

SUR LA GENESE ALLEMANDE D'UN NOUVEAU PARADIGME DE L'HISTOIRE DU DROIT

OLIVIER MOTTE

Universidad de Montpellier

Caractériser en peu de mots l'histoire du droit telle qu'elle est aujourd'hui pratiquée n'est pas chose facile. A vouloir trop en dégager les caractères communs on risque de devenir aisément caricatural. Cependant il est des traits qui se retrouvent à peu près partout. Ces traits, le professeur Horwitz les a, à notre sens, parfaitement dégagés à propos des Etats-Unis: histoire faite par des juristes, l'histoire du droit, selon lui, privilégie la cohérence interne, parfois aux dépens de la vérité historique; elle met l'accent sur la continuité du développement des institutions; elle est enfin le plus souvent marquée par une tendance conservatrice¹.

Ces caractères sont ceux de l'histoire du droit dans tous les pays occidentaux. Dans la crise actuelle cependant, la France se distingue par des traits originaux qui sont directement issus de sa propre histoire.

L'histoire française du droit en effet est issue d'une double démarche. D'une part d'un mouvement vertical visant, en réponse à un besoin de stabilité fortement ressenti après une Révolution qui avait profondément bouleversé les institutions, à retrouver les racines de notre passé national². D'autre part, dans une moindre mesure, d'un mouvement horizontal d'essence comparative qui n'a jamais été

¹ M. J. HORWITZ, *The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History*, *American Journal of Legal History* 17 (1973), 275-276.

² La question fondamentale de ce fait se trouvait très précisément circonscrite à laquelle allait devoir répondre l'histoire française du droit. Elle se résume en une interrogation unique: *Comment guérir de la Révolution?* (P. LEGENDRE, *Méditation sur l'esprit libéral. La leçon d'Edouard de Laboulaye, juriste-témoin*, *Revue du droit public et de la science politique* (1971) 87). Elle marquera profondément l'oeuvre de l'ensemble des historiens des institutions depuis la Restauration.

très fort. C'est cette double démarche, personnifiée par Rozière et Dareste et incarnée en Laboulaye, qui a donné naissance à la *Revue historique de droit* et après elle, à l'enseignement de l'histoire du droit tel qu'après des vicissitudes diverses il fut enfin intégré dans les programmes. L'apogée de l'histoire du droit qu'ils ont voulue, à l'inspiration de l'École historique, se situe au début de ce siècle³. Mais la relève qui s'était alors préparée — et qui déjà avait affirmé sa valeur par de remarquables travaux —, décimée par la guerre, n'a pu donner ce qu'on attendait d'elle: un élan nouveau imprimé à cette tradition, traçant des perspectives d'avenir; et la génération suivante, élève directe de maîtres qui n'auraient dû être que des inspireurs, s'est vue chargée d'un trop riche héritage où ne se faisait plus sentir l'inspiration initiale alors que pesait lourdement le poids d'une érudition immense⁴.

De ce fait il manque à l'histoire française du droit une étape, restée inachevée, une transition, seulement esquissée. Des maîtres trop âgés, des élèves trop jeunes, une filiation rompue, un renouveau brisé ont profondément marqué — plus sans doute que les contemporains, malgré la lucidité de certains, n'en ont eu conscience — l'avenir de la discipline.

C'est à la mort de cette tradition que nous assistons aujourd'hui.

Que reste-t-il en définitive à l'histoire du droit, comme un dernier cadre qui en assure la pérennité: administrativement une place

³ Apogée institutionnelle bien sûr, due à la conjonction dans les programmes d'enseignement de la montée de l'histoire du droit et du maintien très relatif des positions du droit romain et si l'on considère le nombre des chercheurs et des travaux; mais apogée ambiguë en ce qu'elle se fait au prix de la perte de l'inspiration initiale. De façon caractéristique et très révélatrice des phénomènes d'institutionnalisation de la recherche en effet, alors que l'apogée de l'histoire du droit créatrice se situe sous la Monarchie de Juillet, c'est en 1855 qu'est fondée la *Revue historique du droit*, en 1880 que l'histoire du droit est enfin intégrée dans les programmes de licence comme matière obligatoire et en 1896 qu'est créée une agrégation spécialisée. Il n'y a là d'ailleurs que la marque de la résorption du droit historique en histoire du droit. On peut juger, de ce point de vue, que ce sont là, en fait, des signes de déclin, la volonté d'une approche générale du phénomène juridique comme réalité historique s'effaçant devant le domaine érudit qui se voit reconnaître une place, mais une place limitée et marginale, dans les facultés de droit.

⁴ La mise en évidence de cette profonde continuité ne doit pas conduire cependant à ignorer que l'histoire du droit a connu pendant cette période trois chocs, ceux du droit comparé, de la sociologie et de l'histoire économique et sociale. Mais si le contrecoup, d'ailleurs très amorti, de l'évolution des autres sciences humaines a infléchi les recherches de tel ou tel historien du droit, il n'a pas conduit jusqu'à une époque récente — et c'est là l'essentiel — à un bouleversement des perspectives. Le cadre tracé un siècle auparavant n'a pas été fondamentalement remis en cause.

de plus en plus réduite dans les programmes, raison d'être d'un personnel de moins en moins nombreux; scientifiquement une érudition qui n'a plus d'autre but qu'elle-même.

Il n'y a pas lieu de s'attacher ici aux programmes, aux postes et aux étudiants. La solution de ces problèmes apparaît en effet dans la perspective d'une réflexion de caractère théorique comme une conséquence directe de la réponse qu'au terme d'une analyse de la crise de l'histoire du droit nous serons en mesure d'apporter à la question fondamentale de sa raison d'être⁵. L'érudition par contre demande qu'on s'y arrête.

L'érudition en effet est dangereuse dès lors qu'elle laisse trop facilement penser qu'on peut faire l'économie d'un système. Si elle n'est constamment guidée et parfaitement maîtrisée par la réflexion, elle tend à devenir un but en soi que rien ne vient plus justifier mais qui fonctionne si bien sans le système qu'elle a exclu qu'il n'y a plus qu'à s'en tenir à elle.

Telle est malheureusement trop souvent aujourd'hui la réalité de l'histoire du droit du fait que s'étant affirmée dans les domaines qui sont traditionnellement les siens — l'histoire de l'Antiquité et l'histoire du Moyen-âge — par l'adoption des méthodes de la critique des sources qui y étaient en vigueur et semblaient au siècle dernier constituer l'essence même de la science son destin s'est trouvé étroitement lié à des instruments très réducteurs des perspectives historiques.

De ce fait elle a été prise dans une démarche qui a constamment eu tendance à privilégier les recherches de détail par rapport aux vastes perspectives, les sciences auxiliaires au détriment de l'histoire et surtout les documents par rapport aux interrogations. L'impulsion initiale donnée par l'École historique allant sans cesse s'affaiblissant, cette pratique érudite a fini par devenir une fin en soi et l'orientation par rapport à laquelle l'histoire du droit avait défini sa méthode ayant connu à la fin du 19^e siècle, sous l'influence du positivisme dominant, des progrès décisifs qui, paraissant lui avoir fait atteindre une sorte d'achèvement, ont eu pour effet d'en figer le développement, cette situation a tendu à se prolonger indéfiniment. L'aboutissement

⁵ Notre conviction en effet est que partout où une discipline aura quelque chose à dire ils lui seront — à condition de savoir faire connaître ses demandes — toujours donnés par surcroît. Soulignons bien cependant cette condition nécessaire car elle est aussi indispensable. Une discipline s'affirme dans le système universitaire par le lien intime qui s'établit entre la pensée fondatrice qui la légitime et la volonté d'en assurer le devenir sur le plan des structures administratives. Que l'une ou l'autre fasse défaut et elle ne sera plus rien.

logique de cette démarche a été de faire jusqu'à nos jours de l'érudition un but alors qu'elle n'aurait dû rester qu'un moyen⁶.

Il n'y a en définitive dans la situation que nous connaissons qu'une conséquence directe de cette évolution. Mais quelles qu'en soient les raisons, on ne peut se dissimuler l'insatisfaction qui naît, pour de jeunes chercheurs, de la pratique de l'érudition pour l'érudition. Surtout, on ne peut manquer de s'inquiéter de son danger le plus immédiat: l'incapacité à répondre à toute question qui n'est pas directement issue du milieu intellectuel — vieux de près de deux siècles déjà — qui l'a façonnée et qu'elle perpétue indéfiniment en croyant l'avoir évacué.

De ce fait l'historien du droit s'est trouvé incapable de répondre à un certain nombre d'interrogations majeures du monde contemporain et en particulier — alors cependant que sa maîtrise de l'évolution des institutions semblait lui assurer dans leur compréhension une place privilégiée — d'analyser les raisons de certains blocages de notre société⁷. Et pourtant dans la crise actuelle des systèmes et dans la réforme profonde où ils sont engagés, nombreux seraient ceux qui se tourneraient vers l'histoire du droit si elle était en mesure de leur fournir les éléments d'une réponse.

Ainsi notre héritage manifeste ses insuffisances — et cette constatation nous invite à entreprendre une nécessaire réflexion,

I

Dans quelque domaine que ce soit, il n'est pour répondre à semblable situation que trois démarches: l'emprunt à d'autres disciplines, l'élargissement du champ des recherches, l'étude enfin de l'étranger.

La première est la plus évidente sans doute et la plus importante.

⁶ La situation a été particulièrement accusée en France en raison des liens étroits très tôt établis par l'histoire du droit avec l'École des chartes qui ont abouti à prendre pour modèle le type d'érudition qu'elle pratiquait.

⁷ Pour prendre un exemple qui nous semble significatif — mais qui n'est qu'un exemple parmi beaucoup d'autres possibles — elle a été hors d'état d'expliquer le *vide institutionnel* de mai-juin 1968, ce moment privilégié pour la compréhension de l'évolution des systèmes contemporains — encore totalement inconnu malgré un grand nombre d'études — où les institutions se sont tout à coup trouvées *en panne*, hors d'état d'assumer l'événement. Or ce sont ces moments de rupture — apparemment inexplicables mais en fait expression de la persistance d'une logique d'évolution en profondeur de la société qui ne trouve pas à s'exprimer institutionnellement — qui sont les plus révélateurs pour la connaissance des institutions; infiniment plus en tout cas que ne le sont les stades de parfaite continuité.

Dans le domaine de l'histoire du droit elle s'est à une date récente traduite par une réception assez accusée d'un aspect de l'appareil méthodologique de l'école des *Annales*. La réponse à la crise de leur discipline en effet les historiens français du droit ont cru pour l'essentiel la trouver dans les techniques de l'histoire quantitative. Certes il y avait là une possibilité qu'il importait d'exploiter et on ne dira jamais assez quel progrès considérable elle a représenté⁸. Cependant ce n'est pas un mince paradoxe que de voir l'histoire des institutions pratiquée dans les facultés de droit découvrir l'histoire quantitative au moment même où toutes les revues théoriques venues d'Outre-Atlantique en dénoncent les limites et les dangers⁹. Surtout, il faut bien le dire, un instrument ne saurait tenir lieu de raison d'être¹⁰. Aussi cet emprunt nous semble laisser le problème entier.

La seconde démarche est plus marginale, en ce sens qu'elle s'attache par définition non à la réforme même de la discipline mais à l'extension de son champ. Pour autant elle n'en est ni moins importante ni moins nécessaire. Il s'en faut de beaucoup en effet que l'historien français du droit couvre tout le terrain qui lui est imparti. Dans l'espace, l'Europe de l'Est, l'Amérique latine, l'Extrême-Orient lui sont souvent inconnus. Dans le temps, le 19^e siècle ne fait que rarement l'objet de ses recherches. Et si depuis une dizaine d'années, à l'occasion en particulier de colloques tenus à l'initiative de l'Ins-

⁸ Il convient d'autant plus de n'en pas sous-estimer l'importance que ce sont les premiers travaux faits dans cette perspective qui, en attirant l'attention sur la possibilité d'une utilisation de la méthodologie des *Annales* dans le domaine de l'histoire du droit, ont, au moins en partie, été à l'origine du phénomène que nous décrivons en Allemagne. Cf. J. M. SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, in *Vorstudien zur Rechtshistorik* (Frankfurt am Main 1977), 102-116.

⁹ Chaque époque a son instrument contestant, questionnant les approches usitées, ébranlant les certitudes acquises, anéantissant surtout les pseudo-rationalités. Disons nettement qu'à notre sens les techniques de l'histoire quantitative appartiennent de ce point de vue au passé et que l'avenir est sans doute aux sciences qui permettent d'interroger les structures mentales. Il ne s'agit pas bien sûr d'en nier l'utilité comme moyen absolument indispensable de la recherche car il y aura toujours nécessité — et de plus en plus du fait de l'appareillage qui sera amené à traiter les données — de quantifier; mais de souligner ce fait que comme moteur de la réflexion méthodologique elle doit faire place à d'autres. La *révolution quantitative*, c'est il y a vingt cinq ans qu'elle était stimulante, qu'elle représentait la grande discussion entre les sciences. Ce n'est plus le cas aujourd'hui.

¹⁰ Cela est d'autant plus vrai de l'usage, souvent corrélatif, de l'ordinateur qui, n'étant qu'un appareil, ne dispose que de la problématique que nous lui fournissons. Cf. les références données à ce propos dans. G. DOLEZALEK, *Computer und Rechtsgeschichte. Einführung und Literaturübersicht*, in F. Ranieri ed. *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Arbeitsberichte* (Frankfurt am Main 1977) 73 et n. 119.

titut français des sciences administratives¹¹, il a découvert l'histoire de l'administration¹², l'histoire de sa propre discipline lui reste ignorée. Nous sommes loins aujourd'hui du programme tracé par Laboulaye dans le premier numéro de la *Revue historique de droit*¹³. Dans une certaine mesure, depuis un siècle, les perspectives ont tendu à se rétrécir plutôt qu'à devenir plus vastes.

La troisième démarche fait appel à l'exemple de l'étranger.

De ce point de vue, sans doute convient-il de distinguer les pays où quelque chose se fait qui nous reste inconnu¹⁴ des pays où se fait quelque chose que nous connaissons mais qui n'inspire pas notre réflexion. Au premier groupe appartiennent les pays des Amériques anglosaxonne et latine, au second les pays européens.

C'est toute une jeune génération d'historiens du droit qui s'avance aujourd'hui aux Etats-Unis dans la voie ouverte par Willard Hurst — *identifying law as a crucial focal point for the understanding of American Society*¹⁵ — et cette démarche s'est révélée particulièrement féconde.

Que l'histoire du droit y soit issue d'une toute autre tradition, il suffit de parcourir l'*American Journal of Legal History* pour s'en convaincre. Donnant au 19^e siècle une place privilégiée, prenant pour centre d'intérêt les juristes plus encore peut-être que l'Etat ou le Droit, son approche est fondamentalement différente de la nôtre. Depuis une génération en effet les historiens américains du droit, qui jusque là s'étaient souvent attachés aux institutions de l'Angleterre médiévale, ont délaissé ce domaine pour se tourner vers leur propre patrimoine¹⁶. Ayant changé d'objet, l'histoire qu'ils mettent en oeuvre a aussi profondément modifié sa méthode. Celle-ci, marquée par l'empirisme et placée sous le signe de la *social purposiveness* a voulu

¹¹ Institut français des sciences administratives. *Histoire de l'administration* (Paris 1972); Centre de recherches d'histoire et de philologie de la IV^e Section de l'Ecole pratique des Hautes Etudes. *Histoire de l'Administration française depuis 1800. Problèmes et Méthodes* (Genève 1975).

¹² P. LEGENDRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours* (Paris 1968). Introduction "L'histoire parmi les sciences de l'administration", 5-27.

¹³ E. LABOULAYE, *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir*, *Revue historique de droit français et étranger* 1 (1855), I-23.

¹⁴ Au sens où nous n'en avons pas une connaissance directe. Car, bien entendu, les comptes rendus d'ouvrages et les analyses de revues nous tiennent informés de leurs progrès.

¹⁵ D. H. FLAHERTY, *An Approach to American History: Willard Hurst as Legal Historian*, *American Journal of Legal History* 14 (1970), 222-234.

¹⁶ L. M. FRIEDMAN, Compte rendu de: Ronald Fleming and Bernard Bailyn eds., *Law in American History*, Boston, Little, Brown and Company, 1972. *American Journal of Legal History* 17 (1973), 365.

avant tout situer les juristes face au changement social et lier économie et droit pour replacer ce dernier dans le processus d'industrialisation. Il en est résulté des ouvrages remarquables¹⁷. Du point de vue de la méthode, le contraste d'une *legal history* écrite par les juristes et d'une *constitutional history* écrite par les historiens, les forces et les faiblesses réciproques de l'une et de l'autre, ont sans doute favorisé cette évolution¹⁸.

Bien que les historiens du droit aient souvent aux Etats-Unis tendance à porter sur l'orientation de leurs propres recherches un jugement assez sévère¹⁹, il nous semble qu'il y a là une source d'inspiration qui mérite attention.

Dans une direction toute différente, l'Amérique latine dans son ensemble demeure à peu près totalement ignorée de nous, malgré des oeuvres d'une immense portée qui questionnent notre approche, et plus profondément encore notre conception, de l'histoire du droit et témoignent, en donnant une idée de domaines encore inexplorés, des immenses possibilités de renouvellement de notre discipline. Dans ces domaines c'est évidemment l'histoire de la colonisation et d'une précoce décolonisation qui retiennent l'attention mais plus encore celle des droits indiens dont s'occupe l'*Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* fondé en 1966 et qui a, depuis lors, organisé plusieurs congrès. De cette vitalité témoignent en particulier en Argentine la *Revista de Historia del Derecho* et la *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*²⁰ et au Chili, auprès de la *Revista Chilena de Historia del Derecho*, la récente *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*²¹.

L'Europe, bien sûr, nous est plus familière. Pour autant nous est-elle mieux connue? Et, plus encore, son exemple est-il pour nous une source de réflexions?

¹⁷ M. BLOOMFIELD, *American Lawyers in a Changing Society 1776-1876* (Cambridge, Mass. 1976); M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860* (Cambridge, Mass. 1977).

¹⁸ D. J. GUTH, *How Legal History survives Constitutional History's Demise: The Anglo-American Traditions*, in F. Ranieri ed. *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Arbeitsberichte* (Frankfurt am Main 1977), 148.

¹⁹ Cf. par exemple A. S. KONEFSKY, *Compte rendu de: Maxwell Bloomfield, American Lawyers in a Changing Society 1776-1876*, Cambridge, Mass. Harvard U. P. 1976. *Harvard Law Review* 90 (1977), 829.

²⁰ Sur la situation en Argentine depuis la disparition de Ricardo Levene: A. D. LEIVA, *Los estudios de historia del derecho en la republica argentina durante los últimos veinte años*. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 8 (1979), 455-464.

²¹ A. GUZMÁN BRITO, *Presentación*, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 1 (1976), 5-7.

Ces dernières années, l'inspiration nous est le plus souvent venue d'Italie²². Favorisées par la présence dans les facultés italiennes d'un cours d'histoire de la pensée politique et juridique, encouragées par la *Società italiana di Storia del Diritto*, dont les congrès se sont souvent attachés à la méthode de l'histoire du droit, dans la voie tracée par les réflexions du professeur Paradisi — heureusement réunies à une date récente en un volume²³ — sont en effet venues s'inscrire les recherches de toute une jeune école dont la diversité force l'admiration²⁴. Là encore c'est par la création de revues que s'est concrétisé ce mouvement. Les *Quaderni fiorentini* publiés par le *Centro di Studi per la Storia del pensiero giuridico moderno* de l'Université de Florence²⁵ et les *Materiali* émanés de l'*Istituto di Filosofia del diritto* de l'Université de Gênes²⁶ ont ouvert un forum à ces jeunes pensées — et cette tentative a aussitôt, grâce en particulier aux chroniques de M. Arnaud dans les *Archives de philosophie du droit*²⁷, trouvé en France un réel écho. On ne peut rendre plus bel hommage à ces revues que de constater que de l'Europe entière leur sont venues les contributions de tous ceux qui cherchent à exprimer autre chose dans le domaine de l'histoire du droit.

En Espagne aussi l'histoire du droit a été l'objet d'un débat extrêmement riche — qui souvent a pris l'allure d'une remise en cause

²² Le renouveau de notre discipline s'y est plus particulièrement caractérisé par un intérêt exceptionnel — basé sur une tradition déjà ancienne — porté à l'historiographie juridique et à son histoire récente au point que le professeur Tarello a pu parler d'un *momento della storiografia*, dans l'histoire italienne du droit. G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*. *Materiali per una storia della cultura giuridica* 3 (1973), 681.

²³ B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica* (Bologna 1973).

²⁴ L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, *Studi storici* 15 (1974) 3-56, 17 (1976) 16-; A. MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, *Studi storici* 17-3 (1976), 5-24; A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto. Per una "archeologia" del diritto privato moderno* (Bari 1980); G. CRIFÒ, *Scuola delle Annales e storia del diritto. La situazione italiana*, *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité* 93 (1981), 483-494.

²⁵ *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, édités par le professeur P. Grossi I (1972). Sur le but de la publication v. P. GROSSI, *Pagina Introduttiva*, *Quaderni fiorentini* 1 (1972), 1-4.

²⁶ *Materiali per una storia della cultura giuridica*, édités par le professeur G. Tarello 1 (1971).

²⁷ A. J. ARNAUD, *Italiennes. Variations sur le thème de la culture juridique*, *Archives de philosophie du droit* 18 (1973), 311-322 (v. aussi M. VILLEY, *Une planche de salut pour l'histoire du droit. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 433-436); 21 (1976), 231-238; 24 (1979), 467-475.

radicale d'une ancienne génération²⁸. Elle nous paraît se distinguer par un intérêt très remarquable porté à ce qui se fait à l'étranger²⁹; mais surtout par la richesse d'orientations très diverses. Les travaux poursuivis par les professeurs Garcíá-Gallo et d'Ors sont bien connus³⁰. Mais ceux des jeunes professeurs qui se sont lancés dans la voie de l'interrogation méthodologique méritent au moins autant de l'être³¹.

De même, si l'*Anuario de Historia del Derecho Español* est connu de nous, une revue récente et originale: *Historia, Instituciones, Documentos* qui dans le cadre, restreint sans doute, d'une université — celle de Séville — a voulu constituer un forum où puissent se retrouver historiens, juristes et archivistes nous semble encore trop ignorée. Du fait de cette triple origine, il y a chez elle ce qui peut apparaître comme un certain manque d'unité. Mais cet inconvénient est plus que racheté par l'échange qui s'est instauré entre disciplines. Dans une présentation d'une grande clarté, s'y manifestent en effet un esprit neuf, une vaste érudition, des idées fortes et nettes. Il n'est par ailleurs que de la feuilleter pour voir que si elle a un caractère régional marqué, elle a su dépasser très largement ce cadre et réserver en particulier une place remarquable au débat méthodologique³².

La *Revista de Historia del Derecho* de l'Université de Grenade paraissait devoir entrer dans une voie analogue et aussi prometteuse

²⁸ Avec un aspect polémique — où les questions de personnes ont pris une importance très excessive — qui est sans doute regrettable. J. M. SCHOLZ, *Zum Forschungsstand der Neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugal*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 2 (1980), en particulier 164 n. 7.

²⁹ A. MERCHÁN-ÁLVAREZ, *La Historia del derecho en Alemania: bibliographia general, centros de investigación y enseñanza de la disciplina en las facultades de derecho*, *Anuario de historia del derecho español* 45 (1975), 641-686; J. GARCÍA-MARÍN, *Actitud metodológica e Historia de las instituciones en Francia: una valoración de conjunto*, *Historia, Instituciones, Documentos* 4 (1976).

³⁰ A. GARCÍA-GALLO, *Cuestiones de Historiografía jurídica*, *Anuario de historia del derecho español* 44 (1974), 741-752; A. D'ORS, *Sobre historiografía jurídica*, *Anuario de historia del derecho español* 47 (1977), 799-811.

³¹ J. A. ESCUDERO LÓPEZ, *En torno a l'objeto de la historia del derecho*, in *Historia del Derecho. Historiografía y problemas* (Madrid 1973), 15-65; F. TOMÁS VALIENTE, *Historia del Derecho e historia*, in *Once essays sobre la historia* (Madrid 1976), 161-181.

³² B. CLAVERO, *La historia del derecho ante la historia social*, *Historia, Instituciones, Documentos* 1 (1974), 239-261; S. DE DIOS, *El derecho y la realidad social. Reflexiones en torno a la historia de las instituciones*, *Historia, Instituciones, Documentos* 3 (1976), 189-222; F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)*, *Historia, Instituciones, Documentos* 5 (1978), 430-467.

lorsque sa parution a été suspendue. Il y a là en tout cas, dans la variété de ces initiatives, les signes encourageants d'une "relève" dans l'histoire espagnole du droit.

A côté des pays de l'Europe méridionale, l'Angleterre, avec la récente création d'une revue — le *Journal of Legal History* — et la Belgique, grâce à l'impulsion donnée par la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* qui s'est fait en peu de temps une place exceptionnelle³³, ont pris place dans le débat sur l'histoire du droit.

Ainsi l'ensemble de ces pays s'affirme à nouveau³⁴ et si malgré leur proximité et des débats d'une remarquable vivacité ils n'ont pas encore trouvé chez nous beaucoup d'écho cependant la densité des interrogations qu'ils nous proposaient n'est pas passée totalement inaperçue.

Reste notre autre voisin immédiat — dont le génie autrefois irradiait notre discipline jusqu'à la faire pratiquement sienne, auquel nous avons jusqu'au début de ce siècle tant emprunté et que nous ne songeons plus à prendre pour maître. Pour nous, semble-t-il, la réflexion allemande sur l'histoire du droit appartient au passé.

En Italie et en Espagne cependant, en raison de liens dont il ne serait peut-être pas sans intérêt d'élucider la nature, les recherches allemandes contemporaines sont infiniment mieux connues et surtout bien plus exploitées. La réflexion méthodologique s'y est largement faite à leur inspiration par des enseignants formés à leur école. Le renouveau que nous y avons constaté n'a souvent été qu'un reflet de leur récente vitalité.

Ce n'est pas le cas en France où il y a sans aucun doute un paradoxe entre le peu d'intérêt que nous portons aujourd'hui à l'histoire allemande du droit et le souvenir que nous a laissé son prestigieux passé.

II

A côté de ces sources d'inspiration ignorées ou dont nous avons omis de nous inspirer, l'Allemagne en effet jouit d'une réputation bien établie — mais dont il n'est pas dit qu'elle soit à son avantage.

