



HAL
open science

La justice au risque de l'histoire. Histoire de la justice, 1789-1958 : Etat de la recherche française

Frédéric Audren

► To cite this version:

Frédéric Audren. La justice au risque de l'histoire. Histoire de la justice, 1789-1958 : Etat de la recherche française. Jean Jaurès cahiers trimestriels, 1996, 142, pp.25 - 46. hal-03604108

HAL Id: hal-03604108

<https://sciencespo.hal.science/hal-03604108>

Submitted on 10 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



M. Messimy (Guerre)

Adolphe Messimy en juin 1911,
à son entrée dans le gouvernement Caillaux.
Un officier « jaurésien » ?

[voir l'article de Vincent Duclert & Philippe Oulmont]

Cliché *Le monde illustré*

EDITE PAR LA SOCIÉTÉ D'ÉTUDES JAURÉSIENNES
AVEC LE CONCOURS DU CENTRE NATIONAL DU LIVRE

Jean Jaurès cahiers trimestriels - n° 142
octobre-décembre 1996

**HISTORIOGRAPHIE DE L'ÉTAT RÉPUBLICAIN
ARMÉE & JUSTICE**

Jean Delmas - L'armée, <i>terra incognita</i> ?	5
Olivier Forcade - L'Histoire politique des armées et des militaires dans la France républicaine (1871-1996) : essai d'historiographie	7
Frédéric Audren - La justice au risque de l'histoire. Histoire de la justice, 1789-1958 : état de la recherche française	25
Vincent Duclert - L'affaire Dreyfus, la justice et l'armée. De l'historiographie à l'histoire	47

PORTRAITS INTELLECTUELS (III)

Patrick Cabanel - Antisémitisme et anticléricalisme selon Anatole Leroy-Beaulieu	55
Vincent Duclert & Philippe Oulmont - Adolphe Messimy, un officier « jaurésien » ?	76

AUTOUR DE JAURES

CNMJJ - Le programme du colloque « Jaurès et l'Etat »	98
<i>Actualité</i>	103

TABLES GÉNÉRALES (1960-1996)

SOCIÉTÉ D'ÉTUDES JAURÉSIENNES, 21, bd Lefebvre 75015 Paris
Jean Jaurès (RÉDACTION), 27, av M.-Berteaux 78110 Le Vésinet

MESSAGE IMPORTANT AUX ADHÉRENTS DE LA SEJ : P. 101. NOUS
RAPPELONS ÉGALEMENT À NOS ABONNÉS QU'ILS DOIVENT ACQUITTER
LEUR ABONNEMENT POUR 1997 (se reporter à la lettre reçue fin janvier ou p. 168).
MERCİ DE VOTRE COMPRÉHENSION.

La dernière catégorie signale l'exercice, parfois ombrageux, d'une magistrature d'influence, à l'écart du cirque politique, mais avec poids à l'heure des grands débats nationaux qui engagent l'avenir de l'Armée : les maréchaux de la III^e République ou Weygand dans les années cinquante¹²¹. Les débats nationaux sur la CED¹²², l'Alliance Atlantique¹²³, la guerre d'Algérie¹²⁴, la question nucléaire et les rapports stratégiques franco-allemands à partir de 1954¹²⁵ voient progressivement ces magistratures s'affaiblir en privilégiant les fonctions d'expertise des officiers généraux. L'arme nucléaire¹²⁶, ouvrant un âge stratégique nouveau, ne force-t-elle pas à reconsidérer le rôle des armées dans la guerre, et, partant, le rôle politique des militaires dans la cité ?

Olivier FORCADE

LA JUSTICE AU RISQUE DE L'HISTOIRE HISTOIRE DE LA JUSTICE, 1789-1958 : ÉTAT DE LA RECHERCHE FRANÇAISE¹

Frédéric AUDREN

Préliminaire : l'histoire saisie par le droit.

Retour du droit, montée en puissance de la Justice ou activisme des « petits juges » ; les analystes de notre société contemporaine n'en finissent pas de souligner, pour le fustiger ou s'en féliciter, la place grandissante de la justice dans la vie collective. Espoir d'une société régénérée par la justice ou spectre d'un gouvernement des juges ? Antoine Garapon, dans un livre récent *Le gardien des promesses*, a montré qu'une telle sollicitation de la justice, si elle n'exclut pas des dérives, pouvait bel et bien, sous certaines conditions, constituer une chance pour la démocratie².

La simple lecture de la presse suffit à nous convaincre que, comme le remarque Antoine Garapon, l'« on attend, également tout de la justice ; non seulement une justiciabilité illimitée mais aussi une « justice totale ». La justice ne peut plus se contenter de dire le juste, elle doit à la fois instruire et décider, se rapprocher et garder ses distances, concilier et trancher, juger et communiquer »³. Plus rien ne semble devoir échapper à cette exigence de justice. *L'impunité* est ce mal radical que notre société judiciaire traque obsessionnellement. Pour le meilleur et pour le pire. D'un côté, les fameuses « affaires » n'en finissent plus, *ad nauseam*, d'occuper les conversations. Au risque de confondre vengeance et équité. De l'autre, la justice a légitimement rattrapé ceux qui s'étaient rendus coupables de l'intolérable et croyaient lui avoir échappé. Paul Touvier a ainsi été condamné, après bien des rebondissements, à la réclusion criminelle à perpétuité pour complicité de crime contre l'humanité. La mise

121. Nicolas Vaicbourdt, Philippe Vial, « De soldat à soldat : Juin, Weygand, Eisenhower et les leçons de Suez (novembre 1956-décembre 1957) », in actes du colloque organisé par le CBHD *La France et la crise de Suez*, Paris, 18 oct. 1996, à paraître en 1997.

122. Philippe Vial, « Redécouvrir la CED » in *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, BDIC, oct-déc 1992, pp. 9-16 et Eric Duhamel, « La CED » in J.-F. Sirinelli (dir), *Dictionnaire historique de la vie politique française*, op. cit., pp. 137-141. Philippe Vial, directeur des recherches au Service Historique de la Marine, prépare une thèse sur « les chefs militaires français et la politique étrangère de la France de 1950 à 1954 ».

123. Frédéric Bozo, Pierre Mélandri, Maurice Vaisse (dir), *La France et l'OTAN*, Bruxelles, Complexe, 1996. P. Vial, « Alliance Atlantique » in J.-F. Sirinelli, op. cit., pp. 17-24.

124. *Histoire et Défense. Les Cahiers de Montpellier*, n° 25/1, 1992 consacre un numéro à la guerre d'Algérie comme la *Revue Historique des armées*, juin 1992/2 aux archives et pistes de recherche de la guerre d'Algérie 1954-1962.

125. Georges-Henri Soutou, *L'Alliance incertaine. Les rapports stratégiques franco-allemands, 1954-1996*, Paris, Fayard, 1996, 497 p.

126. Raoul Girardet, *Problèmes militaires et stratégiques contemporains*, Paris, Dalloz, 1989, 258 p.

1. Il ne peut être question naturellement de faire un recensement exhaustif des travaux parus sur l'histoire de la justice ces dernières années, mais plus modestement d'indiquer quelques tendances de la recherche actuelle. Pour des éléments de bibliographie supplémentaires, voir la bibliographie de J.-C. Farcy (*infra* n. 38) et l'ouvrage récent de J.-P. Royer (*infra* n. 58). Je tiens à exprimer mes remerciements à Messieurs Frédéric Debove, Vincent Duclert, Laurent Fonbaustier qui ont bien voulu me faire part de leurs observations sur ces développements. À Monsieur Alain Girardet, secrétaire général de l'Association française pour l'histoire de la justice, qui à l'occasion d'une rencontre, a fait énormément profiter ce travail de ses nombreuses réflexions sur la recherche actuelle. Ce travail est dédié à la mémoire de Madame Marie-Louise Blanc.

2. A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, éditions Odile Jacob, Paris, 1996. Antoine Garapon, ancien juge pour enfants, est le secrétaire général de l'*Institut des Hautes Études sur la Justice*. L'IHEJ organise notamment chaque année un important séminaire sur la philosophie du droit. Derniers thèmes : justice et médias (1994-95), le sujet de droit (1995-96), violence et insécurité (1996-1997). Nombreuses activités internationales ; séminaires sur la justice.

3. *Ibid.*, p. 21.

en œuvre d'une telle incrimination a, d'ailleurs, soulevé un très grand nombre de questions⁴. Lors du procès Touvier, la confrontation de l'histoire et du droit fut des plus intéressantes pour les observateurs. Appartient-il aux juges d'établir la vérité historique ? Cet événement judiciaire a permis de verser des pièces supplémentaires à ce dossier classique. Un certain nombre d'apories, qui alimenteront longtemps encore le dialogue entre juristes et historiens, ont été mises en avant. A cette occasion, on a pu fortement souligner l'écart séparant la vérité historique de la vérité juridique, la démarche du juge de celle de l'historien⁵. La justice n'a ainsi pu reconnaître Paul Touvier coupable de complicité de crime contre l'humanité qu'en prenant certaines libertés, pour ne pas dire des libertés certaines, avec la vérité historique⁶. Tension qu'il conviendrait d'expliquer, non en se contentant d'invoquer le conservatisme supposé des juges, voire leurs sympathies vichystes, mais en s'interrogeant aussi sur les contraintes spécifiques de l'acte de juger. Le procès Touvier a incontestablement mis en lumière que justice et histoire étaient deux dimensions irréductibles. Il a donc été particulièrement propice à l'approfondissement de la réflexion sur la « juste distance » (A. Garapon) à maintenir entre l'une et l'autre.

Rien de semblable toutefois avec les négationnistes à qui de telles ambiguïtés entre histoire et droit n'ont naturellement pas échappé. Ils n'hésitent pas à les exploiter pour tenter de diffuser leurs pseudo-arguments⁷. Ils ont arrêté ce qu'il est convenu d'appeler, sans exagération, une véritable *stratégie judiciaire* qui consiste à provoquer volontairement un procès⁸, à instrumentaliser le droit *contre* l'histoire. Le palais de justice devient alors un lieu inespéré pour les négationnistes où la menace d'une sanction ne pèse guère en face des bénéfices publicitaires espérés. Cette stratégie a d'ailleurs parfois trouvé un allié inattendu dans la loi elle-même, phénomène auquel les historiens ont été plus attentifs que les juristes. Par exemple, la loi du 13 juillet 1990, dite « loi Gayssot », en instituant le délit pénal de négationnisme, s'efforce d'organiser une répression adaptée aux nouvelles formes de judéophobie.

L'opportunité d'une telle loi a suscité des interrogations⁹. Elle « constitue, constate P.-A. Taguieff, une formation de compromis qui peut être légitimement critiquée et contestée, même par ceux qui reconnaissent le bien-fondé de ses motiva-

tions »¹⁰. Cette loi confie non seulement au juge une compétence certaine pour dire la vérité de l'histoire, mais surtout elle offre aux négationnistes des opportunités supplémentaires... d'aller au procès ! Cruel paradoxe de cette loi qui favorise la commission du crime qu'elle prétendait combattre.

