

# L'HISTOIRE DES CONCEPTS JURIDIQUES ET LA QUESTION DU CONTEXTE

PAR

Marc LOISELLE

Tel qu'il est formulé, l'intitulé de cet article suggère au moins deux types d'analyse. D'une part, une étude historique des concepts juridiques à partir des textes dans lesquels ils s'insèrent (le contexte au premier sens du terme) et qui leur confèrent leur signification. Il paraît cependant inutile de revenir ici sur cette règle fondamentale qui régit l'interprétation, en particulier en droit français où, pour des raisons historiques, l'exégèse est conditionnée par la loi écrite (Perelman, 1979 : 19). L'intitulé suggère d'autre part une étude des concepts juridiques sous l'angle des circonstances dans lesquelles ils sont élaborés (le contexte au sens large) ; il s'agira alors d'analyser la relation que les concepts juridiques, définis par différents interprètes du droit, entretiennent avec les phénomènes qui les entourent, qu'ils désignent et auxquels ils confèrent un sens. Cette forme d'analyse revêt cependant deux aspects qui, malgré leur complémentarité, répondent à des logiques distinctes : elle peut viser, d'un côté, à déterminer si les concepts juridiques sont le reflet, sous une forme ou sous une autre, du contexte historique dans lequel ils s'insèrent et, de l'autre, à établir si celui-ci peut être compris comme la conséquence de la façon de penser et d'agir induite par ces concepts<sup>1</sup>. Seul le premier aspect nous intéressera ici, puisque nous tenterons de déterminer à la fois l'influence du contexte sur les concepts juridiques (et sur les mots qui les désignent) et le rôle qu'il est susceptible de jouer dans leur analyse.

---

1. Comme l'affirme Parain Vial (1959 : 132), « les représentations conceptuelles, non seulement symbolisent le réel, mais encore en permettant de le manipuler, le constituent. Toute possibilité de subsumer des faits sous un concept entraîne des conséquences dans la réalité, car la prévision des conséquences incite les hommes à modifier leur conduite afin qu'elle soit plus facilement subsumable sous les catégories juridiques. (...) Il y a donc une action réciproque du réel sur les concepts juridiques et des concepts juridiques sur le réel. Elle se manifeste par l'évolution du droit et par celle des structures sociales ».

Cette étude est elle-même tributaire d'un certain contexte marqué, en premier lieu, par une série d'interrogations consécutives à diverses utilisations apparemment anachroniques de concepts juridiques, en particulier dans le champ de la théorie de l'Etat (en plein essor). C'est ainsi que, par exemple, « la science juridique romaine » a pu être considérée comme la source du « premier élément constitutif de la théorie de l'Etat et du droit, c'est-à-dire la prise en compte de la primauté du droit dans l'Etat. L'Empire romain, en multipliant et en affinant les règles de droit, consacra la prépondérance du droit dans l'Etat » (Boutet, 1991 : 17), révélant ainsi la nature juridique du concept d'Etat. Le mot « Etat » est pourtant un néologisme qui caractérise la forme moderne du pouvoir politique émergeant en Europe aux environs des XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles (Beaud, 1990 : 119). De la même manière, le concept d'« Etat de droit » a pu être employé pour désigner ce type moderne d'Etat apparu, à la fin du Moyen Age, principalement en France et en Angleterre, mais à l'exclusion de l'Allemagne (Barret-Kriegel, 1989 : 33 et s.). Pourtant, ce concept a été élaboré à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, précisément par la doctrine juridique allemande, puis française, pour décrire et caractériser une réalité toute autre<sup>2</sup>. En outre, ces utilisations s'accompagnent souvent de la démarche apparemment inverse, mais de nature identique, qui consiste à appréhender les concepts du passé en dehors de leur cadre historique. C'est ainsi, par exemple, que l'on rencontre de nombreuses analyses consacrées au concept d'Etat de droit gommant toute référence à sa généalogie. Tout se passe alors comme si les concepts juridiques étaient dotés d'une sorte d'essence intemporelle et pérenne qui les rendait analysables et utilisables, donc interprétables, en dehors de toute particularité historique et contextuelle.

