

## Histoire du droit et sociologie: interrogations sur un vide disciplinaire

In: Genèses, 29, 1997. pp. 141-163.

### Résumé

■ Franchie Soubiran-Paillet: Histoire du droit et sociologie: interrogations sur un vide disciplinaire Il n'existe pas en France aujourd'hui une discipline véritablement constituée d'histoire du droit prenant en compte les sciences sociales, la sociologie en particulier. Pourtant au moment de sa création, au milieu du XIXe siècle, la Revue historique de droit français et étranger, revue de référence pour les historiens du droit français, fut être un lieu de problématisation des enjeux du droit, de réflexion sur le sens et les fondements des institutions juridiques.

### Abstract

Franchie Soubiran-Paillet: Legal History and Sociology: questioning a disciplinary vacuum There is no genuine discipline of legal history in France today that takes social sciences, particularly sociology, into account. Yet, in the middle of the 19th century, when the Revue Historique de Droit Français et Etranger, the standard journal for historians of French law, was created, it served as a locus for questioning the stakes of law and thinking about the meaning and foundations of legal institutions.

---

Citer ce document / Cite this document :

Soubiran-Paillet Francine. Histoire du droit et sociologie: interrogations sur un vide disciplinaire. In: Genèses, 29, 1997. pp. 141-163.

doi : 10.3406/genes.1997.1489

[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/genes\\_1155-3219\\_1997\\_num\\_29\\_1\\_1489](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/genes_1155-3219_1997_num_29_1_1489)

---

# Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire\*

**Francine Soubiran-Paillet**

creative commons  
BY: Persée



**Revue commentée :**  
*Revue historique de droit français et étranger*

\*Je remercie Louis Assier-Andrieu, Jacques Poumarède, Willibald Steinmetz de leurs informations et de leurs suggestions très stimulantes.

1. Dans le droit fil par exemple de la démarche de Norbert Elias, réfléchissant à la constitution de la société au travers des configurations sociales de différentes époques (*La Société de cour*, Paris, Flammarion, 1985).

**I**l n'existe pas en France une discipline véritablement constituée d'histoire du droit à dimension sociologique, intégrant les sciences sociales, comme dans les pays anglo-saxons. De façon symétrique on trouve en France des travaux épars de sociologie historique du droit, mais aucun creuset disciplinaire destiné à nouer ensemble des recherches de ce type, à les fédérer, à les impulser<sup>1</sup>.

Une histoire du droit prenant en compte les sciences sociales, la sociologie en particulier, est pourtant indispensable, si l'on veut mener une réflexion sur la place accordée au droit dans la formation sociale, sur la construction des institutions juridiques au sein du social. C'est ainsi qu'aux États-Unis, un certain nombre d'historiens du droit se servent de l'apport des sciences sociales pour analyser les règles de droit. Pourquoi n'en va-t-il pas de même en France ? Pourquoi une revue comme la *Revue Historique de Droit Français et Étranger* accorde-t-elle si peu de place aujourd'hui à la sociologie ? On tentera d'apporter à cette question quelques éléments de réponse. Après un rapide examen de l'historiographie du droit américaine qui s'est ouverte aux sciences sociales, on se penchera sur *Droit et Cultures*, revue qui, en France, a mis en œuvre la collaboration de l'histoire du droit et de l'anthropologie. Ensuite, remontant dans le temps, on analysera la démarche adoptée en histoire du droit par les fondateurs de la *Revue Historique de Droit Français et Étranger* (RHD) au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, dans une période où l'histoire du droit était loin d'être une discipline admise à part entière dans les Facultés de droit. On verra que l'histoire sert aux fondateurs de la RHD à problématiser les enjeux du droit, à comprendre le sens et les fondements des institutions juridiques, ce que cherchent à faire les tenants des sciences sociales aujourd'hui, en particulier les sociologues du droit.

Le contenu de la RHD se modifiera pourtant avec le temps et sera bien différent au



2. Mais pas la seule raison, une autre pouvant être constituée par la création d'une agrégation d'histoire du droit et du droit romain en 1896. On y reviendra.
3. Sur le *Critical Legal Studies*, consulter Peter Goodrich, «Sleeping with the Enemy: an Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America», *New York University Law Review*, vol. 65, 1993, pp. 389-425.
4. Sur la place importante accordée à l'histoire au sein du *Critical Legal Studies*, consulter Robert W. Gordon, «Critical Legal Histories», *Stanford Law Review*, 57, 1984, pp. 57-125.
5. Ainsi on rapprochera P. Beirne et R. Quinney avec *Marxism and Law*, New York, John Wiley, 1982 de E. P. Thompson avec *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, New York, Pantheon, 1975 à propos d'une réflexion sur les droits (*Legal Rights*) et la valeur de ces droits.
6. Duncan Kennedy, «The Structure of Blackstone's Commentaries», *Buffalo Law Review*, 28, 1979, pp. 205-382.
7. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, New-York, Oxford University Press, 1992, 2<sup>e</sup> éd. ; du même auteur, *The Transformation of American Law, 1870-1960*, New York, Oxford University Press, 1992.
8. Sur le *Legal Thought*, consulter Elisabeth Mensch, «The History of Mainstream Legal Thought», in David Kairys (ed.), *The Politics of Law*, New York, Pantheon Book, 1982, pp. 18-39.
9. Voir par exemple, Daniel R. Ernst, «The Critical Tradition in the Writing of American Legal History», *The Yale Law Journal*, 102, 1993, pp. 1019-1076.
10. *The structure...* op. cit. Duncan Kennedy a beaucoup pratiqué l'histoire du droit (voir par exemple, «Form and Substance in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, 89, 1976, pp. 1685-1778 ; «Toward and Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940», *Research in Law and Sociology*, 3, 1980, pp. 3-24.)
11. Sur des travaux tendant à décrire la structure de la pensée juridique, voir Kenneth J. Vandeveld, «The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property», *Buffalo Law Review*, 29, 1980, pp. 325-367.
12. John Nockleby, «Tortious Interference with Contractual Relations in the Nineteenth Century: The Transformation of Property, Contract and Tort», *Harvard Law Review*, 93, 1980, pp. 1510-1539.
13. Sur cette question, Joseph Slater, «The Rise of Master-Servant and the Fall of Master Narrative: A Review of Labor Law in America», *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 15, 1994, pp. 141-171.

début du xx<sup>e</sup> siècle de ce qu'il était en 1855. Ce contenu, on le mettra en relation avec les conflits disciplinaires qui opposent juristes et sociologues d'une part, historiens et sociologues d'autre part, au tournant du siècle. On fera l'hypothèse que de tels conflits n'ont pu laisser indifférents les responsables de l'orientation de la *RHD* et qu'ils constituent l'une des raisons de l'imperméabilité à la sociologie du courant dominant de l'histoire du droit française du xix<sup>e</sup> siècle<sup>2</sup>.

## Historiens du droit et sociologie à l'orée du xxi<sup>e</sup> siècle

Alors qu'il y a ouverture extrême aux sciences sociales et à la sociologie aux États-Unis de la part de certains juristes, en particulier de certains historiens du droit, leurs homologues français ne manifestent pas les mêmes tendances. Seuls les historiens du droit rompus à l'anthropologie peuvent être rapprochés de leurs collègues d'Amérique du Nord.

### Un bref état des lieux étasunien

Il existe aux États-Unis un courant d'histoire du droit, le *New Legal History*, qui appartient à un mouvement plus vaste, les *Critical Legal Studies*<sup>3</sup>, apparu à la fin des années 1970. Ce mouvement ne se confond pas avec la sociologie du droit américaine, mais des ponts ont été jetés par certains de ses membres en direction de cette branche de la sociologie. Les *Critical Legal Studies* incluent plusieurs dimensions, étant à la fois mouvement d'idées (conduisant à une contestation de l'enseignement du droit), mouvement social (les revendications féministes et les revendications des minorités ethniques y sont très présentes) et source de renouveau scientifique. Tel apparaît d'ailleurs la *New Legal History*<sup>4</sup>. Les travaux qui en relèvent se situent pour certains dans la mouvance de

ceux de l'historien anglais Thompson<sup>5</sup>. D'autres, au contraire, remettent en question cette façon de faire de l'histoire sociale et lui préfèrent l'histoire intellectuelle des contradictions contenues dans la doctrine juridique<sup>6</sup>.

L'historien du droit Horwitz<sup>7</sup>, met au centre de ses travaux, consacrés aux transformations du droit américain, le caractère politique de la loi. Il montre comment un système légal est structuré en classes et catégories qui en révèlent les caractéristiques principales, les points de tension et les contradictions; comment également, un bouleversement social peut mettre en question un modèle juridique – à la fois les règles de droit privé (contrats, propriété, lois sur le commerce) et les règles de droit public. Il traite longuement dans les analyses de *The Transformation of American Law, 1870-1960*, de l'opposition manifestée par les tenants du *Legal Realism* à la *Classical Legal Thought*<sup>8</sup> au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Chemin faisant, Horwitz replace les positions des *Legal Realists* au sein du mouvement intellectuel du premier XX<sup>e</sup> siècle, les situe par rapport aux avancées de la sociologie de la connaissance et de l'anthropologie selon lesquelles les schèmes de catégorisation renferment de contestables prémisses politiques et morales. La démonstration d'Horwitz s'appuie sur des écrits de doctrine juridique et des travaux de jurisprudence. Même si sa démarche a été critiquée<sup>9</sup> (on lui a reproché notamment de ne pas relier suffisamment la doctrine des juristes qu'il étudie aux luttes politiques du début du XX<sup>e</sup> siècle aux États-Unis, et d'user d'un cadre conceptuel trop rigide), on voit tout l'intérêt de l'exploration d'un processus de création de règles de droit dans un temps donné, de la comparaison de plusieurs moments de cette création, au travers de figures de juristes emblématiques. Par rapport au débat américain sur les recherches de la causalité dans l'avènement d'un phénomène, en particulier dans le domaine des institutions juridiques, Horwitz n'est pas insen-

sible aux attaques dont sont l'objet les grandes théories sociales explicatives. Mais il estime que les historiens, tout en étant ouverts à ces débats, ne doivent pas se laisser paralyser par eux dans leur recherche pour expliquer les événements et découvrir les causalités à l'œuvre.

Le juriste Duncan Kennedy, s'interroge sur la signification politique du droit et s'efforce d'élaborer une méthode pour la comprendre<sup>10</sup>. Il se sert des écrits de Blackstone, figure-clé dans le développement du mode libéral de raisonnement juridique américain, pour que ses contemporains perçoivent mieux la contingence de leurs propres modes de penser le droit<sup>11</sup>. D'autres juristes travaillent sur la transformation des théories juridiques: lorsque les théories n'adhèrent plus au contexte, parce que celui-ci s'est modifié, elles sont remplacées par de nouvelles thèses<sup>12</sup>.

