



Revue d'histoire du XIXe siècle

Société d'histoire de la révolution de 1848 et des révolutions du XIXe siècle

48 | 2014
Usages du droit

Introduction : usages du droit dans l'historiographie du XIX^e siècle

Laurence Guignard et Gilles Malandain



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rh19/4651>

ISSN : 1777-5329

Éditeur

La Société de 1848

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2014

Pagination : 9-25

ISSN : 1265-1354

Référence électronique

Laurence Guignard et Gilles Malandain, « Introduction : usages du droit dans l'historiographie du XIX^e siècle », *Revue d'histoire du XIXe siècle* [En ligne], 48 | 2014, mis en ligne le 16 septembre 2014, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rh19/4651>

Tous droits réservés

LAURENCE GUIGNARD, GILLES MALANDAIN

*Introduction : usages du droit
dans l'historiographie du XIX^e siècle*

Alors que le droit semblait un cadre lointain de processus sociaux qui le dépassaient largement, nombre de travaux d'histoire et de sociologie historique mobilisent aujourd'hui les ressources de la législation et de la fabrique de la loi, mais aussi du droit élaboré en continu par la jurisprudence et par la doctrine juridique. Compris comme l'enjeu de débats incessants, et ouvert à l'évolution, le droit révèle un ordre symbolique structurant, ainsi qu'une anthropologie dominante ; mais il est également « agissant », un opérateur du social, qui énonce des normes et les fait respecter, induisant des formes spécifiques de rapports sociaux dans les sphères les plus diverses, domestique ou politique, économique ou culturelle. Cette place centrale du droit, aujourd'hui de plus en plus affirmée et reconnue, explique sans doute l'attention croissante qui lui est portée dans les sciences sociales, et qui s'est manifestée notamment à travers des revues interdisciplinaires comme les *Annales*, *Genèses*, la *Revue d'histoire des sciences humaines* ou encore *Droit et Société*¹. Si elle ne va pas sans regard critique, externe, elle suppose également une approche compréhensive du droit comme savoir spécifique et en partie autonome. Reconnaître « la force du droit² », le « prendre au sérieux », n'implique pas en effet de s'y soumettre – intellectuellement, du moins – comme à un « impératif catégorique ». Il s'agit de penser « avec », et « contre », mais pas « sans » le droit, puisque celui-ci est bien, dans nos sociétés contemporaines, « l'une des formes majeures d'ordonnement du social »³.

1. Les *Annales* ont consacré plusieurs dossiers aux rapports entre histoire et droit, notamment en 1992 (n° 47-6) et en 2002 (57-6). « En dix ans, lisait-on à l'ouverture de ce dernier dossier, l'intérêt des historiens pour le droit s'est encore renforcé ; ce n'est pas seulement une dimension juridique mais même une "approche" juridique que l'histoire cherche à intégrer, pas seulement un droit-contexte mais un droit-outil, pris dans toute sa complexité » et son « historicité longue », par-delà la « sempiternelle opposition entre normes juridiques et pratiques sociales », etc.

2. Pierre Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 3-19. Voir aussi le dossier « La place du droit dans l'œuvre de Pierre Bourdieu », *Droit et société*, n° 56-57, 2004, p. 11-70.

3. Baudoin Dupret, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, « Cursus », 2006, *incipit*. Voir aussi Liora Israël, Guillaume Sacriste, Antoine Vauchez et Laurent Willemez [dir.], *Sur la Portée sociale du droit*, Paris, PUF-CURAPP, 2005.

HISTOIRE ET DROIT : LE TEMPS DES CONVERGENCES ?

Les travaux sont extrêmement divers, parmi lesquels on peut classiquement distinguer selon l'origine disciplinaire de leurs auteurs, historiens, juristes, mais aussi sociologues et politistes, souvent précurseurs. L'intérêt est d'autant plus remarquable qu'il paraît dépasser l'histoire de la justice qui s'est pour sa part développée avec un dynamisme fertile dans la foulée de *Surveiller et Punir*, publié en 1975. Celle-ci a porté son attention sur les conflits, la criminalité, la répression ou la sociologie des professionnels du droit, souvent plus que sur les catégories proprement juridiques, notamment celles du droit civil, demeurées l'apanage d'une histoire du droit ou des idées juridiques assez largement à part⁴. Comme le suggère une rapide comparaison des principaux ouvrages de synthèse récents – ceux de Jean-Pierre Royer, côté juristes, et de Benoît Garnot, côté historiens⁵ – deux histoires de la justice en France se sont développées parallèlement (même si elles ne s'ignorent pas mutuellement), l'une plus « politique » et juridico-centrée, l'autre plus « sociale » (ou même « culturelle ») et nettement moins attentive à la technicité juridique. Certes, de nombreux travaux et colloques ont cependant, en particulier depuis le bicentenaire de la Révolution française⁶, jeté des ponts entre l'histoire judiciaire et l'histoire des normes et des débats juridiques, en privilégiant globalement le champ pénal et le « droit de punir »⁷. Toujours dans le champ francophone, le travail structurant de Jean-Claude Farcy a cherché lui aussi à dépasser tout « conflit des facultés », pour ne négliger aucun apport – notamment au sein de la monumentale bibliographie consultable sur l'excellent site Criminocorpus⁸ – et encourager les approches pluridisciplinaires⁹.

Au-delà du domaine judiciaire, une manière nouvelle d'aborder de plein pied le droit et la « créativité conceptuelle des juristes » (Mikhaïl Xifaras) per-

4. C'est notamment le constat de Jean-Claude Farcy, *L'histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2001, p. 152 et sq.

5. Jean-Pierre Royer et al., *Histoire de la justice en France, du XVIII^e siècle à nos jours*, 4^e édition, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2010 ; Benoît Garnot, *Histoire de la justice : France, XVI^e-XXI^e siècle*, Gallimard-Folio, 2009 ; voir aussi, côté historiens (dix-neuviémistes), la synthèse de Frédéric Chauvaud, Jacques-Guy Petit et Jean-Jacques Yvrol, *Histoire de la justice, de la Révolution à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007.

6. Rappelons notamment l'étude toujours fort utile de Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

7. On pense notamment aux travaux menés par ou autour de Michel Porret à Genève (à partir d'une thèse pionnière : *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, Droz, 1995), ou encore au Centre d'histoire du droit et de la justice (CHDJ) de Louvain-la-Neuve (Marie-Sylvie Dupont-Bouchat et Xavier Rousseaux).

8. « Bibliographie de l'histoire de la justice française (1789-2011) » : criminocorpus.org/outils/16581.

