

Réflexion sur l'apport de l'ouvrage. *Comment on écrit l'histoire* sur la formation à la recherche en droit

Mathieu Devinat

Volume 52, Number 3-4, September–December 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1006756ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1006756ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Devinat, M. (2011). Réflexion sur l'apport de l'ouvrage. *Comment on écrit l'histoire* sur la formation à la recherche en droit. *Les Cahiers de droit*, 52(3-4), 659–670. <https://doi.org/10.7202/1006756ar>

Article abstract

Legal scholars have often sought inspiration from and adopted as their methodological research model that of various social sciences. Yet, the lessons developed by various historians regarding their own methodology, and more specifically thoughts conveyed by Paul Veyne in his work of reference *Comment on écrit l'histoire*, are every bit as inspiring for those who question the methodology of research in law. So states this author and paradoxically so : “there is no method in history” and historians “relate true events in which humankind are the actors”. Reframed in a legal context, such affirmations in a sense free the researcher from searching for some “scientific” methodology, while subjecting it to a prerequisite, that of describing true events. Is such “reframing” possible ? Is historic epistemology relevant for legal scholars and practitioners ? This is the focus of this article.

Réflexion sur l'apport de l'ouvrage Comment on écrit l'histoire sur la formation à la recherche en droit*

Mathieu DEVINAT**

Les chercheurs spécialisés en droit ont souvent pris pour modèle la méthodologie de la recherche inspirée des différentes sciences humaines. Or, les réflexions élaborées par certains historiens sur leur propre méthodologie, plus particulièrement celles qui ont été livrées par Paul Veyne dans son ouvrage Comment on écrit l'histoire, sont aussi très éclairantes pour toute personne qui s'interroge sur la méthodologie de la recherche en droit. Selon cet auteur, et paradoxalement, « l'histoire n'a pas de méthode » et les historiens « racontent des événements vrais qui ont l'homme pour acteur ». Transposées au domaine du droit, ces affirmations libéreraient en quelque sorte le chercheur d'une quête d'une méthodologie « scientifique » tout en le soumettant à une exigence, celle de décrire des événements vrais. La transposition est-elle possible ? L'épistémologie historique est-elle pertinente pour les juristes ? Voilà les questions que l'auteur abordera dans l'article qui suit.

* L'auteur tient à remercier ses collègues Serge LUSIGNAN et Michel BOUDOT, ainsi que Catherine DION-LAFONT et deux évaluateurs anonymes pour leurs commentaires judicieux à l'égard d'une version antérieure de son texte qui reprend le format et le style d'une communication orale présentée lors de la *Journée d'étude sur l'épistémologie et la méthodologie juridiques*, le 12 novembre 2010, à l'Université Laval.

** Professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

Legal scholars have often sought inspiration from and adopted as their methodological research model that of various social sciences. Yet, the lessons developed by various historians regarding their own methodology, and more specifically thoughts conveyed by Paul Veyne in his work of reference Comment on écrit l'histoire, are every bit as inspiring for those who question the methodology of research in law. So states this author and paradoxically so: "there is no method in history" and historians "relate true events in which humankind are the actors". Reframed in a legal context, such affirmations in a sense free the researcher from searching for some "scientific" methodology, while subjecting it to a prerequisite, that of describing true events. Is such "reframing" possible? Is historic epistemology relevant for legal scholars and practitioners? This is the focus of this article.

	<i>Pages</i>
1 L'écriture de l'histoire chez Paul Veyne: la rédaction d'un roman vrai.....	661
2 Une comparaison partielle et sans rigueur entre les recherches en droit et en histoire.....	666
Conclusion.....	670

Si l'enseignement et la pédagogie du droit ont fait l'objet de nombreuses réflexions, la recherche en droit est toujours en quête d'une méthodologie qui lui soit propre. Devant l'essor des travaux de deuxième et de troisième cycles, les facultés de droit ont hérité de la lourde tâche de «former des chercheurs», ce qui soulève la question suivante: quelle méthodologie de la recherche devrait être enseignée? Aux prises avec cette question, plusieurs facultés de droit québécoises ont répondu en mettant sur pied des séminaires de méthodologie de la recherche ou d'épistémologie du droit, qui sont le plus souvent orientés vers une réflexion théorique sur le droit. Conçue de manière à mettre en évidence les présupposés —souvent implicites— de chacune des démarches de recherche, l'étude des différentes théories du droit permet au chercheur en herbe de se situer par rapport à la question suivante: «Quel est l'objet «droit» qui fera l'objet de mes recherches?»

