

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg19>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 19 (2011)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg19/248-252>

Rg **19** 2011 248–252

Paolo Napoli

Pour une histoire des »mesures«

A propos de la normativité policière

Pour une histoire des »mesures«

A propos de la normativité policière

À Michael Stolleis, éminent historien du droit public, je voudrais offrir pour son soixante-dixième anniversaire quelques réflexions sur les enjeux méthodologiques d'une histoire des techniques réglementaires et de leur conceptualisation. La »police« en France entre 1750 et les premières décennies du XIX^e siècle, voici l'objet que je choisirai pour illustrer les lignes de force d'une histoire de la normativité administrative fondée sur la notion de »mesure« (*Maßnahme, Maßregel*). Si l'on veut étudier historiquement la police, deux démarches au moins sont envisageables: l'approche sociale, centrée sur la manière dont les acteurs s'approprient et appliquent les normes édictées par les autorités; l'approche institutionnelle, axée sur les centres de pouvoir chargés de l'ordre public. Mais entre les intentions de l'autorité d'un côté et l'efficacité réelle des normes de l'autre, l'espace s'ouvre pour une analyse d'un troisième type, qui s'intéresse davantage au rôle médiateur que les techniques réglementaires assurent entre l'institution et les acteurs sociaux.¹ On pourrait utilement rappeler la position exprimée à cet égard par Michel Foucault qui ne voulait pas écrire l'histoire des souverains ni celle des peuples, mais l'histoire de ce qui précisément met en relation les deux termes. Si la police se laisse penser comme l'ensemble des modes opératoires définissant son action, une histoire du droit fondée sur ces *modes* se caractériserait par les propriétés suivantes.

- 1) Dans l'idée d'une histoire des »modes« normatifs, il faut entendre le terme de *mode* à la fois au sens latin de mesure et au sens spinoziste de détermination de l'être (*Éthique*, déf. V). Le mode est ce par quoi on mesure une chose. Le concept de mesure est ici central et mérite d'être clarifié. Dans l'article de son *Vocabulaire* consacré à la notion de mesure, Émile Benveniste nous offre des pistes lumineuses pour comprendre non seulement les diverses significations jaillies de la racine osque **med-*, mais surtout la manière différenciée dont le droit se saisit de la »mesure« tout au long de son histoire. Pour s'en tenir au seul sens juridique de cette racine, Benveniste rappelle l'équivalence entre *med-* et *ius* ainsi que leur incapacité de produire des dérivés véritables. Il a fallu inventer

1 Sur la question de l'effectivité des dispositifs policiers, v. M. STOLLEIS, Was bedeutet Normdurchsetzung bei Policeyordnungen der frühen Neuzeit?, dans: Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag, sous la dir. de R. H. HELMHOLZ, Paderborn 2000, 739-757. Je me permets de renvoyer aussi à P. NAPOLI, Naissance de la police moderne, Paris 2003, Introduction.

d'abord le nom de l'agent, *meddix* pour l'osque, *iudex* pour le latin, pour que toute une série de dérivés se constituent (*medicatinom* dans le premier cas, *iudicium*, *iudicari*, *iudicatio* dans le second). En particulier, l'absence d'une filiation directe entre ce qui désigne le droit (*ius*) et le sujet-juriste – il n'y a pas un *iuricus*, mais des juxtapositions (*iuris consultus*, *iuris peritus* etc.) – démontrerait la dimension strictement objective du droit, un corps de formules techniques que le magistrat est davantage appelé à montrer qu'à inventer. Le droit est déjà là, aucune élaboration scientifique n'est requise. La « mesure » apparaît ainsi inscrite dans un code de formules qu'il faut simplement connaître et appliquer à un litige.² Prise en son origine, la « mesure » du droit ne tient ni à une décision souveraine ni à aucune initiative personnelle qui viserait à instaurer un ordre dans une situation déterminée.