De nombreux travaux relatifs à l'histoire du droit du travail ont été menés par les historiens de la *New Legal History*. Cela mérite d'être souligné, car ce secteur est peu développé en France. L'histoire du droit a longtemps été dominée aux États-Unis par l'idée que la loi se formait indépendamment de son contexte. Les premiers coups portés à ce postulat l'ont été par des travaux d'historiens du droit du travail<sup>13</sup>. Ils ont souligné le rôle des syndicats et des conflits de classes dans l'élaboration des règles de droit, mais sans vouloir reconnaître que ces conflits, cette activité syndicale étaient indissociables des doctrines élaborées par les juristes dans la production du droit du travail. Une nouvelle génération d'historiens du droit du travail tente aujourd'hui de réconcilier les méthodes de la *New Legal History* avec les sujets de la *New Labor History* (la culture de la classe ouvrière, les travailleurs non syndiqués, le travail des Noirs et des femmes). Les débats sur le rôle des syndicats et la notion de classe y sont, du coup, considérablement élargis<sup>14</sup>. Les



14. *Ibidem*, p. 14. L'histoire du droit américain est donc traversée par les débats qui agitent l'histoire sociale anglo-saxonne (voir Geoff Eley, « De l'histoire sociale au "tournant linguistique" dans l'historiographie anglo-américaine des années 1980 », *Genèses*, n° 7, mars 1992, pp. 163-193). Sur l'amorce d'une réflexion ouverte aux sciences sociales dans l'histoire du droit du travail français, voir Francis Hordern « L'histoire du droit du travail existe-t-elle ? » *Cahiers de L'Institut Régional du Travail*, 3, 1993, pp. 121-127 et 4, 1993, pp. 129-136, avec une abondante bibliographie. On retiendra des noms de juristes, sociologues, historiens, tels Alain Supiot, Norbert Olszak, Philippe Hesse, Jean-Pierre Le Crom, Isabelle Lespinet, Alain Cottureau, Claude Didry, Vincent Viet, etc.
15. On est donc très éloigné de l'histoire du droit française, où l'on voit mal se produire des débats de cette sorte, à propos de modèles théoriques souvent ignorés.
16. R.L. Gordon *Critical Legal...*, *op. cit.*
17. Françoise Fortunet et Michel Petitjean, « Les revues françaises d'histoire du droit », in André-Jean Arnaud, (éd.), *La Culture des revues juridiques françaises*, Milan, Giuffrè, 1988, pp. 87-101, en particulier p. 92.
18. Voir Jacques Poumarède, « Pavane pour une histoire du droit défunte », *Procès*, 6, 1980, pp. 91-102. Le décret du 27 mars 1954, substituant au cours d'histoire du droit français (datant de 1880) un enseignement d'histoire des institutions et des faits sociaux et incluant le XIX<sup>e</sup> siècle n'est pas parvenu à donner aux historiens du droit le goût de l'observation des règles juridiques postérieures à 1789, d'autant que dès 1962 un arrêté a remis l'enseignement dans l'état où il se trouvait avant 1954, le cantonnant à l'Ancien Régime.
19. Parmi ces articles, une note de 4 pages de Pierre Legendre, *Science administrative : une histoire du genre juridique*, 1983, pp. 69-72.
20. *RHD*, 1986, p. 263.
21. R. Besnier, « Les historiens du droit face à leur destin », *RHD*, 1986, pp. 413-418. R. Besnier, professeur d'histoire du droit aux Facultés de droit de Paris, traitant en 1984 de « la société de commandite » dans la rubrique « variétés », avait déclaré fructueuse la collaboration sur le sujet des historiens, juristes, sociologues et statisticiens.
22. *Ibidem*, p. 414. L'auteur tempère son propos en admettant (p. 417) que « l'histoire des institutions et de la pensée au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle doit faciliter l'intelligibilité du monde actuel ».
23. Sur l'histoire du temps présent et sur ce qui la différencie de l'histoire immédiate, Antoine Prost, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris, Éd. du Seuil, 1996, pp. 95-96.

historiens du droit, ceux du droit du travail en particulier, subissent eux aussi les effets du rejet des *master narrative*, des grands systèmes théoriques comme le capitalisme, le socialisme, le marxisme<sup>15</sup>. Du coup, on observe une crise de l'analyse des causalités : souvent les historiens vont mettre l'accent sur des détails de premier plan et gommer l'arrière-plan de grandes tendances qui aident à expliquer la survenance d'événements.

Les juristes contemporains des *Critical Legal Studies*, empruntent également les voies historiographiques pour saper les composantes de la vision dominante du droit<sup>16</sup>, et pour mettre en évidence les fonctions de celui-ci. Ainsi donc, les sciences sociales dans leur ensemble sont utilisées par les juristes-historiens américains afin d'alimenter leur propre réflexion sur la place du droit et sur sa construction dans la société. Il n'en va pas de même en France, comme on va le voir.

### *Aspects contemporains de la Revue historique de droit français et étranger*

Pour qui aborde l'histoire du droit français, la *Revue Historique de Droit Français et Étranger* est un lieu d'investigation important. J'en ai analysé de façon systématique le contenu entre 1982 et 1993, suivant une approche du même type que celle déjà adoptée par deux historiens, Françoise Fortunet et Michel Petitjean pour la période 1974-1984<sup>17</sup>. Ces derniers estimaient que la revue, selon la volonté affirmée par son comité en 1922, avait largement exploré « les sciences économiques, politiques, sociales, religieuses ». Or cette affirmation ne se vérifie pas dans toutes les sciences sociales.

De 1982 à 1993, la *RHD* publie 197 articles de fond et « variétés ». Dans cet ensemble, seuls 39 articles (près de 20 %), concernent la période postérieure à la Révolution de 1789 : autrement dit les XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles font l'objet de peu d'investigations au sein de la

*RDH*<sup>18</sup>. Cet ensemble de publications compte 7 articles ouverts à la sociologie, à l'anthropologie et à l'ethnologie<sup>19</sup>. Les comptes rendus d'ouvrages portent en général sur les droits de l'Antiquité, le droit canon et le droit français de l'Ancien Régime, se faisant l'écho des articles publiés par la revue. En 1986, un compte rendu des Études d'histoire du droit à l'époque contemporaine présentées aux Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit à Poitiers et La Rochelle (1<sup>er</sup>-4 juin 1983), précise : « Ce livre est en soi un événement : il existe et il nous parle des institutions des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. La Société d'Histoire du Droit a innové par ses journées de Poitiers en suggérant aux chercheurs de centrer leurs interventions sur le droit moderne. »<sup>20</sup> Ce commentaire est révélateur des tendances profondes des travaux des historiens du droit.

Je terminerai cette brève analyse de la *RHD* aujourd'hui, en portant attention à deux courts articles, l'un paru en 1986, l'autre en 1992. Le premier porte sur l'enseignement actuel de l'histoire du droit dans les Facultés de droit<sup>21</sup>. Une certaine inquiétude s'y manifeste, en particulier parce que, même si l'histoire du droit représente au sein des Facultés de droit « l'esprit critique, l'initiation à l'analyse rigoureuse et à la synthèse », elle y fait malgré tout figure de « parent pauvre », de « pièce de musée ». Cette anxiété de l'auteur est sans doute celle d'un corps d'enseignants habité par la nostalgie d'une ouverture, d'un rôle novateur manifestés par les juristes dans le passé – on y reviendra. Le même auteur écrit encore : « Au fond, peu importe la matière sur laquelle on travaille. Les vieux systèmes juridiques et les institutions médiévales sont aussi bons sinon meilleurs que les évolutions du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècles pour faire comprendre la variété des problèmes et des solutions, donner le sens des continuités et des permanences, développer la sensibilité historique. »<sup>22</sup> Sans doute ces mots renferment-ils une grande part de vérité. Mais pourquoi se

défendre de l'observation de règles de droit édictées dans des périodes récentes ? Scientifiquement on ne voit pas quel argument justifierait de privilégier l'observation des institutions juridiques d'avant le XIX<sup>e</sup> siècle. Pédagogiquement (puisque, dit l'auteur, « les historiens sont à la recherche d'un auditoire »), il semble important de pratiquer une histoire qui englobe le XIX<sup>e</sup> siècle et même une histoire du temps présent, sans doute très attractive pour des étudiants, à la fois désireux de s'initier à l'histoire et enracinés dans leur époque<sup>23</sup>.

Le second article a pour point de départ les *Mélanges* offerts à Duby, dont l'auteur, Paul Ourliac, restitue sa lecture de juriste<sup>24</sup>. Il dénonce et détaille les lacunes de certains articles dues à l'absence de rigueur dans l'examen des sources juridiques, en particulier des coutumes. Remontant à Lucien Febvre, Ourliac accuse celui-ci d'avoir imposé l'idée aux historiens des *Annales* que « le droit était conservateur, confus, inculqué par le pouvoir, qu'il s'opposait par sa technique à une sociologie plus ouverte et plus malléable ». Les sociologues n'ont pas non plus grâce à ses yeux : il cite une phrase assassine de Bourdieu destinée aux historiens du droit, qui les accuse d'erreurs, eux que tout dans leur formation porte à canoniser les stratégies des agents en matière successorale et matrimoniale sous la forme de règles formelles. Or il a beau jeu de mettre dans le même sac tous les sociologues attachés à l'étude du droit<sup>25</sup>, alors que les bourdieusiens ne représentent que le versant de la sociologie du droit qui privilégie les professions juridiques plutôt que les règles, minimisant le droit formalisé. D'autres sociologues du droit, tout en estimant nécessaire l'étude des pratiques des professionnels du droit, sont aussi attentifs aux règles : aux conditions de leur élaboration, à l'usage qu'en font les agents et à leur contenu<sup>26</sup>. Ils ne peuvent que partager le point de vue de Paul Ourliac lorsqu'il écrit que « la langue du droit [...] est exacte et répond à des catégories précises »,



24. Paul Ourliac, « Histoire nouvelle et histoire du droit », *RHD*, 1992, pp. 363-371. Paul Ourliac est membre de l'Institut et a enseigné à l'université de Toulouse. L'ouvrage auquel il réagit s'intitule : *Femmes, mariages, lignages. XI<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles. Mélanges offerts à Georges Duby*, Bruxelles, de Bœck-Université, 1992.

25. « Faute de connaître ou de comprendre la technique ou la tactique du droit, toute étude de stratégie est forcément en porte-à-faux ».

26. Voir, Pierre Lascoumes, (éd.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1995 (en particulier la contribution à l'ouvrage, de Pierre Lascoumes et Éveline Serverin, pp. 155-177); Francine Soubiran-Paillet, « Quelles voix(es) pour la recherche en sociologie du droit en France aujourd'hui ? », *Genèses*, n° 15, 1994, pp. 152-153; le dossier réalisé par Antoine Jeammaud et Éveline Serverin dans *Droit et Société* (n° 25, 1993), intitulé *Les produits juridiques de l'appareil judiciaire comme objet sociologique*.

27. P. Ourliac, *Histoire nouvelle... op. cit.* p. 370, et « L'héritier de la maison », *RHD*, 1994, pp. 39-49.

28. Franz von Benda-Beckmann, « Soumission ou distance : sur les rapports de l'ethnologie juridique et de la sociologie du droit », *Droit et Cultures*, 21, 1991, pp. 87-102, en particulier p. 88.

29. François Chazel et Jacques Commaille (éd.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.

30. Voir par exemple les n° 11 et n° 21 de la revue, avec les articles sur l'institution judiciaire.

31. *Droit et Cultures*, 19, 1990.