9. Voir aussi, dans cet esprit, Frédéric Audren, « La justice au risque de l'histoire. Histoire de la justice, 1789-1958 : état de la recherche française », *Jean Jaurès, Cahiers trimestriels*, n° 142, 1996, p. 25-46. Pour un exemple de recherche prenant ensemble le droit et la justice pour objet : Laurence Guignard, *Juger la folie. La folie criminelle devant les Assises au XIX^e siècle*, PUF, 2010.

met de revisiter des questions plus générales de l'histoire, et notamment de l'histoire du XIX^e siècle, dans à peu près tous les domaines, canoniques ou émergents – on ne prétendra pas ici en faire le tour ni n'oublier personne. La prise en compte du droit, aussi bien dans l'établissement des normes que dans leur mise en œuvre, joue ainsi un rôle affirmé dans les renouvellements actuels de l'histoire économique, à travers l'attention portée aux modes et aux instances de régulation ou d'encadrement des marchés, des « affaires », de la production ou du crédit¹⁰. Elle informe également la construction d'une histoire environnementale, qui s'interroge notamment sur l'émergence d'un droit administratif concurrent à bien des égards du droit judiciaire¹¹. L'histoire du travail et de la protection sociale, de son côté, est également un lieu de rencontre privilégié entre historiens, sociologues et juristes, en raison du rôle décisif de l'émergence d'un droit du travail, lui-même fer de lance du progrès des « droits sociaux », dans les sociétés européennes du second XIX^e siècle¹² – non sans ambiguïté là aussi (quand la loi vient interrompre le cours de la jurisprudence, comme en matière d'accidents du travail en 1898).

L'usage du droit comme un outil et un enjeu de la réflexion, va également croissant dans le champ de l'histoire politique, où historiens et politistes se rejoignent de plus en plus¹³. L'intérêt peut porter sur le texte des lois et des débats juridiques, objets d'une lecture serrée, comme dans la thèse d'Anne Verjus sur l'exclusion des femmes du suffrage « universel »¹⁴, ou dans la réflexion de Jean-Claude Caron sur la notion de guerre civile dans la France contemporaine¹⁵. La genèse et les formes juridiques – dans leurs flottements mêmes – d'une criminalité spécifiquement « politique » constituent en effet un bon point d'appui pour comprendre la stabilisation progressive du régime libéral contemporain¹⁶. L'histoire du droit elle-même peut être problématisée

10. Alessandro Stanziani [dir.], *Dictionnaire historique de l'économie-droit XVIII^e-XX^e siècles*, Paris, Maison des sciences de l'homme/LGDJ, 2007. Gabriel Galvez-Behar, *La République des inventeurs. Propriété et organisation de l'innovation en France (1791-1922)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008. Claire Lemerrier, *Un modèle français de jugement des pairs. Les tribunaux de commerce, 1790-1880*, mémoire d'HDR, université Paris VIII, 2012 (<http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00685544>).

11. Geneviève Massard-Guilbaud, *Histoire de la pollution industrielle. France, 1789-1914*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2010; Thomas Le Roux, *Le Laboratoire des pollutions industrielles : Paris 1770-1830*, Paris, Albin Michel, 2011.

12. Carlos Miguel Herrera, *Les droits sociaux*, PUF, « Que sais-je? », 2009; Pour un bon panorama interdisciplinaire : Alain Chatriot, Francis Hordern, Jeanne-Marie Tuffery-Andrieu [dir.], *La Codification du travail sous la III^e République. Élaborations doctrinales, techniques juridiques, enjeux politiques et réalités sociales*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011.

13. Michel Offerlé et Henry Rouso [dir.], *La Fabrique interdisciplinaire. Histoire et science politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008 : voir notamment, sur le droit, les réflexions de Laure Blévis, « Enjeux d'une sociologie historique de la citoyenneté en situation coloniale », p. 103-117, et de Jacques Lagroye, « "Historicisation" de la science politique en France? », p. 265-278.

14. Anne Verjus, *Le Cens de la famille. Les femmes et le vote, 1789-1848*, Paris, Belin, 2002.

15. Jean-Claude Caron, *Frères de sang. La guerre civile en France au XIX^e siècle*, Seyssel, Champ Vallon, 2009, notamment le chapitre III.

16. Sophie Dreyfus, *Généalogie du délit politique*, Clermont-Ferrand/Paris, LGDJ, 2010. Gilles Malandain, Guillaume Mazeau, Karine Salomé [dir.], « L'Attentat, objet d'histoire », *La Révolution française. Cahiers de l'IHFR*, mars 2012 (lrf.revues.org).

de façon élargie, à travers l'étude du rôle que jouent les juristes dans le champ politique : ainsi, Guillaume Sacriste, dans une thèse de sociologie politique récemment publiée, montre le lien entre l'émergence du droit constitutionnel et la consolidation de la Troisième République¹⁷. Il ne s'agit pas seulement de montrer, dans une visée « critique », les usages sociaux du droit comme pouvoir de formalisation ou de nomination du social (et du politique) mais bien de réfléchir à l'évolution conjointe des structures institutionnelles ou intellectuelles qui fondent l'« ordre » politique, évolution dans laquelle les juristes – notamment professeurs de droit « jurisconsultes » ou avocats – ont une part importante tout en étant eux-mêmes « objets » d'une histoire sociale¹⁸.

Un nouveau *corpus* s'offre ainsi aux historiens, susceptible de permettre une lecture originale du XIX^e siècle. C'est encore le cas dans l'histoire des relations internationales, qui trouve dans la réflexion sur la genèse d'un droit international public – tout à la fois comme ensemble de normes et comme discipline savante – une manière de revisiter la chronique diplomatique ou militaire depuis le Congrès de Vienne¹⁹. Dans sa thèse récente, Emmanuel Larroche propose ainsi de revenir sur l'expédition d'Espagne de 1823 au prisme du débat constitutionnel et des réflexions post-napoléoniennes sur la « guerre juste »²⁰. Prendre en compte la notion de droit international permet aussi de reconsidérer l'histoire des impérialismes européens, fût-ce pour constater le délitement du vieux « droit des nations » – les traités conclus avec les États asiatiques ou africains – à l'origine de l'expansion coloniale, au nom de l'idée d'une supériorité de la civilisation occidentale²¹. En sens inverse, le partage du monde entre métropoles, puis ses soubresauts et sa liquidation

17. Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011.

18. Hervé Leuwers [dir.], *Juges, avocats et notaires dans l'espace franco-belge. Expériences spécifiques ou partagées (XVIII^e-XIX^e siècle)*, Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2010. Voir aussi par exemple des travaux sur la formalisation de « l'ordre électoral » : Laurent Willemez, « Le droit dans l'élection. Avocats et contestations électorales à la fin du Second Empire », *Genèses*, n° 35, 2002, p. 101-121 ; Christophe Voilliot [dir.], « L'ordre électoral : savoirs et pratiques », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 43, 2011/2.

19. Dans le prolongement d'ailleurs des dix-huitiémistes : Marc Belissa, Edmond Dziembowski et Jean-Yves Guiomar, « De la guerre de Sept ans aux révolutions : regards croisés sur les relations internationales » *Annales historiques de la Révolution française*, n° 349, 2007/3, p. 179-202. Pour les XIX^e et XX^e siècles, voir notamment Jean-Michel Guieu et Dzovinar Kévonian [dir.], « Juristes et relations internationales », *Relations internationales*, n° 149, 2012/1. Du côté des idées juridiques, voir Emmanuelle Jouannet, *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

20. Emmanuel Larroche, *L'expédition d'Espagne : 1823, de la guerre selon la Charte*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, en particulier chap. III.

