CEPRISCA
Collection colloques

Imaginaires juridiques et poétiques littéraires

Sous la direction
de Catherine Grall,
Maître de conférences en littérature comparée à l'Université de Picardie Jules Verne et
Anne-Marie Luciani,
Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne

Comité de lecture

Christine Baron,
Professeur, littérature comparée, Université de Poitiers

Christian Biet,
Professeur, arts du spectacle, Université de Paris X Ouest Nanterre

Geneviève Giudicelli-Delage,
Professeur, droit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Muriel Fabre-Magnan,
Professeur, droit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Liste des contributions

Préface
par Catherine Grall, Maître de conférences en littérature comparée
à l'Université de Picardie Jules Verne, CERR

Pour une critique de la raison narrative
par François Ost, Vice-recteur des Facultés universitaires Saint-Louis,
Bruxelles

La "jurisfiction" *versus* doctrine
par Valérie Varnerot, Maître de conférences en droit privé
à l'Université de Picardie Jules Verne, HDR, CURAPP-ESS

Procès de la fiction : les théories implicites de la doctrine juridique
par Françoise Lavocat, Professeur de littérature comparée
à l'Université Paris 3 Sorbonne nouvelle

Le bon père de famille, standard juridique et stéréotype littéraire
par Anne-Marie Luciani, Professeur de droit privé à l'Université
de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Théorie du droit et théorie littéraire
par Alexandre Gefen, Chargé de recherche au Centre d'Étude de la
Langue et de la Littérature Française, CNRS, Université Paris Sorbonne

**La femme adultère et les dangers de l'inconduite au XIX^e^ siècle.
Quand la fiction prend fait et cause pour la coupable.**
par Sandrine Rabosseau, Docteur ès Lettres de l'Université
de La Rochelle

**Justice en utopie : la recherche du système répressif idéal dans
les récits utopiques de la fin du XIX^e^ siècle**
par Francesco Arru, Maître de conférences au département d'italien
de l'Université de Bourgogne – Dijon

Une pédagogie juridique : les romans de Juli Zeh
par José Lefebvre, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, HDR, CEPRISCA

Sang et roses de T. Lanoye (2011) : cas juridiques et individualisation vraisemblable en question au XXI^e siècle
par Catherine Grall

« Imaginer à tort » : la fiction, le médecin et le droit
par Anne Simonin, Maison française d'Oxford

Fictions et variations sur le droit dans les récits de Diderot
par Gabrielle Radica, Maître de conférences en philosophie à l'Université de Picardie Jules Verne, CURAPP

Fiction, droit et espace public – à partir de Poetic Justice de Martha Nussbaum
par Solange Chavel, Maître de conférences en philosophie à l'Université de Poitiers

Des usages de la fiction pour penser les dilemmes ethico-juridiques de priorisation des vies
par Frédérique Leichter-Flack, Maître de conférences en littérature comparée à l'Université Paris ouest Nanterre

Préface

Depuis l'âge de la rhétorique antique, la pratique juridique passe par la pratique du bien écrire : pour faire sens, rendre compréhensible, discutable, interprétable un « cas », mais aussi pour plaire et pour convaincre. La littérature, en se dégageant souvent de l'orientation parfois sophistique de la rhétorique, a permis d'interroger plus que de conclure, en s'ouvrant aux cas singuliers et au contexte. La tragédie grecque a été plusieurs fois définie comme le lieu artistique où la société interroge ses lois, et l'on a parfois comparé le tribunal à un théâtre, lieu de la parole performative. La littérature romanesque s'est ensuite emparée du thème de la justice, représentant son exercice, critiquant ses procédés mais aussi ses principes, et lui renvoyant sa propre image, comme anamorphosée. Car le droit a lui aussi développé ses constructions du monde, avec le pouvoir particulier d'une force instituante et contraignante. Le mouvement « *Law and Literature* » , qui croise les analyses comparées entre les deux disciplines, trouve depuis quelques années des résonances dans la recherche de langue française, notamment avec les travaux pionniers de François Ost, professeur de droit et vice-recteur des Facultés universitaires Saint Louis à Bruxelles, qui participe à cette publication, et de Christian Biet, professeur de littérature française à l'Université de Paris-X Nanterre, membre du comité de lecture de ce volume. En 2012, alors que les études culturelles semblent redécouvrir les vertus scientifiques, voire civiques, de l'interdisciplinarité partout dans le monde, la bibliographie sur droit et littérature est devenue considérable, et l'on retrouvera dans les chapitres qui suivent de nombreuses références théoriques et appliquées à cette littérature scientifique, aussi bien publiée par des juristes que par des littéraires.