32. La *Revue Historique de Droit Français et Étranger* devient *Revue de Législation Ancienne et Moderne de Droit Français et Étranger* en 1872; elle s'appelle *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* à partir de 1877; elle redevient la *Revue Historique de Droit Français et Étranger* en 1922 et porte encore ce nom aujourd'hui. Quelle que soit sa dénomination du moment, on la citera sous le nom de *RHD*.

catégories qu'ils entendent étudier. La question reste de savoir comment parvenir à diffuser leurs travaux parmi les historiens du droit, pour que ceux-ci cessent de croire que le mot « sociologie » ne mérite que défiance...

Mais peut-être la distance à couvrir pour qu'historiens et sociologues du droit se rencontrent n'est-elle pas infranchissable, peut-être un bout de ce chemin là peut-il être parcouru par les anthropologues, les sociologues prenant ensuite le relais. Car Ourliac paraît ouvert à l'anthropologie et à l'ethnologie, disciplines qui voisinent avec la sociologie<sup>27</sup>. Ce rapprochement a été tenté : *Droit et Cultures*, revue créée en 1981, s'est proposée de lier anthropologie, droit et histoire.

*Droit et Cultures: une rencontre de l'anthropologie, de l'histoire et du droit*

*Droit et Cultures* a été créée par des juristes réunis dans l'UER de sciences juridiques de l'université de Paris X-Nanterre. Les intentions scientifiques de son comité de rédaction s'expriment au travers de trois manifestes, publiés dans la première livraison, en 1981, puis en 1982 et 1984. Le premier énonce la volonté de l'équipe rédactionnelle de promouvoir des « recherches interdisciplinaires en Anthropologie et en Histoire dans le domaine du droit ».

Le manifeste souligne en outre la nécessité de comparer des systèmes de droit appartenant à des cultures différentes à l'aide des outils de l'anthropologie et de l'histoire. Il insiste également sur l'exercice de relativisation auquel oblige l'étude de tout système juridique, partie intégrante d'une organisation socio-politique. Les sociologues du droit et les philosophes sont invités à se joindre à l'activité des historiens et des anthropologues. Le manifeste de 1982 demeure inchangé dans ses grandes lignes, mais contient un paragraphe supplémentaire indiquant que la revue entend œuvrer pour l'instauration « d'un nouvel ordre

juridique interne et international» qui sauvegarde «l'identité des groupes sociaux, des communautés ethniques et des peuples».

La version de 1984 est plus stylisée que les précédentes. On y trouve, comme en 1981 et 1982, un intertitre «Anthropologie et Histoire», mais aussi une innovation: la volonté de mettre en relation droit, éthique et politique au sein d'une société donnée. La revue conserve le souci de voir les traditions juridiques respectées dans les pays étudiés par les anthropologues, où il est courant de voir s'opérer des «transferts de droit véhiculant des idéologies étrangères» qui méconnaissent «les droits locaux des peuples». La discipline historique est moins présente dans le manifeste de 1984 que dans le précédent, mais l'histoire demeure centrale dans nombre d'articles publiés par *Droit et Cultures* entre 1984 et 1996.

Le contenu de la revue invite à s'interroger sur les rapports de l'anthropologie et de la sociologie du droit mobilisées en vue de travaux menés dans une perspective historique.

L'anthropologue du droit allemand Benda-Beckmann rappelle, dans un article publié en 1991, quelle est l'image dominante des deux disciplines évoquées: «la sociologie du droit traite de l'interdépendance entre Droit et société dans les sociétés modernes et civilisées [...] L'anthropologie juridique, par contre, traite du Droit chez les sociétés archaïques et primitives, chez les peuples indigènes.»<sup>28</sup> Benda-Beckmann plaide pour la délimitation d'un champ de travail commun aux sociologues et aux anthropologues du droit sous le label «d'études socio-juridiques». Son souhait mérite d'être pris en considération pour plusieurs raisons. D'abord, à cause de la façon dont la discipline socio-juridique s'appréhende elle-même. Rappelons à ce propos que dans un ouvrage important de sociologie du droit française, on trouve un chapitre intitulé «Diversité culturelle, diversité juridique»

comportant des contributions ethnologiques, anthropologiques et sociologiques<sup>29</sup>. *Droit et Cultures*, apporte elle-même beaucoup d'arguments à la thèse de la mise en commun partielle du champ d'activité des deux disciplines: en entendant s'adjoindre des sociologues du droit, comme le disent ses manifestes successifs, et en publiant des articles qui démontrent la fragilité des frontières disciplinaires<sup>30</sup>. *Droit et Cultures* publie des comptes rendus d'ouvrages de sociologie du droit, ainsi que des extraits de l'œuvre de grands auteurs, pionniers des disciplines juridiques, ayant partie liée avec les sciences sociales – ainsi Henry S. Maine, jurisconsulte anglais du XIX<sup>e</sup> siècle qui eut une profonde influence sur les débuts de l'ethnologie, mais également sur le sociologue Émile Durkheim<sup>31</sup>.

Au-delà des interrogations fécondes que suscite *Droit et Cultures*, il reste que l'on ne peut ignorer sa propre revendication d'identité, celle d'une revue d'anthropologie historique du droit. Ainsi, l'on peut conclure que l'histoire du droit telle qu'on la pratique actuellement en France, ignore la sociologie. Du coup, elle attache peu de prix à l'élucidation des transformations successives des institutions juridiques en relation avec l'évolution des configurations sociales. Pourtant, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, cette discipline alors peu développée connaissait un moment de grande ouverture, particulièrement réflexive, concernant l'objet droit.

### **La création de la *Revue historique de droit français et étranger***

C'est en 1855 qu'Édouard Laboulaye crée, avec Eugène de Rozière et Rodolphe Dareste, la *Revue historique de droit français et étranger*<sup>32</sup>.

Édouard Laboulaye, né en 1811, est nommé en 1849 professeur de législation comparée au Collège de France. Élu député en 1871, il soutient la politique de Thiers; sénateur à partir de 1880, il préside la commission chargée de réorganiser





33. Même si les travaux les plus récents estiment qu'il faut éviter toute simplification, certains allant jusqu'à dire qu'il n'y a pas à proprement parler d'École de l'Exégèse (Jean-Louis Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, p. 80, avec une abondante bibliographie sur les membres de l'« École »).

34. Julien Bonnecase, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, Paris, Bocard, 1924, 2<sup>e</sup> éd., p. 29, auquel on se réfère pour tout ce qui concerne ici cette École.

35. *Ibidem*, p. 21. Voir également, à propos des rapports de Napoléon à l'histoire, Donald R. Kelley, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton, Princeton University Press, 1984, p. 17.

36. Par exemple Bufnoir, professeur de droit civil à Paris à partir de 1867, l'un des fondateurs de la Société de Législation Comparée avec Laboulaye, l'un des juristes les plus impliqués dans la réforme de l'enseignement supérieur sous la III<sup>e</sup> République. Sur la notion d'« École scientifique », voir André-Jean Arnaud, *Les Juristes face à la société*, Paris, Puf, 1975, p. 64.

37. Il avait formé le projet de fonder une « Société pour l'histoire du droit et pour l'étude des législations étrangères ». Voir Bonnecase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations ses traits essentiels*, Bordeaux, Delmas, 1933, Tome II, pp. 354 sq.

38. Son grand œuvre s'intitule : *Travaux sur l'histoire du droit français*. Il sera publié par Warnkœnig, professeur à l'université de Fribourg, après la mort de Klimrath, en 1843. Voir à propos de Klimrath, Jacques Poumarède, « Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse », in Claude Journe (éd.), *La Coutume et la Loi*, Lyon, Pul, pp. 95-112.

39. Édouard Laboulaye, *De l'enseignement du droit en France et des réformes dont il a besoin*, Paris, A. Durand, 1839, pp. 14 sq. et « Quelques réflexions sur l'enseignement du droit en France à l'occasion des réponses faites par les Facultés aux questions posées par M. le ministre de l'Instruction publique » (contenu dans un recueil d'un ensemble d'articles réunis par la Bibliothèque Cujas, Paris, 1845, cote Cujas, 26600, cet article et d'autres encore publiés par Laboulaye ont paru dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, créée par Wolowski).

40. D'après Henri Hauser, (*L'Enseignement des sciences sociales*), Paris, Chevalier-Marescq, 1903, p. 124, Laboulaye aurait été envoyé en Allemagne en 1840 pour étudier l'organisation de l'enseignement de ce pays.

41. Édouard Laboulaye, *La chaire d'histoire du droit et le concours*, Paris, 1847, p. 5 sq.

l'enseignement supérieur. Il laissera une œuvre juridique considérable.

Eugène de Rozière, né en 1820, est chartiste, archiviste, paléographe. Chef de cabinet du ministre de l'Instruction publique (1851) et membre de l'Académie des inscriptions et belles-lettres à partir de 1871, il devient sénateur en 1879.

Rodolphe Dareste, né en 1824, avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, est également membre de l'Institut.

La parution de ce nouveau périodique s'accompagne d'un certain nombre d'exigences qui préfigurent l'usage de l'histoire par les sciences sociales en gestation, en particulier la sociologie. Toutes proportions gardées, les orientations proclamées par Laboulaye en 1855 – sur lesquelles on va revenir – font de la *RHD* une revue à caractère précurseur. Adoptant une posture spécifique, la revue fait de l'histoire un outil primordial, pour dresser la généalogie d'une institution juridique, relativiser les enjeux qui sous-tendent les règles de droit dans un contexte donné, chercher à savoir comment d'autres sociétés ont réglé par le passé des questions qui se posent encore dans le présent.

Mais dans quel contexte intellectuel la *RHD* naît-elle ? Quelles étaient alors les grandes tendances de la discipline juridique en France ? Le XIX<sup>e</sup> siècle des juristes français est très marqué par l'École de l'Exégèse<sup>33</sup>, pour qui l'enseignement du droit civil et en particulier l'étude du Code civil est central dans tout cursus juridique<sup>34</sup>. Le développement de ce courant va être favorisé par Napoléon Bonaparte. Celui-ci est hostile à l'enseignement de l'histoire et à l'enseignement de la philosophie. Il veut par ailleurs des professeurs de droit politiquement « fiables » : lorsqu'il crée les écoles de droit, en 1804, il y nomme des hommes qui n'ont souvent ni les titres ni les compétences requises pour postuler, mais qui sont favorables à l'Empire<sup>35</sup>. Le courant de l'Exégèse amorce son déclin vers 1880, mais a encore des représentants illustres dans le dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle.

Et certains membres de «L'École scientifique» qui naît alors tenteront de la rénover<sup>36</sup>.

Il y a certes des notes discordantes au sein de l'Exégèse et elle ne fait pas totalement l'unanimité parmi les juristes, même si elle constitue le fil rouge de l'enseignement donné au sein des facultés de droit. Parmi ses opposants, une personnalité importante, celle d'Athanase Jourdan qui fonde *La Thémis* en 1819. Il n'a pas trente ans alors. Candidat à l'agrégation de droit en 1822, il est recalé et son échec symbolise, d'après Boncase, la victoire des professeurs parisiens décidés à écarter de la scène de l'enseignement juridique le courant qu'il représente. Jourdan, très influencé par l'École historique, lutte pour montrer que la science du droit ne doit pas être confondue avec l'interprétation d'un code. Car le contenu de tout code doit pouvoir être discuté. Jourdan met en avant d'autres sources du droit que les codes, ainsi la jurisprudence et le droit comparé<sup>37</sup>, mais il n'aura pas le temps d'élaborer l'œuvre qu'il projetait d'écrire et mourra en 1826, à trente-cinq ans. Klimrath, né peu de temps après Jourdan, va laisser des travaux importants consacrés à l'histoire du droit. Si son angle d'attaque est plus étroit, puisqu'il laisse de côté la jurisprudence, le droit comparé et la philosophie, il est, comme Jourdan, un grand connaisseur du droit germanique. Il cherchera à analyser les racines du droit contemporain à la lumière des siècles passés, observant les transformations des règles juridiques sur la longue durée<sup>38</sup>. Mais il meurt tôt lui aussi, en 1837, à trente ans.