³³ M. S. DUPONT-BOUCHAT, *Histoire et Droit. Quelle histoire pour les juristes?* *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1 (1978), 41-69; Ph. GODDING, *A propos d'histoire et droit*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2 (1979), 119-123.

³⁴ Nous voudrions signaler aussi la nouveauté et la richesse des investigations menées sous la direction du professeur Ivo Rens par le Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

Certes nous voyons volontiers en elle la patrie par excellence de l'histoire du droit et connaissons toute la valeur des recherches qui y ont été poursuivies. Nous savons qu'au 19^e siècle quelque chose d'essentiel s'est joué là — entre Berlin, Bâle et Vienne, dans ce triangle d'or de la pensée — qui aujourd'hui encore n'est pas totalement élucidé. Mais quand nous parlons d'elle, c'est bien plus avec le pieux respect dû à un passé estimable qu'avec l'intérêt porté à un mouvement où se manifesterait la force des idées agissantes.

Pour nous, les recherches allemandes sur l'histoire du droit ce sont avant tout de grandes entreprises érudites où s'expriment le mieux ce que nous jugeons être les qualités de l'esprit allemand. C'est, en particulier, le *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. C'est aussi le *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Rechtsgeschichte*. C'est encore l'*Index zu den Novellen Justinians* entrepris au début du siècle par Leopold Wenger et qui, sous la direction du professeur Kunkel, est actuellement en voie d'achèvement³⁵.

Toutes ces entreprises sans doute témoignent de la pérennité d'une tendance à la constitution d'instruments de travail où se reflètent les qualités de méthode et l'aptitude au travail collectif que l'on prête volontiers aux universitaires allemands.

De même, chez plusieurs historiens du droit se manifeste cette tendance spéculative qui a toujours fortement marqué la science Outre-Rhin et il serait difficilement pardonnable de ne pas évoquer au moins ici la réflexion inlassablement menée par le professeur Wieacker depuis des années et qui souvent a pris la forme d'un dialogue fécond avec le professeur Paradisi³⁶.

Mais l'histoire du droit en Allemagne ne se résume pas à ces deux démarches — si caractéristiques qu'elles puissent paraître. Ce

³⁵ FRITZ-THYSSEN-STIFTUNG, *Jahresbericht 1978/79* (Köln 1979), 51.

³⁶ F. WIEACKER, *Rechtsgeschichte*, in P. Badura, E. Deutsch, C. Roxin eds., *Das Fischer Lexikon* (Frankfurt am Main 1971), 137-152; *Apologie der Rechtsgeschichte*, *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 227 (1975), 104-148; *Die Provinz der Rechtsgeschichte*, in H. Hübner, E. Klingmüller, A. Wacke eds., *Festschrift für Erwins Seidl Zum 70. Geburtstag* (Köln 1977), 220-230; *Compte rendu de*: COING, Helmut, *Aufgaben des Rechtshistorikers*. *Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt XIII Nr 5*. Wiesbaden 1976, Franz Steiner. *Zeitschrift für historische Forschung* 5 (1978), 82-86; *Zur Methodik der Rechtsgeschichte*, in R. Strasser, M. Schwimann, H. Hoyer eds. *Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtspolitik*. *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag* (Wien 1978), 355-375; *Methode der Rechtsgeschichte*, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte III* (1980), 518-526; *Vorbedingungen und aktuelle Grundfragen einer rechtshistorischen Methodik*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft N.F.* 13 (1980), 2.

sont là comme deux extrémités de la recherche dans le domaine de l'histoire des institutions: la réflexion critique et l'élaboration d'instruments de référence. Entre elles se trouve la discipline elle-même, telle quelle est vécue dans les universités avec ses caractères propres qui, eux, nous semblent méconnus ou mal connus. C'est cet ensemble de caractères originaux — issus du fait que, sous l'influence des enseignements de l'École historique, l'histoire du droit s'est en Allemagne développée dans une direction très particulière³⁷ — que nous voudrions tenter de définir ici.

Sans doute sont-ils — du fait de traditions universitaires où se marque une diversité locale que la France ne connaît pas — difficiles à résumer. Mais nous pensons qu'il est des points sûrs, tenant à un fonds commun, sur lesquels l'accord peut se faire.

La première originalité est que l'histoire du droit a toujours en Allemagne été considérée comme une introduction au droit en vigueur. Cette volonté de lier droit actuel et droit historique nous semble fondamentale³⁸.

La seconde tient à l'importance de l'historiographie qui fait de tout historien du droit allemand un héritier — fidèle, révolté ou, plus récemment, distant — de Savigny et plus généralement de l'École historique. Il y a une référence constante au passé de la discipline inconnue et impensable en France. La réflexion en Allemagne est toujours historisante. Là se trouvent en partie — du fait du poids que le passé fait peser sur elle — ses limites. C'est aussi sans doute ce qui fait sa force.

La troisième se caractérise par la primauté de la recherche, par rapport à laquelle l'enseignement reste secondaire. C'est elle qui trace les perspectives qu'il viendra plus tard sanctionner et non lui qui oriente, en le limitant étroitement, l'effort créateur.

A côté d'une incontestable aptitude aux travaux collectifs et d'une exceptionnelle volonté de réflexion méthodologique ce sont là, nous semble-t-il, les traits essentiels de l'histoire allemande du droit.

Sans doute se fait jour actuellement — du fait du départ à la retraite de ceux qui avaient animé l'histoire du droit depuis la guerre et le leur remplacement par une nouvelle génération — une certaine désaffection pour les caractères classiques de la discipline,

³⁷ H. COING, *Aufgaben des Rechtshistorikers*, Sitzungsberichte der wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann-Wolfgang-Goethe Universität Frankfurt 13-5 (1976), 145-146.

³⁸ H. MITTEIS-H. LIEBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte* (München, 14, 1976), 1.

dont témoignent les débats qui ont animé les *Rechtshistorikertage* de Berlin et d'Augsbourg³⁹, comme la récente création d'une nouvelle revue témoigne de la recherche d'une autre voie⁴⁰. Mais, pour qui observe la situation de l'extérieur, le débat se fait dans un cadre donné qui ne remet pas fondamentalement en cause des valeurs auxquelles l'adhésion pour n'être peut-être pas absolument consciente n'en est pas moins, même chez les jeunes chercheurs, très forte⁴¹. Les bases restent solides⁴².

Ces caractères nous les avons vus comme résumés dans une institution au sein de laquelle il nous a été donné de travailler. Ce *modèle allemand* auquel nous croyons qu'il y a beaucoup à emprunter celui que constitue l'Institut Max Planck pour l'histoire européenne du droit avec des traits qui, sans doute, se retrouvent assez généralement en Allemagne et lui donnent une certaine exemplarité mais aussi avec des aspects propres qui se traduisent par un remarquable élargissement des perspectives. A partir de lui, nous avons tenté de répondre aux questions que nous nous posions comme nous avons vu s'y confirmer un certain nombre de certitudes.

³⁹ G. DILCHER, K. KROESCHELL, D. LIEBS, U. WESEL, *Einleitende Thesen zur Diskussion über die Aufgaben der Rechtsgeschichte auf dem 22. Deutschen Rechtshistorikertag* (Berlin 1978 dact. 16 p.).

⁴⁰ *Vorwort der Herausgeber, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 1 (1979), 1-2.

⁴¹ L'article dans lequel le professeur P. Landau (Ratisbonne) s'attache à résumer les controverses récentes pour mettre en évidence la diversité des thèses en présence nous donne au contraire paradoxalement, vu de l'étranger, surtout le sentiment des limites entre lesquelles se joue le débat actuel en Allemagne. Le consensus existe sinon sur les positions du moins sur les pré-supposés fondamentaux hérités d'une longue histoire. Le cadre tracé dans le passé subsiste en tout cas bien plus fortement que ne semblent en avoir conscience les protagonistes de ce débat. P. LANDAU, *Bemerkungen zur Methode der Rechtsgeschichte, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 2 (1980), 117-131.

⁴² Ce qui a changé, à notre sens, ce ne sont pas ces bases — même lorsqu'elles ont été fortement récusées — ce sont les transformations dues, sur leur fondement qui reste solide, à la récente adoption d'une perspective nouvelle. C'est, nous le croyons du moins, la conjonction, dans le cadre d'une réelle recherche méthodologique, de cette tradition classique qui subsiste encore profondément avec un apport venu des récents progrès des sciences sociales qui a donné à l'histoire allemande du droit une nouvelle impulsion. C'est parce que justement le fondement juridique restait, même inconsciemment, très présent qu'elle a abouti à un renouvellement de la problématique. Nous attachant ici aux caractères traditionnels de l'histoire allemande du droit, nous examinerons plus loin ces tendances nouvelles.

III

Un modèle ⁴³ qui inspirerait des réflexions sans déboucher sur des propositions ne serait en effet pas un modèle ⁴⁴. Ce qui fait justement la valeur de l'orientation des recherches de l'Institut pour l'histoire européenne du droit telle qu'on peut l'apprécier dans son passé et dans ses accomplissements actuels c'est que, au delà des pensées qu'elle fait naître sur sa valeur pour l'Allemagne, elle suggère sinon un programme du moins une direction où s'engager qui s'exprime pour nous dans un certain nombre de certitudes ⁴⁵.

Ces certitudes tiennent en peu de mots.

La première est celle de la nécessité d'une recherche cordonnée sinon collective qu'imposera de toute façon l'utilisation croissante d'un appareillage complexe dont le coût nécessitera la constitution d'équipes de chercheurs. S'agissant de procéder à un regroupement des moyens, à la constitution de banques de données, à la mise en place progressive de structures nouvelles à partir d'une réflexion dont les grandes lignes sont connues et immédiatement applicables, elle intéresse surtout aujourd'hui l'organisation administrative. De ce fait nous ne souhaitons pas nous y attacher plus longuement ici.

La seconde est celle d'un nécessaire élargissement de l'histoire du droit à des domaines encore à découvrir.

⁴³ En fait, sans doute faudrait-il parler non d'un modèle mais de plusieurs modèles. On distingue en effet, sur la base d'une tradition allemande dont nous venons de rappeler quelques traits, au moins trois niveaux d'inspiration: — la pensée fondatrice qui a présidé à la naissance de l'Institut d'abord; — l'institution elle-même, avec la puissance de ses moyens permettant une autre approche de notre discipline; — les tendances qui plus récemment, du fait des réflexions de jeunes chercheurs, se sont greffées sur ce fond.

⁴⁴ Est-il besoin de souligner cette évidence qu'un *modèle* étranger n'est jamais qu'une occasion de projeter certaines aspirations qu'on y trouve partiellement mais incomplètement réalisées? L'étude que nous avons consacré à la réception des *Annales* par l'histoire allemande du droit nous dispense d'insister plus longuement sur ce point.

⁴⁵ Sans doute la France n'ignore-t-elle pas les travaux collectifs non plus qu'une réflexion sur le droit. Mais il s'agit là, à l'évidence, de phénomènes marginaux qui n'engagent qu'un petit nombre de chercheurs et non de l'orientation générale de la discipline. J. POUMARÉDE, *Rechtshistorie in Frankreich. Ein Literatur und Forschungsbericht*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 3 (1981), 50-63. Cependant ces tendances semblent, à l'heure actuelle, connaître un très sensible développement. Cf. Sur l'organisation du travail collectif: P. C. TIMBAL, *L'exploitation des archives du Parlement de Paris: une méthode et ses résultats*, in F. Ranieri ed. *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Arbeitsberichte* (Frankfurt am Main 1977), 23-35; sur la philosophie du droit: J. L. GARDIES, *Der heutige Stand der französischen Rechtsphilosophie*, *Rechtstheorie* 11 (1980), 465-478. L'exemple de l'Allemagne ne peut qu'encourager un mouvement dans ce sens.

Dans le temps, il s'agit d'assurer la prise en compte dans le passé historique tel que l'appréhende notre discipline de tout ce qui n'est pas le présent (et même, dans une certaine mesure, du présent lui-même); c'est à dire en définitive des 19^e et 20^e siècles qui, de plus, nous mettent directement en contact avec le juriste praticien du droit actuel. Il y a en effet nécessité que l'accent soit mis sur le passé récent grâce auquel la trame sera ininterrompue de la genèse romaine ou médiévale à aujourd'hui.

Dans l'espace, il s'agit — portant le regard au delà des frontières sur des droits totalement étrangers à nos conceptions — d'étendre la curiosité au champ le plus large possible: des pays de *Common Law*, qui auraient beaucoup à nous apprendre, aux Etats sud-américains, mélange d'ancien monde et de nouveau, et au delà aux univers inexplorés par l'histoire occidentale du droit de l'Orient vers lequel Joüon des Longrais avait montré la voie. Avant tout, plus immédiatement, il faut situer nos recherches dans un cadre qui est l'ensemble de l'Europe.

Dans les domaines du droit à envisager, il s'agit de s'attacher à des branches méconnues et, avant tout, à l'histoire de l'administration de la pensée administrative et du droit administratif — à la suite de l'oeuvre pionnière du professeur Wright et de plusieurs autres — et à l'histoire de la science juridique. Dans ce dernier domaine, il faut approfondir surtout le problème de la réception des droits étrangers, seule à même de mettre en évidence des interdépendances capitales.

Il s'agit là en un mot de retrouver l'inspiration d'essence comparatiste qui avait marqué la *Revue historique de droit* à ses débuts.

La troisième, la plus importante à notre sens, est celle de la nécessité absolue de la réflexion méthodologique.

Il faut en être bien conscient en effet, une discipline qui n'a plus rien à dire en fait de méthode n'a plus qu'à disparaître. Car une matière s'impose par sa force d'attraction, c'est à dire sa capacité à susciter une relève, soit en définitive par la valeur et la nouveauté de son message seuls en mesure de provoquer l'adhésion d'un jeune génération.

Si la démarche doit être érudite — l'érudition consistant bien entendu non à recueillir les données telles qu'elles se présentent à nous mais à soulever les questions qui justement créent les sources — elle doit, si elle veut éviter l'empirisme le plus élémentaire qui n'a jamais mené nulle part, être orientée par une réflexion méthodologique qui lui impose très nettement une voie pour l'avenir. Il importe donc d'évaluer ce qui a été fait et de poursuivre plus avant la réflexion.

A dire vrai, quand nous nous tournons vers le passé, c'est bien le chemin parcouru qui frappe, plus encore que le retard accumulé. Il est nous semble-t-il, pour l'histoire du droit, des batailles aujourd'hui gagnées ou en voie de l'être et sur lesquelles il n'y a pas lieu de revenir. Les critiques d'autrefois ont porté leur fruit et il n'est plus, quoi qu'on en dise, d'histoire du droit étroitement limitée au droit, isolée des autres domaines de l'activité humaine⁴⁶. L'attention croissante portée au contexte socio-économique, l'adoption des méthodes de l'histoire quantitative, la perception du droit comme phénomène culturel, tout cela s'est fait ou se fait. Dans la recherche d'une vision vraiment historique c'est à dire totalisante, on est même allé très loin dans cette voie⁴⁷.

Sur le principe on ne peut qu'être d'accord et s'en féliciter. Solliciter toutes les disciplines, toutes les écoles, toutes les méthodes pour forger de nouvelles approches, de nouveaux instruments; nous ne pouvons qu'y souscrire entièrement. Notre curiosité ne sera jamais trop grande. On n'ira jamais assez loin dans cette direction.

Encore faut-il, bien entendu, être en prise directe sur les tendances actuelles et non sur des recherches dépassées. Ouvrages et articles représentent souvent en effet l'aboutissement de recherches entreprises dix ans plus tôt et souvent plus. Or ce n'est pas à ce qui s'est fait il y a cinquante ans, vingt ans, à ce qui paraît qu'il faut s'attacher mais à ce qui se prépare — ce qui demande, pour connaître les travaux en cours d'élaboration, l'établissement de liens personnels étroits et non la seule lecture des livres et des revues où se publient leurs résultats.

Surtout, s'il faut s'intéresser de près aux méthodes des autres disciplines, ce doit être non pour les imiter servilement mais pour essayer à partir d'elles d'élaborer nos propres instruments de travail.

IV

C'est poser en définitive, une fois encore, le problème de la spécificité de l'histoire du droit. Ne croyons pas que pour l'avoir tant de fois repris nous l'ayons épuisé. Son importance est en effet fondamentale. Sur ce point, nous ne craignons pas de le dire, nous

⁴⁶ Ph. CODDING, *A propos d'histoire et droit*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2 (1979), 119-123.

⁴⁷ M. S. DUPONT-BOUCHAT, *Histoire et Droit. Quelle histoire pour les juristes*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 1 (1978), 69.

nous opposons absolument à la tendance qui semble aujourd'hui devenir dominante en Allemagne et qui vise à une intégration totale de l'histoire du droit dans l'histoire de la culture⁴⁸.

De ce fait, l'objet en est de plus en plus incertain, de moins en moins distinct de celui de l'histoire; quant aux méthodes, ce sont celles de tous les historiens.

Or si l'histoire du droit n'est à l'évidence qu'une partie de l'histoire culturelle, si elle demande un appel constamment accru à des méthodes venues de l'ensemble des sciences humaines, il n'en reste pas moins qu'il existe une spécificité du document juridique qui implique une analyse juridique supposant elle-même une formation juridique qui à son tour induit une expérience juridique façonnant en définitive un regard autre sur les institutions⁴⁹. Par l'approche particulière qu'elle nécessite elle revendique son indépendance.

Dès lors pour nous, en définitive, il n'y a pas de fondement philosophique à chercher, de jugement de valeur à porter ou de justification théorique à fournir à l'autonomie de l'histoire du droit. C'est un simple constat: la norme juridique s'exprime dans un langage d'une technicité telle qu'il définit un champ particulier du savoir dont l'accès est subordonné à la connaissance des règles du discours qu'il tient sur la société globale. En un mot l'irréductibilité du droit n'est pas dans sa nature mais dans son langage⁵⁰. Est juriste qui veut; mais à condition d'avoir fait l'effort de le devenir.

⁴⁸ Cette option pour une reconnaissance de l'histoire du droit comme pure science historique se trouve nettement exprimée chez D. SIMON, *Rechtsgeschichte*, in A. Görlitz ed. *Handlexikon zur Rechtswissenschaft II* (Reinbeck bei Hamburg 1974), 314 et H. COING, *Aufgaben des Rechtshistorikers*, *Sitzungsberichte der wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main 13-5* (1976), 155. Mais c'est là l'opinion générale partagée par des chercheurs de Francfort. Cf. par exemple J. M. SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, in *Vorstudien zur Rechtshistorik* (Frankfurt am Main 1977), 123 et F. RANIERI, *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Die Verwendung historisch-quantitativen Methoden bei der Auswertung der Notariatpraxis in der neueren Privatrechtsgeschichte*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 45 (1977), 333.

⁴⁹ D'ailleurs est-il possible, si l'on y songe bien, de parvenir au terme ultime d'une telle démarche? Quoi qu'on fasse en effet, on retombera toujours sur la radicale antinomie de l'histoire et du droit et sur l'espèce de défi que représente l'existence d'une histoire du droit.

⁵⁰ Pour une école qu'a parfaitement exprimée le professeur Wieacker, l'identité de l'histoire du droit ne dépend pas d'une différence d'objet mais d'un intérêt spécifique de l'historien en fonction d'une expérience juridique. Pour nous les deux sont inséparables car en définitive il ne saurait y avoir d'expérience juridique sans objet proprement juridique pour la former. Cependant ce n'est pas cet objet qui constitue directement l'histoire du droit

Il n'est bien entendu plus question aujourd'hui de tracer des frontières, et il y a bien longtemps qu'on a pu se féliciter de leur progressive disparition. Mais il faut bien savoir qui l'on est, sur quel domaine l'on travaille, quelles méthodes l'on emploie. Il faut donc poser nettement le problème.

Sans doute dira-t-on que les méthodes de l'histoire, en devenant plus sophistiquées, demandent, pour être parfaitement maîtrisées, une plus grande part de l'activité de celui qui se consacre à l'histoire des institutions et que, en quelque sorte, chez l'historien du droit, l'historien demande son homme tout entier. C'est une objection qui n'est pas sans valeur, surtout quand on considère l'étendue de la matière. Mais elle est cependant un peu courte.

Car il serait paradoxal d'abord, alors qu'il y a tant à faire dans le domaine de l'histoire du droit, de délaisser son contenu spécifiquement juridique pour s'attacher à d'autres aspects qui ressortissent à des domaines qui ont leurs spécialistes.

Surtout, et cela nous interpelle profondément, ce serait ignorer la démarche d'historiens qui découvrent le droit en éprouvant dans leur formation le sentiment d'une lacune qui demande à être comblée pour leur assurer une réelle compréhension des institutions; qui, plus encore, découvrent avec émerveillement dans l'histoire du droit un domaine neuf aux immenses possibilités⁵¹.

En définitive, nous croyons assez peu à une éventuelle *dissolution* du juridique. La question que nous nous posons est plutôt celle-ci: Pourquoi l'histoire du droit est-elle en crise alors que, ail-

en domaine de recherche mais l'approche qu'il nécessite. L'objet juridique préexistant n'est qu'un matériau inerte que seule la dynamique de l'approche juridique peut former en champ du savoir. La conjonction des deux phénomènes est indispensable. De là d'ailleurs la fragilité de notre discipline.

⁵¹ S'il a eu la curiosité de lire une revue à la brève existence qui porte le titre familier de *Revista de Historia del Derecho*, l'historien du droit y aura découvert sous le titre déjà surprenant de *Histoire du droit, histoire totale* un article au premier abord totalement étranger à sa discipline où il n'aura trouvé aucune des certitudes qui font habituellement son univers, aucun des points de repère qui forment les cadres conceptuels habituels mais malheureusement aussi les limites de sa pensée. Il aura découvert, simplement, une histoire du droit qui n'est pas la sienne. Comment est-il possible que, prétendant aborder le même objet d'études, nous ne parlions pas le même langage au point de rester étrangers les uns aux autres. C'est une question qu'il faut se poser. Pourquoi surtout une autre histoire du droit tend-elle à se développer à côté et au dehors de l'histoire officielle, de celle du moins que font les juristes? C'est là la question clef. P. VILAR, *Histoire du droit, histoire totale* in *Actas del Ier Coloquio internacional del Instituto de Historia del Derecho*, *Revista de Historia del Derecho* (Universidad de Granada) 1 (1976), 18-49.

leurs, l'histoire des institutions est florissante quand les historiens s'emparent de ce champ de recherche? N'y a-t-il pas quelque chose de paradoxal dans l'abandon progressif par les historiens du droit de leur domaine, aussitôt découvert par les historiens?⁵²

En fait, nous semble-t-il, si l'historien du droit aujourd'hui ne sait plus qui il est, s'il ignore souvent sa raison d'être, c'est qu'il a perdu le sens profond de ce qu'est son rôle. Et à notre sens la seule façon de le retrouver est l'appel à l'histoire de l'histoire du droit dans une recherche passionnée de ses origines, insérant les questions actuelles de notre discipline dans le mouvement général de la science, pour une compréhension fondée sur le passé de son avenir.

L'histoire française du droit en effet, dans sa forme actuelle, a été créée, à un moment précis, dans un contexte donné, par les disciples directs de l'École historique allemande. Toute discussion dans le domaine de son existence, de son devenir et de sa méthode suppose donc historiquement éclaircie la question de son origine et du sens de son évolution jusqu'à nos jours⁵³.

Notre discipline, conçue au début du 19^e siècle, à une étape donnée de la pensée et dans un cadre déterminé de l'organisation sociale, a répondu alors à certaines attentes. Elle a longtemps vécu sur ce capital dont elle a tiré la légitimité de son orientation. Or le monde a changé. Elle doit donc aujourd'hui être repensée dans la perspective de la société post-industrielle que nous voyons naître sous nos yeux. C'est à cette tâche, dès lors qu'elle nous est clairement connue, qu'il faut désormais nous consacrer.

V

Il faut pour cela introduire dans notre réflexion une dimension que nous avons jusqu'ici volontairement négligé; savoir le processus d'évolution dans lequel s'insère l'histoire du droit⁵⁴.

⁵² Y a-t-il encore une histoire du droit, possédant un commun dénominateur, aspirant au même but? C'est une question qu'il faut poser. Pour nous la réponse — affirmative — ne fait pas de doute; mais suppose une ferme impulsion méthodologique pour mettre fin aux tendances centrifuges qui ne sont que le reflet d'une insatisfaction théorique cherchant d'autres lieux pour s'exprimer.

⁵³ Cf. P. LANDAU, *Bemerkungen zur Methode der Rechtsgeschichte (Die Historische Schule und das Selbstverständnis der Rechtsgeschichte)*, 128-129.

⁵⁴ C'est à l'occasion de la parution de l'ouvrage de T. STOLANOVICH, *French historical Method: The Annales Paradigm* (Ithaca-London 1976),

En réfléchissant à sa situation actuelle, nous avons jusqu'ici constamment raisonné, de façon classique, en termes purement statiques, en mettant avant tout l'accent sur les caractères les plus apparents de notre discipline et en restant en quelque sorte à la surface des choses.

Cependant il manque de ce fait à notre réflexion une dimension essentielle. En nous en tenant ainsi à ce qui est immédiatement donné à l'observateur, nous avons en effet délibérément ignoré toute perspective de développement dans la durée.

Aussi voudrions nous prendre maintenant en compte l'aspect dynamique afin de tenter d'aller plus profondément dans notre réflexion. Pour cela nous y introduisons un nouveau paramètre: le temps.

Si en effet nous voulons très exactement connaître, pour nous situer par rapport à lui, le moment où nous nous trouvons dans l'évolution de notre discipline et la place de celle-ci dans l'évolution générale de la société, il est nécessaire d'insérer l'histoire du droit dans le mouvement scientifique⁵⁵.

que nous avons découvert la notion de paradigme, pourtant alors déjà ancienne, et c'est sa mention dans le volume édité par M. J.-M. SCHOLZ, *Vorstudien zur Rechtshistorik* (Frankfurt am Main 1977) — où elle ne se trouve d'ailleurs à peine soulevée, et c'est regrettable, que pour être aussitôt éludée (p. 4) — qui nous a suggéré son application à notre discipline. Il nous a semblé que s'il y avait eu changement paradigmatique dans l'histoire avec l'élaboration du paradigme des *Annales*, il n'était pas impossible que le changement profond que vit actuellement l'histoire du droit, sous des influences que l'on voit d'ailleurs à l'oeuvre dans l'ensemble des sciences sociales, soit lui aussi un changement paradigmatique, cette fois dans notre discipline. En définitive, dans ce domaine où il n'est pas de vérité démontrable, on discutera sans doute longtemps de la possibilité de cette analyse et de l'existence de ce changement. Pour nous d'ailleurs il n'est qu'un outil au service d'une réflexion, pas le vecteur d'un nouveau dogmatisme d'autant plus contraignant qu'il adopterait l'allure d'un pseudo scientisme.

