

JOURNAL OF INTERDISCIPLINARY HISTORY OF IDEAS



2017

Volume 6 Issue 11

Item 5

– Section 3 : Notes –

Interpréter les faits

Dialogue entre histoire et droit

par

Manuela Albertone et Michel Troper



JIHI 2017

Volume 6 Issue 11

Section 1: Editorials

1. *Editorial* (M. Albertone, E. Pasini)

Section 2: Articles

2. *Le théâtre en révolution. Jeux et enjeux juridiques et politiques 1789–1799* (J. Ruffier-Méray)
3. *The Non-Orientability of the Mechanical in Thomas Carlyle's Early Essays* (A. Pannese)
4. *From Literature to Politics: how Rousseau Has Come to Symbolize Totalitarianism* (C. Salvat)

Section 3: Notes

5. *Interpréter les faits. Dialogue entre histoire et droit* (M. Albertone, M. Troper)

Section 4: Reviews

5. *Book Reviews and Notices* (P.D. Omodeo, G. Vissio)

Section 5: News & Notices

6. *Activities of the GISI | Les activités du GISI (2017)*
-

Interpréter les faits

Dialogue entre histoire et droit

Manuela Albertone et Michel Troper

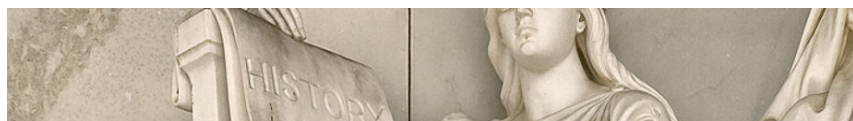
Droit et histoire se mêlent dans le parcours intellectuel de Michel Troper, réputé parmi les juristes pour sa théorie réaliste de l'interprétation, apprécié par les historiens notamment pour ses travaux sur la séparation des pouvoirs et la Constitution de l'an III. La valeur de l'interdisciplinarité est une évidence et une nécessité pour ce juriste pour qui la curiosité pour les autres disciplines et le dialogue entre les spécialistes de différentes formations font partie de la recherche et de son propre parcours d'éducation. Dans le dialogue entre Albertone et Troper – le premier d'une série que notre Journal va publier –, autour du langage et des mots, droit et histoire se rapprochent : reconstruire le contexte, saisir la valeur et l'utilisation des mots et des concepts par les acteurs du passé sont autant d'éléments essentiels pour le travail aussi bien celui des juristes que celui des historiens.

O DROIT ET HISTOIRE se mêlent dans le parcours intellectuel de Michel Troper, professeur émérite à l'université Paris Ouest-Nanterre-La Défense, réputé parmi les juristes pour sa théorie réaliste de l'interprétation, apprécié par les historiens notamment pour ses travaux sur la séparation des pouvoirs et la Constitution de l'an III¹.

La valeur de l'interdisciplinarité est une évidence et une nécessité pour ce juriste positiviste, élève de Charles Eisenmann, formé par la lecture d'Hans Kelsen, connaisseur et glossateur de Raymond Carré de Malberg, et pour qui la curiosité pour les autres disciplines et le dialogue entre les spécialistes de différentes formations font partie de la recherche et de son propre parcours d'éducation.

¹ Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*; préface de Charles Eisenmann, Paris, LGDJ, 1973 (rééd., Lextenso éditions, 2014); Id., *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006.

Le rôle central du langage et du discours, aujourd'hui au cœur de l'histoire intellectuelle, impose aussi une réflexion sur les mots de la science juridique. Autour du langage et des mots, auxquels Michel Troper a toujours accordé une grande attention, droit et histoire se rapprochent : reconstruire le contexte, saisir la valeur et l'utilisation des mots et des concepts par les acteurs du passé sont autant d'éléments essentiels pour le travail aussi bien celui des juristes que celui des historiens.



1 JE VOUDRAIS développer ces réflexions à partir d'une sorte de dialogue que Michel Troper noua avec François Furet en 1992 dans la revue « *Annales* », qui a pour titre *Sur l'usage des concepts juridiques en histoire*¹. Michel Troper y abordait la question du rapport entre droit et sciences sociales concernant soit l'influence du droit sur la société soit des sciences sociales sur le droit. Les juristes, comme les historiens souhaitent dépasser les intentions des acteurs historiques. Les juristes positivistes et réalistes veulent eux aussi décrire le droit tel qu'il est réellement. Peut-on parler en général d'un dialogue nécessaire entre droit et histoire ou s'agit-il plutôt d'un rapport privilégié entre le positivisme juridique et l'histoire par rapport aux autres disciplines ? Est-ce qu'on peut voir à ton avis un lien entre les méthodologies des deux disciplines ? Est-ce qu'on peut penser à une "communauté de méthode" entre juristes et historiens, tous les deux visant à s'approcher au plus près de la compréhension des faits ?

Je ne crois pas qu'il y ait une divergence entre historiens et juristes mais plutôt des différences entre historiens et des différences entre juristes et ces différences ne portent même pas sur la définition de ce qui est un fait, mais plutôt sur la manière d'établir les faits et sur leur signification. Il faut éviter de

¹ Id., *Sur l'usage des concepts juridiques en histoire*, « *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* », XLVII, n. 6, 1992, pp. 1171-1183 ; François Furet, *Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire*, *ibid.*, pp. 1185-1194.

tirer ici des conséquences excessives des distinctions que font les juristes entre normes et faits, que l'on peut d'ailleurs comprendre de plusieurs manières.

Cette question du rapport entre droit et fait est l'une des questions centrales de la philosophie du droit : elle est l'une de celles qui divisent les jusnaturalistes et les positivistes. Les premiers croient que le droit (non pas le droit positif, mais ce qui est pour eux le véritable droit) est dans la nature, c'est-à-dire dans un ensemble de faits (*ex facto jus oritur*) et que le rôle du juriste est de déchiffrer cette nature. Les seconds croient que le droit est seulement produit par une volonté humaine, mais cette volonté est bien sûr aussi un fait. D'autres, au premier rang desquels Kelsen, soutiennent que, puisque le droit est fait de normes, qui relèvent du devoir être, celles-ci ne peuvent être dérivées des faits, puisque, selon la loi de Hume, on ne peut inférer une proposition normative d'une proposition indicative. D'autres encore, les réalistes, admettent que les normes ne sont pas autre chose que des faits.