La justice, vecteur de la mémoire nationale ? Le temps est au soupçon. L'histoire n'y échappe pas. Touvier est coupable, mais... Aux yeux du plus grand nombre, une méthode historique rigoureuse et la probité de l'historien ne parviennent pas tout à fait à mettre définitivement fin au doute sur les responsabilités de Touvier. Une décision judiciaire lui apparaît comme une preuve de la véracité d'un fait bien plus convaincante que les arguties d'historien. La vérité historique n'apparaît jamais aussi vraie que lorsqu'elle peut se prévaloir de l'autorité de la chose jugée ! L'une des fonctions du jugement, comme le rappelle Paul Ricœur, n'est-elle pas « d'interrompre le jeu et le contre jeu des arguments en y mettant un point final »¹¹ ? Doit-on redouter le moment où la justice arbitrera les « guerres de mémoire »¹², les querelles historiographiques que les commémorations successives, plus ou moins orchestrées par l'État, ont particulièrement mises en lumière ?

Encore faut-il que les juristes et les historiens marchent d'un même pas. *Quid* alors lorsqu'un jugement se fonde sur une interprétation incontestablement fautive de l'histoire, comme ce fut le cas dans l'arrêt de non-lieu de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris le 13 avril 1992¹³ ? Les historiens professionnels ont émis des protestations indignées. Mais combien, en dehors d'une population relativement restreinte, auront saisi que les historiens voulaient rappeler que les attendus de la chambre d'accusation étaient tout simplement contrares à la vérité historique et non apporter une *autre* version des événements. Les efforts des historiens pour rétablir cette vérité historique sur Vichy semblent, à l'inverse, avoir contribué à accréditer l'hypothèse d'un *autre* Vichy que les juges auraient mis à jour.

Antoine Garapon a attiré l'attention sur le mouvement de juridicisation du politique, de la vie privée ou de l'économie. Sous l'effet d'un relativisme diffus et des exigences nouvelles du droit, conviendrait-il d'y ajouter la tendance à une *juridicisation de l'histoire* ?¹⁴ Nous sommes encore bien loin, convenons en, d'une histoire sous contrôle des tribunaux, d'une histoire officielle. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a d'ailleurs clairement énoncé dans une décision du 8 juillet 1981 qu'il n'appartenait pas « aux tribunaux d'imposer une thèse historique qui aurait valeur d'histoire officielle, ou même simplement, de marquer une préférence en tentant de départager les tenants de telle ou telle thèse »¹⁵. Sachant que les tribunaux « n'ont ni

4. On pourra consulter sur le procès Touvier et la notion de crime contre l'humanité, par exemple : F. Bedarida (dir.), *Touvier. Le dossier de l'accusation*, Paris, Seuil, 1996 ; P. Truche, « Le crime contre l'humanité », *Esprit*, n° 5, mai 1992, p. 67-87.

5. Sur les rapports entre histoire et justice, un début de problématisation dans P. Le Crom et J.-C. Martin, « Vérité juridique, vérité historique », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 47, septembre 1995, p. 196-198. Voir aussi, F. Bédarida, « De l'histoire au tribunal de l'histoire », F. Bédarida (éd.), *op. cit.*, p. 11-43 ; « Histoire et justice. Débat entre Serge Klarsfeld et Henry Rousso », *Esprit*, n° 5, mai 1992, p. 16-37 ; E. Conan et H. Rousso, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Folio, 1996, p. 157-255.

6. E. Conan et H. Rousso, *Ibid.*, p. 208 et suiv.

7. Cf. l'ouvrage de P. Vidal-Naquet, *Les assassins de la mémoire*, Paris, Points, 1995.

8. P. Guillaume, un épigone de Faurisson, écrit dans *La Vieille Taupe*, à propos de l'ouvrage de R. Garaudy, *Les Mythes fondateurs de la politique israélienne* : « Notre objectif est de réaliser une deuxième édition publique dès que possible, de manière à provoquer un procès, pour lequel nous sommes prêts », cité par P.-A. Taguieff, « L'abbé Pierre et Roger Garaudy. Négationnisme, antijudaïsme, antisémitisme », *Esprit*, Août-septembre 1996, p. 210.

9. Par ex., voir les remarques de P.-A. Taguieff, *ibid.*, p. 205-216. La « loi Gayssot » a fait l'objet de violentes critiques de la part de certains juristes, par ex. F. Terré, « La "loi Gayssot" : un texte totalitaire », *Le Figaro*, 15 mai 1996. Voir aussi, les critiques de M. Réberioux, « Contre la loi Gayssot », *Le Monde*, 21 mai 1996.

10. *Ibid.*, p. 209.

11. P. Ricœur, *Le Juste*, Paris, éditions Esprit, 1995, p. 187.

12. Voir la synthèse de D. Lindenberg, « Guerres de mémoire en France », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 42, avril-juin 1994, p. 77-95.

13. On trouvera cet exemple atterrant d'inculture historique (pour ne pas dire autre chose...), dans F. Bédarida (éd.), *op. cit.*, p. 314-321.

14. L'affaire Maurice Papon est, à cet égard, exemplaire. La chambre d'accusation de Bordeaux a rendu, le mercredi 18 septembre 1996, son arrêt dans le dossier Papon. Au terme d'une démonstration très argumentée, la chambre d'accusation renvoie M. Papon, mis en examen pour complicité de crimes contre l'humanité, devant la cour d'assises de la Gironde. Dans cet arrêt de renvoi, cette formation fait incontestablement œuvre d'historien. *Le Monde* a publié de larges extraits de l'arrêt dans son numéro du vendredi 20 septembre 1996, p. 15.

15. TGI Paris, 8 juillet 1981, Faurisson, *Dalloz*, 1982, J 59, note B. Edelman.

qualité, ni compétence pour juger de l'Histoire »¹⁶, les demandeurs à l'action, le plus souvent des associations, ne demandent pas à la justice de dire que les chambres à gaz ont bien existé, mais que Faurisson et consorts commettent une *faute* en niant leur existence. Déplacement imperceptible qui confie au juge le soin d'apprécier la faute non pas au regard de la « vérité », mais au regard de la méthode historique employée¹⁷.

Si juridicisation de l'histoire il y a, c'est plus précisément – toute proportion gardée – d'une juridicisation de la *méthode historique* qu'il conviendrait de parler. Ainsi, dans cette décision du 8 juillet 1981, le tribunal a condamné Faurisson à réparer le préjudice moral subi par des associations de lutte contre le racisme et de protection de la mémoire des déportés au motif qu'un historien niant le génocide des juifs manque *aux obligations de prudence, de circonspection objective et de neutralité intellectuelle* qui s'imposent au chercheur. Une jurisprudence plus ancienne mais fameuse avait admis la responsabilité d'un historien ayant omis de citer le nom de Branly parmi les inventeurs de la TSF. La Cour de cassation avait affirmé que « l'abstention même non dictée par la malice et l'intention de nuire engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale (...), soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu *des exigences d'une information objective* »¹⁸.

Ce contrôle judiciaire de la méthode historique ne se rencontre pas uniquement à l'occasion de procès en responsabilité civile. Le chercheur en histoire contemporaine, qui se penche sur une personnalité encore en vie, n'est pas à l'abri d'une *accusation de diffamation*¹⁹. Il ne pourra pas échapper aux poursuites en alléguant sa bonne foi, car les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec l'intention de nuire. Toutefois, les juges peuvent accorder le bénéfice de la bonne foi après avoir apprécié trois critères essentiels : la légitimité du but poursuivi, le travail sur les sources, la formulation de l'hypothèse²⁰. Bref, appréciant la méthode de l'historien, le juge peut écarter les poursuites, au risque de « s'ériger en tuteur méthodologique sur le fond (notamment sur les sources) comme sur la forme d'écriture (abusant de son pouvoir de contrôle ou provoquant l'autocensure) »²¹. Bien que de nombreux historiens, et depuis un certain temps déjà, aient mis en garde sur les dangers de l'application du modèle judiciaire à l'histoire²², on ne peut toutefois s'empêcher de souligner la dette de la méthode historique à l'égard du droit. Patrick Nerhot, dans un article récent, constatait : « Et l'histoire naquit du droit... Que l'histoire soit née du droit dans ce démêlé du vrai et du faux et que la question de la vérité au sein de la

pensée occidentale ait entièrement confondu les méthodes historique et juridique est ce qu'illustre *l'enquête* »²³. Cette parenté entre l'une et l'autre a trouvé une illustration frappante dans le paradigme de l'indice, défendu par la micro-histoire.

De la justice en général et de quelques instruments de travail en particulier

La croyance en l'histoire fait défaut. La juridicisation de la méthode historique constitue un symptôme intéressant de la « grande dépression historique » analysée par Olivier Mongin²⁵. Cette dernière s'accompagne paradoxalement d'une consécration de l'historien²⁶. Le procès Touvier a ainsi mis en lumière une nouvelle figure dans le procès : celle de l'historien « expert »²⁷. Quatre historiens professionnels, réputés pour leur compétence, ont été appelés à la barre. Mais, ils l'ont été comme témoin à charge et ont, à ce titre, prêté serment... de dire toute la vérité. Une position aussi inconfortable a, une fois encore, soulevé des contradictions, des tensions entre discours judiciaire et discours historique²⁸.

La visibilité nouvelle de la justice dans la société française a fortement contribué à établir cette dernière comme un objet neuf et digne d'études. Juste revanche après avoir été si longtemps ignorée. Sociologues²⁹, philosophes³⁰ et historiens placent la justice au cœur de leurs interrogations. Plusieurs revues intellectuelles lui ont consacré un numéro. Les articles historiques n'ont d'ailleurs pas été absents de ces livrai-

23. P. Nerhot, « Au commencement était le Droit... », J. Boutier, D. Julia (dir.), *Passés recomposés. Champs et chantiers de l'Histoire*, Paris, Éditions Autrement, 1995, p. 83. Sur cette dette, on se reportera aux ouvrages de D. R. Kelley, *Foundations of Modern Historical Scholarship. Language, Law and History in the French Renaissance*, New York, 1970 et *Historians and the Law in Post Revolutionary France*, Princeton, 1984. B. Barret-Kriegel a montré l'importance des juristes dans l'édification de l'histoire nationale, *Les historiens et la monarchie*, 4 vol., Paris, PUF, 1988.

24. C. Ginsburg, « Signes, traces, pistes. Racines d'un paradigme de l'indice », *Le Débat* novembre 1980, n° 6, p. 3-44.

25. O. Mongin, *Face au scepticisme. Les mutations du paysage intellectuel ou l'invention de l'intellectuel démocratique*, Paris, La découverte, 1994.

26. O. Mongin, *op. cit.*, p. 39-66.

27. F. Bédarida, « Les responsabilités de l'historien "expert" », dans J. Boutier, D. Julia (dir.), *op. cit.*, p. 136-144.

28. E. Conan, H. Rouso, *op. cit.*, p. 235 et suiv. Voir aussi M. Pollak qui a mis en lumière les contraintes que fait peser la déposition judiciaire sur les témoignages historiques, dans *L'expérience concentrationnaire. Essai sur le maintien de l'identité sociale*, Paris, Métailié, 1990, p. 187-190.

29. L. Boltanski et L. Thévenot, dans le cadre du Groupe de sociologie politique et morale de l'EHESS, s'intéressent aux actions justifiées dans *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991. L. Boltanski a aussi publié *L'amour et la justice comme compétence. Trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Métailié, 1990. F. Chateauraynaud s'est penché sur *La faute professionnelle. Une sociologie des conflits en responsabilité*, Paris, Métailié, 1991. Le sociologue L. Karpik (Centre de sociologie de l'innovation) a consacré un ouvrage à la profession d'avocat, *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché. XIII-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1995.