Cela ne signifie pas que le dialogue est facile, et cet ouvrage a entre autres pour ambition de proposer des pistes représentatives de cet enjeu, pistes théoriques et renvoyant toujours à des exemples précis, grâce aux notions convoquées et aux œuvres analysées. Qu'un juriste entende que la littérature a ses théories – qu'elle pense même la fiction hors des anciennes catégories de l'esthétique – et qu'un

littéraire envisage que le droit n'est pas qu'un catalogue de lois abstraites : voilà ce que les spécialistes, ici, ont tous accepté pour faire bouger les pensées, avec les mots de leurs disciplines, mais en les faisant servir au dialogue.

La fiction peut être littéraire ou non (on s'ouvre alors aux jeux de l'imaginaire le plus général, du rêve à l'hypothèse ou à l'expérience de pensée, jusqu'à la simulation à objectif curatif, comme l'illustre l'article d'Anne Simonin) – et la question se pose, surtout depuis l'époque moderne qui a succédé aux « Belles Lettres », de savoir s'il existe des marqueurs fiables de la « littérarité ». Mais on s'interroge aussi sur une caractérisation possible de la « fictionnalité ». La fiction est en effet, aujourd'hui, souvent associée au roman. Ce volume rappelle cependant que la fiction ne se limite pas à la forme narrative (théâtre, cinéma...), et que des genres multiples raffinent d'ailleurs celles-ci (utopies, autofiction, conte philosophique, « faction »...). La fiction, envisagée par les littéraires, se prête ainsi à de multiples débats, engage des épistémologies, voire des philosophies : théories « mimétiques » de la fiction, fondées sur le postulat d'une représentation du monde par la langue, sur les procédés narratifs, rhétoriques, énonciatifs, scéniques de la vraisemblance ; théorie du « comme si » ; théorie des mondes possibles, fonctionnant sur l'analogie à divers degrés ; défenses de l'allégorie ; théories fondées sur l'émotion que met en branle une fiction, favorisant une empathie réflexive, voire vertueuse ; théories de la réception univoque, le plus souvent plurielle, toujours ouverte de la fiction et de ses dilemmes... Autant de propositions qui articulent certains thèmes privilégiés pour que les juristes s'en saisissent, et leur confrontent leurs propres idées de la fiction, du sens du récit dans l'énoncé gnomique, ou doxastique, voire moral, et qu'ils interrogent les marges de l'interprétation et de l'application d'un scénario ou d'une notion abstraite, en mal d'évolution, parfois, dans l'histoire de la doctrine. Des philosophes et des historiens participent à bon droit à ce volume.

Si les pionniers du courant « *Law and Literature* » partaient de l'idée humaniste qu'un juriste, et en particulier un magistrat, a tout intérêt à asseoir ses connaissances de la doctrine et des lois sur une culture littéraire pour mieux connaître l'homme et se prononcer à son endroit, c'est supposer un pouvoir cognitif de la fiction, qui tient aussi bien au contenu de ses mondes, qu'aux formes qu'elle emprunte. Le premier point, relevant davantage du thématique, ne se suffit pas, en effet : les représentations controversées du bien ou du mal définis par une société, de la loi, des termes d'un jugement, des magistrats peuvent être instructives... mais sous quelles conditions ? Cette question en recoupe une autre, qui taraude les littéraires depuis au moins les grands débats sur la prose réaliste (XVII^{e} siècle), jusqu'à atteindre un niveau quasi angoissant aujourd'hui : celle d'une efficacité de la fiction, d'un pouvoir de retour dans le monde, et de son usage. Des théories récentes de la communication (*storytelling*) s'en chargent à leur façon, et le droit d'auteur tente de spécifier toujours plus ces effets mondains de la fiction, à

l'époque contemporaine. Il s'agit ici de penser ce « pouvoir » à l'aide d'outils croisés, tout en faisant découvrir au lecteur des points de droit précis, des œuvres, et des fictions dont la « littérarité » déborde l'acception classique, où ce pouvoir fait sens et débat – ceci tout en envisageant, en parallèle, la façon dont le droit se saisit des thèmes, des points de vue et des formes de la fiction, pour se regarder lui-même, en miroir.

C'est dans cette perspective que s'articulent les trois grandes parties de ce volume, qui s'ouvre d'abord sur une proposition de François Ost rappelant à travers moult références culturelles combien l'idée même de narration, en fiction, mais aussi en-deçà ou au-delà de la fiction littéraire, peut inspirer la construction et la pensée critique des juristes. La dimension très large et très ouverte de cet avant-propos est ensuite ramenée à un premier grand axe, dans lequel les auteurs examinent des principes du droit et de la fiction, dans leurs croisements possibles, puis à un second axe où ils interrogent la façon dont l'imaginaire fictionnel s'empare de questions de droit et, enfin, à un troisième axe où ils confrontent droit et fiction au grand champ adjacent, mais partagé de façon urgente, de la morale.

