

HISTOIRE ET DISCOURS JURIDIQUE AUX TEMPS MODERNES. APERÇU DIACHRONIQUE

Alexandru ZUB

Les débats de ces dernières années sur la constitution de l'Union Européenne et le constitutionnalisme dans son ensemble incitent les historiens à renouveler, eux aussi, leur réflexion sur le thème¹. Naturellement, leur perspective est volontairement diachronique, imposée par une longue tradition professionnelle. Si les juristes prennent en compte surtout les réalités courantes, les structures sociopolitiques, mentales, etc., ceux qui étudient le passé historique privilégient la dimension évolutive, les changements produits dans le temps, convaincus que de cette façon ils contribuent à poser un fondement plus solide à la législation elle-même. La veille critique a stimulé des démarches novatrices dans les deux domaines, souvent dans un esprit comparatiste ou interdisciplinaire. Les pouvoirs de l'État ont constitué, même dans ce cadre, l'un des thèmes mis en discussion, pour en rendre conscients les facteurs responsables sur les dérapages existants².

En essayant d'esquisser quelques éléments du discours historique lié au constitutionnalisme, nous avons suggéré, à une autre occasion, la nécessité d'étendre l'analyse autant que possible³. Nous avons évoqué alors surtout l'exemple de Reinhart Koselleck, en faisant référence à sa monumentale synthèse *Geschichtliche Grundbegriffe* (1992).

Dans le même horizon d'idées, nous croyons qu'il serait utile de faire maintenant quelques considérations basées surtout sur les écrits de Ernst Nolte et d'autres historiens contemporains qui se sont penchés sur le même thème, en introduisant de nouvelles nuances dans le débat. En s'occupant des systèmes totalitaires, le savant susmentionné est arrivé à une explication historico-génétique, à partir de laquelle il a pu formuler des suggestions valables pour d'autres problèmes de l'historiographie aussi⁴. Il entrait ainsi en conjonction avec des orientations plus anciennes, telles celles qui, il y a un siècle, avait déterminé Eduard Gans à historiser les « institutions » à caractère juridique, à la différence de G. W.F. Hegel, qui les politisait, dans le sens d'un rapprochement des sciences politiques⁵.

C'était le moment vécu par Kogălniceanu à Berlin comme étudiant de L. Ranke et surtout de E. Gans ; il allait évoquer ce dernier à l'Académie Roumaine (1891) en tant qu'adepte pathétique du libéralisme, doctrine qui a alimenté ses politogrammes et les réformes mises en œuvre plus tard⁶. Dans la voie de la modernisation de l'État sur une base juridique solide (c'est dans ce sens qu'il convient de comprendre *le Règlement organique*), l'appel à l'histoire et même aux historiens était indispensable. Le cas de M. Kogălniceanu, l'un des proches du prince moldave M. Sturdza, dans les premières années d'après le Règlement, est bien connu, ainsi que la préoccupation de N. Bălcescu de mettre le discours historique en accord avec une certaine philosophie de l'État, d'essence juridique, telle qu'elle était pratiquée dans le monde occidental⁷, surtout par les romantiques allemands, pour qui l'histoire même était l'équivalent d'un « tribunal », *Weltgericht*.

¹ Cf. J.H.H. Weiler, *Constituția Europei*, trad., Iași, Polirom, 2009.

² Geneveva Vrabie (éd.), *Les rapports entre les pouvoirs de l'État*, table ronde, Iași, Institutul European, 2009, pp. 7-10: *Avant-propos*.

³ Alexandru Zub, *Quelques réflexions sur l'historiographie constitutionnelle*, in vol. Geneveva Vrabie (éd.), *Le rôle et la place des cours constitutionnelles dans le système des autorités publiques*, Iași, Institutul European, 2010, pp. 9-12.

⁴ Ernst Nolte, *Die historisch-genetische Version der Totalitarismustheorie: Ärgernis oder Einsicht?*, in *Zeitschrift für Politik*, 43 Jg., 1996, 2, pp. 111-122.