30. On songe naturellement à P. Ricœur, *Le juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995 ainsi que *Lectures 1. Autour du politique*, Paris, Seuil, 1991. Il faut aussi souligner l'intérêt des philosophes français pour les travaux de J. Rawls et sa *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987 et de M. Walzer, *Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983. La collection Autrement a consacré un numéro de sa série Morales à *La justice. L'obligation impossible*, n° 16, octobre 1994 et un de sa série Mutations/Sciences en société, à *Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi*, n° 145, mai 1994. Plusieurs philosophes et scientifiques ont été invités à s'y exprimer. Voir aussi, Y. Léonard (dir.), *La justice*, Les Cahiers français, La documentation française, n° 251, mai-juin 1991.

16. TGI Paris, 8 juillet 1981, *op. cit.*

17. Voir les commentaires de Bernard Edleman, note sous TGI Paris, 8 juillet 1981, *op. cit.*

18. Cour de Cassation, Civ. 1^{re}, 27 février 1951, (aff. Branly), *Dalloz* 1951, 329, note Dubois.

19. Loi du 29 juillet 1881 (souvent modifiée et complétée), article 29 : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ». On se reportera, par exemple, à Jean Larguier, Anne-Marie Larguier, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1992.

20. Nathalie Mallet-Poujol, « Diffamation et histoire contemporaine », *L'Égipresse*, septembre 1996, n°134, chroniques et opinions, p. 97-104.

21. Nathalie Mallet-Poujol, *op. cit.*, p. 101.

22. Sur les dangers du modèle judiciaire appliqué à l'histoire, on pourra lire les réflexions du bollandiste R. P. Paul Peeters, « Les aphorismes du droit dans la critique historique », *Bulletins de l'Académie Royale de Belgique*, classe des Lettres, 5^e série, 32-33, 1946-1947, p. 81-116.

sons³¹. Bien naturellement, des revues juridiques n'ont pas manqué d'y porter une attention particulière – comme la revue *Pouvoirs*³². On a assisté en 1995 à la parution d'une nouvelle revue : *Justices. Revue générale de droit processuel*.

L'historien aussi s'est saisi de la justice. L'historien des Facultés de droit, tout d'abord. Les bouleversements récents du rôle du juge, la crise d'identité que traverse l'institution judiciaire ont subitement imposé l'idée que « la perspective historique paraît de plus en plus nécessaire à une réflexion en profondeur sur les problèmes de l'heure : lenteur, coût, éloignement ; mais aussi exaspération des recours ou encore statut des magistrats, etc. »³³. Un détour par l'histoire est nécessaire pour comprendre les racines de la crise quasi-permanente de la justice³⁴. Conformément à cette orientation, l'*Association Française pour l'Histoire de la Justice*, réunissant essentiellement des juristes et des historiens du droit, a vu le jour en 1986³⁵. Elle publie depuis 1988 la revue *Histoire de la Justice*. Il faut ajouter deux revues récentes : celle dirigée par le professeur Jean-Louis Gazzaniga et publiée à Toulouse, *Revue de la Société internationale d'Histoire de la profession d'avocat*, ainsi que *Les épisodiques*, revue du Centre d'histoire judiciaire de Lille.

Longtemps frappé d'ostracisme par les Facultés de Lettres³⁶, à l'exception de quelques historiens, les questions juridiques en général et judiciaires en particulier retiennent, à nouveau, leur attention³⁷. Surtout, nous devons à un historien, Jean-Claude Farcy, une importante bibliographie sur l'histoire de la justice et un indispensable *Guide des archives judiciaires et pénitentiaires*.

Jean-Claude Farcy a publié en 1992 une monumentale bibliographie en langue française : *Deux siècles d'Histoire de la justice (1789-1989). Éléments de bibliographie*³⁸. Soit 1 076 pages et plus de 30 000 entrées ! Elle concerne les institutions judiciaires et pénitentiaires, le personnel judiciaire, la procédure, la criminalité, la répression politique. Le droit, au sens strict, est resté – en principe ! – en dehors de son champ d'étude. Les dépouillements effectués sont considérables : bibliographies

31. « Le Pouvoir du droit », *Le Débat. Histoire, politique, société*, n° 74, mars – avril 1993 ; « Les juges contre la République ? », *Crises*, n° 4/94 (17 contributions dont 5 historiques) ; « Justice et politique, politique de la justice », *Témoin*, Éditions Balland, n° 2, Printemps 1994 ; « Justice et Droits », *Raison Présente*, n° 116, 4^e trimestre 1995, Nouvelles Éditions Rationalistes ; « Juger sous Vichy », *Le Genre Humain*, vol. 28, novembre 1994 ; D. Gros (dir.), « Le droit antisémite de Vichy », *Le Genre Humain*, vol. 30-31, 1996.

32. « Les Juges », *Pouvoirs*, Seuil, n° 74, 1995.

33. J. Hilaire, « L'approche historique d'un système juridique : l'enjeu français », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1994, tome LXII, fasc. 1, p. 41.

34. J.-P. Mounier, « Du corps de la magistrature à la crise de la magistrature », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64 « De quel droit ? », septembre 1986, p. 21-29. En forme de réponse à cet article, C. Charle, « État et magistrats. Les origines d'une crise prolongée », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 96-97, mars 1993, p. 39-48.

35. Très active, l'AFHJ organise des colloques, attribue le Prix Malesherbes, réalise des expositions, recense les fonds judiciaires. En collaboration avec cette dernière, l'*Institut des Hautes Études sur la Justice*, en poursuivant sa réflexion sur la justice, aborde parfois des questions historiques.

36. B. Guenée, J.-F. Sirinelli, « L'histoire politique », dans F. Bédarida (dir.), *L'histoire et le métier d'historien en France 1945-1995*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1995, p. 301-312 ; H. Coutau-Bégarie, *Le phénomène Nouvelle Histoire. Grandeur et décadence de l'école des Annales*, Paris, Économica, 2^e éd., 1989, p. 182 et suiv.

37. Citons par exemple : « Incriminer », *Genèses. Sciences sociales et histoire*, n° 19, Édition Belin, avril 1995 ; « Les pratiques de la justice », *Annales ESC*, 51^e année, n° 3, mai-juin 1996. « Questions de justice, de l'affaire Dreyfus à la guerre d'Algérie », *Cahiers trimestriels Jean Jaurès*, juill.-sept. 1996, n° 141.

38. J.-C. Farcy, *Deux siècles d'histoire de la justice (1789-1989). Éléments de bibliographie*, Nanterre, Centre d'histoire de la France contemporaine, 2 vol., 1076 p., 1993.

générales et spécialisées, nombreuses revues, fichier des thèses, discours de rentrée des cours d'appel... L'auteur n'a pas hésité à faire des sondages dans les maîtrises et mémoires de DEA. Cette somme s'achève par un index des auteurs, lieux, personnes et un index thématique (et non par matières). Complément indispensable de la *Bibliographie en langue française d'histoire du droit*, publiée, tous les ans, par les professeurs Jean-Louis Harouel, Marguerite Boulet-Sautel et Gérard Sautel, il faut espérer qu'un tel travail fera très prochainement l'objet d'une édition³⁹.

« Déroutante et colossale, l'archive, pourtant, saisit. Elle ouvre brutalement sur un monde inconnu où les réprouvés, les miséreux et les mauvais drôles jouent leur partition dans une société vivante et instable »⁴⁰. Nous possédons, à présent, pour la période 1800-1958, un instrument de travail éminemment précieux pour s'orienter dans cet océan des archives, le *Guide des archives judiciaires et pénitentiaires, 1800-1958*⁴¹. Ouvrage monumental, il s'organise en de cinq parties : panorama de l'histoire des institutions judiciaires et pénitentiaires (2^e partie) ; présentation de documents (3^e) ; fonds nationaux (4^e) et fonds départementaux qui occupe près des deux tiers de l'ouvrage (5^e). Pour chaque département, l'auteur donne aux chercheurs des renseignements généraux (bibliographie, instruments de recherche, géographie historique) et une description des sources : fonds de la préfecture, fonds des tribunaux, fonds pénitentiaires. Jean-Claude Farcy dresse, dans la première partie, un bilan des recherches sur les fonds de la justice. Après avoir souligné l'incroyable richesse et la diversité des fonds judiciaires, il constate qu'ils furent le plus souvent utilisés comme « source d'appoint » par l'histoire sociale et politique. Les compléments d'informations qu'ils apportent sur les périodes de répression politique, sur la vie économique et sociale sont bien loin d'être négligeables.

Système judiciaire et criminalité

Le célèbre *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975) de Michel Foucault fut déterminant pour l'essor des recherches sur l'histoire du système pénitentiaire et de la vie quotidienne en prison. De *L'impossible prison* (1980)⁴², ouvrage collectif dirigé par Michelle Perrot, à *La prison républicaine* (1992)⁴³ de Robert Badinter, en passant par les travaux de J.-G. Petit⁴⁴, ce secteur de la recherche a séduit de nombreux chercheurs. Les pistes ne sont pas encore toutes explorées. L'étude de person-

39. Par ailleurs, Jean-Claude Farcy, en collaboration avec Henry Rousso, a consacré un numéro des *Cahiers de l'Institut d'histoire du temps présent* à un essai de bibliographie sur *Justice, répression et persécution en France (fin des années 1930 - début des années 1950)*. Sans prétendre à l'exhaustivité, bien que contenant plus de 1 100 références, il s'articule autour des thèmes de la guerre et de l'occupation, de l'épuration, de la justice au début de la IV^e République.

40. A. Farge, *Le goût de l'archive*, Paris, Seuil, 1989, p. 11. Dans cet essai, Arlette Farge se penche sur les archives judiciaires du XVIII^e siècle.

41. J.-C. Farcy, *Guide des archives judiciaires et pénitentiaires, 1800-1958*, Paris, CNRS éditions, 1992, 1175 p. (Prix Malesherbes 1994).

42. M. Perrot (dir.), *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle*, Paris, Seuil, 1980.

43. R. Badinter, *La prison républicaine (1871-1914)*, Paris, Fayard, 1992.

44. J.-G. Petit (dir.), *La prison, le bague et l'histoire*, Paris-Genève, Méridiens, 1984, ainsi que *Ces peines obscures. La prison pénale en France (1789-1870)*, Paris, Fayard, 1990.

nel pénitentiaire, l'architecture carcérale ou l'internement sont des domaines à exploiter comme nous y invite Jean-Claude Farcy.