Une autre manière d'appréhender les enjeux méthodologiques de la recherche en droit consiste à s'inspirer des modèles provenant des différentes sciences humaines. En raison de l'intérêt croissant pour les démarches interdisciplinaires, les méthodes provenant de disciplines aussi variées que la sociologie, la psychologie ou l'économie suscitent la curiosité des juristes-chercheurs. Plusieurs d'entre elles sont d'ailleurs abordées dans un séminaire d'analyse de problématiques juridiques, que nous animons à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. À l'intérieur de cette formation, qui prend souvent la forme d'une discussion autour de textes, nous abordons un ouvrage qui nous apparaît riche et stimulant pour la réflexion sur la recherche en droit, à savoir *Comment on écrit l'histoire* de Paul Veyne¹.

Dans cet ouvrage, Veyne décrit l'histoire comme une activité narrative, et cela, à partir d'une réflexion sur ce que les historiens *font*, et non en fonction d'une conception particulière de l'Histoire proprement dite. En affirmant que l'« Histoire » n'existe pas et que l'« histoire est un roman vrai », cet auteur présente en quelque sorte une épistémologie de l'histoire qui fait abstraction de la question ontologique de « ce qu'est l'histoire ». Ce déplacement de la problématique et les conclusions qu'il en tire nous apparaissent pertinents dans le contexte d'une formation à la recherche en droit, car il nous semble que le juriste-chercheur peut trouver dans cet ouvrage plusieurs points de comparaison relativement à ce que les juristes font lorsqu'ils *écrivent* sur le droit.

1 L'écriture de l'histoire chez Paul Veyne : la rédaction d'un roman vrai

L'histoire est récit d'événements : tout le reste en découle. Puisqu'elle est d'emblée un récit, elle ne fait pas revivre, non plus que le roman ; le vécu tel qu'il ressort des mains de l'historien n'est pas celui des acteurs ; c'est une narration, ce qui permet d'éliminer certains faux problèmes².

Contre l'histoire événementielle et linéaire, les historiens ont engagé, au cours du XX^e siècle, une profonde remise en question de leur objet de recherche³. Une réflexion sur la nature de l'histoire, sa frontière au regard

1. Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistémologie*, Paris, Seuil, 1971. Une version abrégée de l'ouvrage a été publiée en 1979 : *Comment on écrit l'histoire, suivi de Foucault révolutionne l'histoire*, coll. « Points-Histoire », Paris, Seuil, 1979. Nous nous référons seulement à la version d'origine de l'œuvre.

2. *Id.*, p. 14.

3. Déjà, en 1958, Fernand BRAUDEL, « Histoire et sciences sociales. La longue durée », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 13, n° 4, octobre-décembre 1958, p. 725, à la page 729, écrivait :

des autres disciplines devait suivre. L'Histoire est-elle « science »⁴? Les historiens devraient-ils élaborer des lois ou des théories, prédictives ou explicatives? L'histoire est-elle un mode de connaissance distinct de la sociologie, de l'économie ou de la géographie? L'analyse de Veyne, dans ce contexte, peut surprendre par sa simplicité: « l'histoire est un roman vrai⁵ », « tout le reste en découle⁶ ». Cette présentation de l'histoire comme un récit portant sur le *réel*, des événements ayant l'être humain comme acteur, résume, en quelque sorte, la pensée de cet auteur. Quoiqu'elle soit simple, la thèse de Veyne n'est pas *neutre*: elle s'inscrit à l'intérieur de plusieurs controverses qui agitent la communauté des historiens (plus particulièrement ceux qui s'adonnent à la théorie de l'histoire) et s'appuie sur de nombreux présupposés épistémologiques et méthodologiques sous-jacents ayant été discutés et repris depuis. Afin de l'aborder, nous ne retiendrons ci-dessous que les aspects qui nous apparaissent les plus évocateurs dans le contexte de la recherche en droit.

Le raisonnement du professeur Veyne s'appuie sur l'observation de la pratique de l'histoire chez les historiens, et non sur une conception *a priori* de ce qu'elle devrait être⁷. Or, en ouvrant un livre d'histoire, le lecteur trouve une description d'événements passés présentés à l'intérieur d'une trame narrative. La conclusion s'impose d'elle-même⁸: si l'histoire correspond effectivement à ce que *font* les historiens, alors elle n'est que le produit d'une écriture qui partage plusieurs traits communs avec le roman. Elle est à la fois art et activité savante.