⁵⁵ Elaborée par Th. S. KUHN dans son ouvrage, *The Structure of scientific Revolutions* (Chicago 1962), précisée dans un postscriptum à la 2^e édition (1970), complétée dans un récent recueil d'études, *The essential Tension. Selected Studies in scientific Tradition and Change* (Chicago-London 1977), la notion de paradigme — qui est au centre de notre analyse de l'histoire du droit en termes d'histoire sociale du savoir et non plus d'histoire des idées — a connu une expansion telle durant les vingt dernières années qu'il est devenu difficile de faire le tour des développements dont elle a été objet dans tous les domaines. Trois ouvrages peuvent le permettre cependant, ou au moins faciliter cette démarche: I. LAKATOS et A. MUSGRAVE eds., *Criticism and Growth of Knowledge* (Cambridge 1970); B. BARNES, *T.S. Kuhn and Social Science* (New York 1981) et G. GUTTING ed., *Paradigms and Revolutions. Appraisals and Application of Thomas Kuhn's Philosophy of Science* (Notre-Dame-London 1980), ainsi qu'un excellent article de P. REDONDI, *Les tensions actuelles de l'histoire des sciences*, *Annales Economies, sociétés, civilisations* 36 (1981), 572-590.

C'est donc à reprendre de ce point de vue l'ensemble des problèmes que nous avons déjà évoqués que nous voudrions nous attacher ici.

Dans cette perspective, l'essentiel, croyons-nous, est de prendre conscience de notre passage dans un nouvel ordre —aujourd'hui vécu, dans un premier temps, comme désordre— des choses, ou plus exactement de l'irruption d'une rationalité autre qui oblige à repenser profondément notre discipline. Nous entrons en effet —malaisément parce que sans en avoir conscience— dans un nouveau paradigme de l'histoire du droit ⁵⁶.

⁵⁶ Nous n'insistons pas ici sur la question de la légitimité d'une utilisation de la notion de paradigme dans le domaine des sciences sociales, qui se trouvera développée dans un article. Nous voudrions simplement souligner que si pour notre part nous avons beaucoup de réserves à émettre comme de précisions à apporter sur ce point, cependant la possibilité même d'une telle utilisation ne nous paraît pas contestable. La question est plutôt selon nous de savoir quels aménagements demande cette notion dans une telle perspective et de quelle façon elle peut être affinées pour rendre exactement compte du processus dialectique de progrès de ces disciplines.

La question est d'autant plus intéressante que, Kuhn déniait pratiquement toute possibilité d'une application de l'analyse paradigmatique hors de son domaine d'origine, ceux qui s'inspirent le plus directement de lui restent très sceptiques sur une éventuelle utilisation dans ce domaine (G. GURTING, *Paradigms and Revolutions*, 13-15). Pourtant, c'est un fait indéniable, celle-ci n'a cessé de se développer. Plutôt que de le nier, il semble donc qu'il faille plutôt, puisqu'elle répondait à l'évidence à un besoin, l'accompagner par une réflexion théorique appropriée.

Dans cette direction, nous voudrions simplement attirer l'attention sur l'usage particulier que nous faisons de la notion. Pour nous en effet le paradigme se présente dans les sciences sociales avec des caractères propres, ou pour mieux dire, dans son passage des sciences aux sciences sociales, demande pour être applicable une multitude d'adaptations. C'est le cas dans le domaine par exemple de la perception de l'anomalie. Mais en fait trois choses surtout nous paraissent importantes.

D'abord, dans les sciences sociales où il n'existe pas de vérité universellement reconnue tenant au caractère absolu de la découverte, le paradigme ne saurait même unanime mais seulement dominant. De ce fait aussi, le caractère même du consensus y est autre: il s'agit d'un accord sur une démarche scientifique et non pas sur un ensemble de propositions directement normatives.

Ensuite, si l'avènement du nouveau paradigme se fait à l'occasion d'une rupture (c'est le postulat même de la révolution scientifique), celle-ci y est amenée par un mouvement interne fait d'une multitude d'évolutions progressives. Reste néanmoins l'idée que l'évolution paradigmatique n'est pas un processus continu mais une série de phases discontinues et que donc le caractère non continu de l'évolution ne saurait être mis en cause.

Enfin le paradigme (ou la matrice disciplinaire pour reprendre le terme plus récemment adopté par Kuhn pour exprimer cette notion) y est constitué de plusieurs paradigmes — à savoir des prises de position sur tel ou tel point précis — et s'insère dans un système de pensée — c'est-à-dire une façon donnée d'appréhender le réel qui, à une époque, s'impose à tous.

Or d'une part plus le paradigme existant est cohérent et plus le passage à un nouveau paradigme est difficile. Et d'autre part plus le changement à l'intérieur de ce paradigme est faible et plus le changement de paradigme sera par définition important et donc douloureux — pouvant — que telle si elle se trouvait hors d'état de faire face à de nouveaux besoins.

C'est malheureusement dans ces deux cas de figure les plus délicats que se situe l'histoire du droit. D'une part en effet — victime d'une certaine manière de ses premiers succès qui l'ont dotée d'un outillage complet à la fois méthodologique et matériel — elle a eu d'emblée, du fait d'un projet presque "parfait" dans le contexte de l'époque, une très grande cohérence. D'autre part et surtout elle a depuis lors en définitive peu évolué.

Selon nous, tout paradigme passe successivement par trois phases qui, si elles peuvent temporairement se superposer, se succèdent toujours dans le même ordre: — phase critique (où l'on s'attache à détruire le paradigme précédent)—; phase théorique (où, de façon constructive, s'affirme le projet doctrinal du paradigme qui va devenir dominant) et phase contestataire (où ce paradigme est progressivement mis en cause). Vient enfin une phase transitoire de latence, à la fois post et préparadigmatique.

L'histoire du droit a, à l'époque contemporaine, successivement connu chacune de ces phases. Mais ce qui est remarquable surtout en ce qui la concerne, c'est que cette évolution s'est faite au sein d'un débat assez limité, dans un mouvement qui s'est révélé extrêmement lent et avec une phase de latence et donc d'incertitude qui a tendu à s'étendre de façon démesurée.

Ce processus interne de développement de la discipline se fait bien entendu dans le cadre d'une évolution externe de la société globale que, dans une large mesure, il ne fait que refléter. Autour d'elle en effet l'économie, la société, l'institution, prises dans le mouvement de progrès, exercent une pression de plus en plus forte sur le paradigme qui, sauf à être absolument malléable — ce qui

En définitive, le paradigme s'insère donc entre deux réalités scientifiques, l'une plus étroite et l'autre plus vaste: au dessous de lui les divers paradigmes qui le constituent et au dessus de lui le système de pensée dans lequel il s'inscrit.

Peut-être d'ailleurs ces réflexions vont-elles au delà du simple cas des sciences sociales et permettraient-elles d'affiner l'analyse kuhnienne. Il semble en effet que, dans les articles postérieurs à la *Structure des révolutions scientifiques*, Kuhn soit sensiblement revenu sur ses premières analyses dans une perspective visant à une relative atomisation de processus qu'il avait d'abord présenté comme monolithiques.

n'est jamais le cas— devra laisser place à son successeur. Mais —et c'est là le point fondamental en ce qui concerne l'histoire du droit— cela se fait sans que, souvent, cette discipline ait conscience du lien qui existe entre ces deux ordres de phénomènes. Il semble que, pour elle, ce ne soient que deux logiques qui coexistent. Et cette ignorance, est-il besoin de le dire, est fatale.

Raisonnement purement en termes d'évolution interne sans prendre en considération le contexte dans lequel elle s'inscrit c'est là, sans aucun doute, le danger le plus grand qui menace une discipline. Car un fossé se creuse progressivement, sans qu'on en ait conscience, qui finit par aboutir à un décalage tel que la remise en prise directe par la réinsertion dans le cadre approprié s'avère très difficile voire impossible. C'est là une vérité générale. Rarement elle s'est trouvée mieux vérifiée que par l'histoire du droit.

Le discours, cohérent au départ, qu'avaient tenu sur elle ses fondateurs, n'a en effet, au fond, gardé sa cohérence qu'en ignorant de plus en plus délibérément le milieu qui l'entourait. D'où une distorsion croissante qui, à un moment donné, a abouti à une rupture. Car un système qui se survit en opérant sans référence à une pensée fondamentale disparue finit par être reconnu comme une survivance et éliminé —sans qu'il en comprenne la raison profonde, qui lui échappe.

Telle a été jusqu'à une époque toute récente la place de l'histoire du droit, en porte à faux par rapport à un paradigme qui s'est trop longtemps survécu — parce que recherchant difficilement, au prix de quelques modifications, son insertion dans la société contemporaine au lieu de se penser en termes de nouveau paradigme à construire.

Ce que change la dynamique actuelle, ce qui marque à notre sens une différence radicale avec le passé et permet de parler de genèse d'un nouveau paradigme, c'est qu'aujourd'hui, les aspirations s'étant cristallisées en un lieu donné⁵⁷, un consensus tend à s'établir sur un certain nombre de propositions autour desquelles reconstruire notre discipline.

⁵⁷ L'Allemagne, et plus particulièrement Francfort. Quand nous parlons de l'Institut francfortois, nous l'entendons bien entendu comme un espace relatif intégrant l'ensemble de ceux qui gravitent autour de lui et non le seul personnel qui lui est attaché. Une école est toujours une nébuleuse qui ne se ramène pas à l'institution où elle se développe.

VI

Restons sur ce moment présent de l'évolution paradigmatique pour rappeler brièvement la genèse immédiate du paradigme qui s'élabore dans l'histoire du droit, en saisir la nature et en préciser d'un mot les contours.

C'est souligner une évidence que de dire qu'en matière de réflexion sur son but et sa méthode l'histoire du droit est longtemps demeurée immobile. Pendant une longue période en effet, cette réflexion, presque entièrement délaissée, a été à peu de chose près abandonnée, dans chaque pays, à un unique chercheur: les professeurs Wieacker en Allemagne, Gaudemet en France, Paradisi en Italie et Garcia-Gallo en Espagne. De ce fait, on peut le dire, le débat n'existait pas et sans doute y avait-il beaucoup de mérite pour eux à poursuivre ainsi leur démarche dans un certain isolement — dont nous devons leur savoir beaucoup de reconnaissance. La réflexion semblait pour ainsi dire morte.

Pendant des travaux se multipliaient qui, sans perspective d'ensemble, visaient à une réception parfois accusée des progrès de l'histoire; traduisant ainsi un sentiment d'insatisfaction et montrant la voie d'une autre histoire du droit. Simples essais de débutants, ces thèses qui s'éloignaient des sentiers battus sans affirmer particulièrement l'usage d'une méthode nouvelle, mettaient naturellement en oeuvre une autre problématique. Souvent formés ailleurs à l'histoire, leurs auteurs ne faisaient qu'appliquer spontanément à leurs recherches la leçon qu'ils y avaient apprise. Et pourtant ces oeuvres représentaient un changement radical pour l'histoire du droit. En définitive, quand on revient sur le passé récent, on voit qu'ainsi ce qui a préparé la voie à des bouleversements plus profonds a été une pratique bien plus qu'une contestation théorique. La référence aux *Annales* ou à d'autres écoles de pensée n'est souvent venue qu'ultérieurement comme une légitimation. Là est en tout cas à notre sens l'origine du mouvement actuel.

Cette recherche d'une histoire du droit "autre" a commencé à faire place au cours des années soixante-dix à un processus diffus de construction programmatique qui s'est cristallisé en Allemagne du fait, en particulier, de l'ancienneté de la réflexion allemande sur l'histoire du droit et plus précisément à Francfort en raison de l'existence d'un institut d'un type inusité qui, par sa nouveauté même, devait attirer à lui ceux qui souhaitaient mettre en oeuvre des recherches nouvelles.

à elle l'ensemble du mouvement qui se cherchait. Dès lors, la voie se trouvait à nouveau libre.

C'est alors, en 1976, que paraissent les *Aufgaben des Rechtshistorikers*⁶¹ du professeur Coing; étude axée autour de l'idée de la nécessité d'une historicisation croissante de l'histoire du droit, qui ouvre la voie où va s'engager la recherche actuelle.

Son caractère essentiel nous paraît être qu'elle vise avant tout à une consolidation de l'acquis. Mais si la réflexion s'y fait à partir d'idées classiques, elle se développe dans une perspective qui les renouvelle sensiblement.

Certes, la thèse exprimée dans la brochure du professeur Coing n'est rien d'autre qu'un *aggiornamento* des tendances conservatrices dans la vue très personnelle d'une histoire de la culture. Cependant, par une sensibilité remarquable aux travaux des jeunes chercheurs, les perspectives personnelles tendent à s'y effacer pour intégrer ces nouveaux apports⁶². C'était, à notre sens, une tentative un peu vaine car le point de départ était trop éloigné pour que de telles recherches aient pu légitimement passer pour de nouvelles tendances de l'historiographie traditionnelle, venant à point nommé sauver une orientation en perte de vitesse. Mais il y avait là une volonté qui n'était pas dénuée d'intérêt, émanant du directeur d'une institution aussi importante que l'Institut pour l'histoire européenne du droit; une sorte de feu vert donné à une recherche individuelle mais institutionnalisée d'une histoire du droit autre.

Sans doute, avec une prudence que soulignait le professeur Wieacker⁶³, l'auteur n'entendait-il pas présenter sa réflexion comme une théorie mais simplement comme le dernier état de sa pratique personnelle de notre discipline. Mais, comme l'indique le titre choisi, la volonté programmatique était évidente.

Et en effet, dès la même année, la direction ainsi indiquée allait être explorée par le professeur Grimm dans un article qui, sous le titre de *Rechtswissenschaft und Geschichte*⁶⁴, non seulement donnait un contenu concret à la démarche visant à mettre l'histoire du droit dans un rapport plus étroit avec l'histoire, mais aussi poussait plus loin la réflexion en l'ouvrant vers l'ensemble des

⁶¹ H. COING, *Aufgaben des Rechtshistorikers*, Sitzungsberichte der wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main 13-5 (1976), 145-184.

⁶² *Aufgaben des Rechtshistorikers*, 149, 174.

⁶³ F. WIEACKER, Compte rendu de *Aufgaben des Rechtshistorikers*, 82.

⁶⁴ D. GRIMM, *Rechtswissenschaft und Geschichte*, in *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* II (München 1976), 9.

sciences sociales et leurs récents progrès. Dès lors, l'impulsion décisive était donnée, qu'il n'y avait plus qu'à suivre.

C'est un fait d'expérience d'ailleurs que dans l'histoire, dès que les premières barrières sont renversées, même avec beaucoup de timidité, les pensées nouvelles peuvent s'engager fortement dans la brèche ainsi ouverte, faisant littéralement voler en éclats le système.

Effectivement, c'est ce qui s'est passé avec la publication l'année suivante de *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte*⁶⁵ de F. Ranieri, de *Computer und Rechtsgeschichte*⁶⁶ de G. Dolezalek et surtout des *Vorstudien zur Rechtshistorik*⁶⁷ de J.-M. Scholz. Si la revendication d'une insertion plus marquée de l'histoire du droit dans l'histoire reste l'axe privilégié de la réflexion, néanmoins celle-ci s'infléchit, au fur et à mesure qu'elle intègre les apports nouveaux rencontrés dans l'historiographie récente, dans sa direction définitive.

L'article de M. Filippo Ranieri n'est que l'application à l'histoire du droit de la leçon orthodoxe des *Annales* — telle du moins que, de façon assez réductrice à nos yeux, elle apparaît aujourd'hui. Un lien étroit y est établi en effet entre l'histoire sociale, la nécessité de la quantification et l'usage de méthodes statistiques.

L'étude de M. Gero Dolezalek vise, elle, à mettre en évidence, dans une perspective originale et novatrice, l'utilité de l'instrument informatique.

Quant à l'ouvrage de M. Johannes-Michael Scholz, s'il reprend ces thèmes, il les dépasse dans une perspective plus profonde. Remontant aux origines des *Annales*, et bien au delà, il s'attache en effet à retrouver le sens d'une démarche qui se résume à peu près toute entière pour lui dans sa volonté de comprendre et d'expliquer.

Ce qui fait la grande force de l'ouvrage à notre sens, c'est d'abord la connaissance personnelle, intime, qu'a l'auteur de l'historiographie française actuelle, qu'il ne sépare jamais du milieu où elle est née; c'est aussi le fait qu'il la met constamment en contact

⁶⁵ F. RANIERI, *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Die Verwendung historisch-quantitativer Methoden bei der Auswertung der Notariatspraxis in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 45 (1977), 333.

⁶⁶ G. DOLEZALEK, *Computer und Rechtsgeschichte. Einführung und Literaturüberblick*, in F. Ranieri ed., *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Arbeitsberichte* (Frankfurt am Main 1977), 36-116.

⁶⁷ J.-M. SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik* in *Vorstudien zur Rechtshistorik* (Frankfurt am Main), I-175 (cité: *Vorstudien zur Rechtshistorik*).

avec les interrogations de l'École de Francfort dont il maîtrise parfaitement toutes les implications; c'est enfin sa volonté de situer l'ensemble de sa réflexion dans la perspective d'une théorie sociale à construire.

Par là il rejoint, de façon d'ailleurs explicite⁶⁸, la problématique déjà exprimée, plusieurs années auparavant, par le professeur Simon dont l'excellent article *Rechtsgeschichte* donné en 1974 au *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*⁶⁹ préfigure à tant d'égards ce qui se fera plus tard.

Cet article, soit en raison de son caractère de contribution à un ouvrage de référence, soit en raison de l'origine de son auteur, byzantiniste, n'avait lors de sa parution, de façon regrettable, trouvé aucun écho. La référence qui y est faite dans l'ouvrage de M. Scholz devait rappeler l'attention sur lui, mettant en évidence les rares mérites d'un auteur qui, peut-être parce qu'il ne s'agit pas d'un *spécialiste* des questions de méthode, va droit à l'essentiel et sait l'exprimer en peu de mots et qui, surtout, s'avère posséder une véritable stratégie, si même elle reste encore imprécise dans sa formulation.

Dès lors, la nouvelle aporie a trouvé ses bases. Récusant à la fois l'histoire du droit traditionnelle et une histoire du droit matérialiste, s'engageant dans la voie d'une insertion croissante de l'histoire du droit dans une science historique conçue comme science sociale mais dépassant les premiers stades de la réflexion qui n'avaient fait que plaquer sur elle certaines inspirations empruntées aux recherches récentes des autres sciences de l'homme sans changer fondamentalement la conception qu'elle se faisait d'elle-même, elle intègre des approches venues de l'histoire économique et sociale sérielle et des interrogations issues du débat méthodologique de la sociologie, modifiant ainsi non seulement les instruments de notre discipline mais aussi et surtout sa façon de percevoir son rôle. Ainsi se trouve définie la direction autour de laquelle se déterminera progressivement son avenir.

De fait, entre 1978⁷⁰ et 1980⁷¹, paraissent deux articles qui commencent à faire le tour du nouveau paradigme, affirmant ainsi

⁶⁸ *Vorstudien zur Rechtshistorik* 6, 116, 120-121, 124-125, 168.

⁶⁹ D. SIMON, *Rechtsgeschichte*, in A. Görlitz ed., *Handlexikon zur Rechtswissenschaft* II (Hamburg 1974), 314-318.

⁷⁰ U. WOLTER, *Rechtswissenschaft, Geschichte und Sozialwissenschaften*, *Zeitschrift für historische Forschung* 5 (1978), 61-69.

⁷¹ P. LANDAU, *Bemerkungen zur Methode der Rechtsgeschichte*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 2 (1980), 117-131.

qu'une première phase s'achève⁷². Non pas que tout soit dit, loin de là; mais parce que les grands thèmes sont désormais posés⁷³.

En 1980 donc le processus fondateur semble clos. Sans doute la nouvelle aporie va-t-elle donner lieu désormais à une discussion de plus en plus étendue. Mais dès lors, comme affirmation d'une volonté, elle se suffit à elle-même.

Ainsi —et c'est très frappant— la définition du nouveau paradigme s'est faite sans que personne revendique d'être un chef d'École et trace nettement un programme. Celui-ci, présent mais informulé, reste constamment sous-jacent alors cependant que le danger ne serait pas grand de le dire puisqu'il n'est que la conséquence d'une réception dans l'histoire du droit des tendances actuelles de l'histoire et, plus généralement, des sciences sociales. Il y a une sorte de timidité —très apparente chez M. J.-M. Scholz— devant l'expression d'un programme. Aussi la définition de celui-ci s'est-elle faite au terme d'un processus collectif. Et pourtant en définitive il y a bien là un constat programmatique⁷⁴.

Si en effet on essaie de ramener ces démarches à un commun dénominateur, on constate la convergence de ces chercheurs autour de plusieurs thèmes.

Le rejet d'une conception idéaliste du droit, c'est à dire au fond le refus de l'illusion d'une pseudo neutralité idéologique de l'historien du droit au nom d'une prétendue réserve *scientifique* et en conséquence, rompant avec une érudition qui prétendait ignorer le problème, la conviction de la nécessité d'une vision préalable, d'un schéma privilégié, d'une hypothèse, en définitive d'un choix.

Le sentiment d'une sorte d'urgence épistémologique à savoir l'impossibilité de continuer de façon en fait purement empirique des recherches en théorie basées sur un système plus ou moins réactualisé mais à l'évidence dépassé et, conséquence de cette insa-

⁷² C'est en 1980 encore que paraît C. A. LUECKERATH, *Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft* (Köln 1980).

⁷³ Nous ne nous engagerons pas plus avant dans le détail de ces travaux. D'abord parce que les ouvrages et les articles cités, nous ne voulons pas en faire un résumé commode qui dispenserait de les lire. Parce que aussi nous craignons en le faisant de faciliter l'avènement d'une sorte de vulgate qui fige des thèmes qui doivent être en constante évolution. Mais surtout parce que l'avenir de ces idées se joue au niveau de leur plus grande généralité; car c'est elle qui est — qui doit être — active. Les subtilités de chaque auteur s'oublieront; la ligne directrice qui oriente l'action durera.

⁷⁴ Les titres, de ce point de vue, au delà de leur réserve apparente, sont très révélateurs des intentions de leurs auteurs: *Aufgaben, Vorstudien*...

tisfaction réelle devant ce qui existe, la conviction d'une priorité à donner aux structures même du processus de recherche, à la construction de cadres d'interprétation, à l'élaboration de systèmes, à la méthode en un mot.

La volonté d'appréhender le droit *nicht als isoliertes, sondern intrasoziales Phänomen*⁷⁵, qui se traduit concrètement par l'affirmation que l'histoire du droit n'est qu'une partie de l'histoire sociale⁷⁶.

La découverte qu'en l'envisageant autrement on ouvre de nouvelles possibilités de recherche à notre discipline. Autrement dit une réouverture du champ général⁷⁷ ou particulier⁷⁸ de l'histoire du droit.

La prise de conscience de la nécessité d'une réelle interdisciplinarité, conçue comme effort pour multiplier les modes d'approche de la réalité sociale.

L'affirmation d'une science orientée vers le présent — ce que l'allemand exprime d'un mot: *Gegenwartsrelevanz*— base indispensable de tout projet contemporain dans le domaine juridique ou politique⁷⁹, mise en oeuvre dans la perspective d'une contribution à la construction d'une *Gesellschaftstheorie*⁸⁰.

En définitive, quand on y songe, la démarche suivie est exactement la même que celle des *Annales* à ses origines⁸¹, à la fois parce que la volonté novatrice dans la science a toujours tendance à emprunter les mêmes voies et parce qu'il y a entre l'une et l'autre démarches une filiation sur laquelle nous reviendrons.

De ce fait, les conséquences sur l'objet de la recherche ont été très semblables: constante inquiétude méthodologique, travail interdisciplinaire, adoption de méthodologies non conventionnelles, dimension critique et avant tout nous semble-t-il légitimation d'un avenir de la discipline.

Sans aucun doute y a-t-il des différences entre les origines, le sens des travaux et les positions de ces chercheurs; mais l'essentiel nous semble être que ce qui les lie n'est plus désormais le seul rejet du passé ou la recherche encore empirique d'une autre his-

⁷⁵ D. GRIMM, *Rechtswissenschaft und Geschichte*, 18.

⁷⁶ F. RANIERI, *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte*, 333.

⁷⁷ H. COING, *Aufgaben des Rechtshistorikers*, 184.

⁷⁸ F. RANIERI, *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte*, 334.

⁷⁹ D. GRIMM, *Rechtswissenschaft und Geschichte*, 15.

⁸⁰ J.-M. SCHOLZ, *Vorstudien zur Rechtshistorik*, 116-117, 168.

⁸¹ J. REVEL, *Histoire et sciences sociales: les paradigmes des Annales*, *Annales, Economies, sociétés, civilisations* 34 (1979), 1362.

toire du droit mais bien un accord sur l'essentiel d'une démarche. C'est là ce qui nous fait décrire la réalité que nous avons pu observer comme l'avènement d'un nouveau paradigme.

VII

Si nous croyons pouvoir légitimement parler à propos du phénomène que nous venons de décrire d'une *genèse allemande d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit*, néanmoins il importe de bien préciser ce que nous entendons par là.

Nous disons bien d'abord que ce paradigme s'est *crystallisé* en Allemagne et plus particulièrement à Francfort et non qu'il y est né. Car il est évident que si la dynamique francfortoise lui a donné des moyens privilégiés pour s'exprimer, elle n'est cependant qu'un des lieux où il s'élabore. Le paradigme que nous voyons progressivement se dessiner était à l'origine potentiellement partout — comme il est encore aujourd'hui, à des degrés divers, partout présent. Surgi en réponse à une impulsion venue de l'historiographie récente, au milieu d'une aspiration générale qui s'est manifestée dans la plupart des pays, dans un milieu allemand que la volonté méthodologique recommençait à traverser profondément, il a revêtu à Francfort un aspect programmatique parce qu'il trouvait là rassemblées les conditions nécessaires à sa concrétisation au sein d'une institution récente décidée à s'interroger sur les conditions de son travail. Mais même dans la situation que nous connaissons aujourd'hui, ce n'est là qu'un lieu dans un mouvement très général — mais un lieu privilégié en ce que s'y manifeste l'expression la plus achevée du paradigme en cours d'élaboration.