Le contexte de cette étude est marqué, en second lieu, par la réponse que le développement actuel, dans le champ de l'histoire des idées politiques, de ce qu'il est convenu d'appeler l'histoire des concepts, tend à apporter aux questions posées par les analyses a-historiques. Cette approche historiographique, développée à la suite des travaux de R. Koselleck, puis de J. Pocock et de Quentin Skinner, vise à rompre avec l'histoire « traditionnelle » des idées politiques, en se focalisant sur le contexte de signification des concepts ; elle « prend en compte les significations et les usages d'un langage spécifique dans une situation spécifique à l'intérieur de laquelle les concepts sont développés par des auteurs, des acteurs et des orateurs spécifiques » (Guilhaumou, 2000 : 107) (I). Dans quelle mesure cette approche de type contextualiste, fondée sur les conclusions méthodologiques des philosophes du langage, en particulier du dernier Wittgenstein et d'Austin, est-elle transposable à l'histoire des concepts juridiques ? Que peut-elle apporter à la connaissance du rapport que ces derniers entretiennent avec le contexte dans lequel ils sont élaborés par les interprètes du droit ? Quels enseignements le juriste peut-il en retirer pour l'étude, la compréhension et l'explication, des concepts qui lui sont familiers (II) ?

2. Or, comme l'a montré M. Troper (1992 : 1181-1182), si cet anachronisme, « qui consiste à employer des concepts nouveaux pour appréhender une réalité ancienne » n'est pas en soi illégitime, ne serait-ce que parce qu'il est difficile de reproduire le langage du passé, « il ne s'ensuit évidemment pas qu'il soit permis de projeter n'importe quel système de concepts sur n'importe quelle réalité ».

Cette analyse, à la fois méthodologique et épistémologique, espère contribuer à libérer l'étude de ces concepts de l'essentialisme dans lequel les juristes l'enferment trop souvent<sup>3</sup>. Au delà, elle vise à souligner la nécessité de prolonger cette approche langagière par une approche socio-historique du discours juridique, en particulier savant, nécessaire pour éclairer les pratiques sociales qui l'ont peu à peu structuré.

## L'HISTOIRE DES CONCEPTS COMME MÉTHODE

Le développement de l'histoire des concepts semble consécutif au « tournant linguistique » qui, depuis une vingtaine d'années, paraît marquer l'historiographie, aux Etats-Unis, où l'histoire sociale semble avoir subi une perte d'influence au profit d'une approche langagière de l'histoire intellectuelle (Eley, 1992 : 163 et s.), mais aussi en France (Guilhaumou, 2000 : 105). C'est cependant en Allemagne et en Angleterre que cette histoire des concepts a connu un essor considérable (Palonen, 2002 : 91). Bien que la généalogie de cette histoire conceptuelle soit souvent plus complexe qu'il n'y paraît (Noiriel, 1996), en particulier parce qu'elle est constituée et travaillée par différents courants rivaux, cette approche apparaît d'abord comme une rupture à l'égard des principales démarches qui dominent l'historiographie (1.) ; elle repose sur une méthode d'analyse spécifique des concepts focalisée sur leur matrice discursive (2.).

### *Une rupture*

L'histoire des concepts est le fruit d'une double démarcation. Elle se distingue d'abord de ce que Q. Skinner appelle l'histoire « orthodoxe » des idées politiques, d'après laquelle le seul objet pertinent pour l'histoire de la pensée politique serait « un canon de textes de premier plan » dont l'importance tiendrait à ce qu'ils posent « une série de questions éternelles qui définissent la pensée politique elle-même » ; l'exercice consisterait à en extraire « tous les aperçus (...) [qu'ils] sont capables de nous offrir sur les questions générales de société et de politique qui se posent à l'époque présente » (Skinner, 2000 : 67). Car ces textes recèleraient des « éléments éternels » sous la forme « d'idées universelles », même une « sagesse sans date » « d'application universelle » (Skinner, 1969 in Tully (ed.), 1988 : 30), que les historiens de la pensée politique devraient s'attacher à découvrir pour en tirer des enseignements, valables en tous temps et en tous lieux, susceptibles d'éclairer des problèmes pérennes. Selon cette perspective, toute volonté de considérer ces textes comme des objets historiquement datés répondrait à une « visée réductionniste » marquée du « sceau de l'historicisme » (Lessay, 1996 : 213).

Cette tendance, et les rapports qu'elle entretient en France avec la vulgate juridique, est bien illustrée, par exemple, par la présentation de « la grandeur d'Aristote » que l'on trouve dans le manuel d'histoire des idées politiques de

3. Ce faisant, elle entend aussi rester à distance des démarches fondamentalement historicistes, bien plus rares il est vrai chez les juristes.

