

**POUR UNE HISTOIRE CONCEPTUELLE
DU DROIT.
LES ENJEUX D'UNE RECHERCHE
PLURIDISCIPLINAIRE***

PAR

Paolo NAPOLI

Paris, milieu des années quatre-vingt-dix. Une soirée d'été torride dans le jardin privé d'une copropriété près de Place de Clichy. La manifestation d'une convivialité quelque peu exubérante d'un groupe d'amis finit par amener le voisinage à appeler les forces de l'ordre. L'atmosphère est décontractée au point que les policiers, visiblement agacés de devoir se déplacer pour une telle sottise, se limitent à demander les papiers. Face à l'étonnement général des présents, qui ne comprennent pas pourquoi les gens s'adressent aussitôt à la police au lieu de parler d'abord aux responsables de la gêne, un agent justifie l'irruption par les mots suivants : « Vous comprenez, là on fait du social. Toutefois, si demain quelqu'un va porter plainte alors on n'est plus dans le social, mais dans le pénal ». Avant de partir, le même policier ne se prive pas d'une précision statistique supplémentaire : « À Paris – révèle-t-il désenchanté - il arrive souvent que les habitants d'un même immeuble fassent connaissance par la police ».

Témoin de cet épisode banal de tapage nocturne, nous avouons que le ton péremptoire de l'agent nous a fait souri-

* Cet article développe certains thèmes déjà abordés dans Napoli, 2003.

re. Le fait que la police soit l'artisan de la communication entre les individus nous paraît être une extravagance digne du discours apologétique du XVIII^e siècle.

Certains auteurs, en effet, n'hésitaient pas à qualifier de « paternelles » les interventions des lieutenants de police à Paris. Par ailleurs, cette représentation, si prétentieuse soit-elle, se prête à ces simplifications laconiennes qui ont fait dire à un historien du droit contemporain que « l'Administration représente, dans la mentalité française, la présence diffuse de l'instance paternelle », laquelle contient en soi la figure du « gendarme » (Legendre, 1992 : 191).

Malgré leur teneur solennelle et pédagogique, les mots de ce policier décrivent assez fidèlement l'histoire et la réalité d'une institution, la police, qui se soustrait à toute connaissance claire et définie. Quand on parle de police, on a affaire à une manière de créer l'ordre qui est irréductible, depuis des siècles, à toute systématisation juridique. Aucun raffinement méthodologique ne peut effacer cette triviale vérité : la police s'accommode de l'hybride. La richesse sémantique affichée par ce terme au cours de son histoire est surprenante : il indique aussi bien l'ordre objectif de la réalité que sa mise en forme par l'autorité politique ; il réapparaît encore pour désigner une activité de jugement mais aussi une pratique strictement administrative ; il symbolise par excellence l'injonction du pouvoir politique, pour emprunter aussitôt la forme bienveillante des États et des sociétés bien « policés ». Encore de nos jours, l'ambiguïté constitutive de la fonction policière est loin d'avoir été résolue, comme le montre cette oscillation de tâches et donc de sens qu'on perçoit dans les paroles de l'agent. Dans cet article, on essaiera d'expliquer pourquoi une histoire conceptuelle du droit centrée sur les techniques normatives nous paraît être une option méthodologique féconde, qui nécessite pourtant d'être pratiquée avec prudence. La « police » française de la période comprise entre 1750 et les premiers décennies du siècle suivant est l'objet historique choisi pour illustrer cette démarche.

I. L'OBJET

La complexité de la notion de police, qui surgit dans les interstices des savoirs et des pratiques, au croisement des activités sociales, de la politique et du droit, sans oublier

l'imaginaire forgé par la littérature, a été relevée essentiellement par les juristes. Ils n'ont en effet cessé de souligner la difficulté de réduire cet objet à des représentations univoques. Deux personnages ont particulièrement bien exprimé cette difficulté. Au début du XVIII^e siècle, le commissaire parisien Delamare, auteur du monumental *Traité de la police*, avait repéré trois significations du mot « police » : gouvernement général des États (Monarchie, Aristocratie, Démocratie) ; gouvernement de chaque État en particulier (police civile, militaire, ecclésiastique) ; et enfin, dans l'acception la plus restreinte et courante, l'ordre public de chaque ville : Delamare, 1705-1738, I : 2). Un siècle plus tard, Vivien, administrateur et homme politique de la Monarchie de Juillet, définissait ainsi les pouvoirs de la charge qu'il avait revêtue en 1831 : le préfet de police « participe par le droit de rendre ordonnances au rôle du législateur, par le droit de dénonciation aux fonctions de ministère public, par celui d'arrestation et de recherche aux fonctions des magistrats instructeurs » (Vivien, 1845 : 22).

La polysémie du terme « police » aussi bien que la polyvalence de la fonction policière ont gêné les juristes. Du côté des historiens, les normes de police, surtout pendant l'Ancien Régime, ont représenté une sorte de miroir des pratiques sociales, et donc une source pour accéder aux modes de vie quotidiens, bien plus qu'un moyen de connaître les procédés d'action du pouvoir élaborés par les institutions. Cet aspect de la question a le plus souvent été accueilli, par eux, avec un scepticisme radical. En revanche, ce qui dérange principalement les juristes c'est le concept même de police, et l'incapacité où ils se trouvent de le classer dans les divisions classiques du droit (civil, criminel, canonique). Dans l'Europe continentale d'Ancien Régime, les questions liées à la sécurité dans les rues, à l'approvisionnement de la population, au décor urbain, aux corporations de travail, à la pauvreté, aux spectacles etc. ont favorisé l'émergence d'un type de normativité — le « droit de police » — qui poursuivait un objectif inédit pour la tradition classique du droit : façonner des conduites de vie. De technique pour résoudre un différend, le droit devenait ainsi une règle d'organisation ; l'enjeu ne consistait plus à rendre à chacun son dû, mais à gouverner une population et un territoire d'une manière à la fois totalisante et individualisante (Foucault, 1994a, IV : 134-161). Une telle trans-

formation du droit obligeait les juristes à élargir la palette de leurs outils conceptuels. En ce sens, le « Droit public » de Domat (Domat, 1697) est un témoin assez représentatif du travail dogmatique nécessaire à rendre compte de la nouvelle ouverture du droit sur le « social », pour parler comme le policier de notre petite histoire parisienne. Quant aux historiens du droit qui ont décrit l'émergence de ce droit nouveau, ils ont souvent rencontré nombre de difficultés. En premier lieu, il s'agissait de maîtriser un objet juridiquement « impur », qui avait pris consistance en dehors de la tradition savante du droit romain classique et médiéval. Ensuite, l'ambiguïté intrinsèque du terme « police », en dépit de son étymologie transparente, a déterminé un usage assez diversifié de ce mot. Enfin, le rôle de la police a souvent été opposé à celui de la justice, marque par excellence du pouvoir souverain dès le Moyen Âge. De sorte que, face à la *majestas* du roi justicier, la « police » est longtemps restée à l'arrière-plan, bien que depuis le XVII^e siècle elle occupât une place toujours plus grande dans l'activité normative des pouvoirs publics.

C'est bien parce que la police représente une certaine anomalie du point de vue de la rationalité juridique, qu'il convient de rechercher les manières selon lesquelles, dans l'histoire, s'est construite cette singularité. Or, l'on ne peut atteindre celle-ci dans un type d'événement précis, dont l'unité apparaîtrait à première vue. On a affaire plutôt à un processus très complexe, qui ne peut être reconstitué que par un effort de mise en ordre des données et des notions qui lui sont adéquates. La notion de police se dégage toujours partiellement, sans jamais atteindre son degré le plus accompli de formalisation. Les auteurs ont le plus grand mal à imposer la forme d'une même notion à la totalité des pratiques auxquelles est associée la police. C'est pourquoi on ne peut que procéder par reconstructions historiques approximatives, qui se déroberont à une définition ultime.

Cette démarche se précise mieux par une comparaison avec d'autres approches méthodologiques. En effet, les histoires sociales, des institutions, du droit public et des idées politiques, ont chacune de leur côté systématiquement évité d'interroger la police de l'Ancien Régime en terme de rationalité normative.