Cependant le fait même de cette récente concrétisation des tendances novatrices en un point doit bouleverser profondément l'économie interne du mouvement que nous observons aujourd'hui vers une autre histoire du droit. Car l'institutionnalisation programmatique des tendances latentes procure à l'institution — au sens le plus large — qui se les approprie une dynamique qui tend à la resituer dans l'ensemble des institutions concurrentes. Dès lors en effet elle ne peut qu'avoir tendance à devenir progressivement le centre d'un phénomène dont elle ne représentait au départ qu'une des composantes.

Nous parlons bien ensuite d'une *genèse* et non d'un achèvement. La différence est évidemment énorme. A notre avis il serait en effet abusif, au moment où nous sommes, de dire qu'est apparu un paradigme. Il se crée chaque jour aujourd'hui et il suffit de

l'observer pour le voir se développer. Mais il n'y a là que l'amorce d'une évolution qui n'aboutira que si elle prend conscience que l'achèvement paradigmatique s'inscrit dans un processus dialectique où seule la réponse qui est apportée à la critique constructive permet l'avènement de ce consensus qui représente pour les sciences sociales la découverte provisoire de la vérité.

Si le destin de ce nouveau paradigme n'est pas, par là, définitivement assuré, il ne nous paraît pas cependant menacé. Bien au contraire, il nous semble voué à se développer par cette seule raison qu'il existe. Dans une situation telle que celle que connaît actuellement l'histoire du droit — où le vide méthodologique est patent et où les modèles concurrents étant périphériques sont dans l'impossibilité de devenir dominants — un paradigme nouveau s'étend tout simplement en effet parce qu'il est forcément dynamique, bien plus encore que par la valeur de son message. Il est avant tout réponse à une attente qu'il vient combler. De ce fait il doit attirer à lui tous ceux qui récusent l'immobilisme dans cette discipline. Sa seule existence garantit en quelque sorte sa croissance.

Nous voudrions enfin bien souligner ce fait essentiel qu'il ne s'agit pour l'instant dans l'histoire du droit que du contrecoup tardif des progrès de l'histoire. L'évolution que nous constatons n'est que la suite logique d'une historicisation croissante de notre discipline qui la conduit à recevoir les mêmes influences que la discipline dont elle s'inspire. C'est dire les limites actuelles de ce paradigme en cours d'élaboration. On ne saurait prétendre qu'il n'y ait là rien qui soit propre à l'histoire du droit; mais il ne fait pas de doute qu'il s'agit surtout d'un phénomène d'imitation — d'ailleurs délibéré du fait d'une volonté affirmée d'assimilation dans la science historique.

Tant que l'histoire du droit n'aura pas exercé clairement son choix entre une simple réception de la problématique nouvelle de l'histoire et, par mais au delà d'elle, l'adoption d'une démarche propre il est donc trop tôt pour se prononcer sur la nature du paradigme qui se construit. Si bien sûr celle-ci devait n'être plus qu'un domaine de l'histoire, on n'aurait jamais vraiment de nouveau paradigme de l'histoire du droit; on n'aurait qu'un pseudo paradigme d'emprunt sans dimension propre à notre discipline. Notre sentiment étant cependant qu'un retour au juridique est inévitable, il nous semble probable que l'histoire du droit aboutira à un achèvement paradigmatique qui lui sera propre. Puisque la résorption totale dans l'histoire déboucherait directement sur l'extinction de notre discipline, il n'y a d'ailleurs pas vraiment de choix — sauf à se prononcer, mais alors nettement, en faveur de cette disparition.

Mais pour nous qui ne pouvons accepter cette hypothèse parce qu'elle ferait perdre à la science juridique une dimension critique qui nous paraît essentielle, l'imitation ne définissant pas à proprement parler de paradigme, il n'existe pas d'autre voie.

Malgré ces précisions, sans doute l'idée se fera-t-elle jour que nous avons tendance à surestimer un phénomène somme toute marginal. N'est-ce pas beaucoup s'avancer en effet que de déceler dans les travaux de quelques chercheurs la concrétisation d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit? Nous voudrions brièvement répondre à cette objection à partir de trois réflexions.

Remarquons d'abord l'étroitesse de notre discipline: un millier de spécialistes peut-être dans le monde. C'est infime. Les phénomènes ne peuvent donc y être qu'à la mesure de ces dimensions restreintes.

Observons ensuite ce qui se passe aujourd'hui et nous constaterons ce fait que l'impulsion novatrice que nous avons décrite a déjà commencé à s'étendre en Allemagne comme à l'étranger. En Allemagne on note en effet une convergence de plus en plus accusée vers la nouvelle aporie des historiens du droit engagés dans la recherche d'une autre voie, voire même le très net retour vers les positions qui y sont développées de chercheurs partis de toutes autres analyses⁸². A l'étranger, il apparaît nettement que la discussion méthodologique — qui a souvent été animée par des chercheurs qui ont séjourné en Allemagne — s'est faite pour l'essentiel, à une date récente, à propos des ouvrages allemands et en particulier de ceux qui ont été publiés par l'Institut pour l'histoire européenne du droit, exprimant en général une adhésion sans réserve⁸³, et que la réflexion qui s'y poursuit a tendance à se resituer en intégrant la perspective qui y a été développée⁸⁴. Ce sont là des signes qui ne trompent pas — et le phénomène ne peut que s'accroître.

Projetons résolument la pensée dans l'avenir enfin car savoir discerner les accomplissements futurs dans leur amorce actuelle

⁸² C'est par exemple le cas du professeur Landau, qui nous paraît assez symptomatique encore qu'on ne puisse en juger que d'après un seul article.

⁸³ Cf. les comptes rendus par P. COSTA et A. P. SCHIOPPA, des *Vorstudien zur Rechtshistorik* de J.-M. Scholz et de *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte* de F. Ranieri dans les *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 7 (1978), 495-500 et 508-516.

⁸⁴ La démarche du professeur Clavero par exemple est révélatrice qui déclare d'emblée que, n'étant pas à même de les comprendre, il s'est fait traduire les ouvrages allemands pour les intégrer à sa réflexion. B. CLAVERO, *Historia, ciencia, política del derecho*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 8 (1979), 7 n. 1.

est à l'évidence le premier enseignement de l'analyse paradigmatique comme la tâche ultime d'une histoire de la science. Sans doute, ce qui existe aujourd'hui est peu de chose. Mais cette dynamique n'a que quinze ans seulement. A titre de comparaison, les *Annales* en ont cinquante. C'est donc encore un mouvement naissant, qu'il importe de bien analyser comme tel. Or, toutes proportions gardées, bien peu nombreux sont ceux qui auraient pensé — et encore moins affirmé — que la revue que fondaient en 1929 Lucien Febvre et Marc Bloch bouleverserait un jour l'histoire. Et pourtant cela a été. Extrapolons les tendances passées, ajoutons leur les innovations qu'entraînera inmanquablement une nouvelle direction et nous pourrions conclure que si les résultats sont déjà remarquables ceux qui seront atteints dans les années qui viennent devraient les surpasser de beaucoup.

Au terme de cette analyse, il nous semble donc que — dans les limites précises que nous avons tracées — on peut bien parler de genèse allemande d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit.

VIII

Le fait que le changement paradigmatique se soit concrétisé en Allemagne amène évidemment la question de savoir pourquoi. Car en définitive n'est-ce pas en France que s'est faite d'abord la jonction de l'histoire du droit et des *Annales*? L'Italie n'a-t-elle pas donné avec les *Quaderni* et les *Materiali* l'exemple incontestable d'un renouveau de l'historiographie juridique? L'ensemble latino-américain n'est-il pas traversé de courants profondément novateurs? Pour quelle raison ces pays n'ont-ils donc pas incarné le renouveau et pourquoi ce rôle a-t-il été en définitive dévolu de ce fait à une nation où, malgré son ancienne tradition, la réflexion il y a peu de temps encore paraissait figée?

Il subsiste toujours dans la réponse qu'on peut tenter d'apporter à ce genre de question une part d'incertitude voire d'inconnaissable qui amène une nécessaire prudence. S'il existe des éléments de réponse en effet qu'il faut essayer de cerner, ils ne sauraient être que des directions où s'engager. On peut donc seulement avancer des hypothèses que nous nous garderons bien de présenter comme des certitudes.

Pour ce qui est des pays dans le monde où se met en oeuvre une histoire du droit extérieure au *ius commune* ou qui n'ont reçu son influence qu'à une époque récente, il nous semble tout simplement que, quel que soit leur intérêt, ils sont par définition

marginiaux. L'Europe continentale occidentale – en raison de la tradition juridique et constitutionnelle qui s'y est développée pendant des siècles – se trouve être en effet le lieu essentiel de l'histoire du droit. Et ceci se traduit dans le fait qu'elle rassemble la plus grande partie des chercheurs. Pour qu'un nouveau paradigme s'établisse, il faut donc qu'il s'empare de ce cœur de notre discipline.

Or les pays de *Common Law* et les pays orientaux en raison de leur tradition particulière, les pays américains et africains à cause de la jeunesse de leur histoire du droit depuis la colonisation voire encore les pays d'Europe de l'Est parce que la réflexion s'y fait sur de toutes autres bases, liées au cadre étatique où elle s'exerce, sont dans l'impossibilité de le faire. De ce fait, ils ne sauraient constituer, dans un avenir prévisible au moins, un modèle pour nous. Mais, comme nous l'avons déjà dit, il faut absolument les intégrer à notre champ de recherche comme nous inspirer des nouvelles perspectives que l'originalité de leur tradition leur a permis de dégager.

En fait le problème nous semble se jouer entre trois pays, où plutôt trois aspects d'une même tradition de l'histoire du droit.

Le cas de la France nous paraît assez facile à comprendre – qui met d'ailleurs de façon très concrète en évidence la nécessité d'une dimension juridique de notre discipline. Il tient, croyons-nous, à la longue connaissance qu'on y a eu dans les facultés de droit des courants nouveaux qui traversaient la science historique et qui dans le contexte d'un affaiblissement progressif de la science juridique chez les historiens du droit a abouti à une imprégnation très lente par une sorte d'osmose progressive et non à la réception massive mais critique d'une problématique nouvelle.

Le progrès dans les sciences humaines étant le plus souvent dû à la mise en contact de deux problématiques étrangères l'une à l'autre, mais également fortes, il a de ce fait manqué à l'histoire française du droit cette phase d'affrontement que produit le choc de deux logiques opposées qui se rencontrent.

Très tôt connues, même si c'est de façon marginale, les tendances nouvelles de l'histoire ont entraîné une volonté d'imitation qui a tendu à aligner progressivement l'histoire du droit sur l'historiographie pratiquée dans les facultés des lettres, désormais axée vers une approche quantitative des faits économiques et sociaux. Mais à dire vrai, cette démarche n'a fait en grande partie que combler le vide laissé par un sens juridique qui perdait alors beaucoup de sa vigueur. Renouvelant un genre mais ne mettant

pas en contact deux logiques, ces apports se sont superposés comme autant de strates. Il n'y a pas eu rupture.

De ce fait, si de remarquables travaux ont paru⁸⁵ qui voulaient à tout prix retrouver, derrière le droit, une société dans sa complexité⁸⁶, si, de façon remarquablement précoce, cette nouvelle direction s'est manifestée dans les programmes d'enseignement⁸⁷, puis s'est bientôt traduite dans l'orientation des manuels⁸⁸, les perspectives n'ont pas cependant été véritablement bouleversées.

L'idée a constamment été celle d'un élargissement cumulatif, aboutissant à exiger de l'historien français du droit un savoir encyclopédique, jamais d'une remise en cause de la discipline, repensant son présupposé épistémologique en vue d'une redéfinition de son champ de recherche.

Comme par ailleurs il n'existait pas — pour des raisons auxquelles la centralisation de nos institutions universitaires n'est sans doute pas étrangère — de lieu où puisse se penser une histoire du droit autre⁸⁹, le mouvement, pourtant bien réel, de réflexion est resté informulé; il n'a pas débouché en France, malgré la qualité de travaux qui ont fait date⁹⁰, sur la publication d'écrits programmatiques où s'affirme nettement une nouvelle direction.

En définitive, nous semble-t-il, on a perdu le sentiment du Droit et de l'État, sans s'appropriier les vrais mérites d'un mouvement qu'on a imité dans certains de ses accomplissements mais pas dans son esprit; aboutissant ainsi à une pratique qui n'est plus juridique, qui n'est pas vraiment historique et qui de ce fait ne justifie l'histoire du droit ni dans l'une ni dans l'autre de ces perspectives.

A dire vrai, le problème essentiel nous paraît être plutôt celui de l'Italie⁹¹. Celle-ci en effet a joué un rôle si fondamental dans

⁸⁵ Citons au moins l'ouvrage du professeur B. SCHNAPPER, *Les rentes au XVI^e siècle. Histoire d'un instrument de crédit* (Paris 1957), particulièrement caractéristique de cette orientation et qui a fait école.

⁸⁶ J. LAFON, *Régimes matrimoniaux et mutations sociales. Les époux bordelais, 1450-1550* (Paris 1972), 32.

⁸⁷ Dès le décret du 27 mars 1954.

⁸⁸ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, I (Paris 1961), V.

⁸⁹ La structure centralisée de l'université française favorisant de plus la diffusion rapide des thèses acceptées au sommet; mais s'y opposant tant qu'elles n'on pas gagné les instances dirigeantes.

⁹⁰ J. BART, *Compte rendu de Jacques Lafon, Régimes matrimoniaux et mutations sociales. Les époux bordelais, 1450-1550*, Paris 1972. *Revue historique de droit français et étranger*, IV-52 (1974), 449.

⁹¹ Je crois, écrit le professeur Fernand Braudel, que, des pays européens 1945, le plus intelligent a été l'Italie, et de loin. F. BRAUDEL, *En guise de*

l'élaboration d'une nouvelle histoire du droit qu'il pouvait laisser penser qu'elle était destinée à voir s'organiser autour d'elle les tendances novatrices. Cela ne s'est pas concrétisé, mais il en reste ce fait que le phénomène que nous avons décrit comme à peu près exclusivement allemand est en fait largement bipolaire et qu'il s'agit aujourd'hui d'une certaine manière d'un axe germano-italien. L'issue cependant ne nous paraît pas douteuse et cela — en dehors de la tendance naturelle de tout mouvement de ce genre à l'unicité — pour des raisons scientifiques mais aussi institutionnelles.

Le caractère purement historiographique du renouveau italien d'abord⁹², le fait que par là, remontant à la source d'une réception séculaire de la science allemande, il revient toujours à l'Allemagne le ramène constamment à une fonction de critique plus que d'impulsion. La souplesse même de la pensée italienne ensuite, qui s'assimile les tendances d'où qu'elles viennent avec beaucoup de facilité et les inscrit aussitôt dans une synthèse, fait obstacle à ce que se produise ce choc qui amène un rejet absolu du passé et la définition programmatique d'une aporie nouvelle. La réception accusée en Italie enfin dans le droit de la science juridique allemande et dans l'histoire de la nouvelle historiographie française a peu établi de contacts entre ces deux influences alors que c'était pourtant la condition même de l'affirmation du nouveau paradigme. Puis les moyens ne sont en Italie en rien comparables à ceux de l'Allemagne. La compétition est donc très inégale et devrait à terme assurer un rôle prépondérant au pôle allemand.

Mais il reste pour nous cette conviction que sans le rôle essentiel de critique constructive des positions allemandes qu'a joué l'Italie la genèse de ce nouveau paradigme se serait peut-être révélée impossible.

Cependant le fait que ces aspirations diffuses se sont trouvées en Allemagne dans un constat programmatique ne saurait se ramener à une pure question de moyens. Au delà de ces explications, il y a pour nous une conviction: celle que cette genèse paradigmatique, née pour l'essentiel de la recontre de l'histoire du droit avec les tendances récentes des sciences sociales, ne pouvait éclore qu'en Allemagne. Nous pensons en effet que, quelle que soit la situation actuelle dans ce pays, elle est porteuse — peut-être à son

conclusion in *The Impact of the Annales School on the Social Sciences*, Review 1 (1978), 250. On ne saurait mieux dire.

⁹² De façon caractéristique les deux revues d'histoire du droit qui s'y sont créées à une date récente sont consacrées à l'histoire de l'historiographie juridique.

insu — du fait de la puissance de sa tradition juridique, de quelque chose qui est la substance même de l'histoire du droit et que si elle s'effondrait l'histoire des institutions en subirait aussitôt très violemment le contrecoup à l'étranger et en particulier en France. On pourrait même peut-être aller jusqu'à écrire que dans ce cas elle continuerait bien d'exister mais que — dans les pays dont la tradition est fondée sur le *ius commune* au moins — la discipline que nous connaissons s'effondrerait avec elle. On peut évidemment contester cette affirmation mais elle n'est pourtant que le fruit de l'expérience. On ne peut manquer d'être frappé en effet par le lien étroit qui, à chaque époque, s'est établi entre le destin de l'histoire du droit en Allemagne et son devenir en Europe.

Nous avons jusqu'ici tenté de dire en quelque sorte négativement pourquoi la formulation programmatique du nouveau paradigme ne s'était pas faite dans un certain nombre de pays. Nous voudrions maintenant tenter de dire pourquoi elle s'est faite outre-Rhin en répondant successivement à trois questions: Pourquoi l'Allemagne? Pourquoi Francfort? Pourquoi maintenant?

Le point essentiel nous paraît être la solidité de la science juridique allemande et d'un mouvement constant en son sein de recherche méthodologique.

Sans doute, si nous ouvrons les manuels allemands d'histoire du droit du début des années soixante-dix, nous constaterons une dénonciation quasi générale de l'absence de réflexion — qui est déjà une prise de conscience de sa nécessité⁹³. Mais, dès lors qu'on se place dans la durée, il ne fait pas de doute que depuis deux cents ans l'Allemagne de ce point de vue n'a cessé de penser.

Cette tradition ne demandait qu'à renaître.

Elle l'a pu d'autant plus facilement que les aspirations naissantes ont eu la chance — nous ne pouvons employer d'autre mot — de trouver en face d'elles un grand chercheur et sa pensée: celle du professeur Wieacker, à laquelle il faudra bien quelque jour consacrer un ouvrage. C'était en effet, psychologiquement, une chance pour cette jeune génération d'historiens du droit que d'avoir une statue du père fondateur à renverser, une pensée cohérente à récuser, une réflexion personnelle par rapport à quoi se définir en la rejetant. L'herméneutique wieackerienne lui a fourni, dans un

⁹³ C'est le cas notamment chez K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I (Reinbeck bei Hamburg 1972), 208v. P. LANDAU, *Rechtsgeschichte und Soziologie*, 146 et J.-M. SCHOLZ, *Vorstudien zur Rechtshistorik*, 1.

processus de dénonciation parfois violent, le point d'appui qui lui était nécessaire pour se trouver⁹⁴.

L'insatisfaction qui se manifestait avait cependant besoin de perspectives à substituer à ce qu'elle rejetait. Elle les a naturellement trouvées, en cette fin des années 1960 et en ce début de années 1970, auprès de l'École de Francfort sur laquelle le récent mouvement étudiant avait universellement attiré l'attention.

Ce n'est pas le lieu de dire ici comment, sur la base d'un marxisme désabusé, a évolué la pensée des membres de l'École philosophique de Francfort. Ces thèses d'ailleurs n'ont été retenues qu'à leur niveau le plus général. Mais si nous prenons l'entreprise à son origine allemande, avant qu'elle ne soit prématurément dispersée, elle apparaît avec des caractères fondamentaux qui nous semblent particulièrement instructifs.

Il y a d'abord ce fait essentiel d'une fondation privée donnant naissance à un institut en marge de l'université où pourra se faire, avec le recul nécessaire, la critique sociale. Il a ensuite la volonté d'appréhender la société toute entière dans l'ensemble de ses manifestations et, pour y parvenir, la mise en oeuvre d'une approche véritablement interdisciplinaire. Il y a enfin le but ultime d'une reconstruction de la société sur la base d'une transformation en fonction des possibilités présentes dont le travail de critique n'est que la condition.

Après le retour de Horkheimer des Etats-Unis, les idées de cette école de pensée vont peu à peu pénétrer l'Université où son influence sur toute une génération de jeunes intellectuels à la fin des années soixante sera décisive. Sans doute, pour la plupart d'entre eux, la leçon ne sera perçue qu'à son niveau le plus global: la théorie critique tendant à désigner désormais bien plus une certaine approche critique des phénomènes sociaux que l'ensemble de son contenu dans sa complexité, tel qu'il avait été progressivement défini par ses promoteurs. Mais il en restera au moins un esprit. Il y aura là, pour toute cette génération, la grande découverte de leur jeunesse, l'ébranlement fécond dont leur pensée sera durablement imprégnée.

⁹⁴ Cf. J.-M. SCHOLZ, *Vorstudien zur Rechtshistorik*, 117-124, particulièrement éclairant sur ce point. Il faut regretter cependant que ces attaques aient revêtu parfois un caractère de violence à notre sens inadmissible et que ne saurait aucunement justifier la justesse des idées exprimées; tout à l'opposé en tout cas du débat serein, courtois dans la forme, attentif aux autres que nous voudrions voir prévaloir.

En fait d'ailleurs, c'est surtout au débat méthodologique initié par les derniers écrits d'Adorno et les travaux du professeur Habermas — qui n'en représente qu'un aspect tardif et assez limité — que se réfère la génération qui, à une date récente, a subi l'influence de l'École de Francfort. Autour de ce que l'on a appelé le *positivismusstreit*⁹⁵, se sont en effet développées des recherches empiriques visant à promouvoir des méthodes de caractère non positiviste, dans lesquelles l'accent est mis sur les présupposés théoriques et une approche pluridisciplinaire et qui surtout se veulent actives, c'est à dire pensées pour le présent. En définitive, c'est à partir de cette résurgence lointaine et partielle de l'École que se mettra en place la formulation actuelle de la théorie normative et critique de la société⁹⁶, qui caractérise le milieu intellectuel des années 1970-1975 à Francfort.

Il y avait là à la fois un but très clairement défini — contribuer au changement social, un cadre extrêmement vaste — la société dans sa totalité — et, avec une épistémologie renouvelée, un instrument particulièrement bien adapté à la volonté de la critique d'une discipline. D'où le succès de cette théorie chez les jeunes historiens du droit qui y virent un vecteur privilégié dans la mise en oeuvre de la démarche qu'ils préconisaient.

Tout cela néanmoins était très général. Manquaient en effet des outils. L'histoire allemande du droit les a trouvés auprès de l'histoire qui elle même vivait alors une phase de profonde mutation⁹⁷.

Contrairement à la France en effet, où la réception de la problématique nouvelle a été progressive mais limitée parce que le projet des *Annales*, s'imposant au milieu des autres, n'avait pas pendant fort longtemps l'évidence des écoles arrivées; l'Allemagne,

⁹⁵ Th. W. ADORNO, H. ALBERT, R. DAHRENDORF, J. HABERMAS, H. PILOT, K. R. POPPER, *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* (Berlin-Neuwied 1969).

⁹⁶ Cf. J. MITTELSTRASS, ed., *Methodologische Probleme einer normativ-kritischen Gesellschaftstheorie* (Frankfurt am Main 1975).

⁹⁷ Ceci s'est fait bien entendu dans le milieu scientifique très particulier que forme pour les sciences humaines et en particulier pour l'histoire l'Allemagne de l'après-guerre. Sur ce contexte que nous ne pouvons décrire: W. CONZE, *Die deutsche Geschichtswissenschaft seit 1945. Bedingungen und Ergebnisse*, *Historische Zeitschrift* 225 (1977), 1-28 et W. J. MOMMSEN, *Gegenwärtige Tendenzen in der Geschichtsschreibung der Bundesrepublik*, *Geschichte und Gesellschaft* 7 (1981), 149-188 v. aussi G. HEYDEMANN, *Geschichtswissenschaft im geteilten Deutschland. Entwicklungsgeschichte, Organisationsstruktur, Funktionen, Theorie — und Methodenprobleme in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR* (Frankfurt-Bern-Cirencester 1980) et la bibliographie citée par lui, 251-261.

dont chaque après-guerre s'est en définitive soldée, de façon psychologiquement compréhensible, par une restauration des tendances anciennes, a reçu cette influence de façon brutale comme un choc dont les répercussions se font encore sentir⁹⁸.

Si elle l'a reçue tardivement cependant, elle nous paraît l'avoir parfaitement formalisée, en avoir efficacement tiré les conséquences et lui avoir même ajouté sa contribution propre⁹⁹.

A dire vrai d'ailleurs, elle ne faisait que retrouver avec elle, et affirmer désormais avec force, les tendances qui, après s'être fait jour au début du siècle — avec Weber et Lamprecht en particulier — avaient avorté en raison des événements politiques, restaurant la science historique dans ses traits les plus classiquement érudits — alors pourtant que l'histoire même de l'Allemagne devait susciter la volonté d'intervention des historiens.

Trois préoccupations majeures s'y manifestent en effet qui se résument assez bien dans les propositions suivantes:

⁹⁸ On discutera sans doute de l'ampleur voire même peut-être de l'existence de cette réception. Que l'influence des *Annales* ait été en Allemagne tardive et limitée — probablement parce qu'elle paraissait de prime abord à des observateurs superficiels développer des thèmes d'une *Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* qui y semblait bien connue — on en conviendra volontiers (G. G. IGGERS, *Die "Annales" und ihre Kritiker. Probleme moderner französischer Sozialgeschichte*, *Historische Zeitschrift* 219 (1974), 578). Mais, sans aucun doute, cette influence existe et s'est même accentuée au cours des dernières années (M. ERBE, *Zur neueren französischen Sozialgeschichtsforschung. Die Gruppe um die "Annales"* (Darmstadt 1979), 18-25, 130-135). Ses buts, ses structures institutionnelles, ses accomplissements scientifiques y sont désormais devenus familiers aux historiens (R. DEUTSCH, "La nouvelle histoire" — *Die Geschichte eines Erfolges*, *Historische Zeitschrift* 233 (1981), 107-129). Le renouveau de l'histoire des mentalités en particulier y a trouvé un réel écho (R. REICHARDT, *Compte rendu de: Contributions à l'Histoire des Mentalités de 1610 à nos jours*. Paris, Bibliothèque nationale 1978; *Iconographie et Histoire des Mentalités*. Paris, Editions du CNRS 1979, *Historische Zeitschrift* 232 (1981), 624-626). On pourrait citer enfin bien des exemples d'une historiographie qui s'inspire d'elle (H. BENDING ed., *Wege der neuen Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, *Geschichte und Gesellschaft* 6 (1980), f. 1).

