

COMPTES RENDUS

Les femmes et l'écriture de l'histoire (1400-1800), Textes réunis par Sylvie Steinberg et Jean-Claude Arnould, Mont-Saint-Aignan, Publications des Universités de Rouen et du Havre, 2008, 550 p.

En parlant de philosophie de l'histoire, Friedrich Hegel (1770-1831) ne pouvait ignorer l'écriture de l'histoire par les femmes. Une écriture qualifiée de littérature et qui s'est développée de la fin du Moyen-Âge à l'Ancien Régime.

Hegel pouvait-il consacrer quelques livres ou chapitres à ce qui fut pensé ou écrit par les femmes ? Pouvait-il constater la pauvreté des publications de l'histoire par les femmes (hormis la nouvelle historique ou l'histoire romanesque) ? Pouvait-il témoigner des traces de celles dont l'avenir intellectuel tenait à un fil, un mari ou un destin ?

Le philosophe ne semble pas avoir (particulièrement) occupé ses pensées à l'écriture du passé par le deuxième sexe de l'humanité. Mais le saut (presque instinctif) réalisé sur ce point par Hegel ne peut effacer les lettres, les mémoires ou les romans écrits par les femmes. L'écriture marque là sa résistance au temps et aux inconvénients.

Certaines – parfois au prix de leur crédibilité ou de leur vie – ont osé poser sur le papier ce qu'elles pensaient des événements passés ou présents.

C'est l'objet de ce livre que de rappeler que les femmes (dont la philosophe et poétesse Christine de Pizan (1364-1430) est l'une des plus illustres) ont laissé à l'histoire et à la philosophie des yeux pour comprendre des périodes ou des siècles.

Les contributions réunies par Sylvie Steinberg et Jean-Claude Arnould sont touchantes et passionnantes.

Mais pour quelle raison le juriste éprouverait-il quelque intérêt à s'intéresser à ce beau travail collectif ? Parce que l'écriture de l'histoire par les femmes révèle à flots coulants le droit ou les institutions qui abritaient ces heureuses ou ces malheureuses. Louise de Savoie, Jeanne d'Albret, Anne de France, Catherine de Médicis..., Sophie de Hanovre, Eléonore d'Olbreuse, Isabelle de Charrière, Madame Roland... furent les témoins d'ordres et de désordres qu'elles ont tenté de retenir avec de l'encre, des pleins et des déliés (les femmes qui n'étaient pas nées dans des milieux plus ou moins favorisés avaient très peu de chance, voire aucune chance, de pouvoir écrire l'histoire ou plus simplement ce qu'elles vivaient au jour le jour).

L'on sera étonné et ravi de la subtilité de leurs analyses. Mais l'on sera aussi (parfois) désolé de comprendre à quel point elles étaient fragiles (à l'égard d'hommes susceptibles) dans leurs intentions de ne pas être oubliées ou méprisées du mouvement de ceux qui réfléchissaient (ou réfléchissent).

Six parties articulent l'ouvrage. « Se représenter, se faire représenter » (première partie), « Se remémorer et écrire l'histoire » (deuxième partie), « Témoigner et élaborer un récit historique » (troisième partie), « Conserver la mémoire des femmes illustres » (quatrième partie), « Représenter l'histoire dans la fiction » (cinquième partie) et « Enseigner l'histoire aux filles » (sixième partie) se succèdent avec bonheur.

Sylvie Steinberg écrit dans un avant-propos que s'il est désormais acquis chez les historiens que les femmes ont appartenu à la *Res gestae*, « ce sont surtout les spécialistes de la littérature qui ont attiré l'attention sur le fait qu'il a aussi existé, à la fin du Moyen-Âge et sous l'Ancien Régime, une *Historia rerum gestarum*, c'est-à-dire des récits qui ont consacré aux femmes une place particulière et ont témoigné du souci de conserver les traces de la vie de certaines dames illustres » (p. 7).

« Qu'avaient-ils en tête, affirme-t-elle encore, le chevalier de La Tour Landry et l'auteur anonyme du *Mesnagier de Paris* lorsque, au XIV^e siècle, ils présentaient, le premier à ses filles, le second à sa jeune épouse, des listes d'*exempla* pour la plupart appartenant à l'Ancien Testament ? » (p. 7).

Un point semble ici important : le besoin d'identification ou d'exemplarité. De Christine de Pizan à Gabrielle Suchon, de Corneille Agrippa à Marguerite Buffet, « l'exemple tend à illustrer l'excellence du sexe féminin, voire sa prééminence » (p. 9).

Pour autant, les recueils de femmes illustres ne se ressemblent pas (p. 9). On y découvre des nuances. « Ou comment un procédé d'exposition identique, le parallèle entre les anciennes et les modernes, peut servir des conceptions du temps différentes, cyclique, téléologique, prophétique » (p. 9).

La recherche des preuves (et par conséquent de la vérité) (qui se substitue aux procédés antiques d'exposition) entre le XV^e siècle et le XVII^e siècle est également importante (il est alors question de recherches documentaires et d'archivage de preuves).

Sylvie Steinberg relève à cet égard : « Qu'elles cherchent à se conformer aux nouvelles règles en vigueur pour produire des preuves en vue de procès en béatification, à exalter la réforme accomplie dans leur maison, à défendre leur communauté persécutée ou à soutenir une position hétérodoxe, elles témoignent qu'il y a bien là une communauté de méthodes avec celles utilisées dans les maisons masculines (jésuites, bénédictins de Saint-Maur, messieurs de Port-Royal) où se développent, à la même époque, les techniques de l'érudition historique » (V. à cet égard, Blandine Barret-Kriegel, *L'Histoire à l'âge classique*, Paris, PUF, 1996) (p. 9).

L'historienne rappelle encore qu'Aristote (dont on connaît pourtant la finesse des analyses) avait tenté d'établir la supériorité de la poésie sur l'histoire et que si très peu de femmes de plume se sont mêlées d'écrire l'histoire en savantes, « la valorisation d'une érudition réservée aux hommes ne semble pas en être la cause principale, du moins au XVII^e siècle ; aux yeux de beaucoup, cette érudition reste inférieure en valeur à l'éloquence des récits littéraires écrits dans le style élevé imité des anciens, elle manque de noblesse

et peine à atteindre à l'universalité des faits et des sentiments humains. La démarcation semble ainsi passer ailleurs. On revient par ce biais à des questions déjà amplement débattues, ce qui peut inviter à prendre garde de ne pas y répondre de façon trop simple. Les femmes étaient-elles habilitées à écrire dans ce style élevé ? Pouvaient-elles légitimement s'introduire sur le terrain de la chose publique ? [...] à ces deux questions, les réponses semblent certes négatives – Marie de Gournay l'apprit à ses dépens – mais [...] cette double fermeture semble avoir poussé les femmes de lettres dans des retranchements où elles ont dû finalement faire preuve d'inventivité » (p. 10).

C'est ainsi que les femmes – à côté de l'histoire docte et de l'histoire rhétorique – se sont investies dans une troisième voie : celle de l'histoire romanesque (qu'elles inventent) (p. 11). C'est alors « par le petit bout de la lorgnette, parfois même par le trou de la serrure, que les événements politiques du temps sont vus dans ces nouvelles et dans ces romans. La vérité des hommes semble se trouver dans leurs alcôves » (p. 11).

Mais, dit-elle encore, si cette production semble se couler dans la hiérarchie admise des faits humains qui distingue la « grande » de la « petite » histoire, il reste que la production féminine a renouvelé (notamment au XVIII^e siècle avec l'œuvre d'Isabelle de Charrière) le genre « en insistant sur l'importance du quotidien dépeint en lui-même et pour lui-même » (p. 11).

Hegel pouvait-il déceler dans ce qui précède le signe d'une écriture et par suite d'une philosophie (ou d'un mode de pensée) de celles qui ne pouvaient que s'habiller de robes pour être un tant soit peu considérées (rappelons d'ailleurs qu'il existe toujours en France une loi interdisant le port du pantalon par les femmes dans la rue) ?

Une réponse négative s'impose si l'on songe que le cerveau d'une femme n'a rien à envier au cerveau d'un homme. Mais une réponse positive s'impose si l'on songe au voile injuste qui les recouvre (elles sont physiquement plus fragiles à l'égard des prédateurs, (souvent) plus pauvres (même si celles dont il est question dans ce livre ont pu être reines ou ne pas manquer sur le plan matériel), plus silencieuses (parce que l'on ne les entend pas) ou plus seules (parce qu'elles vieillissent plus vite). L'écriture (qu'elle soit ou non celle de l'histoire) ne peut que ressentir ces motifs de résistance ou de survie.

Catherine PUIGELIER

Martine Reid, *Des femmes en littérature*, Paris, Belin, 2010, 333 p.

La littérature et le droit permettent de belles réflexions. Un pas de plus est franchi avec l'ouvrage de Martine Reid (professeure à l'Université de Lille-3 et spécialiste de littérature du XIX^e siècle) sur les femmes en littérature.

C'est à la construction d'une histoire des femmes auteurs (en en posant les jalons) que se livre l'auteur. Écrire est un pouvoir et les XVIII^e et XIX^e siècles n'ont pas eu envie – à l'instar d'autres siècles – d'abandonner ce pouvoir entre les mains des personnes de sexe féminin.

Une absence d'abandon que l'on décèle parfaitement à la lecture de ce travail élégant et intelligent qui fait état de la réception des femmes auteurs (de la Révolution à nos jours) à partir de quelques ouvrages significatifs puis des conditions d'accès des femmes à la littérature et du lien traditionnellement établi entre femmes et romans « avant d'analyser les représentations d'hommes et de femmes dans quelques romans des XVIII^e et XIX^e siècles ».



Obstacles, résistances, préjugés, railleries et moqueries ont entouré le travail de plume de nombreuses femmes – qui sont pourtant présentes en littérature depuis le Moyen Âge – au XVIII^e siècle mais aussi au XIX^e siècle (ce n'est pas – dans l'ouvrage rapporté – leur présence dans le champ littéraire d'aujourd'hui qui pose problème, écrit l'auteur, mais leur place dans l'histoire littéraire et dans la mémoire collective depuis des siècles) (p. 5) (cf. Cass. soc., 6 juillet 2010, *JCP* 2010, éd. G., 974, note C. Puigelier).

Les femmes avançaient à pas feutrés dans le monde littéraire. Elles avaient bien conscience des dangers qui les menaçaient.

Anne-Thérèse de Lambert rappela ainsi entre 1715 et 1723 (au sein de son essai intitulé *Réflexions nouvelles sur les femmes*) la différence de traitement entre les femmes et les hommes qui s'observe dans la littérature. « Si l'on passe aux hommes l'amour des lettres, on ne le pardonne pas aux femmes » (p. 28).

« Les femmes allient volontiers une réelle lucidité sur le sort qui leur est réservé avec l'appel au respect des contraintes et à la nécessité de se montrer dignes des qualités qu'on veut bien leur accorder. La contradiction est là, installée d'entrée de jeu, et désormais bien ancrée dans les mentalités : celles qui ont décidé d'écrire rappellent aux autres la nécessité de rester dans le rang. Les femmes auteurs murmurent donc de concert que la littérature demeure une activité difficile, et que le mieux, sans doute, est de ne pas s'y risquer » (p. 28).

Mais que craignaient les femmes ? Que leur reprochait-on ? On leur reprochait d'appartenir à la catégorie des filles perdues. Celles qui osaient prendre leur plume bafouaient la loi. Elles défiaient l'autorité paternelle qui imposait la réserve et la discrétion (p. 29).

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, la Révolution n'a pas fondamentalement modifié la réprobation des femmes en littérature (p. 29). Sous le Consulat, Constance Pipelet (qui avait pris le risque de répondre aux attaques du poète Ponce-Denis Ecouchard-Lebrun (dans une *Ode aux belles* qui veulent devenir poètes, celui-ci avait conclu « Inspirez, mais n'écrivez pas »)) avait faussé – par des propos ambigus – la défense des femmes instruites, savantes et artistes (p. 33).

Germaine de Staël avait quant à elle imaginé (même si elle avait dénoncé les conditions des femmes de lettres) un partage naturel des activités littéraires et plus précisément de laisser aux femmes la littérature proprement dite et aux hommes la haute philosophie (p. 36). Mais il y eut bien davantage. Elle parla –

au sein de l'un de ses ouvrages – des prestigieux auteurs repères comme Voltaire, Marmontel, La Harpe, Racine, Rousseau, Cicéron, Saint-Simon, Duclos, Tacite, Dante, Salluste, Plutarque, Addison ou Socrate mais elle ne parla pas (en ce qui concerne la littérature pendant le siècle de Louis XIV et le suivant du XVIII^e jusqu'en 1789) des femmes auteurs du temps (p. 37).

Le discours féminin était alors le suivant : l'on pouvait encourager les femmes à écrire mais l'on devait les maintenir dans un carcan idéologique et religieux « où leur nature, dûment corsetée, se donnera pour principe de ne pas déroger au rôle qui leur est imparti » (p. 42). Le préjugé semblait totalement envahir la pensée de celles qui écrivaient.

Pour Félicité de Genlis (comme au fond pour Germaine de Staël), il fallait – si l'on voulait accéder au champ littéraire et s'y maintenir – se plier à la vertu (et le comportement qui l'accompagnait) qui seule constituait le garde-fou indispensable contre les dangers de la notoriété (p. 42).