Or une histoire conceptuelle du droit centrée sur la police moderne montre précisément que la notion de mesure change de statut opératoire. Dans le cadre de l'activité gouvernementale qui caractérise les Etats territoriaux de l'époque moderne (XVI^e – XVIII^e siècles), la mesure se transforme en outil de pouvoir. Les sources juridiques attestent que toute une gamme de variantes sémantiques se rattache, au plan pragmatique, à la notion caractérisée par Benveniste. La mesure de police se révèle comme un dispositif destiné à apprécier, à juger, à soigner et donc à gouverner une situation de désordre.³ Mais cette mesure peut se concrétiser suivant des modalités différentes. Elle consiste parfois dans la maîtrise globale d'un seul ou de plusieurs objets, qui se voient ainsi imposer une discipline tendant à la limitation, à la contrainte, à l'organisation voire à la constitution. On a affaire ici à une mesure qui planifie l'ordre des choses dans la dimension de la durée.⁴ Les sources juridiques admettent une autre forme de mesure, lorsqu'il s'agit de faire face à l'imprévu, à la situation exceptionnelle. Dans ce cas, la formation de la règle dépend moins d'une appréciation préalable des objets à modifier que de la promptitude du remède à apporter, c'est-à-dire de l'efficacité d'une mesure susceptible de résorber le mal conformément aux circonstances de son apparition. Cette fois, la mesure vise un objectif immédiat, dont les effets se définissent en termes d'actualité et de justesse plutôt que de continuité et de planification.⁵

Dans un cas comme dans l'autre, c'est le modèle archétypique de la mesure juridique dont parle Benveniste qui semble congédié.

2 E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*. 2 Pouvoir, droit, religion, Paris 1969, 131.

3 *Ibid.* 126.

4 Cf. par exemple les ordonnances de police générale de la monarchie ainsi que les arrêts de règlement des Parlements au XVII^e et XVIII^e siècles.

5 Voir à cet égard les édits consacrés à la salubrité et à l'approvisionne-

ment, dont abondent les législations policières des villes d'Ancien Régime.

Il n'est plus question de désigner une mesure au sein d'un corpus préexistant de formules techniques, afin de trancher tel ou tel litige. La mesure comme objet d'énonciation – le *ius-dicere* – tend à être remplacée par une mesure qui vise plutôt à soumettre la réalité par un acte de volonté souveraine. Qu'elle soit impérative, constitutive ou déclarative, la mesure s'acquitte d'une mission gouvernementale et, en tant que telle, elle est destinée à introduire une nouveauté capitale dans la forme d'exercice du pouvoir.

- 2) L'histoire des mesures que j'envisage ici est une histoire *formelle*, qui s'intéresse moins aux objets à régler qu'à la forme même des règles. Pour autant, cette histoire ne considère pas la structuration des normes au sein d'un appareil cohérent, organisé autour d'un principe de renvoi hiérarchique, selon le modèle de Kelsen. L'aspect formel de chaque règle ne tient pas à ce que sa validité dérive de son imputation à l'ordre juridique tout entier. Telle qu'on l'entend ici, l'histoire «formelle» n'accorde de privilège explicatif à aucun contexte. Le contexte n'est que l'élément occasionnel, le corrélat de la technique normative, qui est en revanche la cible véritable de l'analyse. On pourra alors inverser la perspective: au lieu de ramener l'explication de l'outil réglementaire à son domaine opérationnel, il faudra reconnaître à l'instrument normatif même la capacité de délimiter un contexte et de constituer ainsi un objet dans un nouvel ordre de réalité et d'intelligibilité. Il suffit de considérer par exemple un instrument comme l'inventaire, qui fut forgé par le droit successoral romain avant de trouver de vastes applications sur le terrain de l'enquête administrative, aussi bien religieuse (avec l'apparition, dès le Moyen Age, des visites pastorales) que politique (du *Domesday* de Guillaume le Conquérant dans l'Angleterre du XI^e siècle jusqu'aux études statistiques émergées dès la fin du XVII^e siècle dans la plupart des pays européens).