La rupture récente avec les formes traditionnelles de l'histoire du XIX^e siècle n'a pas été une rupture totale avec le temps court. Elle a joué, on le sait, au bénéfice de l'histoire économique et sociale, au détriment de l'histoire politique. D'où un bouleversement et un indéniable renouveau; d'où, inévitablement, des changements de méthode, des déplacements de centres d'intérêt avec l'entrée en scène d'une histoire quantitative qui, certainement, n'a pas dit son dernier mot.

4. Voir, par exemple, l'extrait suivant de FUSTEL DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, t. 3 « La monarchie franque », Paris, Hachette, 1888, p. 32: « [L'histoire] n'est pas un art, elle est une science pure [...] Elle consiste, comme toute science, à constater des faits, à les analyser, à les rapprocher, à en marquer le lien. »
5. P. VEYNE, préc., note 1, p. 10.
6. *Id.*, p. 14.
7. *Id.*, p. 135: « Nous savons, depuis Kant, qu'il faut étudier une science chez les savants et considérer ce qu'ils font plutôt que ce qu'éventuellement ils disent faire; on voit les historiens s'occuper d'épigraphie ou de registres paroissiaux et se soucier beaucoup moins de se faire une conception générale de l'historique et du social. »
8. C'est le cas dans la mesure, bien entendu, où la prémisse est acceptée. S'il est postulé que l'histoire est ce que font d'elle les historiens, la définition de l'histoire repose sur des pratiques qui, bien qu'elles soient stables, sont susceptibles de fluctuer et d'évoluer. Ainsi, rien n'empêcherait cette communauté de modifier collectivement ses pratiques et de s'intéresser, par exemple, aux événements contemporains.

L'activité savante de l'historien consiste à raconter, à partir des sources et des documents dont il dispose, des événements passés. Ce faisant, il ne produit pas de connaissances distinctes des événements qu'il décrit, car « [r]ien n'est plus concret que l'histoire⁹ » : « l'histoire est connaissance descriptive¹⁰ ». En ce sens, l'historien ne s'élève pas *au-dessus* du terreau des faits. Sa fonction, modeste, peut néanmoins être entrecoupée de moments forts, comme lorsqu'il découvre « des événements inconnus ou la physionomie méconnue des événements¹¹ », mais le plus souvent, « [l]'histoire est un savoir décevant qui enseigne des choses qui seraient aussi banales que notre vie si elles n'étaient différentes¹² ».

À la différence de leurs collègues des sciences humaines ou sociales, les historiens ne cherchent pas à élaborer une connaissance autonome ou vérifiable, ni à expliquer (au sens fort) la survenance des événements. Les faits qui tissent la toile des événements sont à la fois infinis, uniques et non répétables, ce qui implique qu'ils échappent à toute expérimentation et à toute théorie explicative ou prédictive¹³. L'historien n'a pour mission que

9. *Id.*, p. 144. À la différence des autres sciences humaines, et du droit, les historiens, tels que les décrit VEYNE, ne cherchent pas à produire des explications générales : « Les idées, théories et conceptions sur l'histoire sont immanquablement la partie morte d'une œuvre historique [...] Les idées, ce n'est pas très intéressant ; c'est un exercice académique ou un rituel mondain comme les présentations des grands couturiers. L'histoire n'a ni structure ni méthode et il est certain d'avance que toute théorie en ce domaine est mort-née. » Pour une description quelque peu étonnante du rapport entre les historiens et les théories, voir *id.*, p. 134 et 135 :

[L]es historiens de métier ont [...] beaucoup moins d'idées sur l'histoire que les amateurs. Quelque surprenante que la chose puisse paraître, la méthodologie historique n'a pas de contenu déterminé [...] Le public se fait parfois une idée flatteuse, mais inexacte, des préoccupations des historiens ; ils sont rarement suspendus à la question de savoir si le matérialisme économique dit vrai, si les sociétés sont structurelles ou si les cultures ont un socle épistémique [...] ils ne rencontrent jamais ces problèmes dans leur travail et ne peuvent pas les rencontrer. Au risque de décevoir, il faut avertir le public que, lorsqu'on tombe sur un fait social ou culturel intéressant, il ne faut pas l'apporter à l'historien pour le faire expertiser [...] Aussi rien n'est-il plus décevant que la lecture des historiens et surtout des plus grands : ils n'ont pas d'idées.