⁹⁹ Si la réception de l'Ecole des *Annales* en Allemagne nous paraît un fait incontestable, par contre une précision doit être apportée qui effectivement paraît tendre à en limiter sensiblement la portée. C'est que cette réception a surtout été le fait de médiévistes et de modernistes; les contemporanéistes — dénonçant son désintérêt pour les problèmes de modernisation — s'étant souvent opposés, parfois violemment, à elle (ce fut le propos du professeur Groh dans sa leçon inaugurale). Plus même, les historiens engagés dans une pratique critique de l'historiographie, souvent marqués par les thèses de l'Ecole de Francfort (le professeur Wehler se réclame ouvertement de Horkheimer), ont eu tendance à voir dans cette réception un moyen pour l'Ecole traditionnelle de consolider ses positions sans changer fondamentalement sa façon d'envisager les problèmes. Il semblerait donc qu'il y ait là

- “— Ouvrir largement la science historique aux disciplines voisines, ...
- Placer au centre de la recherche les facteurs économiques et sociaux, ...
- Donner aux contemporains ... le moyen, par une analyse précise du passé, d'agir sur le présent¹⁰⁰”.

Ce à quoi il faut ajouter la construction de modèles théoriques qui font, nous semble-t-il, naturellement le lien entre les deux premières et la troisième proposition mais sont assez violemment contestés par plusieurs historiens.

Si l'historiographie allemande a reçu les instruments des *Annales*, en raison du fait que le destin tragique de l'Allemagne depuis cent ans y rendait impossible de se limiter à une pratique étroitement *scientifique* de l'histoire, elle les a donc réinscrits dans une perspective d'action.

En fait d'ailleurs ce sont deux ouvrages surtout qui ont exercé, au début des années 1970, une influence décisive: celui de Wehler, pronant une histoire science sociale¹⁰¹, et celui de Groh, revendiquant une science historique critique dans une perspective émancipatrice¹⁰².

Ces thèses ont été rapidement propagées parmi les chercheurs du fait de la fondation en 1975 de la revue *Geschichte und Gesellschaft* par J. Kocka, W. J. Mommsen et H. U. Wehler¹⁰³ et de la publication de 1977 à 1979 des trois volumes de *Theorie der Geschichte. Beiträge zur Historik* édités en particulier par R. Koselleck, K. G. Faber, J. Kocka et W. J. Mommsen¹⁰⁴.

quelque chose d'irréductible, divisant les historiens et s'opposant définitivement à une convergence des points de vue. Mais il n'en reste pas moins qu'au delà de ces controverses, malgré l'apparence irréconciliable des arguments en présence, les thèses vraiment utiles à un progrès de la science finissant toujours par s'imposer, au moins au niveau de leur plus grande généralité, dans la situation actuelle, telle qu'on peut l'observer de l'étranger c'est à dire dans sa direction d'ensemble, une *neue Sozialgeschichte* intégrant les apports de ces deux Ecoles a bien émergé dans l'historiographie allemande.

¹⁰⁰ J. DROZ, *Histoire d'Allemagne (1789-1918)*, Revue historique 253 (1973), 224.

¹⁰¹ H.-U. WEHLER, *Geschichte als historische Sozialwissenschaft* (Frankfurt am Main 1973).

¹⁰² D. GROH, *Kritische Geschichtswissenschaft in emanzipatorischer Ansicht. Ueberlegungen zur Geschichtswissenschaft als Sozialwissenschaft* (Stuttgart 1973).

¹⁰³ L'introduction de la revue (consignée par ses éditeurs) est particulièrement nette à cet égard qui assigne à l'histoire une fonction émancipatrice et critique pour le présent. *Geschichte und Gesellschaft* 1 (1975), 7.

¹⁰⁴ (München 1977-1979), 3 vol.

Il y a là en définitive une reformulation allemande de la leçon des *Annales*, renouant avec certaines tendances passées de sa science historique.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que ces idées se retrouvent chez les historiens du droit.

Reste enfin que si l'Allemagne a pu appréhender les tendances à l'oeuvre dans l'histoire du droit, c'est aussi sans aucun doute en raison de la plus grande facilité qu'elle avait de les nommer. La base philosophique constamment donnée en Allemagne à la pratique historiographique, la volonté d'y formaliser les écoles pour les connaître dans le mouvement scientifique, fournissaient en effet un langage apte à formuler parfaitement les mutations en cours. C'est cette tradition qui a permis la prise de conscience du véritable enjeu du débat méthodologique.

Dès lors que l'on disposait de l'outil adéquat, il était facile en effet de définir le changement paradigmatique de l'histoire du droit comme le passage d'une *Geisteswissenschaft* – idiographique – à une *Sozialwissenschaft* – nomothétique – alors que l'usage en France des termes sciences humaines et sciences sociales de façon à peu près indifférenciée ne permet pas d'en rendre compte aussi nettement¹⁰⁵.

Ainsi l'Allemagne disposait en définitive de trois atouts: sa volonté, issue de l'histoire, d'agir sur le présent; le traditionalisme jusqu'à une date récente de sa science historique aboutissant à un bouleversement rapide des perspectives; la force enfin de sa réflexion épistémologique favorisant l'appréhension des changements en cours dans ce domaine. Ce sont là, croyons-nous, des éléments qui expliquent le sens de ses progrès.

Maintenant, pourquoi cela s'est-il fait pour une large part dans le cadre de l'Institut Max Planck pour l'histoire européenne du droit?

On pourrait invoquer la proximité de l'*Institut für Sozialforschung*, dont il est peu d'étudiants ou d'enseignants à l'Université de Francfort dans les années 60 et 70 qui n'aient reçu quelque influence au moins au niveau des idées directrices. C'est évident, nous semble-t-il, chez le professeur Simon et le docteur Scholz. Mais encore qu'il ne faille pas sous-estimer ce genre d'influence, consciente ou inconsciente, qui tient à l'immersion dans un milieu

¹⁰⁵ Cf. J.-M. SCHOLZ, qui exprime son projet comme une inscription nomothétique de l'histoire du droit *konträr deutscher Tradition mit ihrer Definition der idiographisch-verstehenden Geisteswissenschaften und einer Verabsolutierung hermeneutischer Verfahren. Vorstudien zur Rechtshistorik* 48.

intellectuel donné, elle ne nous paraît pas cependant déterminante.

Plus important, mais à notre sens pas fondamental, est le fait que l'Institut possède plusieurs caractères spécifiques évidents: un aspect national et non plus local comme l'est une faculté; une pensée fondatrice très large lui assignant un champ d'action particulièrement vaste; des moyens importants enfin ce qui est sans doute décisif.

L'essentiel cependant nous paraît être sa marginalité par rapport au système universitaire allemand¹⁰⁶, qui devait nécessairement amener, par une réceptivité particulièrement accusée aux recherches non juridiques et non allemandes et d'une manière générale aux milieux scientifiques étrangers à l'histoire du droit, la nouveauté de la pensée.

Sans doute n'entraînent-ils pas dans les intentions du professeur Genzmer qui l'a conçu et du professeur Coing qui l'a créé de fixer au dehors de l'institution un lieu de dissidence destiné en quelque sorte à élaborer une autre histoire du droit. Mais d'une certaine manière cela était inhérent à sa nature même. En le concevant on a créé par définition un espace où s'inscrit au delà du but de ses fondateurs un lieu privilégié pour la pensée novatrice.

Dès lors en effet qu'on crée un espace de ce type en face du système on attire tous ceux qui ne se sentent pas à l'aise dans ce système et veulent mettre en oeuvre une autre pratique. Rien d'étonnant donc à ce que les tendances progressistes éclosent dans ces lieux marginaux où l'on peut réfléchir hors des normes.

On peut enfin se demander pourquoi cette formalisation d'une autre histoire du droit s'est faite aujourd'hui et non plus tôt. Car en définitive, si l'on y réfléchit bien, les thèses centrales de cette réflexion ont été posées, en Allemagne comme en France, dès les années 1930.

Les raisons en sont évidemment multiples. Nous en voyons pour notre part au moins trois.

D'abord le contrecoup des événements politiques qui ont immédiatement suivi la formulation de leur programme. A peine l'École de Francfort avait-elle esquissé les grands traits de sa réflexion qu'elle devait émigrer. Les *Annales* s'étaient elles aussi à peine constituées qu'elles étaient dispersées et décimées. C'est après bien des vicissitudes qu'elles devaient enfin s'établir solidement. Avec le retour d'exil et la réintégration dans l'université allemande des

¹⁰⁶ Marginal par rapport à ce système, c'est à dire bien plus marginal qu'il ne le serait en France.

membres de la première. Avec la création de la sixième section de l'École des hautes études et la parution des *Annales* sous leur forme actuelle pour la seconde.

Ensuite le fait que la diffusion d'une pensée, comme l'institutionnalisation d'une recherche, se fait toujours lentement. Elle ne fait sa place que progressivement et le consensus ne vient que tardivement.

Enfin, alors que l'École de Francfort s'inscrit déjà dans l'histoire¹⁰⁷, cette évidence que la théorisation de la problématique nouvelle de l'historiographie — et c'est bien sûr un signe de plénitude mais aussi de vieillissement que ce bilan — date du milieu des années soixante — dix seulement. Les grandes sommes qui tentent d'en faire le tour ont paru en définitive tout récemment: *Faire de l'histoire*¹⁰⁸ en 1974, *La nouvelle histoire*¹⁰⁹ en 1978 et leur équivalent allemand, *Theorie der Geschichte*, de 1977 à 1979.

Dès lors, c'est à une date relativement récente que ces tendances, désormais bien assises, pouvaient réagir sur l'histoire du droit autrement que de façon très marginale.

S'il fallait pour conclure résumer d'un mot notre pensée, nous dirions que la force de la tradition de l'histoire du droit en Allemagne, renouvelée voire bouleversée par les récents progrès méthodologiques de l'histoire — et en particulier de l'École des *Annales* — mais aussi de l'ensemble des sciences sociales, stimulée par la propagation, au niveau de leur plus grande généralité, des interrogations de l'École de Francfort qui lui a permis d'approfondir sa problématique, est en train, sous nos yeux, de permettre l'élaboration d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit — mais que si son programme se précise désormais nous ne sommes cependant qu'à l'orée du processus constitutif de ce paradigme.

Or l'analyse paradigmatique des systèmes de pensée montre que si nous ne sommes pas maîtres de l'évolution paradigmatique elle-même non plus que de l'avancée successive de ses différentes phases, chacun de nous détient le pouvoir, en pesant dans un sens ou dans un autre, sinon d'assurer en quelque sorte la victoire de l'un des paradigmes possibles — car celle-ci est largement déterminée par notre place dans le mouvement scientifique — du moins,

¹⁰⁷ C'est très évident dans la problématique de l'ouvrage de M. JAY, *The Dialectical Imagination* (London 1973) comme dans la publication d'éditions complètes des œuvres de Horkheimer et Adorno voire de morceaux choisis des principaux textes des membres de l'École.

¹⁰⁸ J. LE GOFF et P. NORA eds., *Faire de l'histoire* (Paris 1974), 3 vol.

¹⁰⁹ J. LE GOFF, R. CHARTIER et J. REVEL eds., *La nouvelle histoire* (Paris 1978).

au moment où se fixent ses traits essentiels, d'influencer dans certaines limites l'orientation du consensus final. De ce fait elle met en évidence la profonde nécessité de réfléchir et de combattre et doit nous inciter, quelle que soit notre place dans la hiérarchie des responsabilités, à faire connaître les idées qui nous paraissent justes.

IX

Essayons donc maintenant de dire ce qui, à notre sens, peut favoriser l'avènement d'un consensus. Pour cela il importe d'abord — puisque nous nous situons au sein d'un processus dialectique où la réflexion doit nécessairement s'inscrire comme une nouvelle étape par rapport au passé — de rappeler les thèmes d'une mise en cause déjà ancienne de l'histoire du droit puis les solutions qui ont été préconisées et leurs conséquences.

Sur la critique de l'histoire du droit autrefois pratiquée, l'accord aujourd'hui se fait sans difficulté. Les défauts, les insuffisances et les lacunes qui lui sont reprochés — d'ailleurs perçus bien plus tôt qu'on n'a coutume de le penser¹¹⁰ — sont connus. Ils peuvent se résumer à ceci que, discipline close sur elle-même parce que protégée à la fois par une rigide partition disciplinaire et la conviction de l'autosuffisance de sa méthode, l'histoire du droit a tendu — à une analyse purement interne de la règle juridique envisagée sans lien avec son milieu¹¹¹.

Cette critique a motivé par réaction une distanciation radicale par rapport à une historiographie purement dogmatique, dans laquelle le formalisme tuait la vie dont le droit est porteur. Le sentiment de frustration de plus en plus profondément ressenti qu'elle avait fait naître a conduit à la volonté de dépasser une orientation jugée sclérosante et de lui substituer une conception à la fois ouverte, flexible et totale de l'histoire du droit.

¹¹⁰ Il n'est à peu près rien dans ce domaine qui n'ait été dit en France et de façon magistrale, par le doyen Le Bras dès les débuts des *Annales*. Cf. dès 1930, à propos de Maitland, sa revendication pour l'histoire du droit du *sens de la vie*. G. LE BRAS, *Le sens de la vie dans l'histoire du droit: l'oeuvre de F. W. Maitland*, *Annales d'histoire économique et sociale* 2 (1930), 387.

¹¹¹ Sur cette attitude et la critique qu'elle a provoquée le cas de l'Espagne, du fait de la vivacité de l'affrontement des positions, est particulièrement révélateur. M. et J. L. PESET, *Vicens Vives y la historiografía del derecho en España*, in J.-M. SCHOLZ ed., *Vorstudien zur Rechtshistorik* (Frankfurt am Main 1977), 235-240.

Dans cette perspective générale, le refus de l'isolement a amené à récuser les frontières entre disciplines au profit d'une réelle disponibilité à une expérience pluri ou à tout le moins interdisciplinaire; l'insatisfaction devant l'unicité d'une méthode purement juridique censée se suffire à elle-même a conduit au rejet de toute méthodologie prédéterminée par un modèle omniexplicatif au profit d'une pluralité d'inspirations; l'insuffisante historicité de l'histoire du droit enfin a motivé la réappropriation de l'histoire et, plus encore peut-être, la revendication par elle d'une place dans une histoire de la totalité¹¹².

Dans sa volonté d'une ouverture et d'une affirmation nouvelle de la dimension historique de l'histoire du droit, cette tendance devait bien entendu rencontrer l'École des *Annales* qui, bien plus tôt, partant de la même insatisfaction, porteuse de la même aspiration, avait commencé à constituer, sur les mêmes bases à la fois critiques et théoriques, son propre paradigme. De fait, après plusieurs occasions manquées, la conjonction des démarches a abouti à une tardive rencontre. D'où l'utilisation des *Annales* sur le terrain de l'histoire du droit, avec pour conséquences de sa réinsertion dans le domaine de l'histoire l'ouverture d'un nouveau champ d'action et l'adoption de méthodes constituant un réel progrès — mais aussi une tendance à identifier l'histoire à l'histoire économique et sociale, à s'en tenir à une position essentiellement quantificatrice et en définitive à ne plus voir dans l'institution qu'un pur objet d'histoire.

La récente réception dans l'histoire du droit des progrès de la nouvelle histoire n'est donc pas allé sans avoir son revers. Aussi bien en effet, si elle a tous les avantages des *Annales*, elle en a aussi tous les inconvénients. Surtout, la volonté de s'inspirer de sa démarche — assimilée au progrès — a conduit à s'appropriier l'ensemble d'une approche particulièrement dangereuse pour notre discipline.

Sans doute apercevra-t-on clairement un jour que le progrès réalisé par l'historiographie sous l'influence des *Annales* s'est payé somme toute assez cher. Mais il n'est pas dans notre intention de le montrer ici. Ce que nous voudrions simplement, c'est voir en quoi l'orientation actuelle de l'historiographie juridique sous l'influence des *Annales* mutile en quelque sorte notre discipline; en quoi en

¹¹² Ceci nous paraît parfaitement exprimé par le professeur P. COSTA, dans son compte rendu de *Vorstudien zur Rechtshistorik* (a cura di Johannes-Michael Scholz, Frankfurt a. M. Klostermann, 1977). Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 7 (1978), 508-516 notamment 511.

définitive l'histoire du droit, si elle redécouvre certaines perspectives, peut contribuer à compléter le paradigme des *Annales*.

Pour le montrer, la mise en évidence de certains traits de l'École des *Annales* est cependant nécessaire; qui ont eu des répercussions directes sur le devenir de l'histoire des institutions.

Dans ce constat de ce que nous appelons la *dimension manquante* du paradigme des *Annales*, il importe de distinguer des lacunes de deux ordres:

— ce qui figurait au programme de l'École des *Annales* mais, dans le cadre d'une évolution très sensiblement réductrice de ses perspectives premières, est tombé au fil des ans en déshérence; non pas par hasard, mais comme conséquence de sa méthode, parce que cela s'accordait mal avec ses choix initiaux. C'est évidemment le cas de l'histoire des mentalités, histoire qualitative qui trouvait mal sa place dans un mouvement essentiellement tourné vers l'histoire sérielle¹¹³.

— ce qui surtout a été — volontairement — oublié par le programme de l'École des *Annales*, parce qu'elle le rejetait; dont le plus parfait exemple est le désaveu de l'histoire politique, intimement liée, selon elle, à histoire événementielle — élitiste, narrative et idéologique¹¹⁴. C'est là évidemment ce qui nous concerne au premier chef.

L'origine de la pensée des *Annales* sur ce point est connue, et bien mieux encore depuis la commémoration de leur cinquantenaire. C'est une réaction de ses fondateurs contre les défauts, très évidents,

¹¹³ L'histoire des mentalités en effet fut très présente aux origines des *Annales* dont les fondateurs, voyant dans la *mentalité* [le] *noeud de toute explication en histoire*, estimaient qu'elle devait tenir dans leur projet une place centrale. Il n'y a là d'ailleurs, nous semble-t-il, que la conséquence directe de leur volonté de traiter les faits humains comme des faits psychologiques. S'il ne fait pas de doute qu'elle figurait au programme de Bloch et Febvre, qui en ont donné des exemples convaincants, elle a cependant presque complètement disparu par la suite au profit de l'histoire économique et sociale au sens le plus étroit du terme — sans aucun doute parce qu'infiniment plus difficile à mettre en oeuvre — avant de renaître à une époque récente.

¹¹⁴ Les griefs qu'elles ont fait valoir dans ce procès sont connus: *L'histoire politique est psychologique, et ignore les conditionnements; elle est élitiste, voire biographique, et ignore la société globale et les masses qui la composent; elle est qualitative et ignore le sériel; elle vise le particulier et ignore la comparaison; elle est narrative et ignore l'analyse; elle est idéaliste et ignore le matériel; elle est idéologique et n'a pas conscience de l'être; elle est partielle et ne le sait pas davantage; elle s'attache au conscient et ignore l'inconscient; elle est ponctuelle et ignore la longue durée; en un mot, car ce mot résume tout dans le jargon des historiens, elle est événementielle.* J. JULLIARD, *La politique*, in J. Le Goll et P. Nora eds., *Faire de l'histoire*, II (Paris 1974), 229.

définitive l'histoire du droit, si elle redécouvre certaines perspectives, peut contribuer à compléter le paradigme des *Annales*.

Pour le montrer, la mise en évidence de certains traits de l'École des *Annales* est cependant nécessaire; qui ont eu des répercussions directes sur le devenir de l'histoire des institutions.

Dans ce constat de ce que nous appelons la *dimension manquante* du paradigme des *Annales*, il importe de distinguer des lacunes de deux ordres:

— ce qui figurait au programme de l'École des *Annales* mais, dans le cadre d'une évolution très sensiblement réductrice de ses perspectives premières, est tombé au fil des ans en déshérence; non pas par hasard, mais comme conséquence de sa méthode, parce que cela s'accordait mal avec ses choix initiaux. C'est évidemment le cas de l'histoire des mentalités, histoire qualitative qui trouvait mal sa place dans un mouvement essentiellement tourné vers l'histoire sérielle¹¹³.

— ce qui surtout a été — volontairement — oublié par le programme de l'École des *Annales*, parce qu'elle le rejetait; dont le plus parfait exemple est le désaveu de l'histoire politique, intimement liée, selon elle, à histoire événementielle — élitiste, narrative et idéologique¹¹⁴. C'est là évidemment ce qui nous concerne au premier chef.

L'origine de la pensée des *Annales* sur ce point est connue, et bien mieux encore depuis la commémoration de leur cinquantenaire. C'est une réaction de ses fondateurs contre les défauts, très évidents,

¹¹³ L'histoire des mentalités en effet fut très présente aux origines des *Annales* dont les fondateurs, voyant dans la *mentalité* [le] *noeud de toute explication en histoire*, estimaient qu'elle devait tenir dans leur projet une place centrale. Il n'y a là d'ailleurs, nous semble-t-il, que la conséquence directe de leur volonté de traiter les faits humains comme des faits psychologiques. S'il ne fait pas de doute qu'elle figurait au programme de Bloch et Febvre, qui en ont donné des exemples convaincants, elle a cependant presque complètement disparu par la suite au profit de l'histoire économique et sociale au sens le plus étroit du terme — sans aucun doute parce qu'infiniment plus difficile à mettre en oeuvre — avant de renaître à une époque récente.

¹¹⁴ Les griefs qu'elles ont fait valoir dans ce procès sont connus: *L'histoire politique est psychologique, et ignore les conditionnements; elle est élitiste, voire biographique, et ignore la société globale et les masses qui la composent; elle est qualitative et ignore le sériel; elle vise le particulier et ignore la comparaison; elle est narrative et ignore l'analyse; elle est idéaliste et ignore le matériel; elle est idéologique et n'a pas conscience de l'être; elle est partielle et ne le sait pas davantage; elle s'attache au conscient et ignore l'inconscient; elle est ponctuelle et ignore la longue durée; en un mot, car ce mot résume tout dans le jargon des historiens, elle est événementielle.* J. JULLIARD, *La politique*, in J. Le Goll et P. Nora eds., *Faire de l'histoire*, II (Paris 1974), 229.

d'une Ecole qu'ils connaissaient bien, l'Ecole *positiviste*¹¹⁵, celle de leurs maîtres du début du siècle¹¹⁶. Sans aucun doute elle se justifiait¹¹⁷. Mais, s'agissant de fonder une revue d'histoire économique et sociale sur le modèle de la *Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*¹¹⁸, qui a donné naissance à une Ecole de même orientation, on a fini par identifier cette forme d'histoire à l'histoire tout court. De ce fait il en est résulté un véritable effondrement¹¹⁹ de l'histoire politique, victime de sa solidarité de fait avec les formes les plus traditionnelles de l'historiographie¹²⁰ — et, à sa suite, de l'histoire institutionnelle.

De façon curieuse en effet, Febvre et Bloch — qui n'étaient pas spécialistes de ces questions — assimilèrent à l'histoire politique — à l'évidence, au moins alors, largement événementielle — l'histoire des institutions¹²¹, pourtant la plus structurale peut-être de toutes — avec celle de la langue — puisque le passé s'y inscrit, toujours présent, survivant aux conditions économiques et sociales qui l'ont fait naître.

Cependant, même après avoir procédé à cette assimilation abusive qui semblait l'exclure définitivement de leur champ d'intérêt, on ne saurait dire que les *Annales* naissantes aient totalement ignoré le problème du droit¹²².

¹¹⁵ Les guillemets nous paraissent s'imposer pour une école qui, sous le couvert de l'objectivité scientifique, a peut-être été la plus créatrice de mythes que la France ait jamais connu.

¹¹⁶ Ou pour mieux dire de Langlois et Seignobos, tenus pour quantité négligeable (L. FEBVRE, *Ni histoire à thèse ni histoire-manuel. Entre Bendas et Seignobos*, Revue de synthèse 5 (1933), 87-98 et in *Combats pour l'histoire* (Paris 1953), 215-236 v. aussi *Thèses d'histoire*, Annales d'histoire économique et sociale 7 (1935), 503), voire objet de leurs sarcasmes (M. BLOCH, Lettre à Lucien Febvre, Annales d'histoire sociale 1 (1945), 31).

¹¹⁷ Qu'ils aient cependant accentué jusqu'à l'excès certains traits de l'historiographie qu'ils dénonçaient, justement pour mieux la révoquer, cela est évident. Cf. A. PIGANIOL, *Qu'est-ce que l'histoire?*, Revue de métaphysique et de morale (1955), 225-247.

¹¹⁸ Surtout d'ailleurs, à l'origine, d'histoire économique — ce qui sera lourd de conséquences. Febvre écrivait peu après sa fondation qu'il avait voulu créer un nouvel organe parmi les périodiques d'histoire économique... pour combattre... une certaine façon de concevoir et de faire de l'histoire économique. L. FEBVRE, *De l'histoire tableau: Essais de critique constructive*, Annales d'histoire économique et sociale 5 (1933), 267.

¹¹⁹ B. BARRET-KRIEDEL, *L'Etat et les esclaves* (Paris 1979), 22.

¹²⁰ J. JULLIARD, *La politique*, 229.

¹²¹ Bloch utilise indifféremment les expressions *événements politiques* et *institutions* où il voit des synonymes. M. BLOCH, *La vie d'un droit*, Annales d'histoire économique et sociale 6 (1934), 312.

¹²² Par contre il est évident qu'elles ont entièrement ignoré l'Etat. En conséquence l'Etat, dans les *Annales* naissantes, c'est uniquement l'Etat antique. laissé à Gernet et Piganiol.

Si Febvre semble être resté assez imperméable à ces préoccupations, la finesse d'esprit de Bloch lui a permis, grâce en particulier à son échange avec Le Bras, d'entrevoir ce que pourrait être une histoire du droit inscrite dans de nouvelles perspectives.

Deux considérations l'y mènent: l'une théorique, conséquence de sa démarche générale; l'autre pratique, issue de ses recherches propres.

Il s'agit d'abord pour lui de mettre en œuvre cette histoire totale — qui ne connaît pas de frontières disciplinaires puisqu'elle veut révéler l'activité humaine dans l'ensemble de ses composantes mais en l'appréhendant comme un tout — que la nouvelle revue s'est donnée pour but.

Ennemis de toute cloison étanche, écrit-il, nous n'avons ici jamais cessé de déplorer le divorce qui, par une pente trop naturelle de l'esprit, tend presque constamment à s'établir entre l'étude des faits d'économie et celle de leur forme juridique¹²³.