II. L'HISTOIRE SOCIALE

La règle de police a souvent fourni à l'histoire sociale le prétexte pour montrer la fracture existant entre le monde des normes et le monde des comportements. Dans les ouvrages des historiens qui ont abordé le sujet pour l'ancien Régime, on rencontre souvent la même conclusion, à savoir que l'ordre policier manque d'effectivité¹. Le décalage entre le déroulement ordinaire des pratiques et la force exemplaire des lois finit ainsi par désarmer le discours du droit. Au mieux il s'agit de reconnaître que le processus de réglementation relève toujours du compromis entre l'injonction institutionnelle et le mouvement social et qu'il existe un conditionnement réciproque entre ces deux forces. L'histoire sociale a toujours tendance à trouver dans les normes de police une source de documentation sur la vie quotidienne plutôt que des formes d'organisation de l'ordre urbain.

Il faut reconnaître pourtant que certains résultats de l'histoire sociale sont précieux pour égratigner l'image accomplie de l'État de police véhiculée par l'eudémonisme du XVIII^e siècle. Grâce à l'histoire sociale, l'on peut se passer de cette vision dialectique polarisée autour de la volonté politique d'un côté, et de l'efficacité de la norme, de l'autre. La critique de ce schéma binaire est sûrement bénéfique : elle rompt avec l'image un peu trop confortable d'un rapport direct entre l'injonction de l'autorité et la conduite des sujets alimenté par le paradigme de la *Sozialdisziplinierung*, qui associe la formation de l'État moderne à une stratégie d'encadrement disciplinaire des rapports sociaux². Au lieu de la verticalité souverain-sujets, l'histoire sociale souligne des formes « négociées » de justice et de police, un *social bargaining* où prévaut le jeu des actions et des réactions, irréductibles à la vision ordre-obligation. De manière plus radicale et convaincante, certains travaux ont démontré comment la

1. Le thème de la réelle efficacité de ces règlements et, plus généralement, de l'énorme quantité d'ordonnances de police émises dans les États modernes, est au centre du débat historiographique. La répétition obsessionnelle avec laquelle les autorités politiques adoptent de telles mesures serait davantage le signal de leur respect défaillant que la preuve d'une société bien ordonnée : selon un dictionnaire populaire, une loi à Venise ne durait qu'une semaine ; de même, en Silésie, on plaisantait sur le fait que les édits étaient *gehalten* — qui a le double sens de « tenus » et de « respectés » — seulement par le clou qui les affichait dans les endroits publics (Schlumbohm, 1997 : 659 ; Farge & Revel, 1988).

2. Sur les limites de ce paradigme élaboré par G. Oestreich (1969 ; 1980), v. Breuer (1986 : 45-69) ; Dinges (1991 : 5-29) ; Schiera (1994 : 21-46) ; Reinhard (*ibid.* : 101-123) ; Napoli (1998 : 129-137). Pour une mise au point générale du débat, Stolleis (2000 : 739-757).

population perçoit la justice et la police sous le jour de l'abus et de la vengeance plutôt que sous celui de la pacification. Une attitude semblable donne lieu à un emploi instrumental et non neutre de ces fonctions, soumises ainsi à l'évident conditionnement de la pratique (Dinges, 1993 : 208-209).

Tout cela ne va pas sans produire des conséquences sur la manière de concevoir le droit. Dans le moule de l'histoire sociale, la règle de droit ne représente plus un instrument d'intervention général fixant le cadre abstrait d'une emprise sur la réalité. Au lieu de garder une extériorité axiomatique vis-à-vis des situations concrètes, la norme juridique tend plutôt à adhérer à leur spécificité. Étant exposée à un compromis permanent avec les objets à régir, la dimension de la règle de droit finit par être noyée dans un univers infra-juridique où l'emportent d'autres facteurs : réseaux sociaux, besoins contingents, échange de prestations entre les acteurs, modes de représentation du rapport avec les autorités, influence du milieu de provenance, poids des croyances et des mentalités. Dans la perspective de l'histoire sociale, le droit se manifeste toujours affecté par un excès d'artifice, par une virtualité hypothétique, alors que les pratiques sociales seraient à elles seules capables de dévoiler le droit au concret, à savoir le droit intériorisé dans les conduites effectives des acteurs. L'histoire sociale finit ainsi par nier l'autonomie du droit dans la mise en forme du réel. Or, c'est précisément cette mise en forme qui caractérise d'une manière spécifique la technique de droit, son outillage normatif.

III. L'HISTOIRE INSTITUTIONNELLE

Un parcours tout à fait différent laisserait de côté le discours de la rue et des mouvements sociaux pour tourner son regard sur les centres du pouvoir public : parlements, lieutenances, commissariats, préfetures, ministères, tribunaux, hôpitaux, dépôts de mendicité, manufactures, prisons sont les protagonistes, à titre différent, de l'histoire institutionnelle axée sur les questions d'ordre public ainsi que sur la constitution matérielle et opérationnelle des appareils de pouvoir³. Toutefois, d'autres difficultés émergent de cette

3. On entend ici institution dans son acception la plus restreinte et la plus classique, à savoir une réalité juridico-politique (Revel, 1995 : 63-66).

approche. Tout d'abord, l'histoire des institutions et du droit public, à de rares exceptions près, se limite à constater que la police représente le précurseur de l'Administration moderne, tout en lisant le passé avec les lunettes du présent. Ensuite, la police comme technique de gouvernement est difficilement saisissable par le prisme de l'organisation des pouvoirs. Au-delà d'une personnification de l'*Anstalt*, pour le dire avec Max Weber, qui cache parfois une vision quelque peu esthétisante des appareils bureaucratiques, la principale limite de l'histoire des institutions reste son incapacité à accorder une véritable autonomie aux techniques du droit. L'existence de celles-ci serait en quelque sorte dérivée de la structure et du fonctionnement des centres du pouvoir. Autrement dit, le droit, et en l'occurrence le droit de police, se manifesterait plutôt sous l'aspect de l'ordre constitué que sous celui de la pratique constitutive. L'histoire institutionnelle a toujours tendance à penser que c'est la manière d'être de l'institution qui qualifie les moyens réglementaires et non le contraire (Payen, 1997).

L'histoire de la pensée politique, quant à elle, n'a jamais imaginé que le commissaire parisien Nicolas Delamare pouvait entrer en concurrence avec Montesquieu et Rousseau et, pour cette raison, s'est totalement désintéressée d'une pratique de gouvernement aux implications théoriques pourtant riches⁴.

IV. L'HISTOIRE DOGMATIQUE

À côté d'une histoire des institutions, un autre type d'histoire juridique pourrait être envisagée : l'histoire dogmatique, la *Dogmengeschichte* d'origine allemande. Mais deux grandes difficultés s'interposent sur cette voie. La première est générale : cette histoire emploie un outillage conceptuel rigoureusement codé, plongeant ses racines dans le droit romain classique et médiéval, réélaboré par F. Savigny et l'école pandectiste du XIX^e siècle⁵. Grâce à ces catégories rigides, les juristes se comprennent entre eux, mais leur langage autoréférentiel les éloigne du reste du

4. Une heureuse exception est représentée par les recherches de M. Foucault, qui n'était pas précisément un historien des doctrines politiques. A part *Surveiller et punir*, on lira le cours au Collège de France *Sécurité, population, ferroviaire* (2004).

5. Von Savigny, 1840-1859. Sur l'école pandectiste et sa vision dogmatique, Larenz (1969 : 9-50); Koschaker (1958) ; Wieacker (1967) ; Pugliese (1977 : 29-72).

monde. Dans la perspective de l'histoire dogmatique, le droit subit un processus de décantage qui lui fait perdre sa dimension primaire de mode de faire et le transforme en objet abstrait et savant. Le droit se structure ainsi dans un système de concepts qui ordonnent les matières selon un principe d'unité et de logique interne au discours de la science juridique. Toutefois, l'obstacle majeur relèverait de l'objet à étudier, comme on l'a déjà dit. La normativité administrative, et en l'occurrence la police, ne rentrent pas dans la tradition classique du droit romain, sur la base duquel s'est fondée la construction systématique des civilistes allemands du XIX^e siècle⁶. La fonction « administrative » est plutôt liée à la formation des États continentaux depuis le XVI^e siècle. Cet aspect empêche d'aborder ces normes par le biais des notions propres au droit civil et criminel normalement utilisées par les juristes. Cela exige un effort interprétatif supplémentaire, car il faut construire les instruments de lecture directement sur le « champ », sur le terrain de l'expérience historique.