Marcel Prélot (repris sans modification sur ce point par G. Lescuyer). Après les précautions d'usage soulignant les raisons circonstanciées pour lesquelles « Aristote s'éloigne de la pensée politique moderne » (Prélot, 1970 : 103), le philosophe (IV<sup>e</sup> siècle avant J.-C.) est érigé en père du droit constitutionnel non seulement moderne, mais aussi contemporain. D'abord en raison de sa méthode : « il n'a pas, comme tant d'autres, avant ou après lui, rêvé les formes politiques, il les a constatées, il les a classées, il les a systématisées, il les a comparées. Ainsi est-il — sans aucunement forcer les choses — le premier auteur de *Droit constitutionnel*. La constitution d'Athènes, dans son plan, son esprit, sa méthode, est exactement un ouvrage d'aujourd'hui (...). Et comme la *Constitution d'Athènes* n'est que l'une des 158 constitutions qu'étudiaient les *Politeiai*, c'est encore lui qui apparaît comme le créateur du *Droit constitutionnel comparé* » (Prélot, 1970 : 106, souligné par l'auteur). Mais cette filiation directe du droit constitutionnel contemporain tient aussi aux concepts utilisés par Aristote : « le droit public général n'est pas moins tributaire d'Aristote, qui a très bien vu que les éléments constitutifs de l'Etat comprenaient d'abord un territoire (...); qu'ensuite intervenait la population (...); qu'enfin sur le territoire et la population s'exerçait un gouvernement » (Prélot, 1970 : 106). Une seule conclusion s'impose alors pour Marcel Prélot : « il ne lui a manqué pour être pleinement un politologue moderne, que de procéder à une distinction plus nette du descriptif et du normatif, trop souvent confondus dans son œuvre » (Prélot, 1970 : 107). Cette remarque anachronique qui vise Aristote n'est-elle pas, paradoxalement, symptomatique d'une tradition de l'histoire « orthodoxe » des idées politiques véhiculée, en France, par l'enseignement juridique ?

D'ailleurs, si comme le souligne Quentin Skinner (et plus généralement pour « l'école de Cambridge »), la confrontation et le « dialogue avec les grandes œuvres philosophiques » sont toujours riches d'enseignements (Skinner, 1997 : 115), une démarche proprement historique<sup>4</sup> doit s'affranchir des nombreuses mythologies véhiculées par l'histoire des idées traditionnelle : d'abord de la « mythologie des doctrines » qui tend à rationaliser, non seulement l'œuvre d'un auteur donné, comme le montre souvent la biographie historique, mais aussi les mutations conceptuelles, en les datant de façon anachronique ; ensuite, de la « mythologie de la cohérence » qui, en effaçant les inflexions apportées par les remarques éparses ou incidentes d'un auteur, mais aussi les contradictions et les évolutions marquant son œuvre, confère à cette dernière l'apparence d'un tout unifié, homogène et cohérent ; de la mythologie qui privilégie systématiquement, au détriment de l'intention que l'auteur a exprimée, l'interprétation rétrospective donnée par l'historien ; enfin de la « mythologie de l'esprit de clocher » inhérente à l'académisme, par laquelle l'historien projette un point de vue propre à sa discipline sur une œuvre ou un concept pourtant étrangers à ce partage disciplinaire<sup>5</sup>. Pour s'affranchir de ces différentes « mythologies »,

4. Cf. Q. Skinner (2001 : 10) : « Une de mes réserves vis-à-vis de la méthode traditionnelle "textualiste" tient à ce que ses représentants, tout en prétendant en général écrire l'histoire des théories politiques, ne nous ont que rarement proposé de véritable histoire ».

5. Sur ces différentes « mythologies », cf. Skinner (1969 : 32-50) ; cf. également Spitz (1989 : 135).

l'historien devra alors s'intéresser au contexte des écrits politiques, de façon à appréhender « l'acte que commettaient leurs auteurs en les écrivant » (Skinner, 2001 : 12).

Cependant, contrairement à ce que suggèrent les tenants de la démarche traditionnelle, l'histoire des concepts cherche aussi à se dégager de l'historicisme, véhiculé par différentes formes de déterminisme. En effet, si l'étude du contexte social, politique ou économique des œuvres est indispensable pour appréhender leur signification, celles-ci ne sauraient être interprétées, de façon mécaniste, comme un effet direct et simple de ces déterminations causales extérieures ; les intentions des auteurs ne peuvent être réduites à de telles déterminations qui, à supposer qu'elles fournissent des explications, ne permettent en aucun cas de les comprendre (Skinner *in* Tully, 1988 : 61).

Le propre de la méthode de l'histoire des concepts, inspirée par la philosophie analytique du langage, est ainsi de tenter de subvertir ces deux approches antinomiques pour échapper à la fausse alternative de l'historicisme et de l'essentialisme.

### *Un programme méthodologique*

Il est courant, dans le domaine de l'histoire des idées politiques ou de l'histoire littéraire, pour éclairer des textes ou des concepts, de recourir, de façon supplétive, à certains éléments du contexte dans lequel ils ont été élaborés ; l'explication contextualiste intervient alors comme une sorte de supplément d'âme. Au contraire, pour l'histoire des concepts, le contexte est la voie d'accès privilégiée à leur signification ; « en cherchant à situer (...) un texte dans le contexte qui lui revient, ce n'est pas seulement un décor qui se propose à l'interprétation : c'est l'acte d'interprétation lui-même qui commence » (Skinner, 2001 : 13).