21. Isabelle Surun, « Appropriations territoriales et résistances autochtones. Entre guerre de conquête, alliance et négociation », dans Pierre Singaravélou [dir.], *Les empires coloniaux XIX^e-XX^e siècle*, Points, Paris, Seuil, 2013, chapitre I et notamment p. 41-52 : « Au commencement n'est pas la guerre ». Sur cette question, voir aussi Pierre Grosser, « Comment écrire l'histoire des relations internationales aujourd'hui ? Quelques réflexions à partir de l'Empire britannique », *Histoire@Politique*, n° 10, 2010, notamment p. 24 et sq. (www.histoire-politique.fr).

au cours du XX^e siècle, ont joué un rôle notable dans l'émergence d'un droit international échappant progressivement à ses concepteurs européens²².

Certes, la « conversion » des historiens au droit reste mesurée, comme on peut le déduire, par exemple, de l'absence d'une réflexion sur les rapports entre les deux disciplines dans un récent panorama épistémologique par ailleurs très complet et très ouvert²³. Dans la présentation d'un séminaire « Droit et histoire de l'Etat » à l'EHESS en 2011-2012, Marc-Olivier Baruch et Alain Chatriot pouvaient même se proposer d'interroger « le mystère de l'allergie de la société historique aux concepts juridiques ». Qu'on le veuille ou non, les cloisonnements, enracinés eux-mêmes dans une histoire longue, ont la vie dure, particulièrement sans doute en l'occurrence, tant les inscriptions institutionnelles et même les logiques intellectuelles diffèrent voire divergent. De leur côté, les juristes (notamment publicistes) et historiens du droit ne manquent pas non plus de s'interroger sur la nature et le destin de leur discipline, et singulièrement sur ses liens avec l'histoire, mais ils tendent jusqu'ici à le faire le plus souvent entre eux²⁴.

On doit constater cependant avec le plus grand intérêt l'évolution manifeste d'une discipline, l'histoire du droit, constituée à la fin du XIX^e siècle et longtemps concentrée sur le « temps (très) long », privilégiant fortement le droit romain, le Moyen Âge et l'Ancien Régime²⁵, ainsi qu'une « histoire des institutions » rétive aux sciences sociales. Sans nécessairement rallier en bloc l'épistémologie des sciences historiques²⁶, l'histoire du droit s'ouvre actuellement à la fois aux siècles postrévolutionnaires, et à des méthodes ressortissant à l'histoire sociale, culturelle ou intellectuelle²⁷. En témoigne notamment le

22. Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

23. Christian Delacroix, François Dosse, Patrick Garcia et Nicolas Offenstadt [dir.], *Historiographies*, 2 volumes, Folio Histoire, Paris, Gallimard, 2010.

24. Carlos Miguel Herrera et Arnaud Le Pillouer [dir.], *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, Paris, Kimé, 2012. Dans un autre ordre d'idées, rappelons aussi que les juristes produisent leurs propres manuels d'histoire générale, à destination de leurs étudiants, à l'image de l'*Histoire contemporaine politique et sociale* de Guy Antonetti, 9^e édition, Paris, PUF, « Droit fondamental », 2003 [1986]. Sans être fermés aux travaux des historiens, ces ouvrages manifestent néanmoins, par le jeu des références sélectives, par leur méthode d'exposition ou même par leur ton, l'autonomie persistante d'une histoire « des juristes ».

25. Ainsi, de manière très « classique », le « Que sais-je? » de Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit*, Paris, PUF, 2008, consacre neuf pages au XIX^e siècle, Empire compris.

26. On opposera ici la revendication de la « méthode historique » par Jean-Louis Halpérin (« L'historien du droit comme le sociologue, a un point de vue extérieur sur les phénomènes juridiques : il observe leur développement en les reliant aux faits politiques, économiques et sociaux [...] », écrit-il dans les premières pages de son *Histoire du droit privé français*, PUF, 1996) et l'entrée en matière d'Antoine Leca dans *La Genèse du droit. Essai d'introduction historique au droit*, 2^e édition, Aix-en-Provence, PUAM, 2000 (p. 16) : « L'histoire juridique telle qu'elle est envisagée ici n'est pas la partie de l'histoire dont le droit serait l'objet d'étude mais la branche du droit qui aurait l'histoire pour matière ». Une comparaison systématique des nombreux manuels d'introduction historique au droit destinés aux étudiants de Licence, serait sans doute éclairante. Voir le dossier « Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes », *Droit et société*, n° 75, 2010/2.

27. Rappelons à cet égard les travaux pionniers de Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles)*, Paris, PUF, 1991. Plus récemment, on renverra par exemple à Anne-Sophie Chambost, *Proudhon, l'enfant terrible du socialisme*, Paris,

développement d'une histoire réflexive de l'enseignement du droit, associant portraits de groupes et itinéraires individuels²⁸, et son élargissement vers les notions de « science » et de « culture(s) juridique(s) »²⁹. La « science du droit » peut ainsi être envisagée comme l'une des branches de la science sociale, ou des sciences humaines, en construction au cours du XIX^e : le siècle post-révolutionnaire est d'autant plus réinvesti qu'il apparaît comme le moment même où se joue, outre la gestation de l'histoire du droit comme sous-discipline autonome (elle-même liée au progrès général de l'« historicisme »), la structuration du droit contemporain autour du rôle pivot des professeurs de droit comme producteurs de doctrine.

Ce dossier de la *Revue d'histoire du XIX^e siècle* se propose d'interroger l'histoire du XIX^e siècle à la lumière de ces questionnements de plus en plus convergents, d'aborder les relations qui lient aujourd'hui l'histoire et le droit, pour tenter d'en saisir les enjeux sociaux, de cerner les usages que les historiens peuvent faire des objets juridiques et de comprendre comment le droit pense et aide à penser le XIX^e siècle.

CERNER LE DROIT DU XIX^e SIÈCLE

Définir la spécificité du droit, et des pratiques qu'il recouvre, n'est pas chose aisée³⁰. L'effort de théorisation des juristes a été récemment renouvelé par des anthropologues ou des historiens du droit, notamment le romaniste Yan Thomas dont la pensée marque d'une profonde empreinte la recherche actuelle. Ils se sont attachés à la fois au droit comme système de catégories mais aussi comme savoir technique opérant sur le social ; on peut ici tenter d'en retenir quelques indications principales.

Les catégories juridiques forment un édifice intellectuel cohérent et signifiant qui définit, à partir de trois instances fondamentales — les personnes, les choses, les actes — toute une série de statuts capables d'enserrer le réel.

Armand Colin, 2009, ou à Nelly Hissung-Convert, *La Spéculation boursière face au droit 1799-1914*, Paris, LGDJ, 2009.

28. Nader Hakim et Michel Malherbe [dir.], *Thémis dans la Cité. Contribution à l'histoire contemporaine des facultés de droit et des juristes*, Bordeaux, PUB, 2010 ; Jean-Louis Halpérin [dir.], *Paris, capitale juridique (1804-1950) : étude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Paris, Éd. Rue d'Ulm, 2011 ; Frédéric Audren et Patrice Rolland [dir.], « La Belle Époque des juristes. Enseigner le droit dans la République », *Mil neuf cent*, n° 29, 2011.

29. Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013. À côté de la norme et de la pensée juridiques (qu'il convient de bien distinguer), les auteurs placent sous ce terme « l'ensemble de valeurs, de savoirs et de savoir-faire qui orientent, donnent sens et cohérence aux activités des différents professionnels du droit » (p. 8).