V. L'HISTOIRE CONCEPTUELLE

Ces difficultés étant manifestes, il faut pourtant articuler au mieux une approche de juriste sur la spécificité de l'objet. L'histoire sociale, l'histoire institutionnelle et l'histoire dogmatique délimitent en négatif une méthode qui vise en revanche les techniques réglementaires indépendantes de la volonté des hommes et des résultats effectifs. Le moyen normatif, en effet, se situe entre l'universalité du projet, révélée par l'intention du législateur, qui peut intéresser une histoire des idées et des doctrines politiques, l'efficacité matérielle des lois, qui relève de la sociologie juridique, et l'imagination populaire dans la représentation de tels processus, recueillie par l'histoire des mentalités.

6. Par ailleurs la méthode pandectiste a également exercé une grande influence sur les droits criminel et public et, à l'exception de la France, de l'Angleterre et des pays scandinaves, les juristes de plusieurs nations européennes, asiatiques et sud américaines se sont inspirés de ses principes (Pugliese, *op. cit.* : 70-71). Il ne faut pas oublier pourtant que les pandectistes allemands de la première génération (Savigny et Puchta) se sont refusés à considérer l'État comme l'objet d'une science juridique, leur méthode étant exclusive du droit privé. Il a fallu attendre l'entreprise de formalisation du droit public par Gerber (*Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, 1865) ainsi que le travail monumental de T. Mommsen sur le droit public romain (*Römische Staatsrecht*, 1871-1888) pour que l'État devienne un objet d'analyse systématique et scientifique même pour le juriste et non seulement pour l'historien (Thomas, 1984 : 16 s).

L'enjeu d'une histoire de la normativité administrative consiste plutôt à dégager la mise en place d'agencements réglementaires historiquement fondés (Thomas, 2002 : 1425-1428) et de reconnaître ainsi à la police la capacité de constituer la réalité comme objet d'une rationalité gouvernementale.

Toute une série de questions surgit immédiatement : comment et en présence de quelles circonstances historiques le modèle normatif de la police s'est-il structuré ? Quel genre de techniques a-t-il mis en place ? Comment a-t-il évolué pendant la période cruciale de la fin de l'Ancien Régime aux premières décennies du XIX^e siècle ? Et enfin, quels modes administratifs a-t-il élaboré de sorte qu'aujourd'hui encore, nous sommes en mesure d'en tirer quelques profits pour comprendre l'actualité ?

Pour essayer de répondre à ces questions et pour comprendre juridiquement un phénomène qui se dérobe aux catégories traditionnelles du droit, l'entreprise conceptualisante se révèle être la voie presque obligée. Selon Reinhart Koselleck (1990 : 109), un des représentants les plus éminents de cette orientation, « avec le concept, signification et signifiant coïncident dans la mesure où la diversité de la réalité historique s'investit dans la polysémie d'un mot, de telle sorte qu'elle ne trouve son sens et n'est comprise que dans ce seul et unique mot. Un mot contient des possibilités de classification, un concept réunit en lui un ensemble de significations. Un concept peut en conséquence être parfaitement clair, mais doit être nécessairement polysémique »⁷.

L'histoire conceptuelle utilise d'une manière presque naturelle des instruments offerts par la sémantique historique. Celle-ci consiste à étudier le sens des mots, tout en les mettant en rapport avec le style (au sens de Leo Spitzer) propre à certaines civilisations. À partir de là, on peut s'interroger sur les contenus de signification qui proviennent d'époques antérieures mais survivent dans l'usage actuel des mots. On peut tenter de comprendre aussi pourquoi les significations attachées à tel ou tel mot dans le passé ne correspondent plus à aucune de nos catégories linguistiques ou dogmatiques et pourquoi, dès lors, ces signi-

7. Traditionnellement hostile à la démarche conceptualisante — à des rares exceptions près (Veyne, 1971 : 157 s. ; 1974 : 62-92) — l'historiographie politique française vient de redécouvrir cette méthode d'analyse. V. Rosanvallon, 2003.

fications plus anciennes ne peuvent plus être convenablement représentées aujourd'hui par le même terme (Spitzer, 1948 : 1-14). Toutefois, il faut éviter les pièges d'une analyse excessivement savante, qui nous cantonnerait à une critique philologique. De même, nous préférons éviter une approche unilatérale à la Pocock, selon qui « le concept est l'effet ou la représentation communicative du lexique », comme si le monde du langage était la variable indépendante qui explique les formations conceptuelles (Pocock, 1997 : 377). Dans les deux cas, on risque ce que Veyne appelle le « chagrin de l'historien », autrement dit « ne pouvoir jamais mettre la main sur 'le dur du mou' » (Veyne, 1974 : 62-92).

Ces précautions méthodologiques valent *a fortiori* pour une histoire des concepts juridiques, qui ne peuvent être réduits à de purs phénomènes du langage. Pour le juriste, l'analyse sémantique doit privilégier ces pistes qui permettent de comprendre des problèmes concrets et toujours actuels. Autrement dit, le droit doit servir à éclairer autres choses que le droit lui-même ; un droit qui se renferme dans son propre langage dogmatique n'est que le signe anachronique d'un privilège social et politique que les juristes ont l'illusion de détenir. C'est pourquoi il apparaît instructif de déchiffrer toute la rationalité pratique véhiculée par le terme de « police » pendant plusieurs siècles, afin d'en retrouver les traces dans notre présent. Deux axes de signification se laissent alors décrire : le gouvernement des hommes, des choses et des conduites et la fonction auxiliaire de l'activité judiciaire, celle-ci étant devenue hégémonique dans la perception contemporaine. Il ne s'agit pas dans ce cas d'une rationalité administrative, dont le but est de gérer la sécurité et le bien-être physique et moral des hommes. Il s'agit davantage d'une rationalité d'investigation, qui consiste à rechercher les preuves pour établir la vérité dans un procès pénal. Cette précision suffit à faire comprendre que c'est bien la diversité pragmatique qui fait la fortune conceptuelle de la police, et que c'est sur ce terrain qu'il faut dégager les différences. Sinon, on ne peut que confirmer ce qu'observait Condorcet : « Le mot de police est un de ces mots vagues qu'on s'accoutume à prononcer sans y attacher de sens déterminé » (Condorcet, 1847-49).

Mais dès qu'on est bien résolu à prendre les mots au sérieux, alors il faut procéder avec prudence. Il peut arriver, par exemple, qu'une concurrence sémantique entre les termes de « police » et d'« administration » se produise en France vers la moitié du XVIII^e siècle. Quelle réalité désignent ces mots ? S'agit-il d'un conflit onomasiologique, dans la mesure où les deux termes décrivent le même concept ? Ou s'agit-il plutôt d'un croisement qui engendre des parcours distincts, de sorte que « police » et « administration » spécifient chacune leur propre sens ? Une précision méthodologique s'impose à cet égard. L'historicité d'un concept exige « la non-convertibilité de ce qui est articulé par le langage » (Koselleck, 1997a : 386). On ne peut pas simplifier les choses par une mise à jour purement lexicale. Non seulement les significations du même terme évoluent, mais ce que l'on entend par « administration » au XIX^e siècle ne coïncide pas avec la « police » d'un siècle auparavant. Pour le droit, on le sait, les noms sont importants ; toutefois les contenus et les pratiques sont aussi déterminants pour donner une forme aux concepts. Sinon, on revient à l'histoire des idées et à ses abstractions omnicompréhensives, qui supposent une identité immuable comme étant capable d'expliquer, par simple déduction, les événements particuliers, sans attention aucune pour les contextes. C'est pourquoi il est toujours essentiel de saisir la police dans ses multiples manifestations plutôt que de la réduire à un sens univoque : une expression telle que « État de police », par exemple, pourrait seulement être employée comme un indicateur méthodologique conventionnel, tout en restant dépourvue d'une signification réelle quelconque. « État de police » est une idée qui sert peut-être à écrire des manuels de droit constitutionnel, mais ne rend pas du tout compte de l'histoire. Elle tend à l'objectivation taxinomique, tout en perdant la vivacité des événements subsumés. Entre « concept » et « idée » de police, il y a alors le même écart qu'entre multitude et totalité : la multitude est la source matérielle qui alimente en permanence le concept, celui-ci étant une généralisation formelle mais dynamique des faits ; la totalité représente un postulat universel dont les situations concrètes ne seraient qu'une explicitation diversifiée.