La sphère de la rationalité administrative enveloppe ainsi un faisceau de techniques hétéroclites, relativement indépendantes des contextes dont elles assurent pourtant la mise en forme normative. D'où la possibilité tout à fait cohérente et légitime de définir un modèle de fonctionnement casuistique (au sens large, événementiel, et non seulement judiciaire) pour ces techniques. L'enjeu d'une histoire *formelle* des mesures normatives consiste précisément à réduire la multiplicité des situations empiriques à une identité conceptuelle. Mais cette identité conceptuelle ne se confond pas

avec un dogme immuable, car la matrice de la forme juridique s'enracine toujours dans l'histoire et ne découle pas d'un principe rationnel auto-évident, fût-il même la *ratio scripta* du droit romain de Justinien.⁶ En somme, l'enjeu porte sur la construction *problématique* d'un concept à partir des données historiques, plutôt que sur l'explicitation *apodictique* d'un ordre conceptuel qui construit le droit à partir de propositions axiomatiques assurant la cohérence rigoureuse d'un système. Dans ce dernier cas, il est évident qu'on aboutirait à une analyse internaliste du droit qui, loin d'éclaircir les origines et les conséquences historiques du fait juridique, fixerait celui-ci dans un développement pur et éloigné du concret.⁷

- 3) Cette histoire des mesures normatives se veut enfin *instrumentale*, car elle ne suppose pas que les moyens normatifs tirent leur rationalité et leur force opérationnelle d'un système général d'institutions juridiques et de concepts scientifiques. Au lieu de postuler l'unité apodictique d'un centre d'imputation – fût-il représenté par une structure de notions fondamentales issues du travail de la science juridique ou bien de l'État en tant que tel – il s'agit de reconnaître aux moyens la capacité de structurer les entités politiques, sociales et religieuses de manière autonome. C'est à peu près dans ce sens que l'autonomie des instruments administratifs avait été conçue par un théoricien de la police allemande de la seconde moitié du XVIII^e siècle, qui synthétise un demi-siècle de littérature presque uniforme sur ce sujet: »La meilleure définition de la police est celle qui la considère comme un ensemble de moyens (*congeriem mediorum*, lois et institutions) voués à établir la splendeur de l'État tout entier ainsi que le bonheur extérieur de chaque individu; la science, de son côté, doit enseigner la façon dont les lois et les autres sanctions réussissent à faire converger l'économie tant privée que publique vers le but commun de l'État«.⁸

Cette définition est doublement instructive. Elle vise d'abord les moyens, qui donnent à l'autorité politico-administrative censée les employer tout son relief historique. Le pouvoir administratif apparaît ici comme l'expression unitaire de ses outils réglementaires; il n'est donc rien d'autre que la subjectivation de plusieurs pratiques soumises à une logique instrumentale.

Deuxièmement, cette définition laisse apparaître la dualité du droit, qui admet deux niveaux. Le premier niveau concerne la normativité tout court, le tourne-main administratif capable d'at-

6 Il ne s'agit donc pas d'aboutir à une nouvelle version de cette »jurisprudence des concepts« (*Begriffsjurisprudenz*) qui finit par expurger le droit de toute détermination concrète.

7 La question est évidemment très vaste et porte sur l'opposition, au sein du raisonnement juridique, entre une pensée déductive et systématique d'un côté et une pensée problématique et du fragment de

l'autre; autrement dit entre la logique et la topique. Là-dessus v. l'ouvrage classique de TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, Munich 1953.

8 P. C. G. HOHENTHAL, *Liber de politia*, Lipsiae 1776, § 2, 10–11.

teindre une variété de buts indéfinie: c'est le règne de la pratique et de la multiplication casuistique. Le second niveau, chronologiquement et logiquement postérieur, est propre à l'élaboration savante qui se penche sur la matière première représentée par les moyens réglementaires. Nous observons ici le passage de l'*administratio* en tant que *mode* normatif au droit administratif en tant que construction de savoir cohérente et systématique. La *congeries mediorum*, qui attestent de l'implication originaire entre le droit et l'histoire, subirait ainsi un tel décanage événementiel que le contenant purement descriptif et quantitatif (l'ensemble dispersé des dispositifs normatifs) se transforme en un contenant éminemment constitutif et qualitatif (le système qui organise logiquement ce matériel). Or, il est évident que si l'on s'intéresse davantage à la mise en forme pratique du réel par la règle plutôt qu'à la formalisation abstraite de celle-ci par la science, l'histoire conceptuelle du droit qu'on envisage ici ne peut que privilégier le premier volet de cette définition des moyens. Ainsi, pour des raisons à la fois intrinsèques et extrinsèques à la tradition du droit, les dispositifs de police se prêtent mieux que tout autre secteur de l'expérience juridique à une histoire des *mesures*.

Paolo Napoli