

Une question interdite

Interrogé par Rainer Maria Kiesow, je vais répondre comme m'ont enseigné à répondre ceux de la Glose. *Ex loco*: j'écris en cette Revue qui succède au Rechtshistorisches Journal, publication à l'humeur transgressive. *Ex materia*: il va s'agir de l'entrelacement de l'historicité et du juridique, notions associées dans une relation aujourd'hui opaque. *Ex tempore*: je m'adresse à plus jeunes que moi, qui sont là où j'ai été et viendront là où je suis.

Ailleurs qu'en cette Revue, la question posée paraîtrait saugrenue. Se soucie-t-on, de nos jours, chez les philosophes, les anthropologues, et même les historiens, d'histoire du droit? Le fait est révélateur, non pas tant d'une fragmentation des savoirs, que du faible degré de conscience, chez les historiens-juristes, de l'importance extrême, à l'échelle d'une réflexion sur la culture, de la chose qu'ils manient. Sans doute faut-il ajouter: dans ces conditions, de quoi parlons-nous?

Si l'on reconnaissait que nous travaillons sur la structure dogmatique des sociétés humaines, par conséquent à partir d'une vision de la logique qui en soutient les montages, la prise en compte des procédures d'évolution du phénomène normatif n'aurait pas à se justifier, pour la simple raison que sans elles l'objet de l'étude disparaîtrait. Mais en Occident contemporain, traversé d'idéaux obscurantistes d'un nouveau genre, la question centrale enfermée dans *ce que nous appelons le droit* – sur quel fondement logique repose l'exigence de légitimité? – est censée balayée, comme relevant d'un autre âge, tandis que nous entrons dans la »post-humanité«, le temps de *la régulation généralisée*. Ainsi l'histoire du droit peut-elle continuer à vivre et

prosperer au sein d'isolats d'une érudition dénuée de sens, et cependant capable de promouvoir, dans le meilleur des cas, une sorte de tourisme intellectuel »à la carte« dans l'entre-soi de mini-réseaux.

Enfin survient l'expression du Malaise, de la part de quelques-uns qui n'ont pas renoncé à penser! Enfin, dis-je, ce »*pourquoi l'histoire du droit?*«, que j'attendais des plus jeunes depuis si longtemps. Faut-il craindre, pour reprendre le mot cruel de Musil, »autant de réponses que d'abeilles dans une ruche«? Autant dire: faut-il craindre l'impossible reconnaissance d'un dénominateur commun, pouvant fédérer les recherches? Ce serait sceller le Malaise, l'empêcher de produire ses effets de désenclavement, non pas en direction d'agglomérats grégaires où mijote quelque interdiscipline à la mode, mais dans la perspective d'avoir souci d'un essentiel: comprendre et faire comprendre *un monde généalogiquement organisé* auquel appartient le normatif à l'occidentale.

* * *

Le plus délicat, le plus résistant à l'analyse dans la tentative de discerner la spécificité de l'histoire du droit, c'est ceci: considérer le fait qu'il existe un axe autour duquel s'agglutinent les productions de la recherche – recherche disséminée, apparemment riche d'orientations multiples, lesquelles en vérité trahissent un effritement progressif des éléments censés constituer la matière de notre discipline. Car, *qu'est-ce que le droit*, et *qu'est-ce que la fonction des juristes*, dans le système de représentation de la culture, la »Weltanschauung« d'aujourd'hui? Et donc, *qu'est-ce que l'historien est légitimé à rechercher*,

par ses travaux, forcément appelés à prendre sens dans la culture?

L'idéologie de l'«Efficiency», qui accompagne le déploiement de la techno-science-économie comme forme nouvelle de la culture occidentale – nommons-la selon sa marque: la civilisation du droit civil¹ – et, par voie de conséquence, fonctionne comme *réécriture du fondement de toute légitimité*, pose radicalement la question qui nous préoccupe, mais en des termes d'utilitarisme: *à quoi sert l'histoire du droit?* A l'époque de la Référence gestionnaire, qui réduit la pensée à l'emprise instrumentale, les grands ensembles juridiques se développent d'après cette ligne, de sorte que, sollicitée de s'adapter à ce mouvement, l'histoire du droit glisse insensiblement vers un statut pour ainsi dire touristique, c'est-à-dire de savoir folklorisé – un savoir dénué de pensée critique. Serait-ce là une révolution? Non, et c'est précisément sur ce point – l'adaptation à l'économie sociale de la doxa –, touchant au statut bien particulier de la relation histoire/droit, que la formulation de Kiesow peut permettre d'engager une réflexion décisive sur *une zone de questionnement interdit*, là où il s'agit d'appréhender ce qu'ordinairement nous méconnaissons, l'historicité en histoire du droit; entendons: l'évolution d'une fonction incluse dans cette discipline même et qui nous renvoie à la *mémoire sélective* de la civilisation.