Surtout, plus concrètement, il est fasciné par la fait que ces documents singulièrement austères sur lesquels travaillent les juristes se révèlent aussitôt qu'on se donne la peine d'y regarder de plus près, entre tous vivants et chargés d'enseignements multiples. D'où l'idée que l'histoire de la structure sociale et, peut-être plus encore, celle de l'économie doivent y trouver un très large profit¹²⁴.

En conséquence il voudra mettre l'histoire du droit au service de l'histoire économique et sociale.

Dès lors, son but sera d'aider les historiens français du droit à prendre conscience de la nécessité de cette orientation. Dénonçant le caractère abstrait de leurs études¹²⁵, il les engage à introduire dans leurs recherches le sens à la fois du mouvement et du concret¹²⁶, pronant, pour y parvenir, un modèle anglais d'historiographie: celui de Maitland¹²⁷.

¹²³ M. B.[LOCH], *Un grand historien du droit*, Annales d'histoire économique et sociale 10 (1938), 139.

¹²⁴ M. BLOCH, *Un témoignage judiciaire sur l'économie et la vie sociale*, Annales d'histoire sociale 1 (1939), 451-452.

¹²⁵ M. B.[LOCH], *La sociologie et le passé du droit*, Annales d'histoire économique et sociale 8 (1936), 458.

¹²⁶ M. BLOCH, *La vie d'un droit*, 312.

¹²⁷ Bloch cependant, faute d'une connaissance suffisante de ces problèmes, n'ira pas plus loin dans la définition d'une méthode; laissant à d'autres, plus qualifiés pour le faire, le soin de tirer les conséquences pratiques de cette prise de position théorique. Cf. G. LE BRAS, *Le sens de la vie dans l'histoire du droit: l'oeuvre de F. W. Maitland*, Annales d'histoire économique et sociale 2 (1930), 387-404 et Ch.-E. PERRIN, *Une oeuvre et un exemple: les "reliquiae" de Heinrich Brunner*, Annales d'histoire économique et sociale 5 (1933), 299-301.

Accentuant sans cesse cette leçon, il en vient d'ailleurs très vite, dépassant son idée originelle d'un échange entre disciplines, à ne plus solliciter dans l'histoire des institutions que ce qui peut intéresser l'historien, à ne plus voir dans l'histoire du droit que ce qui est ou peut être histoire économique et sociale. Le but dès lors est dépassé, qui ne fait plus du document juridique qu'un objet purement historique. La démarche débouche directement sur la résorption de l'histoire du droit dans l'histoire sociale.

De fait, en 1938, il conclut de façon caractéristique un article sur Maitland en s'écriant: *l'histoire du droit est-elle autre chose qu'un chapitre, prodigieusement vivant, d'histoire sociale?*¹²⁸.

La désaffection marquée pour l'institution n'est donc, aux *Annales*, que la conséquence d'une réaction contre l'histoire *politique* pratiquée par ses prédécesseurs au moyen d'une histoire économique et sociale des masses inscrite dans la durée. Néanmoins la conséquence — à savoir qu'elle a complètement détourné des générations de ce domaine, — avec ce qu'elle a de tragique pour notre discipline, est là. Les *Annales* ont laissé l'histoire institutionnelle en friche. Il en est résulté très exactement ce qu'il faut éviter. D'un côté des chercheurs, désireux de bien faire selon les canons d'une historiographie renouvelée, abandonnant allègrement ce champ de recherche, puisque par définition ce ne pouvait être qu'un domaine mineur, arriéré, à éviter en tout cas; de l'autre des historiens ou des juristes d'ancienne école, pratiquant une histoire des institutions solide mais vieillie.

Il est étonnant que récusant le positivisme, ses perspectives étroites et faussement sûres, et prônant une histoire orientée vers la compréhension du présent, les *Annales* n'aient pas par ailleurs débouché sur une pratique vraiment critique de l'histoire. Et pourtant tel est bien le cas.

Si Lucien Febvre écrivait: *Entre le présent et le passé, point de cloison étanche: c'est l'antienne des Annales*¹²⁹, on ne peut pas

¹²⁸ M. B.[LOCH], *Un grand historien du droit*, 138.

¹²⁹ L. FEBVRE, *De l'histoire-tableau: Essai de critique constructive*, 281. L'idée est d'aller sans cesse du présent au passé et du passé au présent. Marc Bloch y reviendra souvent, *je ne saurais me refuser le plaisir*, écrit-il en redant compte d'au seuil de notre histoire de Camille Jullian, *de citer les quelques lignes où M^r Jullian invite l'historien à se souvenir qu'il ne doit pas s'absorber dans le passé, car'il ne le comprendra pas, s'il ne lève aussi les yeux pour voir, auprès de lui, comment vivent les autres hommes...* *Qu'il nous soit permis de le dire, c'est le programme même des Annales.* M. BLOCH, *Un enseignement: M^r Camille Jullian au Collège de France*, *Annales d'histoire économique et sociale* 2 (1930), 562. L'année suivante, à propos de l'ouvrage de Hauser, *Les origines historiques des problèmes éco-*

dire cependant qu'après 1945 au moins cette perspective soit vraiment entrée dans les faits.

Par la suite, le recours marqué à la longue durée sous l'influence de Fernand Braudel a encore accentué cette tendance. En privilégiant les structures au détriment du mouvement de la société elle a abouti à une histoire immobile et à une historiographie immobiliste¹³⁰.

De ce fait il n'y a pas en définitive aux *Annales* de véritable visée, en l'étudiant dans l'histoire, de contribuer au changement social¹³¹.

Enfin il semble bien que les *Annales* n'aient connu l'histoire de l'historiographie que dans un but pratique, immédiat: récuser ses prédécesseurs et écrire sa propre histoire¹³². Sans doute ne voyait-elle là qu'un genre vieilli, sans intérêt, sans perspectives réelles. Or l'étude de l'historiographie est l'autre face de la recherche méthodologique ou plutôt doit l'être comme l'histoire institutionnelle doit aller avec l'histoire économique et sociale, comme l'histoire sérielle doit s'accompagner d'une histoire des mentalités. Ce sont des démarches qui n'ont de valeur voire même de sens qu'associées. Il fallait à l'évidence ne pas pratiquer l'une en ignorant l'autre.

Ces multiples désaffections se sont progressivement cumulées jusqu'à évacuer à peu près totalement de l'histoire tout ce qui n'était pas compris dans un programme somme toute limité — au moins dans sa pratique.

Or cela est d'autant plus grave qu'entretiens l'École des *Annales*, semblant incarner toutes les aspirations de l'histoire nouvelle, s'est acquis peu à peu une position incontestée, ralliant à ses thèses la plupart des chercheurs. De ce fait il a tendu à s'établir,

nomiques actuels, il écrit encore: *Liens profonds du passé et du présent impossibilité de les comprendre, l'un sans l'autre... on a reconnu l'idée même qui... préside à nos Annales*. M. BLOCH, *Le passé explication du présent*, *Annales d'histoire économique et sociale* 3 (1931), 312.

¹³⁰ Sur les raisons de l'absence d'une théorie du changement social aux *Annales* — qui en fait tiendraient à la difficulté d'une réelle coopération avec les autres sciences sociales. Cf. BRAUDEL, *Discussion in The Impact of the Annales School on the Social Sciences*, *Review* 1 (1978), 257-258.

¹³¹ Sur ce qui serait l'impossibilité même de toute théorie du changement social. Cf. REVEL, *Discussion*, 52 et 257.

¹³² Cf. cependant M. BLOCH, *L'histoire de l'histoire*, *Annales d'histoire économique et sociale* 8 (1936), 458; mais c'est l'exception. A propos de l'ouvrage de Fustier, Bloch notait avec beaucoup de justesse qu' *il a ses défauts, — dont le plus grave sans doute est d'avoir prétendu établir entre 'l'historiographie' et la recherche historique, un schisme si arbitraire qu'à l'expérience il s'est révélé impraticable.*

non pas au centre où continuait à prévaloir l'imagination qui est la véritable érudition mais aux extrémités, chez ceux qui recevaient le message, une sorte de *vulgate*¹³³ de son projet d'histoire ramenant la multiplicité de ses interrogations à quelques propositions commodes perçues comme autant de canons à accepter tels quels, à appliquer de façon mécanique, à imiter sans critique. Au centre même, il semble bien d'ailleurs qu'un danger du même ordre menace à l'heure actuelle les *Annales*, victimes en quelque sorte de leur succès: celui de l'immobilisme. Il est difficile en effet, comme le notait Fernand Braudel lui-même, d'être novateur quand on est devenu en quelque sorte orthodoxe¹³⁴.

En conséquence la recherche historique s'est trouvé déserté deux champs d'action où elle a beaucoup à faire: l'Etat, engagé aujourd'hui dans un processus de mutation accélérée de ses activités du fait des pressions de plus en plus fortes auxquelles il est soumis en vue d'un accroissement constant de ses interventions¹³⁵, et la communication qui peu à peu tend à absorber la société même. Et cela alors que l'histoire, sauf à se cantonner dans un pur discours érudit loin des réalités de son temps, doit à l'évidence être pensée pour une société où l'Etat ne disparaît que pour mieux renaître et dont l'essentiel du progrès se fait au niveau de la communication ou par elle.

Il faut donc avoir conscience de ce fait qu'en s'appropriant les paradigmes des *Annales* l'histoire du droit reçoit un modèle d'historiographie qui a fait ses preuves mais qui comporte son revers. Il s'agit en effet d'une pensée vieillie parce qu'intimement liée au milieu intellectuel de l'époque qui l'a vu naître; lacunaire parce qu'ignorant certains secteurs de la recherche historique et minimisant certaines problématiques et figée parce que progressivement moulée dans un programme qui a l'avantage de la clarté mais restreint sensiblement la perspective de départ. La caution de l'ordinateur lui donne un visage éminemment actuel; mais n'a rien à voir avec l'esprit qui l'anime, qui n'est plus en prise directe sur le présent. En conséquence, c'est un modèle déjà achevé, certes tout prêt à être imité, mais ce n'est pas le sens des recherches actuelles; la

¹³³ A. BURGUIÈRE, *Histoire d'une histoire: la naissance des Annales*, *Annales. Economies, sociétés, civilisations* 34 (1979), 1348.

¹³⁴ F. BRAUDEL, *En guise de conclusion*, 250.

¹³⁵ Et cela quel que soit le type de gouvernement, et bien qu'on s'en défende. C'est vrai, bien entendu, de l'économie; mais pensons aussi, par exemple, dans nos sociétés occidentales, à la démographie. D'où le renforcement constant, imparable de la bureaucratie secrétant l'Etat.

pensée active n'est pas là¹³⁶. A côté de lui en effet des tendances nouvelles commencent à se développer, à réinvestir le champ des problèmes, à questionner, à ébranler. A leur suite il faut donc aller plus loin et redécouvrir la dimension manquante du paradigme des *Annales*.

De façon prévisible en effet, le sentiment de ce qu'avait de dangereux la mise à l'écart d'une partie aussi importante du champ de l'histoire, la nécessité d'une analyse poussée en profondeur en fonction des objectifs présents, a abouti à une redécouverte.

Cette démarche a amené la réappropriation, à une époque récente, d'aspects laissés de côté par les *Annales*, esquissant une historiographie post-Annaliste renouant à certains égards avec les thèmes de l'historiographie pré-Annaliste. Ce qui n'est pas un hasard.

Il n'y a là d'ailleurs qu'une avancée normale de l'historiographie¹³⁷. Les *Annales* en effet ont mis en œuvre une histoire pour les années trente, conçue pour la société industrielle dont le destin alors était incertain¹³⁸. Or nous ne vivons plus déjà dans ce monde là. Notre avenir s'avance, à l'évidence, porté non plus par l'agriculture ou l'industrie mais par ces vecteurs actuels du progrès que sont la biologie et la communication; il s'arrache de ce fait aux structures de production et ne fait plus de place qu'à un seul produit: l'intelligence. Une autre historiographie devait donc naître.

C'était là une recherche d'autant plus difficile qu'elle s'écartait d'un cadre qui de plus en plus s'impose à la quasi-totalité des historiens occidentaux comme la référence absolue; mais si urgente, en raison du fait qu'il n'était plus possible de pratiquer une historiographie qui s'écrit comme si l'histoire n'avait pas évolué depuis cinquante ans, qu'elle devait nécessairement aboutir¹³⁹.

¹³⁶ Alors que l'*Apologie pour l'histoire* de Marc Bloch (1949), les *Combats pour l'histoire* de Lucien Febvre (1953), les *Ecrits sur l'histoire* de Fernand Braudel (1967) et le *Territoire de l'historien* d'Emmanuel Le Roy Ladurie (1973-1978), étaient des écrits programmatiques, *Faire de l'histoire* (1974), oscille sans cesse entre le programme et le bilan, cependant que *La nouvelle histoire* (1978), est purement et simplement un bilan.

¹³⁷ Cf. M. DE CERTEAU, *L'opération historique*, in J. Le Goff et P. Nora ed., *Faire de l'histoire*, 1 (Paris 1974), 12-13.

¹³⁸ S'adressant à Lucien Febvre à l'occasion de son 75^e anniversaire, Georges Friedmann, revenant sur le passé, mettait ce point particulièrement bien en évidence. G. FRIEDMANN, *Lucien Febvre toujours vivant*, *Annales. Economies, société, civilisations* 12 (1957), 3.

¹³⁹ *Pièce par pièce, une histoire globale des systèmes de civilisation s'ébauche. La concordance est évidente avec la crise de civilisation qui affecte... les pays qui arrivent, progressivement et sectoriellement, à l'ère post-industrielle. ... A l'histoire des manières de faire succède, presque nécessairement...*

De fait, dans une démarche très pragmatique, une historiographie post-Annaliste se développe — si même de façon encore très marginale — sous l'influence des autres sciences de l'homme, avec pour conséquence certains phénomènes limités — comme le *retour au récit*¹⁴⁰, ce qui nous paraît éminemment secondaire — mais surtout, de façon bien plus profonde, la reprise en compte de domaines non touchés ou perdus par les *Annales*.

Ce mouvement a abouti à une triple redécouverte:

— la redécouverte de l'histoire des mentalités, qui n'est somme toute qu'un retour au programme initial des *Annales*¹⁴¹;

— la redécouverte de l'histoire de l'historiographie, qui vient d'aboutir, par la création au sein du Comité international des sciences historiques d'une commission spécialisée, à sa reconnaissance comme champ du savoir à part entière¹⁴²;

— la redécouverte, limitée, de l'Institution enfin, ou pour mieux dire de l'Etat et du Droit¹⁴³ — qui nous importe surtout.

Mais, à notre sens, il va bien plus loin. Une autre histoire y naît, malaisément, de la conjonction d'une réappropriation de l'idéologie et d'un retour à la culture.

Dans la vaste nébuleuse de l'histoire culturelle — du religieux à l'écrit, de l'écrit à l'image — se dessine, au delà de l'histoire de l'imaginaire, quelque chose d'encore innomé. Cette chose, née autour de l'inconscient, n'est pas sans avoir des inspirateurs anciens ou plus récents, tels Huizinga, pour ne citer que lui. Elle renoue avec certaines intuitions des *Annales*, laissées plus tard de côté. Elle répond à des impulsions venus de la société post-industrielle. Avec prudence, pour éviter de se voir disqualifiée, elle s'affirme sous nos yeux.

Sur les antécédants lointains, il n'est pas besoin d'insister. Par contre il n'est pas inintéressant de noter que les *Annales*, que tout

rement, celle des manières de penser, de sentir, l'histoire est arrivée au seuil des motivations. P. CHAUNU, *L'économie. Dépassement et prospective*, in J. Le Goff et P. Nora ed., *Faire de l'histoire*, 11 (Paris 1974), 67.

¹⁴⁰ L. STONE, *The Revival of Narrative. Reflexions on a New Old History*, *Past and Present* 85 (1979), 3-24. En soi, rien ne s'oppose au récit — qui doit à l'évidence avoir sa place dans l'historiographie. Plus graves nous paraissent être cependant les implications en profondeur d'une analyse qui nous paraît dangereuse en ce qu'elle vise en définitive souvent, chez ceux qui l'invoquent, à révoquer tout ce qui a fait les progrès de l'histoire depuis cinquante ans. Or tel n'est pas notre propos.

¹⁴¹ Cf. P. H. HUTTON, *The History of Mentalities: The new Map of cultural History*, *History and Theory* 20 (1981), 237.

¹⁴² Cf. Ch.-O. CARBONELL, *Pour une histoire de l'historiographie*, *Storia della Storiografia* 1 (1982), 7-25.

¹⁴³ Cf. Bl. BARRET-KRIECEL, *L'Etat et les esclaves*, 22-23.

a priori semble opposer à pareille approche, sont loin de l'avoir méconnue — que même elles l'ont pronée.

Dans la leçon d'ouverture de son cours d'histoire à l'Université de Strasbourg, prononcée le 4 décembre 1919, Lucien Febvre ne craint pas d'écrire, pour caractériser l'histoire telle qu'il la conçoit :

“Dans son esprit enfin, elle est idéaliste — et elle le demeurerait même si ses analyses aboutissaient, contre toute prévision, à prouver le primat de l'économique. Car, les faits économiques sont, comme tous les autres faits sociaux, des faits de croyance et d'opinion; la richesse même, et le travail, et l'argent ne sont-ils point non 'des choses', mais des idées, des représentations, des jugements humains sur 'des choses'? ¹⁴⁴”.

Et Marc Bloch, candidat au Collège de France, souligne en 1934 :

“C'est comme historien des structures sociales que je me présente devant le Collège de France, mais comme un historien qui, placé devant des faits humains et reconnaissant en eux, par nature, des faits psychologiques, s'efforce de plus en plus dans ses travaux, et s'efforcerait, dans son enseignement, de les expliquer par le dedans ¹⁴⁵”.

Aux *Annales* naissantes donc, primauté des représentations.

Néanmoins, ces déclarations d'intention resteront pratiquement sans effets ¹⁴⁶ Et cela de façon compréhensible. La crise économique alors, en effet, obsède les esprits. C'est vers sa compréhension que sont toutes entières tournées les *Annales* — et l'orientation qui leur est donnée persistera.

Elle persistera jusqu'à ce que la radio, la télévision, l'informatique donnent une réalité à l'immatériel et interpellent l'historien,

¹⁴⁴ L. FEBVRE, *L'histoire dans le monde en ruines*, Revue de synthèse historique N.S. 4 (1920), 15.

¹⁴⁵ Cité par G. Duby in *Préface à M. BLOCH, Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien* (Paris 1974), 11.

¹⁴⁶ Du moins dans la revue et l'École qui progressivement se crée autour d'elle; car, en marge de sa démarche générale, Febvre et dans une moindre mesure Bloch consacreront pour l'essentiel leurs travaux à une recherche de la mentalité, comme ils l'appellent alors. Dichotomie riche sans doute d'implications; qui en tout cas mérite d'être notée.

le renvoyant de l'image à la communication et de la communication au *discours* qui absorbe l'entière activité humaine.

En réponse à la provocation non pas seulement de nouvelles techniques qui ne sont que des vecteurs mais d'un nouveau discours de l'humanité sur elle-même, il réagira peu à peu, malaisément, cherchant, comme toujours, à comprendre et à expliquer à partir de l'expérience humaine dans l'histoire, renvoyant au passé ses interrogations inquiètes et y cherchant des solutions.

Quoi qu'il en soit, une histoire nouvelle s'ébauche: histoire intellectuelle qui n'est pas histoire des idées, histoire culturelle qui n'est pas histoire de la culture, elle est à la fois travail sur des objets immatériels et donc histoire de la perception, de l'intelligence, de la communication..., travail sur des signes, des symboles, des représentations et histoire sémiotique¹⁴⁷ et travail sur l'inconscient collectif et histoire psychanalytique¹⁴⁸. Au fond, elle est volonté d'aller voir quelque part sous les langages, sous le langage, ce qui s'y passe.

En définitive, l'histoire nouvelle c'est donc l'histoire de la pensée. Cela n'a rien pour surprendre. La communication rendant visible ce qui était jusque là caché, la pensée se matérialisant en quelque sorte pour nous, il est normal qu'elle attire notre attention sur des phénomènes à la fois venus au premier plan et devenus plus clairement perceptibles. Mais le problème est de toujours. L'histoire de l'humanité en effet, qu'est-ce d'autre qu'une histoire de l'accumulation des savoirs?

Cette histoire, l'histoire des systèmes de pensée, la véritable histoire structurale, par l'approche *totale* qu'elle préconise à travers le discours et la réintégration qu'elle amène nécessairement de domaines laissés en marge par les historiens¹⁴⁹ et qui, de ce fait,

¹⁴⁷ Le nom de F. FURET et un titre: *Penser la Révolution française* (Paris 1978), viennent immédiatement à l'esprit. Mais en fait c'est toute l'analyse sémiologique qui interpelle l'histoire.

¹⁴⁸ Si l'ouvrage de S. FRIEDLANDER, *Histoire et psychanalyse. Essai sur les possibilités et les limites de la psychohistoire* (Paris 1975), manifeste bien l'ampleur de ce champ de recherche, le recueil de textes de A. BESANÇON ed., *L'histoire psychanalytique. Une anthologie* (Paris-La Haye 1974), nous semble traduire parfaitement ce fait que jusqu'à présent on n'en a pas encore donné d'exemple vraiment convainquant.

¹⁴⁹ Avec pour conséquence à la fois que l'histoire perd ce qu'ils pourraient lui apporter et qu'ils sont traités, souvent, par de non-historiens, spécialistes de ces domaines, qui se trouvent étrangers aux récents progrès de l'histoire et hors d'état de les appliquer à leur discipline. L'histoire de la science en est un bon exemple. Cf. Th. S. KUHN, *The essential Tension*, 130; qui dénonce l'abdication des historiens devant ce domaine.

font l'objet d'histoires spécialisées¹⁵⁰, devrait, si nous jugeons bien, s'assurer la première place à l'orée du prochain siècle¹⁵¹.

Reste que les *Annales*, dans la lignée de leurs recherches anciennes, s'engagent dans cette direction à partir de positions essentiellement quantificatrices. Pour elles, il s'agit d'aller à la conquête d'un *troisième niveau* du quantitatif¹⁵², que les recherches antérieures d'histoire économique et sociale auraient en quelque sorte eu pour but de préparer¹⁵³, voire, dans la perspective stratégique qui doit être celle d'une Ecole, de s'approprier cette tendance qui s'affirme de façon de plus en plus marquée¹⁵⁴.

Or c'est là, à notre sens, une pure illusion. Sans doute il est toujours intéressant de disposer de séries fournissant un matériau plus riche, des exemples plus nombreux; mais, à dire vrai, cela ne change pas grand chose au fait que, s'agissant d'un langage, l'approche, tôt ou tard, doit devenir qualitative et que, plus encore, elle

¹⁵⁰ Histoire de l'art et, surtout, histoire de l'architecture (et de l'urbanisme) — qui n'est rien d'autre que la matérialisation du système — ont évidemment un rôle fondamental à jouer.

¹⁵¹ Bien entendu, elle ne sera jamais qu'une *autre* forme d'histoire, une autre façon d'interroger le passé en fonction du présent. Loin de nous l'idée que ce serait là l'*histoire*, la seule possible — comme Bloch et Febvre le croyaient naïvement en récusant une histoire "positiviste" qui, dans son contexte qui est le seul critère de validité acceptable, valait largement la leur; comme Langlois et Seignobos le croyaient aussi en repoussant l'histoire *romantique*... Pour nous, c'est de la succession des paradigmes historiens et des éclairages successifs qu'ils donnent de l'histoire que naît, dans la très longue durée, tels que les appréhende l'historiographie, comme dans un kaleidoscope, la moins mauvaise approximation de sa réalité et de sa vérité.

¹⁵² P. CHAUNU, *Un nouveau champ pour l'histoire sérielle: le quantitatif au troisième niveau*, in *Mélanges en l'honneur de Fernand Braudel. Méthodologie de l'histoire et des sciences humaines*, 1 (Toulouse 1973), 105-125.

¹⁵³ E. LE ROY LADURIE, *Le territoire de l'historien*, 1 (Paris 1973), 15-37.

¹⁵⁴ La volonté des *Annales* de prendre en compte — ou pour mieux dire, dans la perspective stratégique que nous évoquions, de reprendre à son compte — ces tendances nous paraît évidente dans le texte publié par la revue à l'occasion de son cinquantenaire sous le titre, *Les Annales. 1929-1979*, où il est question d'un *terrain à réinvestir*. *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 34 (1979), 1346. Mais justement, est-ce possible? Est-il possible de les réintroduire dans le paradigme des *Annales* sans le faire éclater? La réponse peut se formuler simplement: oui pendant un certain temps et non à terme. Parce qu'il s'agirait d'une démarche artificielle qui plaquerait des progrès extérieurs et qui le nient sur un paradigme dont les présupposés sont tout autre. Ou alors il ne faudrait plus entendre par *Annales* qu'une espèce de curiosité ouverte à toutes les nouveautés. Mais ce serait les vider de tout contenu théorique. Reste que, bien entendu, comme souvent, l'organe institutionnel — en l'occurrence la revue — peut survivre au paradigme qui l'a créé, en s'inscrivant, si nécessaire dans une autre problématique.

doit dépasser ce qui est donné pour s'attaquer au non-dit. Dès lors, les instruments quantitatifs ne suffisent plus. C'est bien d'une rupture qu'il s'agit. Non plus d'une observation toute extérieure de l'humanité, mais d'une plongée à l'intérieur de l'esprit humain. Un autre paradigme naît donc sous nos yeux — dont nous pensons même qu'il est porteur d'un bouleversement bien plus profond; d'un début de mutation du système de pensée.

Ainsi, dans la pratique de la recherche, à l'intérieur comme en marge des *Annales*, s'ébauche une histoire post-Annaliste. Et de même que, dès les années 1930, les plus perspicaces parmi les historiens du droit cherchaient des solutions dans les travaux de pointe qui se faisaient autour des *Annales* naissantes; de la même façon, il est normal que nous nous tournions vers ces tendances les plus récentes de l'historiographie, qui rejoignent si largement nos préoccupations actuelles.

Pour nous d'ailleurs, il n'y a pas là une simple curiosité. Ce qui nous amène vers elles, c'est un intérêt scientifique évident certes, mais c'est aussi la claire conscience du danger que représente l'orientation *classique* des *Annales* — celle qui est aujourd'hui reçue dans notre discipline —, aboutissant à la mise à l'écart de l'institution.