Tel est le contexte dans lequel Laboulaye va débiter sa carrière scientifique. Il n'a pas encore atteint quarante ans lorsqu'il est nommé professeur au Collège de France, en 1849. Il a déjà fait parler de lui quelques années auparavant, en écrivant quelques articles virulents sur l'enseignement dispensé dans les facultés de droit françaises, leur

opposant la qualité de l'enseignement juridique prodigué en Allemagne. Dès 1839, il estime que le vrai coupable de la faiblesse de l'enseignement du droit est la science elle-même : «De 1804 à 1830, pas un ouvrage sur l'histoire du droit, sur la philosophie du droit, sur la législation comparée ; quelques bons travaux d'exégèse, voilà toute la richesse de la science.» Il propose un plan très détaillé des matières que devrait comporter le cursus juridique français<sup>39</sup> et donne à voir dans le détail le contenu des cours donnés dans des universités allemandes comme Bonn et Berlin<sup>40</sup>. En 1845-1847, il entre en guerre avec la Faculté de droit de Paris à propos de la mise au concours de la chaire d'histoire du droit. Il plaide pour que la Faculté n'ait pas la maîtrise de l'organisation du concours, afin que l'enseignement de l'histoire du droit cesse d'être inféodé à celui du Code civil. Il exige que le concours soit organisé par les académies et s'adresse en ce sens au ministre de l'Instruction publique du moment, Salvandy. Il a des termes très durs pour qualifier les professeurs de la Faculté de droit de Paris :

«Faut-il le dire ? c'est à l'École de droit que l'histoire, traitée comme une étrangère, a été repoussée avec méfiance et dédain. Pour quelques professeurs qui ne cachent pas leur opinion, l'histoire est une curiosité inutile [...] pour d'autres, plus indulgents, c'est une science peut-être estimable, mais beaucoup mieux placée à l'Académie que dans la Faculté [...] On craint, et avec raison, que l'histoire introduite dans la Faculté, ce ne soit pas seulement l'avènement d'une nouvelle doctrine, mais d'une nouvelle méthode qui fasse dédaigner les méthodes régnantes, et réduire en vaines fumées ces *idola theatri*, chimères scolastiques auxquelles on a trop longtemps sacrifié [...] Voir une corporation résister avec opiniâtreté à l'introduction d'idées nouvelles, c'est un spectacle aussi vieux que le monde.»<sup>41</sup>

Et Laboulaye n'hésite pas à manier l'ironie jusqu'à ridiculiser ses adversaires, pour appuyer sa démonstration et montrer à quel point est vain le rituel d'un concours qui sera cependant maintenu. Dès lors il envisage une

autre stratégie pour contourner les professeurs de la Faculté de droit de Paris :

« Si ce système triomphe, les hommes qui s'intéressent aux destinées de la jurisprudence n'ont plus qu'un vœu à former, c'est qu'on défère à quelque autre établissement le riche héritage que répudie l'École de Paris ; car encore faut-il que le haut enseignement du droit ait sa place quelque part, comme l'enseignement supérieur des lettres ou des sciences. Qu'on établisse donc au Collège de France la véritable Faculté de droit, celle où s'enseignera l'histoire de nos institutions, la philosophie du droit, la législation comparée, le droit canonique ; celle en un mot, où il sera permis de compléter leur éducation aux gens qui croient encore qu'il y a une science du droit autre part que dans les deux mille articles du Code civil. »<sup>42</sup>

Laboulaye va donc tenter de doubler la Faculté de Droit en enseignant au Collège de France à partir de 1849, en tant que titulaire de la chaire d'histoire générale et philosophique des législations comparées.

Telles sont les circonstances de la fondation de la *RHD* : la revue est destinée à répandre et à renforcer l'enseignement prodigué par E. Laboulaye au Collège de France, à gagner les juristes à la cause d'une certaine conception de leur science, où, aux yeux du fondateur, l'histoire joue un rôle de premier plan, couplée avec la philosophie du droit et la comparaison des institutions. Le comité de rédaction de la revue comprend à ses débuts plusieurs personnalités, parmi lesquelles on est pas étonné de trouver des historiens : Eugène de Rozière, historien et archiviste<sup>43</sup>, Rodolphe Dareste, à la fois chartiste et juriste.

C. Ginoulhiac, professeur de droit à Toulouse va faire partie du comité de rédaction. Comme É. Laboulaye, il se veut le propagateur des thèses de l'École historique. Il quittera la revue en 1872 et sera remplacé par Paul Gide et par Gustave-Émile Boissonade, qui appartiennent à la Faculté de droit de Paris. Adhémar Esmein prend la place de Gide en 1880 et Jacques Flach est en charge du secrétariat de rédaction la même année. Tous deux enseignent le droit à Paris. De Rozière meurt en 1896, R. Dareste en 1911 et à partir de cette année-là, il ne reste aucun des quatre fondateurs de la revue.



42. Laboulaye, *Quelques réflexions...* op. cit., p. 8.

43. E. de Rozière remplacera Laboulaye au Collège de France à partir de 1871. Cependant, il ne semble pas qu'il sera titulaire de sa chaire d'histoire des législations comparées (voir *Leçon d'ouverture de M. Eugène de Rozière du cours d'histoire des législations comparées*, Paris, E. Thovin, 1874, p. 5).

44. Savigny et ses disciples sont les lointains continuateurs de Cujas, grand romaniste du XVI<sup>e</sup> siècle. Leurs travaux sont destinés à restituer la signification des textes selon la diversité des époques, le processus de formation continue du droit, selon Pierre Legendre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, Paris, Puf, 1968, p. 16. Sur Savigny et l'École historique du droit voir Édouard Laboulaye, *Essai sur la vie et les œuvres de M. de Savigny*, Paris, 1842 ; Alfred Dufour, *Droit de l'Homme, droit naturel et histoire*, Paris, Puf, 1991 ; Louis Assier -Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, pp. 118 sq.

45. Eugène de Rozière, « De l'histoire du droit en général », *RHD*, 1867, pp. 63-78, p. 66 en particulier.

46. On peut dire déjà que la lecture de la *RHD* sur près d'un siècle, ne donne pas le sentiment que se soit créé une équipe scientifique d'histoire du droit dont la revue serait le moyen d'expression (comparer avec É. Durkheim et son souci de mener une entreprise scientifique à caractère collectif).

47. Souligné par moi (*RHD*, 1855, op. cit., p. 23).

48. *Ibidem*.

49. Préface de Rodolphe Dareste à *Trente ans d'enseignement au Collège de France (1849-1882)*, Cours inédits de M. Édouard Laboulaye, Paris, Larose, 1888.

Laboulaye, ouvre en 1855 la première livraison de la *RHD* avec un article ayant pour titre «De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir». Sa démarche s'inspire des travaux de l'École historique allemande, en particulier de ceux de Savigny<sup>44</sup>. Il y proclame la nécessité de réfléchir à ce qu'est le droit d'une société donnée. Eugène de Rozière lui fera écho en écrivant ultérieurement :

«L'école historique [...] a montré qu'ici-bas tout s'enchaîne, les institutions comme les événements, et que les transformations du droit ne sont qu'une des manifestations du développement général de l'humanité [...] Elle a introduit dans la jurisprudence un mode d'interprétation qui lui était étranger; aux procédés mesquins de l'explication grammaticale elle a substitué une exégèse large et vraiment scientifique, qui tour à tour éclaire la parole du législateur ou supplée à son silence.»<sup>45</sup>

Dans la suite de son article de 1855, Laboulaye noue ensemble le droit, la philosophie, l'histoire, l'économie politique et la littérature qui constituent «une part de la vie des peuples», disciplines dont l'exercice simultané doit permettre l'étude du droit. La tâche des historiens du droit est gigantesque et, de ce point de vue, l'article de Laboulaye est programmatique. Il effectue en effet l'inventaire des travaux que les historiens du droit auront à mettre en chantier dans l'avenir et les appelle au travail collectif<sup>46</sup>.

Par ailleurs, il estime nécessaire la comparaison des sociétés à partir de l'observation de leurs systèmes juridiques. Il constate par exemple que les Anglais et les Romains ont des institutions politiques et civiles très proches et il refuse d'y voir le fait du hasard. La comparaison entre les deux sociétés du point de vue de leurs règles de droit s'impose. On verra plus loin que c'est là une posture scientifique chère aux durkheimiens.

Laboulaye accorde une place de choix à la philosophie du droit dans son texte-manifeste de 1855. Il écrit en effet : «La véritable philosophie du droit, comme celle de l'histoire, est

celle à qui ce qui s'est fait donne l'intelligence de ce qui doit se faire.» Et plus loin : «La véritable philosophie du droit [...] ce n'est pas une science de chimères, ce n'est pas le rêve ingénieux d'un homme qui reconstitue le monde par un effort de sa pensée; la philosophie du droit, comme celle des sciences naturelles, *c'est la science qui généralise après les observations faites et classées, et remonte ainsi des phénomènes aux principes qui les gouvernent et des faits à la loi.* »<sup>47</sup> Il est nécessaire de ramener à une problématique commune les travaux les plus divers en apparence : «Ce que nous recherchons, c'est comment, à toutes les époques, l'humanité a compris et appliqué l'idée éternelle de justice et de droit, et si nous suivons dans l'histoire la loi de ce développement, c'est pour demander au passé le secret de l'avenir.»<sup>48</sup>

On s'est demandé s'il y avait une proximité entre É. Laboulaye et les tenants de l'école positiviste. Selon Daresté, «en 1858 l'école positiviste n'attirait pas encore l'attention et on parlait peu de sociologie<sup>49</sup>». Aussi Laboulaye n'a pas eu à se prononcer sur cette école, ajoute-t-il en le regrettant, car à ses yeux personne n'était mieux placé que lui pour le faire. Ce propos donne à penser que si Laboulaye ne connaissait pas l'œuvre de Comte, il n'en était pas intellectuellement éloigné.

Laboulaye croit également au progrès des institutions juridiques, chaque civilisation étant destinée à passer par des stades institutionnels différents (propriété commune, puis individuelle, vengeance familiale, puis rachat du sang, etc.). Et cet évolutionnisme, sorte de foi dans la transformation des institutions humaines, va de pair avec la foi tout court affichée par un homme pour qui l'essentiel, au-delà de l'observation des faits, est de «saisir dans ses manifestations infinies l'inépuisable fécondité de l'action divine». Science, croyance(s), traversent la pensée de Laboulaye et si leur cohabitation paraît difficile à



50. E. Laboulaye, *De L'enseignement... op. cit.*, p. 30.

51. *Ibidem*, p. 32. Le droit naturel est une notion admise chez certains juristes français, y compris au sein du courant de l'Exégèse ; par exemple, par Valette, professeur de droit civil à Paris à partir de 1837 ; Valette est un de ces juristes qui luttent contre le dogmatisme juridique (voir Julien Bonnecase, *L'École... op. cit.*, p. 163).