Le contexte sur lequel repose cette méthodologie est avant tout d'ordre discursif. Il s'agit d'abord d'appréhender la signification (*meaning*) d'un énoncé (*utterance*) dans le contexte discursif du débat, historiquement situé, dans lequel il s'insère ; le sens d'un texte, d'une phrase ou d'un concept est en partie révélé par sa situation spécifique au sein d'un paradigme langagier. Comme l'affirme J. Pocock, « l'histoire du langage politique et du discours peut être mieux écrite si nous focalisons notre attention sur les actes d'articulation et de conceptualisation accomplis par les penseurs en tant qu'agents dans le monde du langage, et sur la matrice langagière et rhétorique dans laquelle ils sont contraints de parler mais qu'ils modifient par les actes de langage qu'ils accomplissent » (Pocock, 1981, cité par Weber, 2002 : 804). Pour J. Pocock, le langage constitue ainsi « un tout référentiel » (Guilhaumou, 2001 : 687), sorte de paradigme historiquement déterminé, qui agit sur l'intention et limite la dimension novatrice des actes de langage dans la mesure où ils ne peuvent totalement s'en abstraire.

Mais, à travers ce contexte discursif, il s'agit aussi, et c'est l'apport spécifique de Q. Skinner, d'appréhender la force illocutionnaire des textes ou des concepts pris en tant qu'actes de langage<sup>6</sup>. L'historien cherchera ainsi à déterminer l'intention que l'auteur a eu en écrivant un texte ou un concept, à comprendre ce qu'il a fait en écrivant ce qu'il a écrit comme il l'a écrit ; « comprendre les questions qu'affronte un auteur et ce qu'il fait des concepts dont il dispose équivaut à comprendre ses intentions premières dans l'acte d'écrire, et consiste donc à élucider ce qu'il aurait vraiment voulu dire dans ce qu'il a dit – ou n'a pas dit » (Skinner, 2001 : 13). Afin d'analyser les concepts, c'est-à-dire de préciser la nature de la force illocutionnaire qui leur est associée, Q. Skinner suggère donc de sortir des textes dans lesquels ils s'insèrent et de se focaliser sur les conventions qui font apparaître les enjeux d'un texte et de l'argumentation qu'il développe<sup>7</sup>. Moins contraignantes que dans la perspective ouverte par J. Pocock, elles sont néanmoins constituées par les croyances, les opinions dominantes, bref, la doxa qui, à un moment donné, gouverne le traitement des problèmes et des thèmes dont le texte s'occupe – et que celui-ci souhaite conforter ou subvertir (Skinner, 1988 : 77 ; Plon, 1989 : 155 ; Prévost, 1995 : 64 ; Spitz, 1989 : 138).

Cette méthode, présentée très succinctement, n'est pas exempte de critiques. Elle est affectée par une divergence de fond, conduisant à opposer le « contextualisme langagier » de J. Pocock au « conventionnalisme » de Q. Skinner (Guilhaumou, 2001 : 686-689), qui fragilise sa cohérence d'ensemble. Surtout, la volonté, afin d'éviter l'obstacle historiciste – mais sans pour autant échapper à la critique antihistoriciste (Zarka, 1997 : 108) –, de considérer le contexte comme un contexte de significations, et non pas de causes, laisse dans l'ombre les conditions sociales de félicité permettant à la magie du performatif de se déployer et à celui-ci de s'accomplir de façon « heureuse », selon l'expression d'Austin (Bourdieu, 1982 : 69). Or, s'il est vrai que l'intention sous-jacente à tout écrit ou à tout concept peut être perçue en dehors de ces conditions extérieures au langage, il n'en demeure pas moins que les conventions en sont largement tributaires, ne serait-ce que parce qu'elles résultent d'actes performatifs « heureux » – c'est-à-dire, selon Austin, accomplis dans des « conditions appropriées » (Austin, 1970 : 48-49). Dès lors, l'histoire des concepts ne néglige-t-elle pas un aspect sociologique important que le contexte discursif permet de percevoir mais pas d'appréhender intégralement ?

Quoi qu'il en soit (à ce stade), ces remarques ne diminuent en rien l'intérêt que présente ce programme méthodologique pour l'intelligibilité des

6. Rappelons que J. Austin distingue deux types d'énoncés : l'énoncé constatatif, purement descriptif (« il pleut ») et l'énoncé performatif constitué par l'acte de faire quelque chose au moyen d'un dire ; émettre un énoncé linguistique consiste, dans ce second cas, non seulement à proposer une phrase douée de signification, mais aussi à lui imprimer une certaine force illocutionnaire par laquelle le locuteur cherche, à travers la phrase qu'il énonce, à accomplir un acte.

