circulaire, cette vie sociale instaure le droit. « L'opération juridique (est) le remodelage qui qualifie (les faits) pour le jugement pratique de valeur qu'elle ordonne. Cette opération peut s'analyser d'un point de vue nominaliste : les faits ne reçoivent pas le nom qui convient à leur nature, mais celui qui convient au traitement qu'on veut leur faire subir »<sup>5</sup>. En 1915, on pourra invoquer les ballons dirigeables, le droit de propriété, l'industriel Adolphe Clément-Bayard, les intérêts de son voisin Coquerel, la fabrication du vélo, l'armée française et la Première Guerre mondiale : aucun de ces éléments ne sont absents de l'arrêt Clément-Bayard du 3 août 1915 mais sont médiatisés par les opérations du droit qui les prennent en charge<sup>6</sup>. Sans doute, est-ce justement pendant ce temps judiciaire, pendant la résolution des litiges que « l'autonomie » du droit se montre de la manière la plus explicite et la plus apparente. La pratique judiciaire semble s'auto-isoler d'un « extérieur » qu'elle n'ignore pas mais qu'elle maintient à distance grâce à un ensemble de dispositions et de dispositifs. De ce point de vue, « l'autonomie » du droit, si importante pour les juristes, n'est pas le prérequis du travail juridique, sa condition de possibilité ; il est la *conséquence*, le *résultat* d'une multitude d'opérations matérielles, intellectuelles, symboliques permettant de donner au droit ses raisons. Plutôt que de postuler une *autonomie* consubstantielle au droit, il serait préférable de parler de pratiques d'*autonomisation* du droit qui séparent le normatif des autres registres, tracent une frontière entre lui et eux.

6. L'histoire intellectuelle ne concentre pas son attention sur le seul travail du juge. Le dossier proposé ici s'attache plutôt à *l'analyse des discours (et des cultures) juridiques* caractérisés par une porosité plus grande à l'égard de cet « extérieur constitutif » (Chantal Mouffe)<sup>7</sup>, tenu à distance mais nécessaire à leur existence. Il affronte frontalement les rapports que le droit entretient avec des environnements

5 Yan Thomas, « Présentation », *Annales HSS*, 2002/6, 57<sup>e</sup> année, p. 1426.

6 Yan Thomas, *Les opérations du droit*, Paris, Seuil-EHESS-Gallimard, 2011.

7 Dernièrement, Chantal Mouffe, *Agonismes*, Paris, Beaux-Arts de Paris les éditions, 2014.

changeants, fluctuants, sous tension. Quelle est, par exemple, l'implication des juristes italiens dans la politique fasciste ? Ont-ils contribué à la construction d'une théorie juridique du fascisme ? À l'inverse, les travaux de certains historiens du droit traduisent-ils un certain poids, expriment-ils l'influence de l'idéologie fasciste. Pendant cette période fasciste, examinée ici par J.-L. Halpérin et S. Falconieri, ce problème des interactions entre culture juridique et contexte socio-politique est porté à son comble, relançant par la même occasion la question de l'attitude des professionnels du droit et celle de la « juridicité » d'un droit totalitaire et raciste.

7. Le problème dépasse largement les contextes autoritaires : sans aucun doute, la science du droit (ou le droit lui-même) traduit, exprime une « atmosphère » à un moment donné. Soyons plus précis : ce dossier se propose également de souligner combien la science juridique et l'œuvre de codification impliquent/sont sous-tendues par une *anthropologie* ou une *philosophie* qui ne se laissent pas apercevoir si facilement. Les contributions de X. Martin, J. Ferrand et N. Hakim réarticulent droit et société de la manière la plus explicite possible, en dévoilant les fondements idéologiques du Code civil, de la science juridique dans le premier XIX<sup>e</sup> siècle ou encore de l'historicité du projet doctrinal de Gény. Mais, les auteurs ne réduisent pas les objets juridiques étudiés à des rapports de force, à des intérêts en jeu et ne font pas non plus du droit un reflet du social. Entre le droit et le social, il ne s'agit à proprement parler d'un rapport d'exodétermination du second par le premier. Comment penser la relation droit/société ? Les uns font l'hypothèse d'un cadre transcendantal (une épistémè ?) à partir duquel, à une époque donnée, le discours juridique se construit, se structure, se dote d'un esprit particulier : un tel cadre détermine/impose/organise une certaine vision du droit, avec ses références obligées, ses thèmes et ses formes hégémoniques, ses préoccupations dominantes (X. Martin). D'autres, plus sensibles au « pluralisme agonistique », selon l'expression de Chantal Mouffe, imaginent un champ juridique polarisé entre plusieurs projets, inconciliables, qui s'affrontent pour imposer une définition légitime du droit et de sa science (J. Ferrand). Enfin, certains, faisant par exemple écho à la « nouvelle histoire des idées politiques »<sup>8</sup>, s'attachent à la mise en droit de conceptions politiquement et socialement situées (N. Hakim). Ces différentes approches peuvent se combiner.