30. La revue *Droits, revue de théorie juridique* a ainsi réuni plus d'une cinquantaine de définitions à la question « Définir le droit » I et II, 1989 et 1991. Denys de Béchillon constate « l'impossibilité d'une définition générale, universelle et absolue de la règle de Droit » (*Qu'est ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 14).

Le droit constitue ainsi une *représentation* du monde social³¹ dont la finalité est fondamentale pour les sociétés puisqu'il s'agit à terme, non seulement de contraindre les comportements ou d'organiser les rapports susceptibles de se nouer entre ces statuts, mais surtout, par des opérations juridiques essentielles comme les filiations des hommes ou la transmission des biens, d'assurer la pérennité du monde social, de « l'organisation juridique de la vie³² », par delà les générations biologiques des agents. Le droit forme ainsi une « architecture du monde social³³ », capable, semble-t-il, de traverser les âges.

Architecture remarquable depuis sa fondation romaine, mais qui rencontre des difficultés puisqu'il faut maintenir la cohérence du système – d'où la très grande prudence des juristes à l'égard des modifications des lois ; d'où, aussi, l'organisation de procédures fondées sur la lenteur et la répétition – tout en restant en prise avec la réalité sociale pour assurer cette autre opération délicate qu'est la *qualification* des faits. Cette double contrainte impose d'une part la fidélité du droit à des principes organisateurs hérités, puisés à des sources parfois très anciennes, et d'autre part la prise en compte des évolutions sociales. Plus qu'une transformation, le droit subirait davantage un processus d'actualisation en fonction de principes perpétuellement fixés. Cependant, il n'existe pas seulement comme système de lecture du monde, mais agit aussi sur la société. Cette performativité, qui le différencie fondamentalement des autres savoirs sociaux³⁴, s'appuie sur une pratique savante, une casuistique, qui s'exerce dans des interactions sociales multiples par lesquelles, suivant la formule de Yan Thomas, « opère le droit³⁵ ». Ces opérations du droit impliquent principalement le langage, mobilisant, à côté des concepts juridiques, un certain nombre de techniques relevant de la rhétorique (répétition, métaphore, métonymie), recourant à la fiction ou au cas limite, qui permettent de ramener des situations réelles singulières à des faits légaux, et rendent possible les jugements.

Si l'impératif de stabilité du droit produit l'illusion d'un temps suspendu, il faut aussi admettre que cet exercice n'empêche pas, en réalité, du côté des juges tout autant que des justiciables, les choix d'interprétation des règles, les versions alternatives, les tentatives de négociation ou d'instrumentalisation : dans les jugements s'effectue un travail qui « ne cesse de construire, à l'aide de ces mêmes catégories, de nouveaux objets³⁶ », et d'une certaine façon, de créer

31. Clifford Geertz, *Savoir local, savoir global. Les lieux du savoir*, Paris, PUF, 1986 [*Local Knowledge*, 1981], p. 215.

32. Yan Thomas, « La division des sexes en droit romain », *Histoire des femmes en Occident*, volume I, Plon, 2002 (1^{re} édition 1990), p. 134.

33. Paolo Napoli, « Introduction » à Yan Thomas, *Les opérations du droit*, Paris, EHESS-Gallimard-Le Seuil, 2011, p. 7.

34. Voir la comparaison éclairante de Bruno Latour entre droit et science : *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002, p. 207-258.

35. Yan Thomas, cité par Paolo Napoli, *op. cit.*, p. 8.

36. Paolo Napoli, *op. cit.*, p. 15.

du droit comme le suggèrent certains théoriciens³⁷. La mise en contexte offre ainsi de multiples exemples d'élaboration de solutions juridiques à des questionnements sociaux qui montrent l'efficacité pragmatique du droit, mais qui ne vont pas non plus sans contournement, inflexion, voire soumission, notamment à l'égard du pouvoir politique. Certes, le droit apparaît le plus souvent comme un instrument de maintien de l'ordre (et pas seulement de l'ordre symbolique), une arme de domination au service des pouvoirs institués. Pourtant, sa logique propre, partiellement mais irréductiblement autonome, peut également en faire un outil de contestation ou de perturbation du pouvoir, et l'on tend aujourd'hui à réévaluer l'ambivalence de « l'arme du droit »³⁸. À cet égard, il faut évidemment rappeler que le XIX^e siècle qui hérite du puissant élan rationalisateur du second XVIII^e siècle et, plus spécifiquement dans l'Europe non régie par le *common law*, codifie le droit tout en réorganisant le système judiciaire³⁹. Les lois sont désormais simples et accessibles à chacun, à tel point que nul n'est plus censé les ignorer.

En France, les cinq grands codes napoléoniens dont le Code civil (1804), qui perdure presque intact jusqu'en 1945⁴⁰, et le Code pénal (1791 puis 1810) refondu uniquement en 1994, contribuent en effet fortement à réorganiser la société postrévolutionnaire. Ils paraissent faire du XIX^e siècle un siècle du droit, car, ainsi que l'énonce la Constitution de 1791, « il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi ». La formule, qui érige le législateur en autorité souveraine, suppose néanmoins une soumission du droit à une loi désormais fixée, posée, et prétend, tout au moins à l'origine, dénier le pouvoir d'interprétation des magistrats, alors que l'autorité judiciaire est fermement bridée⁴¹. Peut-être faudrait-il plutôt évoquer alors un siècle des droits, qui dans la continuité de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*⁴², voit s'affirmer le primat de l'individu, des libertés civiles, de la propriété, de la famille et de l'autorité paternelle et l'affirmation du contrat, tandis qu'au pénal, la modernité s'incarne dans la légalité et l'adoucissement des peines associé au cadre neuf de la prison pénale et à la prise en compte progressive de la personnalité du criminel. Jusqu'aux années 1880, la justice pénale s'inscrit en effet dans une perspective subjective et morale et punit des

37. Renaud Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Paris/Clermont-Ferrand, LGDJ, 2006.

38. Liora Israël, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009. Pour situer la question dans l'histoire du mouvement ouvrier, voir l'introduction de Michel Pigenet dans le livre qu'il a codirigé avec André Narritsens, *Pratiques syndicales du droit. France XX^e-XXI^e siècle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 13-22.

39. Jean-Louis Halpérin, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004.

40. Jean-Claude Farcy (en collaboration avec Alain Wyffels), ed., *Code civil, 1804-2004. Toutes les versions du Code civil depuis deux siècles*, Paris, Litec, CD-Rom, 2004.

41. Jean-Louis Halpérin, « Haro sur les hommes de loi », *Droits. Revue française de théorie juridique, La Révolution française et le droit*, n° 17, juin 1993, p. 55-65.

42. Sur le devenir de ce texte, tôt sacralisé mais tardivement « constitutionnalisé », voir Valentine Zuber, *Le culte des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 2014.

crimes assimilés à des fautes. Si l'idée d'une finalité sociale – une exemplarité – de la peine est présente dans le droit de l'Ancien Régime, elle connaît un fort reflux, jusqu'à ce que s'impose, sous la Troisième République, l'individu socialement dangereux – une forme neuve en ce qu'elle inscrit le danger dans la subjectivité du délinquant, à traiter désormais autant qu'à punir⁴³.