10. *Id.*, p. 277.

11. *Id.*, p. 112.

12. *Id.*, p. 24. Voir également *id.*, p. 131 : « Le mérite d'un historien n'est pas de passer pour profond, mais de savoir à quel humble niveau fonctionne l'histoire ; il n'est pas d'avoir des vues élevées ou même réalistes, mais d'avoir le jugement bon pour les choses médiocres. »

13. Veyne précise que les faits, du point de vue des historiens, n'existent pas sous une forme isolée ou « comme autant de grains de sable » (*id.*, p. 45). Le travail de l'historien consiste à les intégrer dans une intrigue, de manière à les expliquer ou les comprendre : « Les faits n'existent pas isolément, en ce sens que le tissu de l'histoire est ce que nous appellerons

«de faire comprendre l'intrigue¹⁴», comme un journaliste *fait comprendre* un accident de la route.

Si ce savoir peut être qualifié de *décevant*, parce qu'il est *collé* au réel, l'activité historique est néanmoins une activité qui relève de l'art, où l'imagination joue un rôle essentiel. L'historien ne fait pas que reproduire le contenu des sources documentaires qu'il consulte et il ne rédige pas sous forme de catalogue : il *raconte*. Et comme il existe un décalage entre les faits et ce qu'en disent les documents¹⁵, le *roman* de l'historien est une reconstitution du réel qui implique un recours à son imagination. En effet, celle-ci est forcément nécessaire lorsqu'il doit combler les lacunes des sources et lier ensemble l'information afin de mettre le passé en action. En retour, pour que cette narration relève de l'histoire, il faut qu'elle se soumette à une seule exigence : celle de décrire des événements vrais.

À la différence des ouvrages de fiction, le *roman* de l'historien est vrai. Cette distinction, fondamentale, introduit la vérité¹⁶ comme critère du discours historique. Même si la fiction et la narration impliquent toutes deux l'usage de l'imagination, dans le premier cas, il n'y a pas de repères externes, tandis que, dans le second, l'imagination se déploie à l'intérieur d'une reconstitution du passé qui, lui, a bel et bien eu lieu.

La description de l'histoire comme un roman vrai permet ainsi de mettre en évidence deux facettes de l'activité de l'historien. Si l'exigence de décrire des événements vrais constitue sa principale contrainte, le choix de l'intrigue, le traitement et la sélection des sources d'information sont chacun des moments où se manifeste la liberté de l'historien qui, sous la plume de Veyne, se rapproche davantage de celle de l'écrivain que de celle

une intrigue, un mélange très humain et très peu "scientifique" de causes matérielles, de fins et de hasards ; une tranche de vie, en un mot, que l'historien découpe à son gré et où les faits ont leurs liaisons objectives et leur importance relative» (*id.*, p. 46).

14. *Id.*, p. 253.

15. Sur cette question, voir la discussion sur la « [l]utte contre l'optique des sources » (*id.*, p. 265 et suiv.).

16. La notion de vérité, ici, devrait ainsi s'entendre comme une vérité matérielle (et non *absolue*) : c'est un « accord de la pensée avec la chose » (Jules LACHELIER). En retour, *la chose* en question, l'objet de l'histoire, ne s'appréhende pas directement, mais par l'entremise de sources, le plus souvent textuelles. La notion de vérité doit donc être relativisée. Un énoncé sur le passé ne pouvant être formellement soumis à un processus de vérification ou de validation (le passé ne se reproduisant plus), il ne peut qu'être mis en contradiction avec d'autres sources (ou leur interprétation) provenant du passé. D'une certaine manière, la conception de la vérité qui se dégage de l'ouvrage de Veyne se rapproche de celle qui est défendue dans le domaine de l'interprétation des lois ; voir : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd. avec la collaboration de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, Montréal, Thémis, 2009, p. 49.

d'un scientifique à blouse blanche¹⁷. En effet, les regards qui peuvent être portés sur les événements sont multiples. Pour traiter de la Première Guerre mondiale, tel historien s'inspirera des lettres de soldats, un autre envisagera l'impact démographique sur les populations française et allemande, tandis qu'un autre examinera la composition du sol à Verdun. L'historien n'est donc pas enfermé dans un mode de description « officiel » auquel il devrait se soumettre pour *faire* de l'histoire. Ces différentes trames narratives ou ces intrigues relèvent de l'histoire et produisent chacune une connaissance historique.