Sur ce point, comme sur de nombreux autres, écrit Martine Reid, les termes du débat étaient imposés par les hommes et ils n'offraient guère de sortie : « les femmes, qui ne les ont pas choisis, ne peuvent jamais que *répondre*. Comment répondre aux accusations persistantes d'immoralité, d'abandon de son rôle (filial, conjugal et par-dessus tout maternel), de sortie des "limites" de son sexe, si ce n'est par un plaidoyer pour la conduite la plus irréprochable ? Toutes les sociétés traditionnelles, toutes celles sur lesquelles pèsent des contraintes d'ordre religieux en particulier, ont conduit les femmes à ce type de discours et continuent de le faire aujourd'hui » (p. 43).

L'auteur affirme alors que l'on pouvait plaider pour les droits des femmes à publier tout en souhaitant ne pas contester l'ordre général des choses. L'on pouvait se contenter de signaler « la profonde différence de traitement entre hommes et femmes dans ce domaine, tout en se réservant le droit de ne pas s'inclure dans la catégorie des femmes auteurs (c'est la position de Germaine de Staël, ce sera aussi, avec quelques différences, celle de George Sand, de Rachilde, plus tard de Marguerite Yourcenar ou de Simone de Beauvoir) ; on peut enfin adopter une position pragmatique et "militante", en revendiquant pleinement la différence et en invitant à la production d'objets littéraires *distincts* de ceux des auteurs masculins, ainsi que le recommande Félicité de Genlis ».

L'histoire des femmes en littérature n'est par conséquent pas un long et patient cheminement vers l'égalité. Elle est au contraire marquée d'avancées et de reculs, d'acquis et de pertes d'acquis. « Elle procède de manière assez chaotique, voire par moment incohérente : ce qui est obtenu demeure fragile, mais ce qui ramène en arrière est souvent moins décisif qu'on ne pouvait le penser » (p. 45).

Les résistances pouvaient être beaucoup plus nombreuses que les signes d'encouragement. Hommes et femmes y participaient, « sans que les femmes auteurs ne soient nécessairement prêtes à mener le combat dans ce domaine, ou à faire de leur situation singulière un objet de réflexion. Diverses, parfois contradictoires, leurs réponses rappellent à quel point elles ne parlent sur ce

point ni d'une seule voix, ni de la même manière. Elles ne marchent pas à la même vitesse, encore moins du même pas » (p. 45).

Mais que l'on ne s'y trompe pas. Le travail de Martine Reid ne se limite pas à ces constatations un peu désobligeantes pour les femmes. L'immense culture littéraire de l'auteur permet de nous plonger dans les fameux Bas-Bleus (p. 47) (on pense là à Jules Janin, Frédéric Soulié, Honoré Daumier), les Portraits de femmes d'Augustin Sainte Beuve (1844) ou le Cours familial de littérature (1856-1869) d'Alphonse de Lamartine (p. 65).

Des histoires de littératures (notamment au travers de l'Histoire de la littérature française de Gustave Lanson (1895)) achèvent une première partie riche de profondeurs et de nuances (p. 87).

Martine Reid écrit qu'au-delà de préjugés puissants, d'autant plus efficaces qu'ils sont laissés à l'état d'impensé, une telle situation s'explique de multiples façons. « Construite comme patrimoine *national* bien avant la Révolution, qui leste cette notion d'une forte plus-value politique, la littérature devait porter la marque, l'empreinte, l'emprise des *citoyens*, et l'imaginaire de la « race française » se constituer autour d'elle et grâce à elle, laissant dans l'ombre un « deuxième sexe » condamné à l'état de « mineur ». Les relais institutionnels destinés à valoriser ce patrimoine et à le diffuser devaient de même travailler au renforcement de cette situation, à quoi l'enseignement sous toutes ses formes, avec ses manuels, ses programmes, ses listes de lectures conseillées et ses concours devait à son tour faire directement écho. Ce maillage institutionnel serré, indifférent à toute position idéologique, devait assurer pour longtemps la prééminence des auteurs masculins et d'une histoire de la littérature nationale singulièrement peu disposée à s'ouvrir à d'autres manières de penser, à d'autres corpus, à d'autres auteur(e)s en France et hors de France » (p. 108).



La deuxième partie de l'ouvrage – titrée Fictions – peut faire l'objet de deux présentations.

Une première présentation peut consister à souligner que l'association entre les femmes et le roman existe depuis le XVII^e siècle.

Isabelle de Charrière, Renée Vivien, Gabrielle de Villeneuve, Félicité de Genlis, Constance Pipelet, Adélaïde Dufrénoy, Germaine de Staël et George Sand, Claire de Duras ou Rachilde sont par ailleurs celles qui ont retenu – outre des ouvrages publiés entre 1750 et 1904 – l'attention de Martine Reid (p. 111).

Ces femmes – dont certaines ont pratiquement disparu des histoires littéraires – ont pu écrire des poèmes, des romans, des pièces de théâtre, des textes autobiographiques, des essais, des ouvrages de fiction ou des ouvrages d'histoire. Elles ont encore pu réaliser des traductions, les femmes « savantes » « s'étant volontiers placées en position de *passseuses* » (p. 112).

Mais une deuxième présentation (plus approfondie) peut consister à souligner qu'« être imprimée » était la formule volontiers utilisée par les femmes auteurs des XVIII^e et XIX^e siècles.

L'impression marquait l'entrée officielle dans le champ littéraire (p. 113). Elle changeait le statut des écrits ainsi que celui de celle qui les avait conçus. On pouvait parler d'un statut de l'écrivain ou de l'écrivaine.

À l'instar des hommes (et à l'instar de ce qui se passe aujourd'hui), les femmes pouvaient publier à compte d'auteur ou chez un grand libraire ou un éditeur. L'histoire du livre ne peut être écrite sans les femmes, souligne à juste titre Martine Reid (p. 114).

Les femmes pouvaient s'adonner à bien des genres d'écriture mais aucune n'a construit au XVIII^e siècle une œuvre littéraire à partir d'un pseudonyme comme a pu le faire Voltaire (ou comme ont pu le faire au XIX^e siècle George Sand, Rachilde ou Colette) (p. 115).

Ce sont par ailleurs souvent le veuvage ou la séparation qui étaient à l'origine d'une activité littéraire des femmes. Un seuil d'indépendance acquise ou recouvrée était un motif de reprise en main par celles-ci de leur destinée (p. 119).

De ce point de vue, souligne Martine Reid, « la situation de Graffigny, Leprince de Beaumont, Sand ou Desbordes-Valmore n'est évidemment pas comparable à celle de Prévost, Marivaux, Balzac, Hugo ou Gautier : l'entrée en littérature des hommes de lettres n'a jamais dépendu de leur situation affective ou conjugale » (p. 119).

Des femmes auteurs étaient restées des jeunes filles mais il ne s'agissait pas de leur part d'un renoncement au mariage pour se consacrer aux lettres (telles Marie de Gournay ou Marguerite de Lubert), « ce qui reconduit l'idée tenace selon laquelle vie privée et vie littéraire sont incompatibles, alors que la réalité offre mille preuves du contraire » (p. 120).

Enfin, les bénéfices symboliques attachés à la pratique littéraire (comme la notoriété, le pouvoir, l'appartenance à des cercles, des salons et des académies) qui vont sensiblement augmenter au cours du XVIII^e siècle [« Pour qu'il y ait littérature, rappellent Jean-Marie Goulemot et Daniel Oster, il faut avant tout qu'une production écrite soit reconnue comme primordiale dans le champ culturel, valorisée comme telle, acceptée et dignifiée par une opinion et des institutions de légitimation » (p. 121)] resteront – on s'en doute – loin des femmes. Celles-ci en étaient par la force des choses écartées ou exclues. Elles étaient en tout cas oubliées des honneurs académiques (p. 122).

Reste à relever que le mépris de la forme romanesque s'accompagnait généralement de mépris à l'égard des femmes auteurs (p. 131). Le roman était devenu la lecture préférée ou l'exercice préféré des femmes (parce qu'elles avaient de l'imagination et un faible niveau d'instruction) (p. 132).

Pourtant, les hommes furent de grands auteurs de romans (p. 133) et les femmes n'en furent jamais de véritables rivales en termes de succès ou de notoriété (p. 135).

Ces dernières écrivaient des romans gothiques, exotiques, érotiques et édifiants, sous-genres qui avaient avec le modèle sentimental des liens plus ou moins lâches (p. 136). « Sous la monarchie de Juillet, elles écrivent des romans sentimentaux sans doute, mais aussi toute une gamme de romans à la mode, des romans « monstres » et des romans d'aventures, des romans édifiants toujours et des romans populaires, ou tout cela ensemble puisque les frontières entre ces sous-genres sont en réalité assez floues. Si l'association entre femmes et roman se révèle au total peu convaincante, celle qui lie femmes et roman sentimental l'est tout autant » (p. 136).

Reste encore à relever que les femmes avaient pu se distinguer par un élément récurrent : elles ne se pliaient pas toujours (voire elles ne se pliaient pas du tout) aux contraintes génériques que leur proposait, leur supposait ou leur imposait la critique.

Elles s'illustraient « dans des genres littéraires divers, avec des bonheurs divers, faisant apparemment fi des consignes, des mises en garde et des barrières existantes (pourtant puissantes, en particulier dans le domaine théâtral) ; elles tentent, avec une évidente détermination, d'écrire ce qu'elles ont envie d'écrire, de publier ce qu'elles souhaitent publier, les chiffres manquant pour évaluer leurs échecs, les refus qu'elles ont pu essayer, les obstacles spécifiques qu'elles ont pu rencontrer » (p. 137).

Les femmes étaient en outre – à l'instar des hommes – soumises (notamment au XVIII^e siècle) à l'exigence des privilèges accordés par le pouvoir royal ou à la censure du livre par la Librairie (Malesherbes).

Selon l'historien américain Robert Darnton, elles représentaient à la fin de l'Ancien Régime environ 3 % de la totalité des gens de lettres (une centaine sur 3 000 personnes ayant publié au moins un livre). « Même si le tiers état est désormais bien représenté, les aristocrates demeurent les plus nombreuses. À l'évidence, les carrières et les œuvres de ces femmes ne se ressemblent guère. Certaines jouissent d'une notoriété exceptionnelle parfois avec un seul roman, ainsi Françoise de Graffigny ou encore, mais dans une moindre mesure, Marguerite Daubenton avec *Zélie dans le désert* (1787) » (V. à cet égard, R. Darnton, *Bohème littéraire et Révolution*, Paris, Gallimard-Seuil, 1983) (p. 141).

La situation se modifia pendant et après la Révolution mais moins nettement, selon Martine Reid, que les historiens littéraires l'affirment (p. 142).



La conclusion de Martine Reid peut alors laisser bouche bée n'importe quel juriste (ou n'importe quelle juriste). Elle affirme sans ambages que les multiples formes que peut prendre la misogynie quand elle sous-tend les discours d'autorité, « l'étonnant refus de savoir et de revoir les positions traditionnelles, y compris dans les démarches les plus récentes, conduisent à

souligner une fois encore la force des résistances et à rappeler le caractère exceptionnel de ce qui s'observe dans le champ littéraire français » (p. 257).

L'histoire littéraire que nous avons en partage continue de ne pas se penser comme constituée par des hommes et des femmes (p. 258). Mais, conclut l'auteur, toutes les femmes entretiennent avec les représentations existantes, celles qui leur ont été inculquées et celles que véhicule la tradition littéraire, des liens qui vont de la reproduction docile à la franche contestation, de l'imitation à la plus parfaite autonomie de pensée et de « manière » (p. 258).

On passe de la docilité à la résistance ou du droit au non-droit. Mais il est deux points que toutes ont atteints : l'audace et la pugnacité.

Catherine PUIGELIER

Carole Vivant, *L'historien saisi par le droit. Contribution à l'étude des droits de l'histoire*, préface de Philippe Pétel, avant-propos de René Rémond, Paris, Dalloz, 2007, 525 p.

Un encadrement juridique conditionne la science historique, du moins celle qui porte sur le temps présent ou le passé récent, car la liberté de l'histoire peut alors se heurter aux droits et libertés de certaines personnes ou même parfois, d'autre part, à des obligations estimées d'ordre public. Ainsi voit-on l'« historien saisi par le droit », selon le titre donné par Carole Vivant, particulièrement compétente en la matière, à sa thèse de doctorat qui, ayant pour objet d'apporter une « contribution à l'étude des droits de l'histoire », est une œuvre assurément magistrale où les très nombreuses références et citations jurisprudentielles et doctrinales appuient constamment l'analyse des techniques juridiques et la pertinence d'une réflexion générale.

L'ouvrage, par sa division en deux grandes parties, suit les deux phases successives qui jalonnent le travail de l'historien et posent des problèmes distincts : « la recherche en histoire » concernant les documents nécessaires aux études historiques ; puis « l'écriture de l'histoire », la rédaction d'un texte destiné à être publié.

Dans sa recherche, l'historien a tout d'abord évidemment besoin d'avoir un accès matériel aux documents, textes écrits le plus souvent, mais aussi supports éventuellement sonores, filmés, informatisés. Il est alors confronté aux contraintes du droit de propriété qui les protège. Ce sont les archives, régies spécialement par la loi, qui constituent les sources principales de la recherche. Les archives publiques comprennent les documents de l'État, des collectivités locales, des entreprises et établissements publics, des organismes de droit privé chargés d'une gestion ou d'une mission de service public ; il faut y ajouter les minutes et répertoires, mais non les dossiers-clients, des personnes privées que sont les notaires. Selon le Code du patrimoine, elles peuvent être communiquées après le délai ordinaire de trente ans, sauf renvoi à des délais spéciaux plus longs ou, au contraire, suppression de délai pour certains documents administratifs librement communicables. Les archives privées conservées par

leur propriétaire, personne individuelle ou personne morale, relèvent du droit commun de la propriété, incluant la liberté d'en autoriser ou d'en refuser la communication. Il en va de même pour les lettres missives, correspondances particulières, dont le destinataire a en principe la propriété, mais doit généralement demander l'accord de l'expéditeur pour permettre à l'historien de les consulter. Les archives privées pouvant se trouver détenues par un service d'archives, en y étant déposées par un contrat de dépôt ou en lui étant cédées en propriété par vente, don ou legs : elles restent des archives privées, et le propriétaire déposant ou même aujourd'hui l'ex-propriétaire cédant à la faculté de se réserver l'autorisation de les communiquer.