Un autre champ de la recherche a retenu depuis longtemps, et retient encore, l'attention des historiens : la criminalité et la délinquance⁴⁵. Des enquêtes quantitatives ont été menées localement et, avec des difficultés plus grandes encore, nationalement. Ces dernières se heurtent notamment aux limites (nombreuses !) des sources statistiques utilisées⁴⁶. Que de travaux sur la criminalité depuis *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris, pendant la première moitié du XIX^e siècle* (1958) de Louis Chevalier⁴⁷ ! Plusieurs grandes synthèses ont été récemment élaborées. J.-G. Petit a dirigé, en 1991, l'*Histoire des galères, bagnes et prisons (XIII^e-XX^e siècles)*⁴⁸ et Laurent Mucchielli, celle de la criminologie française (1994)⁴⁹. De nouvelles approches sont esquissées, de nouvelles interrogations sont formulées⁵⁰, mobilisant l'histoire des sensibilités, des sciences ou du politique. Nous disposons de synthèses récentes sur l'histoire du droit pénal médiéval et d'Ancien Régime⁵¹, mais peu de choses sur notre période⁵². Les archives sur toutes ces questions semblent inépuisables. Pourtant, leur usage par les historiens de la criminalité est marqué du sceau du soupçon. L'archive judiciaire ne donne-t-elle pas un tableau exagérément sombre de la période étudiée ? N'ignore-t-elle pas les autres formes de résolution des conflits et de contrôle social de la délinquance ? N'est-il pas non plus vain de vouloir dresser un tableau de la criminalité alors même que la plupart des délits échappent au chercheur ? Les criminologues distinguent à cet effet la *criminalité légale*, (ensemble des condamnations prononcées par les cours et tribunaux), la *criminalité apparente* (ensemble des faits de criminalité portés à la connaissance des autorités de police ou des organes judiciaires de poursuite) et la *criminalité réelle* (ensemble des infractions effectivement commises) qui, elle, demeure inconnue⁵³. Ne conviendrait-il pas de

45. Nous suivons encore pour ces développements les remarques, formulées dans son guide des archives, de J.-C. Farcy. On pourra aussi, par exemple, se reporter à F. Chauvaud, « Du bon usage du crime et des archives judiciaires » dans F. Chauvaud, *Les passions villageoises au XIX^e siècle. Les émotions rurales dans les pays de Beauce, du Hurepoix et du Mantois*, PubliSud, 1995 p. 259-263 ainsi que « Nouvelles approches de l'historiographie », dans B. Garnot (dir.), *Histoire et criminalité. De l'antiquité au XX^e siècle. Nouvelles approches*, Actes du colloque de Dijon-Chenove, 3, 4 et 5 octobre 1991, Dijon, Éd. universitaires de Dijon, 1992.

46. Par exemple, M. Perrot, « Délinquance et système pénitentiaire en France au XIX^e siècle », *Annales ESC*, janvier-février 1975, pp. 67-87. Pour une perspective plus sociologique, voir notamment les travaux de Philippe Robert : Ph. Robert et R. Lévy, « Histoire et question pénale », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, juillet-septembre 1985, p. 481-526 ou encore Ph. Robert et C. Emsley (dir.), *Geschichte und Soziologie des Verbrechens. Histoire et sociologie du crime*, Centaurus - Verl. - Ges., 1990.

47. L. Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris, pendant la première moitié du XIX^e siècle*, Paris, Hachette, 1984.

48. J.-G. Petit (dir.), *Histoire des galères, bagnes et prisons (XIII^e-XX^e siècles)*, Toulouse, Privat, 1991.

49. L. Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994.

50. B. Garnot (dir.), *op. cit.*

51. Récemment, J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990 (La conclusion consacrée à la « Naissance du droit pénal contemporain » s'étend du XVIII^e siècle à la promulgation du code pénal de 1810, p. 301-338) ; A. Laingui, *Histoire du droit pénal*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2^e éd., 1992 (La troisième partie de l'ouvrage, plus succincte, porte sur la justice criminelle depuis la révolution, p. 109-123)

52. P. J. Ascourmes, P. Poncela, P. Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

53. Sur les techniques de connaissance de la criminalité, on pourra consulter R. Gassin, *Criminologie*, 2^e éd., Paris, Dalloz, p. 111 et suiv.

s'engager aussi dans la voie des archives orales⁵⁴ ? Une histoire de la justice pendant la guerre d'Algérie pourra-t-elle se dispenser des témoignages des acteurs ? La justice sanctionne la violation du droit, c'est-à-dire d'une construction normative. « L'archive, comme le remarque Arlette Farge, n'est pas une brève, elle n'est pas composée pour étonner, plaire ou informer, mais pour servir à une police qui surveille et réprime »⁵⁵. Mémoire de l'État, les archives judiciaires n'imposent-elles pas des précautions supplémentaires d'usage ? Comment prendre en charge toutes ces dimensions ? Un colloque international se tiendra à Angers sur cette question en décembre 1997 : *L'histoire contemporaine et les usages des archives judiciaires (1800-1939)*. Il apportera à ces questions, et à bien d'autres, des réponses.

Histoire des institutions judiciaires.

L'une des conclusions les plus surprenantes, tout au moins pour les juristes historiens, de J.-C. Farcy est son constat du déficit des recherches sur les institutions judiciaires depuis la Révolution. Il est vrai que les historiens du droit ont depuis très longtemps porté une attention toute particulière à la période d'ancien régime. L'Histoire surgit à la faveur de l'événement révolutionnaire. Marquant la fin d'une histoire, il appelait en retour que soit reconstituée la chaîne des causalités éclairant son émergence. À l'inverse, la modernité juridique inaugurée par la Révolution française serait encore la nôtre. Aucun événement majeur n'étant encore venu y mettre un terme, elle resterait, pour une certaine tradition historiographique, en dehors du territoire de l'historien. Ainsi, les grands manuels d'histoire institutionnelle, celui de François Olivier-Martin par exemple, ainsi que la plupart des travaux des juristes historiens ont ignoré les périodes plus contemporaines.

Les travaux consacrés à la justice franchissant cette barrière de l'année 1789 sont, à présent, de plus en plus nombreux⁵⁶. Ils ont en commun de décrire le processus d'élaboration des structures judiciaires modernes et l'institutionnalisation des fonctions judiciaires⁵⁷. Qu'il examine l'adoption du jury criminel, la création des prud'hommes ou l'arrêt Cadot, le chercheur tentera de mettre en lumière l'*enchaînement causal* qui mène à de telles innovations. La Révolution n'est donc, ici, qu'une étape supplémentaire dans la longue marche des progrès de la justice à travers l'histoire. La flèche du temps semble irrémédiablement tournée vers le progrès. Réformes irréver-

54. Cf., le cas de la sécurité sociale : D. Aron-Schnapper, D. Hanet, S. Deswarte, D. Pasquier, *Histoire orale ou archives orales ? Rapport d'activité sur la constitution d'archives orales pour l'histoire de la Sécurité sociale*, Paris, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, 1980, 114 p.

55. A. Farge, *op. cit.*, p. 14.

56. J. Hilaire, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Les Cours du droit, 1994. Principalement consacrée à l'ancienne France, elle fait cependant des incursions jusqu'au XX^e siècle. Chez le même éditeur, G. Jugnot, *Histoire de la justice française*, Paris, Les Cours du droit, 1995. Citons aussi la synthèse, dans la collection Que sais-je ?, de Jean Foyer, *Histoire de la justice*, Paris, PUF, 1996 qui succède à l'*Histoire de la justice* de M. Rousselet, datant de 1948.

57. Pour un cadre théorique d'analyse des processus d'institutionnalisation, voir J. Chevallier, *Institutions politiques*, Paris, LGDJ, 1996. Pour une approche originale de l'histoire judiciaire, voir F. Chauvaud (en coll. avec J.-J. Yvarel), *Le juge, le tribunal et le comptable. Histoire de l'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours (1789-1930)*, Paris, Anthropos, 1995, 413 p.

sibles, révolutions juridiques et grands arrêts de la jurisprudence ponctuent la rationalisation de l'institution judiciaire.

Si l'étude du processus de rationalisation reste l'horizon de cette histoire institutionnelle, elle se déploie de moins en moins en dehors du social comme on le lui a longtemps reproché. C'est ce qu'illustre admirablement l'*Histoire de la justice en France* de Jean-Pierre Royer, véritable somme couvrant la période 1661-1945, dotée d'une très abondante bibliographie⁵⁸. L'auteur est avant tout sensible à la *dimension politique* des multiples réformes judiciaires qui se sont succédées. La justice politique, les épurations⁵⁹, les batailles politico-juridiques retiennent plus particulièrement son attention. Il n'ignore pas non plus les acteurs de la société judiciaire (magistrats, auxiliaires de justice) et consacre de longs développements à la description des dispositifs réglementaires qui organisent ces professions. Deux ouvrages, *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle, Juges et notables au XIX^e siècle* ou la publication sous sa direction de *Justice et République (s)*⁶⁰, avaient déjà explorés des pistes nouvelles. J.-P. Royer livre, dans cette nouvelle grande fresque, une vision particulièrement achevée de plus de trois siècles d'histoire institutionnelle.

Professions juridiques et société judiciaire

Les développements que Jean-Pierre Royer consacre aux professions judiciaires s'appuient sur la documentation la plus récente. La profession d'avocat notamment a fait l'objet d'études très approfondies et nouvelles ces dernières années. Jean-Louis Gazzaniga, directeur de la *Revue de la société internationale d'histoire de la profession d'avocat*, et Gilles Le Beguec ont particulièrement contribué à ce renouvellement de la recherche⁶¹. On doit aussi à Lucien Karpik un ouvrage neuf sur cette profession⁶². L'auteur, dans le sillage de Luc Boltanski, prenant au sérieux les conseils de Wittgenstein, tente de s'émanciper du *substantialisme* (« la recherche d'une substance qui réponde à un substantif ») par le recours à l'histoire qui permet de dénaturer l'existence d'un groupe social. Le travail du chercheur est de décrire le mouvement socio-historique de sa naturalisation⁶³. Les propositions méthodologiques de

58. J.-P. Royer, *Histoire de la justice*, Paris, PUF, 1^{re} éd. 1995 ; nouv. éd. 1996. Cet ouvrage a été honoré du prix Malesherbes 1996. Beaucoup plus modeste, la synthèse de Benoît Garnot qui tente de rendre compte des multiples dimensions de *La justice en France de l'an mil à 1914*, Paris, Nathan, 1993 : délinquants, crimes et peines, procédure, tribunaux, magistrats.

59. *L'Épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération*. Actes du colloque de l'AFHJ, Paris, 4-5 décembre 1992, Paris, Éditions Loysel, 1993.

60. J.-P. Royer, *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1979 ainsi que *Juge et notables au XIX^e siècle* (en collaboration avec R. Martinage, P. Lecocq), Paris, PUF, 1982. J. Lorgnier, R. Martinage, J.-P. Royer (dir.), *Justice et République (s)*, Lille, L'Espace juridique, 1990.

61. J.-L. Gazzaniga (dir.), *Histoire des avocats et du barreau de Toulouse du XVIII^e siècle à nos jours*, Toulouse, Privat, 1992, 328 p. (Trois parties : évolution de la profession ; une société de juristes ; souvenirs : témoignages et portraits). G. Le Béguet (dir.), *Avocats et barreaux en France 1910-1930*, Nancy, PUNancy, 1994, 151 p.

62. L. Karpik, *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché. XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1995.

63. Comment procéder ? En interrogeant, comme l'indique L. Boltanski, « le travail de regroupement, d'inclusion et d'exclusion, dont il est le produit, et en analysant le travail social de définition et de délimitation qui a accompagné la formation du groupe et qui a contribué, en l'objectivant, à le faire être sur le mode du cela-va-de-soi », L. Boltanski, *Les cadres. La formation d'un groupe social*, Paris, Minuit, 1982, p. 51-52.

Lucien Karpik devraient pouvoir offrir un cadre adapté aux études futures sur l'histoire des professions⁶⁴. Que dire des autres professions ? Si la magistrature intéresse les essayistes et sociologues⁶⁵, cette fonction attend toujours son grand historien. Nous ne possédons pas encore de synthèse digne de ce nom, malgré l'existence de plusieurs monographies et études⁶⁶. La figure du notaire, bien qu'il ne soit pas au sens strict un auxiliaire de la justice, a fait l'objet de travaux importants. Indiquons ceux d'A. Moreau et de J.-P. Poisson⁶⁷. L'Institut international d'histoire du notariat publie la revue *Le Gnomon*⁶⁸.