52. Laboulaye, *De l'enseignement... op. cit.*, p. 10.

53. Rodolphe Dareste, « Sur les origines du contentieux administratif », *RHD* 1855, pp. 24-68. Lorsque l'on a une indication sur la profession de l'auteur d'un article, on constate qu'il s'agit d'un professeur de droit, d'histoire, d'un avocat, d'un magistrat, d'un greffier ou d'un archiviste. Beaucoup d'auteurs signent simplement : docteur en droit, sans indiquer leurs fonctions.

54. Bouthors, « Étude sur les origines et le principe de la ruralité », *RHD*, 1855, pp. 372-399.

55. Agénor Bardoux, « Les légistes au dix-huitième siècle. Influence des philosophes », *RHD*, 1858, pp. 38-73. On rapprochera de cet article celui de Léopold Thézard, « De l'influence des travaux de Pothier et du Chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne », *RHD*, 1866, pp. 5-56.

56. Pierre Odier, « Esquisse du droit féodal », *RHD*, 1861, pp. 408-456.

57. Ambroise Buchère, « Étude historique sur les origines du jury », *RHD*, 1862, pp. 145-202.

58. C. Beauteemps-Beaupré, « Du droit des propriétaires de fief d'ajouter le nom de leur fief à leur nom patronymique », *RHD*, 1863, pp. 381-397.

59. Édouard Secrétan, « De la féodalité en Espagne », *RHD* 1862, pp. 625-670 ; Renouard, « Tableaux de la composition personnelle du tribunal de Cassation depuis son origine jusqu'à la Constitution de l'an VII », *RHD*, 1861, pp. 160-176.

60. C. Houyvet, « De l'état de la criminalité et de la répression en France », *RHD*, 1860, pp. 352-371. Les statistiques utilisées concernent le nombre de crimes poursuivis devant les Cours d'Assises de 1826 à 1858 ; le nombre de prévenus jugés à la requête du ministère public entre 1853 et 1857 ; le nombre de récidives entre 1851 et 1857.

61. C. Ginoulhiac, « Cours de droit coutumier français dans ses rapports avec notre droit actuel », *RHD* 1859, pp. 66-79.

62. *RHD* 1872, p. 58. Dans une leçon d'ouverture du cours des législations comparées au Collège de France, de Rozière montre les diverses strates qui ont déposé pour constituer le socle du droit français et emploie les termes d'« ethnographie gauloise » (*RHD* 1874, pp. 174-205).

63. J. Poumarède, « Pavane pour une histoire du droit défunte », *Procès*, 6, 1980, pp. 91-102. Voir, André-Jean Arnaud, *Les Juristes face à la société*, *op. cit.*, pp. 58 sq.

un scientifique d'aujourd'hui, elles n'étonnent pas sous la plume du savant, fervent partisan, dans un écrit de 1839, de la création d'un cours de philosophie du droit pour éclairer la notion de droit naturel, pour la distinguer du droit des gens primitif et également pour élucider la notion de droit divin distinct des deux premiers<sup>50</sup>.

Dans le même écrit, Laboulaye estime que « plus les études historiques reprendront avec vivacité, plus la philosophie sera près d'emprunter à l'histoire ses conclusions pour les généraliser et en tirer des principes ou des applications [...] Chaque système philosophique en un mot produit son système pratique, son droit naturel, sa philosophie du droit »<sup>51</sup>. La philosophie du droit va se constituer à partir du droit naturel au XIX<sup>e</sup> siècle. Or cette philosophie du droit et la législation comparée constituent pour Laboulaye « deux sciences qui restent encore à faire et qui seront le dernier mot de la théorie »<sup>52</sup>.

La consultation de la *RHD* dans les années qui suivent l'article-programme de É. Laboulaye, donne à voir des contributions qui problématisent les enjeux du droit grâce à l'usage de l'histoire. On peut en fournir quelques exemples. Ainsi Rodolphe Dareste s'efforce de comprendre le droit administratif moderne, grâce à l'histoire du contentieux administratif sous l'Ancien Régime<sup>53</sup>. Bouthors, un greffier, est l'auteur d'un article sur les origines du droit qui régit la ruralité. Il lie la genèse de ce droit au climat, à la nature du sol et de ses productions, au système d'assolement, et montre que l'abolition progressive du servage, par l'extension qu'elle a donnée à la propriété foncière, a beaucoup contribué au développement du droit rural<sup>54</sup>. Bardoux, en 1858, met en relation la législation et le mouvement philosophique d'une époque précise. Il cherche à connaître la part qu'ont prise dans la mutation profonde que représente la promulgation du code civil napoléonien, les

hommes qui, sans être des jurisconsultes, l'ont inspiré ; à préciser ce qu'il y eut d'applicable au rapport des personnes et des biens dans les écrits des philosophes, des physiocrates, de tous ceux qui défendirent l'avènement d'un homme nouveau<sup>55</sup>.

Un grand nombre d'articles étudient la genèse d'institutions juridiques ou expriment la nécessité d'études comparatives, indispensables pour entrer dans la compréhension d'une institution juridique. Ainsi, à propos du droit féodal, que des causes lentes, progressives et générales ont travaillé à former au sein de la société<sup>56</sup>. Un auteur rappelle, à propos de l'étude du jury, que « pour bien connaître une institution, pour en apprécier la force et l'utilité au point de vue social, il est nécessaire de remonter à sa naissance, et d'en suivre pas à pas le développement aux différentes époques de la société »<sup>57</sup>. Un autre auteur, pour interpréter la loi française de 1858 relative au droit des propriétaires d'ajouter le nom de leur fief à leur nom patronymique, étudie les modifications du droit antérieur<sup>58</sup>. De nombreux articles concernent des institutions ou des mécanismes juridiques contemporains, français et étrangers. Il est important de le souligner, car la revue, on le verra, en abandonnera l'étude ultérieurement.

Certains auteurs expriment des préoccupations méthodologiques, utilisant les typologies – à propos de l'étude de la féodalité en Espagne, ou du Tribunal de Cassation de 1790 à l'an VII<sup>59</sup> – et des statistiques pénales<sup>60</sup>.

L'enseignement du droit contemporain et de l'histoire du droit fait partie des préoccupations de la *RHD*, ce qui est tout à fait remarquable, puisque l'enseignement de l'histoire du droit n'a rien d'obligatoire dans les Facultés de droit avant 1880.

---

D'après Laboulaye (*Quelques réflexions... op. cit.*, pp. 26 sq.) on relève les enseignements suivants à la Faculté de droit de Paris : un cours d'histoire philosophique du droit romain et du droit français, créé en

1819 et remplacé en 1820 par un enseignement d'histoire du droit romain et du droit français. Une ordonnance du 6 septembre 1822 le supprime. On en revient à un cursus centré sur le droit civil. Une chaire d'histoire du droit est créée en 1829 à Paris. Elle aurait été supprimée (d'après Halperin, *Histoire... op. cit.*, p. 50) sous le Second Empire. On ajoutera qu'en 1852, il est prévu un cours de droit romain en première année. L'histoire générale du droit, ajoutée dans le cursus en 1880, est également un cours de première année (d'après Th. Ducrocq, *Le projet de réforme de la licence en droit*, Paris, Berger-Levrault, 1889, pp. 9 sq.).

Ginoulhiac se demande en quoi l'enseignement du droit coutumier peut ou non apporter matière à réflexion aux étudiants contemporains. L'auteur dit enseigner cette matière comme partie intégrante du présent, vivant encore dans le droit actuel. Il explicite son point de vue en écrivant : « Car les générations et leurs droits, en se succédant, se mêlent, s'entrelacent, se confondent, des rapports naturels lient toujours plus ou moins le présent au passé, et un peuple ne cesse jamais complètement de se ressembler à lui-même. »<sup>61</sup> On note une même volonté d'utiliser le passé (et donc l'histoire) pour enseigner le présent et le futur, chez de Rozière, qui écrit en 1872 : « Le droit d'une nation n'est en somme que l'expression de son état social. »<sup>62</sup> De même Dubois, professeur de droit romain à Nancy défend en 1866 une conception de l'enseignement de ce droit qui n'est pas exactement celle des membres de l'École de l'Exégèse. Il estime indispensable l'enseignement du droit romain aux étudiants, parce qu'il est le modèle de la science juridique. Il appréhende donc le droit romain en tant qu'entité juridique ayant une existence propre, à l'inverse de l'enseignement du droit romain à cette époque, qui d'après Poumarède<sup>63</sup>, n'était pas conçu comme une initiation historique, mais était réduit à une sorte de méthodologie utile pour devenir un bon exégète, c'est-à-dire pour étudier les codes, le Code civil en particulier.

La *RHD* cherche en outre à obtenir des modifications à l'enseignement du droit



64. É. Laboulaye, *Quelques réflexions... op. cit.*, pp. 10 sq.

65. Jacques Flach, « À propos de l'enseignement universitaire du droit contemporain », *RHD* 1874, pp. 664-670.

66. Émile Boutmy, « Les sources de la Constitution anglaise », *RHD* 1878, pp. 37-66.

67. Ainsi G. Boissonade déclare en 1874 : « Il y a un droit qui existe en dehors des textes et avant eux, un droit qui est le code du législateur lui-même : c'est le droit naturel », *RHD*, 1874, pp. 508-525.

68. À une ou deux exceptions près. Ainsi, on trouve en 1900 un article d'Adhémar Esmein, professeur d'histoire du droit à la Faculté de droit de Paris sur le droit comparé et l'enseignement du droit. Cet article montre l'intérêt de comparer des législations en les classant, en les ramenant à un petit nombre de familles ou de groupes. Esmein fait allusion à « l'étude comparée des coutumes primitives, pourtant si importantes pour la sociologie » (*RHD* 1900, pp. 488-498).

69. Sur cette question, Jacques Poumarède, *Pavane... op. cit.* À noter, cet enseignement est rendu obligatoire dans la période où, de façon générale, l'histoire en France se professionnalise (voir Gérard Noiriel, *Sur la « crise » de l'histoire*, Paris, Belin, 1996, pp. 216 sq.).

70. La Société de Législation Comparée est créée en 1869. Elle a pour objet, d'après l'article 2 de ses statuts « l'étude des lois des différents pays et la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation ». En 1887, elle est constituée de 1238 membres, dont 256 étrangers, sans compter ses correspondants. Une étude de l'activité de É. Laboulaye à la Société de Législation Comparée et sa mise en relation, à la fois avec son investissement intellectuel au sein de la *RHD* et avec le contenu de son cours au Collège de France permettrait d'apporter un éclairage supplémentaire aux transformations de l'histoire du droit en France, entre 1855 et 1883.

71. Quelques études contemporaines apparaissent cependant en 1889 (Japon), en 1890 (droit coutumier russe), en 1894 (droit cambodgien contemporain), 1895 (institutions judiciaires de la Russie).

72. On dénombre de 1880 à 1944 une trentaine d'articles dont on peut dire qu'ils sont ouverts aux sciences sociales, ce chiffre incluant des articles qui traitent de droit économique (lettre de change, courtage par exemple). Parmi les auteurs : Léon Duguit en 1886 ; Henri Lévy-Bruhl, en 1921 et 1924 ; Marc Bloch en 1928 (*Un problème d'histoire comparée : la ministérialité en France et en Allemagne*).