Il n'est pas facile à l'historien d'échapper à la propriété qu'on lui oppose. Comme la jurisprudence l'admet pour tout droit de propriété, l'action en justice pour abus de droit est applicable aux documents, bien que pratiquement peu adaptée à la situation. Concernant spécifiquement les archives, la loi ouvre quelques possibilités au profit de fonds de recherche pour en faciliter la protection : sauvegarde d'archives privées chez le propriétaire qui les conserve, classement comme archives historiques à la suite d'une décision administrative sans modifier le droit du propriétaire, contrôle de l'exportation nécessitant parfois un certificat spécial et même une copie des documents. Elle prévoit aussi des mesures tendant à en favoriser l'accroissement : incitations financières comme l'exonération des droits de mutation pour le don d'archives ou la dation en paiement pour le règlement des droits de succession, droit de préemption dans les ventes publiques. Quant aux archives publiques, les services peuvent récupérer celles qui, ayant été égarées puis retrouvées, sont revendiquées même contre un possesseur de bonne foi ; ils s'efforcent aussi de passer avec les cabinets ministériels des protocoles de remise de leurs archives dont le versement, malgré l'obligation légale, n'est pas toujours automatiquement effectué. Toutes ces mesures sont partielles et ne touchent pas aux conditions de consultation. En définitive, l'historien demeure gêné par le droit de propriété dont les documents sont l'objet : il ne peut que s'entendre avec le propriétaire d'archives privées ou attendre, pour les archives publiques, le terme du délai qui renvoie à une recherche future.

L'historien doit, toujours dans sa recherche, affronter les contraintes portant sur l'usage intellectuel des documents : deux droits risquent de bloquer leur utilisation et leur exploitation. Le premier, relatif à leur contenu, est le droit au secret. Il couvre certaines informations. À côté du secret nécessaire à la défense et à la sécurité de l'État, s'impose le secret auquel est soumise la vie privée d'autrui. La garantie s'en trouve dans l'interdiction, pénalement et civilement sanctionnée, d'y pénétrer sans autorisation, à moins d'interférences avec la vie publique du personnage dont il s'agit, et dans l'interdiction d'y porter atteinte en révélant un secret professionnel, médical ou autre, violés par celui qui, contrairement à son obligation, s'en ferait personnellement l'historien ou le confierait à un historien devenant alors lui-même coupable de complicité ou de recel. Ainsi, les lettres missives, souvent confidentielles, peuvent contenir des secrets sur la vie privée de l'expéditeur ou de tierces

personnes dont le destinataire propriétaire doit tenir compte. Les archives publiques touchant la vie privée ou, d'autre part, classées en secret défense, ne sont communicables qu'après des délais spéciaux bien plus longs que le délai ordinaire. Toutefois, des tempéraments permettent, le cas échéant, d'en avancer le terme, moins par le recours judiciaire contre un refus de communication sous prétexte d'un secret devenu peut-être inutile, que, bien plutôt, par les dérogations administratives en vertu desquelles les services d'archives publiques autorisent une ouverture anticipée de fonds de recherche : dérogations générales concernant certains documents du moins après un délai minimum et dérogations individuelles et exceptionnelles accordées notamment à des chercheurs dont les demandes, après un avis éventuel de la Commission d'accès aux documents administratifs, malgré le risque de préférences sélectives, sont largement satisfaites au nom de l'intérêt scientifique.

Un autre droit que l'historien peut se trouver astreint à respecter est celui qui, sur un document considéré en tant qu'œuvre de l'esprit, constitue le droit d'auteur, droit moral de divulgation et de retrait et droit patrimonial de reproduction. Si l'accès est par principe impossible avant divulgation et au contraire évident une fois l'œuvre publiée, l'exploitation reste sous le contrôle de l'auteur et, sauf pour les informations purement objectives fournies sans l'apport d'une réflexion personnelle, l'historien ne peut reprendre le texte qu'à condition d'y être autorisé, sous peine d'être poursuivi en contrefaçon. Après le décès de l'auteur, il appartient aux héritiers et ayants cause de consentir à l'autorisation, que l'œuvre soit divulguée antérieurement ou plus tard et jusqu'à ce qu'elle tombe dans le domaine public. Cependant, le monopole de l'auteur comporte des exceptions. L'historien bénéficie de dispenses légales d'autorisation, lui permettant d'utiliser, du moins après leur publication, des œuvres protégées. Il peut faire une copie à son usage privé, afin de conserver une trace écrite et faciliter son travail. Il peut aussi, dans l'ouvrage ou l'article qu'il rédige et destine à la diffusion, effectuer une analyse commentée de l'œuvre, intégrer à son propre texte, auquel elles doivent s'adapter, des citations courtes et exactes, évitant les longueurs abusives et, plus encore, s'interdisant les déformations tendancieuses, mais toujours avec les références explicites et précises à l'œuvre citée. Après le décès de l'auteur de l'œuvre protégée, une action judiciaire est possible de la part de l'historien en cas de défaillance ou divergence des héritiers et ayants cause pour une éventuelle autorisation. Ainsi, face au droit d'auteur et surtout au droit au secret, comme aussi au droit de propriété, l'historien ne peut guère compter que sur des dérogations, des autorisations, ou sur l'écoulement du temps.

L'écriture est le but de la recherche, qui aboutit à un texte rédigé et publié. La liberté d'opinion et d'expression est un droit fondamental, laissant une grande latitude de critique et d'interprétation, sans toutefois que l'historien soit assuré d'une immunité totale, car il peut engager sa responsabilité, sous le contrôle du juge, s'il attente à des intérêts privés ou publics. Sa liberté est limitée traditionnellement au nom de l'intérêt privé des acteurs de l'histoire

qui sont ses contemporains. La règle générale de la responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil touche l'historien dans un domaine devenu résiduel, excluant, depuis une jurisprudence récente de la Cour de cassation, la possibilité d'y recourir même aussi dans la sphère des textes spéciaux éventuellement plus difficiles à mettre en œuvre. Elle n'est plus utilisable pour en surmonter les obstacles, mais seulement en dehors du cadre prévu par eux.

En effet, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, applicable à l'historien, définit et sanctionne, aux articles 29 et suivants, le délit pénal de diffamation, allégation publique d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne ou d'un corps constitué. Cependant, l'historien peut se justifier et donc échapper à la condamnation par l'*exceptio veritatis*, en apportant dans le bref délai de dix jours la preuve complète de la vérité du fait allégué, preuve que, depuis 1944, bien qu'admise pour la diffamation des particuliers, est interdite si elle porte sur la vie privée, sur des faits remontant à plus de dix ans ou sur des condamnations amnistiées : d'où une forte gêne pour l'historien pris entre l'interdiction procédurale et le devoir scientifique de dévoiler certains comportements. La jurisprudence, soucieuse de favoriser la libre activité de l'historien, lui permet de se justifier par un autre moyen plus largement ouvert, en prouvant sa bonne foi ici entendue comme honnêteté intellectuelle et scientifique. Mais alors, le juge tout en commençant par affirmer, selon une habitude toujours suivie, qu'il se refuse à juger l'histoire et à prendre parti sur la vérité historique, est porté, par le biais de l'appréciation de la bonne foi, à contrôler les méthodes de l'historien, leur validité et leur usage, et même le mode d'expression, et, jugeant de la méthode par son résultat, il en vient, tout en s'en défendant, à laisser transparaître et même à faire ressortir une vérité historique au moins judiciairement officialisée. Afin d'éviter de le condamner, le juge supervise l'historien : il serait préférable d'étendre légalement la possibilité d'un réel débat sur la vérité des faits. L'historien est encore davantage mais peut-être trop protégé dans la diffamation des défunts, dont la loi de 1881 ne fait un délit pénal que si les héritiers sont eux-mêmes aussi visés de façon intentionnelle, et, en dehors de cette condition, la jurisprudence récente, déjà mentionnée, de la Cour de cassation ne permet plus d'utiliser la responsabilité civile : un élargissement pour faute grave du délit de diffamation éviterait ici l'inconvénient de refuser tout recours aux héritiers.

Un autre texte, moins spécifique, l'actuel article 9, alinéa 1, du Code civil reconnaît le droit de chacun au respect de sa vie privée, laquelle, déjà protégée par le régime des archives et par l'exception à l'exception de vérité dans la diffamation, peut encore, en cas de manquement, engager la responsabilité civile. Selon une jurisprudence voulant équilibrer le droit de la personne et celui de l'historien, ce dernier doit respecter le droit à l'oubli ou au silence sur les faits de vie privée antérieurement révélés par les nécessités de l'actualité, notamment dans des affaires judiciaires, mais peut en faire état si le souvenir en est resté socialement présent ou sans doute estimé utile au travail historique, tout en évitant de flatter une curiosité malade du public. Si les faits de vie privée ont été divulgués volontairement par la personne elle-même ou avec

son accord, l'historien n'a pas aujourd'hui, semble-t-il bien, pour les reprendre dans son étude à obtenir une autorisation qui ne ferait que patrimonialiser, en les monnayant, des faits privés déjà librement rendus publics. Concernant un défunt et la vie privée qu'il a eue, la divulgation antérieure par lui de sa propre autobiographie ou l'exigence d'un éclairage de sa personnalité et de son rôle laissent à l'historien une grande liberté. Ainsi, dans son appréciation du respect de la vie privée, comme elle le fait dans l'usage résiduel de l'article 1382 du Code civil et dans l'interprétation pourtant discutable des conditions de la diffamation, la jurisprudence applique les textes légaux en cherchant plutôt à favoriser le travail historique par rapport à l'intérêt privé.

Mais apparaît plus grave, bien que plus rare pour l'historien, qui se fait éventuellement journaliste, la réduction de sa liberté au nom d'un intérêt public par la résurgence du délit d'opinion que la loi de 1881 sur la presse avait exclu et qu'ont réintroduit, dans la seconde moitié du XX^e siècle, deux lois réprimant pénalement l'expression d'opinions qui heurtent la mentalité actuelle politiquement officialisée. Selon la loi Pleven du 5 janvier 1951, insérée dans la loi modifiée de 1881, il est interdit sous peine d'amende de faire notamment l'apologie des crimes de guerre ou de collaboration avec l'ennemi ou, addition ultérieure, contre l'humanité. La jurisprudence la définit comme étant l'éloge de tels agissements, ainsi que celui de leur auteur pour les avoir commis. Mais elle y assimile une explication qui la justifie par les nécessités, certes reconnues regrettables, de l'urgence et des circonstances exceptionnelles. Elle en élargit encore la notion en retenant l'apologie indirecte qui, tout en les désapprouvant, les dilue dans un amalgame de comparaisons et d'arguties tendancieuses, et l'apologie implicite par le silence délibéré, les non-dits dans la défense d'un personnage en évitant de lui imputer une responsabilité dans une politique qui, en elle-même réprouvée, ne lui est pas attribuée et dont au contraire on veut le disculper. Ce sont là des extensions contraires au principe de l'interprétation restrictive de la loi pénale, laquelle en l'espèce est même contraire au principe de la liberté d'expression.

Bien plus, la loi Gayssot du 13 juillet 1990, également insérée dans la loi sur la presse, réprime le délit dénommé couramment de révisionnisme, plus précisément, selon les termes légaux, la contestation de l'existence des crimes contre l'humanité tels que définis par le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg de 1945, c'est-à-dire le génocide juif dans l'Allemagne nazie. Ce délit est ici d'abord présenté comme normalement sanctionnable : on peut penser qu'il s'accorde avec les droits de l'homme, les libertés d'opinion et d'expression comportant la possibilité de limitations nécessaires, et qu'il s'explique par la volonté de préférer interdire pénalement la contestation d'une réalité tragiquement évidente plutôt que d'accepter d'en faire une réfutation intellectuelle et argumentée. La loi a un objet bien déterminé, la jurisprudence inclut dans la contestation de l'existence des camps d'extermination des juifs leur mise en question, la minoration outrancière du nombre des victimes, qu'il est cependant permis de chercher à évaluer de façon plus précise. Mais un tel délit spécial se révèle, malgré tout, inopportun. En effet, il

n'a guère d'utilité pratique : il frappe le révisionnisme qui, avant l'adoption de cette loi, donnait déjà lieu à une condamnation pénale par les lois contre le racisme et à une responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil. Il implique nécessairement une discrimination entre le génocide juif et les autres génocides, même délibérément programmés, crimes contre l'humanité, dont la contestation n'est pas pénalement réprimée. Surtout, bien qu'il interdise des assertions choquantes et controversées, il a le grave inconvénient d'imposer une censure à l'historien, une leçon légalement officielle de l'histoire. Certes, la loi condamnant le révisionnisme, comme aussi celle qui fait condamner l'appréciation compréhensive de certains comportements, tout en pouvant mettre en cause un historien actif et engagé, visent, de fait, essentiellement des points sensibles de l'histoire encore récente : l'Allemagne nazie exterminant les juifs, le gouvernement de Vichy et les mouvements de résistance dans la France occupée de 1940 à 1944, ou la guerre d'Algérie. Il n'en reste pas moins qu'il conviendrait d'abroger cette législation pénale, pour ne laisser subsister qu'une éventuelle responsabilité civile. Dans un régime qui entend éviter les germes d'une idéologie totalitaire, il n'appartient pas à l'État, à la loi normative et impérative d'imposer une vérité historique, de régenter la recherche historique, qui est du ressort des historiens.