8. Plusieurs articles empruntent un chemin connexe bien que quelque peu différent. La question est moins de savoir quelles sont les « anthropologies » *derrière*, voire au fondement des constructions juridiques que de saisir comment les juristes pensent le droit à partir d'une approche anthropologique et sociologique. De ce point de vue, les ressources offertes par l'anthropologie, l'ethnologie et la sociologie appartiennent à cet arsenal intellectuel (concepts, pratiques, etc.) dont dispose le juriste pour comprendre et mieux maîtriser les opérations du droit. L'approche culturaliste des « géographies coutumières » (L. Assier-Andrieu), la « juridique » d'influence durkheimienne (M. Soula), l'anthropologie juridique française depuis les années 1960 (J.-P. Allinne) arrachent, du moins tentent d'arracher, dans un milieu le plus souvent sourd à leurs appels, les phénomènes juridiques d'un socle moniste et de pré-supposés légalistes. Il s'agit donc, dans ces différents cas, de renouveler la compréhension de ces phénomènes à partir d'un détour hors du champ juridique, d'un effort d'importation/traduction de catégories, de concepts, de questions qui lui sont extérieurs. Détour, importation : les contributions montrent que, aussi fécond soit-il, ce décentrement est une opération délicate qui échoue fréquemment à convaincre les milieux juridiques, à imposer sa force d'explicitation. D'autant plus que le détour anthropologique ou sociologique active ou réactive des débats autour, voire même des accusations de relativisme (*vs* universalisme) et de holisme (*vs* individualisme) portées à l'encontre des partisans de cette ouverture disciplinaire.

9. Lors de la journée d'étude, à l'origine de ce dossier, nous avons choisi de mettre les travaux sous les auspices de *l'idéologie* de l'histoire du droit. La notion paraîtra quelque peu désuète ; elle n'en reste pas moins pertinente pour aborder les liens entre le droit et la société. Il n'est pas question d'affirmer, avec une fausse radicalité, que « le droit, c'est de l'idéologie » \_ affirmation qui n'ajoute rien à l'analyse. Par contre, il est indéniable que l'histoire du droit endosse le plus souvent un point de vue *idéologique* sur le droit : elle coupe, en effet, le droit de sa base « matérielle », postule l'indépendance et l'autonomie du droit et se conçoit comme détachée d'enjeux politiques et sociaux (au nom d'une prétendue objectivité des « sources »). Ces assertions ne sont pas tenables. On ne rappellera pas ce que le développement et les méthodes de l'histoire du droit doivent à la promotion du libéralisme (É. Laboulaye), de la République