I. Sur quelles bases communes droit et fiction peuvent-ils en effet dialoguer ? Dans le sillage de François Ost, Valérie Varnerot reprend, pour la nuancer, l'opposition entre droit normatif et littérature narrative. Utilisant le terme de « jurisfiction » pour désigner la fiction prenant le droit pour objet, de diverses manières, elle la compare plus précisément à la doctrine. Pourquoi les membres de celle-ci passent-ils parfois par la fiction ? Le rapport aux références mondaines et textuelles change, la nécessité de leur actualisation s'efface devant une plus grande marge critique, comme l'illustre le cas de la fiction d'anticipation, qui module les possibles et fait penser – est évoquée ici l'œuvre de Juli Zeh, que José Lefebvre approfondit plus loin. Si le droit passe parfois par le récit, la fiction est, en retour, susceptible de s'inscrire dans le discours normatif ou, du moins, de proposer des modèles de vie et de configuration de soi ; mais Valérie Varnerot rappelle finalement que, la doctrine ne pouvant, au mieux, qu'inspirer les juges et la fiction laissant une grande liberté interprétative à ses lecteurs, les deux discours se rejoignent surtout dans leur caractère de disponibilité suggestive à ceux qui cherchent à savoir et à juger.

La nature même de la fiction, et son statut dans la société, ne vont en tout cas pas de soi : s'ils font débat chez les littéraires, il est évident que les juristes, et plus particulièrement les juges, doivent également aborder la question de la frontière entre fiction et réalité, tout particulièrement à notre époque où apparaissent des appellations génériques comme « fictions du réel », « vies imaginaires réelles », « faction », « docu-fiction ». Françoise Lavocat examine ainsi les théories implicites de la fiction sur quoi se fondent les juges, en les replaçant dans une perspective d'histoire du droit et en s'arrêtant sur trois cas de procès

modernes et contemporains. Les avocats ont-ils aujourd'hui autant à dire d'un ouvrage que l'éditeur, et menacent-ils à leur façon la liberté créatrice, quand l'auteur se trouve contraint, en vertu du droit au nom ou de la protection de la vie privée ? Quelles conceptions de la réception du public, jugé incapable de distinguer fait et fiction, ces précautions ou ces interdits signifient-ils, dans une société toujours plus prompte au contentieux ?

Car la société, bien sûr, évolue...et le droit doit l'enregistrer, plus particulièrement certaines notions semblant à la fois trop et pas assez fondées sur l'histoire des mœurs, que la littérature reflète à sa manière. Anne-Marie Luciani s'intéresse ainsi au standard juridique du « bon père de famille », imprécis dans ses présupposés, dégagé de normes purement juridiques, stéréotype correspondant à un imaginaire social bourgeois, aussi bien vanté que satirisé dans la littérature du XIX^{e} siècle. Si le législateur actuel conserve ce modèle, c'est que la volonté de perpétuation de la richesse est tenace, mais, comme souvent, le cliché se montre à la fois rigide et promoteur d'un renouvellement de la pensée. La notion de patrimoine montre tout autant que l'idée de transmission par un lignage se double du mouvement inverse, qui dépasse l'individuel au profit du collectif et pose des devoirs tout autant que des droits. Un standard juridique comme le « bon père de famille », dont l'étymologie renvoie à une restriction sexiste, est ainsi susceptible de correspondre à des changements fondamentaux, ce que révèle et accélère sans doute le maniement littéraire du stéréotype.

Si les mots de la littérature resémantisent ceux du discours juridique, il n'en reste pas moins vrai que la critique littéraire, pour sa part, emprunte volontiers à la terminologie juridique ses notions de pactes, de contrats... Alexandre Gefen étudie ainsi ces mimétismes en rappelant que la critique, de manière plus ou moins avouée, vise l'établissement de jugements et de classements, ce qui lui confère en outre de l'autorité. L'écrivain attend les réactions du juge et du critique, double contrainte qu'il peut tout autant éviter que provoquer, comme le signalait en partie Françoise Lavocat ; mais il apparaît aussi que cette relation d'amour–haine, voire de rivalité entre les terminologies du droit et de la littérature dit, en France au moins, la fin très claire des revendications d'autonomie de cette dernière par rapport au monde.

II. Le droit devenant matière à fiction relève de la rubrique classique depuis Richard Weisberg du « *law in literature* ». Les chapitres de cette deuxième partie étendent les analyses des grands romans réalistes des XIX^{e} et XX^{e} siècles, plus fréquemment commentés, aux autres champs que sont l'utopie et le théâtre, ainsi qu'au cas original d'une fiction non-littéraire, où se reflète le droit révolutionnaire et ses ambiguïtés.

Sandrine Rabosseau parcourt quelques variations sur le vieux thème de l'adultère chez de grandes plumes du XIX^{e} siècle (Balzac, Maupassant, Sue, Zola, Sand, Barbey d'Aurevilly), sur le mode comique ou sur le mode dénonciateur, en le confrontant à son évolution dans la loi.

