

Le dialogue fructueux entre l'Histoire et le Droit

Xavier Miny, Université de Liege

Réfléchir, comme il nous a été demandé de le faire, sur les rapports que le droit entretient avec les sciences historiques nous amène à nous interroger au préalable sur ce qui distingue fondamentalement ces deux sciences humaines.

Les sciences historiques se fondent sur l'exploitation disciplinée de sources documentaires soumises à la critique en vue d'étudier des événements particuliers qui appartiennent au passé. Dans le livre premier de son *Introduction à l'histoire universelle (les Prolégomènes)*, Ibn Khaldoun identifiait déjà l'objet de l'Histoire comme étant celui « de nous faire comprendre l'état social de l'homme, c'est-à-dire, la civilisation, et de nous apprendre les phénomènes qui s'y rattachent naturellement ».¹ C'est donc avec l'objectif de démontrer une réalité sociale particulière que l'historien met en lumière une combinaison de faits grâce à des sources qui sont cherchées, instituées et interrogées² pour augmenter la probabilité de son existence.³ De son côté, le droit correspond à l'ensemble ordonné de normes qui visent à provoquer la conduite d'autrui.⁴ Le terme « droit » se réfère aussi bien à l'ordre juridique dans son ensemble – le droit belge, par exemple, qui ne coïncide pas avec le droit espagnol, ni avec le droit chinois – qu'à la norme isolée. Cette dernière, étudiée notamment en profondeur par le juriste autrichien Hans Kelsen dans son ouvrage *Théorie pure du droit*,⁵ peut avoir deux types de contenu : elle peut soit obliger de faire ou de ne pas faire, soit permettre.

Les deux sciences semblent percevoir le monde qui nous entoure différemment. Alors que les sciences historiques tentent de reconstituer et d'expliquer les événements déjà produits, « ce qui fut », les sciences juridiques se concentrent sur des règles qui dictent « ce qui doit être ». Il s'agit en un certain sens d'une illustration de la dichotomie classique, chère à Kelsen, entre le *sein* et le *sollen*. Si les sciences historiques peuvent ainsi décrire une réalité passée, il est par conséquent malaisé d'étudier le droit en prenant forcément les énoncés juridiques comme des données objectives.⁶ A cela s'ajoute la question de la nature même des preuves. L'historien est en principe libre d'exploiter les matériaux qu'il juge utiles pour conforter ses intuitions tandis que le chercheur en droit, le juge et l'avocat voient leurs activités gouvernées elles-mêmes par la logique des normes et des procédures.⁷ « A priori donc », constate Emmanuel Cartier, « le Droit et l'Histoire sont caractérisés par une séparation épistémologique majeure qui implique de distinguer les deux discours et l'argumentation qu'ils véhiculent ».⁸

Pourtant, les disciplines historiques et juridiques ne sont pas hermétiques l'une envers l'autre et partagent même une méthodologie proche dans l'utilisation de documents écrits.⁹ Mais, plus fondamentalement, le Droit n'ignore pas l'Histoire, et l'Histoire n'ignore pas le Droit.

Dans la création même du Droit, l'Histoire inspire son auteur. « La science historique », écrit le secrétaire d'État Bertin dans ses mémoires de 1774, « tient à la législation car elle fournit au législateur les faits qui peuvent l'instruire et les matériaux qui peuvent l'aider ».¹⁰ La connaissance de l'Histoire et de l'expérience irradie *ipso facto* le droit positif.

De même, tout au long de l'opération historiographique, de la phase documentaire à la phase scripturaire en passant par la phase compréhensive,¹¹ le droit régule l'activité de l'historien.¹² D'un côté, l'accès aux sources, privées ou publiques, est confronté à un certain nombre de barrières

juridiques. On peut d'ailleurs lire, sous la plume de certains auteurs, de violentes charges à l'égard de ces lois qui freineraient la recherche. Si Jean-Denis Bredin rêve « d'un Droit qui attendrirait ses règles pour mieux servir le progrès de la connaissance, l'intérêt vrai de l'esprit humain, d'un Droit aimable à l'historien », il déplore avec véhémence – et sans doute exagérément – que le droit aux secrets, le droit à la vie privée et le droit de propriété viennent tour à tour tourmenter l'historien. « Enfermé dans son bureau, bibliothèques hautes, lumières basses, l'historien peut maudire », pour reprendre ses mots sans demi-mesure, « ces nobliaux bornés, ces veuves abusives, ces héritiers ignorants ou perfides qui cachent leurs précieuses archives, ou promettent de les montrer un jour, s'il leur plaît. Le Droit est avec eux ».¹³

