

REVUE
D'HISTOIRE
DES FACULTÉS DE DROIT
ET DE LA CULTURE JURIDIQUE

LECTURES DE... N° 4 :

***LE SENS DES LOIS,
HISTOIRE DE L'INTERPRÉTATION
ET DE LA RAISON JURIDIQUE***
(Bruylant, 3^e éd., 2011),

de BENOÎT FRYDMAN

Journée d'étude organisée le 16 mars 2018 à l'université
Panthéon-Assas (Paris II), textes mis en ligne le 15 mars 2022.

Pour citer cet article : Pierre-Yves Quiviger, « Histoire de l'inter-
prétation et de la raison juridique, histoire des idées (politiques), his-
toire du droit », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2022, Hors série
*Lectures de... n° 4 : Le sens des lois, histoire de l'interprétation et de la raison
juridique* (Bruylant, 3^e éd. 2011), de Benoît Frydman, p. 105-110.

En ligne sur :

<https://univ-droit.fr/docs/contributions/3437313/5-rhfd-lectures-de-n-4-b-frydman-le-sens-des-lois-par-py-quiviger.pdf>

HISTOIRE DE L'INTERPRÉTATION ET DE LA RAISON JURIDIQUE, HISTOIRE DES IDÉES (POLITIQUES), HISTOIRE DU DROIT

Pierre-Yves QUIVIGER
Professeur de philosophie,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le livre de Benoît Frydman est redoutable pour le commentateur : le propos est clair, toujours explicite, les arguments sont exposés avec honnêteté, les notes de bas de pages sont précises et c'est toujours avec beaucoup de prudence et de respect des autres positions possibles que Benoît Frydman énonce ses positions personnelles. Le commentateur se trouve donc volontiers interdit après avoir lu les 683 pages du *Sens des lois* dans sa troisième édition de 2011 : comment ne pas être d'accord avec des pages aussi limpides et aussi rigoureuses ? Partant de ce constat, je ne vais pas discuter le détail des thèses de l'ouvrage, mon approche sera simplement *épistémologique* et *historiographique*. Autrement dit : je délaisse le contenu, auquel je n'ai rien à redire, au bénéfice du contenant.

Il s'agit selon moi de prendre au sérieux la déclaration suivante : « Le projet de ce livre doit beaucoup à la lecture des *Mots et les choses* »¹, déclaration qui consonne avec la note consacrée à la notion de « socle épistémologique » : « Cette notion, traduite plus souvent par le terme *épistémè* est empruntée à Michel Foucault, en particulier à *L'archéologie du savoir*² et *Les mots et les choses*³ »⁴. Je voudrais discuter le *genre* du livre ou sa *discipline* (terme curieux puisque le propos en est éminemment transdisciplinaire et interdisciplinaire) et me demander dans quelle

¹ B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2011, p. 37.

² M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969.

³ *Id.*, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

⁴ B. Frydman, *op. cit.*, p. 16.

« boîte » ranger ce que le sous-titre présente comme une « histoire de l'interprétation et de la raison juridique ». De ce point de vue, mon titre déjà trop long est incomplet puisqu'il faudrait aussi mentionner « l'histoire de la pensée juridique » et « l'histoire des doctrines juridiques ». Une solution de facilité serait de dire que le livre est constitutif à lui tout seul d'un champ disciplinaire ou infra-disciplinaire : celui de l'histoire de la raison juridique au sens où Benoît Frydman l'entend, c'est-à-dire l'histoire de la science du droit.

La raison juridique, ou la science du droit, a pour objet de déterminer *si et comment une connaissance rationnelle du droit est possible*⁵.

Mais l'« histoire de la science du droit » est une discipline trop rare pour être vraiment une discipline (quand bien même on doit à Marcel Fournier une telle *Histoire de la science du droit en France* à la fin du XIX^e siècle) et un récent et solide panorama de l'*Histoire du droit en France*⁶ ne lui accorde pas de chapitre. Par ailleurs, l'objet du livre de Benoît Frydman n'est pas si large : il faut être attentif à l'absence de pluriel à l'adjectif « juridique » dans le sous-titre du livre et comprendre que l'ouvrage se situe au point d'intersection d'une histoire générale de l'interprétation et d'une histoire spécifique de la science du droit au lieu d'être une histoire spécifique de l'interprétation juridique *et* de la raison juridique ou science du droit. Autrement dit, l'histoire de la raison juridique y est interrogée dans le cadre d'une histoire globale de l'herméneutique (Benoît Frydman ne s'interdit pas du tout des développements philosophiques qui ne se rattachent pas nécessairement à des questions juridiques ou de philosophie du droit, et c'est une des forces de ce livre, que seul lui, qui est juriste et philosophe, pouvait écrire).