Au-delà des variations lexicales, il est important de comprendre ce qui reste de ce lien avec les faits réalisés par le concept de police à une certaine époque. En somme, pour

aller encore plus loin, ce n'est pas tant la reconstruction complète d'un terme-concept qui nous intéresse, que son fonctionnement synchronique et diachronique. Sinon, l'on serait obligé d'établir l'inventaire de toutes les sources traitant du sujet. Il est évident, en effet, que dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, le terme de police ne recouvre pas la même réalité dans le *Tableau de Paris* de L. S. Mercier que dans n'importe quel code législatif, qui, à son tour, diffère de tout traité politique abordant la même question. Une description des typologies discursives peut toujours s'avérer intéressante. L'étude « sémiologique », c'est-à-dire de toutes les significations attribuées à un mot, aussi bien que l'analyse « onomasiologique », qui recherche tous les mots décrivant le même concept, peuvent être très utiles en l'occurrence. On prévient, par là, les associations trompeuses ainsi que la méconnaissance des analogies et on facilite l'approche conceptuelle. Toutefois, les recherches « sémiologique » et « onomasiologique » ne produisent du sens que dans la structuration des discours. C'est pourquoi ces analyses restent relativement éloignées de l'intérêt du juriste, malgré leur incontestable utilité. Selon nous, un concept est avant tout un mode d'orientation dans la réalité et ensuite un acte de langage. Il vaut mieux sélectionner les quelques applications concrètes d'un concept, que s'attarder à répertorier toutes ses facettes linguistiques et implications sémantiques. Et, surtout, il faut toujours garder à l'esprit cette question : si l'on découvre que le mot « police » désigne un ensemble de pratiques normatives, en quoi la perception du monde contemporain est-elle affectée ?

Cette question appelle un éclaircissement sur l'écart temporel entre l'historien et le domaine de recherche. Il faut dépasser l'idée d'une histoire qui serait scientifique autant que vouée au passé. Marc Bloch disait qu'on ne peut comprendre un phénomène historique qu'au moment où il a lieu. Le sens d'une telle affirmation ne peut pas consister en ce que la seule histoire possible est celle qui réduit le fait et sa réception à un rapport de simultanéité, à une sorte de prise directe photographique. L'historien voulait plutôt signaler que la mise à distance d'un objet ne garantit pas plus de vérité que le rapprochement, bien que l'opinion contraire soit la plus répandue⁸. En tout cas, cela nous

8. « Il grande pregio della storia contemporanea del diritto è l'abbondanza dei documenti. Il suo grande difetto è la mancanza di distanza storica », Friedman, 1997 : 119.

paraît être indéniable pour l'objet de droit, qui vit dans cette temporalité de très longue durée propre à toutes les techniques, matérielles ou immatérielles, à tous les procédés et à tous les savoirs-faire. Cette « répétabilité structurelle », comme l'appelle Koselleck (Koselleck, 1997b : 175), altère en permanence les découpages chronologiques qui encadrent, de l'extérieur, les événements de l'histoire institutionnelle. Les mécanismes de réitération et de transmission propres aux techniques introduisent, en revanche, une temporalité interne à celles-ci, tout en les détournant des périodisations retenues. Un déplacement chronologique faisant ressortir dans une durée très étendue la force des procédés et des règles juridiques apparaît dès lors comme non seulement possible mais souhaitable. Les paramètres de la continuité et de la rupture révèlent dans ce cas leur médiocre valeur, puisque les opérations juridiques s'inscrivent dans une échelle temporelle irréductible aux phases de la théorie politique, de l'économie, des mentalités, des formes culturelles, des idéologies, mais irréductible plus encore à l'actualité frivole dictée par l'air du temps.

Les valeurs, quant à elles, ne sont souvent qu'un effet induit par la primauté des « moyens », des techniques normatives. C'est pourquoi il faut deviner sous la forme linguistique du concept de police sa puissance technique, à savoir un faisceau de moyens construisant la réalité sociale. Les concepts ne sont pas des choses précisément parce qu'ils s'inscrivent dans un mouvement qui est celui de la conceptualisation ; on les saisit constamment *in actu*, jamais dans une essence immobile. Nous acceptons « l'effort du concept » que recommande Hegel, mais à condition d'en démolir la prétendue ontologie. Nous voudrions insister sur l'utilité pratique des concepts plutôt que sur leur capacité de synthétiser l'expérience. L'histoire des concepts juridiques n'est pas une histoire contemplative tournée vers des objets révolus (*Ibid.* : 174) ; elle doit être conçue plutôt comme une philosophie pratique permanente.

Sur la base de cette reconstruction se précise graduellement une méthode d'analyse qui nous conduit à bien maintenir distinct le plan des comportements sociaux, celui des représentations et celui des concepts : ces derniers ne sont pas le produit immédiat des actes quotidiens, d'une manière commune de sentir ou de la confrontation entre opinions. Le processus de leur sédimentation est bien plus

élaboré, il ne dépend que partiellement des mentalités. Les facteurs décisifs appartiennent en effet à des techniques et à des savoirs qui possèdent un degré plus développé de formalisation, capables de circonscrire de manière plus « sérieuse » la multiplicité de l'expérience, ce « tout mêlé qu'est d'abord le spectacle du devenir » (Veyne, 1974 : 62). Les sélections auxquelles procèdent les concepts dans l'expérience aboutissent à construire un événement autrement inintelligible. Ce processus d'abstraction produit lui-même de l'histoire, une histoire non moins présente qu'une autre, dont il faut reprendre le fil pour la déchiffrer. Il est évident que de cette manière, il ne s'agit pas de distinguer le vrai du faux ni de parvenir à un degré de vérité plus convaincant et plus explicatif, mais simplement de faciliter la compréhension à plusieurs niveaux non réductibles à la chimère unitaire du « ce qui s'est réellement passé ». À moins que l'on ne convienne, comme nous pensons qu'il soit juste de le faire, que la réalité de l'événement policier se saisit tout à la fois dans les mouvements du peuple contre les spéculations des commerçants, dans la naissance d'un modèle gouvernemental, dans l'élan spontané de la rue, tout comme dans l'accomplissement laborieux d'un art de la conduite. Si l'imaginaire populaire, avec ses fantaisies et ses mythes, nous renvoie à une vision « dé-technicisée » de la police et du droit⁹, il faut tenir compte aussi des discours capables de formaliser l'exercice du pouvoir.

VI. L'HISTOIRE COMPARÉE

L'évolution de la police française peut être mieux appréciée si on la compare à d'autres modèles européens. Bien qu'elle constitue l'exemple idéal pour les premiers libéraux de la deuxième moitié du XVIII^e siècle, la situation anglaise ne connaît pas la concentration administrative typique d'autres pays continentaux. Elle reste une police essentiellement répressive, qui ne manifeste pas une vocation préventive d'envergure telle qu'on peut la constater dans les États allemands, par exemple. C'est par rapport à ce contexte qu'il faut alors évaluer les similitudes et les différences relatives au concept de police et à l'extension de la pratique gouvernementale. Police et *Polizei* sont deux

9. Dans cette perspective, v. Dingès, 1991, *op. cit.* V. également Farge, 1992 : 194 s. ; Roche, 1998 : 369-377. On lira aussi le dossier sur les polices paru dans la *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 50-1, 2003.

façons de concevoir l'ordre public. Au cours du XVIII^e siècle, l'une et l'autre ont affirmé leur spécificité et ont produit des genres disciplinaires distincts.

La formation historiquement différente de la *Polizei*, notion dotée d'une physionomie théorique propre depuis le XVI^e siècle, est décisive pour le développement d'une institution gouvernementale qui, au XVIII^e siècle, s'affirme comme matière d'enseignement universitaire. Grâce à une production normative constamment assurée par les autorités locales d'une part, et l'affinement doctrinal que lui a conféré la *Wissenschaft* d'autre part, la police allemande se présente à la fin du siècle avec un solide fondement pratique et scientifique. Dans cette réalité policière fragmentée dans différents États, mais foncièrement unitaire comme logique gouvernementale, s'insère en 1794 l'*Allgemeines Landrecht für preussischen Staaten*, première codification juridique dans la zone germanique, qui établit aussi certains principes fondamentaux en matière de police. Bien qu'il ne concerne que les territoires prussiens, le texte remplace le droit commun alors en vigueur et fournit un modèle d'harmonisation pour les droits particuliers des provinces. De là provient l'exemplarité de sa rationalité juridique et son importance historique dans l'évolution prussienne et allemande en général, au-delà de sa valeur de code, contestable d'un point de vue moderne¹⁰.