Cependant, tous seront d'accord pour dire que l'existence d'une norme est au moins analogue à un fait, même s'ils sont en désaccord sur les raisons pour lesquelles il faut tenir ce fait pour établi. Pour le positiviste, comme d'ailleurs pour le jusnaturaliste, il y a un code civil en France, parce que le législateur de 1804 a décidé de l'adopter. Pour le kelsenien, parce qu'il est conforme à la constitution en vigueur à l'époque, pour le réaliste, parce qu'il est appliqué par les tribunaux. Mais tous peuvent décrire ce fait ou le décrire *comme* un fait. A cet égard, il n'y a aucune différence entre juristes et historiens.

Les difficultés commencent quand l'existence d'un certain fait dépend non pas de l'existence d'un autre fait empirique (l'existence du code dépend de la réalité de l'acte de volonté du législateur), mais de l'interprétation d'une règle. Les révolutionnaires ont d'ailleurs rencontré cette difficulté dans leur discussion sur le jury civil. Selon la conception du pouvoir judiciaire dominante à l'époque, celle de Montesquieu et Beccaria, la puissance de juger devait être « en quelque sorte nulle » et le jugement seulement la conclusion d'un raisonnement syllogistique, dont la prémisse majeure serait la loi et la mineure le fait. La majeure serait donc fournie au juge par le législateur et la mineure par le jury populaire. En matière pénale, c'était relativement facile : Si la loi ordonne que les voleurs soient punis et si le jury a considéré que X est bien un voleur, alors il ne reste au juge qu'à condamner X à la peine prévue. Il n'a exercé aucun pouvoir.

Mais en matière civile, les choses ne sont pas aussi simples : si la loi décide que les enfants légitimes héritent de leurs parents, mais non les enfants naturels, il faut déterminer qui sont les enfants légitimes, mais la question de savoir si X et X' sont les enfants légitimes de Y et Z, dépend notamment de celle de savoir si c'est un fait que Y et Z étaient bien mariés. Or, il ne s'agit évidemment pas d'un fait empirique et on ne peut répondre à la question qu'après avoir interprété le code, analysé l'acte de mariage, etc. La question de fait dépend donc de la question de droit.

Cependant, la question peut se transformer à nouveau en une question de fait, si on la considère sous l'angle historique, parce que, c'est un fait que, dans le passé, les juges ont décidé que Y et Z étaient mariés ou qu'ils ne l'étaient pas. On n'établit pas ce fait au terme d'un raisonnement juridique, en interprétant le code, mais simplement en recherchant si l'événement que constitue le prononcé d'un jugement a bien eu lieu.

Il est pourtant impossible de traiter toutes les questions relatives au droit du passé en faisant le récit de certains événements, comme l'adoption d'une loi ou d'une décision de justice. Tout le monde admet ce fait que l'Assemblée nationale constituante a adopté en 1791 une constitution et que cette constitution accorde au roi le pouvoir de refuser sa sanction aux décrets adoptés par le corps législatif. La seule question est de savoir si le roi recevait ainsi un pouvoir législatif. Il s'agit de la qualification du fait et il ne s'agit pas là d'une question empirique. On ne peut y répondre qu'au terme d'un raisonnement et à ce point il y a des divergences sérieuses, qui, à mon avis n'opposent pas historiens et juristes, mais les historiens entre eux et les juristes entre eux. Dans la discussion avec Furet, ce qui était en question était justement la méthode. Il prétendait connaître la nature du veto à partir des intentions des constituants et ces intentions à partir des discours à l'Assemblée nationale. Je soutenais quant à moi, qu'il fallait découvrir ce que les constituants avaient fait en réalité. Mais, il n'y a à mon avis rien qui contraigne l'historien à s'en tenir aux intentions et d'un autre côté, il y a bien des juristes qui interprètent les textes à la lumière des intentions réelles ou supposées de leurs auteurs.

2 *AU CŒUR de ta discussion avec Furet on retrouve en effet un procédé – lequel peut être très profitable à l'analyse historique – qui concerne la nature*

du veto du roi, à l'époque de l'élaboration de la Constitution de 1791. Furet soutient qu'il s'agissait d'un pouvoir illusoire, tu soulignes au contraire qu'en analysant la nature du pouvoir du roi à l'aide d'une théorie postérieure, on arrive à comprendre la portée du veto qui faisait du roi le coauteur du pouvoir législatif, car son consentement était nécessaire à l'adoption d'une loi. C'est ce que tu as ensuite appelé un méta-concept et qui découle de ta réflexion sur le rapport entre histoire et théorie du droit : « Les méta-concepts sont indispensables à l'histoire du droit, mais ils ne peuvent être testés que par elle »¹.

Tu as marqué que l'absence de relations entre l'histoire et le droit est préjudiciable aux deux disciplines et tu as établi la distinction entre les concepts juridiques, qui sont inscrits dans l'histoire, et les méta-concepts, que tu considères anhistoriques et indispensables pour analyser les concepts juridiques, tout étant conscient de la nécessité d'éviter tout risque d'anachronisme. Tu juges quand même les méta-concepts indépendants de l'histoire et résultants de la théorie du droit, même si j'avoue avoir un peu du mal à les considérer détachés « du système historique concret ». Je partage quand même ton opinion que leur valeur est opératoire.