Nombreux sont les historien du droit que cette option ne saurait satisfaire. A terme en effet, si la démarche allait jusqu'à son aboutissement naturel, elle n'aurait contribué à la survie de l'histoire du droit que pour la faire disparaître au sein d'une science sociale historique dont la réelle nouveauté de sa méthode n'aurait en définitive été mise qu'au service d'anciens impérialismes de discipline. Après avoir oeuvré pour la prise en compte de l'histoire, et en particulier d'une histoire sociale mise en oeuvre à l'aide de méthodes quantitatives, il nous semble donc qu'il y a lieu maintenant de faire en sorte de réintégrer dans l'histoire du droit — mais aussi, nous semble-t-il, dans l'historiographie contemporaine dans son ensemble — trois dimensions aujourd'hui trop méconnues: la dimension historiographique, la dimension juridique et la dimension critique.

La dimension historiographique s'est longtemps imposée dans l'histoire du droit. Il faut regretter que, confinée à une fonction de célébration, elle ait à peu près complètement disparu; peut-être parce que le genre avait quelque chose d'intellectuellement peu satisfaisant qui a détourné de lui les meilleurs esprits. Notre sentiment est qu'il faut y revenir cependant parce que, grâce à l'historiographie, on peut aller très loin dans un bouleversement des perspectives critiques.

Le sujet — auquel nous consacrons l'essentiel de nos travaux — est immense et nous ne voulons pas l'aborder ici autrement que pour en dire la nécessité. Il nous semble d'ailleurs que cette démarche si méconnue devrait être bientôt redécouverte si nous en croyons certains signes qui ne trompent pas. Pour nous qui avons toujours cru que l'historiographie sera la grande ambition historique du 20^e siècle finissant — dès lors qu'on aura compris la portée de cette affirmation fondamentale que l'historiographie c'est l'histoire même et qu'on aura commencé à en dégager effectivement les implications — une telle évolution, qui viendrait légitimer une démarche déjà ancienne, serait sans aucun doute une satisfaction.

Mais faire de l'historiographie n'est pas se contenter de faire l'histoire d'une discipline. C'est encore moins partir de l'idée qu'on peut grâce à elle, en écartant les strates déposées par des générations d'historiens, retrouver l'objet historique dans sa pureté — car ce serait éliminer l'illusion positiviste pour la faire renaître aussitôt. En fait, c'est d'abord se réapproprier l'ensemble des interprétations passées dans la fraîcheur d'une redécouverte pour voir se dessiner ainsi une autre image porteuse de leur totalité et initiatrice d'une approche renouvelée. C'est aussi retracer le destin du domaine de recherche auquel nous appartenons pour tenter de comprendre le sens de son développement. C'est surtout jeter un regard critique sur notre propre écriture.

Ceci suppose l'adoption de démarches qui marquent une rupture totale avec l'approche suivie jusqu'à présent. Nous voudrions n'en retenir ici que trois qui nous paraissent essentielles en soulignant la triple nécessité de traiter les objets historiques non comme des faits mais comme de simples images, de déchiffrer les discontinuités du discours pour atteindre les fractures du savoir et de mettre au centre de cette réflexion les phénomènes de pouvoir. Dès lors en effet que l'institution fait place au discours tenu sur elle, qu'au lieu de rechercher absolument la cohérence nous mettons l'accent sur les ruptures et que nous recentrons les phénomènes sur la réalité qui leur est immanente du pouvoir, nous ouvrons à notre discipline un champ à peu près infini.

S'il nous semble qu'il faut découvrir la démarche historiographique, il nous paraît évident ensuite qu'il est nécessaire de rééquilibrer l'histoire du droit par une réappropriation de sa dimension proprement juridique. Ceci nous paraît essentiel.

La genèse de la désaffection pour le juridique est parfaitement nette, nous l'avons vu, et très compréhensible. On comprend qu'elle ait provoqué un fort mouvement vers l'histoire. Mais il nous semble

que l'impulsion de départ devait être insuffisamment puissante puisqu'il y a eu un aller vers l'histoire sans retour vers le droit. Si l'on peut oser cette image, il nous semble que cette démarche s'est arrêtée à mi-chemin. Or de quel profit une démarche de ce genre si elle ne conduit pas à s'approprier une expérience mais amène à rester éternellement prisonnier du système visité? Il faut donc être assez sûr de soi, de l'avenir de sa discipline, pour aller vers l'histoire — mais aussi, l'histoire n'étant évidemment qu'un instrument pour une remise en cause de la dogmatique au même titre que l'ensemble des autres sciences sociales, la sociologie, l'ethnologie, la psychologie...¹⁵⁵ — et en revenir.

Il n'y a pas en effet à douter un instant que l'historien du droit doive être pleinement à la fois juriste et historien. Sans doute le but est-il difficile à atteindre et bien peu nombreux sont ceux qui ont réussi à maîtriser parfaitement les deux disciplines. Mais l'idée doit rester comme une ambition constamment présente. A la limite, nous le croyons, l'historien du droit devrait opposer une fin de non recevoir à la question de savoir s'il est historien ou juriste. Il est historien du droit, c'est à dire les deux.

La discipline qu'il met en oeuvre doit donc être à son image et posséder pour caractère principal de viser un équilibre en affirmant sa nature à la fois pleinement juridique et historique. Or c'est loin d'être le cas actuellement.

L'histoire a été pour le droit romain et l'histoire du droit la grande découverte qui a fait accomplir à ces disciplines des progrès

¹⁵⁵ Ceci peut faire naître la question de savoir si cette fonction de critique du droit, assurée au "siècle de l'histoire" par la science historique, ne tendra pas à l'être demain par une autre science. Il est évident que la naissance des sciences sociales et leur affirmation aura de plus en plus pour conséquence de restreindre la part de l'histoire. Pour autant, elle ne nous semble pas vraiment menacée; et cela pour au moins trois raisons, étroitement liées. D'abord parce que l'histoire est par définition bien plus qu'une simple discipline des sciences de l'homme. C'est un regard qui restitue une profondeur derrière chaque objet du présent — dimension dans laquelle s'inscrit tout naturellement la vie institutionnelle. Parce qu'en conséquence la densité historique de l'institution nécessitant une approche historique est un fait qu'aucune rationalité n'est encore parvenue à révoquer. Enfin parce que pour qu'il y ait disparition de la nécessité de l'histoire il faudrait qu'il y ait constitution d'un ordre légal rompant entièrement avec le passé, qu'aucun régime, malgré les nombreuses tentatives qui ont été faites dans ce sens, n'est jamais parvenu à établir. Et dès lors qu'il est impossible à créer, l'histoire du droit renaîtra toujours, malgré les interdits, malgré les prétentions de rupture des systèmes nouveaux avec le passé. Si de ce fait l'histoire ne saurait être menacée, par contre il est vrai que l'importance de son rôle à venir sera fonction de sa capacité à intégrer l'apport des autres sciences humaines. C'est là ce à quoi tend tout notre effort.

décisifs. La dimension historique paraissant à juste titre le vecteur privilégié de cette progression continue, on est allé de plus en plus loin dans ce sens jusqu'à prôner leur dissolution en son sein. Il est nécessaire aujourd'hui, dans un mouvement assez naturel de balancier, de redécouvrir le droit. Il faut en effet rechercher un équilibre qui suppose la récusation de toute tendance qui viserait à une intégration totale de l'histoire du droit soit dans la science historique soit encore dans la science juridique ¹⁵⁶.

Mais ce n'est pas seulement le sentiment profond d'un équilibre à trouver qui doit nous guider dans cette voie. C'est ce fait que la dimension juridique de l'histoire du droit est seule à même de permettre son achèvement. C'est par elle seulement en effet que, découvrant une problématique propre sur laquelle fonder son avenir, elle peut affirmer une existence autonome. Sans méconnaître, bien au contraire, ce qu'elle doit aux autres disciplines et à leurs méthodes la réflexion sur l'histoire du droit doit donc partir du droit lui-même. Faute de quoi, n'ayant rien à offrir et ne pouvant ainsi participer au dialogue des sciences elle ne ferait que voir s'accroître sa dépendance et verrait s'annoncer sa disparition par résorption dans l'histoire ¹⁵⁷.

En définitive pour que l'histoire du droit soit une pensée vivante, créatrice, porteuse d'avenir, il faut évidemment y croire. Il faut penser qu'elle à un rôle à jouer, aujourd'hui encore, qui dépasse une simple démarche érudite.

Notre sentiment profond est en effet qu'il faut comprendre pour agir. De ce fait, l'histoire du droit doit nécessairement posséder une dimension critique. Découvrir cette perspective critique,

¹⁵⁶ Cette idée d'un équilibre à trouver qui évite à l'histoire du droit de verser soit dans l'histoire soit encore dans le droit est remarquablement mise en évidence par le professeur B. CLAVERO, dans son article *Historia, ciencia, política del derecho*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 8 (1979), 5-58.

¹⁵⁷ A notre sens, ce rejet affirmé de la dimension juridique de l'histoire du droit, devenu aujourd'hui si courant en Allemagne, cette volonté d'être purement historien, n'est que le reflet de la vigueur d'une tradition juridique à laquelle on tente d'autant plus d'échapper qu'elle est plus forte. C'est avant tout la volonté de récuser une tradition jugée pesante, l'affirmation d'une réaction contre la toute puissance d'une science juridique en définitive étouffante. Mais celle-ci est bien là, toujours très présente. Il se pourrait donc que le conflit ne soit qu'au niveau des mots et non des résultats effectivement visés. Cette volonté d'*historiciser* une histoire du droit trop juridique pourrait bien rejoindre en définitive notre volonté de *juridiciser* une histoire des institutions qui tend à devenir trop historique dans une position médiane. Le tout est de ne pas tomber d'un extrême dans l'autre.

c'est là peut-être aujourd'hui l'essentiel de la réflexion sur notre discipline.

Dans ce domaine, nous semble-t-il, faut se garder de deux extrêmes dans lesquels on est successivement tombé dans le passé: soit croire qu'on peut grâce à l'histoire du droit refaire la société; soit encore croire qu'elle n'a d'autre but qu'une pure satisfaction érudite. Cette dernière attitude, que résume assez bien le mot célèbre de Cujas, nous paraît plus dangereuse cependant que de croire — comme on l'a fait au début du siècle dernier — que le droit étant la science sociale par excellence, l'histoire de droit peut gouverner le devenir du monde. Dans le premier cas en effet on se fait illusion sans doute mais cette illusion est créatrice car elle fait avancer la discipline qui la prend pour perspective; alors que dans l'autre cas on aboutit à un immobilisme total. Aussi, à notre sens, le choix ne saurait être douteux. Récusant le repli sur la pure érudition, il doit se faire en faveur d'une pratique de notre discipline intimement liée à une critique du droit et des institutions en vigueur. En un mot, comme le soulignait Ludwig Mitteis à une époque où l'affirmation était plus facile peut-être parce que plus évidente, le rôle de l'histoire du droit doit être de donner une réponse au présent. Mais il faut aller plus loin encore et affirmer nettement la volonté de la découverte de perspectives d'avenir. La contestation du dogmatisme en effet, si elle doit être orientée vers la compréhension du monde qui nous entoure, doit aussi déboucher sur des propositions d'action.

C'est là une chose qu'on a longtemps perdue de vue. Depuis une dizaine d'années cependant, on a recommencé à l'affirmer — et sans doute aujourd'hui, malgré bien des réticences, de plus en plus nombreux sont les historiens du droit qui partagent cette façon de voir. Mais si la direction générale est évidente, tout le problème est de la définir plus précisément, de lui donner un contenu concret¹⁵⁸.

Pour nous, la direction dans laquelle doit s'engager l'histoire du droit ne saurait faire de doute: sa place à venir se définira par la contribution qu'elle sera en mesure d'apporter à la construction d'une théorie sociale critique véritablement émancipatrice. Reste à dire comment, sur cette orientation, s'articulent des projets de recherche précis. Il nous semble en effet qu'on en est resté sur ce

¹⁵⁸ Le professeur Grimm parle de l'histoire du droit comme d'une *unverzichtbare Voraussetzung rationaler Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*. D. GRIMM, *Rechtswissenschaft und Geschichte*, in *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaft*, II (München 1976), 15.

point à des affirmations de principe sans grandes conséquences dans la pratique¹⁵⁹. Or en définitive tout dépend de la façon dont on conçoit cette tâche.

Dans ce domaine nous nous défions assez, nous l'avouons, des vues trop ambitieuses affirmant la possibilité de parvenir directement, grâce à l'histoire du droit, à la construction d'une telle théorie, comme on l'a parfois écrit – moins encore peut-être parce que c'est à notre sens trop espérer que parce que nous craignons qu'en lui fixant des buts trop vastes et de ce fait à peu près inaccessibles dans l'immédiat on ne la fasse retomber dans l'immobilisme.

Gardons cette perspective comme une référence absolue, mais oeuvrons dans un sens plus pratique. Ne pensons pas que l'histoire du droit débouche directement sur une théorie sociale; mais soyons persuadés qu'elle peut largement contribuer à la construire parce qu'elle dispose d'un savoir densifié par l'expérience historique sur l'institution qui est seul à même de répondre aux interrogations présentes.

Pour exprimer en peu de mots notre conviction, nous pensons donc que du décodage de la structure de l'institution contemporaine par l'étude de sa genèse sur la longue durée à la perspective critique traçant des voies pour l'avenir, il doit n'y avoir qu'un pas qu'il faut franchir sans hésiter; ce qui n'a rien à voir avec l'utilitarisme, l'histoire du droit se mettant à la recherche de contrats avec la prétention de tout expliquer.

A une époque où le futur semble si incertain, notre discipline peut par là à la fois renouer avec sa tradition passée qui lui attribuait un si grand rôle dans le débat contemporain et s'affirmer aux yeux de tous comme un domaine riche de possibilités puisqu'en mesure d'aider à comprendre ce vecteur même de notre société qu'est le progrès.

Revenons une dernière fois sur le passé et résumons.

L'histoire du droit a subi, dans un passé récent si l'on raisonne sur la longue durée, deux chocs profonds: celui du positivisme qui a occulté les grandes perspectives d'action que lui assignaient ses fondateurs et celui de l'essor de l'histoire économique et sociale qui, assimilant abusivement l'histoire institutionnelle à l'idéologie, à l'événementiel et au purement formel, a abouti à un rejet du droit – tout ceci dans le cadre d'un discrédit général de l'historio-

¹⁵⁹ Incontestablement, l'orientation est bien celle qu'exprime M. J.-M. Scholz: *Forschungstentionen im Hinblick auf eine Gesellschaftstheorie zu überdenken*. J.-M. SCHOLZ, *Vorstudien zur Rechtshistorik*, 168. Mais encore faut-il dire en quoi elle peut se traduire dans la pratique de notre discipline.

graphie qui coupait notre discipline de ses racines. Des progrès de l'histoire et de son insertion dans les sciences de l'homme, elle a appris le sens du relatif; c'est déjà beaucoup. Mais des tendances nouvelles qu'elle y observait elle a tiré cette conclusion erronée voire absurde que pour progresser il lui fallait noyer le phénomène institutionnel dans son contexte jusqu'à désavouer sa dimension juridique, rejetant en quelque sorte son objet même dans l'idée que par l'institution on ne pouvait parvenir aux ressorts profonds des mécanismes de notre civilisation — alors que la société, l'économie ou la culture l'auraient permis. Cela, c'était la mauvaise leçon des *Annales*.

Depuis l'histoire a redécouvert son fondement philosophique, a recommencé à s'attacher à l'institution, a réintégré son passé. Mais attentifs à ce qu'elle avait fait autrefois, nous ne l'avons même pas remarqué et, jugeant que c'étaient des tendances déjà dépassées qui représentaient une inspiration progressiste, nous avons ignoré la naissance en son sein de tendances pourtant susceptibles de réconcilier l'histoire du droit avec elle-même dans la perspective d'un progrès.

Si nous observons l'évolution actuelle de l'histoire comme de l'ensemble des sciences de l'homme en effet, nous voyons qu'elles nous rejettent — du fait notamment qu'elles ont emprunté à la linguistique nombre de leurs instruments — fortement dans la perspective que nous avons abandonnée en mettant en évidence ce fait que par le discours juridique on peut pénétrer jusqu'à la structure d'institutions qui ne sont que des épiphénomènes et par elles enfin au cœur de la société. Leurs récents progrès nous invitent ainsi à réintégrer dans notre démarche le passé de notre discipline en constatant qu'il rejoint les interrogations les plus actuelles.

X

La conjonction de ces approches historiographique, juridique et critique dans le cadre général d'une analyse paradigmatique de l'évolution de l'histoire du droit débouche très directement sur une orientation précise — ou plutôt n'est que la conséquence d'une position de départ que nous voudrions découvrir maintenant dans toute son ampleur.

Dans le vaste mouvement de mutation que vit notre civilisation en effet, il existe pour nous, historiens du droit, un fil conducteur qui trace une continuité en affirmant une spécificité: le juriste, sa pensée sur l'Etat et le Droit. Car c'est en définitive dans le cadre

qu'il trace que — les aspirations sociales devant tôt ou tard prendre pour parvenir à l'existence la forme d'une institution — la société a toujours inscrit et finit toujours par inscrire ses ambitions. Puisqu'en dernier lieu, tout s'inscrit dans le discours juridique — et cela depuis plus de deux mille ans, aujourd'hui encore et selon toute probabilité demain — il faut donc le conserver comme centre de nos préoccupations sans croire qu'on atteindra mieux les ressorts profonds de la société à travers les pratiques économiques, sociales ou culturelles; il faut l'analyser comme un langage en soi bien plus révélateur que l'institution elle même; il faut enfin, en le suivant de sa naissance à aujourd'hui, le projeter résolument dans l'avenir.

Marc Bloch, nous semble-t-il, a vu avec assez de justesse ce problème dans son *Apologie pour l'histoire*.

Dans son chapitre sur l'analyse historique, dans un paragraphe intitulé *De la diversité des faits humains à l'unité des consciences*, il pose en effet clairement le problème¹⁶⁰.

Parlant de l'histoire du droit, Bloch y développe ce raisonnement qui est l'évidente leçon des *Annales* pour l'historien des institutions d'aujourd'hui qu'*une règle de droit est une norme sociale*. Cependant d'autres codes régissent l'activité humaine, *souvent autrement impérieux que le Code tout court*. Aussi, *le droit... enveloppe formelle de réalités... n'épuise aucune d'elles* et il faut en conséquence recourir à l'histoire économique, sociale et culturelle en le remplaçant en leur sein pour pouvoir le connaître véritablement. La leçon est claire; avec retard elle sera suivie.

Mais Bloch, arrivé au terme de ce raisonnement, apparemment insatisfait, ajoute un paragraphe. Ayant épuisé l'idée que le juridique n'est qu'une enveloppe du fait social qui ne permet de appréhender que partiellement, il repart en quelque sorte dans l'autre sens et émet cette idée à notre sens fondamentale que l'histoire du droit c'est en définitive l'histoire du juriste et de sa méthode.

Pourtant, écrit-il, il y a bien, dans la notion du fait juridique comme distinct des autres quelque chose d'exact. C'est qu'au moins dans beaucoup de sociétés, l'application et, dans une large mesure, l'élaboration même des règles de droit ont été l'oeuvre propre d'un groupe d'hommes relativement spécialisé et, dans ce rôle... suffisamment autonome pour posséder ses traditions propres et, souvent, jusqu'à la pratique d'une méthode de raisonnement particulière.

¹⁶⁰ M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien* (Paris 7, 1974), 124-125.

*L'histoire du droit, en somme, pourrait bien n'avoir d'existence séparée que comme l'histoire des juristes*¹⁶¹.

L'histoire du droit, en somme, pourrait bien n'avoir d'existence séparée que parce que l'élaboration et l'application de la norme juridique a de tout temps été confiée à un *groupe d'hommes... spécialisé... suffisamment autonome pour posséder ses traditions propres* et que celui-ci a élaboré *une méthode de raisonnement particulière*. Il nous semble que tout est dit quand on a dit cela.

Le centre de la problématique qui fonde l'autonomie de notre discipline y est en effet atteint à savoir — que le juriste appréhende la réalité sociale dans un langage qui lui est propre; — que ce langage couvre l'ensemble de l'activité humaine — et qu'il la transforme en une norme qui est elle même un tout.

Suivre la leçon de Marc Bloch c'est donc sans doute insérer le phénomène institutionnel au sein de la société qui l'a vu naître. Mais, s'il faut la suivre jusqu'au bout, c'est reconnaître aussi que tout dans nos sociétés, de la naissance à la mort, se vit au sein d'une institution, se fait selon les règles du droit, n'échappe en un mot jamais à la structure fournie par la norme juridique qui enserre l'individu comme d'un filet non pas forcément répressif mais qui l'encadre étroitement et modèle ses comportements, dans tous les actes de l'existence.

Comment dire alors autre chose que l'inévitable primauté de ce qui est assez fort pour redéfinir sans cesse au travers d'une pensée régulatrice le corps social en le forçant à se plier à des normes plus fortes — pendant le temps de leur existence, mais elles ne disparaissent que pour renaître autres — que la vie même.

Nous n'irons pas jusque là parce que tout est échange et dialogue entre la pensée et la vie. Mais reste cette claire conscience désormais du caractère irréductible de la norme, de son rôle central dans l'histoire.

La leçon de Marc Bloch était si nette qu'il semblerait que tous ceux qui ont été à son école aient dû se précipiter sur des travaux d'histoire institutionnelle, voyant là le noeud l'explication en histoire. Il n'en a pas cependant été ainsi. Bien au contraire, l'histoire économique et sociale prévalant au sein de l'histoire nouvelle, a naturellement tendu à opérer une réduction des phénomènes de pouvoir aux conflits de classe dans une opération intellec-

¹⁶¹ Il semble que, comme d'ailleurs plusieurs juristes avant lui, ses réflexions se soient développées à partir du juge anglais, créateur d'un droit modelé par les mentalités et les intérêts et par là apte à satisfaire les besoins de la pratique.

tuelle qui ne pouvait à terme qu'évacuer le problème de l'Etat. L'ensemble du phénomène institutionnel reposant sur lui, c'était atteindre le degré zéro de l'institution dans l'histoire.

Bannie de la science historique et de la science juridique, l'attention à l'Etat et au Droit a dû renaître ailleurs. Elle l'a fait, d'une façon qui n'était pas imprévisible, sous l'influence des leçons de Michel Foucault qui fut le grand artisan de cette redécouverte¹⁶², au sein de la psychanalyse et de la linguistique¹⁶³.

Cette réflexion fondamentale sur le juriste¹⁶⁴ et son savoir, au centre de toute analyse de l'Etat et de ses dérivés institutionnels, s'est en effet incarnée dans deux ordres de travaux: l'approche psychanalytique du juriste d'une part et d'autre part l'analyse structurale de son langage; qui ont fait l'objet de recherches déjà anciennes de la part du professeur Legendre pour la première¹⁶⁵ et de M. Arnaud pour la seconde¹⁶⁶.

Il est inutile de dire ici notre admiration pour l'ampleur de cette réflexion si féconde. On peut regretter cependant qu'elle se développe presque entièrement en marge de la réalité institutionnelle de notre discipline. Le sens de ces recherches en effet a été com-

¹⁶² On doit... à Michel Foucault cette chose simple mais qui a nécessité une véritable conversion, l'intérêt pour l'Etat. C'est à partir de ses travaux qu'on est allé de la société à l'Etat, des luttes sociales aux institutions, des revendications aux disciplines, des savoirs aux pouvoirs. B. BARRETT-KRIEDEL, *L'Etat et les esclaves*, 244 n. 4. L'affirmation demanderait bien sûr à être nuancée, mais traduit bien le sens d'une démarche en tous points exemplaire.

¹⁶³ Ce retour à l'Etat s'est cependant accompagné de cette déviation à notre sens dangereuse (c'est tout le sens du propos de Madame Barret-Kriegel) qu'on a voulu non pas seulement l'appréhender dans la pluralité de ses manifestations mais le voir, aussi bien dans l'espace que dans le temps, comme multiple. Or, ou l'Etat existe et il est un, ou il n'existe pas. Plusieurs formes possibles de l'Etat, oui, sans aucun doute. Des Etats cependant, non, absolument et définitivement non.

¹⁶⁴ Par juriste nous entendons celui qui a la maîtrise de la norme, tant publique que privée; c'est-à-dire, aussi bien que le juriste au sens strict, le décideur dans les domaines gouvernemental et administratif, à quelque niveau qu'il se situe dès lors qu'il a le pouvoir de l'élaborer ou de la modifier.

¹⁶⁵ Malgré l'approfondissement substantiel que représentent les autres ouvrages du même auteur, l'excellent *Jour du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote* (Paris 1976) reste, à notre sens, fondamental, qui révèle parfaitement l'identité du projet.

¹⁶⁶ Ses travaux se sont tant multipliés depuis sa thèse sur *Les origines doctrinales du code civil français* (Paris 1969), complétée par son *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise* (Paris 1973), qu'il est impossible de les citer, même partiellement. Signalons au moins, *Une méthode d'analyse structurale en histoire du droit*, in J.-M. Scholz ed., *Vorstudien zur Rechtshistorik* (Frankfurt am Main 1977), 263-343, qui reprend l'essentiel de plusieurs études antérieures.

plètement évacué — aussi bien d'ailleurs par les juristes que par les historiens — au nom de l'originalité. Or il n'y a rien de pire dans la science, dans le mouvement scientifique, que l'originalité — sorte de crédit alloué à l'incompréhensible pour mieux le marginaliser. La France de ce point de vue est passée maîtresse dans l'art de se débarrasser de ses penseurs qui n'a cessé de créer en marge de l'université des institutions prestigieuses mais sans diplômes réels pour mieux y reléguer ceux qui posent les vrais questions. De ce fait elle est restée sans conséquences directes sur l'orientation générale de l'histoire du droit.

Et pourtant il y a là une inspiration féconde pour l'avenir, dont les conséquences peuvent se lire à plusieurs niveaux: dans une perspective étroite comme dans une perspective plus large que nous voudrions développer ici.

Le point de départ est évident pour l'historien du droit ou devrait l'être: comme l'avait bien aperçu Bloch avec l'extraordinaire prescience qui le caractérise, puisque l'histoire du droit n'est autre que l'histoire du juriste frappant de son sceau la réalité pour la transformer en une norme juridique, c'est donc le juriste et son langage qui doivent être au centre de ses préoccupations.

Au niveau le plus élémentaire, ce constat du rôle central du juriste débouche sur la nécessité de l'appréhender dans sa vie, son enseignement, son oeuvre. A l'évidence, c'est là un domaine où tout est à faire.