73. Sachant que ces termes n'ont pas le sens que nous leur donnons aujourd'hui. Consulter Henri Hauser, *L'Enseignement... op. cit.* On verra qu'au début du <sup>xx</sup>e siècle, certains enseignements de droit entrent dans le champ des ces sciences.

contemporain. Ainsi J. Flach, secrétaire général de rédaction de la revue en 1875 et successeur de É. Laboulaye au Collège de France, vitupère le programme officiel qui emprisonne l'étude du droit dans de trop étroites limites. Comme jadis É. Laboulaye<sup>64</sup>, il compare l'enseignement du droit en France et en Allemagne, où il est plus riche, plus diversifié, incluant histoire du droit, droit international, science politique et administrative<sup>65</sup>. Et la revue publie en 1878, la première leçon du cours d'histoire constitutionnelle donné à l'École libre de sciences politiques par son fondateur, Émile Boutmy, sans doute pour souligner le type de cours qu'il convient de promouvoir dans les facultés de droit<sup>66</sup>.

L'examen systématique des articles de la revue de 1855 à 1946 permet d'affirmer que la période où les enjeux du droit y sont les mieux problématisés, se situe entre 1855 et 1870, en dépit du fait qu'au cours de ces années continuait de se pratiquer une étude du droit qui n'avait rien de novateur, l'idéalisation des règles juridiques ayant cours même chez les membres du comité de rédaction<sup>67</sup> – on ne s'en étonnera pas : le manifeste de Laboulaye est éclairant à ce propos. Cependant, au-delà des années 1870, les contributions publiées sont moins portées à relativiser les règles juridiques. La mort d'É. Laboulaye en 1883 n'est certainement pas étrangère à cette grande tendance, mais elle ne suffit pas à l'expliquer, d'autres facteurs jouant sans doute. Avant de les évoquer, on voudrait examiner le contenu de la revue à partir de 1880.

Tout d'abord, comment l'enseignement du droit y est-il traité ? La revue contient désormais très peu d'articles sur l'enseignement du droit contemporain en général et très peu d'articles également sur l'enseignement de l'histoire du droit de l'époque contemporaine<sup>68</sup>. Deux événements notables peuvent contribuer à expliquer cette évolution. Un premier décret rend obligatoire l'enseignement de

l'histoire du droit le 28 décembre 1880<sup>69</sup>. Un second instaure en juin 1896 une agrégation spécifique pour cet enseignement dans les facultés de droit. La recherche et l'enseignement en histoire du droit sont ainsi codifiés. La plupart des publications de la revue sont désormais centrées sur le droit romain, le droit canon, le droit athénien et enfin sur l'ancien droit français. La *RHD* s'expliquera sur ce point en 1905 dans un éditorial, préférant laisser l'actualité juridique à la Société de législation comparée, dont É. Laboulaye a été également l'un des fondateurs<sup>70</sup>.

Les études relatives aux droits étrangers sont elles aussi désormais absentes de la revue, et, lorsque des articles en traitent, c'est généralement à propos de périodes reculées<sup>71</sup>. La revue justifiera également ce choix dans l'éditorial de 1905, sur lequel il nous faudra revenir. En tout cas, elle privilégie peu à peu des exposés techniques du droit du passé, réservés à des initiés, des érudits. Il reste certes des études de documents, et notamment de documents inédits (chartes communales, fragments de droit romain, par exemple), mais ces études sont en grande partie descriptives ou basées sur des discussions doctrinales. Il est rare qu'une institution, une technique juridique soient replacées dans son contexte socio-économique. Lorsqu'il y a effort de théorisation, celui-ci prend forme à l'intérieur d'un cadre juridique dont les contours sont un donné qui n'appelle plus la relativisation comme dans les premières années de création de la revue. Dès lors, rien d'étonnant si les auteurs qui écrivent dans la *RHD* ne cherchent généralement pas à relier leur propre production de connaissances à celles d'autres disciplines, telles la sociologie<sup>72</sup>. Il en va un peu différemment pour la science économique, en particulier dans le premier tiers du <sup>xx</sup>e siècle, l'on y reviendra.

L'attention, discrète, du comité de rédaction de la revue aux sciences sociales contem-

poraines<sup>73</sup>, se matérialise dans les bulletins bibliographiques publiés irrégulièrement entre 1873 et 1936, qui contiennent des analyses de sommaires de revues et des listes de publications nouvelles.

À titre d'exemple, la liste des publications nouvelles est subdivisée en rubriques en 1882. L'une de ces rubriques s'intitule « philosophie du droit et des sciences sociales » ; on trouve annoncé, parmi d'autres ouvrages, la parution du livre de H. Spencer, *Principes de sociologie*. La même année, une autre rubrique s'intitule : « Économie politique, sciences financières et questions sociales » ; en 1883 « questions sociales » est remplacé dans le titre de la même rubrique par « sciences sociales ». En 1889, la sous-rubrique « Économie politique », contient des titres d'ouvrages de sociologie ; en 1896, la partie « sommaires de revues » du bulletin bibliographique, contient l'annonce des articles publiés par la *Revue Internationale de Sociologie*. Un article de R. Worms (fondateur de la *RIS* et rival de Durkheim dans la fondation de la sociologie, adepte d'une conception organiciste de la sociologie) est résumé (pratique très rare dans cette revue de sommaires). Le résumé dit ceci : « Les sciences sociales ne peuvent être enseignées, ni dans les facultés de droit, trop techniques et pratiques, ni dans les facultés de lettres, plus portées à voir le côté esthétique et subjectif que le côté scientifique et objectif des choses ; ni dans les facultés des sciences qui n'en voudraient pas, ni à l'École des Hautes Études, trop à l'écart du mouvement social. Chaque université française doit avoir sa faculté des sciences sociales ». Un tel programme met hors jeu toute concurrence entre juristes et sociologues à propos de la mainmise sur l'objet « sciences sociales », objet que vont disputer les durkheimiens aux professeurs de droit. C'est donc une sociologie beaucoup moins menaçante que celle des disciples de Durkheim pour des professeurs de droit. Les *Annales de L'Institut International de Sociologie*, créées par Worms, seront constamment recensées dans les livraisons suivantes de la revue. L'*Année Sociologique* sera recensée en 1899, en 1903 en 1905, en 1929 (mais pour un article d'anthropologie uniquement). En 1897, la rubrique « Comptes rendus critiques » (qui n'appartient pas aux bulletins bibliographiques) contient dans la sous-rubrique « sociologie », l'analyse d'un ouvrage du juriste M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*. L'auteur du compte rendu indique que l'ouvrage intéressera non seulement les sociologues, mais également les historiens du droit : « Ils y trouveront des vues nouvelles sur les phénomènes de la formation et de la disparition des institutions ». De la même façon la revue publie en 1904, dans la même sous-rubrique « sociologie », parmi les comptes rendus, une recension de l'ouvrage du juriste E. Lambert, *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Or Lambert joue un rôle





74. Sur les influences repérables dans la façon d'aborder l'étude et l'observation des règles de droit des durkheimiens, voir l'article de W. Paul Vogt, « Obligation and Right: The Durkheimians and the Sociology of Law », in Philippe Besnard (ed.), *The Sociological Domain. The Durkheimians and the Founding of French Sociology*, Paris, Cambridge, Cambridge University Press/MSH, 1983, pp. 177-198. L'influence de l'école historique de Savigny est patente (voir Pierre Lascoumes, « Le droit comme science sociale », in François Chazel et Jacques Commaille (éds), *Normes juridiques et régulation sociale*, op. cit., pp. 39-49). De ce point de vue, il y a donc proximité entre le courant animé par É. Laboulaye et les durkheimiens.

75. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, Puf, 1978, 10<sup>e</sup> édition (1<sup>re</sup> éd. 1893).

76. *Ibidem*, p. 28-29.

77. Voir sur ce point la très intéressante contribution de Rémi Lenoir, « Le droit et ses usages », in Philippe Besnard, Massimo Borlandi, Paul Vogt, (éds), *Division du travail et lien social*, Paris, Puf, 1993, pp. 165-184, en particulier p. 172 sq.

78. Sur la partie « comptes rendus » dans *L'Année Sociologique*, consulter Bertrand Müller, « Critique bibliographique et stratégie disciplinaire dans la sociologie durkheimienne », *Regards sociologiques*, 5, 1993, pp. 9-23.

79. Vogt indique que six durkheimiens sont docteurs en droit ; trois, licenciés en droit (W. Paul Vogt, *Obligation and right... op cit.*, pp. 177-198).

80. Georges Weisz, « The Republican Ideology and the Social Science », in Philippe Besnard (ed.), op. cit. pp. 90-119, en particulier pp. 101 sq.

81. C'est en tant que philosophe chargé d'un cours de science sociale que Durkheim enseigne la sociologie à Bordeaux de 1887 à 1902. Ce sont donc formellement dans un premier temps les philosophes qui sont concurrents des juristes, tant que la sociologie n'acquiert pas une existence propre (noter que ce n'est qu'en 1913 que Durkheim obtient que l'intitulé de son cours de science de l'éducation à la Sorbonne, soit transformé en « science de l'éducation et sociologie »). Mais sur le fond, ce sont bien ceux qui enseignent le droit dans les facultés de droit et ceux qui, enseignant dans les facultés de lettres, revendiquent le label « sociologues », qui se disputent la mainmise sur ce savoir nouveau, la sociologie.

important dans les débats entre juristes et sociologues à propos de l'enseignement des sciences sociales.

À partir de 1906 les références à la sociologie dans les recensions et les listes d'ouvrages nouveaux vont se faire de plus en plus rares ; proportionnellement, on trouvera un peu plus de références à l'anthropologie (par exemple à l'*American Anthropologist*, à *Anthropos*). Or, en 1905, le comité de rédaction témoigne, au travers d'un éditorial, d'une position défensive à l'égard des sciences sociales. Pour comprendre pourquoi il en fut ainsi, il est nécessaire de se replacer dans le champ des sciences sociales à la charnière du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle.

## Concurrences disciplinaires

### *Juristes et sociologues*

À partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les sociologues groupés dans l'école de Durkheim se penchent à leur tour sur les institutions juridiques et leur histoire<sup>74</sup>. Car l'observation des phénomènes juridiques est un terrain d'élection pour Durkheim. Afin de s'en convaincre, il suffit de lire *De la division du travail social*<sup>75</sup>. L'ouvrage comprend de nombreux développements sur le droit en général et le droit pénal en particulier. Durkheim note d'abord que la solidarité sociale s'étudie à travers le système des règles juridiques. Il écrit : « Mais la solidarité sociale est un phénomène tout moral qui, par lui-même ne se prête pas à l'observation exacte ni surtout à la mesure [...] il faut donc substituer au fait interne qui nous échappe un fait extérieur qui le symbolise et étudier le premier à travers le second. Ce symbole visible c'est le droit. » Il y revient plus loin, affinant sa perception du droit : « La vie sociale partout où elle existe d'une manière durable, tend inévitablement à prendre une forme définie et à s'organiser, et le droit n'est autre chose que cette organisa-

tion même dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis. La vie générale de la société ne peut s'étendre sur un point sans que la vie juridique s'y étende en même temps et dans le même rapport. »<sup>76</sup>

Durkheim va s'attacher à classer différentes espèces de droit pour analyser les formes principales de la solidarité. Il détermine une caractéristique propre aux phénomènes juridiques, susceptible de varier lorsque leur forme elle-même varie. Il s'agit de la sanction. Cette partie de l'œuvre du sociologue est très connue et on ne s'y attardera pas. On rappelle simplement qu'elle conduit Durkheim à distinguer les règles juridiques selon les différentes sanctions qui y sont attachées. Il y en a de deux sortes : les unes sont répressives et c'est le cas de celles fixées par le droit pénal ; les autres sont restitutives et concernent aussi bien le droit civil que le droit administratif. Les recherches de Durkheim, à partir de cette différenciation des sanctions juridiques débouchent sur la distinction entre solidarité mécanique et solidarité organique.