Dans ta thèse sur la séparation des pouvoirs et notamment dans ton travail sur la Constitution de l'an III tu as étudié la mutation des concepts dans leur contexte historique. La distinction que tu as posée entre l'histoire des idées concernant des vérités éternelles et l'histoire des concepts, c'est-à-dire leur évolution et l'étude du moment où ils sont apparus, est sans doute un acquis profitable au-delà de la dimension juridique. Je voudrais, comme historienne soucieuse de remonter aux sources, suivre la genèse de ta notion de méta-concept. Tu as écrit que tu as songé tardivement au terme de "méta-concept". Quel est le parcours qui t'as amené à cette mise au point lexicale de ta méthodologie ?

La distinction des concepts et des méta-concepts est celle que pratique Marc Bloch, sans utiliser ces termes. Il souligne que le concept de "société féodale" est inconnu au Moyen-Âge. Mais, si, par crainte de l'anachronisme, nous analysons la société médiévale de l'Europe occidentale exclusivement à l'aide de termes et de concepts employés à cette époque, nous nous privons de toute possibilité de

¹ Michel Troper, *L'histoire du droit et la théorie générale du droit*, ds. *Storia e Diritto Esperienze a Confronto*, Incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni fiorentini, « Quaderni fiorentini » n° 104, 2013, pp. 387-397. Id., *Le méta-concept de hiérarchie des normes et son utilité pour l'histoire du droit*, dans Nicolas Laurent-Bonne, Xavier Prévost (eds.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne ; Regards croisés sur les méthodes des juristes*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 159s.

comparer cette société à une autre dans laquelle on employait des termes et des concepts différents. Il faut donc, pour comparer, c'est-à-dire pour comprendre, recourir à des concepts qui ne soient ceux d'aucune des sociétés que nous cherchons à décrire. "Société féodale" est un concept de ce genre, qui lui permet de comparer la société médiévale de l'Europe occidentale, la société russe du 19^{ème} et la société japonaise avant l'ère Meiji pour conclure. Marc Bloch n'utilisait pas le terme de "méta-concept", mais il me semble convenir, puisqu'il désigne un concept qui réfère à d'autres concepts.

Je comprends ta réserve quand tu dis avoir un peu du mal à les considérer détachés du système historique concret, mais je me suis probablement mal exprimé. Il ne fait aucun doute que les méta-concepts sont les éléments de théories, qui, comme toutes les théories, sont évidemment les produits d'une époque et d'un contexte historique, mais elles doivent être opératoires pour plusieurs lieux et plusieurs époques. Ce sont d'ailleurs les théories qui sont liées au contexte et non directement les méta-concepts. Il n'en va pas de même des concepts historiques, qui eux sont produits pour remplir une fonction spécifique, par exemple de justification. On voit bien que le méta-concept de "règle" permet de rendre compte de phénomènes sociaux très divers, tandis que le concept de décret du corps législatif employé dans la constitution de 1791 est lié à cette constitution et répond à la nécessité de désigner un acte qui n'est pas encore une loi et qui ne le deviendra qu'après avoir reçu la sanction royale.

Il n'y a donc pas de véritable anachronisme dans cette démarche, pas plus qu'il serait anachronique de dire que Ramses II était atteint de la tuberculose, sous prétexte que le bacille de Koch n'a été découvert que bien plus tard. Ce qui serait anachronique serait de parler de la constitution de l'Egypte pharaonique ou d'établir une équivalence entre les décrets du corps législatif et les décrets en Conseil des ministres de la 5^{ème} République.

Tu as raison de souligner que, dans ce débat avec Furet, je n'utilisais pas le terme de "méta-concept", mais j'avais déjà souvent utilisé la théorie des niveaux de langage. Dans ce débat, le concept de co-auteur de l'acte est bien un "méta-concept".



3 CETTE notion de méta-concept renvoie d'une certaine façon à l'idée d'invariant de Paul Veyne. Je crois en même temps que ton idée et l'emploi que tu en fais sont différents. Je m'explique pour mieux préciser ma position d'historienne. La notion de méta-concept du juriste est bien plus profitable pour moi que la notion d'invariant qui vient d'un historien comme Veyne, car il me semble qu'à travers ta notion de méta-concept tu n'as pas l'ambition de comparer des réalités différentes, mais de mieux comprendre et de saisir les concepts utilisés dans un contexte historique. Mes doutes ne concernent pas ta méthodologie, mais plutôt la valeur anhistorique que tu reconnais dans le méta-concept.

Au cœur du discours de Veyne il y a le mot "explication", qui, au-delà de ce qu'il écrit, garde l'idée de quelque chose de vrai à faire connaître¹. Il a une attitude qui est à mon avis seulement apparemment désacralisante. Je crois plus fructueuse la notion de "paradigme interprétatif" de Kuhn, d'après lequel il y a des notions, des concepts qui sont tenus comme vrais, mais qui sont destinés à être dépassés, quand on parvient à définir un autre paradigme interprétatif. La critique principale que j'adresse à l'approche de Veyne est donc d'avoir négliger l'importance heuristique du contexte. Comme historienne, je n'arrive pas à profiter de la réflexion d'un historien qui n'apporte pas de contributions à la dimension propre de sa discipline et qui n'a pas un intérêt (une passion) pour la spécificité du passé. Veyne légitime uniquement une histoire qui conceptualise, ce qui amène à mon avis à perdre de vue la spécificité de l'approche historique et l'apport que l'histoire peut donner au dialogue entre disciplines. Il assimile l'histoire à la sociologie, une notion de sociologie typiquement française englobant les sciences humaines. C'est vrai que ces réflexions sont désormais datées. Pour qui, comme moi, pratique l'histoire intellectuelle un tournant a été plutôt représenté par John Pocock et Quentin Skinner et par le groupe de Sussex, pour qui l'histoire intellectuelle est intrinsèquement interdisciplinaire et le contexte est une évidence et une nécessité pour comprendre la

¹ Paul Veyne, *L'inventaire des différences*, Paris, Seuil, 1976, p. 21.

signification des idées et les mutations entre les mots et la réalité. Personnellement j'ai profité en particulier de l'approche de Donald Winch (qui eut une formation d'économiste) et de son attention à comment les idées se transmettent, se traduisent, quelle est leur réception.