Pour comprendre comment se présente la *Polizei* d'un point de vue comparatif, il faut prendre en compte l'abondante littérature à laquelle elle a donné lieu pendant la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Celle-ci traduit une perception spécifique du phénomène de la part de la doctrine allemande, mais aussi la présence de la police comme institution dans la société, avec des valeurs culturelles propres. On peut constater en effet que le rapport entre police et justice obéit à des orientations nationales distinctes, conditionnées dans une large mesure par le type de réflexion dont la police a fait l'objet pendant les Lumières. Là où la construction théorique homogène l'emporte, grâce au rôle déterminant des universités, comme c'est le cas des sciences camérales allemandes et autrichiennes, la police conserve un rôle systématique de première importance

10. Sur la force unificatrice du code général prussien, cf. Koselleck, 1967, chap. 1 ; sur ses caractéristiques juridiques, cf. Tarello, 1976 : 86-512.

même à l'intérieur de l'État de droit (*Rechtsstaat*) ; elle continue à détenir, pendant une grande partie du XIX^e siècle, un prestige identique à celui de la justice, si ce n'est même une utilité supérieure. Là où, comme c'est le cas en France, l'élaboration scientifique — juridique ou politico-administrative — sur le sujet reste faible, la police perd la visibilité qu'elle s'est conquise dans la littérature pratique inaugurée par le *Traité* de Delamare, en se subordonnant graduellement à l'activité judiciaire d'abord, puis à l'administration publique. En France, la question du rapport entre police et justice n'est pas aussi cruciale qu'en Allemagne et aucun spécialiste de la science administrative naissante (première moitié du XIX^e siècle) n'aurait considéré un policier plus nécessaire qu'un juge¹¹.

En somme, l'observatoire qu'offre la pratique du droit sur le phénomène de la police, en ce qui concerne l'histoire française, bénéficie paradoxalement d'un grand avantage : il ne souffre pas de l'écrasante concurrence de l'appareil doctrinal mis en place par les universités en Allemagne. Le fameux *Polizei-Staat* a été surtout une construction savante. En France, en revanche, l'activité normative forge avec une relative autonomie les bases conceptuelles permettant de délimiter ce qu'est la « chose » police. En outre, le modèle français montre ici qu'il est possible, en l'absence de toute médiation savante, de construire une institution juridique et une technique politique en les rapportant en priorité au strict plan de leur force instrumentale. Si le moment de la réflexion tend à aplanir les exubérances de la réalité en les réduisant à une représentation cohérente et plastique, le domaine de la pratique, auquel le droit appartient fondamentalement, nous offre toute la variété des cas sans lesquels on ne pourrait voir se structurer un concept.

L'absence en France d'une réflexion académique autour de la police oblige à reconstruire les concepts par voie inductive, à partir de ces textes souvent arides et inertes que sont les normes juridiques. Le discours législatif, tellement hétérogène et dispersé, représente une sorte de réservoir théorique pour mieux définir la mise en forme de l'ordre public dans les villes et dans l'État. Et même si les textes des lois ne sont pas une source explicative suffisante,

11. Comme le dit un juriste libéral tel que R. von Mohl (1844-1845, I : 14), « on peut vivre tranquillement toute la vie sans l'aide immédiate de la justice, mais on ne peut pas vivre une seule heure sans l'action tangible d'une bonne police ».

ils représentent en tout cas le point d'ancrage pour d'autres discours : les observations très épisodiques que juristes, politiciens, économistes, moralistes consacrent à ce sujet ainsi que les interventions des administrateurs et des praticiens. Le concept de police peut alors lentement se construire par ce jeu de différentes interactions autour du langage fondamental de la loi. L'enjeu consiste précisément à retrouver de la « pensée », là où ses traces sont vraiment faibles, dans toute cette législation centrée sur les détails de la vie quotidienne qui suscitent le mépris du juriste habitué aux raffinements des catégories issues de la tradition romainiste. Il faut donc accepter de se plonger dans les rebuts du droit, ce qui par ailleurs permet une plus grande liberté de recherche : on a affaire à une matière vierge, qui n'a subi aucun traitement doctrinaire. Une histoire « non pandectiste » du droit se révèle être encore envisageable.

VII. LE DROIT DE POLICE

En définitive, loin de tout souci systématique, l'intérêt d'une histoire conceptuelle de la police telle qu'on essaie de l'esquisser ici, ne porte pas sur la structure institutionnelle du pouvoir, pas plus sur la réponse sociale, mais sur ce qui est en mesure de mettre en relation ces deux termes. D'où l'attention privilégiée accordée à cet espace moyen occupé par les dispositifs de police, dont la logique nous paraît parfaitement déchiffrable sans avoir recours ni aux explications idéologiques, ni aux intentions, ni aux finalités des actions humaines. L'autonomie du « mode de faire » trouve dans la police sa consécration la plus achevée. Délesté de tout fardeau métaphysique, le droit de police s'impose grâce à sa force exclusivement « physique » : il est surtout question de moyens orientés vers des buts concrets. Il suffit de suivre le parcours de ces procédures et de ces stratégies normatives pour gagner une nouvelle intelligibilité du cadre historique. La rationalité instrumentale est le véritable papier de tournesol pour mesurer la proximité et la distance des sujets dans leurs rapports politiques et sociaux. Les questions économiques, politiques, sociales et culturelles qui se sont affrontées dans l'optique policière perdent beaucoup de leur élan idéal et se manifestent dans une dimension foncièrement stratégique. Une nouvelle vision matérialiste de l'histoire apparaît alors possible.

La police ayant réduit le droit aux modes de faire, une lecture fonctionnaliste des processus normatifs s'impose davantage. En effet, pour atteindre un but, plusieurs options sont toujours possibles ; il n'y a aucun rapport rigide, de type moniste, entre une cause et un effet. Du côté de l'interprète, cela favorise une perception beaucoup plus dynamique de la réglementation sociale, car, contrairement à ce qu'on pense, l'ordre agencé par la police se révèle être assez flexible, conditionné en permanence par la relative multiplicité des moyens normatifs et par la diversité des situations. Ce qui permet de renverser l'image assez répandue — surtout en ce qui concerne l'Allemagne — d'un ordre de police comme construction parfaite (l'idéal de la *Vollkommenheit*), en soi complète. En réalité, c'est plutôt l'idée de l'incomplétude, d'un ordre jamais accompli et toujours provisoire, qui caractérisait les dispositifs de police. L'instabilité permanente de ces mesures, la poursuite interminable d'un réel dont elles ne se saisissent jamais, ne sont pas simplement le signe des échecs de la police, comme l'observent d'habitude les historiens. Ces défaillances systématiques sont plutôt la condition constitutive du *modus operandi* propre à la police ; on pourrait même dire que celle-ci vit de son imperfection. Cela signifie qu'on ne peut pas évaluer la réalité historique de ces mesures seulement selon le critère de la réussite et de l'échec. Il s'agit de franchir là les limites d'un empirisme myope : au-delà de leur efficacité douteuse, il faut reconnaître que ces normes créent un cadre de référence, un agencement du réel à l'intérieur duquel les gens prennent position, s'orientent dans l'action, assument des décisions. Avant de préconiser des conduites futures, ces règles posent leurs conditions de possibilité.

S'essayer à une histoire juridico-politique de la police, c'est un peu faire l'expérience de cette incontournable multiplicité de typologies normatives, c'est affronter l'impossibilité, soulignée par Nietzsche, qu'il y a à figer dans une définition ce qui relève d'un processus historique¹². Mais c'est aussi expérimenter la force d'un concept dont la complexité même offre un point de rencontre entre des savoirs sociaux et des savoirs institutionnels, entre des mentalités et des normes.

12. « Tous les concepts, dans lesquels se résume sémiotiquement l'ensemble d'un processus, échappent à la définition ; n'est définissable que ce qui n'a pas d'histoire » (Koselleck, 1990, *op. cit.* : 109).

VIII. LES DROITS DE L'HOMME, UNE GRILLE DE LECTURE ADÉQUATE ?

À première vue, il pourrait sembler naturel de revisiter les traits essentiels de la police d'Ancien Régime à la lumière des changements qu'apporte l'idée de constitution à la fin du XVIII^e siècle. La police, comme la plupart des pouvoirs publics, subirait dans ce cas une redéfinition tout à la fois génétique et opératoire qui en altérerait irréversiblement la physionomie traditionnelle. La division entre autorité législative, exécutive et judiciaire contraint alors la doctrine à assigner à ce pouvoir sa place dans une zone circonscrite par le droit public, où coexistent des restes de prérogatives juridictionnelles et des fonctions réglementaires précises. Les libertés individuelles sanctionnées par la « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » de 1789, unies au principe de légalité qui régit toute activité d'État, sonneraient le glas de l'arbitraire et signaleraient l'entrée de la police dans cette modernité qui nous est plus familière.