Un point ici mérite d'être souligné, car il est révélateur du fossé qui sépare Durkheim des juristes, des libertés qu'il prend avec la théorie du droit de son temps et avec les divisions disciplinaires établies à l'intérieur du droit. Durkheim déconstruit les catégories des juristes pour les intégrer dans une démonstration qui lui est personnelle. Son rapport aux règles de droit est commandé par une certaine conception de l'action sociale, de l'action de la société elle-même<sup>77</sup>. Ainsi, il a une appréhension de la dichotomie droit public/droit privé qui correspond à une observation des rapports sociaux et qui n'est pas celle des juristes. Il considère que tout droit est privé, parce que ce sont toujours des individus qui sont en présence ; en même temps, tout droit est public, parce que porteur d'une fonction sociale, parce que social.

L'importance du matériau juridique pour Durkheim est également attestée par les développements de l'*Année Sociologique*. La revue consacre une grande partie de ses livraisons aux analyses bibliographiques<sup>78</sup> et aux comptes rendus d'ouvrages, en particulier à des ouvrages ayant trait au droit. Assez rapidement, l'importance accordée au droit par Durkheim va être détrônée par l'analyse des phénomènes religieux. Cependant, l'*Année Sociologique* continuera à accorder une place privilégiée aux ouvrages portant sur le droit. De plus, des durkheimiens, tel Fauconnet et Davy, consacreront des travaux importants aux phénomènes juridiques<sup>79</sup>.

Enfin, point qui attirera tout particulièrement notre attention, durkheimiens et professeurs de droit afficheront leur rivalité quant à la question de savoir qui sera chargé d'assurer l'enseignement des sciences sociales et de la sociologie en particulier. Ceci aussi est connu, mais il est nécessaire d'en dire un mot pour mieux éclairer le changement de contenu de la *Revue Historique de Droit Français et Étranger*. Weisz retrace les péripéties des luttes entre les deux corps d'enseignants à Paris<sup>80</sup>. En 1893, au cours de réunions du conseil général des Facultés de Paris, un représentant de la Faculté de droit exprime sa réserve à propos de l'introduction de la science sociale dans les Facultés de lettres. La sociologie doit être enseignée à la Faculté de droit. Le doyen de celle-ci écrit au vice-recteur de Paris pour plaider un monopole de la Faculté en matière d'enseignement de la sociologie, en raison du fait que l'on y en enseigne déjà les bases, notamment dans les cours d'histoire du droit et de droit constitutionnel, mais surtout de la confiance que l'on peut accorder aux professeurs de droit pour traiter le sujet d'une façon modérée et fiable du point de vue politique, sous-entendant que l'on ne peut compter sur les philosophes<sup>81</sup> pour agir de même dans les Facultés de lettres. Leurs enseignements sont

dangereux pour la société sur le plan idéologique. Ils n'ont pas l'objectivité scientifique des professeurs de droit.

Bien que l'unanimité soit loin d'être acquise parmi les professeurs de droit sur cette question, la concurrence reste sourde entre les deux Facultés. Les positions de Duguit, un des plus illustres professeurs de droit au tournant du siècle sont symptomatiques. Duguit écrivait déjà en 1889: «Je tiens à affirmer que si nos Facultés ont une mission professionnelle que je suis loin de méconnaître, elles sont en même temps, comme les autres Facultés, des établissements de haute culture intellectuelle et de recherches scientifiques; à elles seules doit appartenir l'enseignement complet des sciences sociales; leur véritable nom devrait être: Facultés des sciences sociales.»<sup>82</sup> Et il précise plus loin que les deux parties principales de la sociologie sont le droit et l'économie politique auxquelles il faut ajouter quelques sciences accessoires<sup>83</sup>. Il ramène enfin l'étude des phénomènes politiques au fonctionnement de l'État qui est du ressort du droit ou de l'économie politique. En dépit de l'opposition de juristes faisant autorité – tel Hauriou qui refuse l'introduction de la sociologie dans l'enseignement des Facultés de droit et vitupère contre son emprise<sup>84</sup> – le souci de Duguit est relayé par d'autres professeurs de droit plus avant dans le xx<sup>e</sup> siècle. Ainsi, Gény dont l'ambition se manifeste par la publication d'une somme théorique en 1914<sup>85</sup>. Dans l'introduction de cet ouvrage, Gény indique que les problèmes qui se posent à l'étude du droit sont communs à toutes les disciplines juridiques. Il estime que les fondements d'une démarche scientifique doivent être posés dans une discipline donnée par les spécialistes de cette discipline, autrement dit par les juristes pour ce qui se rapporte au droit.

Juristes et sociologues sont donc doublement en concurrence: à la fois pour le monopole de la compétence dans l'élaboration et



82. Léon Duguit, «Le droit constitutionnel et la sociologie», *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1889, pp. 484-505, en particulier p. 484. Sur les sciences sociales dans les Facultés de droit, voir aussi Christian Topalov, «Maurice Halbwachs et les villes (1908-1912). Une enquête d'histoire sociale des sciences sociales», sous presse.

83. Pour Durkheim, en 1886, la sociologie comprend trois sciences particulières, l'une qui étudie l'État, l'autre les fonctions régulatrices (droit, morale, religion), la troisième, les questions économiques de la société. Une sociologie pathologique complète cet ensemble (R. Lenoir, *Le Droit... op. cit.*, p. 166).

84. Maurice Hauriou, «Les Facultés de droit et la sociologie», *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1893, pp. 77-88.

85. François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1914. Sur le positionnement du droit comme science sociale, consulter également Évelyne Serverin, *De la jurisprudence en droit privé*, Lyon, Pul, 1985, pp. 160-161.

86. Alain Bernard et Yves Poirmeur, «Doctrinisme civiliste et production normative», in CURAPP-CHDRIP, (éds) *La Doctrine juridique*, Paris, Puf, 1993, pp. 127-180, en particulier, p. 129.

87. Pierre Lascoumes, *Le Droit comme... op. cit.*, p. 47. Voir aussi Évelyne Serverin *De la jurisprudence... op. cit.*

l'enseignement d'une science sociale, et pour l'appropriation de la matière juridique comme objet de connaissance. Les juristes universitaires sont mieux placés que les sociologues dans la course à l'excellence qui les réunit, car, depuis plusieurs siècles déjà, ils sont appréhendés comme experts de l'objet «droit». Ayant le monopole de la manipulation des règles juridiques, ils occupent dans la société une position d'élite. Ce monopole, en effet, se traduit par toutes sortes de tâches assorties de rémunérations ou de gratifications symboliques: consultations juridiques, participation aux travaux législatifs, à l'élaboration de la «doctrine juridique» qui leur assure l'impact sur le travail juridictionnel – être de ceux qui «font» la doctrine suppose la reconnaissance d'un droit à parler du droit, éventuellement consacré par le juge ou le législateur, ou pour le moins la possession d'une compétence professionnelle qui confère autorité dans le champ juridique<sup>86</sup>.

Les professeurs de droit ne feront pas de la sociologie au sens où l'entendaient les durkheimiens, mais se livreront plutôt à un approfondissement du système jurisprudentiel. Ils se cantonneront avant tout à l'étude de la jurisprudence considérée comme un lieu privilégié d'observation des intérêts en présence au sein du social et des conflits qui les opposent; conflits dont sont révélateurs les litiges pendants devant les juridictions. La production jurisprudentielle sera appréhendée comme le droit en action. Cette nouvelle approche de la jurisprudence va se refermer sur elle-même, sur la complexité des règles juridiques, tandis que la sociologie demeurera en lisière des activités juridiques et de leur complexité<sup>87</sup>.

Tel est donc le contexte dans lequel va être créée l'agrégation d'histoire du droit en 1896: un contexte où les professeurs de droit entendent mener par eux-mêmes des études de sciences sociales sans subir la concurrence des sociologues; un contexte peu favorable au

développement d'une histoire du droit dialoguant avec la sociologie. Et les articles que publie la *RHD*, liés au contenu de l'enseignement et de la recherche des historiens du droit, vont refléter l'activité déployée autour de ces deux pôles dans les Facultés de droit. D'où sans doute les changements de contenu de la revue notés plus haut.

### *Historiens et sociologues en conflit*

Les historiens du droit ne ressentiront pas seulement les effets du conflit entre juristes et sociologues. Ils seront également sensibles aux différends sérieux qui opposent l'histoire et la sociologie, tant sur le terrain épistémologique que sur celui du partage du domaine d'étude.

C'est l'article de François Simiand «Méthode historique et science sociale», paru en 1903 dans la *Revue de Synthèse historique*, qui révèle ce conflit.

L'article (republié dans *Annales ESC*, 1, 1960, pp. 83-119) est la réponse de Simiand à l'ouvrage de Charles Seignobos, *La méthode historique appliquée aux sciences sociales*, Paris, Alcan, 1901. Seignobos considère que les sciences sociales ont besoin de bases historiques, ce qui sous-entend que les historiens sont seuls capables de produire des travaux de valeur dans le champ socio-historique. Mais il faut rappeler que Durkheim avait déclenché les hostilités entre les deux disciplines dans l'*Année Sociologique* en 1898. Il déniait alors tout statut scientifique à l'histoire telle que pratiquée à l'époque et réduisait son rôle à celui d'une banque de données (pour parler le langage d'aujourd'hui). Sur ces polémiques, voir Philippe Besnard, «The Epistemologic Polemic: François Simiand», in Philippe Besnard (ed), *op. cit.*, pp. 248-289. D'après Philippe Steiner, Durkheim, à partir de 1909, fait de plus en plus la part belle à l'histoire dans sa sociologie, au travers de la méthode génétique (Philippe Steiner, «Durkheim, la méthode sociologique et l'histoire», in Massimo Borlandi et Laurent Mucchielli, (éds.), *La Sociologie et sa méthode*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 165-184).

Cet article peut aider à comprendre l'éditorial de la *RHD* de 1905 et l'hostilité qui s'y exprime à l'égard des sciences sociales – on

aura présent à l'esprit l'amalgame courant à l'époque entre science(s) sociale(s) et sociologie, très apparent dans le propos de Simiand, qui rédige ainsi les premières lignes de son article :

« Les inquiétudes de méthode qui se manifestent à beaucoup de signes, aujourd'hui, parmi les historiens tiennent pour une bonne part, semble-t-il, aux relations de voisinage, de rivalité et – disons-le tout de suite – de conflit que, de plus en plus, soutiennent entre elles l'histoire traditionnelle et la nouvelle science sociale. En quoi donc au juste, méthode historique et science sociale ont-elles affaire ensemble ? »

Le sociologue accuse l'historien, qu'il en ait conscience ou non, d'avoir tendance à nier la science sociale. Il passe en revue divers éléments propres à la méthode historique pour montrer en quoi cette approche ne saurait avoir de véritable caractère scientifique, contrairement à celle des sociologues. Simiand donne la science sociale en modèle à l'histoire et prétend à la supériorité de la première sur la seconde.