7. « La signification des textes, en tant que configurations d'idées en contexte, provient de la manière dont les auteurs expriment leurs intentions en accord avec les conventions et les normes langagières qui gouvernent leur manière d'intervenir », Guilhaumou (2000 : 689).

concepts. C'est la raison pour laquelle il paraît important de s'interroger sur la possibilité de le transposer à l'analyse juridique des concepts du droit, afin de faire émerger une histoire des concepts juridiques.

### UNE HISTOIRE DES CONCEPTS JURIDIQUES ?

Il ne s'agit en aucun cas de réduire les concepts juridiques, en particulier du droit public, à des concepts politiques, ce qui pourrait introduire un biais dans l'analyse (ce ne serait pas la méthode qui serait transposable mais les concepts) et constituer une erreur épistémologique (confusion du droit et de la politique). L'enjeu est au contraire d'évaluer la possibilité de transposer ce programme méthodologique pour élaborer une méthode proprement historique (et juridique) susceptible de pénétrer les concepts définis par les interprètes du droit.

Deux types de concepts juridiques doivent toutefois être distingués, comme l'a établi C. Eisenmann : d'un côté, ceux dont la définition procède d'une « source du droit positif » ; de l'autre, les concepts créés par la doctrine pour fournir des cadres théoriques à l'analyse et à la systématisation des phénomènes juridiques (C. Eisenmann, 1966 : 26). Cette distinction paraît essentielle pour évaluer la possibilité d'une histoire des concepts juridiques, d'autant plus qu'elle recoupe en partie une autre distinction, celle de la dogmatique et de la science du droit : selon F. Viola, il « est admis que (...) les concepts de la dogmatique sont relatifs et variables puisqu'issus, essentiellement, de l'interprétation de normes législatives contingentes. Par voie de conséquence, la véritable et authentique activité scientifique appartient à la haute dogmatique [la science juridique proprement dite] où les concepts juridiques déploient toute leur potentialité abstraite » (Viola, 1992 : 332-333). Quelle influence cette distinction peut-elle avoir sur la possibilité d'une histoire des concepts juridiques ? Impose-t-elle des choix méthodologiques distincts ?

#### *Une histoire des concepts du droit positif ?*

De façon idéal-typique, les concepts du droit positif, c'est-à-dire, selon la définition de C. Eisenmann, « employés dans une "source du droit positif", loi ou jugement — (...) dans un acte écrit qui émane d'une autorité extérieure à lui, juriste » (Eisenmann, 1966 : 26) placent celui-ci devant une alternative. Soit les concepts, et les vocables qui les désignent, sont définis par une autorité normative (législateur ou juge) de façon certaine, sans qu'aucun problème de définition ne se pose réellement. Le juriste est alors « réduit au très modeste rôle de "relateur (ou : reproducteur) de définition" (...) il ne peut faire autre chose que constater : d'après les propres énonciations de son auteur, tel mot de la règle, de la norme, désigne telle notion, tel objet ; il signifie ceci ou cela ; voici donc quelle est la notion de ceci ou de cela pour et selon le droit positif » (Eisenmann, 1966 : 26). Soit, à l'inverse, les concepts utilisés par les autorités normatives ne sont pas définis, ou seule-

ment de façon partielle ou ambiguë ; le juriste sera alors conduit à interpréter le concept pour en fixer plus ou moins librement la définition. Quel que soit le cas de figure, l'analyse des concepts juridiques suppose de les insérer dans le contexte des normes juridiques dont ils sont indissociables et, lorsqu'elle est d'ordre historique, de les replacer dans les états successifs du droit qui les définit. Si rien ne s'oppose à ce que le contexte soit élargi aux phénomènes que les concepts désignent et auxquels ils confèrent un sens, il semble toutefois que le programme méthodologique de « l'école de Cambridge » ne soit pas transposable, dans la mesure où cette transposition supposerait de considérer le droit positif comme un discours parmi d'autres, au risque de diluer la juridicité et la normativité des concepts à travers lesquels le droit s'applique.

Cependant, contrairement à ce que suggère cette situation idéal-typique, les concepts ont souvent, comme l'a souligné C. Atias, une double origine, à la fois institutionnelle et doctrinale (Atias, 1984 : 154). Dans ces conditions, ne serait-il pas opportun, pour appréhender les concepts du droit, de les replacer dans le contexte discursif du débat doctrinal avec lequel ils entretiennent des rapports étroits ? Comme le montre bien l'exemple du concept de « communauté de droit » élaboré par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>8</sup>, il paraît difficile de percevoir sa signification sans se référer au discours de l'Etat de droit développé auparavant par les juristes de doctrine au niveau européen.