Ainsi, dans la recherche des documents récents, l'historien doit, pour y accéder, se conformer au droit de propriété et au droit des archives et, pour les utiliser, tenir compte du droit au secret et du droit d'auteur, tout en pouvant bénéficier de divers tempéraments. Pour l'écriture des œuvres qu'il compose, il bénéficie évidemment d'une large liberté d'expression, sous réserve de certaines limitations qui, à l'exception de lois politiquement orientées, ont pour objet de protéger la vie privée et la réputation des personnes et dont la jurisprudence, en ce domaine, fait une interprétation favorisant et supervisant à la fois le travail de l'historien. Tel est le problème, mais aussi l'intérêt français l'histoire d'un passé encore ressenti comme présent dans la mentalité actuelle.

Jacques DAGORY

Stamatios Tzitzis, Maria Protapas-Marnelle et Bjorne Melkevic (sous la direction de), *Mythe et justice dans la pensée grecque*, Canada, Presses de l'Université Laval au Québec, 2009, 350 p.

Dans la Grèce antique, la justice désigne originellement l'équilibre de l'ordre cosmique et social en s'identifiant à des divinités mythiques, « Thémis », « Eunomia », « Némésis » et notamment « Dikè », et cette justice ontologique, opposée à la démesure (*hubris*) et gardienne de l'harmonie universelle, reste sous-jacente à la vertu éthique et politique de justice (*dikaïosnè*) qui s'en distingue dans la philosophie classique. Tel est le thème général qu'abordent une vingtaine d'auteurs appartenant presque tous à des institutions académiques ou universitaires de la Grèce actuelle et dont les

articles sont rassemblés et présentés, sous le titre « Mythe et justice dans la pensée grecque », par Stamatios Tzitzis, directeur de recherche au CNRS et directeur adjoint de l'Institut de criminologie de l'Université de Paris-Assas, lequel apporte sa propre contribution au recueil, par Maria Protapas-Marnelle, directrice du Centre de recherche sur la philosophie grecque, membre de l'Académie d'Athènes, et par Bjorne Melkevic, professeur de droit à l'Université Laval au Québec où l'ouvrage est publié.

Les articles, traitant de sujets diversifiés, sont regroupés en quatre parties. La première, intitulée « tradition mythique » comprend, après un examen des anthroponymes se terminant en « thémis » (*Diothémis* et bien d'autres), une étude sur les figures anthropologiques que revêt la justice dans la culture grecque antique depuis Homère et Hésiode et sur le passage de la parole mythique (*muthos*) à la parole rationnelle, logique (*logos*) dont témoigne l'*Orestie* d'Eschyle où les Érynies, persuadées par Athéna, deviennent les « Euménides », puis une mise en rapport de héros mythique avec des notions mathématiques (comme celle de limite que suggère le supplice de Tantale), et une recherche du symbolisme dans le séjour annuel qu'Apollon fait pendant l'hiver au pays légendaire et paradisiaque des Hyperboréens, ou dans le mythe de Sisyphe que ses ruses pour échapper à la mort font condamner au châtement d'une tâche inutile éternellement recommencée avec persévérance, ou dans celui d'Eurydice que son jeune époux le poète et musicien Orphée va rechercher dans le monde des morts pour la ramener à la vie mais échoue par son impatience et se réfugie en Thrace où il finit par être victime des Ménéades.

Dans la deuxième partie, sous la rubrique « De la mythologie à la philosophie », les études portent sur divers sujets. Ainsi, sur les rapports entre justice et ontologie chez les penseurs présocratiques d'après l'interprétation qu'en font Nietzsche et Heidegger. Sur le plaidoyer fictif « Défense de Palamède » où le rhéteur Gorgias, reprenant le procès du héros grec injustement condamné pour trahison pendant la guerre de Troie, joue de l'opposition entre l'opinion (*doxa*) et la vérité (*alétheïa*) afin de suggérer le relativisme de la justice humaine à travers l'ambivalence du langage et la puissance de la rhétorique. Sur la justice et les mythes de son origine : selon Hésiode qui la fait accorder aux hommes comme à regret par Zeus, d'abord courroucé contre eux après le vol par Prométhée du feu divin à leur profit et leur envoyant, par l'intermédiaire de la spécieuse et première femme Pandore, tous les maux facteurs de discordes, mais enfin leur laissant l'espoir, qu'il leur inspire lui-même, de surmonter leur injustice et de faire régner la paix ; selon le mythe, moins dramatique, attribué par Platon à Protagoras imaginant Zeus qui constate la dangereuse insuffisance du feu et du savoir-faire divins volés par Prométhée pour relier pacifiquement les hommes et leur fait donner par Hermès la pudeur (*aidos*) et la justice (*dikè*), conditions de l'amitié sociale et de l'ordre politique. Sur la valeur affirmée mais, avant Platon, variable de la justice chez les auteurs tragiques : de la justice divine (Athéna indulgente dans les *Euménides* de l'*Orestie* d'Eschyle et impitoyable dans *Ajax* de Sophocle), de la justice humaine (*Philoctète* de Sophocle, les *Phéniciennes* d'Euripide), malgré

les lois généralement reconnues de la sépulture des soldats morts au combat (donnant lieu malgré tout à discussion dans *Antigone* de Sophocle) ou de l'hospitalité reçue ou donnée (*Iphigénie en Tauride* d'Euripide, *Hécube* d'Euripide) sous réserve d'hésitations (les *Suppliantes* d'Eschyle). Sur le recours au droit pénal dans les *Bacchantes* d'Euripide, où le roi de Thèbes tente de s'opposer à l'introduction du culte apporté par le jeune étranger en qui il refuse de reconnaître le dieu Dionysos, lequel fait de lui la victime d'une vengeance cruelle.

La troisième partie, intitulée « De la théologie à la philosophie », aborde la justice sous deux points de vue différents. La médecine grecque ancienne, d'Hippocrate à Galien, assimile le corps sain au corps juste, la santé à la justice, ou justesse, équilibrant les organes du corps et les composantes du tempérament conformément à la justice de la nature démiurgique et faisant correspondre le microcosme de l'individu humain avec le macrocosme de l'univers. Par ailleurs, le néoplatonisme de Proclus, dans les commentaires sur Platon, dans la Théologie platonicienne et les Éléments de théologie, fait une place à la justice (*diké*), intégrée, avec la science (*épistémé*) et la prudence (*sôphrôsuné*), au système complexe de la hiérarchie des entités métaphysiques, onto-théologiques, hypostases intermédiaires entre l'Un superessentiel et le quasi non-être de la matière multiple.

Un rapprochement entre « mythe et modernité » est esquissé dans la quatrième et dernière partie du recueil. D'une part, on y propose un commentaire de l'interprétation du cas d'Antigone par Hegel, qui admire l'héroïne légendaire animée par la passion de l'absolu faisant sa grandeur et sa perte et qui voit en elle la personnification de la loi universelle de la moralité objective et substantielle, mais cependant partielle car séparée de la loi également universelle de l'ordre politique que, tout en la trahissant, représente Créon, les deux droits distincts étant plutôt les deux aspects d'un droit métaphysiquement unique où la pièce de Sophocle se trouve accommodée à la philosophie hégélienne. D'autre part, ne sont pas oubliés les penseurs néohelléniques de la Grèce moderne. Ainsi, lors de la renaissance de la Grèce au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles et au début de l'indépendance reconquise dans les années 1820, Adamantios Korais et Benjamin de Lesbos insistent sur l'importance de la justice et s'en font une conception certes reliée à la pensée antique, mais aussi influencée par la morale chrétienne et surtout par la philosophie du XX^e siècle, Kostas Papaïannou, ayant, comme Kostas Axelos et Cornélius Castoriadis, après avoir rompu avec le parti communiste au lendemain de la Seconde guerre mondiale, quitté la Grèce pour venir s'installer en France, connu pour ses études sur le marxisme, mais sans qu'elles doivent laisser dans l'ombre celles qu'il a consacrées aux mythes de la justice et à la tragédie antique dans le cadre de sa théorie sur la participation du public dans cette époque ancienne et sur le rôle créateur des masses sociales historiquement actives. Le recueil se termine par une courte note relative à un texte de l'Allemand Walter Benjamin critiquant le mythe du progrès historique.

Jacques DAGORY

Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, *Jean de La Fontaine juriste ?*, Lecture de fables choisies à la lumière du droit, Journée d'étude « Thesa nostra », Association des doctorants de l'École doctorale droit et science politique « Pierre Couvrat », Paris, L. G. D. J., 2009, 336 p.

L'intérêt des juristes pour la littérature s'est manifesté par plusieurs études récentes dont les *Archives de philosophie du droit* ont rendu compte. Un nouvel ouvrage est tout particulièrement consacré, sous un titre interrogatif, à *Jean de La Fontaine juriste*, publié par l'Université de Poitiers et présenté par les professeurs Éric Gojosso et Rose-Noëlle Schütz. Il rassemble des contributions de doctorants à une journée d'étude de l'association « Thesa nostra », reliée à l'École doctorale de droit des Universités de Poitiers, Angers, La Rochelle, Le Mans et Limoges. À la différence de travaux plus généraux sur la pensée politique et juridique du célèbre fabuliste, tels ceux de Georges Coulon (*La politique de La Fontaine*, Les Belles Lettres, 1959) et de Pierre Boutang, lequel en recherche le fondement et la signification philosophique (*La Fontaine politique*, Albin Michel 1981, avec, comme supplément, *La Fontaine, les Fables et la langue des dieux*, Hachette, 1995), il s'agit ici, comme l'indique le sous-titre, d'une « lecture de fables choisies à la lumière du droit », d'une réflexion sur une quinzaine de fables retenues parmi bien d'autres et envisagées d'un point de vue juridique, notamment sous l'angle de la justice, celle du temps de La Fontaine, lequel devait avoir un minimum de connaissances juridiques pour avoir été maître des eaux et forêts à Château-Thierry, ou celle qui, actualisée ou permanente, intéresse de plus près notre époque contemporaine.

Quelques-unes d'entre elles, regroupées en première partie sous la rubrique « Le droit par les fables », sans vouloir expressément décrire des institutions juridiques, sont l'occasion de prendre en compte des pratiques humaines que le droit tend à encadrer. Ainsi, avec « La laitière et le pot au lait », le désir d'investir en rêvant inconsidérément à l'espoir de s'enrichir grâce à des plus-values susceptibles d'être réalisées par le travail sur des choses successivement achetées et revenues, mais l'investissement, devenu aujourd'hui essentiellement financier, et non plus physique, est conditionné, selon la jurisprudence, par un devoir incombant aux banques d'une mise en garde de l'investisseur du moins inexpérimenté sur les risques encourus. Avec « Le marchand, le gentilhomme, le pâtre et le fils de roi », la recherche d'un travail qui est vital pour des naufragés totalement démunis, ne pouvant recourir qu'à la ressource de leur compétence particulière, et de là le problème de la liberté ou de l'obligation du travail et le statut du travailleur. Avec « Les loups et les brebis », l'apaisement d'un conflit, la fin d'un état de guerre par une transaction, mais celle-ci, garantie par des concessions réciproques, en l'espèce par l'échange d'otages qui sont inégalement protecteurs, devrait reposer au

contraire sur une mutuelle bonne foi, et non pas cacher un stratagème qui aboutira à l'écrasement d'une des parties par l'autre. Avec « La tortue et les deux renards », au-delà d'un voyage extravagant dans les airs, le régime juridique actuel du contrat de transport aérien et de la responsabilité du transporteur ou de la victime. Avec « Le satyre et le passant », l'exemple jouant sur le double sens, littéral et figuré, d'une expression du langage pour critiquer l'incohérence de deux attitudes successives et incompatibles, ce qui annonce la censure d'un tel comportement au cours d'une procédure judiciaire, sur le modèle du droit anglais de l'« estoppel », dont semble s'inspirer une récente jurisprudence française.