Plus profondément, il se traduit par deux directions où, nous semble-t-il, la France s'est engagée de façon exemplaire: d'une part la mise en évidence de la continuité des démarches juridiques à travers l'analyse de la continuité du langage juridique; d'autre part et surtout cette constatation que le juriste est lui-même langage et qu'en conséquence il n'y a pas là des objets différents mais une même réalité qui intériorise toutes les pulsions de la société, toutes les répressions, toutes ses audaces aussi.

Le Juriste, l'Etat et le Droit sont donc en quelque sorte, si l'on peut oser ce mot, une trinité en un seul langage qui ne sont que ce langage mais sont tout ce langage.

Cependant ne voir là que l'objet d'une étude spécialisée serait s'enfermer dans une perspective très réductrice. Dès lors en effet qu'on prend conscience du caractère irréductible de l'institution, elle demande une approche spécifique et définit un champ du savoir. Les autres aspects de la réalité l'éclairent sans doute mais c'est au fond d'elle même qu'est sa réalité. Jamais les autres éclairages ne seront inutiles. Mais ce ne sont que des façon de l'envisager

de l'extérieur. Or c'est bien *de l'intérieur* que se décode la structure juridique. Tôt ou tard, il faudra bien faire l'effort de la pénétrer. On peut la soupeser, la jauger, la décrire... Mais il faudra bien s'approprier son langage et analyser la façon dont justement elle a intériorisé la société. Puisqu'elle est en définitive pensée juridique de la réalité sociale restituée au sein d'une tradition, il faut s'obliger à la connaître vraiment.

De ce retour ainsi entendu au juridique, nous voulons donc, sans méconnaître l'intérêt des recherches étroitement centrées sur le juriste, dégager une conclusion infiniment plus large: celle que puisque le droit s'entend ainsi d'un code particulier s'étendant à l'ensemble de la société dont il recouvre tous les aspects, il faut apprendre à le décoder et pour cela, résolument, savoir "entrer à l'intérieur" de sa structure. L'essentiel est là.

S'il faut aller du droit à la société, il faut donc aussi aller de la société au droit; s'il est nécessaire d'insérer la norme juridique dans l'histoire globale de la société, il est nécessaire aussi de redécouvrir la société à travers la norme qui l'appréhende toute entière. Telle est la démarche que nous préconisons.

Et cela est important, car c'est un immense domaine dont s'est en définitive désaisi l'historien du droit: la société industrielle et, aujourd'hui, post-industrielle, dont l'étude a jusqu'ici été à peu près entièrement laissée au sociologue. Or le système d'organisation de cette société dans ses aspects majeurs — la bureaucratie (sans contenu péjoratif), la technocratie... — est hérité d'une longue tradition façonnée par les juristes, détenteurs d'un langage que seuls les juristes sont en mesure de décoder. Expliquer quelle est la trame de notre société pour lui permettre d'évoluer et de répondre aux besoins sociaux, voilà donc ce que peut l'historien du droit. D'où l'importance de revenir constamment au juridique afin de voir la genèse de la structure du monde contemporain rouvrir pour nous le champ des possibles.

Cependant il n'y a pas là une démarche opposée à une autre ou à d'autres, comme il pourrait sembler, mais en fait une seule démarche, poussée jusqu'à ses conséquences ultimes. Son rapport avec elles n'est pas à poser en termes d'antagonisme mais de complémentarité. Le problème essentiel en effet est celui de la connexion entre le droit et la société, entre la norme juridique et la réalité sociale. Car en définitive c'est là, au point de rencontre des aspirations humaines et de leur intégration institutionnelle, que s'esquisse le mouvement. Entre l'Economie et la Société, le Droit et l'Etat se fait un constant va-et-vient. La norme est à la fois vecteur et résul-

tat de ce dialogue. Dès lors la tâche de l'historien du droit ne se conçoit ni dans l'isolement du droit, ni dans la résorption de l'institution dans l'histoire économique, sociale ou culturelle mais à partir du constat de ce dialogue établi entre infra et superstructure. Sa position n'est donc pas tant de surmonter une fracture du savoir que de décoder un échange constant, incessant, perpétuel, qui met en rapport deux termes, qu'il doit posséder tous deux, et en secrète un troisième, ce langage qui les absorbe et qu'il doit apprendre à maîtriser dans toutes ses implications dites comme, surtout, non-dites.

Légitimant le champ de recherche de notre discipline, cette démarche en légitime aussi l'autonomie comme elle en légitime, à long terme, l'avenir.

D'abord, en ce qui concerne l'histoire, ce recentrage sur le juridique doit avoir pour conséquence d'y aboutir à brève échéance à une redécouverte de l'institution — qu'il n'est pas cependant de notre propos de décrire ici. Par contrecoup cependant, de même que l'histoire économique et sociale a ébranlé l'histoire institutionnelle dans sa légitimité même, cet intérêt de l'histoire pour l'institution devrait logiquement amener l'histoire du droit à redécouvrir la richesse de son propre domaine.

Ce faisant elle légitimera par là même son autonomie. Dès lors en effet que l'histoire des institutions n'est pas un aspect de la réalité historique mais toute la réalité codifiée, la spécificité de l'histoire des institutions qui la fonde s'affirme non pas au nom d'une conception idéaliste du droit non plus que d'une conception en quelque sorte utilitaire justifiant une situation "à part" mais du constat qu'il y a là un langage spécifique. Le travail de l'historien du droit est un simple travail de décodage des normes juridiques. Mais ces structures ne se décodent pas par une simple intuition. L'analyse du rapport du vécu au code qui s'y inscrit exige un instrument. C'est l'histoire du droit.

Et comme toute société a toujours inscrit ses valeurs, ses tensions, ses aspirations dans une norme juridique, sans aucun doute ce sera ainsi à l'avenir. Plus encore, la société post-industrielle, toute entière fondée sur la communication, vecteur même de son progrès, verra croître sans cesse la complexité de ses codes qui vont absorber la substance même des rapports sociaux. De ce fait elle ne sera compréhensible que par une analyse serrée du langage où s'exprimera la traduction normative de la structure de ses réseaux de relations.

Ainsi il n'est pas nécessaire de changer d'objet — c'est possible, souhaitable peut-être pour élargir notre horizon, mais non pas

fondamental. Rester sur les mêmes sujets — des sujets proprement juridiques — mais les traiter autrement; là est le véritable problème.

De cette analyse des interrogations présentes de l'histoire du droit ressort directement une pensée sur son essence. Tout ceci doit nous conduire nécessairement à une idée de notre discipline — car c'est en définitive l'aboutissement de toute réflexion dans ce domaine et on ne saurait y échapper. C'est par elle en effet qu'elle justifie son existence comme elle oriente aussi largement son devenir.

Les justifications anciennes sont assez connues pour qu'il soit inutile de les rappeler. Elles comportent sans aucun doute leur part de vérité. Nous croyons pourtant que le rôle de l'histoire du droit peut se définir autrement. Pour nous en effet il y a aujourd'hui — et c'est un point essentiel car il se situe à la racine d'un choix décisif dont dépend l'avenir — une ambiguïté sur l'utilisation même de l'histoire par l'historien du droit. C'est à partir d'elle qu'il faut redéfinir son domaine.

L'origine de la nécessité historique pour le juriste est claire: la logique de son raisonnement ne pouvant suffire à tout, la rigueur de sa démarche suscitant parfois l'arbitraire, la règle qu'il applique contenant toujours en tout cas une part de relativité que seule explique sa genèse, il y a obligation absolue pour lui d'envisager le droit du point de vue de l'histoire. C'est là une évidence comme doit l'être nous semble-t-il de ce fait cette conclusion que, pour le juriste, l'approche historique n'est pas un acte de pure érudition — si même sa méthode, elle, doit être profondément érudite — mais un aspect essentiel de sa démarche scientifique. Croire que l'historien du droit porte sur l'institution un regard motivé par la seule curiosité, sans perspective d'explication présente ni de prospective pour l'avenir, ce serait à notre sens se tromper du tout au tout sur le sens même de l'utilisation de l'histoire par le juriste.

Le but de l'historien du droit en un mot n'est pas de *faire de l'histoire*, mais de révéler, grâce à l'histoire, l'épaisseur historique de la règle juridique ou constitutionnelle, toujours faussement vécue comme un donné abstrait, logique et irréfutable. Il s'agit pour lui de réintégrer dans la connaissance de l'institution sa véritable densité — qui n'est qu'une somme d'expériences —, de décoder le présent grâce au passé. C'est une tâche qui n'a pas grand chose à voir avec ce que serait la pratique érudite d'un simple domaine de l'histoire.

Il y a là — dans ce rééquilibrage d'une logique dont la rigueur risque de se retourner contre elle même et d'aboutir en particulier à un pur juridisme — une perspective d'action qui nous semble être la raison même de l'existence de l'historien du droit. Sa tâche en

effet sera toujours, selon nous, de lutter contre la prétendue *pureté* d'un droit sans racines en montrant que justement ce droit n'est pas Le Droit, La Loi, mais un droit, une loi — en définitive non une entité abstraite mais une solution parmi tant d'autres. Il aura toujours pour but de s'inscrire en faux, au nom de l'histoire, contre la grande obsession — qui sera toujours celle du juriste — de la "purification" du droit par la mise à l'écart de ses scories en montrant ce que la règle juridique recèle de danger si elle prétend ignorer le relatif de sa vérité, si elle veut mépriser ce fait d'évidence que l'infinie multiplicité des situations de la vie est irréductible à la règle.

C'est pour cela bien entendu que l'historien du droit — voué à une discipline critique et donc suspecte — est toujours, par essence, dérangeant dans une faculté de droit — comme l'est, à d'autres titres, le sociologue — car il introduit prétendument le désordre dans un système qui se pense en termes de rationalité. Or, bien au contraire, il lui permet de vivre et d'agir. Car, s'éloignant sans cesse de la réalité, tout système exagérément logique aboutit au disfonctionnement. D'où la nécessité de rétablir des notions extensives en son sein qui, rendant la règle relative par la connaissance du passé et des autres présents, permettent la prise en compte de la diversité des objets qu'il doit appréhender comme l'intégration sans heurt des tendances nouvelles.

Il ne s'agit pas pour nous de tenter, par là, de rétablir une science historique du droit qui, dès avant la mort de Savigny, a très tôt fait faillite; mais de réaffirmer les droits de la critique historique prospective face au système.

Au 19^e siècle l'histoire s'est affirmée dans le droit en réponse à la prétention d'une rationalité — celle de Napoléon — délibérément ignorante du passé comme de la diversité des situations. L'École qui l'avait adoptée comme instrument privilégié a grandi, sur le terrain favorable de la tradition de la jurisprudence élégante — dernier avatar du 16^e siècle, français privé de son âme — reprise par les antiquaires de Leipzig et Göttingen, jusqu'à devenir assez rapidement dominante en Allemagne, par l'anéantissement à peu près total des tendances concurrentes. Puis elle s'est très vite effondrée devant la puissance des mutations économiques et sociales auxquelles elle ne fournissait plus un outil adéquat et si la solidité de son implantation universitaire lui a permis de résister un temps aux assauts du positivisme juridique elle n'a pu éviter l'échec final, ne laissant subsister dans les facultés de droit qu'un domaine désormais purement érudit: l'histoire du droit telle que nous la connaissons encore aujourd'hui.

La grande époque de l'École historique du droit ne revivra pas. Mais il en reste moins encore un esprit ou une démarche scientifique qu'une volonté: celle de permettre au système — désormais codifié — de jouer, de créer, de se penser. Elle a assuré en France, face à la toute puissance de l'exégèse, le succès de la méthode historique auprès des esprits les plus clairvoyants. De Jourdan à Saleilles — qui dans une ultime tentative essaya de faire revivre cette inspiration — en passant par son apogée sous la Monarchie de Juillet avec Laboulaye et Klimrath, tout un courant de pensée de la science juridique française a, à l'imitation de l'Allemagne mais en réponse à une question qui lui était propre, redécouvert l'histoire parce qu'en recréant un passé de la norme elle dégagait une perspective d'évolution. Ces temps sont révolus. Mais l'ambition qu'ils se proposaient reste, dans un autre contexte, actuelle.

Aujourd'hui en effet nous vivons dans un monde où les systèmes vont devenir, du fait en particulier de la mise à leur service du progrès des technologies informatiques, de plus en plus contraignants. Leur rigidité même risque paradoxalement de créer le désordre. Si l'on veut éviter les dysfonctionnements, il faut donc que quelque chose "joue" entre la norme et la vie. Ce quelque chose, selon nous, ne peut être que l'histoire — mais l'histoire définie bien entendu non comme processus d'érudition mais comme décodage des choix antérieurs et donc inventaire des possibilités offertes et laissées. Car, comme l'a dit excellemment le professeur Legendre, *le passé n'est rien d'autre que la généalogie des différences*. Réintégrer l'espace différent dans la règle absolue, tout est là.

Penser l'impensable du droit, constituer dans le système la faille qui lui permet de se mouvoir, lui offrir la part d'inachèvement grâce à laquelle il peut progresser, être la zone d'incertitude sans laquelle il ne peut vivre, c'est bien cela le rôle de l'histoire du droit. Là où se manifeste l'imagination dans le système juridique, où se révèle la part d'inconnaissable voire d'erreur qui sépare la vérité scientifique du dogme, où à partir des perspectives d'une histoire critique se conçoit l'avenir, c'est bien là que se trouve la tâche du juriste qui met en oeuvre l'histoire.

Révéler un monde derrière le discours dogmatique, ouvrir un monde devant lui, tel est en effet, croyons-nous, le but de notre discipline. On est loin — on le voit — de l'idée d'un domaine de l'histoire égaré dans les facultés de droit. Tout cela en effet une histoire du droit qui serait un pur domaine de l'histoire ne le permet pas; une réflexion historisante sur le droit l'autorise. C'est là, en peu de mots, notre profonde conviction.

XI

Il ne s'agit pas là de réflexions sans point d'application. Elles doivent avoir, à plus ou moins long terme, des conséquences concrètes. Il ne nous appartient pas cependant, dans un ouvrage de réflexion théorique, de les envisager en détail — d'autant plus que la voie par laquelle s'institutionnalise une pensée lui échappe largement. Mais les passer sous silence serait risquer de faire douter de leur réalité. Nous ne pouvons donc éviter d'en parler.

Fidèle en cela à notre projet de nous inscrire dans les marges du possible, de l'immédiatement concrétisable, nous voudrions cependant rester volontairement en retrait des perspectives d'évolution auxquelles on pourrait conclure à partir des prémisses qui ont été dégagées. Ce qui en effet doit intéresser l'historien du droit, aujourd'hui, ce n'est pas de tirer des plans très vastes sur l'avenir lointain c'est de savoir, au terme d'une réflexion rigoureuse, une fois tracées des perspectives à long terme, ce qu'il doit faire demain — c'est de faire faire à l'histoire du droit ce petit pas qui peut la sortir de la crise dans laquelle elle est engagée et faute duquel sa place ira sans aucun doute s'amençant dans l'enseignement juridique.

Tenter de dire ce que pourraient être ces conséquences dans l'ensemble de l'histoire du droit serait une tâche immense et à laquelle, n'exerçant pas de responsabilités dans ce domaine, nous pensons n'avoir aucun droit. Mais il est, nous semble-t-il, un point qui gouverne largement le devenir de notre discipline parce que, comme nous l'avons vu, il revêt une importance cruciale pour la compréhension de son essence même et que nous connaissons plus particulièrement: l'évolution de la pensée juridique depuis le 18^e siècle. Pour illustrer brièvement notre propos nous souhaitons donc, en nous en tenant à l'histoire de la science juridique contemporaine, dire ce que pourrait être — si l'on extrapole les tendances passées dans ce domaine et en conséquence de ce qui vient d'être écrit — son insertion dans l'appareil d'élaboration et de diffusion du savoir.

Pour un domaine de recherche, c'est une étape capitale que son institutionnalisation comme discipline. C'est par là qu'il acquiert réellement l'existence. Pour cela il ne suffit pas en effet qu'à un certain moment existent des aspirations diffuses — car ce ne sont que des potentialités. Il faut encore qu'elles s'inscrivent dans un cadre qui leur donne enfin conscience d'elles-mêmes, voire les légitiment à leurs propres yeux. Si on ne leur fournit pas un lieu pour se matérialiser, elles ne se trouveront jamais.

Désormais érigée en domaine reconnu de recherches, l'histoire de la science juridique moderne et contemporaine demande donc à côté d'un approfondissement de ses méthodes et de ses sources la mise en place de structures propres.

Le problème se pose de façon très différente selon qu'on l'envisage sur le plan national ou international car les exigences n'y sont pas les mêmes.

Dans le cadre français, c'est évidemment l'enseignement qui doit retenir l'attention. Si, comme cela nous paraît nécessaire, on juge qu'il y a lieu — à l'imitation de ce qui se fait dans des pays voisins — de donner dans les programmes la place qu'elle mérite à la pensée des juristes sur l'Etat et le Droit du Moyen-âge à nos jours, il faut sans aucun doute créer un enseignement consacré à ces matières, placé au début des études juridiques.

Il s'agirait de fournir à l'étudiant de première année, avant d'aborder l'étude du droit et des institutions proprement dits, une histoire de la pensée politique et juridique dans leur cadre européen qui constituerait une introduction à ses études ultérieures. Faute de cet enseignement qui offre un cadre privilégié permettant une approche d'ensemble on ne saurait en effet percevoir l'unité de la culture juridique européenne dans ses diverses composantes.

Le programme, déjà à demi réalisé du fait de l'existence d'un cours d'histoire des idées politiques, en est facile à tracer pour la partie manquante: — renaissance et réception des droits savants, — droit naturel, — codifications, — écoles juridiques du 19^e siècles... Il faut espérer qu'un tel enseignement qui manifeste la continuité de l'évolution de la science juridique, oblige de voir très au delà des frontières nationales et lie le développement de la pensée au cadre économique, social et culturel trouvera un jour sa place dans nos facultés.

Au plan international, comme nous avons eu déjà l'occasion de l'exprimer dans le passé, la première conséquence de cette orientation serait à l'évidence, afin de coordonner les recherches, la mise en place de la *Commission internationale d'historiographie juridique*, à la suite et sur le modèle de la Commission d'histoire de l'historiographie du Comité international des sciences historiques qui vient de voir le jour, il faut maintenant créer¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Comme à l'évidence, à chaque époque, la science forme un tout, c'est, au delà, une *Commission internationale d'histoire des sciences sociales* qu'il faut créer, et où la science juridique aurait sa place, une place à notre sens déterminante.

L'histoire de la science juridique en effet occupe dans l'histoire du droit, du fait de son objet propre et des méthodes qui lui sont particulières, une place à part. Sans doute conviendrait-il de regrouper ceux qui lui consacrent leurs efforts dans une association où ils poursuivraient en commun une réflexion plus nécessaire que jamais. Faute de le faire, on s'exposerait à voir la recherche s'atomiser et ne garder un semblant de cohésion que du fait de liens personnels purement informels.

Pareille Commission devrait se proposer trois buts:

— stimuler la réflexion méthodologique en l'organisant à un niveau supranational où elle a rarement l'occasion de s'exprimer;

— entreprendre la collation approfondie des sources au moyen d'un instrument qui, tenant compte de la nécessité d'une informatisation, devrait être une *Banque de données sur l'histoire de la science juridique européenne* de la fin du Moyen-âge à nos jours¹⁶⁸;

— assurer une fonction d'information par la fondation d'une revue qui entreprenne de jeter les bases d'une théorie critique de la science juridique. C'est en effet par la création d'un organe propre que se définit toujours un nouveau domaine de la recherche¹⁶⁹.

Une fois ces bases assurées, le résultat sous la forme d'une vaste synthèse solidement fondée à la fois quant à sa méthode et quant à ses sources ne serait plus qu'une question de temps.

Enfin, dans un cadre plus limité et pour recréer l'échange franco-allemand qui a tant fait dans le passé pour l'histoire du droit on pourrait penser à des *Recontres franco-allemandes d'histoire du droit* qui, mettant en contact chercheurs de langue française et de langue allemande, déjà régulièrement réunis dans des instances nationales, deviendraient vite classiques¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Il s'agit d'assurer une centralisation de l'information qui réponde pour les manuscrits à ce qu'a été pour les imprimés la constitution d'une bibliothèque centrale — celle de Francfort — ayant vocation à posséder l'ensemble de ce qui a été publié. Ceci suppose que soit répertorié, conservé sous forme de microfilms puis enfin — car les inédits ont pour vocation de ne pas le rester — préparé pour l'édition l'ensemble des documents concernant la science juridique depuis la fin du Moyen-âge. D'après ce que nous savons de l'ampleur des fonds concernant le passé de notre discipline la tâche, lourde sans doute et destinée à durer, ne paraît pas irréalisable.

¹⁶⁹ Il est une tâche encore qui serait nécessaire au plan international: sur le modèle de ce qui existe déjà pour d'autres disciplines, une série de notices biographiques des juristes contemporains paraissant sous forme de fascicules, par laquelle se trouverait réunie une documentation considérable.

¹⁷⁰ Parmi les voies ouvertes à un travail commun on peut encore penser, de façon plus limitée, à un Groupe de recherche sur l'histoire de l'administration, du droit administratif et de la pensée administrative, disciplines où l'échange franco-allemand a eu, au siècle dernier, un rôle fondateur. L'essen-

Qu'importent d'ailleurs les réalisations qui verront effectivement le jour et à qui elles seront dues. L'essentiel est de raisonner en termes à la fois de rigueur méthodologique et de réalisme pratique afin de parvenir à une dynamique du possible, aussi éloignée de l'immobilisme que d'une réflexion abstraite qui ne débouche sur rien. L'essentiel c'est d'agir — mais d'agir dans le cadre tracé par une réflexion préalable.

Cependant l'institutionnalisation des tendances nouvelles est un processus particulièrement lent du fait de la multiplicité des pesanteurs qui s'y opposent et si nous devons attendre pour travailler dans d'autres directions qu'elle soit accomplie, nous ne ferions rien sans doute dans les prochaines années. Aussi importe-t-il d'appliquer sans attendre à nos recherches, afin de les réorienter, un certain nombre d'idées simples, aisément praticables et à la portée de tous.

Pour résumer d'un mot notre pensée en revenant à notre point de départ, ce que nous souhaitons pour l'immédiat en définitive fortement marquer c'est la nécessité d'une recherche coordonnée mais qui respecte la liberté de chaque chercheur, sachant faire son profit des méthodes les plus récentes de l'ensemble des sciences de l'homme mais après une réflexion préalable qui évite de résoudre leur utilisation à une simple imitation, étendue enfin dans le temps et dans l'espace à des territoires encore ignorés.

Du point de vue de la méthode, la problématique à mettre en oeuvre est, bien sûr, celle des *Annales* — mais plus généralement celle des courants novateurs qui traversent actuellement les sciences de l'homme; et ceci dans une perspective critique. Rappelons une dernière fois les points essentiels.

A imiter les nouvelles tendances de l'historiographie d'abord autant le faire complètement. Il est donc nécessaire de ne pas se limiter à une réception partielle de ce qu'elles ont fait et d'intégrer l'ensemble de leur apport. Mais allons plus loin encore en suivant les nouvelles tendances de l'historiographie non seulement dans leurs accomplissements passés mais aussi dans leurs réalisations présentes. Partons à leur rencontre dans la vie et pas uniquement dans les livres qu'elles ont produit, voyons les se faire, interrogeons les sur leurs projets; scrutons en un mot les questions qu'elles se posent et non celles qu'elles ont déjà résolu.

Le centre de gravité de la réflexion méthodologique dans les sciences sociales s'est par ailleurs énormément déplacé depuis

tiel est de ne pas laisser se développer isolément les recherches de part et d'autre d'une frontière.

plusieurs années: il est en train de quitter l'histoire — qui a perdu son rôle autrefois à peu près exclusif pour n'être plus qu'une partie d'un ensemble extrêmement vaste — pour d'autres disciplines. C'est bien plus de la linguistique, de l'anthropologie ou de la psychanalyse en effet que nous sont venues ces derniers temps les impulsions qui stimulent la pensée. Le phénomène institutionnel serait difficilement connaissable voire impossible à appréhender sans leur secours. Mettons les donc à contribution.

La réception de ces influences doit se faire enfin dans une perspective critique. C'est à dire qu'elles doivent être utilisées comme un point de départ pour une relecture de nos propres interrogations et non comme des propositions directement normatives. Elles ne doivent en rien être autant de *recettes* que nous appliquerions. La première leçon des tendances novatrices sur lesquelles nous avons voulu attirer l'attention c'est, nous l'avons déjà dit, d'apprendre à réfléchir par nous même. Apprenons donc à penser de façon autonome.

Enfin conservons dans notre travail une perspective d'action toujours présente, l'idée d'un lien à établir entre l'érudition et la vie, la volonté de montrer en quoi ce que nous faisons sert à comprendre l'évolution de notre société à partir de son passé, à expliquer sa situation présente, à l'aider à discerner son avenir.

Reste un point que nous voudrions souligner une nouvelle fois en terminant, tant il nous semble aujourd'hui ignoré: la nécessité pour l'historien du droit d'être avant tout un juriste, parfaitement informé du droit actuel — mais un juriste porteur de cette expérience unique que donne la connaissance du passé et tirant de sa maîtrise de l'histoire des enseignements précieux pour la compréhension du présent¹⁷¹.

Un jour viendra, n'en doutons pas, où ces pensées seront du domaine commun. Les préventions oubliées, elle deviendront la nouvelle orthodoxie — au nom de laquelle sans doute on récusera avec beaucoup de bonne conscience l'innovation à nouveau marginalisée.

Mais d'ici là il reste un horizon à ouvrir. Cette perspective, c'est de croire que l'histoire du droit a encore un avenir et de récuser en conséquence ces phrases désabusées, devenues si courantes aujourd'hui dans notre discipline, qui ne peuvent que faire

¹⁷¹ Ce n'est là d'ailleurs que la conséquence immédiate de ce qui précède. Car en définitive, nous semble-t-il, plus nous aurons conscience de ce qui se fait autour de nous, plus nous y prendrons une part active et plus nous nous voudrions et nous sentirions juristes.

particulièrement mal à un historien du droit qui croit à ce qu'il fait car il semblent qu'elles blessent ce qui constitue sa raison d'être. Sans doute tout ceci, plus tard, semblera évident puis désuet. Mais dans l'immédiat c'est un beau programme et qui justifie largement qu'on s'attache à une discipline dont nous ne cesserons jamais pour notre part de dire les immenses possibilités.