Si donc l'on ne retient pas la solution de facilité de l'inscription dans le genre « Histoire de la raison juridique », quels sont les genres possibles ? L'histoire du droit ? L'histoire des doctrines juridiques ? L'histoire de la pensée juridique ?

L'histoire du droit paraît une rubrique satisfaisante, à la condition de l'entendre comme susceptible d'englober aussi des disciplines comme l'histoire des idées politiques ou l'histoire des doctrines juridiques. Cela suppose une conception souple de la discipline

⁵ B. Frydman, *op. cit.*, p. 19.

⁶ J. Krynen et B. d'Alteroche (éd.), *L'histoire du droit en France*, Classiques Garnier, 2014.

« histoire du droit » et de considérer qu'elle ne saurait se réduire à l'histoire du droit positif, voire aux différentes histoires des différents secteurs du droit positif ; cela va dans le sens de l'évolution récente de la discipline qui accueille plus volontiers qu'il y a une vingtaine ou trentaine d'années des approches historiques portant sur la doctrine, des approches historiographiques ou (je pense entre autres aux travaux de François Monnier et Guy Thuillier en histoire administrative⁷) des approches transdisciplinaires qui inscrivent l'étude des normes et des institutions dans un contexte social, économique, culturel, intellectuel, etc. L'histoire du droit est donc une rubrique satisfaisante mais elle est peut-être trop englobante. Il faut resserrer l'étau.

L'histoire des doctrines juridiques, si on ne l'entend pas comme histoire de la doctrine, au sens technique qu'on peut lui donner dans une réflexion sur les sources du droit (par exemple, pour aller vite, les travaux des professeurs de droit), constituerait un bon cadre, tout comme l'histoire de la pensée juridique. Car il est incontestablement question dans *Le sens des lois* de la *pensée* du droit et des outils conceptuels, théoriques, qui peuvent être utilisés dans un contexte juridique au bénéfice d'une bonne *compréhension* mais aussi d'une bonne *construction* du droit (le législateur n'est pas du tout absent du livre). Il y a néanmoins quelque chose d'un peu insatisfaisant dans l'inscription sous cette rubrique : elle peut donner à penser que l'approche de Benoît Frydman serait purement *immanente* au monde du droit et que ce qu'il appelle les « visions du droit⁸ » seraient toujours « vues de l'intérieur ». Or l'une des originalités du livre est précisément, comme avait pu le faire Michel Villey dans la *Formation de la pensée juridique moderne*⁹, de mobiliser aussi des auteurs qui ne sont seulement des juristes pour *penser le droit* (*Le sens des lois* m'a d'ailleurs semblé beaucoup plus villeyien que foucauldien).

En faisant se rencontrer des théories de l'interprétation qui ne sont pas nécessairement internes au droit (qui peuvent l'être, bien sûr) et une histoire de la manière dont le droit cherche à se construire

⁷ F. Monnier et G. Thuillier, *Administration. Vérités et fictions*, Economica, 2007 ; Id., *Histoire de la bureaucratie. Vérités et fictions*, Economica, 2010.

⁸ B. Frydman, *op. cit.*, p. 30.

⁹ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne* (S. Rials éd.), PUF, coll. Léviathan, 2003.

rationnellement, Benoît Frydman élabore une histoire des outils herméneutiques que le droit a intériorisés, selon des modalités distinctes diachroniquement. Est-ce de la pensée juridique ? Oui, incontestablement, mais ce n'est pas toujours une pensée *issue* du droit et le terme « pensée juridique » est alors porteur d'une certaine ambiguïté.