La seconde partie du recueil est placée sous la rubrique « Le droit dans les fables », dans lesquelles il se trouve explicitement mis en scène. Celles qui sont ici commentées, et dont le petit nombre ne doit pas faire oublier la fréquence de ce thème dans l'œuvre du fabuliste, portent donc sur la règle de droit et le fonctionnement de la justice. Ainsi, « L'âne portant les reliques », sur le rituel judiciaire assimilé à un masque d'apparat à l'usage de magistrats ignorants, mais qui traduit bien plutôt en réalité, surtout au cours du procès pénal, une symbolique éclairée naguère par Antoine Garapon dans une étude de 1985 prenant pour titre celui de cette fable et donnant lieu à une reprise amplement complétée sous le titre « Bien juger » en 1997, mais susceptible même encore de comporter des éléments nouveaux. Dans « Les frelons et les mouches à miel », sur la preuve judiciaire, qu'un test de compétence des deux groupes de prétendants dans le travail litigieux permet effectivement d'établir pour surmonter l'ambiguïté des apparences et la prolongation des enquêtes, et dont l'établissement reste toujours absolument nécessaire, ce qui conduit aujourd'hui, pour les contrats conclus par voie électronique, à élargir la preuve littérale au support instrumental dématérialisé et relié à un système dont la fiabilité est présumée dans le cadre de la loi. Dans « Les animaux malades de la peste », sur la partialité de la justice condamnant l'âne pour une peccadille à la place des animaux qui sont, comme le juge, des carnassiers, c'est-à-dire l'individu faible et naïf en face des personnes joignant le cynisme à la force, alors que la justice moderne entend bien plutôt garantir, du moins en principe, le droit de tout justiciable à un procès équitable, sans qu'elle puisse toutefois guère mettre en cause la responsabilité de ces puissants que sont les gouvernements à la traditionnelle irresponsabilité, ou celle des magistrats sous réserve d'un régime disciplinaire spécial ; du reste, elle n'a plus à désigner un bouc émissaire chargé des péchés collectifs pour détourner le châtement divin, bien qu'elle se voie aujourd'hui sollicitée par l'opinion de trouver, pour toute calamité publique, une compensation juridique et judiciaire. Dans « Le loup et l'agneau », sur une constatation pessimiste de la violece masque par un faux semblant du droit, sur l'anéantissement ou l'écrasement du faible par le fort qui prétend, sans aucun procès, sous des prétextes manifestement faux, faire passer la force brutale pour une force légale, d'où une réflexion relative aux rapports de la force et du droit, en évitant de les confondre ou de les séparer, la

force étant nécessaire comme sanction du droit, lequel est conditionné par le juste et symbolisé moins par la gloire que d'abord par la balance de la justice.

Dans « Le chat, la belette et le petit lapin », la fable porte sur le fondement de la propriété d'une habitation et le conflit entre le propriétaire héritier du logis, bien qu'alors absent, et l'occupant sans titre, par le simple fait d'un *squat*, les deux prétendants étant en l'espèce mangés par le juge qu'est le chat, et plus généralement, suivant une évolution historique, entre l'absolutisme du droit de propriété privé et sa limitation ou même sa restriction par le pouvoir étatique. Dans « La génisse, la chèvre, la brebis en société avec le lion », sur le danger de l'union du fort et du faible et, par suite, dans le droit contractuel des sociétés, la raison de la prohibition des clauses dites, par référence au lion de la fable, précisément léonines, attribuant d'une façon exclusive ou excessive les profits à un sociétaire omnipotent sans y faire participer les autres sociétaires, même dans une bien moindre proportion, par une répartition qui assure un minimum d'équilibre : prohibition classiquement affirmée, applicable toutefois avec des tempéraments concernant moins les clauses statutaires que les pactes extrastatutaires où, malgré l'essence du contrat de société, la jurisprudence actuelle tend à valider, sous certaines conditions et distinctions, les promesses de cession de droits sociaux à prix plancher en conciliant la prohibition des clauses léonines et la libéralisation du droit des affaires. Dans « Le testament expliqué par Ésope », sur le défaut d'entendement des juristes incapables d'interpréter les dispositions, certes sibyllines, d'un testament, alors qu'un esprit subtil comme Ésope en donne finalement la signification : exemple voulant montrer la supériorité d'une intelligente sagacité sur les spéculations juridiques.

À travers de petites histoires plaisantes et instructives, mettant en scène le plus souvent, mais non pas toujours, des animaux, La Fontaine pose un regard sceptique et désabusé, mais empreint de bon sens et de sagesse, sur les comportements humains.

Jacques DAGORY

Blandine Hervouët, *Jacob-Nicolas Moreau. Le dernier des légistes. Une défense de la constitution monarchique au siècle des Lumières*, préface de Jean-Marie Carbasse et Guillaume Leyte, Paris, L.G.D.J., 2009, 586 p.

Jacob-Nicolas Moreau est remis en valeur par Blandine Hervouët, historienne du droit, dans un ouvrage dont le titre rappelle qu'il est le « dernier des légistes » et qu'il soutient « une défense de la constitution monarchique au siècle des Lumières ». Généralement rabaisé au rang de simple propagandiste du pouvoir royal à la fin de l'Ancien Régime, il ne retient guère alors l'attention que pour avoir eu le mérite d'organiser le Cabinet des chartes (voir à ce sujet de Dieter Gembiecki, *Histoire et politique à la fin de l'Ancien Régime, Jacob-Nicolas Moreau*, 1979, et de Blandine Barret-Kriegel, *Les historiens de la monarchie, 1988-1996*). La présente étude, magistrale thèse de

doctorat, s'attache plutôt à faire ressortir la propre pensée juridique et politique de Moreau : elle se fonde sur la connaissance exhaustive de son œuvre abondante et sur l'utilisation d'une ample bibliographie, comme en témoigne la multitude des citations et des références tout au long de l'ouvrage.

Celui-ci passe rapidement sur la biographie. Jacob-Nicolas Moreau (1717-1803) est avocat, juriste publiciste, favorable, comme tous les légistes antérieurs à la pleine souveraineté du roi de France, son pouvoir absolu dans la monarchie chrétienne et gallicane. Formé par le chancelier d'Aguesseau, il entre dans les services gouvernementaux. Il est hostile aux critiques idéologiques des philosophes et aux ambitions politiques des parlementaires. Sur la base de la bibliothèque du contrôle général des finances, il crée et dirige pendant trente ans le Cabinet des chartes. Il rédige des cours pour l'éducation historique des princes fils du dauphin et petits-fils de Louis XV, et particulièrement du duc de Berry futur Louis XVI : entre autres, les *Principes de morale, de politique et de droit public puisés dans l'histoire de notre monarchie ou Discours sur l'histoire* (21 volumes 1777-1789). À la Révolution, il est évincé, et même inquiété et surveillé sous la Terreur, avant de terminer modestement sa vie en achevant de rédiger ses *Souvenirs* qui ne seront publiés qu'à la fin du XIX^e siècle.

C'est à la doctrine de Moreau que s'attache essentiellement l'ouvrage : il en expose d'abord les grands traits dégagés de ses nombreux écrits, épais et touffus, puis en constate la portée très limitée en raison d'un rejet global par la société de l'époque.

Légiste du XVIII^e siècle, Moreau recourt à une méthode renouvelée afin de sauver la monarchie et, afin de la justifier, à une argumentation cherchant à confirmer sa légitimité historique. Il entend gagner l'opinion publique, cette nouvelle force sociale dorénavant influente et systématiquement contestataire en la retournant au bénéfice de la monarchie, laquelle doit donc expliquer sa politique, désamorcer les critiques trop facilement trompeuses, instruire la nation devenant alors véritablement éclairée. Aussi Moreau intervient-il dans les débats publics. Devant l'opinion française et européenne, contre les Anglais, lors de la guerre de Sept-ans, il soutient la politique intérieure de la France dans *L'Observatoire hollandais*, série de lettres fictives (1755-1759), où il invoque le droit des gens, droit positif international encore rattaché au droit naturel. À propos d'un différend sur Avignon et le Comtat venaissin, il en conteste l'appartenance effective au pape, bien avant l'annexion française sous la Révolution (1791) ; mais, de plus, il laisse ici percer le gallicanisme royal dont il est imprégné, la théorie des libertés gallicanes de la Gaule chrétienne et de la restriction du pouvoir ecclésiastique dans le domaine temporel, l'Église étant dans l'État et non l'État dans l'Église. À l'intérieur du royaume, Moreau s'attaque aux philosophes des Lumières et aux encyclopédistes dans un *Mémoire pour servir à l'histoire des Cacouacs* (1757), satire caustique de leur philosophisme sectaire et de leur impérialisme culturel qui sont les bases de la religion catholique et de l'ordre établi. D'autre part, il s'oppose aux Parlements : tout en reconnaissant leur fonction normale

de juge et de conseil, il réfute leurs prétentions à former tous ensemble un corps unique et originel qui partagerait le pouvoir législatif avec le roi, alors que leur création par le roi à diverses dates ne remonte, et même pour le plus ancien d'entre eux, celui de Paris, qu'au début du XIV^e siècle. Moreau fait servir l'histoire à la défense du pouvoir monarchique absolu : il en reconstruit et réécrit les origines historiques et l'évolution providentielle dans une continuité temporelle qui prolonge le passé dans le présent et vivifie l'absolutisme moderne. Déployant une immense érudition, certes pesante et répétitive, il présente l'image que la monarchie de son temps veut donner d'elle-même.

Elle est justifiée par une argumentation longuement développée par Moreau dans ses œuvres, et qui fait présentement l'objet d'une remarquable synthèse. Elle l'est d'abord dans son fondement, car la monarchie est réellement constituée, en ayant, comme tout corps vivant, une constitution organique qui, pour elle, est historique, faite de lois fondamentales jointes à un ensemble de traditions et coutumes. Dans le débat sur les origines, Moreau rejette la thèse germaniste voulant voir dans la conquête franque la source des libertés – privilèges et adopte au contraire la thèse romaniste selon laquelle la monarchie succède en France à l'empire romain et à son absolutisme : de Clovis et Charlemagne à Louis XVI, avec des déviations qui ont été redressées, elle a été et reste absolue. Cette constitution est un statut, et non pas un contrat entre la personne royale et une nation qui, elle-même personnalisée, en serait distincte et se voudrait souveraine et compétente pour fabriquer une constitution par un acte artificiel et volontaire, comme l'impliquera en 1789 le coup de force révolutionnaire des États généraux se transmuant en Assemblée nationale constituante. Dans l'état naturellement social de l'homme, l'obligation politique répond à la nature et, par référence anglaise, à Filmer même contredit par Locke, elle découle du pouvoir paternel qui, d'origine divine, est source de l'autorité monarchique. Sous réserve de modalités susceptibles de prudents ajustements, les principes de cette constitution monarchique ne sauraient être altérés, ni par une hypothétique nation, ni par le roi lui-même : le pouvoir réside tout entier dans le roi, monarque précisément souverain, indépendant de tout autre organe. D'autre part, la monarchie est justifiée par ses effets : elle institue un régime ou un État de droit. Elle respecte, malgré les apparences, une séparation des pouvoirs ou plutôt des fonctions, du moins selon la conception que s'en fait Moreau, qui n'est pas celle, classique, de Montesquieu. Détient le pouvoir dans son intégralité, notamment le pouvoir législatif, ce qui exclut les prétentions législatives du Parlement supposant dans les quatre premiers siècles de la monarchie des Champs de mars représentatifs de la nation, mais dont l'existence est niée, confondus qu'ils sont avec des plaids localisés et particuliers du roi et des seigneurs. Il faut distinguer le titre du pouvoir et son exercice : le roi est le titulaire unique de tout pouvoir indivisiblement et l'exercice peut en être confié, par délégation, à différents agents ou organes qui en sont de simples dépositaires, sans que des corps intermédiaires puissent

avoir la prétention de se poser en contre-pouvoir. Enfin, c'est la monarchie, avec le pouvoir absolu du monarque, qui garantit les libertés fondamentales des sujets : elle a mis fin à la dispersion féodale, elle instaure le règne de la loi, un ordre légal où le roi est à la fois maître et gardien de la loi. Ce pouvoir monarchique est absolu sans être aucunement arbitraire, puisqu'il est ordonné et réglé. Il ne peut devenir tyrannique, dégénérer en despotisme : il en est préservé par la personne du roi, sa conscience religieuse et morale, sa fonction qui se détruirait elle-même s'il contrevenait à sa vocation, et aussi, sous réserve d'un droit de résistance minimisé, parce qu'il est éclairé par le Parlement, principal organe de conseil, par les vœux du peuple et l'opinion publique qu'il prend en considération. La société monarchique repose sur la confiance.

Comment situer Moreau, le dernier légiste de la monarchie française ? Il est rejeté par le siècle des Lumières, bien qu'il puisse en paraître proche et, se trouvant trop étroitement lié à l'Ancien Régime que d'ultimes réformes ne réussissent pas à sauver, il tombe ensuite dans l'oubli, tout en préfigurant la pensée contre-révolutionnaire. Il est, certes, marqué par les Lumières, dont il connaît le milieu culturel et dont il utilise le langage véhiculant des thèmes nouveaux fréquents chez les philosophes auxquels il les emprunte : nature, bonheur, nation, intérêt. Favorable à la liberté, il dénonce l'abus des lettres de cachet et le principe même de l'esclavage colonial. Partageant avec son siècle un attachement particulier à la raison, il analyse la constitution monarchique comme étant un mécanisme rationnel. Il conserve cependant un rationalisme chrétien, où la raison est compatible avec la foi, laquelle, du reste, se veut utile, moins préoccupée de spéculations théologiques que de morale sociale. Mais peut-il être assimilé à un homme des Lumières ? En réalité, il ne parvient pas à s'imposer en face de leur idéologie prédominante, il n'entre pas dans le cercle des intellectuels influents, puis se voit discrédité dès le début de la Révolution. C'est que les bases de la théorie de Moreau, histoire et religion, ne correspondent plus à l'atmosphère des dernières décennies du XVIII^e siècle. L'histoire perd son rôle privilégié. Elle est sujette à controverse entre absolutistes et anti-absolutistes sur les premiers temps de la monarchie. Surtout, la logique de la tradition historique fait place à une logique purement rationaliste qui porte à rompre avec le passé pour construire un avenir nouveau : dès 1790, l'ordre préexistant est dénommé Ancien Régime et le Dépôt des chartes perd sa spécificité pour n'être plus qu'une simple bibliothèque conservatoire d'archives. D'autre part, la religion, la foi catholique devient une référence affaiblie, dépassée par suite d'un certain reflux du christianisme par indifférence ou même imputation de fanatisme, et donc d'une moindre sacralisation de la monarchie de droit divin. Pour Moreau, le roi est sacré, non pas déifié : du reste, l'onction du sacre, pour lui comme pour les autres légistes antérieurs soucieux d'éviter de soumettre le roi à un pouvoir ecclésiastique, ne fait que confirmer son pouvoir royal souverain d'origine divine. Cependant, Moreau maintient fermement le lien entre le catholicisme et la monarchie française et, plus généralement, la conception d'une grandeur de l'homme fondée sur sa relation à la transcendance divine, à Dieu tout ensemble créateur

et providentiel, à l'opposé d'une conception immanentiste qui induit l'homme à trouver en lui seul et de façon inconditionnée la source de sa loi et qui, déjà présente dans les Lumières, va triompher avec la Révolution.