Francesco Arru, se fondant sur des récits utopiques italien et français, composés par des savants engagés politiquement, montrent ce qu'y deviennent les grands débats criminologiques de la fin du XIX^e^ siècle, période où le genre utopique connaît une renaissance : les systèmes pénaux imaginaires correspondent à des sociétés où l'infraction devrait être impossible, le juge donc inutile, sauf dans des cas extrêmes où se posent la question de l'atavisme cher à Lombroso, tout comme celle de l'eugénisme. Genre exemplaire, anticipation cauchemardesque ? L'utopie se nourrit des questions juridiques et sociales de son temps pour les pousser dans leurs extrémités – ce que la fiction apporte par excellence à un discours juridique appelé quant à lui à une efficacité immédiate et concrète.

L'anticipation telle que la pratique Juli Zeh, et d'autres romans de cette auteure allemande qui est aussi juriste, reposent sur des fondements logiques similaires. José Lefebvre parcourt ainsi son œuvre pour voir jusqu'où la fiction interroge le droit, la justice et leurs acteurs : une pédagogie juridique s'esquisse, qui a aussi des vertus critiques quand on la confronte à certains arrêts réels. L'individu, sa vie privée, la valeur de la subjectivité, le sentiment de culpabilité et la culpabilité elle-même devant la loi et devant l'État sont ainsi interrogés de façon contemporaine.

Au XXI^e^ siècle, le théâtre d'un Tom Lanoye, servi par la mise en scène de Guy Cassiers, est susceptible de revisiter l'histoire sans aboutir à un relativisme de l'empathie ou du soupçon : tel est l'enjeu de la pièce *Sang et roses* que commente Catherine Grall, en montrant combien le réalisme historique de ce théâtre de procédure fait aussi sa place à l'individu problématique devant les lois de l'Église et du royaume, mais en montrant aussi qu'il s'agit pour le droit d'affronter les principes et le sublime, que la mise en scène comme le texte problématisent sans délivrer de leçon au spectateur, l'informant sans l'orienter, l'impressionnant sans le brutaliser, mais en le confrontant à une esthétique complexe qui l'interpelle.

C'est une efficacité plus directe de la fiction théâtrale qui est envisagée dans l'article de l'historienne Anne Simonin, qui traite le cas du « tailleur de Bicêtre ». Le médecin Pinel tenta de guérir ce malheureux, qui intégrait une culpabilité imaginaire sous la Terreur, ceci en mettant en scène un corps législatif inspiré des commissions populaires. L'analyse de cette « fiction en trompe-l'œil » met à jour la véritable catégorie juridique qui risque de rendre fou en cette période révolutionnaire, qui n'est pas celle du guillotiné, mais celle du suspect en attente de jugement, quand l'autorité de la chose jugée n'est pas convaincante.

III. Que le droit et la fiction enrichissent leurs principes par une écoute mutuelle, également fondée sur l'histoire des deux discours, signifie aussi un lieu de rencontre privilégié : celui de la (philosophie) morale. Ce chapitre mériterait bien sûr plus de trois articles, mais les contributions de Gabrielle Radica, de Solange Chavel et de Frédérique

Leichter-Flack posent des éléments à la fois essentiels et conjoncturels qui signalent de façon exemplaire la vastitude et la pertinence de l'interdisciplinarité sur cette question.

Gabrielle Radica, analysant des œuvres courtes de Diderot, rappelle combien les Lumières, qui tentèrent de penser ensemble rationalité et émotion, ont aussi réfléchi aux cas juridiques en pratiquant textuellement la variation des points de vue, et en exigeant l'engagement éthique du lecteur. Que recouvre la « fiction » chez l'Encyclopédiste amateur de questions juridiques ? Apparentée à l'hypothèse aidant à réfléchir sur des cas, et donc à accéder à des vérités autrement inaccessibles, au-delà du traité principiel, la fiction dispose en outre d'une force persuasive et incline le jugement. Diderot joue de procédés sceptiques pour relativiser l'évaluation d'une situation juridique, tout en permettant au lecteur de considérer le système que forment ces variations fictionnelles et sans aboutir à un relativisme de principe – où l'on trouve des échos avec la pièce du XXI^e^ siècle commentée par Catherine Grall. Le philosophe des Lumières expose aussi l'invention d'institutions juridiques, comme celle du mariage. Ce chapitre montre ainsi les potentiels, devant des question de droit, de la fiction réflexive, en même temps qu'il fait penser à la façon très moderne dont la parole auctoriale peut se diffracter en plusieurs instances et le texte se partager entre conte, essai, et mise en scène de soi – en quoi notre lecteur trouvera aussi des échos aux articles de la première partie de cet ouvrage.