Si toute reconstitution du passé *est* histoire, il est possible de s'interroger sur les exigences méthodologiques ou les critères qui permettent d'en apprécier la qualité et la pertinence. Sur cette question, le professeur Veyne affirme catégoriquement ceci : « L'histoire n'est pas une science et n'a pas beaucoup à attendre des sciences ; elle n'explique pas et n'a pas de méthode¹⁸. » En retour, l'exclusion de l'histoire du champ des sciences ne diminue pas sa valeur ni sa rigueur : « mais cette rigueur se place à l'étage de la critique¹⁹ ». C'est alors que Veyne précise les exigences ou les qualités d'une *bonne* étude historique :

[L]a méthode historique dont on nous rebat les oreilles n'existe pas. L'histoire a une critique, que Fustel de Coulanges nommait analyse et qui est difficile [...] la critique historique a pour seule fonction de répondre à la question suivante que lui pose l'historien : « Je considère que ce document m'apprend ceci ; puis-je lui faire confiance là-dessus ? » [...] [Ainsi] les règles de la synthèse historique sont-elles autant de pages blanches ; passé les techniques de maniement et de contrôle des documents, il n'y a pas plus de méthode de l'histoire qu'il n'en existe de l'ethnographie ou de l'art du voyage.

17. P. VEYNE, préc., note 1, p. 272 et 273 :

L'histoire est œuvre d'art parce que, tout en étant objective, elle n'a pas de méthode et n'est pas scientifique [...] Puisque l'Histoire n'existe pas, qu'il n'y a que des "histoire de..." et que l'atome événementiel est l'intrigue, la valeur d'un livre d'histoire dépendra d'abord du découpage de cette intrigue, de l'unité d'action qu'elle comporte, de la hardiesse avec laquelle on a su dégager cette unité à travers des découpages plus traditionnels, bref de son originalité. Puisque l'histoire n'est pas explication scientifique, mais compréhension du concret et que le concret est un et sans profondeur, une intrigue compréhensible sera une intrigue cohérente, sans solution de continuité ou *deus ex machina*.

Voir également Paul ZUMTHOR, *Écriture et nomadisme. Entretiens et essais*, Montréal, L'Hexagone, 1990, p. 42, dans un entretien avec André BEAUDET : « Il faut distinguer dans l'histoire le côté documentation, ou érudition, qui se ramène à la cueillette et à l'organisation de données ; et le côté récit, puisque, finalement, toute histoire est récit. Certains, aujourd'hui, il est vrai, le nient ; mais, pour ma part, je suis profondément convaincu que l'histoire se raconte, de même que les rêves n'existent vraiment que narrés. »

18. P. VEYNE, préc., note 1, p. 10.

19. *Id.*, p. 25.

Il n'existe pas de méthode de l'histoire parce que l'histoire n'a aucune exigence : du moment qu'on raconte des choses vraies, elle est satisfaite²⁰.

L'essentiel de la rigueur de l'historien proviendrait de ce que Veyne présente comme une « critique », c'est-à-dire la technique de maniement et d'analyse des sources documentaires. Il y aurait, tout d'abord, un rapport avec les sources primaires que Fustel de Coulanges décrit ainsi : « étudier directement et uniquement les textes dans le plus minutieux détail, ne croire que ce qu'ils démontrent, enfin écarter résolument de l'histoire du passé les idées modernes qu'une fausse méthode y a portées²¹ ». Ce contact direct avec les textes constitue donc une exigence à laquelle s'ajoute, ensuite, une analyse critique de leur contenu. En effet, l'historien doit être en mesure de l'interpréter en tenant compte de son contexte, de situer et d'en dégager le non-dit, l'implicite, et d'en combler les lacunes²². Or, seule l'expérience de l'historien, qui « s'acquiert à travers la connaissance de situations historiques concrètes²³ » et non par l'entremise d'une méthode *prête à l'emploi*, lui permet d'effectuer une telle analyse intelligente ou correcte d'un document.

C'est ainsi que se présente, sous une forme largement résumée²⁴, l'analyse de Veyne sur sa propre discipline. Mais cette analyse est-elle transposable en droit ? Notamment dans le contexte de la recherche en droit ?