Si la pensée de Moreau est ordinairement refusée, elle a toutefois fait naître une postérité méconnue. Conscient de la nécessité de réformes, Moreau préconise et soutient celles que Louis XVI réalise ou tente de réaliser, mais restant partielles, insuffisantes. Il approuve les mesures qui humanisent la justice pénale en attendant une révision annoncée en 1788 de l'ordonnance criminelle de 1670. Il souhaite une refonte du système fiscal et, tout en maintenant l'indépendance financière du roi, il s'associe à plusieurs projets successifs qui prévoient d'assurer une répartition plus égalitaire des impôts par une contribution généralisée et de faire participer des assemblées provinciales à la fiscalité publique : ces deux réformes ont, du reste, pour lui, l'avantage historique de restaurer l'absence de disparité des contributions et le rôle d'administrations locales aux premiers temps de la monarchie, mais la première se heurte à des oppositions qui la font échouer, alors que la seconde donne lieu à quelques essais de mise sur pied. Moreau lui-même se révèle peu capable de tenir compte des transformations sociales. Favorable à la tolérance religieuse envers les protestants et les juifs, s'il acquiesce à l'édit de novembre 1787 faisant bénéficier les protestants d'un mariage civil, il exclut leur assimilation juridique aux catholiques au nom de son attachement au catholicisme religion d'État. Il minimise l'importance grandissante et les aspirations politiques de la bourgeoisie commerçante et intellectuelle. Pour sauvegarder l'intégralité du pouvoir royal, il critique les libertés économiques tendant à la limite. De même, il persiste à voir dans les États généraux un organe très exceptionnel de consultation, et nullement un rouage périodique de la constitution monarchique, ni, moins encore, un sénat de la nation, une assemblée représentative et délibérative ; il entend plutôt placer comme conseil permanent auprès du roi le Parlement, un Parlement régénéré et associé à une simple préparation des lois. Tout cela va être balayé par la Révolution. Moreau n'en a pas moins exercé une influence certaine. Tout particulièrement, Louis XVI est nourri de son enseignement : comme duc de Berry et dauphin, il le reçoit par les leçons rédigées par écrit que, malgré une réserve personnelle liée à son gouverneur qu'il déteste et qui lui en fait la lecture, il ne manque pas d'assimiler et d'apprécier. Ainsi, devenu roi, il en conserve les principes et, rejetant les philosophes des Lumières après en avoir ressenti l'attrait au début de son règne, il affirme son autorité absolue et souveraine, il se veut le roi bienfaisant pour un peuple sur lequel il cherche à s'appuyer en vue d'effectuer des réformes et pour lequel il gardera son affection jusqu'au bout, malgré sa déception de voir le tiers-état accaparer la souveraineté en juin 1789. À la fin de l'Ancien Régime, Moreau est consulté par les frères du roi, le comte de Provence et le comte d'Artois lesquels, toutefois, devenus eux-mêmes bien plus tard, sous la Restauration, les rois Louis XVIII et Charles X, mèneront une politique dominée par des circonstances toutes différentes. Mais, au XIX^e siècle, le droit monarchique et

légitimiste reprend, même sans s'y référer expressément, des thèmes présents chez Moreau : la dénonciation des causes de la Révolution attribuée, comme il le fait dans ses *Souvenirs*, à la philosophie des Lumières, à un complot ourdi par le duc d'Orléans ou Necker, à un châtimeut divin providentiel de la décadence religieuse et morale, et surtout, plus profondément, l'affirmation du traditionalisme monarchique, de sa constitution fondée sur le temps et l'histoire, que l'on retrouve dans le Préambule de la Charte de 1814 et dans le courant contre-révolutionnaire allant de Burke à Bonald et Joseph de Maistre, plus systématique, et sans doute au-delà.

Tout en éclairant l'Ancien Régime auquel évidemment elle entend s'adapter, la pensée de Moreau permet de mieux comprendre la modernité à laquelle aussi elle s'oppose et d'en détecter les implications sous-jacentes.

Jacques DAGORY

Olivier de Bernon, *Condorcet. Raison et connaissance*, Riveneuve éditions, 2009, 317 p.

Le monumental effort de rationalisation de la science que proposait Condorcet (1743-1794) (l'un des rédacteurs des Constitutions révolutionnaires), écrit Olivier de Bernon (directeur d'études à l'École française d'Extrême Orient), donne une impression d'incomplétude (p. 195).

L'incomplétude est l'un des plus beaux sujets de philosophie (et d'ailleurs également des mathématiques) qui soit (on pense au mathématicien Kurt Gödel avec son théorème d'incomplétude (1931)). Mais l'incomplétude n'est pas ce que recherchait Condorcet. Lui qui déclarait avoir autant aimé les mathématiques que la philosophie s'était engagé dans la construction (pour ne pas dire dans la constatation) d'une philosophie probabiliste de la connaissance.

Ce n'est pas tout à fait, selon Olivier de Bernon, ce à quoi il a abouti. La mathématique sociale est une idée qui n'a pu prospérer. Mais comment en est-on arrivé là ? Olivier de Bernon répond parfaitement à cette question dans son remarquable ouvrage sur Condorcet.

Condorcet fut influencé par l'œuvre de Francis Bacon (et par suite par celle de d'Alembert) mais il s'attela à une réfutation préalable de Pascal. Il reconnaît l'importance épistémologique de l'expérience de Pascal sur le vide comme étant « un triomphe de la bonne philosophie ». Mais il conteste le rôle du philosophe dans l'invention du calcul des probabilités (à bien des égards, il rend hommage à Voltaire) (p. 41).

Mais il y a plus. Condorcet va réfuter les idées rousseauistes sur les sciences et les arts (p. 65). Il va encore – en adhérant à la philosophie de Locke – rejeter la métaphysique cartésienne et critiquer la philosophie naturelle de Buffon. Ce qui importe – selon ce philosophe – c'est de porter un regard sur une nouvelle méthode philosophique fondée sur l'empirie et le calcul (p. 81).

Tout est dit ou presque. Condorcet dépasse là l'empirisme lockien. Il adopte le modèle scientifique galiléen. Il abandonne encore par là même la métaphysique néocartésienne de d'Alembert (p. 101) et il critique la Logique de Condillac (p. 137).

Mais pourquoi cela ? Parce qu'il croit au probabilisme et aux probabilités. Il croit – en allant au-delà de la philosophie de Hume – en la pertinence des grands nombres de Bernouilli et de la formule de Bayes sur la probabilité d'un événement déduite de sa fréquence observée pour décrire les lois de la nature et plus simplement ce qu'est le monde (p. 157).

C'est alors la mise en place d'une science sociale (ou mathématique sociale) (comme celle de Turgot mais en la dépassant) qui se fait jour. Pour Condorcet, il est possible de parler d'un calcul de la « probabilité de la vie humaine » ou de « l'inférence statistique ». C'est dans ces conditions qu'il est aussi possible de parler d'une théorie scientifique du suffrage ou de l'expression d'un jugement vrai (p. 173). Le droit est alors au premier chef concerné. La matière juridique ne serait-elle que prospective ? Condorcet pourrait accueillir favorablement cette éventualité.

L'ambition d'appliquer le calcul (notamment des probabilités) au domaine social n'est pas nouvelle. Pascal en avait déjà parlé mais il l'avait limitée à un cadre ludique (Huyghens, De Witt ou Halley s'étaient d'ailleurs également essayés au calcul des probabilités) (p. 179). Moivre (Abraham de Moivre) et Laplace vont quant à eux développer le calcul des probabilités au cours du XVIII^e siècle (et au cours d'une partie du XIX^e siècle pour Pierre Simon de Laplace, V. *Théorie analytique des probabilités*, 1812) (p. 180). Daniel Bernouilli et La Condamine (Charles Marie de La Condamine) en feront de même en ce qui concerne la question de l'inoculation (un sujet délicat de l'époque des Lumières) (p. 181).

L'ambition de Condorcet ne se limite pas, écrit Olivier de Bernon, à vouloir rationaliser des pratiques empiriques isolées (p. 182). « La génétique de sa mathématique sociale combine, en effet, la puissance et la précision du calcul, rendues possibles grâce notamment à l'application du théorème de Bayes sur la probabilité des causes, dont Condorcet est peut-être le premier à envisager systématiquement le rapport à l'inférence statistique, et le projet politique de Turgot fondé sur les principes du droit politique d'un individu légal » (p. 182).

Encore fallait-il, poursuit-il, pour que son projet fût envisageable que la citoyenneté fût restaurée aux dépens du droit des corps dans la théorie sociologique et que « l'homme considéré comme individu » « qui constitue l'unité interchangeable au sein de cette science, fût intégralement un être sensible, social, doué de raison, etc. La mathématique sociale, envisagée comme science du comportement, individuel ou collectif, extrapole le calcul administratif à tout le champ social par le biais d'une véritable technique de décision qui peut, dans l'esprit de Condorcet, concilier la logique de la science et la liberté du citoyen dès lors qu'il s'agit toujours d'un jugement individuel » (p. 182).

Plus simplement, le calcul des probabilités intervient dans toutes les parties de la mathématique sociale. Il est l'une des composantes de la technique d'assignation du fait social qui repose encore sur l'observation statistique et le calcul des valeurs moyennes (p. 189). Une immense ambition en quelque sorte. Un immense plaisir aussi à lire les pages du livre d'Olivier de Bernon (l'histoire du rapport des mathématiques à la philosophie ou plus simplement l'histoire de la pensée y sont magistralement développées).

Condorcet est donc bien l'inventeur de la prospective. Mais l'on est gêné par son rejet des procédures intuitives qui lui a fait exclure, comme le souligne le duc de Broglie, le rôle de la curiosité, du jeu, de l'imagination et de l'intuition dans la recherche scientifique (p. 195). Quelques points saillants des *Principia* de Newton (comme le ressort apologétique), de l'*Essay sur l'entendement humain* de Locke (comme le mobile idéologique) ou de *L'esprit géométrique* et de *L'Art de persuader* de Pascal (comme la dimension mystique) n'ont pas davantage retenu son attention. Pour Condorcet, la raison (envisagée comme des mécanismes articulés en termes explicites dans l'entendement) se suffisait à elle-même (p. 196).

Cependant, Olivier de Bernon relève à juste titre que cette transparence ne débouche pas pour autant sur un idéalisme absolu. « Le renoncement aux formes de l'intuition, séduisantes ou fécondes, mais ouvertes tôt ou tard sur l'injustifiable et le « préjugé », ne libère pas la raison des astreintes d'un cadre nécessairement historique et probable » (p. 196).

La matière juridique ne pouvait y trouver son compte. L'incomplétude ne convenait pas à un cadre déjà suffisamment abstrait et incertain.

Condorcet aurait à cela répondu que ce qui est incompréhensible n'est pas inexplicable et qu'il n'y a pas de différence entre ce qui est vrai et ce qui se vérifie. On saura gré, écrit Olivier de Bernon, à Condorcet d'avoir éclairé les conditions d'une pensée libre des préjugés, parfois jusqu'à l'aridité. Il n'appartenait pas, conclut-il, au XVIII^e siècle de renverser les paradigmes (p. 197).

Catherine PUIGELIER

Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, *Le droit souple*, Journées nationales, tome XIII, Dalloz, 2009, 180 p.

L'association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, accueillie en 2008 par la Faculté de droit de Boulogne-sur-Mer pour la treizième de ses Journées nationales, a pris comme thème d'étude « Le droit souple », dont le développement intrigue les juristes et les incite à une réflexion sur la nature même du droit et son intrinsèque spécificité. Les huit contributions apportées par des professeurs de droit de diverses universités sont maintenant publiées.

La première consiste en propos introductifs (par Mustapha Mekki). Sans ignorer l'intérêt d'une approche sociologique (voir Jean Carbonnier, *Flexible*

droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, 1969), ils annoncent l'adoption d'un point de vue proprement juridique. Le droit souple s'oppose au droit dur, rigide, catégorique et impératif, qui correspond à la conception classique du droit encore largement prédominante. S'il provient, pour sa formalisation, du droit international public où la *soft law* contraste avec le *jus cogens*, il imprègne aussi le droit à l'intérieur des États, un droit étatique qui se révèle en réalité plus ou moins dur ou souple. Déjà préfiguré dans le droit traditionnel par les notions-cadres comme les bonnes mœurs ou l'ordre public ainsi que par la loi supplétive (voir Cécile Pérès, *La règle supplétive*, 2003), il a pris depuis une trentaine d'années une ampleur et une importance considérables avec la gouvernance qui s'ajoute au gouvernement et la régulation à la réglementation, en reflétant le pluralisme des ordres juridiques et la complexité de la société civile. La souplesse elle-même présente un double aspect : suivant une analyse récente (Catherine Thibierge, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 599 et s.), elle peut tenir à l'imprécision voulue du contenu d'un droit alors flou ou, plus significativement, à l'autorité moins forte d'un droit alors mou et doux, n'étant pas obligatoire ni contraignant. Malgré sa normativité contestée, son existence effective est manifeste. S'il ne peut, à la vérité, contredire le droit dur, il est un droit véritable, ayant une authentique qualité juridique.