En tant que discours inscrit dans le phénomène d'évolution de l'institutionnalité occidentale, lequel en même temps constitue son objet propre, l'histoire du droit sert une cause. Et cette cause, nous pouvons la saisir: le développement et les métamorphoses des montages issus de la Romanité et du Christianisme latin, montages dont l'expression actuelle se veut à la fois laïco-industrielle *et* tendue vers un horizon nouveau, parfois caractérisé comme »post-hu-

manité«. ² L'histoire du droit, même folklorisée, peut-elle longtemps servir cette cause, ostensiblement indifférente à sa propre historicité? Autrement dit, peut-elle servir la cause de »la table rase«? Son objet serait-il donc, à terme, appelé à disparaître, devenu irreprésentable à l'échelle de la culture? Ou alors, confrontée aux propagandes contemporaines, l'histoire du droit peut-elle se donner les moyens de contribuer au dévoilement, en s'avancant vers la zone du questionnement interdit?

Encore devons-nous prendre la mesure de notre héritage, et donc d'abord faire un inventaire: la scientification de l'histoire juridique, telle qu'elle s'est installée depuis le XIXe siècle, a pris le relais des *pratiques d'invocation du passé* qui, dans la tradition européenne, étaient venues étayer et alimenter la mise en forme des Etats modernes et de leurs échafaudages juridiques, administratifs, fiscaux, etc. Ces pratiques ont été coextensives à l'avènement du système normatif élaboré à partir du creuset médiéval (les éléments du corpus dit des droits savants), non seulement selon le style Common Law aujourd'hui encore si bien conservé, mais aussi dans le contexte continental soumis au remue-ménage de la Révolution française.

Nous savons tous à *quel type de passé remémoré* se référerait l'invocation devenue pratique argumentaire et, à proprement parler, source législative: principalement à l'immense réservoir romain – romain en ses deux sens: impérial, puis pontifical –, sans lequel la modernité n'eût jamais surgi. Qu'il suffise de rappeler ici le transfert, dans l'Angleterre d'avant et d'après la *Magna Carta*, des élaborations de la romanistique bolonaise, si importante pour l'avènement de l'esprit procédural britannique; ou encore, à l'autre bout de la chaîne historique, l'extraordinaire expérience de l'*Usus modernus*

1 Notons que les travaux sur le terme »civilisation« omettent systématiquement d'interroger la notion de »civil«. Significative, cette censure de la tradition juridique constitutive de l'Occident m'a conduit à introduire le concept de »civilisation du droit civil«.

2 Le nouveau slogan de la »post-humanité«, nouvelle mouture du thème de l'Homme Nouveau, ap-

partient aux propagandes annonçant le futur idyllique. Cf. par exemple, les propos de l'universitaire américain Verner Vinge (San Diego State University) pour un symposium sponsorisé par la NASA en 1993: »...We are on the edge of change comparable to the rise of human life on earth ...«

Pandectarum dans l'Allemagne du XIXe. Inutile d'insister sur les cas nationaux auprès des lecteurs de la revue *Rechtsgeschichte*, habitués à fréquenter le *Handbuch* mené à bien par Helmut Coing. Mais, au terme de la vaste production érudite qui, après la seconde guerre mondiale, a connu un si remarquable essor international, une question se pose: quel en sera le destin? Ou plus précisément: que ferons-nous de cet héritage?

Ce *que faire?* abrite une interrogation sur le sens de la relation histoire/droit plus haut évoquée, ancrée dans le constat que la scientification de l'histoire du droit répondait essentiellement à *un but de conservation*: contribuer à maintenir la cohérence interne du mode juridique de la pensée par un travail constant de réassurance de la mémoire. En d'autres termes, l'historisation du droit, par une science positive et non pas seulement scolastique, a servi jusqu'à présent à donner au système normatif européen parvenu à l'ère des sécularisations accomplies, le sens de la profondeur généalogique. Dans cette perspective, de cette discipline si particulière, d'abord destinée à l'usage interne du monde des juristes, on peut traduire une telle fonction en termes anthropologiques: l'histoire scientifique du droit a joué comme *forme rationaliste de commémoration*, c'est-à-dire finalement comme avatar du discours rituel de *réappropriation de l'origine* dans l'Europe d'après les Lumières.