En outre, le droit intervient tout autant pour encadrer l'exploitation des sources officielles, en précisant celles qui peuvent être utilisées et rendues publiques. C'est à ce stade que surgit la question des archives¹⁴ dont la singularité réside dans leur conception : documents classiques de l'administration à l'origine, ils sont devenus archives à la suite d'un classement et de leur conservation.¹⁵ En Belgique, c'est en particulier la loi sur les archives du 24 juin 1955,¹⁶ telle que modifiée par la loi portant des dispositions diverses du 6 mai 2009¹⁷ et les arrêtés royaux d'exécution qui intéressent en priorité la recherche historique en ce que le dispositif légal oblige les services publics à transférer leurs documents de plus de trente ans aux Archives de l'État, en bon état, ordonnés et accessibles. Enfin, l'utilisation même de toutes ces sources, publiques ou privées, répond aux règles de la protection des droits d'auteur.

D'un autre côté, la liberté d'expression de l'historien est garantie aussi bien par le droit interne (l'article 19 de la Constitution) que par le droit international (en particulier, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme). Le chercheur en Histoire peut ainsi se prévaloir à l'instar de ses pairs d'une vaste liberté dans ses conclusions. Cette même liberté n'est pas pour autant absolue. L'historien est susceptible de voir sa responsabilité engagée devant le juge¹⁸ en raison du fruit de ses recherches, notamment en cas de diffamation ou de violation d'un droit au respect de la vie privée¹⁹, ou encore quand il entre dans le champ d'application sensible des lois dites mémorielles²⁰.

Outre cet aspect pour le moins pratique des relations juridico-historiques, l'intérêt pour l'interdisciplinarité dépasse la simple dimension coercitive du droit et l'influence de l'Histoire dans l'adoption des normes. L'échange au sens plein du terme est ancien²¹ et se renforce.²²

Pour le juriste, nous voyons prioritairement trois enjeux. Premièrement, les sciences historiques offrent un éclairage contextuel du droit et confirme ce que Michel de Certeau notait : « la relation [que l'histoire] entretient avec les diverses sciences lui permet d'exercer par rapport à chacune d'elles une fonction critique nécessaire, et lui suggère aussi le propos d'articuler ensemble les limites ainsi mises en évidence ».²³ La connaissance de la *ratio legis* des textes apporte ainsi au juriste une compréhension nécessaire à leur bonne application. En effet, il existe un rapport au réel différent dans cette optique. L'auteur de la norme a pour intention d'énoncer des règles régulatrices de comportement qui lui semblent nécessaires face à une réalité déterminée. De plus, ces mêmes règles peuvent avoir substantiellement changé de nature. La portée de l'impossibilité de régner consacrée par l'actuel article 93 de la Constitution, pour ne citer que lui, a profondément évolué entre mai 1940, avec la reddition du Roi Léopold III, et avril 1990, du temps de Baudouin. Il faut donc analyser les réalités qui justifient l'adoption et les changements d'interprétation de ces dispositions générales et abstraites. L'enseignement du Droit romain ou de l'Histoire du droit, dans nos universités, obéit de manière éclairante à cette volonté de parvenir à une compréhension

intégrale du droit moderne à travers l'historicité du droit déjà consacrée par Savigny.²⁴ « L'inscription des phénomènes juridiques dans le temps », constate Jean-Louis Halpérin « est pourtant l'objet de constants rappels de la part des historiens du droit, toujours inquiets de voir leur discipline marginalisée au nom d'une positivité limitée au droit en vigueur ou aux “prophéties” des décisions des tribunaux formant le droit à venir ».²⁵

Deuxièmement, les sciences historiques et, plus généralement, l'Histoire servent à résoudre certaines questions en Droit. La concrétisation par le juge de la règle juridique l'amène bien à utiliser dans certains dossiers – temporellement éloignés – une méthodologie historique pour élaborer l'enchaînement causal des faits en cause. Outre certains procès pénaux retentissants, cette même dynamique apparaît dans certains litiges en Droit international public, surtout quand il s'agit de question territoriale. C'est ainsi que la Cour internationale de Justice est amenée à connaître du conflit juridique qui oppose, depuis la guerre du Pacifique de 1879, la Bolivie et le Chili, La Paz revendiquant un accès à la mer dont elle est privée depuis que le Chili a conquis 400 kilomètres de côtes boliviennes. Dans une affaire comme celle-ci, seule une méthodologie par les sciences historiques permet d'obtenir une suite cohérente d'évènements. Dans cette perspective et vu l'importance de la recherche de traces historiques, il ne fut guère étonnant d'entendre, dans le cadre des tensions territoriales avec le Japon quant au statut des îles Senkaku/Diaoyutai, l'ambassadeur de Chine en Belgique annoncer triomphalement, en 2012, la découverte, dans la galerie Bortier à Bruxelles, d'une carte dressée en 1832 par Pierre Lapie, lieutenant-colonel de l'armée française et Lapie fils, capitaine d'Etat-Major de l'armée française, qui désigne les îles Diaoyu sous le nom de 'Tiaoyu-Su' (appellation chinoise des îles Diaoyu sous les dynasties Ming et Qing).