Je reconnais une dette envers Paul Veyne, mais elle ne concerne pas la notion de méta-concept, qui me semble différente de celle d'invariant. Ce qui m'a prodigieusement intéressé, c'est sa réflexion sur la question de savoir à quelles conditions l'histoire peut être appelée "science". Cette question est capitale aussi pour la théorie du droit, spécialement pour les positivistes, qui se définissent notamment par leur volonté de construire une science du droit et, pour certains d'entre eux, de la construire sur un modèle dérivé de celui des sciences empiriques. Mais cette volonté se heurte à une difficulté considérable : ou bien les normes juridiques sont conçues comme des entités idéales, qui ne sont pas susceptibles d'entrer dans des relations causales et ne peuvent donc être l'objet d'une véritable science empirique ou bien elles sont conçues comme des faits empiriques, qui relèvent de la causalité, mais elles relèvent alors non du devoir être, mais de l'être et la science du droit perd toute spécificité pour se fondre parmi les sciences sociales. Il m'a semblé possible d'esquisser une solution à partir des thèses de Paul Veyne. Il soutient que l'histoire n'est pas une science parce qu'elle ne peut expliquer les événements en les subsumant sous une loi générale, mais seulement par une mise en intrigue, c'est-à-dire en en faisant le récit. Il a sans doute raison pour ce qui concerne l'impossibilité de la subsumption, mais il a tort de croire que cette mise en intrigue serait différente de la causalité¹. On peut, même dans les sciences de la nature, expliquer un événement sans connaître la loi générale sous laquelle le subsumer et sans en montrer qu'il devait nécessairement survenir, mais en décrivant après coup le mécanisme qui l'a produit, c'est-à-dire ses causes. Autrement dit, la rétrodiction dont parle Paul Veyne est une explication causale sans appel à une loi générale. C'est précisément ce qu'on peut faire en droit, comme en histoire : un récit, qui explique un événement comme une décision juridictionnelle, le recours à une certaine forme de justification ou l'adoption d'une disposition constitutionnelle

¹ Paul Ricoeur, *Temps et récit*, Paris, Seuil, 1983, collection Points 1991, t. 1. p. 221 ; William Lycan, « Explanation and epistemology », ds. Paul Moser (ed.), *The Oxford Handbook of Epistemology*, Oxford University Press, USA, 2002, pp. 408-434s.

par des causes dont certaines sont politiques ou sociales, mais d'autres proprement juridiques, parce qu'elles résident dans les rapports entre normes déjà en vigueur.

Quant à l'idée d'invariant, je reconnais qu'elle n'est pas dénuée de toute ressemblance avec celle de méta-concept, bien que je n'aie pas le souvenir, dans ce cas, d'avoir suivi ou d'avoir réagi à Paul Veyne. Elles ont évidemment quelques points communs : il s'agit de concepts ; ces concepts sont dérivés de théories contemporaines ; elles se situent à un niveau métalinguistique et elles doivent faciliter la description du passé.

Il y a pourtant quelques différences considérables. D'abord, comme leurs noms l'indiquent, les méta-concepts permettent de décrire et d'expliquer les concepts employés à des époques passées, que j'appelle "concepts historiques", tandis que les invariants de Paul Veyne doivent servir à décrire une réalité sociale. D'autre part, les invariants doivent permettre aux historiens de déterminer la spécificité d'une époque en mesurant les modifications ou les déclinaisons qu'elle leur fait subir, l'impérialisme ou la guerre. Paul Veyne présuppose ainsi – assez naïvement selon moi – qu'il y aurait des phénomènes communs à toutes les sociétés ou tout au moins à plusieurs d'entre elles et que les sciences sociales nous les feraient apercevoir. Les méta-concepts ne reposent nullement sur de tels présupposés et il n'est pas besoin de prétendre qu'il existe réellement une hiérarchie des normes ou des constitutions ou des organes. Ce ne sont que des concepts que créons parce que nous les jugeons utiles pour comprendre la formation de certains concepts historiques désignés par d'autres termes, comme État ou souveraineté.

Sur ce point, je me sens moi aussi plus proche de la méthode de Skinner qui consiste à considérer les textes – mais aussi les concepts historiques – comme des réponses à des questions spécifiques à une époque. J'ajoute seulement que ces questions spécifiques ne sont aperçues par les historiens que parce qu'ils disposent de méta-concepts.

4 LA NOTION de souveraineté est au cœur de tes recherches, qui se sont beaucoup concentrées sur la révolution française. Mon travail d'historienne (tu as raison quand tu dis qu'il y a des différences entre historiens et des différences entre juristes) m'a amené à juger essentiel le rôle des concepts juridiques pour

la compréhension du discours révolutionnaire. On peut en trouver à ce sujet des exemples à propos de ce que tu as écrit sur l'idée de l'unité de la souveraineté et du veto du roi¹. Les hommes de 1789 expérimentaient de nouvelles formes politiques et ils visaient à aboutir à la vérité, une idée qui n'était pas inconciliable avec la notion de révision constitutionnelle, la constitution n'étant pas tenue comme un texte universellement valable. Est-ce que pour le juriste positiviste, pour lequel les normes font partie du contexte dans lequel elles trouvent leur naissance, la perspective historique est uniquement une référence ou elle a aussi une valeur heuristique ?