Pourquoi dès lors, dans ce tableau d'ensemble, convoquer « l'histoire des idées politiques » ? Le livre de Benoît Frydman n'a pas grand-chose à voir avec cette discipline et l'histoire des idées politiques ne saurait être la solution-miracle au problème épistémologique et historiographique que je soulève. Je mentionne l'histoire des idées politiques parce qu'elle fait l'objet depuis quelques années de réflexions épistémologiques assez fines qui ont un peu dépoussiéré cette discipline qui, il y a maintenant une vingtaine d'années, en France, semblait promise à la ringardise et au magasin des souvenirs. Le renouveau n'est pas initialement venu des recherches françaises et francophones mais d'Angleterre, d'Allemagne, d'Italie et entre école de Cambridge, histoire conceptuelle à la Koselek, histoire sociale d'inspiration néo-marxiste, *gender studies*, *post-colonial studies*, *cultural studies*, le tableau est aujourd'hui particulièrement vivant et vivace. C'est en cela que Benoît Frydman me paraît légèrement foucauldien *quand même*, dans la mesure où je serais tenté de rattacher son livre à un mouvement qui me paraît encore largement à construire et qui pourrait se rattacher à une *histoire des idées juridiques* au sens d'une *histoire conceptuelle des idées juridiques*. Benoît Frydman emploie d'ailleurs à plusieurs reprises dans le *Sens des lois* l'expression « histoire des idées juridiques » et il souligne régulièrement que son entreprise s'inscrit dans le cadre d'une « histoire générale des sciences et des idées » au sein de laquelle Benoît Frydman considère que le droit n'est pas suffisamment examiné, remarque juste et profonde. L'inscription dans un tel champ (inter)disciplinaire se ferait dans le contexte d'un profond renouvellement de l'histoire des idées *en général* qui, puisque Benoît Frydman revendique *L'archéologie du savoir* de Foucault comme une inspiration centrale de son livre, n'a plus rien à voir avec ce que ce dernier en disait dans ce même livre :

Genèse, continuité, totalisation : ce sont là les grands thèmes de l'histoire des idées, et ce par quoi elle se rattache à une certaine forme, maintenant

traditionnelle, d'analyse historique. Il est normal dans ces conditions que toute personne qui se fait encore de l'histoire, de ses méthodes, de ses exigences et de ses possibilités, cette idée désormais un peu flétrie, ne puisse pas concevoir qu'on abandonne une discipline comme l'histoire des idées ; ou plutôt considère que toute autre forme d'analyse des discours est une trahison de l'histoire elle-même. Or la description archéologique est précisément abandon de l'histoire des idées, refus systématique de ses postulats et de ses procédures, tentative pour faire une tout autre histoire de ce que les hommes ont dit. Que certains ne reconnaissent point dans cette entreprise l'histoire de leur enfance, qu'ils pleurent celle-ci, et qu'ils invoquent, à une époque qui n'est plus faite pour elle, cette grande ombre d'autrefois, prouve à coup sûr l'extrême de leur fidélité¹⁰.

Pour revenir à l'histoire (conceptuelle) des idées juridiques, on peut définir sa « valeur ajoutée » par rapport à l'histoire du droit positif (en un sens restreint) ou par rapport à l'histoire des doctrines juridiques, en soulignant qu'elle contribue au développement de deux grands chantiers : 1) une anthropologie descriptive des théorisations ou des formes de pensée ; 2) une philosophie du droit qui voit dans l'histoire du droit une ressource théorique et qui appelle donc aux rapprochements entre ces deux disciplines trop souvent éloignées avec pour perspective soit, de manière socratique, l'édification d'un concept stable plus riche, issue d'une nébuleuse notionnelle plus variée (approche en intension), soit, de manière plus éclectique ou sceptique, la juste saisie de la variété des formes qu'un concept (comme celui d'interprétation, comme celui de juridicité, comme celui de la raison juridique) peut prendre (approche en extension).

Il n'en demeure pas moins un problème de fond, que doit affronter toute tentative pour faire se croiser histoire du droit et philosophie du droit, problème qu'affronte depuis longtemps la philosophie dans son intersection avec l'histoire de la philosophie et que résume parfaitement Pascal Engel :

Le relativiste historique extrême, comme Feyerabend, soutient que tout concept observationnel est « chargé de théorie », que tout concept est, à la limite, un concept théorique, et que, dans la mesure où les théories sont distinctes d'une époque à une autre, on ne « voit » pas la même chose. Mais si c'était le cas, il n'y aurait pas de discussion scientifique, et pas de progrès scientifique. Il y a bien sûr différents sens du mot « progrès », mais, en un sens

¹⁰ M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969, p. 181.

assez trivial, il me semble qu'on en sait plus que les Grecs sur la lune. On parle malgré tout de la même chose, bien que nos façons d'en parler aient changé¹¹.

Mes remarques s'achèvent donc sur cette question : « y a-t-il ou non un concept atemporel ou invariant de l'interprétation juridique qui rend possible l'étude même des variations de cette interprétation ? » Et si non, alors *de quoi* parle-t-on ? *De quoi* fait-on l'histoire dans *Le sens des lois* ?

¹¹ P. Engel, *La dispute*, Minit, 1997, p. 191.