8 Arnault Skornicki, Jérôme Tournadre, *La nouvelle histoire des idées politiques*, Paris, La Découverte, 2015.

(A. Esmein) ou de la monarchie (F. Olivier-Martin). Réaffirmons le une nouvelle fois : on ne cherche pas à rabattre le droit sur des déterminants sociaux, économiques et politiques. Par conséquent, restituer l'historicité du droit, ce n'est pas lui trouver des grandes causalités ou l'encaster dans des contextes explicatifs globaux. Faire l'histoire du droit, c'est rendre compte de tout un ensemble des « pratiques de *juridicisation* » qui transforment une configuration historique donnée (avec ses acteurs, ses stratégies, ses plaintes, ses revendications, son univers culturel, etc.) en une forme juridique quelconque. Mais, il s'agit bien de mettre en lumière des *pratiques situées* et « matérielles » (comme écrire, débattre, voyager, lire, investir financièrement, enseigner, etc.) et non de subsumer les formes juridiques sous des causes plus générales. De ce point de vue, ce que j'ai appelé les « pratiques d'autonomisation » du droit ne bénéficient d'aucun privilège particulier et constituent, elles aussi, des opérations cognitives et sociales : autonomiser le droit demande le même effort, le même travail que de le socialiser, c'est-à-dire de convertir des demandes sociales en droit. Pour en rester sur le terrain du discours juridique savant, qu'est-ce qui fait d'un article sur le droit de tester ou sur la cause du contrat une *contribution doctrinale* appartenant au registre juridique ? On invoquera peut-être qu'il s'agit d'objets « intrinsèquement juridiques ». Rien n'interdit pourtant un essayiste ou un journaliste de traiter de ces thèmes. Bien des juristes ne reconnaîtront pas pour autant la légitimité ou la pertinence d'une telle entreprise de la part de tels « amateurs ». C'est qu'il faut autre chose pour faire d'un texte « portant sur le droit » un texte juridique. Un écrit doctrinal implique d'écrire dans certaines publications labélisées (revues, recueils, etc.) et selon un certain format (manuels, commentaires sous arrêt, etc.), de démontrer la maîtrise d'un certain style, d'appartenir à certains corps professionnels (professeurs de droit, magistrats, avocats, etc.), de remonter au droit romain ou encore d'avoir usé son pantalon sur les bancs de la faculté de droit. Bref, « faire droit », sous-entendu parler *juridiquement* d'un objet, suppose de participer à une certaine communauté de pratiques qui distingue votre discours de tous les autres registres. Les contributions réunies ici, refusant d'enregistrer sans examen la division entre « histoire juridique » et « socio-histoire », rappellent énergiquement que le droit n'a pas pouvoir de s'auto-crée pas plus qu'il n'est intégralement institué par le social : les juristes déploient une activité considérable aussi bien pour instaurer du droit au cœur/à partir de la société que pour tracer fermement les frontières qui le distinguent de cette dernière et pour doter ce droit d'une rationalité originale. Mais, par quelque bout que l'on prenne le problème, il n'est toujours question que de pratiques intellectuelles et sociales à l'œuvre pour porter à l'existence et entretenir ce qui se donne à voir pourtant comme hors sol, comme « un autre monde »<sup>9</sup>, comme un monde à part : l'univers normatif.

10. Ce numéro de la revue *Clio@Thémis*, soucieuse de son inscription internationale et de son rôle de médiatrice avec les travaux étrangers, se clôt par la publication d'un texte de David M. Rabban, professeur à l'Université du Texas à Austin, intitulé « American Legal Thought in Transatlantic Context, 1870-1914 ». Il présente certaines thèses développées par l'auteur dans un ouvrage important *Law's History : American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History* (2012)<sup>10</sup>. Adoptant une approche résolument transnationale et décloisonnante, il souligne avec force le rôle des relations transatlantiques (et avant tout avec l'Allemagne) dans la structuration intellectuelle et le développement d'une histoire du droit américaine. L'un des « acteurs » de cette histoire racontée par David Rabban n'est autre que l'historien du droit anglais Frederic William Maitland dont l'œuvre a profondément renouvelé la discipline. Prune Decoux présente et traduit ici l'un des textes les plus célèbres, bien que méconnu dans l'Hexagone, de l'historien anglais : « Why the History of English Law Is Not Written ». Datant de 1888, cette leçon inaugurale d'un cours, dans laquelle il déplore les insuffisances de la discipline et livre des réflexions stimulantes, sera longtemps méditée par les historiens du droit américains étudiés par David Rabban. Il a fort à parier que les fortes paroles de Maitland aient aussi une résonance particulière dans notre contexte français contemporain.

Frédéric Audren

CNRS – CEE/École de droit.

<sup>9</sup> Voir l'article très stimulant de Marie-Angèle Hermitte, « Le droit est un autre monde », *Enquête*, n°7, 1999, p. 17-37.

<sup>10</sup> David M. Rabban, *Law's History : American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge University Press, 2012. Sur cet ouvrage, on pourra consulter les présentations critiques de François Michaut (<http://ds.hypotheses.org/549>) et de Jean-Louis Halpérin (*Revue trimestrielle de droit civil*, n°1, 2014, p. 206-208).