Il y a en effet chez les révolutionnaires une croyance dans le droit naturel. Selon eux, le droit positif est susceptible d'être déduit des "vrais" principes. Cependant, il n'est pas obligatoire en raison de sa conformité à ces vrais principes, mais parce qu'il a été posé, c'est-à-dire voulu par le souverain. Mais ces idées peuvent être interprétées de plusieurs manières et l'on peut considérer ou bien que ceux qui s'opposent à un projet ou à une règle déjà adoptée le font par ignorance ou par trahison ou bien au contraire que les principes doivent être adaptés aux besoins d'un peuple concret selon les nécessités du moment, de sorte qu'il n'est pas interdit de chercher à améliorer les règles existantes. S'agissant de la constitution, certains parmi les révolutionnaires, la veulent rigide, mais d'autres, comme Jefferson ou Condorcet, souhaitent qu'elle puisse être modifiée à chaque génération. On pourrait comprendre cette attitude comme la marque d'une conception de la constitution comme produit de la volonté. Une telle interprétation serait d'ailleurs confortée par l'affirmation qu'une génération ne saurait être soumise aux précédentes, ni les vivants aux morts, mais on peut, je crois, concilier le souci de réviser fréquemment la constitution et la conception d'un texte conforme aux vrais principes. C'est que si le travail constituant est l'application de principes de droit naturel, encore faut-il qu'ils puissent être appliqués à un peuple particulier à un certain moment de son histoire. Chaque génération n'exprime donc pas une volonté relative, mais énonce des règles au terme d'un processus rationnel.

Sur le lien entre volonté et liberté il faut encore distinguer. Rousseau considère, comme Montesquieu, que l'homme est libre lorsqu'il est soumis à la loi et seulement à la loi, mais la raison pour laquelle la soumission à la loi le rend libre est différente. Pour Montesquieu, c'est parce que, dès lors que la loi n'est

¹ Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994.

pas modifiée au moment de son application, c'est-à-dire si elle est générale et fixe, nous connaissons à l'avance les conséquences de nos actions et pouvons faire des choix libres. Pour Rousseau, c'est que la loi est l'expression de la volonté générale. Si nous y avons participé, alors en nous soumettant à la loi, nous sommes encore soumis à notre propre volonté. Si nous refusons d'obéir, alors, on nous forcera à être libre. Pourtant, on n'est pas dans un pur volontarisme, car la loi n'est pas toujours réellement l'expression de la volonté générale. Elle ne l'est que si certaines conditions sont remplies qui, elles découlent de la raison.



Quant à la fonction de la perspective historique, il faut rappeler, et déplorer, que bien souvent, les théoriciens du droit d'orientation positiviste ne s'en soucient pas. Ni Kelsen, ni Hart, ni Ross, n'ont attaché une grande importance à l'Histoire. Pourtant, si l'on admet qu'une telle théorie du droit a pour fonction de créer des concepts, qui sont en réalité des méta-concepts, elle n'a pas en effet besoin de l'histoire, mais l'histoire a une double utilité. D'une part, elle permet de montrer que ces méta-concepts sont utiles pour rendre compte non seulement du droit positif contemporain, mais également celui du passé. D'autre part, décrire le droit positif d'une époque donnée, c'est décrire et tenter d'expliquer la formation des concepts dans un certain contexte historique.

Prenons le cas de la séparation des pouvoirs. Une partie de la doctrine française du droit public soutenait qu'elle consiste dans la spécialisation et l'indépendance des organes et qu'elle aurait pour conséquence leur équilibre. Elle classait alors les constitutions en deux catégories, celles qui organisaient une confusion des pouvoirs et celles qui étaient fondées sur une telle séparation des pouvoirs. La seconde catégorie se subdivisait en séparation rigide et séparation souple. Une partie importante de la doctrine estimait que la séparation rigide mettait les pouvoirs en mesure de s'arrêter l'un l'autre, au point qu'il devait en résulter des coups d'État. Sur la base de cette classification, elle opérait un classement et rangeait parmi les constitutions à séparation rigide des pouvoirs,

outre la constitution américaine de 1787, les constitutions françaises de 1791, 1795 et, dans certains cas, 1848. La séparation des pouvoirs ainsi comprise était un méta-concept.

Pour examiner sa pertinence, il fallait rechercher d'abord si des autorités spécialisées et indépendantes pouvaient réellement se faire équilibre – la réponse est non – mais aussi si le méta-concept était opératoire, c'est-à-dire si la classification qui en découlait permettait de classer rationnellement les constitutions et de rendre compte des concepts historiques de la séparation des pouvoirs, autrement dit du sens de l'expression séparation des pouvoirs que l'on rencontre dans les textes de '91 ou '95. La réponse est encore non.

On voit que le recours à l'histoire est ici indispensable à la théorie du droit. Mais on voit aussi l'utilité de la théorie du droit pour l'histoire, car on ne peut comprendre la signification de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme qu'à la lumière d'une théorie correcte de la séparation des pouvoirs. En réalité, les historiens ne se sont jamais détachés de la théorie du droit, mais nombreux sont ceux qui se sont fondés implicitement sur la théorie erronée de la doctrine française du droit public et ont cru que la formule « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » signifiait « point de constitution digne de ce nom » et en ont conclu à tort que l'Assemblée nationale se préparait ainsi à adopter une constitution fondée sur une séparation rigide.

5 JE VOUDRAIS *ajouter qu'on a écrit à propos de ta thèse, La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, qu'il y a une continuité de références dans tes travaux, que tu as fait aussi de l'histoire du droit et de l'histoire des doctrines politiques et qu'elle a aussi une valeur méthodologique, car elle marque la nécessité de se débarrasser des fausses interprétations¹. Tu as rappelé ci-dessus que la notion de séparation des pouvoirs n'est pas un critère utile pour classer les constitutions et que cette approche est contraire à la méthode historique. Autour de la notion de constitution tu as utilisé l'histoire pour reconstruire la théorie. L'historien, et en particulier l'historien qui pratique l'histoire intellectuelle, peut encore saisir dans ton premier travail beaucoup d'arguments efficaces*

¹ Olivier Beaud, *Michel Troper et la séparation des pouvoirs*, dans *Michel Troper*, « Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques », XXXVII, n. 1, 2003, pp. 150-171.

sur la nécessité de soumettre les termes à une analyse sémantique et historique, sur le glissement des mots pour exprimer des concepts différents à des époques différentes.

On a beaucoup écrit sur ta contribution à la science juridique et sur l'originalité de ta théorie réaliste de l'interprétation¹. On a parlé des auteurs qui ont été tes références prioritaires, Carré de Malberg, Kelsen, Eisenmann, mais on n'a pas discuté de ce dont tu es redevable à Norberto Bobbio, un auteur que tu évoques souvent, et aussi à Giovanni Tarello.