2 Une comparaison partielle et sans rigueur entre les recherches en droit et en histoire

Même si l'analogie n'est pas parfaite, la description de l'activité de l'historien par Veyne trouve un écho, il nous semble, dans la manière de

20. *Id.*, p. 23 et 24.

21. F. DE COULANGES, préc., note 4, préface, p. ii. Il ajoute (p. 1) : « Quand nous voulons connaître une société ancienne, nous devons tout d'abord nous poser cette question : avons-nous les moyens de la connaître ? L'histoire est une science : elle n'imagine pas ; elle voit seulement ; et pour qu'elle puisse voir juste, il lui faut des documents certains » ; « Le meilleur des historiens est celui qui se tient le plus près des textes, qui les interprète avec le plus de justesse, qui n'écrit et même ne pense que d'après eux » (*id.*, p. 33).

22. P. VEYNE, préc., note 1, p. 189 : « De proche en proche, des documents moins lacunaires permettent de se représenter le contexte d'une époque (on "se familiarise avec sa période") et cette représentation permet de rectifier l'interprétation d'autres documents plus lacunaires. »

23. *Id.*, p. 193.

24. Nous n'avons pas abordé un aspect important de l'œuvre du professeur Veyne, soit celui qui porte sur l'histoire « complète » qui s'arracherait « à trois limitations : l'opposition du contemporain et de l'historique, la convention du *continuum*, l'optique événementielle » et qui rejoindrait « la vérité de la sociologie » (*id.*, p. 340).

faire des juristes lorsqu'ils entreprennent une recherche. À commencer évidemment par ce qu'ils produisent, c'est-à-dire des textes.

Le rapprochement entre le raisonnement juridique et l'activité littéraire n'est pas nouveau²⁵. Il contient sa part de vérité : un chercheur en droit présente le résultat de ses recherches sous forme de textes narratifs, et non sous forme d'inventaires, de graphiques, de statistiques ou de formules mathématiques, comme le feraient des chercheurs d'autres disciplines. Les attentes du milieu des juristes l'incitent à exposer ses travaux sous une forme écrite, dans un texte structuré, linéaire, rédigé correctement, en ayant recours à des techniques qui relèvent du genre littéraire (avec ses styles²⁶ et métaphores²⁷). Les écarts par rapport à la norme, en cette matière, sont rares²⁸.

Bien que le juriste-chercheur soit, avant tout, une personne qui écrit pour décrire et expliquer le droit, le roman qu'il produit est parfois différent de celui de l'historien, et cela, sur un point essentiel. Le juriste-chercheur ne fait pas que raconter le droit, il lui arrive aussi de proposer de nouvelles orientations et de présenter un droit tel qu'il souhaiterait qu'il soit, *de lege ferenda*. Au style narratif se conjugue ainsi une autre forme de discours, dont la fonction n'est pas de décrire ni d'interpréter des textes, mais bien de prescrire des solutions ou de proposer des réformes. Le roman, dans ce cas, se transforme en manifeste et n'a plus à être vrai²⁹.

Malgré ces limites, l'analogie avec la démarche historique n'en est pas moins intéressante. Au même titre que l'historien, le juriste doit faire appel à son imagination lorsqu'il comble les lacunes des sources documentaires

-
25. Voir, mais dans une perspective nettement différente, Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986, plus particulièrement le chapitre 7 « Integrity in law », aux pages 228 et suivantes, lorsqu'il aborde « The chain of law ».
 26. Voir, sur cette question, Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003, dans lequel la juridicité du style est explorée.
 27. Voir, à ce sujet, Marie-Claude PRÉMONT, *Tropismes du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, coll. « Le Droit aussi... », Montréal, Thémis, 2003.
 28. La présentation des travaux de recherche sous forme de tableaux a fait son apparition dans certaines rencontres scientifiques en droit. La popularité des diapositives (par exemple, l'utilisation du logiciel PowerPoint), dans le contexte de l'enseignement surtout, pourrait signaler les prémices d'un recours à d'autres modes de transmission de la recherche dans ce domaine.
 29. À moins d'adhérer à une conception objective de la morale, voir : Luc B. TREMBLAY, « La norme de retenue judiciaire et les "erreurs de droit" en droit administratif : une erreur de droit ? Au-delà du fondationalisme et du scepticisme », (1996) 56 *R. du B.* 141 ; Luc B. Tremblay, « Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique », *Rev. interdiscipl. ét. jur.* 1999.42.13.