Dans la première partie sont mises en évidence les « manifestations du droit souple », ou du moins certaines d'entre elles. Ainsi les codes de conduite privés, chartes éthiques d'entreprises économiques, codes de bonne conduite, d'origine conventionnelle, concilient des techniques complexes avec l'éthique des affaires : elles ne peuvent recevoir une sanction juridique qu'en devenant des règles assimilées à des principes généraux du droit ou jugées conformes aux bonnes mœurs, ou alors par répercussion sur les contrats qui les invoqueraient (Christian Jubault). Bien différentes, les codifications privées sont élaborées par des groupes de juristes particulièrement compétents de la doctrine juridique et constituent, pour chacune d'elles, sur une matière déterminée, un ensemble cohérent et structuré, divisé en articles, un système harmonisant des droits étatiques disparates, comme, à titre d'exemples, les Principes d'Unidroit pour les contrats du commerce international ou, au niveau européen, les Principes du droit européen du contrat, l'Avant-projet du Code européen des contrats, le Cadre commun de référence : ces textes ressemblent à des codes législatifs par la forme apparente de leur rédaction, mais ils n'ont qu'une autorité doctrinale, certes appréciable par la qualité de leur contenu, et, bien que susceptibles d'être considérés comme des modèles de référence ou des sources d'inspiration, n'ont aucunement par eux-mêmes de validité juridique, qu'ils ne pourraient détenir qu'en vertu d'une adoption plus ou moins directe par les pouvoirs étatiques, mais en acquérant alors un caractère public et obligatoire (Gaël Chantepie).

D'autres cas concernent nécessairement l'activité d'organismes publics. Dans l'État français, les avis et recommandations des Autorités administratives indépendantes s'ajoutent à leurs compétences de réglementation et de

décision ou de sanction : il en résulte un droit juridiquement fondé, mais sans force proprement juridique, un droit qui n'est pas formellement imposé mais plutôt officiellement proposé, qui, en tirant sa source d'organismes publics tenus pour autonomes, est réellement efficace, d'application théoriquement facultative mais pratiquement effective et, sans être susceptible d'être invoqué en justice pas plus que de faire l'objet d'un contrôle de légalité puisque n'ayant pas le caractère décisif, il exerce une influence sur le pouvoir législatif ou réglementaire porté à reprendre ces avis et recommandations alors transformés en droit dur et même indirectement sur le juge éclairé quoique non lié par eux (Anne-Sophie Barthez). Autres exemples de droit souple, les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne, contenant, pour les premiers, des éléments de réflexion et de consultation dans un domaine déterminé, et, pour les seconds, des lignes d'orientation plus précises, ne font pas partie du droit dérivé communautaire prévu par les textes institutionnels, mais sont le produit de l'initiative spontanée de la Commission ; ces actes atypiques et informels de prévision et de programmation sont dépourvus de force obligatoire mais non dénués de tout effet juridique et, comme aussi les documents de travail ; avis, rapports, communications, mémorandums, sont des esquisses préfigurant les normes futures et se révèlent être en fait de véritables sources émanant des auteurs mêmes du droit communautaire (Valérie Lasserre-Kiesow).

La seconde partie du recueil traite de « la réception du droit souple » par les destinataires intéressés et par l'ordre juridique dans son ensemble. La réception du droit souple par les destinataires, malgré les apparences, est en réalité mal connue, la mesure de ses effets sur les comportements se heurtant aux difficultés particulières de la collecte et de l'interprétation des informations dans les études sociologiques à ce sujet. Mais, d'autre part, elle dénote la nature et l'originalité distinctive de ce droit souple, car, à la différence du droit traditionnel dont elle n'a pas à compléter une valeur s'imposant dès son édicition par la seule volonté de l'autorité compétente, il faut, quant à lui, intervenir une telle réception pour surmonter sa faiblesse, pour être rendu obligatoire, pour franchir le seuil de la pleine normativité juridique avec toutes les conséquences qui en résultent en vertu d'une volontaire adhésion des destinataires, à moins qu'il n'en ait pas besoin parce que durci par un texte législatif ou réglementaire. Peut-être, cependant, se révèle-t-il en définitive moins original qu'il le paraît puisque, par sa faiblesse, et par la place laissée à une réception par les destinataires, il demeure subordonné aux mécanismes du droit classique, à l'obligation légale de respecter les conventions régulièrement formées et, bien évidemment, les dispositions propres de la loi elle-même, ce qui traduit moins un pluralisme juridique qu'un positivisme légaliste (Cécile Pérès).

D'où la nécessité de considérer aussi la réception du droit souple par l'ordre juridique. Elle se réalise déjà par l'absorption du droit souple utilisé comme source d'inspiration dans l'élaboration de la loi au cours des travaux préparatoires tenant compte de divers documents consultatifs et, moins

visiblement, dans la préparation des décisions juridictionnelles précédées de rapports et conclusions, mais surtout, d'une manière bien plus significative, en devenant norme obligatoire reconnue par l'ordre juridique, en tant qu'elle se trouve appuyée sur la loi, et notamment fondée sur une loi d'habilitation explicite ou implicite. Mais si, par là, le droit souple se voit attiré dans l'orbite de l'ordre juridique, il peut souvent rester extérieur à toute réception sans être dénué d'une potentialité latente : dans le cas éventuel où il est illicite, tout en étant indubitablement sans force contre la suprématie de la loi, il peut, au nom de la sécurité juridique et de la réalité des faits, bénéficier de lois de validation ou de techniques de correction comme la bonne foi, l'erreur commune, l'apparence invincible, la croyance légitime, auxquelles recourt le juge ; et, s'il n'est pas contraire à la loi, le droit souple fait figure de système autonome ayant par lui-même une efficacité pratique et réelle dans les relations sociales, mais capable aussi de s'adapter et de s'intégrer à l'ordre juridique legaliste, lequel est muni de sa force obligatoire mais peut difficilement, de son côté, s'abstenir de prendre le droit souple en considération (Pascale Deumier).

Dans un rapport de synthèse (par Catherine Thibierge, rappelant ici son étude antérieure intitulée « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *Arch. phil. droit*, tome 51, 2008, p. 341 et s.), est présentée une conception élargie et nouvelle de la normativité juridique qui dépasse et englobe la conception classique attachée à la pure et dure règle de droit et qui inclut aussi les multiples formes de droit souple dont l'existence effective ne saurait rester ignorée par la doctrine juridique. En effet, la norme, *norma* latine ou équerre des maçons et charpentiers devenue aujourd'hui instrument abstrait de référence, a une double fonction : celle de tracer des lignes droites ou lignes de conduite, de guider l'action, d'indiquer une direction ; et celle de mesurer la rectitude d'une ligne, de servir d'étalon, de vérifier l'action une fois faite. Dans le droit, elle essaye donc un modèle pour agir ainsi que pour juger, et dont le caractère obligatoire et sanctionné n'est qu'un attribut, certes estimé nécessaire pour certains juristes, mais seulement possible pour d'autres. Si la règle de droit classique est dotée de la plénitude totale de normativité qui lui assiera sa place centrale et dominante, le droit souple fait aussi partie de l'ordonnement juridique, bien qu'il possède une moindre normativité, et même non pas tant par l'absence de caractère obligatoire que par atténuation de la force des deux fonctions ou par leur dissociation en n'ayant que celle de simple traité ou celle de pure mesure, comme ; dans la navigation maritime, la boussole détermine la direction à suivre et le sextant la position du bateau. La catégorie des normes juridiques est plus large que celle des règles de droit de la théorie traditionnelle. D'où, concernant le tracé, la possibilité d'ouvrir un éventail de normativité comprenant plusieurs genres et espèces : l'obligatoire particulièrement important en droit et lui-même échelonné en prohibitif, prescriptif, impératif, supplétif et facultatif, mais aussi, en plus, le recommandatoire réparti en incitatif, optatif et consultatif, et enfin le déclaratoire avec le proclamatoire et le déclamatoire. Cette normativité riche et complexe se trouve un exemple dans le Code de la route qui va de

l'interdiction à la déclaration. Les instruments du droit souple, sans être des règles de droit, sont des normes juridiques et ont un effet normatif d'une moindre normativité mais qui, en raison d'une contrainte même non juridique, ne signifie pas une moindre effectivité. Ainsi, selon une formule finale, les marges du droit ramènent à l'essentiel du droit.

Jacques DAGORY

Paul Jorion, *Comment la vérité et la réalité furent inventées*, Paris, éditions Gallimard, 2010, 386 p.

Le droit est chaque jour confronté à la réalité (pour atteindre la vérité). La réalité d'un fait, la réalité d'une responsabilité, la réalité d'un crime. Le droit prend alors forme avec les exigences de la preuve. Une preuve qui devient un droit (le droit de la preuve).

C'est dans le même esprit que l'anthropologue et économiste Paul Jorion a ciselé sa plume et rédigé son ouvrage : il rappelle que la vérité et la réalité furent inventées. Celles-ci sont le résultat d'une histoire (ou de concepts) pour comprendre le monde. Un monde occidental qui a (par étapes) construit sa réalité et sa vérité.

La « vérité » est, affirme Paul Jorion, née dans la Grèce du IV^e siècle avant Jésus-Christ et la « réalité » (objective) est née dans l'Europe du XVI^e siècle. « L'une découle de l'autre : à partir du moment où s'impose l'idée d'une vérité, sous l'influence de Platon et d'Aristote, dire la vérité revient à décrire la réalité » (p. 7).

Mais pour l'auteur cette dernière provient (sous sa forme moderne) d'un coup de force opéré à la Renaissance par les « jeunes-turcs » de l'astronomie moderne naissante (*op. cit.*) (il parle là de Nicolas Copernic, de Johannes Kepler ou de Galilée ; V. notre article, « Galilée. La reconnaissance du droit de penser », in *La reconnaissance*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 181). Le coup de force supposait, poursuit-il, une assimilation de deux univers : le monde tel qu'il est en soi et celui des objets mathématiques. « Il en résulta une confusion entre les deux, dont la science contemporaine est l'héritière » (la quatrième de couverture).

Ces inventions et ces confusions perdraient cependant du souffle et plus simplement de l'intensité. Elles se seraient fatiguées et elles auraient fatigué le monde (le mysticisme mathématique marquerait le pas).

Paul Jorion pose – dans un chapitre titré « La revanche de Pythagore : les mathématiques contemporaines » – la question : quelle est la part de l'explication scientifique qui relève d'un enchaînement logique de propositions et quelle est la part qui relève de raisonnements d'ordre mathématique ? (p. 279).

C'est du moins, dit-il, la manière dont Émile Meyerson (1859-1933) résumait en 1921 la question de l'explication dans les sciences (p. 279). « Comment, s'interrogeait-il ensuite, les différents courants épistémolo-

logiques se sont-ils situés par rapport à cette problématique ? Parmi ceux-ci Meyerson distinguait alors trois grandes tendances : l'idéalisme mathématique, héritier d'une tradition inaugurée par Pythagore et poursuivie par Platon ; la philosophie de la nature telle que l'exposèrent Schelling et Hegel, et le positivisme d'Auguste Comte, Sophie Germain et Ernst Mach » (p. 279).

Les mots qui suivent sont sévères. Émile Meyerson constatait – toujours selon Paul Jorion – que pour de nombreux courants contemporains, la « philosophie spontanée des savants – selon l'expression introduite plus tard par Althusser – se confond avec l'idéalisme mathématique ; une poignée se déclarent positivistes, tandis que plus personne ne s'affirme « philosophe de la nature » (p. 279).

L'auteur relève encore qu'en dépit de leur grand nombre les tenants de l'idéalisme mathématique ne retiennent que très peu l'attention d'Émile Meyerson : « il n'a aucune peine à mettre en évidence, comme l'a fait avant lui Pierre Duhem – dans une perspective strictement positiviste, lui –, que l'idéalisme mathématique se confond avec la simple naïveté épistémologique : la voie qu'emprunte spontanément le sens commun lorsqu'il se complexifie sans s'interroger sur ce qui constitue ses fondements. En bon kantien, Meyerson n'a que peu de respect pour toute pensée qui se révèle non critique ; sa position radicale, cependant, en ce qu'elle disqualifie la quasi-totalité des savants en tant que juges de la signification épistémologique de leur propre démarche » (p. 279).

Après s'être (notamment) intéressé à Kurt Gödel (1906-1978) (mais encore à Nicolai Hartmann, Bertrand Russell ou Alfred Whitehead – rappelons que le second théorème de Kurt Gödel établissait qu'il existe en arithmétique des propositions vraies que l'on ne peut ni prouver ni infirmer (c'est-à-dire prouver leur négation)) (p. 298), il affirme que la raison pour laquelle Aristote considérait la preuve *per impossibile* comme le plus faible des modes d'inculcation de la preuve « auquel on puisse recourir dans la démonstration scientifique (épistémè) est [...] son caractère doublement indirect : elle implique tout d'abord de tester une prémisse *ex hypothesi*, "à titre hypothétique", puis d'examiner ses conséquences ; ensuite, si celles-ci débouchent sur une conclusion impossible, d'adopter la contradictoire de la prémisse initialement envisagée. Ce qui affaiblit encore davantage ce mode de preuve, c'est que le syllogisme sous-jacent ne s'obtient pas sous sa forme finale pour des raisons positives mais uniquement négatives. La pauvreté du lien résulte bien sûr de la prémisse "inversée", où le contraire est aisément produit en lieu et place du contradictoire, voire pis encore, lorsque la prémisse en question n'exprime pas une condition binaire de type "oui ou non" et qu'il existera plusieurs options lorsqu'il s'agira d'"inverser" le contenu » (p. 311).