J'ai en effet été très marqué par tous ces auteurs. Sur la question spécifique de l'interprétation, ce n'est pas tant Carré de Malberg et Eisenmann, qui en traitent assez peu, que les réalistes. Quant à Bobbio, j'ai été intéressé en particulier par ses travaux sur l'analogie et l'interprétation extensive. C'est essentiellement à partir d'une lecture du dernier chapitre de la théorie pure du droit de Kelsen et de ce qui m'a semblé être une orientation réaliste de sa pensée que j'ai commencé à réfléchir à cette question. Parmi les réalistes, j'ai été particulièrement impressionné par Tarello, peut-être parce qu'il appliquait sa rigueur à la fois à l'histoire et à la théorie du droit, avec des travaux sur la méthodologie, le langage, sur les idéologies de la codification, l'école réaliste américaine. Très naturellement, je me suis senti des affinités avec plusieurs de ses élèves, qui forment ce que l'on appelle l'école de Gênes et qui sont devenus des amis proches.

6 TU ES un juriste et tu as commencé ton travail de recherche par une étude sur les théories constitutionnelles au dix-huitième siècle et en particulier sur Montesquieu, un auteur qui s'est mesuré avec le droit aussi bien qu'avec l'histoire. La période révolutionnaire et la constitution de 1791 tiennent également une place très importante dans ton travail. Le dix-huitième fut le siècle qui eut l'ambition de maîtriser tous les savoirs. De Montesquieu aux révolutionnaires français, tu as retracé une réflexion sur le pouvoir judiciaire qui annonçait l'image du juge automate : « Selon la conception juridictionnelle de l'époque des Lumières, telle qu'elle était exprimée par Montesquieu, Beccaria et par les révolutionnaires français, il n'y a pas, à proprement parler, de pouvoir judiciaire »². Je proposerais d'in-

¹ *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, eds., Denys de Béchillon, Pierre Brunet, Véronique Champeil-Desplats, Eric Millard, Paris, Economica, 2006.

² Michel Troper, *Séparation des pouvoirs*, dans *Dictionnaire de philosophie politique*, eds. Philippe

clure parmi ces références aussi le rationalisme politique d'origine physiocratique, d'après lequel la loi n'était pas faite par les hommes, étant donnée en nature. J'ai la conscience que cela nous amène à aborder la notion de droit naturel, que ton positivisme juridique rejette, comme tu l'as déjà largement expliqué. Tu as établi un lien entre jusnaturalisme et conservatisme. Si l'on dépasse les intentions des auteurs, on peut quand même saisir ce qui rattache, par exemple, Condorcet à cette tradition intellectuelle (voir le roi automate de sa Lettre d'un jeune mécanicien)¹. Je crois que la perspective historique peut nous aider à saisir aussi la valeur de rupture de la notion de droit naturel.

Je suis tout-à-fait d'accord pour inclure le rationalisme politique d'origine physiocratique. Cependant, le rationalisme ne conduit pas à exclure tout pouvoir discrétionnaire, ni à éliminer complètement la volonté politique. Même Condorcet, dans la *Lettre d'un jeune mécanicien*, ne l'exclut pas. Il imagine un roi automate, parce que c'est un roi sans aucun pouvoir et qui fait ce que veut la majorité de l'assemblée et que lui transmet le président. Cela dit, les deux idées que la loi est donnée en nature et qu'elle est voulue par le législateur, ne sont pas incompatibles. D'une part, si elle est donnée en nature, elle n'a de valeur juridique, autrement dit, elle n'est obligatoire qu'une fois énoncée par la volonté du législateur ; celui-ci peut se tromper, mais sa volonté s'impose jusqu'à ce qu'il revienne sur sa décision. D'autre part, elles peuvent toutes deux être au fondement de la conception du pouvoir judiciaire comme puissance nulle, puisque, selon cette conception, le jugement ne doit être que l'application à un cas particulier d'une loi générale. Peu importe que le législateur l'ait énoncée comme une manifestation de sa volonté libre, c'est-à-dire de ses préférences, ou qu'il la présente comme la déclaration d'un principe de droit naturel. Dans les deux cas, la marge de pouvoir discrétionnaire du juge est nulle et les sujets ne sont soumis qu'aux lois.

Raynaud, Stéphane Rials, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2003, p. 712.

¹ Marie-Jean-Antoine-Nicolas Caritat de Condorcet, *Lettre d'un jeune mécanicien aux auteurs du Républicain*, 16 juillet 1791, dans Id., *Œuvres*, éd. A. Condorcet O'Connor, M.-F. Arago, 12 vols., Paris, F. Didot frères, 1847-1849. t. XII, pp. 239-241.



7 JE VOUDRAIS *m'adresser encore au juriste. Dans l'article qui porte sur ton travail sur la séparation des pouvoirs, Olivier Beaud nous dit que tu as qualifié ta thèse de travail non scientifique. Peux-tu expliquer tes arguments ?*

Olivier Beaud a rappelé en effet que j'avais critiqué le jusnaturalisme auquel j'avais reproché de n'être pas scientifique. Les raisons pour lesquelles le jusnaturalisme n'est pas scientifique sont multiples. Comme toujours tout dépend de la conception que l'on a de la science. Certains jusnaturalistes refusent eux-mêmes de considérer leur démarche comme scientifique (par exemple si la connaissance qu'ils prétendent avoir du droit naturel leur vient de la spéculation métaphysique ou de la révélation). D'autres retiennent le mot (Villey par exemple) parce qu'ils appellent « science » tout ce qui leur paraît ressembler à un ensemble d'idées systématiquement organisées. Mais si l'on se rattache au contraire à une conception de la science dérivée de l'empirisme et qui se fonde sur la loi de Hume, alors le jusnaturalisme n'est pas scientifique et d'ailleurs ne prétend pas l'être.