et lorsqu'il présente ses résultats de recherche à l'intérieur d'une trame ou d'une intrigue. La liberté de l'un s'apparente, il nous semble, à la liberté de l'autre et elle se manifeste par la variété de regards qui peuvent être portés sur une même problématique juridique. Un exemple frappant des différentes intrigues possibles qui s'offrent au juriste lorsqu'il traite d'une question de droit se trouve dans l'affaire *Amselem*³⁰. Dans cette dernière, la Cour suprême du Canada devait traiter du conflit entre l'exercice de la liberté de religion, sous la forme d'une «souccah» que certains voulaient construire sur un balcon, partie commune d'une copropriété divise, et la déclaration de copropriété qui l'interdit. À la lecture des différents motifs, il apparaît clairement que la manière de présenter la question, c'est-à-dire le choix de l'intrigue, ne s'impose pas d'elle-même. De plus, la réponse formulée par les juges ne sera pas la même si on envisage le nœud du litige comme une atteinte à l'exercice de la liberté de religion ou encore si on insiste sur le caractère contractuel de la déclaration de copropriété ou sur une atteinte éventuelle à un droit de propriété³¹. Chaque raisonnement met en scène une intrigue différente, et curieusement, pour cette affaire en particulier, il semble en avoir déterminé les conclusions.

Outre le choix de l'intrigue, l'analogie entre l'activité du juriste-chercheur et celle de l'historien peut s'étendre jusqu'à leur manière de retenir des facettes partielles de la réalité. L'un comme l'autre «trie, simplifie, organise, fait tenir un siècle en une page et cette synthèse du récit est non moins spontanée que celle de notre mémoire, quand nous évoquons les dix dernières années que nous avons vécues³²». Quiconque aborde le droit autrement qu'en paraphrasant les règles de droit positif se heurte à une réalité aux dimensions multiples dont les causes ont des ramifications complexes. L'étude d'un simple arrêt de jurisprudence en est un exemple. Pour simplement décrire un arrêt, il existe différentes façons de procéder qui auront toutes leur part de vérité et de pertinence. Par exemple, il est possible de s'arrêter à l'étude de ses motifs. Cependant, comme n'importe quel texte, son auteur, ses destinataires et sa fonction sont tous des éléments qui fournissent des indications sur son sens et dont il serait pertinent de tenir compte. Également, il est possible d'étudier un arrêt en relevant la situation de fait qui en est la source. Enfin, des facteurs externes peuvent

30. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. Cette décision est à comparer avec celle de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation : Civ. 3^e, 8 juin 2006, *Bull. civ.* III, n^o 140.

31. Voir l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 30, par. 172, 176, et surtout le paragraphe 183 des motifs dissidents du juge Binnie à comparer avec les motifs des juges majoritaires.

32. P. VEYNE, préc., note 1, p. 14.

aider à éclaircir la raison d'être d'une décision judiciaire, notamment les arguments qui ont été soulevés par les parties, leur bonne ou leur mauvaise foi, la personnalité des juges, leur formation, les sources qu'ils ont consultées et les arguments qui ont été plaidés. Derrière chacune des citations d'arrêts, dont la portée est souvent résumée en une série de propositions, il y a un ensemble de faits dont la pertinence semble implicitement niée. Cette réalité se trouvera donc *écrasée* sous le poids des différentes propositions qui auront été rédigées pour en résumer le contenu.

Nous croyons qu'une des raisons qui expliquent pourquoi la démarche positiviste est souvent perçue ou décrite comme n'étant pas de la *véritable* recherche se trouve probablement dans son caractère trop réducteur³³. Le récit purement anecdotique ou la paraphrase des énoncés législatifs ou jurisprudentiels constituerait une version « paresseuse » du récit juridique, comme la chronique en histoire³⁴. En retour, l'attrait des recherches pluridisciplinaires pourrait s'expliquer par la variété des données qui sont décrites et sollicitées pour décrire le droit³⁵. Bien qu'ils partagent un trait commun, celui de traiter du droit, les différents romans que produisent les juristes suscitent plus ou moins d'intérêt en fonction de leur capacité à saisir la complexité des sujets qu'ils abordent, et non en fonction de critères préétablis de ce que serait une véritable recherche en droit.