De la même manière, pour ne prendre qu'un autre exemple, il paraît difficile d'analyser l'émergence récente du principe de dignité de la personne humaine dans le droit positif français ou européen en dehors des débats doctrinaux, philosophiques et moraux, qui travaillent ses significations. Lorsque le Conseil constitutionnel<sup>9</sup> l'érige en principe à valeur constitutionnel sur le fondement de la phrase préliminaire du Préambule de la Constitution de 1946 ou lorsque la Cour européenne des droits de l'homme énonce que le principe relevait de l'essence même de la Convention<sup>10</sup>, il semble que le contexte discursif, à la fois doctrinal, philosophique et moral, de ces décisions opère de façon au moins aussi déterminante que les textes du droit positif invoqués. D'autant que les multiples manipulations sémantiques contemporaines du principe de dignité, « en pleine inflation fétichiste dans le vocabulaire juridique contemporain » (Cayla, 2002 : 51) trahissent une « orientation foncièrement antilibérale et critique de la modernité des droits de l'homme » (Cayla, 2002 : 52).

8. CJCE, 23 avril 1986, Parti écologiste « Les verts » contre Parlement européen, Rec. p. 1339 : « La Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité ». Cette définition paraît s'appuyer autant sur les critères qu'elle fixe que sur la puissance évocatrice de la définition doctrinale, en particulier constitutionnaliste, à laquelle elle renvoie implicitement.

9. Décision 94-343-344 DC.

10. CEDH., 22 novembre 1995, « C.R. c/ Royaume-Uni », « S.W. c/ Royaume-Uni ».



Si la transposition du programme méthodologique de l'histoire des concepts à l'étude des concepts du droit positif peut malgré tout susciter certaines interrogations, elle semble en revanche particulièrement adaptée à l'étude des concepts de doctrine.

### *Une histoire des concepts de doctrine ?*

L'étude du concept d'Etat de droit permet de montrer, semble-t-il, l'intérêt de la contribution que le programme méthodologique de l'histoire des concepts peut apporter à la connaissance juridique des concepts de la doctrine. Comme le souligne C. Atias, il est nécessaire, « pour comprendre la signification profonde d'une idée, de la dater. Une théorie juridique ne naît pas dans l'abstrait, elle surgit lorsque certaines circonstances (...) très diverses se rencontrent »<sup>11</sup>. Il paraît ainsi important, d'un point de vue épistémologique, de contextualiser et d'historiciser systématiquement les concepts juridiques en les éclairant par le droit positif, mais aussi, par le contexte discursif dans lequel ils sont élaborés et utilisés, comme le suggère le programme méthodologique de « l'école de Cambridge ». Cette transposition conduit ainsi à dégager les conventions doctrinales, dans lesquelles sont inscrites les contraintes spécifiques qui pèsent sur le langage et les écrits doctrinaux — et en particulier l'état du droit positif, mais pas seulement — afin de saisir les enjeux de l'utilisation de tel ou tel concept dans tel ou tel contexte discursif.

L'étude du concept d'Etat de droit tend à montrer la nécessité de transposer cette méthode. On constate, en effet, que, sous la Troisième République, à l'époque où le concept d'Etat de droit est élaboré par les juristes français et désigné par un syntagme spécifique, l'ensemble de la doctrine est structuré par un jeu de conventions — en particulier la critique de la souveraineté parlementaire et la dénonciation de l'omnipotence de la loi — qui procèdent du traitement doctrinal d'un problème saillant à cette époque : la monopolisation de la souveraineté par les membres du Parlement investis par le suffrage universel. Dans le cadre de ce socle commun de conventions, des solutions juridiques sont envisagées pour remédier à l'évolution du système politique que la doctrine perçoit comme un problème juridique : la souveraineté dans l'Etat d'un organe concret. La formation du concept d'Etat de droit est ainsi indissociable de cette multitude de réponses particulières (qui varient selon les auteurs, les écoles et les branches du droit) constituant autant d'arguments apportés au débat circonscrit par les conventions. Dès lors, il paraît difficile d'appréhender la signification de ce concept d'Etat de droit en dehors du contexte historique particulier dans lequel il émerge en France.

11. C. Atias (1987 : 38) : « les pires contresens peuvent venir de la référence à des événements postérieurs qui ne peuvent rien expliquer ou qui ne peuvent pas expliquer les mêmes choses ».