Olivier Beaud m'avait objecté qu'on ne devait pas laisser les auteurs définir eux-mêmes ce qui est scientifique et ce qui ne l'est pas. J'avais alors répliqué qu'en effet je ne prétendais pas présenter ma thèse sur la séparation des pouvoirs comme un travail scientifique car elle ne visait pas à décrire des normes – tâche incombant à la science du droit –, mais plutôt un « travail de théorie juridique », un travail d'« interprétation » portant sur des doctrines, ce qui amène ainsi à ainsi la question du rapport entre science du droit et théorie du droit.

Je maintiens cette position. Je ne définis pas librement ce qui est scientifique, mais je me réfère simplement à l'épistémologie positiviste, selon laquelle une science est un ensemble de propositions visant à décrire un objet bien défini avec lequel elle ne se confond pas et qui sont empiriquement vérifiables ou réfutables. Kelsen a défini sur ce modèle une science du droit, faite de propositions de droit, par lesquelles on décrit des normes ayant une existence objective indépendante d'elle. Ce que j'appelle théorie juridique est une description dont

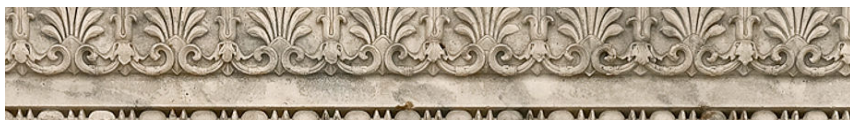
l'objet n'est pas une norme, mais un ensemble de normes, dont elle recherche la signification globale, un travail qui relève de l'interprétation et dont les conclusions ne peuvent être vérifiées empiriquement. Ainsi, la science du droit peut énoncer la proposition de droit : « la constitution de 1791 institue une autorité nommée "corps législatif" habilitée à adopter des décrets, une autre nommée roi, habilitée à accorder ou refuser pendant un certain délai sa sanction... ».

Une telle science n'est sans doute pas très complexe et le plus souvent elle consiste seulement dans la reproduction au style indirect des dispositions contenues dans un ou plusieurs textes, mais elle correspond incontestablement à ce qu'on entend par science. Il est fréquent cependant que l'on ne puisse émettre une telle proposition qu'après avoir procédé à une interprétation des dispositions en question et avoir tenté de déterminer ce qu'elles impliquent et l'on a coutume d'appeler la discipline ainsi conduite « dogmatique juridique », qui est alors distincte de la science proprement dite. A un niveau plus général, on pourra dire : « en créant un corps législatif et un roi muni d'un droit de veto suspensif, l'Assemblée nationale constituante a organisé la domination de l'Assemblée (Furet) » ou bien « elle a organisé un système de balance des pouvoirs (Troper) ». Il n'y a pas de test empirique permettant de trancher entre ces deux positions. C'est pourquoi je parle de travail non scientifique, ce qui ne veut pas dire, bien sûr, qu'il ne doit pas être rigoureux.

8 *DANS ton travail sur la Constitution de l'an III, tu as parlé de l'autonomie des concepts juridiques par rapport aux doctrines politiques et sociales.*

Dans la vision positiviste classique, le contenu des normes exprime une volonté politique, c'est-à-dire les préférences des détenteurs du pouvoir. Les positivistes classiques estiment avoir peu à dire sur la manière dont se forment ces préférences. Comme elles résultent de facteurs multiples (des intérêts économiques, des fidélités de groupe, la religion, l'idéologie politique etc.), la plupart des théories du droit positivistes s'intéressent peu au fond du droit et privilégient l'analyse formelle. Pour elles, si le fond du droit a changé, c'est que les détenteurs du pouvoir politique ont changé ou que leurs préférences ont changé. Pourtant, on peut montrer que les concepts juridiques ont une certaine autonomie – les marxistes parleraient de l'autonomie relative de la superstructure –, c'est-à-dire qu'ils résultent d'un certain nombre de contraintes venant du

système juridique lui-même, notamment des contraintes argumentatives. Cela ne signifie évidemment pas que les contraintes politiques ou idéologiques n'existent pas, mais qu'elles se traduisent dans un langage spécifique, qui produira à son tour des effets. En l'an III par exemple, les Thermidoriens souhaitent abandonner le suffrage universel institué par la constitution de '93, mais faute de pouvoir, pour des raisons politiques, adopter une règle à cet effet, ils modifient la définition du citoyen, de telle sorte que les citoyens soient seulement ceux qui paient un certain minimum d'impôt, mais que tous les citoyens exercent le droit de vote. Ils peuvent alors soutenir que le suffrage est resté universel. Cette modification conduit à son tour à une distinction entre le concept de citoyen et celui de national. Ces concepts spécifiques de citoyen et de national résultent sans doute des préférences politiques, mais seulement médiatement. Immédiatement elles résultent de la nécessité. Redéfinir le citoyen était le seul moyen de restreindre le droit de vote tout en paraissant maintenir le suffrage universel.



9 Nous avons parlé jusqu'ici du rapport entre le juriste, et en particulier le juriste réaliste, et l'histoire. Je voudrais maintenant me concentrer sur la perspective historique, c'est-à-dire sur l'avantage, et je dirais la nécessité pour l'historien, qui pratique l'histoire intellectuelle, d'adopter correctement les concepts juridiques. Je suis historienne, je suis intéressée à la dimension pluridisciplinaire et je voudrais donc me concentrer sur ta contribution de juriste à l'interprétation historique et en particulier à ta lecture de la révolution française. Je crois qu'on n'a pas suffisamment réfléchi sur ta contribution d'historien au débat historiographique sur la révolution française, toutes les discussions sur tes travaux s'étant concentrées sur la dimension juridique ou méthodologique, tu-même as axé ta discussion avec Furet sur son refus d'utiliser les méta-concepts.