Ce type d'arguments reste plausible d'un certain point de vue. Toutefois, c'est une erreur de voir dans la police du XIX^e siècle un phénomène qui rompt nettement avec le passé. Les techniques du droit, nous le rappelons, s'inscrivent dans une temporalité de très longue durée irréductible aux phases de la politique. On peut considérer comme dépassé le droit public d'Ancien Régime à condition de le réduire aux institutions et aux modes d'organisations du pouvoir. Et encore, cette matière reste très débattue parmi les historiens (Legendre, *op. cit.* : 578-609). Mais dès qu'on abandonne cette perspective pour se placer du côté des moyens opératoires, alors toute entreprise d'actualisation du droit apparaît souhaitable. Seule la généralisation téléologique répandue par la doctrine allemande du XIX^e siècle peut décrire l'histoire en termes de dichotomie entre l'État de police et l'État de droit. Ce modèle de lecture néglige totalement l'autonomie et donc la relative inertie de l'élément technique par rapport aux valeurs philosophiques, politiques et juridiques nouvelles. Il suppose assez naïvement que l'idéologie peut suffire pour orienter une pratique vers d'autres finalités que les siennes et subordonner ainsi l'œuvre tenace, inscrite dans une chronologie très lente, de la technique normative. Certes, dans la perception de juristes, philosophes et autres libellistes de la fin du XIX^e siècle, la police est sans doute le signe le plus oppressif de

l'Ancien Régime et c'est en tant que telle qu'elle mérite d'être remise en question. Mais les idées ne correspondent pas nécessairement aux pratiques qui traversent indemnes les formules révolutionnaires. Comme on l'a observé à juste titre, démoniser la police ne revient pas à l'éliminer (Kaplan, 1976 : 14). En détruisant la Bastille, on libère les prisonniers et on atteint l'imaginaire lié à l'exercice du pouvoir, mais on ne met pas nécessairement et radicalement en question une rationalité technico-instrumentale qui caractérise précisément la police.

Nous ne voulons pas ignorer par là que la police dont parle Balzac n'est plus celle de Delamare, de même qu'on ne peut comparer les lettres de cachet (ordre d'emprisonnement signé par le roi à la demande d'un particulier) avec l'emprisonnement pour contravention aux règlements de police, prévu par la loi du 16 août 1790 (Duvergier, 1834-1859, I : 332 ; Farge & Foucault, 1982). Il ne s'agit assurément pas ici d'épouser une vision continuiste des rapports entre Ancien Régime et Révolution, à la manière de Tocqueville. Notre problème est tout au contraire de dépasser les paramètres de la mutation et de la permanence, du progrès et de la tradition, parce que ces paramètres partent du choix purement apodictique de la liberté individuelle et collective comme critère permanent d'évaluation. Si l'on accepte, au contraire, d'observer sous tous ses aspects le *modus operandi* d'une technique, la rationalité de son emploi, les secteurs de la vie sur lesquels elle a une incidence, les actions qu'elle façonne, si l'on tient compte enfin du cadre complexe dans lequel se déploie un système à plusieurs variables, alors l'autonomie des conduites individuelles apparaîtra comme une mesure réductrice et même inadéquate pour estimer les changements des modalités d'action de la police.

S'il peut être facile, et même édifiant, de lire dans l'histoire de la police, la confrontation entre deux instances universelles, les raisons de la liberté contre celles du gouvernement, il est tout aussi exact qu'une analyse différente est en mesure de montrer comment les techniques traversent longitudinalement cette division, et bouleversent cette opposition simplificatrice. Les protagonistes effectifs de cette histoire sont de nouveau ici les instruments, qui modulent les variations de la rationalité policière. Une histoire des idées et des doctrines ne fait pas apparaître suffisamment à quel point les discours eux-mêmes sont

beaucoup moins identifiables par les partis pris qui les opposent que par les dispositifs techniques qui les unissent objectivement. Cette proposition est sans doute plus vraie pour les disciplines juridiques que partout ailleurs. Il ne s'agit pas ici d'un quelconque scepticisme rétrograde et conservateur. Notre intention est bien plutôt de saisir les instruments pratiques élaborés par le moyen de discours, les éléments qui perdurent et qui circulent, au-delà des identifications doctrinales. En définitive, un regard tourné vers les constructions instrumentales qui, comme des esclaves sans maître, s'installent et se déplacent pour aller là où le cas concret le requiert, nous semble plus significatif et actuel que l'énième glose sur le libéralisme, en tant que destin incontournable de la politique.

Mais, pourrait-on objecter à cette démarche, ne risque-t-on pas alors de sombrer dans l'apologie technocratique des raisons du gouvernement et dans le rejet conservateur des droits de l'homme ? Est-il légitime que l'objet de la recherche séduise celui qui l'étudie au point d'apparaître irremplaçable et, par là, d'une certaine façon désirable ? Une objection de ce type serait trop naïve et trop abstraite. Elle suppose une vision des Lumières qui prête foi à l'existence d'une nature prétechnique, alors qu'une telle nature est une chimère, au mieux une idée régulant la raison, comme l'aurait dit Kant. Certes, comme toutes les fictions réalisées, celle des droits de l'homme a-t-elle aussi un grand poids dans l'histoire : elle a été une arme de lutte politique et culturelle, un instrument de garantie contre les abus du pouvoir politique et elle entre aujourd'hui pour une grande part dans les conditions de la reconnaissance internationale des États. Pourtant, rien de tout cela n'empêche que le schéma des droits de l'homme — dont la validité politique n'est nullement mise en cause ici — soit un instrument diagnostique pratiquement inutilisable et qu'il demeure inapproprié pour comprendre dans leur complexité les organisations contemporaines, ainsi que pour interpréter d'autres phénomènes historiques plus anciens. Certaines valeurs sont en fait utilisées par les historiens ou même par les juristes comme instruments d'analyse de la réalité historique et sociale. Elles ne permettent pourtant qu'une évaluation éthique des faits, un point de vue que nous ne partageons pas.

Une approche inspirée du libéralisme juridique et de ses garanties légales générales et abstraites ne nous semble pas satisfaisante pour comprendre la rationalité foncièrement instrumentale qui caractérise la police. Le critère idéologique des droits de l'homme, qui porte déjà en soi une mesure normative universelle, doit être au contraire considéré dans les limites mêmes de la rationalité policière. Il suffit de considérer un seul instant certains noyaux problématiques du temps présent pour saisir la nécessité d'une telle torsion analytique : comment ignorer aujourd'hui que l'expérience de la police, avec sa diligence et sa minutie, reste absolument fondamentale pour comprendre le phénomène de l'État providence, alors que l'argument des droits de l'homme n'offre rien qui soit susceptible d'éclairer cette réalité ? Et encore, quand on parle de « principe de précaution », comment ne pas saisir que le terme « principe » hipostatise une longue histoire de techniques policières ? C'est exactement dans la répétition obsessionnelle de dispositifs préventifs affectant la vie matérielle et morale des hommes que la valeur de la précaution s'impose. Et comment ne pas retrouver dans la panoplie policière le berceau de ce concept juridiquement et sociologiquement amorphe que sera, au XIX^e siècle, le « danger » ? Et si l'on s'interroge sur la manière dont la notion de « sécurité » perd sa connotation exclusivement psychologique pour acquérir une dimension objective, mesurable et donc gérable, c'est toujours l'œuvre des dispositifs policiers qu'il faut regarder.

En somme, à l'idée d'un monisme ontologique qui instaure un rapport univoque entre l'objet et la critique de cet objet, on préférera une ouverture multifonctionnelle qui permette d'évaluer dans sa totalité l'efficacité historique d'un phénomène¹³. Il va de soi que ce geste de « tolérance » méthodologique porte ses fruits même lorsqu'il faut prendre position par rapport aux configurations historiques du phénomène observé. Le passage de la police d'Ancien Régime à la police libérale ne saurait être simplement évalué en termes de plus grande protection de l'autonomie subjective : il faut envisager aussi les nouvelles formes d'investissement gouvernemental qui l'accompagnent et appellent de nouveaux instruments de défense individuelle et collective. En définitive, il nous faut prendre en considé-

13. Dans ce sens, la critique que fait Luhmann (1970 : 9-30) du rapport de causalité appliqué aux disciplines sociales nous paraît très pertinente.

ration les prestations que, par rapport à la phase précédente, ce pouvoir commence à offrir. Sur la base d'un scénario complexe et soustrait à l'hégémonie d'un sens historique homogène, il sera possible de prendre quelque distance critique à l'égard d'une interprétation purement libérale de ces changements. À ce moment, on pourra difficilement soutenir que le gouvernement de police se distingue par une attitude essentiellement répressive. En effet, il ressortira que l'œuvre de cette institution est avant tout constitutive, car elle tient compte de la dimension vitale de l'existence en la plaçant au cœur de la communauté politique. La police, comme réalité juridique, politique et sociale, doit être insérée dans le cadre mobile d'une rationalité stratégique dont les effets sont multiples et les critères pour les juger tout aussi relatifs, et sans aucune hiérarchie entre eux. Si on l'enferme dans la grille universelle du discours des droits de l'homme, on perd de vue la densité de la chose même et l'on se retrouve paradoxalement plus désarmé pour en formuler une critique avertie.