Malgré la codification qui tend dans un premier temps à rigidifier le système légal et à réduire les traditionnels commentaires à une exégèse très littérale, la réflexion juridique prend son essor à la fin de la Restauration, en France, un peu plus tôt en Allemagne, sous la forme d'une doctrine qui rompt avec la tradition principalement jurisprudentielle de l'Ancien Régime en ce qu'elle lui adjoint une théorie générale très conceptualisée. Les pays de *common law* sont également touchés par ce mouvement qui favorise des analyses plus amples du système juridique, s'employant à dégager et à définir des concepts organisateurs du droit. Traités et revues savantes fleurissent alors, valorisant les cadres nationaux en pleine consolidation, au nom de leurs « génies » propres, mais sans exclure une préoccupation comparative et une réflexion transnationale; à cet égard, l'essor de la science juridique participe pleinement, on l'a dit, du mouvement plus général d'émergence et de constitution disciplinaire des sciences humaines.

À cet effort interne au monde du droit, se joint l'effet des profondes mutations politiques, économiques, sociales, culturelles et scientifiques de l'Europe postrévolutionnaire, qui induisent des dynamiques juridiques spécifiques. S'il n'existe pas encore à l'échelle continentale (ni même d'ailleurs française) de synthèse aussi fouillée que celle qu'offre l'*Oxford History of the Laws of England* pour l'espace britannique⁴⁴, on peut néanmoins dégager deux tendances marquantes : l'extension, d'une part, des territoires et de l'emprise du droit, l'intensification de la concurrence, d'autre part, entre des régimes juridiques différents (à l'échelle internationale), ou encore entre le droit et les disciplines scientifiques en plein essor. Par un paradoxe toujours d'actualité aujourd'hui⁴⁵, le droit paraît ainsi, au XIX^e siècle, à la fois conquérant et mis en danger.

D'un côté, l'expression et même les mœurs tendent à échapper désormais au contrôle légal; mais dans ses territoires anciens, le droit et les pratiques judiciaires s'enracinent, en particulier dans le monde rural, demeuré très largement jusqu'ici le lieu d'une pluralité de modes de règlement des litiges,

43. Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie, Alvaro P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, tome 2 : *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, De Boeck, 2008.

44. William Cornish, J. Stuart Anderson, Ray Cocks, Michael Lobban, Patrick Polden, Keith Smith, *The Oxford History of the Laws of England. 1820-1914*, volume 11, 12, 13, Oxford University Press, London, 2010.

45. Voir par exemple Dominique Rousseau [dir.], *Le droit dérobé*, Paris, Montchrestien, 2007. Et pour une réflexion sur « l'emprise de la justice » dans la longue durée, Jacques Krynen, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 2009 et 2012.

et même si l'acculturation juridique reste inachevée à la fin du siècle⁴⁶. En outre, le corpus légal lui-même s'étoffe considérablement à travers la multiplication de nouvelles branches spécialisées du droit privé correspondant aux évolutions économiques et sociales contemporaines : droit rural, droit commercial, « législation industrielle » (annonçant le droit du travail), propriété intellectuelle... Dans le prolongement de la Révolution, le droit public – droit administratif, finances publiques, droit constitutionnel... – s'affirme également, conjointement avec l'État et les sciences politiques. Au prix d'une complexification sans cesse accrue, le droit unifié – dans les cadres nationaux essentiellement – ne cesse ainsi de combler les interstices et de s'imposer en instance régulatrice de l'ensemble des rapports sociaux.

Parallèlement, l'expansion impériale s'accompagne d'une expansion du droit européen vers les territoires dépendants, où il entre en concurrence – mais dans un rapport bien sûr très inégal – avec de tout autres systèmes juridiques ou normatifs, impliquant toujours un certain « pluralisme ». L'étude du droit colonial et de sa mise en application dans ces espaces dominés est aujourd'hui un domaine très dynamique, non seulement au sein d'une histoire coloniale elle-même largement revivifiée, mais aussi avec une portée plus large. Les espaces coloniaux apparaissent en effet comme des laboratoires où la plasticité des catégories juridiques du colonisateur est parfois crûment mise au jour, non sans un dévoiement des principes, et de lourdes contradictions politiques (puisque le droit est aussi un étendard de la « mission civilisatrice »), qu'illustrent en particulier le régime de l'indigénat ou la situation ambiguë des métis⁴⁷.

Si l'empire du droit et de la justice semble s'élargir à partir du XIX^e siècle, il se heurte pourtant, de l'intérieur, à l'émergence des nouvelles formes de véridiction qui contribuent à instaurer une forme puissante d'hétéronomie. Le processus de naturalisation des comportements humains et de l'ordre social que porte la pensée scientifique du XIX^e siècle affecte en effet le socle profondément culturel des conceptions juridiques, tandis que, dans les tribunaux, le gain de légitimité des scientifiques et des médecins, sollicités au titre d'experts, concurrence l'autorité des juges⁴⁸. Michel Foucault a vu dans

46. François Ploux, « L'« arrangement » dans les campagnes du Haut-Quercy (1815-1850) », *Histoire de la justice*, n° 5, 1992, p. 95-115 ; Benoît Garnot [dir.], *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon, EUD, 1996 ; Jérôme Lafargue, « Le maniement du droit dans la France rurale du XIX^e siècle. Sur l'efficacité symbolique de champs juridiques incertains », *Ruralia*, 15 | 2004, <http://ruralia.revues.org/1023>.

47. Emmanuelle Saada, *Les Enfants de la colonie : les métis de l'empire français, entre sujétion et citoyenneté*, Paris, La Découverte, 2007 ; « Penser le fait colonial à travers le droit en 1900 », *Mil neuf cent*, n° 27, 2009/1, p. 103-116. On se reportera également au dossier « Chantiers de l'histoire du droit colonial », introduit par Florence Renucci, *Clio@Themis*, n° 4, mars 2011 ; ou encore à Charlotte Braillon et al. [dir.], *Droit et justice coloniale en Afrique. Traditions, productions, réformes*, Bruxelles, Publications de l'université Saint-Louis, 2013. Le site de l'Association pour l'histoire du droit des colonies (www.histoiredroitcolonies.fr), ainsi que Colonialcorpus (colonialcorpus.hypotheses.org) témoignent du dynamisme de ce champ de recherche.

48. Yan Thomas, « L'institution juridique de la nature. Remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome », *Les opérations du droit, op. cit.*

ces « discours de vérité » qui entrent en concurrence avec le droit, jusqu'à provoquer son reflux, la manifestation d'une mutation du régime de pouvoir, et d'émergence d'un « pouvoir de normalisation », fondamentalement extra-juridique⁴⁹. Le droit n'est plus alors que le masque d'un pouvoir qui se fonde en réalité sur des procédures qui le dénie, à l'image, par exemple, des procédures médico-administratives d'internement des malades mentaux décrites naguère par Foucault ou Robert Castel⁵⁰, de l'organisation purement réglementaire de la plupart des lieux d'enfermement⁵¹, ou du gouvernement des espaces coloniaux en général. On peut toutefois nuancer ce modèle en montrant comment le droit, en s'exerçant, se détourne parfois de lui-même, se mâtine de notions hétérodoxes, déroge parfois à ses principes, mais aussi résiste à des formes concurrentes de savoirs/pouvoirs scientifiques ou administratifs, et même s'appuie sur eux⁵². C'est admettre la « flexibilité » d'un droit qui se trouve, dans la pratique, toujours confronté à un pluralisme normatif qu'il est de fait capable de supporter, voire d'incorporer, sans perdre véritablement, sinon son âme, du moins sa capacité d'action sur le monde social. C'est notamment ce que montrent les articles réunis dans ce dossier, en explorant des contextes particuliers.