Dans ta critique tu lui as reproché d'avoir utilisé les catégories juridiques à l'appui d'une thèse historique. De son côté Furet critique le juriste qui fait du droit un objet pur de science et il renverse tes arguments, en parlant d'un usage du savoir historique dans l'analyse des concepts juridiques. Il insiste pour considérer ensemble le cadre et les intentions des acteurs historiques, même si en dépit de ces affirmations il donne un tableau partiel des discussions autour du veto royal, finalisé à sa propre lecture des événements, qui se caractérise par le lien qu'il établit entre la théorie de la souveraineté de l'absolutisme et l'œuvre de l'Assemblée constituante.

La dimension méthodologique de la controverse est irréfutable, mais l'apparente incommunicabilité entre juriste et historien masque, à mon avis, deux interprétations opposées de la Révolution française. Je crois qu'on peut saisir toute la portée de cette distance en comparant ton volume, *Terminer la Révolution*. La constitution de l'an III avec le travail de Bronisław Baczko, *Comment sortir de la Terreur*, tous les deux devenus désormais des points de référence essentiels pour l'étude de la période post-thermidorienne.

Ton étude révèle la présence de l'historien d'une façon encore plus forte que ta thèse, par le récit chronologique minutieux des différentes phases de la révolution après Thermidor et au sein du Comité des Onze, qui aboutirent à la Constitution de 1795, et par l'attention aux dynamiques politiques. Tu y revendiques quand même l'autonomie des concepts juridiques et tu maintiens que l'analyse historique ne peut être menée sans l'aide de la théorie juridique. De cette double approche ressort une interprétation forte non seulement de la Constitution de l'an III mais aussi de la révolution¹.

Ta lecture de juriste réaliste fait de la Constitution le produit des événements et leur traduction en termes juridiques. Les principes constitutionnels sont jugés comme le résultat de l'action et du compromis. De là ressort ton interprétation historique : dans la constitution de l'an III il y eut rupture dans le contenu, mais continuité dans les principes, ce qui ressort très bien, par exemple, de ta lecture du projet de constitution présenté par Condorcet en février 1793.

Baczko donne une toute autre lecture, qui doit, de son propre aveu, beaucoup à Furet². Les mots clés de son interprétation sont réaction et utopie. Il juge que les

¹ Michel Troper, *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006.

² Bronisław Baczko, *Comment sortir de la Terreur : Thermidor et la Révolution*, Paris, Gallimard,

Thermidoriens ne disposaient pas d'un projet politique, étant plutôt poussés par la désillusion. Thermidor aurait détruit le mythe révolutionnaire et révélé l'épuisement et l'usure de la révolution, que Baczko juge être la condition fatale de toute révolution. Ces considérations s'accordent d'ailleurs avec sa lecture de la Révolution française, d'un 1789 qui n'eut pas la capacité de créer un système pluraliste et qui conditionna le cours entier de la révolution jusqu'à la coupure représentée par Thermidor.

Je fais de Baczko une lecture un peu différente. Il me semble qu'il présente en effet Thermidor comme une coupure, mais admet qu'il a fallu le penser comme l'assurance d'une continuité. Et il cite Lindet pour qui le redressement des abus de la terreur devait constituer le « retour aux règles et aux principes, à ses valeurs originaires ». C'est exactement ce que dit Bonaparte en l'an VIII : « la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie ».

10 JE SUIS d'accord avec toi, je ne me suis pas peut-être bien expliquée. Baczko aussi voit une continuité et partage avec toi l'attention pour la période thermidorienne, qui a été pour trop longtemps négligée. Cette continuité est conçue toutefois dans le cadre d'une lecture de la Révolution, qui bien qu'elle émane d'un intellectuel qui garde sa spécificité, s'inscrit dans les coordonnées de Furet, et qui l'empêche de saisir les éléments d'expérimentation politique aussi bien ceux de la Révolution que ceux de Thermidor. Ton interprétation de la Révolution française en juriste se détache à mon avis aussi bien des historiens qui retrouvent en 1789 les amorces de la Terreur, que des lectures post-furetiennes qui nous présentent une élite politique modérée en 1789, radicalisée ensuite par le cours des événements¹.

À partir de Carré de Malberg l'attention des juristes à la révolution française comme terrain privilégié du constitutionnalisme moderne a donné aux historiens des instruments interprétatifs dont on ne peut plus se passer². En rapport aux fondements de la constitution de l'an III tu ne vois pas une coupure en ce qui concerne

1989.

¹ Timothy Tackett, *The coming of the terror in the French Revolution*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2015.

² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1922.

les notions de nation et de souveraineté. Tes compétences de juriste ont apporté une contribution importante aux chantiers actuels de la recherche historique (si l'on pense à des auteurs tels que Pierre Serna, Bernard Gainot parmi d'autres)¹, qui font de la période post-thermidorienne un laboratoire politique. Ton volume avec sa richesse d'annexes rejette l'idée de Baczko d'une démocratie rudimentaire et d'une imagination politique limitée des Thermidoriens.

Je voudrais enfin conclure notre dialogue par une considération terminologique. Pour dresser son tableau Baczko utilise à maintes reprises le mot terminer la révolution, qui figure aussi dans le titre de ton travail. Ayant en vue deux lectures si différentes de la Révolution, il aurait peut-être été mieux utiliser d'autres verbes, tels que "accomplir", "aboutir" ou "compléter", pour exprimer au mieux la continuité dans la construction de l'architecture constitutionnelle de la France, saisie par le juriste attentif à mettre en évidence le noyau d'une pensée élaborée en 1789 et qui se modela tout au long des métamorphoses des contextes ?

Tu as raison. Il y a un autre verbe auquel je regrette de n'avoir pas songé, "achever", qui a le double sens de "mettre fin à", et de "compléter".



Thomas Crawford, Justice and History, early 1860s. Senate Wing, East Front, U.S. Capitol
(<http://www.aoc.gov/art/other-sculpture/justice-and-history-sculpture>)

¹ Bernard Gainot, 1799, *un nouveau Jacobinisme ? La démocratie représentative, une alternative à brumaire*, Paris, CTHS, 2001 ; *Républiques sœurs. Le Directoire et la Révolution atlantique*, éd. Pierre Serna, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2009.