Si le juriste, comme l'historien, rédige des romans, est-ce à dire que, comme lui encore, il n'a pas de méthode ? Notre propre expérience suggère que, au-delà des techniques de recherche documentaire, il serait difficile, en effet, de dégager une seule directive méthodologique qui soit respectée et suivie par la communauté des chercheurs en droit. L'ouvrage de Veyne montre en fait que la rigueur d'une recherche ne peut se concevoir « dans l'abstrait » et que sa qualité dépend de l'expérience du chercheur. En ce sens, la méthode doit être conçue en fonction de la question abordée et des

33. Le caractère réducteur d'une démarche positiviste se trouverait dans les sources étudiées (le droit positif) et le type d'analyse (dogmatique) qui serait entreprise en son nom. En retour, les démarches dogmatiques sont, chacun le sait, exigeantes et donnent lieu à des analyses complexes. Pour une reconnaissance (et une réhabilitation) de la dogmatique comme activité de recherche *ayant le droit pour objet*, voir Antoine JEAMMAUD, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence. Revue critique* 2010.1.181, 188 et suiv.

34. Voir, sur cette question, Philippe LACOUR, « Le concept d'*histoire* dans la philosophie de Gilles-Gaston Granger », *EspacesTemps.net*, Textuel, 20 mars 2004, p. 9, [En ligne], [www.espacestemp.net/document556.html] (13 juin 2011).

35. Sur l'importance d'assurer un arrimage entre le droit et les disciplines qui lui sont *exogènes*, ainsi que les exigences méthodologiques qui en découlent, voir Yves-Marie MORISSETTE, « L'impact des disciplines exogènes au droit sur le métier des praticiens », (2009) 43 *R.J.T.* 455, en particulier les pages 463-465.

sources documentaires consultées : ce sont elles qui imposent une réflexion sur le traitement qu'il faut leur réserver pour en retirer l'information utile. L'importance que les historiens accordent à la consultation des sources primaires et à leur analyse critique comme préalable nécessaire à toute recherche historique nous apparaît être ainsi pleinement transposable en droit.

Conclusion

Le rapprochement entre les activités de recherche en droit et en histoire aurait mérité d'être approfondi davantage. Il nous a semblé néanmoins susceptible d'éclairer certains aspects de la recherche en droit et, surtout, d'apaiser les juristes qui voient dans les questions méthodologiques une source d'angoisse ou d'anxiété : lire que les historiens n'ont pas de méthode permet, à tout le moins, de se déculpabiliser devant ses propres carences ! Par ailleurs, l'importance que Veyne accorde à l'expérience, comme un passage obligé pour développer ce qui, au fond, est un art, rappelle que la méthodologie se développe principalement au contact de la recherche.

Dans un article intitulé « Plaidoyer pour une conception œcuménique de l'analyse politique comparée³⁶ », Jean Blondel défendait le point de vue selon lequel une discipline avait un intérêt réel à développer « une base méthodologique saine³⁷ », mais que celle-ci « ne se développera de façon vraiment utile que si elle est accrochée au substantiel³⁸ ». Cet auteur prône alors une ouverture sur le plan méthodologique en vue d'admettre à la fois les montages rigoureux et les démarches intuitives, qu'il décrit joliment comme l'école buissonnière. Il nous apparaît que la formation à la recherche en droit devrait être, elle aussi, dominée par une ouverture aux différentes démarches et laisser libre cours aux intuitions à l'égard des différents chercheurs, quitte à ce que leur directeur ou directrice leur tienne éventuellement la bride haute ! En effet, s'il est parfois de bon ton de critiquer le positivisme étatique étroit et d'encourager l'ouverture de la recherche quant à l'apport des autres disciplines universitaires, il est plus difficile d'enseigner une quelconque méthodologie qui puisse véritablement répondre à la pluralité des sujets abordés par les étudiants. Dans ce contexte, la formation à la recherche en droit peut favoriser une approche œcuménique en présentant une variété de « méthodes possibles », provenant d'horizons variés et divers, internes ou externes au droit lui-même, afin que le chercheur puisse déterminer la pertinence des modèles proposés.

36. Jean BLONDEL, « Plaidoyer pour une conception œcuménique de l'analyse politique comparée », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 1, n° 1, avril 1994, p. 5.

37. *Id.*, à la page 7.

38. *Id.*, à la page 9.