Solange Chavel, traductrice de la philosophe américaine Martha Nussbaum, qui donne des cours dans les facultés de droit, reprend d'abord ses thèses principales sur les pouvoirs moraux de la fiction, qui ont un grand retentissement en Europe. Mais elle propose aussi une critique légitime et stimulante de ces thèses, en dévoilant une assimilation fréquente, de la part des juristes, entre littérature, fiction et récit (que François Ost et Valérie Varnerot avaient réfléchie), et en montrant que la littérature peut être utile dans tout discours normatif (éthique, politique) – celui-ci ne se réduisant pas à la scène juridique. D'où parle d'ailleurs le romancier ? D'où puiserait-il son autorité démocratique ? Cette situation nécessaire de son énonciation, comme les études culturelles y insistent depuis trois décennies, après la philosophie de la déconstruction, doit aussi être rappelée, de même qu'il serait bon de replacer la littérature, encore une fois, dans son héritage rhétorique. Solange Chavel se place plutôt dans le sillage de Richard Weisberg, pour conclure sur la nécessité, pour le droit comme pour la littérature, de se rejoindre dans une position herméneutique, face au monde et face aux autorités susceptibles d'en donner des représentations.

Et l'autorité est parfois sommée de trancher des cas de conscience terribles, comme ceux de priorisation des vies. Frédérique Leichter-Flack réfléchit ainsi sur l'arbitrage éthico-juridique de façon très concrète, en partant de « fictions », au sens d'expériences de pensée, proposées aux États-Unis pour mesurer et tester les perceptions publiques, sur l'équité des protocoles envisagés en cas de catastrophe

(qui sauver si… ?). Elle passe ensuite à la littérature, pour montrer combien le pouvoir de contextualisation et de singularisation du roman raffine les questions, et surtout combien la réflexivité à l'œuvre, chez Dostoïevski en l'occurrence, permet au lecteur de prendre ses distances critiques sur des expériences de pensée manipulatoires.

Nous souhaitons que ces chapitres, dans leur variété et dans le réseau d'échos qu'ils tissent entre eux, éclairent les spécialistes de chaque domaine, et leur donnent des perspectives théoriques et pratiques utiles.

Catherine Grall

AVANT-PROPOS : POUR UNE CRITIQUE DE LA RAISON NARRATIVE

François Ost
Vice-recteur des Facultés universitaires
Saint-Louis Bruxelles

Mon objectif, dans cette brève contribution, est de jeter quelques jalons en vue de réhabiliter le récit à l'encontre d'une stratégie de la pensée héritée et dominante qui le disqualifie de diverses façons. Je souhaite donc plaider en faveur de l'importance, réellement constitutive, du récit, et ce tant dans la constitution imaginaire des peuples, qu'au plan du « roman personnel » que nous nous racontons à nous-même en vue d'édifier notre identité. De toutes les caractéristiques qu'on prête à l'homme – le rire, qui, dit-on est son « propre », le langage, l'affect politique (*zoon politikon*, disait Aristote), la sapience (*homo sapiens*)... - c'est cette faculté fictionnelle qui me paraît la plus fondamentale. *Homo fabulans* : l'homme, cet animal qui raconte des histoires... Idéalement, ce projet devrait conduire à la formulation de quelque chose comme une *Critique de la raison narrative*. Bien entendu, on ne livre ici, en une dizaine de pages, que quelques pistes de cet ambitieux projet.

Ce plaidoyer est à la fois facile et difficile ; aisé, parce que le récit nous entoure de tous côtés, qu'il nous accompagne depuis la plus tendre enfance, et qu'il bénéficie généralement de beaucoup de sympathie. Malaisé, parce que, s'il est regardé avec bienveillance par le commun (ce que Platon appellerait avec mépris la *doxa*), en revanche il est tenu en suspicion par notre modèle de pensée dominante qui croit neutraliser ses pouvoirs en le ravalant au domaine du privé et du frivole. Je dois donc commencer par évoquer ces stratégies de disqualification qui conduisent à « sous-penser » le récit. Je tenterai, ensuite, dans une seconde partie, d'expliquer en quoi le récit « donne à penser ».

I. Refoulements et disqualifications du récit

La première disqualification est ancienne et platonicienne ; elle repose sur la coupure entre la réalité et la fiction ; la disqualification tient au fait que la « réalité » est ici associée à la « vérité » et à la « justice » (ou à la vérité morale, dans l'ordre de l'action).

La deuxième disqualification est moderne, et remonte cette fois au philosophe Hume : elle tient dans le grand partage entre le fait et le droit, le décrire et le prescrire, et l'interdit qui l'accompagne : de l'un à l'autre, aucun passage n'est permis. Ici, la disqualification du récit est double : outre que, en raison du premier refoulement, il semble n'avoir aucune part ni à la position du fait, ni à la prescription de la norme, on lui dénie également le rôle de médiation entre ces deux régions ontologiques, dès lors qu'est proscrite la possibilité d'un passage logique de l'un à l'autre.