⁵ Eduard Gans, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte*, Stuttgart, 1981, avec une préface de Manfred Riedel.

⁶ M. Kogălniceanu, *Opere*, II, București, 1976, pp. 603-609.

⁷ G. Zane, *N. Bălcescu. Opera, omul, epoca*, București, 1975. Cf. aussi Andrei Rădulescu, *Cultura juridică românească în ultimul secol*, București, 1922 (extrait).

Dans les synthèses plus récentes, on pourrait saisir l'idée que l'histoire du droit confirme le mieux le rapport complémentaire entre l'histoire diachronique et l'histoire sociologique, structurale⁸, d'où l'exigence d'un appel continu, dans les deux sens, aux données respectives. Une telle attitude est fréquente chez les historiens allemands du XIX^e ainsi que des historiens français, si nous pensons à Thierry, Michelet, Guizot et même Joseph Ortolan (1802-1873), de qui l'historien roumain A. D. Xenopol avait repris cet *exergue* à sens toujours actuel : « Tout historien doit être juriconsulte et tout juriconsulte doit être historien »⁹. La rencontre d'idées avec notre historien avait à la base le même intérêt pour la juridicité romaine, domaine où Ortolan avait excellé et auquel Xenopol s'initiait au temps de ces études à Berlin. Les institutions de droit doivent être analysés en clef historique et exploitées comme telles, conclusion qui, à ce moment là, était devenu un acquis.

Le discours ethnopédagogique, lancé par Fichte et systématisé plus rigoureusement par Wilhelm von Humboldt, a animé bien des historiens dont les propres actions reposaient sur la dimension juridique de la vie sociale. Nous la reconnaissons dans l'espace allemand chez Ranke, Sybel, Droysen, Treitschke, autant de sommets prestigieux de l'historiographie respective. Le combat pour la méthode (*Methodenstreit*) dans ce domaine était terminé à la fin du XIX^e siècle. K. Lamprecht a développé ensuite la même propension, manifestant la tendance de forger une autre synthèse, à l'élaboration de laquelle, on le sait, a collaboré aussi le roumain N. Iorga¹⁰; la synthèse en question était une création collective, faite d'une série de monographies sociales, thématiques ou d'époque.

Nous avons déjà rappelé, à une autre occasion, la contribution de Carl Schmitt aux dialogues historico-juridiques dans la lignée de l'histoire constitutionnelle et de la « théologie politique »¹¹. Nous y ajoutons son intérêt pour l'œuvre de l'historien juriste Alexis de Tocqueville, surtout pour ses écrits sur le « système pénitencier », la démocratie américaine et la Révolution française. Il trouvait que le rapport entre le centralisme et la démocratie était essentiel dans tout jugement sur le monde moderne, mais qu'il était trop peu étudié dans les États européens. La révolution et la géopolitique formaient le noyau de cette œuvre¹², à laquelle allait se rapporter par la suite d'autres historiens dont nous rappelons P. Chaunu, R. Chartier, F. Furet, M. Vovelle¹³. F. Braudel, esprit de plusieurs points de vue affiné avec celui du grand exégète de la démocratie, a lui aussi saisi dans cette pensée-là une certaine oscillation « entre accidentel et profond, événement et structure »¹⁴. L'expérience américaine a fait remarquer à Tocqueville que la démocratie n'était parfaite nulle part, qu'une dictature de la majorité était possible n'importe où si l'on n'a pas d'antidote efficace. Dans le cas que nous venons de rappeler, l'antidote était la communauté responsable, consciente de ses droits et intérêts, assez active pour imposer des corrections si c'était nécessaire. Si elle survient, la crise de la démocratie provoque régulièrement le renforcement du pouvoir exécutif et la correction est faite en calibrant à nouveau les autres pouvoirs, en forgeant un nouvel équilibre¹⁵. Comme historien et juriste, Tocqueville est peut-être le plus intéressant exégète du XIX^e siècle par le type d'approche des phénomènes sociaux, la perspective et l'effort herméneutique¹⁶. La mission qu'il avait reçue, comme jeune magistrat, d'étudier le système pénitencier des États-Unis, lui a permis de rédiger un vaste rapport de spécialité, mais aussi d'analyser par la suite « la démocratie américaine ».