* * *

Empruntant au droit minier le terme de »tréfonds«, j'évoquerai maintenant le *tréfonds du Texte* occidental – dans ma conception, la notion de *Texte* englobe les concepts désormais technocratisés de société, culture, civilisation³ –, où gît ce que nous méconnaissons, les éléments »oubliés«, c'est-à-dire en fait refoulés, de la mémoire instituée. Selon cette vision des choses

auxquelles ont affaire les historiens du droit, la prise en compte de l'historicité ne devrait pas relever d'une représentation linéaire du temps, mais bien plutôt *sédimentaire*, en quelque sorte géologique (à l'analogie de ce que proposait l'angle d'attaque de Spengler étudiant l'Occident confronté aux autres cultures).⁴ Et voilà ce qui par principe nous sépare des autres branches de la recherche historique, car l'histoire juridique (quelle que soit sa matière, y compris du côté des grandes constructions féodales et coutumières de l'Europe) tire d'abord sa plausibilité et sa consistance épistémologique propre d'une relation directe à la matrice textuelle du romano-christianisme remodelé par le Moyen Age classique (= à compter des XIe–XIIe siècles). Faute d'une approche critique de cet ancrage, progressivement obscurci par les essais d'alignement sur le positivisme des sciences sociales, la recherche a pris le tournant de l'insignifiance – processus de décomposition entamé de longue date.

Tréfonds du Texte, qu'est-ce à dire? Il ne s'agit pas de prétendre investir un domaine inconnu (les sources romano-canoniques sont parfaitement identifiées comme soutien du binôme moderne Etat et Droit), mais d'appréhender les *différences de statut logique* d'une couche sédimentaire à l'autre, et à partir de là, de découvrir la ou les raisons pour lesquelles ces différences de statut sont ignorées. Entendons que celles-ci concernent le nouage, ou si l'on préfère, la combinaison d'éléments qui fonctionnerait comme une machine à tisser: dès lors que le tissage est réalisé, l'utilisation du tissu, sa teinture éventuelle et sa coupe ne dépendent plus de cette *opération causale*. C'est bien à quoi nous assistons au Moyen Age: un nouage, d'un type entièrement nouveau, entre le droit romain légué par l'Empire et le christianisme latin, tissage dont notre modernité demeure entièrement dépen-

3 Je me suis longuement expliqué là-dessus, dans un ouvrage auquel je me permets de renvoyer le lecteur: *De la Société comme Texte. Linéaments d'une Anthropologie dogmatique*, Paris, Fayard, 2001.

4 Empruntant aux minéralogistes, O. Spengler a introduit le terme de »pseudomorphose«, pour caractériser un phénomène de remaniement dans la formation des blocs de minéraux. Cf. *Le Déclin de*

L'Occident. Esquisse d'une morphologie de l'histoire universelle, trad. Paris, Gallimard, 1976, I, 173 ss.

dante, à travers une suite d'enchaînements et de mutations dûs à l'avènement des sciences et du triomphe industriel. Mais, le tissu originaire, dans la structuration de sa trame, est le même. Ainsi, nous comprenons qu'est à l'œuvre le *processus historique de la causalité institutionnelle*, c'est-à-dire le processus de fondation de l'Occident moderne maniant, selon son style propre, la logique universelle de l'institutionnalité, laquelle exige que les règles sociales ne se conçoivent que dans les montages d'une légitimité. Or, que découvre-t-on? Très exactement, ce que la mémoire sélective ne prend pas en compte: la légitimité changeante des règles juridiques au fil du temps, autrement dit que *le droit est indéfiniment en quête de son fondement*.

Il y a là l'essentiel de l'essentiel, qui touche au secret de l'hégémonie occidentale, à la capacité stratégique de ce système historique, le seul parmi les civilisations du Livre à dissocier la problématique du fondement et le déploiement d'une normativité présentant le caractère d'une pure technicité. Ni les montages du judaïsme ni ceux produits par le Coran ne fonctionnent sur la base d'une dissociation des deux plans, pas plus que les cultures étrangères dépecées par l'ethnologie, laquelle ne s'interroge pas sur ces questions. Et pour cause: mettre le doigt là-dessus, c'est dévoiler *les sources d'un principe de rationalité politique et social* dont nous nous prévalons face au reste du monde, mais qui en réalité résulte de la rencontre, ni conçue à l'avance ni maîtrisable, d'une tradition normative construite comme échappant aux dieux (le droit romain classique) et de la textualité chrétienne, en tant que telle vide de règles sociales. C'est cette rencontre, au sens du *hasard qui survient*, qui a fait la fortune géo-politique et du christianisme et de ce que nous appelons le droit. De cet événement complexe, à l'échelle de

la formation du Texte sur le continent européen, nous sommes les rentiers, et *l'interdit de questionnement* joue son rôle pour maintenir intacte la croyance selon laquelle la vision techniciste des relations inter-humaines (et du sujet humain lui-même) est due à la Raison scientifique promue par l'Occident moderne. Non, cette vision a pour origine le romano-christianisme – origine que les sciences sociales, porteuses d'une ignorance fonctionnelle, sont incapables d'assumer, c'est-à-dire de comprendre et faire comprendre.