Troisièmement, l'Histoire participe à la création du droit. Certes, l'Histoire n'est plus une source de normativité,²⁶ mais le temps, en général, reste présent dans la construction du droit. Il détermine parfois directement un droit par les principes généraux de primauté dans le temps. En outre, l'examen par le biais des sciences historiques peut permettre de dégager une pratique constante des institutions et des États et, de la sorte, mettre en avant l'une des conditions nécessaires, mais non suffisantes, de l'émergence d'une coutume : son élément objectif,²⁷ auquel doit s'ajouter l'*opinio juris sive necessitatis*.

En ce qui concerne les historiens, l'intérêt pour le droit proviendrait d'abord de son apport documentaire. « Du point de vue historique », écrit encore Emmanuel Cartier, « la loi constitue en effet l'un des meilleurs témoignages que les peuples peuvent laisser d'eux-mêmes à une époque donnée ».²⁸ Il est vrai que l'on retrouve, dans les bibliothèques de droit, la présence de nombreux ouvrages traitant du droit et des controverses qui existaient du temps de leur écriture, ou de recueils de jurisprudence reprenant de multiple cas concrets, révélateurs des mœurs de l'époque, mais encore et surtout y dispose-t-on de publications officielles qui reprennent les règles de droit qui sont mises en application. Il convient également de ne pas perdre de vue les actes notariés qui regroupent quant à eux les contrats de mariage²⁹ et autres documents authentiques qui permettent de retracer un enchevêtrement de rapports privés.

Cette force documentaire reconnue, l'historien peut tout autant s'intéresser au droit en tant que phénomène dont l'objet est de régir les rapports des individus dans la société. Si le droit offre au chercheur une vision plus ou moins exacte du contexte normatif et institutionnel à l'intérieur duquel les relations sociales prolifèrent à une époque donnée, encore ne doit-il pas perdre de vue la distinction entre la norme et son application, c'est-à-dire entre ce qui devrait être et ce qui est vraiment. Une règle peut très bien exister sans être appliquée ou respectée. Cela étant dit, la règle

existe généralement pour une raison. Dès lors, la rédaction de la règle constitue une anticipation de son application à un phénomène considéré. De là, les travaux préparatoires des normes constituent une ressource non-négligeable pour l'historien car rédiger un texte général et abstrait implique l'examen de la multitude des comportements et des faits sociaux concrets : « [v]oulant agir dans le concret des choses et des situations, l'auteur de la règle se fonde nécessairement sur la connaissance qu'il possède de la réalité, ou sur la manière dont il l'imagine ». ³⁰ En d'autres termes, le Droit est source d'enseignement, même s'il se révèle inopérant.

Dans un deuxième temps, les concepts et formes juridiques eux-mêmes constituent l'objet d'études au vu du rôle structurant que le droit, avec ses catégories, ses principes, ses séparations, occupe dans une société. Les procédures des litiges, la valeur des contrats et des serments, la force des témoignages, l'interprétation des lois, voire le rôle divin du juge, ³¹ constituent un *corpus* de normes qui dépassent les conduites à respecter. C'est cet ensemble qui compose l'univers juridique ³² qui, précisément, a influencé la vision que le sujet a de chaque réalité. Comprendre le fonctionnement d'une communauté implique en partie l'appréhension des représentations juridiques de celle-ci : la séparation entre les personnes et les choses nous semble aller de soi, tel n'était pourtant pas nécessairement le cas dans les sociétés pratiquant l'esclavage ; de même, l'on ne peut comprendre les procès médiévaux faits aux animaux ³³ et leur condamnation à la potence ou au bûcher sans s'intéresser aux fonctions du Droit, temporel et spirituel, à ce moment. Par conséquent, si nous voulons percevoir les rapports et mentalités d'une époque particulière, il est préférable de s'attarder sur sa culture juridique, en ce compris les instruments de la pratique quotidienne et technique de la justice. Comprendre les normes juridiques, outils déterminées par leur contexte historique de production et de mise en œuvre auxquels une finalité politique est assignée, se révèle nécessaire pour percevoir les représentations mentales du citoyen qui, depuis sa plus tendre enfance, subit une imprégnation par le droit ³⁴. Bien plus donc qu'un simple outil documentaire, le droit est ainsi également une clef de lecture pour comprendre une société. ³⁵