LE DROIT ET SES CONTEXTES : DES PISTES MULTIPLES

Plutôt qu'un impossible quadrillage d'un champ très vaste, on a privilégié la présentation de démarches et d'objets très divers, parmi lesquels on peut néanmoins discerner des points de convergence. Les trois premiers articles montrent ainsi un droit civil confronté à l'autorité concurrente des experts — scientifiques, ingénieurs, médecins, observateurs sociaux, fréquemment soutenus par un pouvoir administratif —, un droit dont la légitimité à juger est fragilisée, et qui doit pour la maintenir soit refouler, soit absorber ces

49. Si l'on suit Foucault, le reflux du droit, s'explique précisément par la naissance du nouveau régime de pouvoir, c'est-à-dire par « la juxtaposition, l'affrontement de deux mécanismes et de deux types de discours absolument hétérogènes : d'un côté, l'organisation du droit autour de la souveraineté et, de l'autre côté, la mécanique des coercitions exercées par les disciplines ». Le résultat est « que le pouvoir s'exerce à la fois à travers ce droit et ces techniques [disciplinaires], que ces techniques de la discipline, que ces discours nés de la discipline envahissent le droit, que les procédés de la normalisation colonisent de plus en plus les procédures de la loi », *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-76*, Paris, Gallimard-Le Seuil, 1997, p. 35.

50. Études renouvelées par Aude Fauvel qui a souligné les contestations quasi-permanentes dont ces procédures non-légales ont fait l'objet : *Témoins aliénés et « Bastilles modernes » : une histoire politique, sociale et culturelle des asiles en France (1800-1914)*, thèse de doctorat d'histoire sous la dir. de Jacqueline Carroy, EHESS, 2005.

51. La nature administrative et réglementaire de l'autorité et de la gestion des conflits dans les espaces pénitentiaires n'a laissé place que très récemment à un droit pénitentiaire qui demeure inachevé. Martine Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire*, Paris, Dalloz, 2013. De manière plus générale, sur l'histoire des méthodes punitives, susceptible d'éclairer la manière dont le droit cède à la discipline, voir Michel Porret, Vincent Fontana, Ludovic Mangué [dir.], *Bois, fers et papiers de justice. Histoire matérielle du droit de punir*, Genève, L'équinoxe, 2012.

52. Ben Goder, Peter Fitzpatrick, *Foucault's Law*, New York, Routledge, 2009.

voix nouvelles. Les textes suivants décrivent davantage un droit travaillé par des processus politiques et sociaux, comme l'expansion coloniale ou encore l'autonomisation d'un champ littéraire, qui pèsent, eux, sur les catégories juridiques, poussant à une adaptation du droit qui peut être créatrice ou aboutir à la distorsion de principes fondamentaux.

À partir de son premier travail consacré à l'histoire urbaine de l'Italie fasciste, Alice Ingold s'est attachée à l'histoire des ressources en eau dans l'Europe méditerranéenne du XIX^e siècle⁵³. Dans l'optique d'une histoire environnementale, elle en explore les enjeux sociaux et savants, incluant le droit à côté des techniques ou des imaginaires, dans le travail d'appropriation que constitue l'exploitation d'une ressource naturelle⁵⁴. À partir du cas des eaux courantes exclues du domaine public, dont le statut juridique demeure indéfini pratiquement tout au long du XIX^e siècle, elle propose ici de saisir l'apport des juristes à une maîtrise de la nature. Face aux riverains propriétaires qui ont la faveur du Code civil, s'élèvent d'une part les collectivités d'usagers des eaux et, de l'autre, le corps des Ponts et Chaussées soutenu par l'autorité administrative qui souhaiterait des eaux libres de droit facilitant les aménagements publics. Pour répondre à cette situation explosive, les praticiens du droit procèdent à deux niveaux. Ils rendent d'abord leur existence légale aux collectivités d'usagers, s'appuyant sur l'existence de « droits acquis », admise par le Code civil (art. 645), et reposant sur l'existence de preuves matérielles de l'ancienneté des droits et des usages. A un second niveau, c'est la pénurie et le degré de conflictualité qu'elle génère qui orientent les types de recours : les ingénieurs obtiennent ainsi toute latitude lorsque l'eau est surabondante, mais, lorsqu'il y a pénurie, ce sont les tribunaux qui tranchent, et qui partagent l'eau entre ayants droit, ingénieurs exclus. La pratique du droit s'appuie ici sur des catégories suffisamment malléables pour différencier des types d'utilisateurs de l'eau – et même plusieurs eaux dans le même cours – et structurer une réponse judiciaire. L'exemple montre également que ceux qui disent le droit se fondent avant tout sur du droit, y compris par un détour assez peu usité mais légal, plutôt que sur une description scientifique ou sociale.

C'est aussi ce que montre, en un autre sens, le texte de Frédéric Audren dans une perspective qui est celle d'un spécialiste de l'histoire intellectuelle et sociale du droit, particulièrement attentif aux enjeux juridiques de l'essor, déjà largement mis en évidence, de la science sociale⁵⁵. Avec l'héritage, il aborde ici un pilier du droit civil et même, comme le suggère *la Comédie humaine*, de la société du XIX^e siècle – Michael Lucey y voit même un ressort

53. Alice Ingold, *Négocier la ville. Projet urbain, société et fascisme à Milan*, Paris-Rome, Éditions de l'EHESS et École Française de Rome, 2003.

54. Alice Ingold, « Écrire la nature. De l'histoire sociale à la question environnementale? », *Annales HSS*, 66-1, 2011, p. 11-29.

55. « Naissances de la science sociale (1750-1855) », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 15, 2006/2.

majeur du psychisme et de la sexualité des personnages balzaciens⁵⁶. C'est aussi un legs de la Révolution française qui a substitué au droit d'aînesse l'égalité entre les héritiers pour que finalement la synthèse du Code civil ménage à la fois les intérêts des héritiers et ceux des pères de famille. Frédéric Audren s'attache aux critiques de Frédéric Le Play et des leplaysiens, qui, sous le Second Empire, se font les promoteurs de ce qu'ils appellent la « liberté testamentaire ». Si le contenu de la proposition est classique et conforme aux positions paternalistes de Le Play, la méthode de démonstration proposée l'est en revanche beaucoup moins car elle se fonde sur des données sociologiques tirées d'observations empiriques : les célèbres enquêtes leplaysiennes⁵⁷. Elles proposent presque d'apporter, en se fondant sur une argumentation économique, la mesure exacte du bénéfice social de la réforme. Les leplaysiens entérinent ainsi l'avènement d'une « culture de l'enquête » qu'ils proposent de mettre au service de la réforme du droit. Ce faisant, ils dénie en réalité, au nom du fait, les principes et la méthode fondamentalement internaliste des juristes. Rien d'étonnant donc à la riposte, qui s'appuie sur les principes et une jurisprudence dynamique pendant les années de la polémique, pour fonder plus solidement le droit de succession. La réfutation juridique tient son cap, sa méthode et la cohérence de ses catégories pour refouler, en 1860, des savoirs sociaux relativement transparents encore quand au fond de leurs motivations politiques.