De la même manière, à partir de l'instauration du gouvernement de Vichy, une nouvelle convention s'impose progressivement dans la doctrine juridique : la nécessité de dépasser le formalisme juridique. En réaction contre la « révolution légale » du 10 juillet 1940, il apparaît que la protection des droits et garanties individuels ne peut entièrement reposer sur l'existence d'un ordre juridique formel ; elle appelle désormais la proclamation et la garantie de droits fondamentaux. Apparue à l'initiative des juristes qui ont délaissé l'enseignement universitaire pour s'engager dans la Résistance, cette convention a peu à peu pénétré la doctrine, conduisant un certain nombre de publicistes à redéfinir le concept d'Etat de droit à partir de critères substantiels. Là encore, seule l'analyse du contexte discursif permet de comprendre la signification du concept d'Etat de droit à cette époque et la nature substantielle qu'il revêt à partir de cette date.

Mais c'est surtout la résurgence du concept d'Etat de droit qui semble attester de l'importance du rôle joué par le contexte discursif — et pas seulement par le droit positif — pour l'analyse des concepts juridiques de doctrine. En effet, paradoxalement, alors que la Cinquième République est actuellement considérée comme un Etat de droit, la Constitution qui a établi ce régime a été perçue pendant une période assez longue comme contraire au principe de l'Etat de droit. Si, indéniablement, la convention qui identifie la Cinquième République et l'Etat de droit procède de l'évolution du droit positif, en particulier constitutionnel et européen, elle découle aussi de la réappropriation par les juristes du concept d'Etat de droit annexé par un certain nombre d'intellectuels. A travers cette réappropriation, les juristes rappellent que l'Etat de droit est d'abord et avant tout une catégorie de la pensée juridique, fondée sur des critères définis par la science du droit, dans le but d'appréhender juridiquement les dispositifs techniques permettant d'assurer la limitation du pouvoir par le droit. Cette réintroduction du concept d'Etat de droit dans la doctrine, par laquelle elle tente d'enrayer la dérive des significations que les succès politiques et intellectuels lui avaient fait subir, s'appuie sur le développement d'une approche juridique fondée sur le droit constitutionnel positif et les mutations de l'ordre juridique européen et international. Il paraît ainsi difficile de percevoir la nature et la portée du renouvellement considérable dont le concept a fait l'objet depuis une vingtaine d'années — conduisant à en faire une convention — sans l'éclairer à la fois par l'évolution du droit positif et par le contexte discursif de sa résurgence.

Enfin, l'analyse de ce contexte paraît nécessaire pour appréhender les intentions des auteurs au regard de ces conventions dominantes et de leurs états successifs : chaque auteur qui élabore ou modifie son approche de l'Etat de droit tend, soit à réaffirmer, soit à subvertir ces conventions dans lesquelles sont inscrites les contraintes spécifiques qui pèsent sur les écrits doctrinaux.

Ce qui se dégage de l'étude du concept d'Etat de droit tend à souligner la nécessité d'élaborer une histoire des concepts de la doctrine juridique. Dans cette perspective, il paraît indispensable de contextualiser les concepts en les

rapportant aux règles du droit positif et aux phénomènes proprement juridiques qu'ils désignent et auxquels ils confèrent un sens. De la même manière, il convient de les replacer dans la « pluralité de définitions solidaires » en dehors de laquelle, comme le rappelle C. Eisenmann, « on perd de vue l'articulation des classes, des concepts et des termes correspondants. On oublie en effet que pour situer un tel concept [de théoricien ou de classification] il ne suffit pas de l'opposer à l'un de ceux des autres qui constitue avec lui le genre, mais qu'il faut l'opposer à tous » (Eisenmann, 1966 : 30). Enfin, pour appréhender simultanément la signification des concepts et l'intention des interprètes non authentiques (H. Kelsen) du droit qui les définissent, il paraît souhaitable de transposer le programme méthodologique de « l'école de Cambridge » en se focalisant sur le contexte discursif, et en particulier sur les conventions qui gouvernent la doctrine.

\* \* \*  
\*

La conclusion principale à laquelle conduit l'étude des concepts de doctrine n'aspire pas à voir l'histoire des concepts juridiques se substituer à la démarche traditionnelle. Bien que la méthode soit empruntée à un autre champ disciplinaire, il ne s'agit pas non plus de fonder une science politique des concepts juridiques, mais plutôt d'appeler au développement d'une authentique histoire des concepts du droit aspirant à une certaine scientificité. Car force est de constater que, à quelques exceptions notables près, une telle approche a été jusque-là sacrifiée sur l'autel de la dogmatique juridique, largement délaissée au profit d'un récit mythologique, rationalisé et instrumentalisé pour les besoins de la construction juridique de la réalité à laquelle contribuent les professionnels du droit.