Si les étapes fondamentales de la constitution des professions juridiques nous sont, malgré certaines obscurités, tout de même assez bien connues, l'*histoire sociale* des professions juridiques⁶⁹ reste dans une large mesure à faire. Qui sont précisément les juristes, magistrats et avocats ? De quels milieux viennent-ils ? Quels lieux fréquentent-ils ? Quels sont leurs engagements politiques individuels ? Autant de questions sur lesquelles nous sommes très mal renseignés. Les facultés de Lettres, tout particulièrement, s'emploient à y répondre. G. Le Beguec a, par exemple, mis en lumière la place des avocats dans la constitution des partis politiques⁷⁰. Les études prosopographiques sont encore trop peu nombreuses chez les juristes⁷¹. La justice attend encore son Christophe Charle ou son Jean Maitron... La biographie reste un genre peu pratiqué par les historiens de la justice. À l'exception des magistrats qui se sont lancés dans des carrières politiques de premier plan. Néanmoins, certains historiens font retour sur la biographie pour expliquer les comportements durant une affaire judiciaire. Dernièrement, Jean-Pierre Royer a cherché à éclairer l'attitude des magistrats pendant l'affaire Dreyfus en brossant le portrait de certains d'entre eux⁷².

64. Sur les professions juridiques, on pourra consulter l'étude comparative. J.-L. Halpérin (dir.), *Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine. Modes d'organisation dans divers pays européens*. Rapport remis au ministère de la justice, novembre 1992, Centre Lyonnais d'histoire du droit, 305 p.

65. J.-L. Bodiguel, *Les magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, PUF, 1991, 294 p. ; A. Bancaud, *La haute magistrature entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, Paris, LGDJ, 1993, 301 p. ou les travaux d'Anne Boigeol.

66. Certains de ces ouvrages, souvent anciens, sont d'un accès difficile, notamment M. Rousselet, *La magistrature sous la monarchie de juillet*, Paris, Sirey, 1937 ; du même, *Histoire de la magistrature française*, 2 vol., Paris, 1956. Récemment, J.-L. Debré, *La justice au XIX^e siècle, Les magistrats*, Paris, Perrin, 1980 ; J.-P. Royer, R. Martinage, P. Lecocq, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1982.

67. A. Moreau, *Les métamorphoses du scribe. Histoire du notariat français*, Paris, 1989 ; J.-P. Poisson, *Notaires et société*, 2 vol., Paris, 1985 et 1990.

68. Nous n'évoquerons pas les travaux consacrés aux avoués, huissiers, greffiers...

69. C. Charle, « Pour une histoire sociale des professions juridiques à l'époque contemporaine. Note pour une recherche » *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 76-77, mars 1989, p. 117-119 ; et son *Histoire sociale de la France au XIX^e siècle*, Paris, Seuil, 1991, p. 47-50 et 222-226.

70. G. Le Beguec, « L'aristocratie du barreau, vivier de la République. Les secrétaires de la conférence du stage », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 30, 1991, p. 22-31 ; « Les avocats et la naissance des partis politiques organisés (1888-1903) », *Histoire de la justice*, n° 5, 1992, p. 171-188 ou encore dernièrement, « Prélude à la République des avocats », J.-M. Mayeur, A. Corbin (dir.), *Les Immortels du Sénat. 1875-1918. Les cent seize inamovibles de la Troisième République*, Paris, Publication de la Sorbonne, 1995, p. 81-98.

71. Y.-H. Gaudemet, *Les juristes et la vie politique de la III^e République*, Paris, PUF, 1970 ; M. Morabito (dir.), *La Révolution et les juristes à Rennes*, Paris, Economica, 1989, 217 p. ; M.-J. Couailhac, *Les magistrats dauphinois (1815-1870)*, Grenoble, CRHESI, 1987.

72. J.-P. Royer, « La magistrature déchirée », P. Birnbaum (dir.), *La France de l'affaire Dreyfus*, Paris, Gallimard, 1994, p. 251-289.

De la morale de l'histoire au devoir de mémoire

L'histoire institutionnelle aime à tracer de grandes trajectoires historiques mettant en relation passé, présent et avenir. En soulignant le « mouvement ininterrompu de rationalisation de l'institution judiciaire, elle n'a pas cessé de souligner la distance incommensurable qui sépare le présent du passé. Les révolutions juridiques et les réformes radicales de la justice abolissent le passé derrière elles ; sous l'effet de la loi de perfectionnement des institutions, le passé passe... irrémédiablement. Englouti à tout jamais, l'historien accumule les traces de ce passé. « La destruction maniaque, remarque Bruno Latour, est payée symétriquement par une conservation tout aussi maniaque. Les historiens reconstituent le passé détail après détail avec d'autant plus de soin qu'il est englouti à jamais ⁷³. » Pour toute une tradition historiographique, le besoin d'histoire naît de cette séparation irrémédiable. Ces historiens s'adonnent avec nostalgie à l'érudition et collectent ce qui reste d'un âge d'or qui s'éloigne sans espoir de retour, celui d'un Ancien Régime sachant équilibrer répression et libertés. Un peu à la manière de Winnie, l'héroïne de Beckett, qui faisant l'inventaire de sa misère, répète inlassablement : Oh ! les beaux jours ⁷⁴ !

D'autres historiens, pour lesquels cette flèche du temps est aussi sans ambiguïté, ne voient dans ce mouvement aucune raison de désespérer. Le passé est dépassé, l'histoire se définit clairement : maturation de l'institution judiciaire ⁷⁵. Elle est un processus cumulatif : la justice est en marche. Cette vision a fait l'objet de vives objections. Elle n'échappe pas toujours à la critique d'historicisme ⁷⁶, ni même à un certain anachronisme en « devinant dans le passé les termes d'un conflit dialectique résolu dans le présent » ⁷⁷. Histoire aux vertus légitimantes, avant tout *utile* pour le temps présent, le cours de l'histoire paraît souvent comme nécessaire : ce qui fut devait être au moment où cela fut et comme cela fut. L'histoire du monde est le tribunal du monde ! ⁷⁸

L'historien de la justice raconta donc longtemps un conte moral : récit de la décadence ou récit du progrès. Les temps sont à présent moins aux grandes trajectoires historiques. L'histoire cède la place à la *mémoire* ⁷⁹. Comme l'ont remarqué Pierre

Nora et Olivier Mongin, la passé n'est plus la garantie de l'avenir. « Avec la disparition du « roman national républicain », on assiste donc à un retournement inattendu de l'histoire sur elle-même : voilà que le pays de la Révolution se retourne sur son passé, le cultive, le multiplie à foison, comme si le présent ne pouvait plus se passer d'une assise mémorielle (...). La France vit désormais à l'heure du patrimoine » ⁸⁰. Dérouté par cette histoire incapable de tirer le présent vers l'avenir, l'historien de la justice cherche non plus simplement à établir, compléter ou réviser les faits eux-mêmes mais aussi à examiner *la postérité* d'un événement. Bien plus que les leçons de l'histoire, c'est l'étude des événements du passé *agissant* dans notre présent qui retient son attention. Là où l'histoire tente d'assigner une place à la justice dans le « roman national », le travail de mémoire s'efforce de doter d'une *identité* cette institution blessée et déboussolée. Non plus histoire d'une institution de la République française, mais mémoire qui soude un groupe particulier : magistrats et auxiliaires de la justice.

« La mémoire est un phénomène toujours actuel, un lien vécu au présent éternel. (...) La mémoire installe le souvenir dans le sacré » ⁸¹. Le Conseil d'État célèbre le Conseil d'État ⁸². Les travaux récents commémorent le bicentenaire de la Cour de Cassation ⁸³, s'interrogent sur le patrimoine architectural de la justice ⁸⁴, découvrent avec émerveillement que le Code Civil, le barreau ou l'étude du notaire sont inscrits au nombre des *Lieux de mémoire*.

L'année 1994 aura vu la célébration du centenaire de l'affaire Dreyfus. Pourtant les historiens de la justice n'y ont prêté presque aucune attention. Un trou dans la mémoire ? Tout juste peut-on relever la contribution de Jean-Pierre Royer dans *La France de l'affaire Dreyfus* sous la direction de Pierre Birnbaum ⁸⁵. Nous devons à Vincent Duclert ⁸⁶, spécialiste d'histoire intellectuelle, et à Madeleine Reberieux ⁸⁷ la plupart des travaux consacrés à la place de la justice dans l'Affaire. On a beaucoup glosé sur leur absence d'intérêt pour l'Affaire alors même que l'attitude des magis-

80. O. Mongin, *op. cit.*, p. 64-65.

81. P. Nora, *op. cit.*, p. XIX.

82. *Le Conseil d'État (1799-1974)*, Paris, éd. du CNRS, 1974.

83. Pour son bicentenaire : *Bicentenaire de la Cour de Cassation*, colloque du 28, 29, 30 novembre 1990, Paris, La documentation française, 1991, 203 p. ; *La Cour de Cassation 1790-1990*. Exposition du bicentenaire, 27 novembre 90 - 27 janvier 91, Paris, Cour de Cassation, 1990, 156 p.

84. Un colloque international sur *Palais de justice : héritages et projets* s'est tenu à Paris, les 21 et 22 janvier 1994. Publication de *La justice en ses temples*, Paris, 1992. Voir aussi, J. Favard, *Au cœur de Paris. Une palais pour la justice*, Paris, Découvertes Gallimard, 1995.

85. P. Royer, *op. cit.* Indiquons aussi les travaux de deux juristes : la réédition de l'ouvrage classique et incontournable de J.-D. Bredin, *L'Affaire*, Paris, nouv. éd. refondue, Fayard/Julliard, 1993 ainsi que sa contribution « Vie politique : l'affaire Dreyfus », dans *Bicentenaire de la Cour de Cassation*, colloque du 28, 29, 30 novembre 1990, Paris, La documentation française, 1991, p. 133-143. Voir aussi les réflexions de P. Draï, « Réflexions d'un juge... sur l'Affaire », dans *Une tragédie de la Belle Époque : l'Affaire Dreyfus*, Clichy, Comité du Centenaire de l'Affaire Dreyfus-INALCO, 1994, p. 73-74. La promotion 1995 de l'École Nationale de la Magistrature a rendu hommage au capitaine en se baptisant *Promotion Dreyfus* !

86. Citons, notamment : V. Duclert, « Jaurès, le droit et les dreyfusards », *Jaurès, les socialistes et l'affaire Dreyfus*, colloque organisé à Montreuil le 3 décembre par Société d'Études Jaurésiennes et le Musée d'histoire vivante, actes publiés dans *Jean Jaurès Cahiers Trimestriels*, n° 138, septembre-décembre 1995, p. 65-90 ; « La justice » et « Les magistrats » dans *L'Affaire Dreyfus et le tournant du siècle*. Paris-Nanterre, Musée d'histoire contemporaine-BDIC, 1994, p. 76-82 et p. 110-115.

87. Notamment, M. Réberieux, « Aux origines, la justice. Jaurès et l'affaire Dreyfus », *Jean Jaurès Cahiers Trimestriels*, n° 137, juillet-septembre 1995, p. 29-34.