IX. POUR UNE HISTOIRE « DES MESURES »

L'application de la méthode conceptuelle sur un objet juridiquement hybride tel que la police nous amène finalement à réfléchir sur une question par excellence interdisciplinaire : la mesure (Dagognet, 1993). Une histoire des « mesures » normatives pourrait alors se caractériser par les propriétés suivantes :

1) Elle est une histoire des « modes » normatifs. Il faut entendre ici le terme mode à la fois au sens latin de mesure et au sens spinozien de manière de l'être¹⁴. Le mode est ce par quoi on mesure une chose. Dans l'article de son *Vocabulaire* consacré à la notion de mesure, Benveniste nous offre des pistes lumineuses pour comprendre non seulement la variété de significations jaillies de la racine osque * *med-*, mais également la manière différenciée dont le droit se saisit de la « mesure » tout au long de son histoire. Sous le premier aspect, pour ne retenir que la synthèse proposée par le linguiste à l'aide des contextes latins et grecs, la racine * *med-* définit une « mesure de contrainte, supposant

14. « Par manière j'entends les affections d'une substance, autrement dit, ce qui est en autre chose, et se conçoit aussi par cette autre chose ». Spinoza, 1999 (déf. V).

réflexion, préméditation, et qui est appliquée à une situation désordonnée » (Benveniste, 1969 : 128). Cette gamme de significations ressortissant du latin *modus* s'élargit à la lumière des emplois qu'on trouve du verbe grec * *méd?* et de son présent moyen *médomai*. A l'idée d'une mesure directrice relevant d'une autorité et d'une décision souveraine, l'usage grec ajoute une précision sur la nature même de ce type d'intervention. La mesure appliquée aux choses possède en effet un caractère technique, elle est supposée être toujours adéquate à une circonstance spécifique, qui requiert le remède indispensable éprouvé par l'expérience. Dans ce cas, il ne s'agit « nullement d'un procédé inventé sur l'instant, ni d'une réflexion qui doit créer ses plans » ; il s'agit plutôt de « prendre avec autorité les mesures qui sont appropriées à une difficulté actuelle ; ramener à la norme — par un moyen consacré — un trouble défini » (*Ibid.* : 19).

Quant au sens juridique de la racine * *med-*, Emile Benveniste rappelle l'équivalence entre *med-* et *ius* ainsi que leur incapacité de produire des dérivés véritables. Il a fallu inventer 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 du sujet-juriste de ce qui désigne le droit (*ius*) — 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 appelé beaucoup plus à montrer qu'à inventer. Le droit est déjà là, aucune œuvre d'élaboration scientifique n'est requise. La « mesure » apparaît être ainsi inscrite dans un code de formules qu'il faut simplement connaître et appliquer dans un litige (*Ibid.* : 131). Dans son origine, la « mesure » du droit ne tient pas à une décision souveraine ou à une initiative personnelle quelconque visant 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 opérationnel. Dans le moule de l'activité gouvernementale qui caractérise les États territoriaux de l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècles), la mesure se transforme en outil de pouvoir ; les sources juridiques attestent sur un plan pragmatique la palette de variantes sémantiques rattachées à la notion par Emile Benveniste. La mesure de

police se révèle être un dispositif qui pèse, juge, soigne et donc gouverne une situation de désordre (Benveniste, *op. cit.* : 126). Mais cette mesure peut se concrétiser selon des modalités différentes : elle consiste parfois dans la maîtrise globale d'un ou 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 durée¹⁵. Une autre forme de mesure est toute aussi étayée par les sources juridiques, lorsqu'il s'agit de faire face à l'imprévu, à la situation exceptionnelle. Dans ce cas la formation de la règle est orientée moins par une pondération préalable des objets à modifier que par la promptitude du remède, c'est-à-dire par l'efficacité d'une mesure qui déjoue le mal selon les circonstances de son émergence. On a affaire cette fois à une mesure qui atteint un objectif immédiat et dont les effets sont lisibles moins en termes de continuité et de planification détaillée que d'actualité et de justesse¹⁶.

Dans une situation comme dans l'autre, on prend désormais congé de ce modèle archétypique de la mesure juridique dont parle Emile Benveniste. Il n'est plus question d'une mesure relevant d'un corpus technique de formules qu'il faut simplement montrer pour trancher tel ou tel litige. La mesure qui fait l'objet d'un geste d'énonciation — le *iuris-dicere* — tend à être remplacée par une mesure visant plutôt à soumettre la réalité par un acte de volonté souveraine. La mesure administrative ainsi construite retiendra pourtant les emplois diversifiés de la racine * *med-* détectés par Emile Benveniste. Elle opérera ici comme dispositif qui s'impose de l'extérieur sur les choses, tout en réapparaissant ailleurs comme règle appropriée à une situation déterminée. « Mesurer » pourra alors relever aussi bien d'une fonction constitutive de l'ordre que d'une attitude apophantique à l'égard de ce même ordre, s'agissant de se détacher du réel dans le premier cas, d'y adhérer dans le second. Qu'elle soit impérative, constitutive ou déclarative, la mesure s'acquitte d'une mission gouvernementale et, en tant que telle, est destinée à introduire une nouveauté capitale dans la forme d'exercice du pouvoir.

15. 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.

16. A cet égard, cf. les édits sur les thèmes de la salubrité et de l'approvisionnement qui peuplent les législations policières des villes d'Ancien Régime.

2) L'histoire des mesures ici envisagée est une histoire *formelle* qui s'intéresse moins à un objet à régler qu'à la forme de ces règles. Il n'est pas question de l'histoire des normes en tant qu'appareil cohérent et structuré qui s'organise 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 l'imputation à l'ordre juridique tout entier. L'histoire « formelle » telle qu'on l'entend ici n'accorde pas à tel ou à tel contexte un privilège explicatif quelconque. 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 « faire 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 a été forgé par le droit successoral romain et a trouvé ensuite une vaste application sur le terrain de l'enquête administrative aussi bien religieuse (les visites pastorales depuis le Moyen Age) que politique (du *Domesday* de Guillaume le Conquérant dans l'Angleterre du XI^e siècle jusqu'aux études statistiques depuis la fin du XVII^e siècle dans la plupart des pays européens).

La sphère de la rationalité administrative emboîte ainsi un faisceau de techniques hétéroclites, qui sont relativement indépendantes des contextes, auxquels elles assurent pourtant la mise en forme normative. D'où la possibilité tout à fait cohérente et légitime de tirer la définition d'un modèle du fonctionnement casuistique (au sens large, événementiel, et non seulement judiciaire) de ces techniques. L'enjeu d'une histoire formelle des mesures normatives consiste précisément à ramener la multiplicité des situations empiriques à l'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 Justinien¹⁷. En somme, l'enjeu porte sur la

17. Il ne s'agit donc pas d'aboutir à une nouvelle version de cette « jurisprudence des concepts » (*Begriffsjurisprudenz*) qui finit par purger le droit de toute détermination concrète. Sur ce très puissant rejeton de l'école pandectiste, Wieacker, *op. cit.*

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 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 ainsi que ses implications philosophiques, le fixerait dans un développement pur et éloigné du concret¹⁸.

3) Cette histoire des mesures normatives se veut enfin instrumentale car elle ne suppose pas un système général d'institutions juridiques et de concepts scientifiques d'où les moyens normatifs tirent leur rationalité et leur force opérationnelle. 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 par l'État en tant que tel — il s'agit de reconnaître aux moyens une capacité autonome de structurer les entités politiques, sociales et religieuses. 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) finalisés au splendeur de l'État tout entier ainsi qu'au 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 autant privée que publique vers le but commun de l'État » (Hohenthal, 1776 : 10-11).