Ces quelques réflexions nous amènent à quelques commentaires conclusifs. La « science juridique » telle que la conçoivent les juristes semble souvent un territoire clos et autonome ³⁶ avec un vocabulaire précis à correctement maîtriser pour s'y aventurer en toute quiétude. La route semble parfois barrée aux profanes. Pour cette raison, Douglas Vick, pessimiste, avait mis en évidence les difficultés pour le droit d'entrer dans la culture d'une autre discipline. ³⁷ Une des explications résiderait dans la réflexion introspective du droit ³⁸ et dans l'aspect fermé de sa littérature scientifique, la doctrine. ³⁹ Pour autant, il n'est pas à douter que s'est créée une discussion entre le droit et le fait historique. Habitué à jouer avec le temps, ⁴⁰ le droit a pu, par l'histoire et l'histoire du droit, intégrer une approche critique de l'évolution de ses principes et de ses concepts ainsi que des facteurs déterminants d'ordre politique, économique, social et culturel qui jouent sur la construction du droit positif. Bien sûr, « [p]our l'historien, le droit ne saurait être qu'une science auxiliaire », ⁴¹ mais dès lors que « le droit cerne tous les aspects de la vie sociale, économique, culturelle, religieuse, technique et même scientifique, et pratiquement tout ce qui se produit et se fait dans nos sociétés », ⁴² hier et aujourd'hui, les sciences juridiques sont à la source d'un enrichissement précieux pour la recherche du passé, non seulement de façon documentaire, mais aussi en termes de concept.

Dans cette configuration, ceci est notre conviction, le dialogue est assuré et respecte le vœu de Montesquieu dans l'*Esprit des lois* : « Il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire ».

- Xavier Miny

Références

1. I. KHALDOUN, *Les Prolégomènes*, Paris, Librairie orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1934 (réimpression de 1996), p. 71.
2. P. RICOEUR, « L'écriture de l'histoire et la représentation du passé » *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2000, p. 738.
3. P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 739.
4. C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la Théorie générale de l'Etat – Manuel*, 3e édition, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 22-23.
5. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1962.
6. On ne perdra toutefois pas de vue que la science juridique traite bel et bien, directement, scientifiquement et rationnellement, quelque chose qui est, c'est-à-dire les normes de droit.
7. G. BUSINO, « La preuve dans les sciences sociales » *Revue européenne des sciences sociales*, 2003, p. 21.
8. E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? » *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, p. 512.
9. E. CARTIER, *op. cit.*, p. 515.
10. H. L. J.-B. BERTIN, *Mémoire sur les dépôts et collections de chartes et les travaux qui en dépendent* (1774), cité par G. DAVY, « Histoire, droit et histoire du droit médiéval dans l'œuvre de David Hoüard. Continuité juridique et discontinuité historiographique », *Annales de Normandie*, 2011, pp. 23-37.
11. M. DE CERTEAU, *L'écriture de l'histoire*, Paris, Gallimard, 1975 et P. RICOEUR, « L'écriture de l'histoire et la représentation du passé », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, p. 737.
12. C. VIVANT, *L'historien saisi par le droit : contribution à l'étude des droits de l'histoire*, Paris, Dalloz, 2007.
13. J.-D. BREDIN, « Le droit, le juge et l'historien » *Le Débat*, 1984/5, p. 94.
14. G. BRAIBANT, *Les Archives en France : rapport au Premier ministre*, Paris, La documentation française, 1996.
15. E. ANHEIM et O. PONCET, « Fabrique des archives, fabrique de l'histoire », introduction au numéro spécial de la *Revue de synthèse*, vol. 125, 2004, p. 3.
16. *Moniteur belge* du 12 août 1955.
17. *Moniteur belge* du 19 mai 2009.
18. Le juge doit par ailleurs « prendre garde à ne pas se substituer à l'historien tout en participant, souvent malgré lui, à la détermination d'une vérité dite "judiciaire", concurrente, bien que distincte, de la "vérité historique" » (B. EDELMAN, « L'office du juge et l'histoire » *Droit et société*, 1998, pp. 47-48) ; voy. J.-D. BREDIN, *op. cit.*, p. 103.
19. Voy. J. GILISSEN, « La responsabilité civile et pénale de l'historien » *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1960, 1e partie, pp. 295-329 et 2e partie, pp. 1005-1039.
20. En Belgique, voy. la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale (*Moniteur belge* du 30 mars 1995).
21. L. KRIEGER, « History and Law in the Seventeenth Century: Pufendorf » *Journal of the History of Ideas*, 1960, pp. 198-210.
22. « Histoire et droit » *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, pp. 1423-1424.
23. M. DE CERTEAU, *L'écriture de l'histoire*, coll. Bibliothèque des histoires, Paris Gallimard,