73. B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte, 1994, p. 93.

74. Certains historiens ont critiqué une telle orientation. Robert Descimon remarque que l'enseignement de « l'école française d'histoire du droit dont François Olivier-Martin apparaît comme le maître le plus représentatif » « reflète l'apologétique monarchique développée avec tant de talent par les jurisconsultes de l'Ancien Régime », dans « La royauté française entre féodalité et sacerdoce. Roi seigneur ou roi magistrat ? », *Revue de synthèse*, n° 3-4, juillet-décembre 1991, p. 456.

75. Cette tradition est déjà représentée par les précurseurs de l'histoire du droit : Klimrath, Laboulaye... Leur histoire érudite est aussi une histoire philosophique, proche de l'*Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* de Condorcet. Voir, P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique*, Paris, Fayard, 1992, p. 42.

76. On songe aux critiques de M. Bloch, *Apologie pour l'histoire*, Paris, A. Colin, 7^e éd. 1985, p. 124-125 et celles de D. Richet, *La France moderne : l'esprit des institutions*, Paris, Flammarion, éd. 1991, p. 67-68.

77. Sur l'historiographie anglaise, voir D. Baranger, « Les historiens et la politique anglaise du XVIII^e siècle », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 21, 1995, p. 142.

78. Sur l'historicisme et son incompatibilité avec un humanisme juridique, voir les travaux de L. Ferry et A. Renaut.

79. Sur la différence entre histoire et mémoire, voir P. Nora, « Entre Mémoire et Histoire. La problématique des lieux », P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire. I. La République*, Paris, Gallimard, 1984, p. XVII-XLII.

trats fut, à cette occasion, particulièrement importante et courageuse. Méconnaissance de l'histoire ? Anti-dreyfusisme ?

Pourquoi ce désintérêt pour l'Affaire ? Parce que, à proprement parler, cette commémoration fut, à leurs yeux, sans objet. En quoi l'arrêt de révision (3 juin 1899) et celui de réhabilitation (12 juillet 1906), célébrés tout particulièrement par l'histoire politique, constituent des dates importantes dans l'histoire de la justice ? En rien, pourrait-on répondre de façon quelque peu provocante, car *juridiquement* ces deux décisions sont des non-événements ! Plus exactement ces arrêts n'ont eu *juridiquement* aucune postérité et ne peuvent être comptés au nombre de ces Monuments témoignant d'un progrès du Droit. D'une portée limitée, par leur nature juridique, à la personne même du capitaine Dreyfus, ils ne sont le signe d'aucun retournement jurisprudentiel, ne posent aucun principe général. Ils ne développent pas non plus des conceptions juridiques audacieuses, longtemps mûries par la doctrine, dont il conviendrait d'expliquer la pénétration dans la pratique. Ces décisions ne tracent pas un avant et un après dans la science du droit, exigeant de l'historien qu'il éclaire l'importance du pas franchi. Bref, dans la mémoire judiciaire, il n'y a que l'affaire d'un capitaine, et cette affaire a été bien jugée. Rien de plus que la satisfaction modeste d'une décision bien rendue. Comme tant d'autres. L'historien de la justice a assez de l'affaire de Dreyfus pour laisser l'affaire Dreyfus à l'historien du politique et des mentalités.

Commémorer la Révolution

La période révolutionnaire a longtemps été escamotée par les historiens (juristes, tout particulièrement). Coincée entre l'héritage-monumental-de-la-monarchie-administrative et la-rationalisation-administrative-et-judiciaire-de-Napoléon, que pouvait bien peser l'épisode tumultueux de la Révolution dans cette histoire de la justice ? Ne parle-t-on pas d'ailleurs pour qualifier le droit révolutionnaire de « droit intermédiaire »⁸⁸ ?

L'obsession commémorative⁸⁹, l'accumulation du capital patrimonial ainsi qu'un certain retour à l'histoire politique furent, il est vrai, tout à fait propices à une réévaluation de ce moment dans l'histoire judiciaire. Deux ouvrages, publiés à cette occasion, ont parfaitement mis en lumière le très important legs révolutionnaire en matière de justice : *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*⁹⁰, sous la direction de Robert Badinter et *La Révolution de la justice. Des lois du roi au droit moderne*, sous la direction de Philippe Boucher⁹¹. En

88. Comme le souligne Jean-Louis Halpérin, « à travers le sort réservé par les historiens aux projets (de Codification) Cambacérés, le droit intermédiaire conserve, en réalité, son statut inférieur de parenthèse », dans *L'impossible Code Civil*, Paris, PUF, 1992, p. 13.

89. La prochaine décennie verra commémorer le flot des créations napoléoniennes.

90. R. Badinter (dir.), *Une autre justice, 1789-1799. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution*, Paris, Fayard, 1989, 406 p. (19 contributions. Perspective thématique)

91. Philippe Boucher (dir.), *La Révolution de la Justice. Des lois du roi au droit moderne*, avant-propos de P. Arpaillange, Paris, Jean-Pierre de Monza, 1989, 271 p. (9 contributions. Perspective chronologique)

quoi l'esprit de cette Révolution anime *hic et nunc* encore l'institution judiciaire ? En quoi magistrats et juristes se reconnaissent-ils en elle ? Les constituants ont inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme les principaux fondamentaux de notre législation pénale : égalité des incriminations et des peines, non rétroactivité de la loi pénale, égalité devant la loi... Onze des dix-sept articles de la Déclaration touchent directement ou indirectement au droit pénal⁹² ! Institutionnellement, la dette n'est pas moins grande. On retiendra simplement le jury criminel⁹³, le juge de paix⁹⁴ (ancêtre de notre actuel juge d'instance) et l'ensemble des procédures conciliatoires ou encore le tribunal de cassation⁹⁵. Que dire, enfin, de cette philosophie humaine de la peine qui veut amender plutôt qu'éliminer. Ce fut celle des constituants ; elle est encore la nôtre⁹⁶. De nombreux colloques et séminaires se sont tenus à l'occasion de la commémoration du bicentenaire. Michel Vovelle en a fait le bilan dans *Les Colloques du bicentenaire*. Plusieurs d'entre eux ont porté sur des questions juridiques et judiciaires⁹⁶.

La jurisprudence de l'histoire : l'histoire de la justice comme « exercice du soupçon »⁹⁹

Une critique particulièrement récurrente a été adressée à l'histoire institutionnelle. Elle néglige ce qui constitue l'objet principal de l'histoire de la justice : la justice elle-même. On ne saurait, en effet, restreindre cette dernière à l'étude des institutions. Dans de nombreuses études, l'horizon du chercheur n'est plus la rationalisation de l'institution judiciaire mais le *jugement*¹⁰⁰.

L'historien de la justice est détenteur d'un incroyable pouvoir : il sait. Lorsqu'il se penche sur une affaire, le tribunal a déjà dit *en droit* ce qu'il fallait en penser. Ce recul du temps s'offre à lui comme un formidable instrument de pouvoir : faculté de juger l'institution judiciaire et de son travail dans l'histoire. Il interroge les décisions

92. Voir J.-M. Carbasse, « Le droit pénal dans la Déclaration des droits », *Droits. Revue française de théorie juridique*, VIII, 1988, p. 123-134. On pourra également consulter, S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1989 ainsi que M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1989, notamment p. 163-166.

93. Martinage, J.-P. Royer (dir.), *Les destinées du jury criminel*, Lille, coll. « L'espace juridique », 1990 : *Justice populaire*, Lille, coll. « L'espace juridique », 1992.

94. Voir la thèse non publiée de G. Métairie, *Le monde des juges de paix de Paris (1790-1838)*, th. droit, 2 vol., Paris X, 1989.

95. L'ouvrage fondamental est celui de J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987.

96. Notamment, J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 2e éd., 1991. P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël, Au nom de l'ordre. *Une histoire politique du Code Pénal*, Paris, Hachette, 1989.

97. M. Vovelle (avec la collaboration de D. Le Monnier), *Les colloques du bicentenaire. Répertoire des rencontres scientifiques nationales et internationales*, Paris, La Découverte, Institut d'histoire de la Révolution Française, Société des études Robespierriennes, 1991.

98. Citons deux exemples : *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au code civil*, Textes réunis et présentés par I. Théry et C. Binet, Imprimerie Nationale/Centre G. Pompidou, Paris, 1989, 534p (voir la partie sur « l'organisation judiciaire » : J. Commaille, J.-L. Halperin, J.-C. Monier) ; *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ? Actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986*, Présentation de M. Vovelle, 2 vol., Paris, PUF, 1988.

99. L'expression est de P. Ricœur, dans *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, Seuil, 1995, p. 42-46.

100. R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996.

de justice à la lumière du droit positif en vigueur. Parfois même à celle des droits de l'homme. Dans les affaires étudiées, les magistrats se sont-ils conformés aux règles de droit et de procédure en vigueur à cette époque ? Le procès s'est-il déroulé dans les formes ? Le jugement est-il équitable ? L'analyse historique se limite ainsi à un simple *commentaire critique* de décisions juridiques plus ou moins récentes. Pour chaque jugement, à l'instar de la doctrine commentant la jurisprudence, l'historien rappelle les faits, la procédure, les moyens et prétentions des parties et la question de droit débattue par le tribunal. Surtout, il tente d'en estimer la *valeur* et la portée juridique.

Le jugement équitable ne retient donc guère l'attention de l'historien de la justice. Qu'en dire, en effet, sinon qu'il se conforme au droit et qu'il s'y conforme parce que, si tel n'était pas le cas, le jugement serait... injuste ! *Le droit explique le droit* sans supplément ni additif. Il est lui-même son propre commentaire. Que faire sinon rappeler les étapes d'une procédure exemplaire et dessiner le portrait de magistrats impartiaux, respectueux des règles qui organisent leur profession ?

La prétention d'un tribunal à dire le juste se trouve évidemment souvent démentie par l'histoire. Erreurs judiciaires, procédures abusives... Comment rendre compte du surgissement de l'injustice ? L'historien de la justice conclura que des éléments parasites se sont glissés dans l'élaboration de la décision des juges. Cette dernière n'est pas « purement juridique » mais « socialement construite ». Si le droit explique le bon droit, *les facteurs politiques et sociaux* éclairent les jugements contraires à l'idée de justice. Cette histoire critique a trouvé un puissant allié dans l'histoire sociale¹⁰¹ ; l'origine sociale, la formation, la position dans un « champ » expliquent la conduite des magistrats. De nombreux travaux récents se sont ainsi donnés pour tâche de faire venir en surface les intentions, les buts, les motifs d'un jugement. Cet historien de la justice est un historien des *arrière-pensées* de l'institution judiciaire. Dévoiler une vérité derrière les apparences ; dénoncer les apparences qui voilent la vérité. Cette démarche, salutaire à bien des égards, se manifeste en réaction à un positivisme rassurant qui se satisfaisait d'un silence gêné face aux moments tragiques de l'histoire.

On songe à toutes les condamnations excessivement sévères dans lesquelles on a pu dénoncer, comme celles faisant suite aux événements de Fourmies (1^{er} mai 1891), une « justice de classe » ou une justice à deux vitesses. Les juridictions politiques (Haute Cour, Chambre des pairs, cours prévôtales...), certes prévues par les textes, toujours suspectées de partialité ainsi que la plupart des juridictions d'exception¹⁰² retiennent l'attention des historiens de la justice. Ces derniers réfléchissent ainsi sur l'exercice de la justice pendant la guerre d'Algérie et plus généralement dans les anciennes colonies françaises. Les juges furent-ils les gardiens de la légalité ? Ont-ils

101. Cette position des historiens de la justice est absolument remarquable. Elle est en complète contradiction avec celle de très nombreux historiens d'histoire sociale qui s'efforcent à présent de prendre quelque distance avec une telle position critique. Voir, dans ce sens, l'ouvrage collectif publié sous la direction de B. Lepetit (dir.), *Les formes de l'expérience. Une autre histoire sociale*, Paris, Albin Michel, 1995.