La seconde conclusion est qu'il apparaît aussi nécessaire de prolonger ce programme méthodologique par une analyse socio-historique de la naissance du droit comme discipline. Il s'agirait en particulier, à travers cette démarche de type pragmatiste, d'approfondir la connaissance des conventions élaborées par la doctrine juridique depuis qu'elle est apparue au sein de l'université française. Cette étude centrée sur les activités de savoir mais aussi de pouvoir des juristes de doctrine contribuerait à éclairer les conditions de félicité qui ont permis à de nombreux actes performatifs « heureux » (selon l'expression d'Austin) de structurer le discours du droit. Ce faisant, elle offrirait une vision désenchantée de l'histoire des concepts juridiques s'éloignant de l'approche traditionnelle et de ses besoins dogmatiques.

## BIBLIOGRAPHIE

- Atias, C. (1984) *Epistémologie juridique*, Paris : PUF.
- Atias, C. (1987) *Théorie contre arbitraire. Eléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris : P.U.F.
- Austin, J.-L. (1970) *Quand dire c'est faire*, trad. française, Paris : Seuil (rééd. coll. « Points »).
- Barret-Kriegel, B. (1989) *L'Etat et les esclaves. Réflexions pour l'histoire des Etats*, Paris : Payot.
- Beaud, O. (1990) La notion d'Etat, *Archives de philosophie du droit* 35 : 119.
- Bourdieu, P. (1982) *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris : Fayard.
- Boutet, D. (1991) *Vers l'Etat de droit. La théorie de l'Etat et du droit*, Paris : L'Harmattan.
- Cayla, O. & Thomas, Y. (2002) *Du droit de ne pas naître*, Paris : Gallimard.
- Eley, G. (1992) De l'histoire sociale au « tournant linguistique » dans l'historiographie anglo-américaine des années 1980, *Genèses* 7 : 163.
- Eisenmann, C. (1966) Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, *Archives de philosophie du droit* 11 : 26.
- Guilhaumou, J. (2000) De l'histoire des concepts à l'histoire linguistique des usages conceptuels, *Genèses* 38 : 107.
- Guilhaumou, J. (2001) L'histoire des concepts : le contexte historique en débat, *Annales H.S.S.* 3 : 687.
- Lessay, F. (1996) Skinner lecteur de Hobbes : le contextualisme confondu, *Commentaires* 73 : 213.
- Noiriel, G. (1996) *Sur la crise de l'histoire*, Paris : Belin.
- Palonen, K. (2002) The History of Concepts as a Style of Political Theorizing : Quentin Skinner's and Reinhart Koselleck's Subversion of Normative Political Theory, *European Journal of Political Theory* 1 : 91.
- Parain Vial, J. (1959) Note sur l'épistémologie des concepts juridiques, *Archives de philosophie du droit* 132.
- Pocock, J. (1981) The Machiavellian Moment revisited : A Study in History and Ideology, *Journal of Modern History* 53.
- Perelman, C. (2e éd. 1979) *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz.
- Prélot, M. (4e éd. 1970) *Histoire des idées politiques*, Paris : Dalloz.
- Prévost, J.-G. (1995) *De l'étude des idées politiques*, Québec : Presses de l'Université de Québec.
- Skinner, Q. (1969) Meaning and Understanding in the History of Ideas. History and Theory, reproduit in J. Tully (ed.) (1988) *Meaning and Context. Quentin Skinner and his Critics*, Princeton : Princeton University Press : 30.
- Skinner, Q. Motives, Intentions, and the Interpretation of Texts, reproduit in J. Tully (ed.), *op. cit.* : 77
- Skinner, Q. (1989) *Machiavel*, Paris : Seuil.
- Skinner, Q. (1997) Les concepts et l'histoire, *Le Débat* 96 : 115.

Skinner, Q. (2000) La liberté et l'historien, in *La liberté avant le libéralisme*, trad. française, Paris : Seuil.

Skinner, Q. (2001) *Les fondements de la pensée politique moderne*, trad. française, Paris : Albin Michel.

Spitz, J.-F. (1989) Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique du passé, *Droits* 10 : 135.

Troper, M. (1992) Sur l'usage des concepts juridiques en histoire, *Annales E.S.C.* 6.

Tully J. (ed.) (1988) *Meaning and Context. Quentin Skinner and his Critics*, Princeton : Princeton University Press.

Viola, F. (1992) Herméneutique et droit, *Archives de philosophie du droit* 37.

Weber, D. (2002) La sémantique historique de Quentin Skinner et la naissance de l'Etat moderne, *Critique* 665 : 804.

Zarka, Y.-C. (1997) L'interprétation entre passé et présent, *Le Débat* 96 : 108.