La troisième disqualification est post-moderne, « habermasienne », pourrait-on écrire : dans des sociétés qui se présentent comme des Etats de droit respectueux des droits fondamentaux de la personne, dans des sociétés de communication hantées par l'impératif de transparence, et articulées autour de multiples espaces de dialogue et de discussion « rationnelle », toute prétention est censée pouvoir s'exprimer librement, complètement, sans résidu, ni refoulement. Les demandes de reconnaissance et les prétentions identitaires sont ainsi censées se mouler dans les procédures dialogiques et judiciaires que les sociétés modernes mettent à la disposition des individus et des groupes. Tout se passe alors comme si l'espace du récit était asséché, aspiré par les modes d'argumentation, juridiques notamment, censés faire droit aux prétentions des individus en attente de reconnaissance.

Bien entendu, le récit ne disparaît jamais, sous aucun de ces trois régimes ; mais il reste sous-pensé en raison de ces disqualifications successives. Platon, qui accompagne le fier mouvement du passage du *muthos* au *logos*, l'émancipation prétendue de la pensée des catégories pré-logiques du mythe, renvoie le récit à la fois aux premiers âges des sociétés (Homère, Hésiode), et aux premières années de la vie individuelle (les fables qu'on raconte aux enfants). Ces récits sont donc à la fois reconnus (ils ont concouru à l'éducation des enfants et baignent encore la société grecque) et vilipendés.

À la modernité, le « grand partage » (pour parler comme Bruno Latour) entre l'être et le devoir-être conduit, d'une part, à la formidable entreprise d'explication scientifique du monde, sur la base de lois a priori que la théorie hypothético-déductive et l'expérience scientifique de laboratoire qui la prolonge, permettent d'établir et de prévoir, et, d'autre part, à la rédaction de constitutions politiques et de codes qu'inspire désormais une philosophie positiviste du droit qui prétend s'être affranchie des approximations du droit naturel. Dans les deux cas – entreprise scientifique et mise par écrit d'un droit dit « positif » - le récit

est renvoyé à la préhistoire de la raison, associé aux superstitions ou aux faux prestiges de l'apparence. Et pourtant, bien entendu, les sociétés n'arrêtent pas de (se) raconter. Le roman, genre littéraire de l'individualisme triomphant, prospère, mais dans l'espace du « divertissement » seulement, en marge de la grande aventure de la raison moderne, génératrice du Progrès.

À l'époque contemporaine, les procédures judiciaires et les dispositifs rationnels de canalisation des revendications que notre société de communication a mis en place n'ont, bien entendu, pas plus réussi que les régimes précédents à tarir la pulsion narratrice ; au contraire même, le récit prolifère dans la société contemporaine, largement libéré de la contrainte des genres et des formes et très largement affranchi de la figure académique de l' « auteur ». Le *storytelling* gagne toutes les sphères d'activité (publicité commerciale : vendre une marque c'est faire l'épopée de l'entreprise ; propagande électorale et *pipolisation* des candidats, prolifération des sectes religieuses véhiculant des *révélations* diverses,...).

Tel est donc le paradoxe qui accompagne le récit : omniprésent depuis l'aube de l'humanité, il reste sous-pensé et même disqualifié dans la tradition occidentale dominante, toujours renvoyé dans les marges de la raison (balbutiements de l'enfance, préhistoire obscurantiste de la société, espace frivole et privé du divertissement, domaine équivoque du fait divers, scène narcissique de la *télé-réalité*, propos délirants du discours sectaire,...).

Un vaste chantier philosophique s'ouvre donc, qui commande de réévaluer la place du raconter dans l'aventure de la raison et la constitution des sociétés. Il s'agirait à la fois de réévaluer le rôle de la fiction au regard de ce qu'il est convenu d'appeler la réalité, la vérité et la justice (première coupure, premier refoulement, platonicien). Il s'agirait ensuite de revisiter le « grand partage » moderne et de montrer comment le récit réalise les médiations, qui sont celles de la vie elle-même, qui s'établissent évidemment à chaque instant entre ce fait et ce droit que la pensée analytique s'efforce de maintenir séparés. Il s'agirait enfin d'investiguer la capacité du récit à prendre en charge la part de « non-dit », voire d'indicible que les procédures rationnelles de la communication démocratiques ne parviennent pas à assumer[1], sans pour autant céder aux facilités équivoques du *storytelling*[2].

Cette dernière observation contient une mise en garde qui trace un deuxième axe du chantier philosophique qui s'ouvre : après la réhabilitation du récit, sa critique – quelque chose comme une «*critique de la raison fabulatrice* ».Tâche délicate et pourtant nécessaire, d'élucidation

1 - J.-M. Ferry, *L'éthique reconstructive*, Paris, Les éditions du Cerf, 1996, pp. 59-61, 93, 104-108. Cette éthique pourrait représenter un début de réponse au déni de reconnaissance générateur de l'incommensurabilité des prétentions des protagonistes que J.-Fr. Lyotard étudie dans *Le différend*, Paris, Les éditions de Minuit, 1983.