Il en va autrement de l'essor des discours médicaux abordés par Gabrielle Houbre, spécialiste d'histoire du genre et des sexualités, un domaine qui depuis longtemps s'est enrichi à l'étude des discours juridiques conçus comme autant de formalisations de l'opposition des sexes⁵⁸. A partir de la question des hermaphrodites qui offre l'intérêt herméneutique d'un cas limite, l'analyse évoque les parcours sociaux des individus⁵⁹ et entre ici surtout dans le détail des débats médico-juridiques sur la définition des sexes. Elle révèle l'existence de catégories bien plus plastiques que ce qu'on pouvait attendre du XIX^e siècle : à côté des classiques sexes féminin et masculin, on voit ainsi émerger un « sexe indéterminé » ou « douteux », voire un « hermaphrodisme neutre » qui pourrait justifier l'existence d'un troisième sexe légal, récemment

56. Michael Lucey, *Les Ratés de la famille. Balzac et les formes sociales de la sexualité*, traduit de l'américain par Didier Eribon, Paris, Fayard, 2007. Pour un bilan juridique et social au début du XIX^e siècle, on peut se reporter au récent ouvrage de Jérôme L. Viret, *Le Sol et le sang. Famille et reproduction sociale en France, du Moyen Âge au XIX^e siècle*, Paris, CNRS Éditions, 2014.

57. Frédéric Audren et Antoine Savoye (dir.), *Naissance de l'ingénieur social. Frédéric Le Play et ses élèves*, Paris, Presses des Mines, 2008 ; voir aussi « L'enquête », *Romantisme*, n° 149, 2010/3, notamment l'article de Dominique Kalifa, « Enquête et "culture de l'enquête" au XIX^e siècle », p. 3-24.

58. Signalons une parution récente du côté des juristes : Stéphanie Hennette-Vauchez, Mathias Moschel, Diane Roman, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013 ; et deux thèses d'histoire : Fabienne Giuliani, *Les Liaisons interdites. Histoire de l'inceste au XIX^e siècle*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2014 ; Amandine Malivin, *Voluptés macabres : la nécrophilie en France au XIX^e siècle*, thèse d'histoire, université Paris Diderot, 2012.

59. Voir aussi Gabrielle Houbre, « Dans l'ombre de l'hermaphrodite : hommes et femmes en famille dans la France du XIX^e siècle », *Clio*, n° 34, 2011/2, p. 85-104.

pris en compte par la loi de certains pays. Ces propositions reviennent à des médecins qui mettent en question la bipolarité exclusive de la division des sexes, mais elles ne peuvent être entendues par le droit. La démarche est en effet totalement étrangère, et même antagoniste aux pratiques juridiques : tandis que pour les médecins, c'est la conformation génitale qui fait le sexe, la définition juridique se fonde, elle, sur une répartition de statuts (épouse, époux), sans référence naturelle ou biologique. Et ceci pour une raison simple : partir du biologique, c'est s'exposer à des situations éminemment variables et graduées, contraires aux impératifs de discontinuité des catégories juridiques, et porteuses d'une incertitude qui répugne au droit. Si les juristes du XIX^e siècle résistent sur ce point aux offensives des médecins, alors même que l'expertise médico-légale s'intègre au procès pénal, les entorses qui se discernent dans la pratique judiciaire signalent l'amorce d'un travail des catégories qui trouve sa traduction légale un siècle plus tard : rupture que l'on pourrait qualifier de millénaire, dans un contexte certes fort renouvelé, par l'individualisme et les reconfigurations de la famille, qui permettent d'atténuer la bipolarité des sexes.

Les deux articles qui suivent nous entraînent vers d'autres terrains géographiques et juridiques. L'étude de Michael Lobban sur l'application de l'*habeas corpus* par les tribunaux britanniques dans les trois décennies qui précèdent la Grande guerre, permet de saisir la fécondité d'une démarche, la *legal history*, en partie spécifique à la tradition intellectuelle anglaise. Elle propose, à partir du corpus légal – et notamment de la jurisprudence, dont le rôle est plus décisif ou reconnu dans le *common law* que sur le continent – une histoire du droit comme éclairage privilégié pour l'histoire sociale ou politique⁶⁰. Les débats et décisions judiciaires permettent en effet ici, au-delà de leur dimension « technique », d'éclairer des questions plus générales de l'histoire britannique, en particulier la prétention à incarner, plus que toute autre nation rivale, le « gouvernement du droit » et partant un modèle politique inégalé, à l'heure du grand partage impérialiste du monde au nom de la civilisation. Et certes le « *Rule of law* » britannique – dont Edward P. Thompson appelait, dans *Whigs and Hunters* (1975) à ne pas sous-estimer le potentiel émancipateur⁶¹ – soutient l'éclat d'un régime dont on ne peut guère contester le caractère libéral et protecteur, largement confirmé d'ailleurs par le refuge qu'y trouvent de nombreux exilés politiques, y compris des anarchistes français fuyant, après les communards, la répression républicaine. A cet égard, le *Rule of Law* est bien, comme Dicey l'affirme alors avec patriotisme, la pierre angulaire d'une « constitution » britannique dont

60. Michael Lobban, "The Varieties of Legal History", *Clio@Themis* n° 5, juin 2012 ; renvoyons également à l'*Oxford History of the English Laws*, déjà citée, dont M. Lobban est coauteur.

61. Très récemment traduit : *La guerre des forêts. Luites sociales dans l'Angleterre du XVIII^e siècle*, présentation de Philippe Minard, La Découverte, « Futurs antérieurs », 2014 ; cette traduction nous a poussé à proposer d'employer le masculin pour *Rule of law*, qui renvoie davantage à « régime/gouvernement du droit » qu'à « règle de droit ».

il s'efforce de penser la cohérence, bien plus sans doute que « l'Etat de droit » (*Rechtsstaat*⁶²) dans l'Allemagne impériale ou qu'un supposé « droit républicain » en France, lui-même censé s'opposer à un « primat de la force » porté par le Reich⁶³. Pourtant, quand on se place sur le terrain colonial, les limites du *Rule of law* apparaissent clairement, et sur ce terrain, les « cultures nationales », trop facilement essentialisées, tendent à céder en réalité, dans des proportions pratiquement comparables, devant les impératifs politiques. L'ambiguïté de l'assimilation entre le droit comme idéal porté par la mystique du progrès, et le droit comme exercice effectif de la loi (ambiguïté que l'anglais *law* rend particulièrement forte) est ici tout à fait frappante⁶⁴.