Dès lors, interrogeons-nous: l'histoire du droit peut-elle aller jusque là?

* * *

S'il est avéré que le droit romain a été porteur du principe technique, et le christianisme porteur du discours de légitimité sous sa forme théologique, métamorphosée en matrice idéologique (pour reprendre le vocabulaire du XVIII^e siècle),⁵ que reste-t-il à penser? L'histoire juridique se trouve-t-elle démunie comme devant un champ dévasté, face à ce que dévoile l'interrogation sur le statut structural du tréfonds? Je suis d'avis que cette discipline, si j'ose dire, a désormais les mains libres.

En conclusion de mes remarques, je voudrais attirer l'attention sur deux points importants.

La question de la Raison du droit, autrement dit de son fondement, doit être libérée de ses bandelettes; j'entends: des leurres ou prétentions qui l'encombrent. Si l'histoire du droit s'est automarginalisée, passablement après la décennie 1960, cela tient en fin de compte au fait que, ne pouvant évidemment s'accepter comme folklore, elle a transféré l'interrogation sur le fondement vers une sorte d'annexe, noblement intitulée philosophie-du-droit, auberge espagnole ouverte aux discours des quatre vents, mais *sans porter à conséquences décisives* sur la question

5 On sait le succès immense du néologisme «Idéologie», objet du traité de Destutt de Tracy en 1796. Notons qu'à partir des sécularisations accomplies, c'est-à-dire dans le courant du XIX^e siècle, la notion d'idéologie tient la place qu'occupait celle de théologie dans l'élaboration du fondement de légitimité.

des questions: *savoir ce que véhicule l'idée de droit.*

Dans la perspective d'une histoire structurale visant à saisir les éléments refoulés du Texte, donc à réévaluer la problématique du fondement, on renonce forcément à appliquer le terme »droit« à toute forme de normativité, c'est-à-dire on renonce à soutenir, sans même avoir à l'énoncer, que les systèmes normatifs inventés par l'humanité sont en définitive convertibles en un seul, le nôtre, comme tente de l'accréditer une prétendue anthropologie juridique, dernier avatar de l'occidentalisme effréné chez les socio-historiens du droit.

Le temps, me semble-t-il, est venu d'affronter ceci: sous l'éclairage d'une *historicité rapportée à la logique de la structure* (et non plus à la linéarité d'une production normative en quelque sorte mécanique), une nouvelle problématisation de ce que véhicule l'idée de droit oblige à repenser radicalement l'objet et les catégories de la recherche. Il faut alors poser sans détours que *le droit*, comme toutes les constructions normatives élaborées hors de l'Occident, *est sans autre fondement que d'être l'effet de cette logique de la structure*, laquelle exige et articule deux plans, indissociables et

cependant théoriquement repérables: a) *le plan de l'élaboration théâtrale d'un »pourquoi des lois?«*, c'est-à-dire de la mise en scène de la légitimité; b) *le plan du déploiement des effets normatifs de la scène fondatrice* (qu'il s'agisse de la culture étatique, héritée du romano-christianisme, ou des cultures autrement instituées).

De ces brèves notations, on retiendra que cette perspective conduit, ou devrait conduire, à réinscrire – je dis: *réinscrire*, songeant aux précurseurs (Alciat entre autres, Vico ...) et aux publicistes-liturgistes d'Ancien Régime – la problématique des images et, plus généralement, des formes esthétiques (au sens le plus général de ce terme) qui assument en toute société, y compris donc pour l'Occident issu du romano-christianisme, la fonction de mise en scène, c'est-à-dire le pouvoir de légitimer. Dès lors il s'agit, pour une histoire du droit consciente des temps où nous sommes et assurée de son objet, de prendre en compte *la dimension de la vie de la représentation*, sans laquelle le jeu social des règles juridiques se perd dans l'opacité de chronologies dénuées de sens et dans l'arbitraire des variations politiques, religieuses, économiques, etc., détachées de leur sous-sol.

Pierre Legendre