2 - Chr. Salmon, *Storytelling. La machine à fabriquer des histoires et à formater les esprits*, Paris, Editions La Découverte, 2007.

des rapports que chaque société (voire chaque individu) entretient avec « ses » fictions ; tâche à tout moment menacée par le « refoulement », au plan du récit individuel, et par la « censure », au plan sociétaire (Platon encore nous en donne l'exemple) – et pourtant tâche indispensable dès lors que le raconter est une activité elle-même soumise à toutes sortes de contraintes qu'il importe de mettre au jour et parfois d'assumer. Il ne s'agirait donc pas de substituer le récit, idéalisé et absolutisé, aux autres productions de la raison, mais de thématiser leurs articulations respectives. L'aphorisme de Paul Ricoeur : « le symbole donne à penser » - le symbole, mais aussi le récit – pourra servir d'amorce à cette réflexion[3 et 4].

Dans les limites de cette contribution, je me contenterai de discuter le premier de ces refoulements du récit. Le refoulement humien supposerait qu'on déploie, à la suite de Paul Ricoeur notamment, la dialectique du décrire et du prescrire – dialectique au sein de laquelle le raconter joue le rôle d'opération médiatrice. Quant au troisième refoulement (que j'ai qualifié par facilité et raccourci d'« habermassien »), il pourrait être discuté à partir de l'*éthique reconstructive* que propose Jean-Marc Ferry, dont l'objectif est la prise encharge, par les ressources du récit, de cette part d'indicible (de «*différend* », dirait J.-Fr. Lyotard) à laquelle les procédures judiciaires et communicationnelles officielles ne parviennent pas à faire justice (les travaux relatifs à la justice restauratrice, et notamment aux commissions *Vérité et réconciliation* pourraient ici servir d'exemples).

La pensée occidentale dominante et héritée est marquée par la dictature du *réel*. Qui est aussi le règne du présent (de la présence), de l'a priori et du donné, ou encore de la forme stable (l'essence ou l'idée) : une certaine idée de la pureté et du parfait (le contraire du composite et du devenir). Il y aurait là comme un cadre de pensée et d'action qui conditionnerait nos représentations les plus élémentaires et donc les plus fondamentales. Ce *réel* est en effet associé tout aussi irrésistiblement à la *vérité* et à la *justice*. Tout se passe alors comme si nous étions impérativement requis de nous conformer à ce cadre, sous peine d'erreur, de folie, d'infraction ou de péché, au cas où nous nous en écarterions, a fortiori si nous en contestions le bien-fondé. Bien entendu, il est impossible de nier le composite, le changement, l'impureté, mais ceux-ci sont implicitement intégrés par la pensée dominante dans tout un système de classifications et de hiérarchies qui ont pour effet de les subordonner au réel, à la forme et à l'idée, douées *in fine* de stabilité, de vérité et de justice. En définitive (clin d'œil des mots,... : il s'agit bien en effet d'en finir, par peur de commencer), - en définitive, ce cadre de représentation vise à ramener l'ensemble du donné aux limites rassu-

3 - Cf, *infra*, II

4 - Dans *Temps et Récit* (t. I., Paris, Seuil, 1983) Paul Ricoeur étudie de très près l'articulation entre histoire contée, fiction (*story*) et histoire savante, scientifique (*history*).

rantes et inaltérées du *même ;* sa logique est celle de la tautologie, aussi vide qu'incontestable : « A=A », *« dura lex, sed lex »,* aujourd'hui en langage de pensée unique : « les affaires sont les affaires».

On comprend que, dans ce contexte, le récit soit tenu en forte suspicion. C'est qu'il ouvre l'espace du *comme si*, qui fait instantanément craquer le cadre contraignant du « réel-vrai-a priori ». Un champ immense et virtuel se déploie dès que le conteur prononce ces mots : *il était une fois*... Un imaginaire s'active qui semble mettre le devenir en branle, récuse en doute nos certitudes, excite l'appétit du *possible*. Voilà que la version officielle du monde fait l'objet d'une *subversion* généralisée.

Archétype de la pensée dominante, Platon, dans *La République* [5], bannit de la Cité les poètes et les dramaturges. Les gardiens de la République jugent en effet que leur art est corrupteur, qu'il mêle le vrai et le faux, qu'il fait voir les mêmes personnages tantôt comme grands, tantôt comme petits, évoque des chimères et des fantômes, et ne respecte pas la distinction du bien et du mal. Dans un Etat régi par des lois sages, il ne doit pas y avoir de place pour cette sorte d'art qui nourrit le mauvais élément de l'âme, celui qui a commerce avec le sensible et le plaisir. Dans *Les lois* (VII, 817)[6], les légistes de la colonie des Magnètes s'opposent également à l'entrée des tragédiens dans la Cité, ou plutôt ne les admettent que sous condition et moyennant une sévère censure : seules les autorités décideront si « l'œuvre est avouable et bonne à être entendue par le public ». Conscients du redoutable pouvoir de la fiction, les légistes entendent maintenir les poètes à distance pour préserver l'intégrité du droit et de la justice.