Mais cet ouvrage passionnant ne s'arrête pas là. L'auteur y propose des éléments décisifs pour les juristes.

Il existe – en mathématiques – d'une part la foi du savant, d'autre part la croyance populaire qui exige des preuves (p. 325). « Il existe aux yeux de

Gödel deux modes d'accès aux entités mathématiques vraies : le mode de la perception directe et celui de la démonstration » (p. 325).

Il ne peut toutefois exister (selon l'anthropologue et économiste) une manière vulgaire et une manière savante de regarder les mathématiques : « il n'y a que des pratiques qui se révèlent conformes ou non aux systèmes de représentation définissant la validité de ces pratiques. Soutenant l'activité des mathématiciens, on peut découvrir à l'occasion, comme c'est le cas pour le second théorème de Gödel et de sa démonstration, une théologie très particulière : celle d'une religion pythagoricienne professée par certains mathématiciens, pour qui la réalité ultime est constituée de nombres dont il est permis aux initiés d'obtenir une intuition immédiate. Gödel fait partie de ces derniers, mais il cache son jeu : semblable aux grands initiés, il justifie de manière sibylline la nécessité du secret par "les préjugés philosophiques de l'époque" » (p. 325).

Après s'être encore intéressé au calcul différentiel et au mathématicien Augustin Cauchy (1789-1857), Paul Jorion rappelle qu'Henri Poincaré (1854-1912) avait fait observer que les mathématiques étaient « l'art d'attribuer le même nom à des choses différentes » (p. 347) (il est d'ailleurs impossible de ne pas songer ici au professeur Maurice Allais (1911-2010) (prix Nobel d'économie 1988) qui dénonçait l'importance parfois injustifiée des mathématiques).

Un regard sur Alan M. Turing (1912-1954) (p. 353) lui donne enfin la force de revenir vers Arcy Thompson, John Maynard Keynes, John Locke, Robert Boyle ou Isaac Newton.

Un regard sur les mathématiques qui constitue un plaidoyer en faveur d'un « retour à Aristote » (plaçant l'auteur dans une tradition philosophique où l'on côtoie Hegel, Kojève ou Wittgenstein (la quatrième de couverture)) et laisse les juristes et les philosophes sans voix devant ce qui confirmerait que le droit n'est qu'imagination accompagnée de faits et de preuves.

Catherine PUIGELIER

Le temps et le droit, sous la direction de Pierre Fleury-Le Gros, Paris, Litec, 2010, 112 p.

Il est souvent dit (et l'on a toujours raison) que l'École du Havre réalise de remarquables travaux.

L'École du Havre (dirigée par le professeur de droit public Gilles Lebreton) n'hésite jamais à porter son regard vers ce qui nourrit le droit ou ce qui insuffle un élan à celui-ci. Le temps est l'un de ces souffles.

Or le temps et le droit sont les thèmes privilégiés de Pierre Fleury-Le Gros qui livre (dans le cadre des travaux du Gredfic de l'Université du Havre) la direction d'un bel ouvrage rassemblant douze auteurs des Universités de province et de Paris.

Les temps de la loi (Jean-Louis Bergel) (p. 1), Deux temps sociaux, deux temps du droit (Jacques Bouveresse) (p. 11), Le temps politique et les dynamiques de légitimation (Pierre Chabal) (p. 27), Les techniques d'application de la loi et de la jurisprudence dans le temps (unité ou diversité ?) (Pierre Fleury-Le Gros) (p. 35), Le droit international privé à l'épreuve du temps (Jacques Foyer) (p. 43), Le temps suffisant en droit civil (délais de préavis) (Pierre-Yves Gautier) (p. 53), La constitutionnalisation du droit transitoire (Jacques Petit) (p. 59), Le mémoricide (Catherine Puigelier) (p. 73), La justification (ou la non-justification) de la non-rétroactivité réglementaire (Antonio Troianiello) (p. 91), Les revirements de jurisprudence dans le temps et quelques questions politiques (Thierry Tuot) (p. 110) sont examinés – avant le magnifique rapport de synthèse de Philippe Malaurie (p. 107) – avec beaucoup d'attention et beaucoup de rigueur.

Gilles Lebreton le dit bien (dans une première préface) : le temps et le droit présentent des influences réciproques et le droit est l'enfant du temps. Pierre Fleury-Le Gros le dit également bien (dans une seconde préface) : le droit est une machine dont la structure s'apparente aux minutieux rouages d'une horloge ; il doit être révisé et suivre le temps qui s'écoule inexorablement.

Lorsqu'il écrivait, note encore Pierre Fleury-Le Gros, que « le temps est un joueur avide qui gagne à tout coup, sans tricher, c'est la loi », Charles Baudelaire illustrait déjà, sans le vouloir, ce combat inégal que des juristes tenteraient de mener, des décennies durant, pour faire face à l'écoulement du temps : toute évolution du droit change les règles du jeu en cours de partie, elle modifie le cours de l'histoire du droit, quand elle ne cherche pas même à la réécrire, au travers de la fiction de la rétroactivité » (p. XVII).

Le droit aime s'entourer de mots du temps comme le délai, la durée, l'urgence, l'entrée en vigueur, le préalable, l'abrogation, la désuétude, le préavis, la prescription, le danger imminent... Il aime s'encadrer de principes du temps comme les temps de la loi, la rétroactivité, l'amnistie, l'astreinte, l'application immédiate, la suspension, la forclusion, la déchéance, le revirement, le transitoire... (V. les propos préliminaires de Pierre Fleury-Le Gros, p. XVII).

Il aime être rappelé comme le défenseur d'un peuple et d'une culture (V. Le mémoricide).

Philippe Malaurie écrit qu'André Malraux (1901-1976) (si présent au Havre) avait dans ses réflexions sur l'art sans cesse chanté l'intemporel. « Pas à la manière superficielle des habituels clichés de "l'éternel retour" ou du "droit qui tourne en rond". L'art, disait-il, est à la fois dans le temps et hors du temps » (p. 109).

« Cette intemporalité que Malraux découvre dans l'art peut, mais seulement en partie, être transposée au droit. Le droit est, lui aussi, à la fois dans l'histoire et hors du temps. Les idées de justice, de droit et de règle sont hors du temps, car inscrites depuis des temps immémoriaux dans le cœur de l'homme. Écoutons Antigone : il est "des lois non écrites et immuables des dieux. Elles n'existent pas d'aujourd'hui, mais de toujours ; personne ne sait quand elles

sont apparues”. Mais ce droit “hors du temps” s’exprime par un droit inscrit dans le temps et variant tout au long de l’histoire des hommes » (p. 109).

En citant (dans un autre texte sur le droit dans la littérature (sous la direction de A. Garapon et D. Salas), Paris, Michalon, 2008, p. 283) *Les Misérables* de Victor Hugo (1802-1885) puis l’œuvre (et plus encore *Le Curé de village*) d’Honoré de Balzac (1799-1850), Philippe Malaurie semble par ailleurs souligner l’intertextualité des œuvres des deux auteurs du XIX^e siècle (V. à cet égard, « Le mémoricide », p. 77).

Il est – pour de nombreux analystes dont le professeur de littérature Pierre Laforgue (qui parle d’un noyau génétique des *Misérables*) – possible de relever non seulement l’influence de la pensée balzacienne dans *Les Misérables* (en particulier dans la première partie du roman) mais encore les similitudes de nombreux personnages et de nombreuses situations avec (notamment) *Le Curé de village* de Balzac (sans compter l’influence des *Mystères de Paris* d’Eugène Sue) (1804-1857) (V. P. Laforgue, « Hugo lecteur de Balzac, ou De Montégnac à Montreuil-sur-Mer », Communication au Groupe Hugo du 8 avril 1995).

Au point qu’il est envisageable de parler des « Misérables de Balzac » (oubliant *Les Misérables* de Victor Hugo), sachant que Victor Hugo avait initialement titré *Les Misérables* « Les Misères » (V. A. Decaux, *Victor Hugo*, Paris, Perrin, 1995) et qu’Honoré de Balzac avait également titré deux de ses ouvrages à partir des mots « misères » (Victor Hugo a toutefois pu se défendre de quelques emprunts au travail balzacien).

L’intertextualité – (notamment) étudiée par Tiphaine Samoyault (professeur à l’Université Paris VIII) – est un sujet novateur de la littérature du XIX^e siècle qui révèle à l’envi les espaces de temps et de droit, de la philosophie et de la mémoire, de l’écriture et de l’idée (V. T. Samoyault, *L’intertextualité. Mémoire de la littérature*, Paris, Nathan Université, 2001). En empruntant les idées (ou l’imagination) d’un auteur, commet-on une forme de mémoricide ? C’est possible si l’on attribue avec le temps l’idée à celui qui (l’)a emprunté(e) et que l’on oublie celui qui (l’)a imaginé(e) (V. cependant, P. Bayard, *Le plagiat par anticipation*, Paris, éditions de Minuit, 2009).

Car le droit est en principe l’ami du temps (l’idée). Un temps (constamment) rappelé dans les termes de droit que l’on (re)trouve dans la littérature. Une littérature qui a pris une telle envergure qu’elle est devenue une philosophie du temps (pensons aux nombreux travaux sur la littérature et le droit ; V. F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l’imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004) après avoir été une philosophie de la littérature (pensons à Henri Bergson (1859-1941) qui a obtenu le prix Nobel de littérature en 1927 pour son travail de philosophe).

La question de l’enveloppe philosophique du droit (et par suite de son approche bergsonienne) n’est d’ailleurs pas nouvelle. Elle est même très ancienne. Le droit s’est ouvert à la philosophie bien avant les travaux d’Henri Bergson tout comme la philosophie a pu être mère du droit.

Reste que l'ivresse des lettres du temps n'exclut pas une technique (du droit) pointue ou finement ciselée prête à s'adapter en cas de besoin.

Comme le souligne encore Philippe Malaurie – rappelant Jean Carbonnier (1908-2003) –, « le temps flexible de Bergson a rendu le droit flexible et celui-ci rend sa flexibilité au droit, sous les espèces des horaires flexibles rendus licites en droit du travail » (p. 112, cf. H. Bergson, *L'évolution créatrice*, Paris, PUF « Quadrige », 2007).

« Un “jeu de raquette”, mais c'est du Bergson “la durée concrètement vécue”, celui de la personne et non le temps arbitrairement mesuré, celui des horloges. La vie, disait Bergson, est comme la conscience “continuité du changement, conservation dans le présent, durée vraie”. Et ce qu'il dit de la vie se transpose tout naturellement au droit, au temps, au temps du droit. Continuité, changement, conservation, présence, vérité » (p. 112).

La vérité d'un temps que Pierre Fleury-Le Gros recherche (ardemment) depuis son important travail doctoral sur le temps et le droit (V. P. Fleury-Le Gros, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne* (préfaces de L. Bach et P. Mayer, postface J. Petit), Paris, Dalloz, 2005) et qui a permis de donner l'excellent rythme de cette entreprise collective.

Catherine PUIGELIER

Argumentation	225, 261	Machine à juger	37
Automatisation des process juridiques	133	Magistrat	29
Autorité	225	Médias	193, 207
Avocats	93	Métaphysique	309
Bases de connaissances	123	Minorités	177
Bien collectif	139	Mise en état (juge/conseiller)	13
Botnet	67	Motivation	243
Citoyenneté	161	Norme	373, 389
Cloud computing	67	Nouveau modèle économique	139
Code de procédure civile	13	Obligation	373
Commerce	285	Offshore	133
Communication	13, 207	Okin (Susan Moller)	177
Concurrence	93	Optimisation des coûts	133
Connexionnisme	37	Ordre public	285
Consentement de la victime	285	Pettit (Philip)	177
Cracker	67	Pharming	67
Crise de la loi	309	Philosophique	193
Cukoo-smurphing	67	Phishing	67
Débat en ligne	193	Pluralisme	261
Décision	37, 243	Postulation (avoués/avocats)	13
Délibération	177, 193, 225, 243, 261	Pouvoir	225
Démocratie délibérative	177, 207, 261	Pouvoir discrétionnaire	37
Discours scientifique	309	Praxis	193
Doctrines constitutionnaliste	309	Procédure administrative	29
Documentation	93	Procédure électronique	93
Droit continental	93	Publicité	207
Droit pénal	21	Raison explicative	243
Édition juridique	139	Raison justificative	243
Éducation	161	Raison publique	243
Égalité	207	Rapport de droit	373
Empirique	193	Rawls (John)	177, 261
Esclavage	285	Régulation	207
Évaluation du droit	7	Relation	373
Exploitation	285	Républicanisme	161, 177
Externalisation	133	Rhétorique	309
Femmes	177	Sanction	389
Greffe	13, 29	Savoir-Faire	93
Habermas (Jürgen)	261	Scam	67
Hacker	67	Sincérité	243
Information en ligne	93	Smurf	67
Institution	225, 243, 373	Socle commun de connaissances et de compétences	161
Institutions européennes	123	Système expert	37
Intelligence artificielle	37	Terminologie	123
Interculturel	123	Théories morales	261
Internet	139	Traduction juridique	123
Internet protocol	67	Traite	285
Interprétation	225, 389	Traitement des données	133
Justification	243	Transparence	243
Langage juridique	37	Vulnérabilité	285
Legal process outsourcing	133		
Légistique	7		
Libéralisme	161, 177		
Lien	373		