Theodor Mommsen est un exemple encore plus frappant d'approche du droit romain en étroite connexion avec l'histoire de l'antiquité. L'historien et le juriste se fondent en une synthèse unique, dans laquelle les institutions sont présentées de façon évolutive, mais à la fois synchronique, structurale¹⁷. Clio et

⁸ R. Koselleck, *L'expérience de l'histoire*, Paris, 1997, p. 173.

⁹ A. D. Xenopol, *Istoria ideilor mele*, 1913, in vol. *Scrieri sociale și filozofice*, București, 1967, p. 377.

¹⁰ Cf. Alexandru Zub, *De la istoria critică la criticism*, București, 1985 (2000).

¹¹ Idem, cf. *supra*, note 3.

¹² Carl Schmitt, *Ex captivitate salus*, Berlin, 2002, pp. 25-33.

¹³ Cf. Alexandru Zub, *Clio sub semnul interogației*, Iași, 2006, pp. 155-159.

¹⁴ F. Braudel, *Préface*, in Alexis de Tocqueville, *Souvenirs*, p. 18. Apud Alexandru Zub, *La sfârșit de ciclu*, Iași, 1994, p. 184.

¹⁵ Cf. Alexandru Zub, *op. cit.*

¹⁶ Philippe Malaurie, *Antologia gândirii juridice*, trad., București, 1997, pp. 247-259,

¹⁷ *Ibidem*, pp. 260-265.

Themis se réunissent, comme dans la célèbre gemme devenue symbole de la double vocation. Ses grandes œuvres – *Histoire romaine* et *Droit public romain* – sont inséparables.

Il est lieu de mentionner, parmi d'autres démarches significatives, un projet d'équipe réalisé en 2003, sous l'égide du prestigieux *Centre Marc Bloch* de Berlin, intitulé *Geschichte und Recht. Eine deutsch-französische Annäherung zwischen Geschichtswissenschaft und juristischer Rechtsgeschichtsschreibung*, ayant à l'ordre du jour justement le dialogue entre l'histoire du droit et le discours historique. Ce dialogue a connu, naturellement, des évolutions et des accents divers, avec des éléments locaux qui n'ont pas encore été mis en lumière, surtout si nous nous rapportons à la culture roumaine.

Pour ce qui est de l'historiographie allemande, le dialogue entre l'histoire et le droit y a été quasi permanent et « l'école historique du droit » toujours réévaluée, surtout en rapport avec l'évolution de l'historisme¹⁸. Les renouveaux sont allés toujours ensemble dans les deux domaines, ne fût-ce que de façon tacite, discrète, à peine saisissable. Les analystes chevronnés se réfèrent, sous cet angle, surtout aux contributions signées par Fritz Hartung, E. Forsthoff, E. R. Huber, G. Jellinek, H. Keller, H. Krüger, à côté du prestigieux Theodor Schieder. Aucun historien des idées n'est perdu de vue, ni R. Koselleck, dont la monographie *Preussen zwischen Reform und Revolution* est un repère dans le domaine¹⁹.

Le danger d'absolutiser certaines formules, comme les idéaux-types proposés par Max Weber, a été plus d'une fois saisi²⁰. La suspicion des historiens professionnels à l'égard du concept et du système (nous la rencontrons chez N. Iorga aussi) a fait que certaines offres novatrices, de type conceptuel, soit accueillies avec réticence, sinon avec une hostilité déclarée²¹.