- 1975, p. 96.
24. E. LABOULAYE, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir » *Revue historique de droit français et étranger*, 1855, pp. 4-23.
 25. J.-L. HALPÉRIN, « Le droit et ses histoires » *Droit et société*, 2010, p. 296. Voy. également pour d'intéressantes mises en perspectives J.-L. HALPÉRIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001, pp. 9-32.
 26. F. SAINT BONNET, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? » *Droits*, n° 32, 2000, pp. 7 à 20.
 27. M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Léviathan, 1994, p. 128.
 28. E. CARTIER, *op. cit.*, p. 515.
 29. Voy. B. VOGLER (éd.), *Les actes notariés, source de l'histoire sociale. XVIIe - XIXe siècles, Actes du colloque de Strasbourg, Mars 1978*, Strasbourg, Istra, 1979 ; J.-L. LAFFONT (dir.), *Problèmes et méthodes d'analyse historique de l'activité notariale (XVe-XIXe siècles). Actes du colloque de Toulouse, Chambre départementale des notaires de la Haute-Garonne, 15-16 septembre 1990*, Toulouse, P.U.M., 1991 ; J.-L. LAFFONT, « L'exploitation des archives notariales en France ; jalons historiographiques », in S. BEAUVALET, V. GOURDON et F.-J. RUGGIU (éd.), *Liens sociaux et actes notariés (XVIe-XVIIIe siècles). Actes de la table ronde du Centre Roland Mousnier, Université de Paris IV, 24 mars 2001*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2004, pp. 17-73.
 30. P. ORIANNE, *Apprendre le droit – Éléments pour une pédagogie juridique*, Paris-Bruxelles, Éd. Frison-Roche et Labor, 1990, p. 83
 31. Voy. À cet égard R. JACOB, *La grâce des juges – L'institution judiciaire et le sacré en occident*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014.
 32. « Histoire et droit » *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, pp. 1423-1424.
 33. Sur le sujet, voy. E.-L. DE. Kerdaniel. *Les Animaux en Justice. Procédures en Excommunications*, Paris, Librairie H. Daragon, 1908 et D. CHAUVET, *La personnalité juridique des animaux jugés au Moyen Âge XIIIe-XVIe siècles*, Paris, L'Harmattan, 2012.
 34. Voy. À cet égard A. SUPIOT, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Editions du Seuil, 2005.
 35. La société n'est pas nécessairement une communauté étatique si l'on poursuit le raisonnement de Santi Romano sur la pluralité des ordres juridiques : État, clergé, monde sportif, société privée, voire association de malfaiteurs, tous ont leur propre ordre juridique ! Voy. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.
 36. P. BOURDIEU, « La force du droit – Éléments pour une sociologie du champ juridique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, septembre 1986, p. 3.
 37. D. VICK, « Interdisciplinarity and the Discipline of Law » *Journal of Law and Society*, 2004, p. 191.
 38. G. SAMUEL, « Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists ? », *Journal of Law and Society*, 2009, p. 422.
 39. K. M. PARKER, « Context in History and Law: A Study of the Late Nineteenth-Century American Jurisprudence of Custom », *Law and History Review*, 2006, p. 474). Comme le souligne Geoffrey SAMUEL : « A book on the sociology of law will thus not form part of la doctrine » (G. SAMUEL, *op. cit.*, p. 422).
 40. M. ORTOLANI et O. VERNIER (éd.), *Le temps et le droit : journées internationales de la Société d'Histoire du Droit, mai 2000*, Nice, Serre, 2002.
 41. Y. MAUSEN, « Droit » in C. GAUVARD et J.-F. SIRINELLI (sous la dir. de) *Dictionnaire de l'historien*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015,

42. Y. THOMAS, « Présentation » *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, pp. 1425-1428.