M'hamed Oualdi nous transporte quant à lui entre Italie et Tunisie, au cœur de « la Méditerranée » du second XIX^e siècle, dont l'itinéraire mouvementé du général Husayn, né en 1828 dans le Caucase, devenu « mamelouk » puis haut fonctionnaire et même ministre de l'Instruction publique en Tunisie après un premier exil, avant de mourir à Florence en 1887, illustre bien la relative unité précoloniale, en même temps que la longue persistance, ou si l'on veut, le lent délitement du cadre ottoman⁶⁵. Quand meurt ce lettré, quasi « apatride », et que sa succession pose problème, la tutelle des puissances européennes commence à s'alourdir sur toute l'Afrique du nord, notamment depuis l'établissement du protectorat français à Tunis en 1881-1883. S'arroger le contrôle des institutions judiciaires a été l'un des objectifs prioritaires de la Résidence, non seulement aux dépens de la justice beylicale mais aussi des anciennes juridictions consulaires, notamment anglaise et italienne. Dans l'affaire Husayn, de même, l'affirmation de la souveraineté impériale est le moteur de la politique française, mais elle se heurte nécessairement à un certain nombre de difficultés – angles morts ou libertés interstitielles – que la notion classique de « pluralisme juridique » permet de désigner sans véritablement suffire à les élucider. Appuyé sur des débats récents⁶⁶, l'article se livre donc à une critique serrée de ce concept à la fois essentiel et un peu lâche, et propose des pistes pour le dépasser. Il faut pour cela, d'une part, revenir au niveau des acteurs de l'affaire (le droit résulte aussi de ce qu'ils choisissent d'en faire), et d'autre part accepter l'idée d'un pluralisme normatif

62. Pour situer ces différentes notions, voir Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2002.

63. Jean-Louis Halpérin, « Un modèle français de droit républicain ? », dans F. Audren, J.-L. Halpérin et A. Stora-Lamarre [dir.], *La République et son droit (1870-1930)*, Besançon, Presses universitaires de Franche-Comté, 2011, p. 479-495. Annie Stora-Lamarre, « La guerre au nom du droit. Les relations juridiques franco-allemandes ou les enjeux culturels d'un combat, 1870-1914 », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 30, 2005, p. 153-165.

64. Victor Hugo, « Le droit et la loi », préface à *Actes et Paroles* (1875).

65. Ana Maria Medici, « Esclavage, armée et réformes à Tunis : vie d'un des derniers mamelouks à la cour du bey », dans Carmen Bernard et Alessandro Stella [dir.], *D'esclaves à soldats. Miliciens et soldats d'origine servile XIII^e-XXI^e siècles*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 75-82.

66. La notion est de plus en plus travaillée par les juristes, et pas seulement dans le cadre colonial : voir le programme du colloque *Le pluralisme juridique à l'épreuve de l'histoire*, organisé en avril 2011 à Paris par Marie Bassano et Pierre Bonin, dont la publication est annoncée ; voir aussi l'article d'Alice Ingold dans le présent dossier.

plus large, seul à même de rendre compte des multiples aspects d'une configuration qu'il faut savoir replacer – comme on le préconise de plus en plus dans les études coloniales – dans une historicité qui dépasse le seul temps de l'implantation coloniale, tournant plutôt que rupture. En Tunisie, les Français ont bien dû tenir compte d'une empreinte ottomane renforcée à travers les diverses tentatives de modernisation de l'Etat qui jalonnent le XIX^e siècle, et du ou des système(s) juridique(s) propre(s) aux sociétés musulmanes. Le décentrement auquel nous invite cette analyse a aussi la vertu de nous rappeler que « le droit » (tel que nous l'entendons ici) n'est pas un universel mais une construction à bien des égards propre à l'Europe occidentale, dont la traduction pose d'ailleurs de délicats problèmes dans la plupart des langues extra-européennes⁶⁷.

L'article qui clôt le dossier nous ramène dans le cadre français, même s'il pose aussi la question de l'échelle internationale. Revenant sur ses travaux récents, Gisèle Sapiro propose une synthèse et une réflexion sur l'apport du droit à la sociologie historique de la littérature, à travers la construction de la notion d'auteur, dont le XIX^e siècle apparaît comme un moment bien sûr décisif. L'étude des relations entre droit et littérature est un domaine aujourd'hui en plein essor, dans le sillage du courant américain « Law and Literature » qui cherche surtout à éclairer le droit par une approche « littéraire » (le droit « comme littérature » et « dans la littérature »)⁶⁸. La perspective est ici différente (le droit « de la littérature ») : si la réflexion sur la structuration du champ littéraire est susceptible de nourrir à son tour l'histoire du droit, qui l'accompagne et en répercute les principaux enjeux, c'est d'abord l'histoire qu'il s'agit d'éclairer par le droit, en reliant deux processus souvent disjoints. D'une part, la progressive définition du « droit d'auteur » au sein de la catégorie plus large de « propriété intellectuelle », d'autre part, la question de la responsabilité pénale des écrivains, posée notamment à travers les « procès littéraires » qui défraient la chronique du siècle. Alors que l'auteur (d'une œuvre) se constitue en catégorie juridique et en statut professionnel, l'incrimination de l'écrivain comme « auteur » d'un délit ou d'un crime – *via* la responsabilité de l'œuvre dont il est reconnu comme légitime propriétaire – ne peut pas ne pas faire débat, voire scandale, tant elle semble dénier une liberté (d'expression, de création, voire de réception) fondamentale. Quel auteur ou quelle « auctorialité » émerge alors ? La question a retrouvé droit de cité dans les études littéraires, notamment sous l'impulsion des approches

67. Pierre Legendre [dir.], *Tour du monde des concepts*, Paris, Fayard, 2013 ; voir notamment l'étude de la traduction du mot « loi » en arabe (p. 51 *et sq.*) ou en turc (p. 406 *et sq.*).

68. Les dossiers qui lui sont consacrés sont désormais très nombreux : « La démocratie peut-elle se passer de fictions ? », *Raisons politiques*, n° 27, 2007/3 (autour de Richard A Weisberg) ; Antoine Garapon et Denis Salas [dir.], *Le droit dans la littérature*, Paris, Michalon, 2008 ; « Law, Economics and Literature. A Survey », *Law and Humanities*, 5-1, 2011 ; « Droit et littérature : quels apports pour l'histoire du droit ? », *Clio@Themis*, n° 7, mars 2014 ; et, dans une perspective moins théorique, mais éclairant utilement l'œuvre d'un auteur phare : Nicolas Dissaux [dir.], *Balzac romancier du droit*, LexisNexis, 2012.

sociologiques : à la fois plus difficile à discerner, et donc à incriminer, au sein du texte littéraire, et malgré tout « signature » omniprésente, au cœur de l'« écriture » même la plus hermétique, l'auteur ne meurt certes pas, ne renonce pas à faire valoir ses droits, mais son statut continue à poser problème dans une société confrontée à la prolifération des discours.

Ainsi les six chercheurs réunis ici ont-ils accepté de répondre à une invitation qui se voulait au moins en partie épistémologique, en se demandant ce que l'histoire et le droit font l'un de l'autre, et en s'attachant non seulement à des objets précis mais aussi à des façons de penser et d'ordonner le réel, à la fois concurrentes et complémentaires. Nous souhaitons les en remercier, et remercier également tous ceux qui ont apporté leur concours à la journée de travail préparatoire qui s'est tenue le 20 mars 2013 à l'Institut historique allemand, où nous avons été très aimablement invités par notre collègue Mareike König. Merci également à Frédérique Lachaud pour la traduction de l'article de Michael Lobban.

*Laurence Guignard est maîtresse de conférences
à l'Université de Lorraine (CNRS, CERHIO)
et Gilles Malandain est maître de conférences
à l'Université de Poitiers (CRIHAM)*