Les impulsions données, depuis l'entre-deux-guerres, dans l'espace allemand par certaines figures éminentes comme Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber, Otto Hintze et d'autres juristes, n'ont été mises en valeur que partiellement et parfois de façon distorsionnée²². La censure imposée après la seconde guerre mondiale à presque tous les domaines humanistes a affecté, inévitablement, le constitutionnalisme, cette *Verfassungsgeschichte* à laquelle E. R. Huber a su quand-même assurer un haut prestige en dépit de la discontinuité des systèmes politiques²³.

Continuité et changement constitue d'ailleurs l'un des thèmes d'étude interdisciplinaire assumé par le *Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte*, étude dans laquelle la tradition et le renouvellement sont des concepts corrélatifs, des facettes d'une réalité unique²⁴. Il convient de signaler la teinte sociologique du nouveau projet, vu qu'elle représente un élément nouveau dans le domaine.

Dans ce cadre, l'actualité de l'œuvre de Carl Schmitt s'est imposée presque de soi, étant donnée l'importance des idées mises en marche. Ernst Nolte, un éminent historien contemporain, lui a consacré d'ailleurs une ample étude, lui faisant place dans une grande synthèse historiographique. On fait de nouveau la preuve du fait que dans ce domaine les approches interdisciplinaires et métadiscursives sont assez fécondes²⁵. Plus près de nous, un spécialiste de la taille d'Otto Brunner insiste sur la collaboration fructueuse des historiens et des juristes sensibles au passé du domaine professé, en faisant un bilan positif d'une relation multiséculaire, même tensionnée²⁶. On remettait en question les idées de norme, ordre, justice, sous divers angles, mais surtout par opposition à l'individualisme de souche romantique et libérale du XIX^e siècle.

¹⁸ Cf. Otto Brunner, *Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht*, in *Historische Zeitschrift*, 209. Bd., 1969, pp. 1-16.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 13-14.

²⁰ Hermann Krause, *Der Historiker und sein Verhältnis zur Geschichte von Verfassung und Recht*, in *Historische Zeitschrift*, 209. Bd., 1969, pp. 17-26.

²¹ *Ibidem*, p. 23.

²² Cf. Ewald Grothe, *Zwischen Geschichte und Recht, Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung, 1900-1970*, München, 2005.

²³ *Ibidem*, pp. 407-415.

²⁴ Cf. Marie Therese Fögen, *Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems*, projet, février 2002.

²⁵ Ernst Nolte, *Geschichtsdenken im 20. Jahrhundert*, Berlin/Frankfurt M., 1992, pp. 259-271: *Carl Schmitt und Ernst Jünger*.

²⁶ Otto Brunner, *op. cit.*

En guise de conclusion à ces notes fugitives, c'est bien le cas d'ajouter que le syntagme « pouvoir judiciaire » se lie le mieux à un autre, identique, appliqué à l'histoire, même si celle-ci est toujours *sub judice*. Depuis Montesquieu, sinon depuis l'antiquité romaine, cette analogie a fait une carrière longue et significative. Comme historien intéressé par les idées et les mentalités, la culture et la modernisation au cours des derniers siècles, nous avons essayé d'identifier ici seulement quelques repères utiles dans l'analyse de la relation entre l'historiographie et le discours juridique. Le thème reste ouvert et prometteur.

Istorie și discurs juridic în timpurile moderne. Privire diacronică

Rezumat

Reflecție de istoric al culturii pe seama raportului dintre gândirea juridică din ultimele două secole și evoluția discursului istoriografic, cu trimiteri la epoca luminilor, romantism, trendul pozitivist și neopozitivist, de la Ranke, Gans, Savigny până la căutările convulsive din perioada interbelică. S-a luat în considerație mai ales bibliografia germană, dată fiind înrâurirea ei asupra gândirii istorico-juridice din România. Se fac referiri insistente la Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber, Otto Hintze, Ernst Nolte, Reinhart Koselleck, ultimul în calitate de exeget al istoriei conceptuale.