102. Les conseils de guerre, par exemple. Voir les travaux du doyen G. Pedroncini, « Les cours martiales pendant la Grande guerre », *Revue historique*, octobre-décembre 1974, p. 393-408 ; *Les mutineries de 1917*, Paris, PUF, rééd. 1983.

respecté les grands principes du droit ? Leur action fut-elle politique ?¹⁰³ Il en va de même de certains procès politiques aux formes procédurales beaucoup plus floues, considérés comme des parodies de justice¹⁰⁴. La commémoration du bicentenaire de l'exécution de Louis XVI a ainsi relancé un certain nombre d'interrogations sur l'opportunité de juger le roi, le respect de la procédure et des droits de la défense, l'exécution et sa signification¹⁰⁵. Des préoccupations similaires ont conduit à la publication de travaux sur le droit et la justice sous Vichy¹⁰⁶. Comment a-t-on jugé sous Vichy¹⁰⁷ ? Quel droit fut applicable à cette période ? Les juristes ont-ils légitimé la politique antisémite de Vichy ? Au delà de la question de la légitimité du régime, l'historien de la justice est confronté, pendant cette période, à un exemple dramatique d'une justice fondée sur des lois manifestement injustes. Les actes d'un colloque récent se sont ainsi intitulés *Le droit antisémite de Vichy*¹⁰⁸.

Cet historien de la justice examine l'histoire à l'aune de ce que *le recul du temps lui donne le pouvoir d'en dire*. Cherchant rétrospectivement des causes à ce qui a été déjà jugé, l'économie générale de sa recherche pourrait se résumer, quelque peu brutalement, en une formule : plus le juge applique impartialement la loi et se conforme à l'éthos du droit, plus il produira des décisions équitables. Plus le juge est proche d'un groupe social, d'une idéologie, plus la décision sera influencée par ce groupe et cette idéologie.

Le jugement sous le signe de l'événement : l'histoire de la justice comme mise en intrigue

Dans une telle histoire, le contexte *détermine* le contenu de la décision de justice. Les magistrats et, éventuellement, les législateurs seuls sont incertains, hésitants. Humains, trop humains. Eux seuls méritent l'attention de cet historien parce qu'il lui faut bien expliquer pourquoi certains magistrats ne sont pas impartiaux, pourquoi on

103. Un colloque tenu à Bordeaux en décembre 1995, préparé par l'École Nationale de la Magistrature, a eu pour thème : *Juger en Algérie, 1944-1962*. Les actes paraîtront dans la revue *Le Genre Humain*. Les juristes ont très longtemps ignoré les questions juridiques et judiciaires dans les colonies, voir la thèse de droit d'A. Heymann, *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, Paris, LGDJ, 1972. Sur les juges pendant la guerre d'Algérie, S. Thenaut, « La guerre d'Algérie, une nouvelle affaire Dreyfus ? », *Jean Jaurès Cahiers Trimestriels*, n° 141, 1996, p. 59-72.

104. Par exemple le procès de Danton : F. Bluche, « Le procès de Danton », *Revue de droit public et de la sc. pol.*, 1984, vol. 100, p. 937-947. Et plus généralement les travaux portant sur la justice révolutionnaire.

105. Voir, C. Goyard (dir.), *Le bicentenaire du procès du roi*. Actes du colloque organisé les 8 et 9 janvier 1993, Paris, F.X. de Guibert, 1993.

106. J. Marcou, dans sa thèse non publiée, a éclairé l'attitude peu glorieuse du Conseil d'État pendant cette période, *Le Conseil d'État sous Vichy*, Thèse d'État, Droit, Université de Grenoble II, 1984, dact. La publication par D. Lochak de deux articles a relancé la polémique, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF - CURAPP, 1989, p. 252-285 ; « Le Conseil d'État sous Vichy et le Consiglio di Stato sous le fascisme », dans *La transformation du droit administratif*, Paris, PUF - CURAPP, p. 51-95. M. Troper a discuté le premier article de D. Lochak : « La doctrine et le positivisme. À propos d'un article de Danièle Lochak », *Les usages sociaux du droit*, op. cit., p. 286-292. Sur le rôle des juristes dans l'élaboration de la législation anti-juive, le cas de l'Université a été analysé par C. Singer, *Vichy, l'Université et les Juifs*, Paris, Les Belles Lettres, 1992, p. 89 et suiv.

107. « Juger sous Vichy », op. cit.

108. « Le droit antisémite de Vichy », op. cit. M. Pollak a publié deux articles très profonds sur la place du droit dans la politique raciale nazie : « Droit et expertise scientifique dans la politique raciale nazie », in *Le discours psychanalytique*, n° 14, mars 1985, p. 22-29 ; « Des mots qui tuent », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 41, février 1982, p. 29-45.

a pu produire de mauvaises lois. Par contre, le jugement lui-même ne fait pas tant d'histoire ! Il se déduit *logiquement* du comportement de ces magistrats et de ces législateurs. Les uns et les autres colorent de leur psychologie les institutions, le droit et la procédure. Que l'historien rencontre des magistrats impartiaux appliquant des lois justes, il fera le récit d'une Vérité en marche. Qu'il les découvre moins appliqués dans leur mission, c'est la construction d'une culpabilité qu'il devra dénoncer. Qui tient la cause, tient l'effet !

Des travaux se refusent à définir l'histoire comme une science déductive. Car, à trop penser « à cause » ou « à effet », on en vient, pour plagier Nietzsche, à oublier l'essentiel : ce qui se passe. Comme l'a montré Paul Ricœur dans *Le Juste*, le procès est un drame à plusieurs personnes ; il faut aller jusqu'à son terme pour connaître la conclusion. Processus aléatoire, la sentence seule vient le clore ¹⁰⁹. Dans plusieurs recherches récentes, le travail de l'historien de la justice consiste moins à rechercher des causes à ce qui a été jugé que de restituer ce processus aléatoire de *la justice en train de se rendre*. La finalité de l'acte de juger est d'interrompre l'incertitude. Qu'il se penche sur la justice administrative ¹¹⁰, sur une affaire au pénal – très largement privilégiée par la recherche –, au civil, au commercial, devant les prud'hommes ¹¹¹, l'historien doit s'efforcer, à l'inverse, de la mettre en scène, de garder la force de l'intrigue jusqu'à la conclusion judiciaire de l'affaire. Les acteurs du procès se chargent, à chaque instant, de rappeler à cet historien l'incertitude de l'acte de juger en changeant constamment « de registre de qualification, en manifestant des désaccords sur la procédure à suivre, en renonçant en cours de route à l'action juridique » ¹¹².

Nul ne sait a priori quel jugement rendra le tribunal. Nul ne connaît a priori les sources d'un désaccord durable, nul n'en connaît les conséquences. La saisine des tribunaux n'est pas inévitable, les parties privilégiant d'autres voies pour résoudre un conflit ¹¹³. Un acteur de l'histoire peut lui préférer la publication d'un article dans la presse dénonçant l'injustice dont il est victime. Le tribunal n'est qu'une voie de la Justice ; le recours à l'institution judiciaire constitue donc pour l'historien un choix problématique qu'il lui faut interroger. L'ouvrage de Francis Chateauraynaud a montré que « la *compétence juridique* est à analyser comme *ressource en construction au cœur des affaires* » ¹¹⁴. Une ressource parmi d'autres. À l'inverse, une décision de justice ne parvient pas toujours restaurer à la paix sociale, échouant ainsi dans sa finalité la plus ultime ¹¹⁵. De même, nul ne peut définir a priori l'importance d'une affaire. À travers l'affaire du chevalier de La Barre, Elisabeth Claverie a mis en lumière com-

109. P. Ricœur, *Le Juste*, op. cit., p. 185-192.

110. Un rappel historique dans D. Lochak, *La justice administrative*, Paris, Montchrestien, 2e éd., 1994, p. 9-46. Très nombreuses indications dans F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995.

111. Voir le dossier « Les prud'hommes XIX^e-XX^e siècle », *Le Mouvement social*, octobre-décembre 1987, n° 141 et tout particulièrement l'article novateur d'A. Cottureau, « Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales (1806-1866) », p. 25-59. Sur l'histoire du droit social, G. Aubin, J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995 (bibliographie abondante).

112. F. Chateauraynaud, op. cit., p. 37.

113. Pour d'autres formes de résolution des conflits, voir, par exemple, F. Chauvaud, *Les passions villageoises...*, op. cit.

114. F. Chateauraynaud, op. cit., p. 37.

115. P. Ricœur, *Le juste*, op. cit., p. 185-192.

bien la mobilisation autour de cette injustice exige de Voltaire un travail coûteux ¹¹⁶. En prenant le parti de suivre *la justice en train de se rendre*, l'historien interroge l'histoire comme s'il ignorait ce que l'institution judiciaire a jugé. Comme les acteurs du procès eux-mêmes. Le jugement se montre aussi incertain, indiscipliné que les magistrats et les législateurs. Aussi historique qu'eux, pourrait-on dire !

Dans une étude récente sur l'affaire du sang contaminé *Le Sang et le Droit* ¹¹⁷, la juriste Marie-Angèle Hermitte analyse le jugement dans le courant même de sa construction. Elle s'est donc refusée à tirer a priori la position de la justice d'un contexte social et politique, à trier les idées, les préjugés, les prétentions, les arguments des individus à partir de ce que l'on sait maintenant. Pour débrouiller cet embroglio politico-scientifico-juridico-judiciaire, M.-A. Hermitte a fait le pari de suivre *toutes* les questions juridiques, scientifiques, politiques qui sont indispensables au déroulement de cette histoire, de suivre *tous* les déplacements, dans cet univers composé, de l'institution judiciaire pour articuler chaque événement à une qualification juridique susceptible de lui correspondre. L'examen des conclusions des commissaires du gouvernement, de la loi de 1952 et du décret de 1954, des plaintes des hémophiles, des statistiques de la santé publique, de l'esprit de la Résistance et des tests de réaction à la présence des anticorps sont nécessaires à l'historien de la justice pour comprendre l'œuvre de la justice dans cette tragédie.

Histoire de la justice, histoire des pratiques

M.-A. Hermitte ne soumet pas le discours judiciaire à un jugement de valeur ; elle examine, au contraire, *les opérations et les dispositifs* par lesquels les acteurs de cette histoire élaborent, dans une situation d'incertitude scientifique, un jugement sur une affaire ¹¹⁸. Ce jugement « n'est pas l'aboutissement mécanique des effets magiques d'un loi de vérité, d'une vérité en marche » ¹¹⁹. Il est le produit d'une *construction longue et négociée* entre les choses, les textes et les acteurs du procès.

Dans un article programmatique, Paul Ricœur rappelait que la justice est avant tout une *pratique sociale* ¹²⁰. La recherche historique n'a que très récemment tiré toutes les conséquences d'une telle affirmation ; elle s'en est trouvé transformée ; comme le prouvent, par exemple, les travaux sur l'affaire Dreyfus ¹²¹. Les arrêts rendus à l'occasion de l'Affaire par la Cour de Cassation en 1899 et 1906 ne sont pas inscrits, comme nous l'avons indiqué, au Panthéon des grandes décisions de Justice.