L'article peut ainsi être lu comme une déclaration de guerre à l'histoire traditionnelle, telle que la pratiquent de plus en plus en ce début du <sup>xx</sup>e siècle, on l'a vu, les auteurs de la *RHD*. Pourtant il est remarquable de voir que, lorsque Simiand défend le rapprochement des « recherches des différentes disciplines appliquées à l'étude des phénomènes sociaux », il recommande l'analyse comparative des institutions (juridiques) dans une société donnée, se rapprochant ainsi de Laboulaye, qui, dans son manifeste de 1855, avait déjà exprimé ces positions. Ce qu'on lit sous la plume de Simiand sonne étrangement familier après la lecture de la *RHD* pendant les vingt premières années de son existence :

« [on] constate dans toute société une survivance extrêmement importante, ou une préformation très considérable, ou une formation incomplète très fréquente, d'institutions, de coutumes, d'idées qui ne peuvent être comprises ni expliquées en elles-mêmes, ni par rapport à un



88. *Ibidem*, p. 104.

89. W. Paul Vogt, *Obligation and Right... op. cit.* pp. 188 sq.

90. *Ibidem*, p. 189. Ce type de position persiste, puisque Paul Fauconnet abonde dans le même sens en 1920 (toujours d'après Vogt).

91. C'est moi qui souligne.

92. Gérard Noiriel, « Pour une approche subjectiviste du sociale », *Annales ESC*, n° 6, 1989, pp. 1435-1459 (en particulier p. 1439).

93. Voir en ce sens, Henri Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, Paris, Puf, 1981 (6<sup>e</sup> édition), p. 89.

94. Consulter par exemple, « La fonction du très ancien testament romain », *RHD*, 1921, pp. 634-669.

95. *RHD* 1923, p. 154.

ensemble auquel justement elles ne correspondent plus ou qui ne leur correspond pas nécessairement. Seule la comparaison avec les cas rencontrés ailleurs, plus complets, plus distincts, plus typiques, des mêmes institutions, coutumes, idées, en rend la détermination et le classement praticables et l'intelligence possible.»<sup>88</sup>

Les pratiques scientifiques des durkheimiens, décidés à utiliser les matériaux réunis par les historiens, ont un caractère irritant en ce début de siècle et, au-delà de toute discussion épistémologique, ne peuvent qu'entraîner repli, défense de territoire chez les tenants d'autres disciplines. Vogt rappelle en effet que plutôt que de recueillir des données nouvelles, les durkheimiens se servent de celles recueillies par les ethnologues et les historiens du droit lorsqu'ils veulent étudier les règles de droit<sup>89</sup>. Le procédé ne manque pas d'ambiguïté : il signifie à la fois que les durkheimiens prennent tout à fait au sérieux les travaux des historiens du droit et que ces travaux sont insuffisants, puisqu'ils demandent l'application d'une nouvelle méthode, celle mise au point par la sociologie – le durkheimien Gaston Richard écrira en 1899 : « La sociologie est beaucoup moins une nouvelle science que l'application d'une nouvelle méthode à quelques vieilles études. »<sup>90</sup>

Quel était donc le contenu de l'éditorial de la *RHD* en 1905 ? Il disait ceci :

« L'école française ne reste pas en arrière de celle des pays voisins. Elle rappelle déjà les souvenirs longtemps oubliés de nos grands jurisconsultes du XVI<sup>e</sup> siècle. Elle montera encore plus haut, à condition qu'elle reste toujours maîtresse d'elle-même, qu'elle ne se laisse entraîner ni par l'imitation aveugle de ce qui se fait à l'étranger, ni par la pression que prétendent exercer sur elle les sciences économiques et sociales<sup>91</sup>. L'histoire du droit est assez avancée pour avoir une place à part dans les sciences morales. Si par malheur elle se laissait absorber par d'autres elle perdrait bien vite son autorité et même son droit à l'existence. Telle qu'elle est, elle repose sur une base inébranlable ; sur le terrain qui lui appartient elle rend d'incontestables services. Pourquoi se lancerait-elle dans les aventures ? Il dépend d'elle d'écarter le danger par sa prudence et son expérience. »

Entre se limiter à un cercle d'érudits et accepter les leçons des tenants des sciences sociales, en particulier des sociologues, la revue choisit donc le camp de l'érudition historique magnifiée dans l'étude de la technique juridique. Or, dix-sept ans plus tard, la guerre semble achevée entre historiens et tenants des sciences sociales<sup>92</sup>. Dans un éditorial publié en 1922 la revue affirme en effet qu'elle « s'adresse aux historiens autant qu'aux jurisconsultes, et [qu'] elle n'est étrangère ni à l'économie politique ni aux sciences sociales ». Que s'était-il passé entre-temps ?

Sur fond de débat entre historiens et sociologues, de nouvelles tendances s'étaient esquissées à l'intérieur de l'« histoire du droit », où se trouvaient des médiateurs tels que Henri Lévy-Bruhl, le fils de Lucien, romainiste mais aussi sociologue du droit d'obédience durkheimienne<sup>93</sup>. La fonction de médiation entre historiens et sociologues remplie par Lévy-Bruhl est attestée par le contenu de ses articles, qui se coulent dans le moule des discussions doctrinales des historiens du droit. Même lorsqu'il fait de la sociologie, Lévy-Bruhl demeure un juriste qui s'est soumis aux contraintes de l'enseignement des disciplines juridiques en obtenant l'agrégation d'histoire du droit – volonté identitaire dont témoigne son langage qui adopte les rites d'exposition en vigueur dans la communauté de ses collègues<sup>94</sup>. Un de ses comptes rendus, consacré à un ouvrage du durkheimien Georges Davy (*La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat*), indique que l'ouvrage « constitue une des premières tentatives vraiment scientifiques d'application de la méthode sociologique et d'utilisation des documents ethnographiques aux problèmes de l'histoire du droit »<sup>95</sup>. Derrière un commentaire élogieux on peut entendre que, pour l'auteur, les sociologues, malgré leurs prétentions, n'ont pas encore vraiment fait montre d'une approche scientifique, en particulier en matière d'histoire du droit.

Les hostilités entre historiens du droit et sociologues avaient-elles vraiment cessé ? On est tenté de répondre par la négative à la lecture d'un article de la *RHD* datant de 1931<sup>96</sup>. L'auteur passe très rapidement en revue deux types de sociétés : celles où les peuples « sont incapables de l'idée d'État » et celles « où domine l'idée de l'État », pour écrire ensuite « que les lecteurs de cette revue veuillent bien nous pardonner ces considérations de sociologie générale : avec eux, nous estimons qu'elles n'ont quelque valeur que si elles sont vérifiées par l'histoire ». Cette remarque transpire le peu de considération de l'auteur et des tenants de sa discipline pour la sociologie générale et la perception d'une hiérarchie entre les disciplines dans laquelle l'histoire passe avant la sociologie, puisqu'elle lui est indispensable pour en vérifier les idées générales. La vérification jugée nécessaire ne saurait se faire de n'importe quelle manière et les historiens savent comment s'y livrer : « on peut concevoir une sociologie qui s'appuierait sur l'histoire : elle tâcherait de déterminer quelques types permanents qui apparaissent à travers les diversités de temps et de lieu. » Toute sociologie qui ne procéderait pas ainsi serait vouée à l'échec, risquerait « de s'égarer dans les nuages » ; on ne peut pas en effet prétendre « retrouver les origines de l'humanité après avoir retrouvé quelques peuples sauvages qui [...] reproduiraient l'homme primitif ». Une fois définis les rapports entre les deux disciplines, la tâche de l'historien qui veut contribuer à l'édification de la sociologie, sans sortir de son domaine, est simple : « il lui suffit de regarder un peu à côté de son sujet, afin de discerner le général que son étude particulière peut contenir. » La vieille querelle couve apparemment toujours sous la cendre.

L'ostracisme manifesté ici à l'égard de la sociologie, contraste avec l'intérêt porté par certains articles de la *RHD* à l'histoire économique et à la science économique.



96. Auguste Dumas, « Le serment de fidélité et la conception du pouvoir du I<sup>er</sup> au IX<sup>e</sup> siècle », *RHD*, 1931, pp. 30-51.

97. Robert Besnier, « L'état économique de Rome au temps des rois », *RHD* 1934, pp. 405-463.

98. L'auteur cite une série de travaux sur l'économie à Rome et d'études d'historiens qui accordent une part importante à l'économie. Des historiens du droit commercial comme Goldschmidt en Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle ou Sayous en France au début du XX<sup>e</sup> siècle sont en même temps juristes, historiens et économistes. (Sur ce point, Wilhelm Silberschmidt, « Le droit commercial avant et après L. Goldschmidt », *RHD*, 1934, pp. 642-699).

99. Sur l'article écrit par Marc Bloch dans la *RHD*, voir *Un problème d'histoire comparée...*, *op. cit.*

L'auteur d'un article paru en 1934 indique que « l'histoire des faits économiques est aussi indispensable à qui veut comprendre le droit de la Rome antique, que l'histoire des faits politiques, des principes juridiques et des idées morales et philosophiques »<sup>97</sup>, ajoutant que « les progrès de la science économique au cours des trente dernières années permettent actuellement de dresser, pour certaines des grandes périodes de l'histoire de Rome, un tableau de la vie économique romaine, susceptible d'éclairer ou de faciliter l'étude des institutions »<sup>98</sup>. L'histoire économique semble ainsi servir de passerelle (étroite) entre l'histoire érudite telle qu'on la pratique le plus souvent au sein de la *RHD* dans le premier <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle, et une histoire attachée à une approche ouverte aux sciences sociales, telle que vont la concevoir un Bloch ou un Febvre<sup>99</sup>.

\* \*

\*

Tel est donc le cheminement de l'histoire du droit française entre le milieu du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle et la Seconde Guerre mondiale, reflétée par les livraisons de la *RHD*. L'histoire de la revue à son commencement est celle du

pari intellectuel d'un homme, É. Laboulaye, qui croit possible de contrer une certaine façon de constituer la science du droit, en particulier sur le terrain de l'histoire. Le pari de É. Laboulaye est aussi de contourner un milieu hostile à ses idées. Le temps passe, Laboulaye fait des adeptes et de grands juristes parmi les professeurs de la Faculté de droit de Paris entrent au comité de rédaction de la *RHD*. Mais il est probable que la revue s'académise avec les années et que, gagnant ses ennemis d'hier à sa cause, elle véhicule désormais leur conception d'une science du droit qui n'est pas celle de ses fondateurs. Chemin faisant, elle rencontre également de nouveaux rivaux parmi les sociologues. L'époque a changé, 1855 est loin et le regard scientifique s'est modifié. Mais ce que je voudrais retenir de l'aventure de la *RHD* à ses débuts, c'est ce dynamisme, cette curiosité, cette ouverture à tout ce qui peut contribuer à faire une histoire scientifique des règles et des institutions juridiques. Créer de véritables passerelles entre l'histoire du droit et la sociologie, ne serait-ce pas la meilleure façon d'actualiser aujourd'hui l'expérience d'É. Laboulaye ?