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

18. 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 (logique) et une pensée problématique et du fragment de l'autre (topique). Là-dessus voir l'ouvrage classique de Viehweg, 1953.

Ensuite, cette définition laisse apparaître le double niveau du droit : le premier niveau concerne la normativité tout court, le mode de faire administratif capable d'atteindre une palette de buts indéterminée ; c'est l'empire de la pratique et de la multiplication casuistique. Le second niveau relève de l'élaboration savante qui se penche sur la matière première représentée par les moyens réglementaires. Nous observons ici le passage de l'*administratio* comme mode de faire normatif au droit administratif comme construction de savoir cohérente et systématique. La *congeries mediorum*, qui attesterait de l'implication originare entre le droit et l'histoire, subirait ainsi un tel décantage événementiel que le contenant purement descriptif et quantitatif (l'ensemble dispersé des dispositifs normatifs) se transformerait en un contenant éminemment constitutif et qualitatif (le système qui organise logiquement ce matériel). Or, il est évident que, si l'on s'intéresse à la pratique de mise en forme du réel, accomplie par la règle plutôt qu'à la formalisation abstraite de la règle opérée par la science juridique, l'histoire conceptuelle du droit ici envisagée ne peut que privilégier le premier volet de la définition reportée ci-dessus. Et pour des raisons intrinsèques et extrinsèques à la tradition du droit, les dispositifs de police se prêtent plus que tout autre secteur de l'expérience juridique à une histoire des mesures.

BIBLIOGRAPHIE

Benveniste, E. (1969) *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*. 2 Pouvoir, droit, religion, Paris : éd. de Minuit.

Breuer, S. (1986) Sozialdisziplinierung. Probleme und Problemverlagerungen eines Konzepts bei Max Weber, Gerhard Oestreich und Michel Foucault dans C. Sachße & F. Tennstedt, *Soziale Sicherheit und soziale Disziplinierung. Beiträge zu einer historischen Theorie des Sozialpolitik*, Frankfurt/M. : Suhrkamp.

Condorcet, J. A. N. de Caritat m. de (1847-49) *Essai sur la Constitution et les Fonctions des Assemblées provinciales*, dans *Œuvres*, 12 vol., Paris : éd. Arago, Didot, réimpr. Stuttgart : Frommann, 1968, VIII.

Dagognet, F. (1993) *Réflexions sur la mesure*, La Versenne : L'encre marine.

Delamare, N. (1705-1738) *Traité de la police*, 4 vol. in folio (le IVe par Le Cler du Brillet), Paris : Cot.

Dinges, M. (1991) Frühenzeitliche Armenfürsorge als Sozialdisziplinierung ? Probleme mit einem Konzept, *Geschichte und Gesellschaft* 17 : 5-29.

Dinges, M. (1993) Michel Foucault, Justizphantasien und die Macht, dans A. Blauert & G. Schwerhoff, *Mit den Waffen der Justiz. Zur Kriminalitätsgeschichte des späten Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, Francfort s. l. Main : Fischer.

Domat, J. (1697) *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public, suite des lois civiles*, 5 vol., Paris : Coignard, 2^e éd.

Duvergier, J.-B. (1834-1859) *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat*, 45 vol., Paris : Guyot et Scribe.

Farge, A. (1992) *Vivre dans la rue à Paris au XVIII^e siècle*, Paris : Gallimard.

Farge, A. & Foucault, M. (1982) *Le désordre des familles*, Paris : Gallimard-Julliard.

Farge, A. & et Revel, J. (1988) *Logique de la foule : l'affaire des enlèvements d'enfants, Paris, 1750*, Paris : Hachette.

Foucault, M. (1993) *Surveiller et punir*, Paris : Gallimard.

Foucault, M. (1994a) *Omnes et singulatim : vers une critique de la raison politique*, dans *Dits et écrits*, IV, 4 vol., Paris : Gallimard.

Foucault, M. (2004) *Sécurité, population, territoire* (éd. par M. Senellart), Paris : Seuil-Gallimard, "Hautes Etudes".

Friedman, L.-M. (1997) Considerazioni sulla storia contemporanea del diritto, dans M.-G. Losano, *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, Milan : F. Angeli.

Hohenthal, P.-C.-G. (1776) *Liber de politia*, Hilscherum, Lipsiae.

Kaplan, L. (1976) *Bread, politics and political economy in the reign of Louis XV*, The Hague : Hijoff (trad. fr. *Le pain, le peuple et le Roi. La bataille du libéralisme sous Louis XV*, Paris : Perrin, 1986).

Koschaker, K. (1958) *Europa und das römische Recht*, Munich : Beck, 3^e éd.

Koselleck, R. (1967) *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart : Klett.

Koselleck, R. (1990) *Le Futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris : éd. de l'EHESS.

Koselleck, R. (1997a) Una risposta ai commenti sui "Geschichtliche Grundbegriffe", *Filosofia politica* 3 : 386.

Koselleck, R. (1997b) *L'expérience de l'histoire*, Paris : Hautes Études-Gallimard-Seuil.

Larenz, K. (1969) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin : Springer, 2^e éd.

Legendre, P. (1992) *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris : Fayard.

Luhmann, N. (1970) *Soziologische Aufklärung I*, Opladen Westdeutscher Verlag : 9-30.

Mohl, R. von (1844-45), *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 2 vol., Tübingen : Laupp, 2^e éd.

Napoli, P. (1998) Police et société : la médiation symbolique du droit, *Enquête* 7 : 129-137.

Oestreich, G. (1969) *Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*, Berlin : Duncker & Humblot.

Oestreich, G. (1980) *Strukturprobleme der frühen Neuzeit*, Berlin : Duncker & Humblot.

Payen, P. (1997) *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle : dimension et doctrine*, Paris : PUF.

Pocock, J. (1997) Concetti e discorsi politici, *Filosofia politica* 3 : 377.

Pugliese, G. (1977) I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto, dans B. Paradisi (dir.) *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Florence : Olschki.

Reinhard, W. (1994) *Disciplinamento sociale, confessionalizzazione, modernizzazione*, dans P. Prodi (dir.) *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, Bologne : Il Mulino.

Revel, J. (1995) *L'institution et le social*, dans B. Lepetit *Les formes de l'expérience*, Paris : A. Michel.

Roche, D. (1998) *Le peuple de Paris. Essai sur la culture populaire au XVIII^e siècle*, Paris : Fayard.

Rosanvallon, P. (2003) *Pour une histoire conceptuelle du politique*, Paris : Seuil.

Schiera, P. (1994) *Disciplina, Stato moderno, disciplinamento : considerazioni a cavallo fra la sociologia del potere e la storia costituzionale*", dans P. Prodi (dir.) *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, Bologne : Il Mulino.

Schlumbohm, J. (1997) *Gesetze, die nicht durchgesetzt werden - ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates ?* *Geschichte und Gesellschaft* 4 : 659.

Spinoza, B. (1999) *Éthique*, Paris : Seuil.

Spitzer, L. (1948) *Essays in historical semantics*, New York : Vanni.

Stolleis, M. (2000) *Was bedeutet Normdurchsetzung bei Polizeyordnungen der frühen Neuzeit ?* dans H. Helmholz (dir.) *Grundlagen des Rechts*. Festschriften für Peter Landau zum 65. Geburtstag, Paderborn.

Tarello, G. (1976) *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologne : Il Mulino.

Thomas, Y. (1984) *Mommsen et l'« Isolierung du droit »*, Paris : De Boccard.

Thomas, Y. (2002) *Présentation à « Histoire et droit »*, *Annales. Histoire et sciences sociales* 6 : 1425-1428.

Veyne, P. (1971) *Comment on écrit l'histoire*, Paris : Seuil.

Veyne, P. (1974) *L'histoire conceptualisante*, dans J. Le Goff & P. Nora, *Faire de l'histoire*, 3 vol., Paris : Gallimard.

Viehweg, T. (1953) *Topik und Jurisprudenz*, Munich : Beck.

Vivien, A.F.A. (1845) *Le préfet de police*, Paris : Lottin (ext. de *La Revue des deux-mondes*, 1er décembre 1842).

Von Savigny, F.-K. (1840-1859) *System des heutigen römischen Rechts*, 9 vol., Berlin (trad. fr. partielle, *Traité de droit romain*, LGDJ, Paris, 2002).

Wieacker, F. (1967) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 2^e éd.