116. E. Claverie, « Sainte indignation contre indignation éclairée. L'affaire du chevalier de La Barre », *Ethnologie française*, vol. XXII, n° 3, 1993, p. 271-290.

117. M.-A. Hermitte, *Le Sang et le Droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Seuil, 1996. Voir aussi les travaux de R. Carvais, très attentif lui aussi à cette incertitude régnant dans les affaires judiciaires – notamment, « Le microbe et la responsabilité médicale », dans C. Salomon-Bayet (dir.), *Pasteur et la révolution pastoriennne*, Paris, Payot, 1986.

118. L'historien de la justice se reportera tout particulièrement, dans son ouvrage, au chapitre consacré à « L'exposé des faits et la question de l'incertitude scientifique », p. 361-373.

119. E. Claverie, P. Lamaison, *L'impossible mariage. violence et parenté en Gévaudan 17^e, 18^e et 19^e siècles*, Paris, Hachette, 1982, p. 10.

120. P. Ricœur, « Le juste entre le légal et le bon », *Lectures 1 Autour du politique*, Paris, Seuil, 1991, p. 176-195.

121. Voir V. Duclert, « Bibliographie internationale du centenaire de l'affaire Dreyfus en 1993-1995 », *Jean Jaurès Cahiers Trimestriels*, octobre-décembre 1995, n° 138, 130-181.

Ils n'en sont pas moins la preuve du travail exceptionnel réalisé par des formations essentielles de l'ordre judiciaire pour établir la vérité. On n'a d'ailleurs pas manqué l'occasion d'opposer la partialité de la justice militaire au sens de la justice des juridictions civiles. Les historiens de la justice ont pu expliquer l'impartialité des jugements par la rigueur de la démarche des magistrats. Ils se sont donc préoccupés seulement de faire le récit d'une procédure exemplaire et d'une magistrature héroïque surmontant tous ses préjugés pour rendre une décision de « pur droit ». Malgré la tempête, malgré leurs sentiments personnels. Cela ne signifie pas bien naturellement que l'Affaire n'ait pas eu une *dimension politique*, mais celle-ci est restée en dehors du territoire de l'historien de la justice. Ce dernier distingua longtemps deux histoires. Celle qu'il s'était donné pour tâche de décrire : les règles de droit, les enquêtes, les audiences, la déontologie et Alfred Dreyfus-le-justiciable. Celle de l'antisémitisme, les manifestations, les partis politiques, les deux France et Dreyfus-le-symbole, il préférait la laisser à l'histoire politique et intellectuelle. A chacun son affaire !

C'est précisément cette conception classique que combat l'histoire intellectuelle. En maintenant à bonne distance histoire politique et histoire judiciaire, en traitant séparément l'élaboration des jugements de leur utilisation politique, une telle vision ignore justement ce qui fait problème : ce recours même à l'institution judiciaire. Rien de plus énigmatique que cette justice devenue un enjeu dominant dans l'Affaire¹²². Après tout, le recours à l'institution judiciaire n'était pas inscrit dans l'histoire. N'y-a-t-il pas quelque surprise à en faire le point de passage obligé de la vérité, alors même que les magistrats ne bénéficiaient au tournant du siècle que d'un faible capital de sympathie et suscitaient bien la méfiance ? Pourquoi voit-elle affluer sur elle cette confiance ? Lier l'histoire judiciaire et l'histoire politique. Par ce geste, l'histoire intellectuelle ne s'épuise pas à dévoiler des intérêts politiques sous le masque de la justice. L'Affaire semble d'ailleurs faire échec à tout déterminisme social et à toute tentative de *dévoilement*. Par leur tradition, leur situation professionnelle et leur origine sociale, la magistrature aurait dû prendre position contre Dreyfus. Individuellement, de très nombreux magistrats furent d'ailleurs antidreyfusards¹²³. L'histoire intellectuelle ne cherche pas à révéler la base ultime de l'action, mais à suivre le travail réalisé par les acteurs eux-mêmes pour élever une dénonciation publique d'injustice à la dignité de *cause* judiciaire. Elle a montré l'immense et incertain *effort de mobilisation* consenti par les dreyfusards pour agréger à leur cause célébrités et inconnus, ligues, revues et, en définitive, l'institution judiciaire. Démontrer la fabrication d'une culpabilité, renverser l'évidence des preuves, convaincre de l'innocence de Dreyfus, enrôler jusqu'au gouvernement dans cette cause afin qu'il saisisse les tribunaux. Mais aussi convertir la République, la Science, l'Université au dreyfusisme. Il n'y a donc rien de moins mécanique que cette mobi-

lisation¹²⁴. S'il n'y a rien de moins naturel que cette rencontre même de la « ligue dreyfusarde » avec l'institution judiciaire, les arrêts rendus par cette dernière sont aussi, pour l'historien, problématiques. Au prix de quels efforts les dreyfusards sont-ils parvenus à *traduire juridiquement* l'indignation morale et la mobilisation politique ? Comment cette justice s'est-elle laissée convaincre de l'innocence de Dreyfus ?

En suivant tous les fils de l'histoire, des travaux récents ont montré comment les dreyfusards et l'institution judiciaire se sont-ils trouvés intéressés par l'innocence de Dreyfus. Ce dernier est innocent, les dreyfusards doivent en convaincre l'institution judiciaire.... L'enrôler, placer le droit de leur côté, c'est espérer mettre enfin un terme au calvaire de leur martyr, réussir là où la mobilisation politique et intellectuelle avait échoué. Doit-on pour autant admirer la vertu désintéressée de la Cour de Cassation si elle venait à rendre justice au capitaine ? Non, car en plaçant la conscience civique de leur côté, en enrôlant à leur tour Dreyfus, les magistrats se grandiront. En luttant pour leur compétence et leur indépendance, en résistant à la logique militaire, ils se feront aussi les portes-paroles d'une foule innombrable mobilisé en faveur de Dreyfus et qui applaudira enfin ses héros. Bref, ils se construiront une légitimité. Pour les uns, se saisir de la justice, c'est sauver un innocent ; pour les autres, se saisir d'un innocent, c'est redéfinir leur place dans la société et se poser comme gardiens de la République¹²⁵ ! Mais que l'institution judiciaire et les dreyfusards soient *intéressés* à l'innocence de Dreyfus ne permet nullement d'affirmer *a priori* que les dreyfusards sauront convaincre la justice de l'innocence du capitaine et que la Cour de Cassation se laissera enrôler effectivement dans leur cause. L'arrêt de révision et l'arrêt de réhabilitation ne vont pas de soi. À moins de vider l'histoire de ce qu'elle a d'historique.

Magistrats et défenseurs de Dreyfus construisent *ensemble*, dans le cours même du procès, la décision de justice. Cette co-élaboration est sous-tendue par une compréhension par les acteurs du procès des contraintes et des opportunités au sein de ce processus judiciaire. Les dreyfusards mobilisent des ressources multiples¹²⁶ – mots, règles, choses – et s'efforcent de les faire parler d'une seule voix : « Dreyfus est innocent ! ». L'interprétation des événements doit être *acceptable*. Elle ne peut l'être qu'en répondant à certaines contraintes : la solidité juridique, le respect des formes par exemple¹²⁷. Une demande en justice n'aboutit pas tant en vertu des règles impersonnelles (la procédure, par exemple) et des conventions fixant les conditions de son succès et de son échec que « du fait de la capacité des participants à assurer la pertinence et l'adéquation aux faits de leurs propres prétentions normatives »¹²⁸. Les

124. Comme l'a mis en évidence la table ronde organisée le 5 février 1993. « Comment sont-ils devenus dreyfusards ou anti-dreyfusards ? », Actes publiés dans *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 11, 1993. Sur l'engagement dreyfusard et antidreyfusard des avocats, C. Charle, « Le déclin de la République des avocats », P. Birnbaum (dir.), *La France de l'affaire Dreyfus*, Paris, Gallimard, 1994, p. 56-85.

125. V. Duclert, « Les magistrats », *op. cit.* Et surtout, « Les juges devant l'affaire Dreyfus. Un modèle d'engagement républicain », *Cahiers Trimestriels Jean Jaurès*, juill.-sept. 1996, n° 141, p. 7-28 [bibliographie abondante].

126. Des ressources juridiques naturellement. A l'occasion de l'affaire Dreyfus, on a ainsi convoqué au cours de la procédure la défense républicaine, la Raison d'État et même la science historique : M. Rebérioux, « Histoire, historiens et dreyfusisme », *Revue historique*, avril-juin 1976, p. 407-432.

127. Sur la logique du procès, on pourra se reporter aux réflexions de l'historien du droit P. Legendre, *L'amour du seigneur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, 1974, p. 111-116.

128. Voir P. Pharo et sa critique du « préjugé conventionnaliste », *Politique et savoir-vivre. Enquête sur les fondements du lien civil*, Paris, L'Harmattan, 1991, p. 84.

magistrats mettent à l'épreuve les interprétations et les constructions. L'institution judiciaire est « par son art consommé de mener les débats, un lieu opératoire d'estimation des preuves et de leur mise en valeur dans l'horizon d'une définition de la vérité »¹²⁹. Elle forge son sentiment à partir de *documents* qui traduisent juridiquement les termes de l'Affaire et les rendent maîtrisables. De tels intermédiaires se trouvent dans un rapport énigmatique avec la vérité positive ! À mesure du déroulement du procès émergent des épreuves critiques. Chacun des acteurs doit juger de ce que font les autres pour coordonner sa propre conduite. Vigilance et souplesse des stratégies¹³⁰. En d'autres termes, faire l'histoire d'une décision de justice exige de comprendre les contraintes, les opportunités et les ressources de chacun des acteurs engagés dans la construction d'un tel jugement et d'en montrer la difficile articulation. Le jugement procède des occasions, de canaux et des arguments de justice¹³¹ : il n'en résulte pas.

* * *

Devant l'affaire Dreyfus et l'affaire du sang contaminé, certains travaux récents expriment donc un double refus : refus des explications déterministes visant à mobiliser des facteurs externes au droit pour expliquer les jugements injustes ; refus de celles soutenant que les magistrats ne font preuve d'équité qu'à la condition de se maintenir *dans* le droit. Plutôt que de s'épuiser à définir un amont du procès (contexte) et un aval (contenu), ces recherches nous invitent à se saisir de l'*entre deux*, à suivre *toutes* les opérations réalisées par les acteurs pour construire le jugement, pour traduire juridiquement une plainte : mobiliser des ressources hétérogènes (politiques, juridiques,...), les traduire pour être recevables, ajuster les stratégies au cours même des débats... Ouvrant ainsi la voie à une histoire de la justice définie comme histoire des pratiques judiciaires.

Frédéric AUDREN

129. E. Claverie, « De la difficulté de faire un citoyen : les « acquittements scandaleux » du jury dans la France provinciale du début du XIX^e siècle », *Études rurales*, juil.-déc. 1984, 95-96, p. 143.

130. Sur les stratégies des avocats et leur travail au cours du procès, voir L. Karpik, *op. cit.*, p. 304-335.

131. Sur la séquence occasions de justice-canaux de justice-arguments de justice, voir P. Ricœur, « Le juste entre le légal et le bon », *Lectures I...*, *op. cit.*, p. 176-195.