Tel est donc le refoulement de départ : victime du partage radical entre réalité et fiction, le récit ne reçoit pas droit de cité. Sans pourtant qu'il ne cesse de hanter cette cité, comme Platon le déplore. On est, en somme, confronté ici à une situation classique : refoulement et retour (problématique) du refoulé. Mais si, demanderons-nous, le problème résidait dans le cadre de départ lui-même plutôt que dans le récit ? Telle est la question que présuppose nécessairement toute entreprise de réhabilitation du raconter.

Ce cadre canonique, l'a –t-on noté ?, suppose quelque chose comme un « arrêt sur image » : un temps artificiellement immobilisé pour accorder prise à la raison. Comme si, pour élaborer son travail d'établissement de la vérité, de position de la forme et de définition de l'idée, la raison devait arrêter le cours du devenir et considérer les choses *sub specie aeternitatis*. C'est la stratégie du « *toutes choses égales par ailleurs* » que déploient toutes les raisons analytiques. Pour être intelligibles, les choses doivent être dé-finies, c'est-à-dire très exactement

5 - Traduction de R. Baccou, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 370s.

6 - Traduction A. Castel-Bouchouchi, Paris, Gallimard (Folio, Essais), 1997.

limitées, séparées, clôturées, immobilisées. Plus généralement, le réel doit être préservé du virtuel et du possible. A ces conditions seulement, le langage peut prétendre correspondre (comme un calque) au réel qu'il vise, et ainsi dire les choses dans leur vérité, et les actions conformément à la justice.

Il est très significatif que Platon fasse déboucher sur le thème de l'immortalité de l'âme la longue critique qu'il mène à l'encontre des tragédiens et des poètes, auteurs de récits fallacieux (*La République*, X, 608c). Comme si l'enjeu de toute cette discussion – la position de ce que j'ai appelé le « cadre canonique » du « réel-vrai-a priori » à l'encontre de la fiction narrative - était de conjurer le temps qui passe et donc le devenir mortel, et, en inscrivant le travail de la raison sous les auspices de l'éternité divine, de garantir au moins l'infaillibilité de nos représentations mentales.

Mais ce désir, pour légitime qu'il soit, n'en est pas moins trompeur : le temps passe, l'homme est mortel, la réalité est composite et changeante, le langage ne l'appréhende que très imparfaitement, la vérité est problématique et la justice controversée.

Et pendant ce temps, l'homme raconte des histoires. N'est-il pas temps alors de reconsidérer d'un autre œil ces histoires plutôt que de les reléguer aux sornettes de la petite enfance ou de les soumettre à une censure inquiète ? Les reconsidérer d'un autre œil, car ces histoires, en prenant précisément en charge le poids du temps qui passe, en dépassant le cadre étroit de la définition d'un réel donné et en l'élargissant aux virtualités chatoyantes du possible, ces histoires nous libèrent de la dictature de vérités qui ne sont jamais que les versions successives de l'orthodoxie officielle et nous donnent ainsi accès ainsi au domaine, autrement prometteur, du sens. Le sens, c'est à la fois la direction et la signification : on pourrait dire une intelligibilité en mouvement. Autrement dit encore : une vérité mobile, relative, prise dans le mouvement du temps. Ou encore : une réalité en devenir, altérée par le temps, le mouvement, l'action imprévisible de l'*autre* sur lequel on n'a pas directement prise. On sort ainsi de la stérile mêmeté de la tautologie, au risque de l'altération par l'autre qui advient. Quelque chose, en effet, advient, un événement fait histoire qu'il appartient à nos histoires de signifier. Une autre constellation se propose ainsi, articulée autour des notions de possible, de devenir, d'histoire et de sens.

Voilà donc le choix qui s'offre : ou bien la vérité orthodoxe (et dans l'ordre politico-juridique : la justice légaliste) *sub specie aeternitatis*, ou bien l'aventure du sens dans l'élément du temps qui passe et qui conduit à la mort. Dans un effort désespéré pour se donner des certitudes inaltérables, la raison occidentale fait massivement le choix de la première option, se privant des ressources du sens que lui suggèrent les récits qui la précèdent. Car elle ne peut nier, cette orgueilleuse raison analytique, que l'homme a toujours déjà raconté des histoires qui donnaient du sens à son existence. Mais ces théodicées (Hésiode), ces mythes de l'origine (toutes les sociétés qu'étudient les ethnologues et

anthropologues), ces épopées héroïques (Homère), ces fables primitives,ces utopies législatrices, elle s'en détourne avec horreur.

Relisons une fois encore les passages de *La République* à la lumière des observations précédentes. La surdétermination d'une métaphysique fixiste par une gouvernance rigide, elle-même alimentée par une peur de l'altération, y apparaît à chaque ligne. « La *raison* nous *prescrit* de bannir de notre Etat un art de cette nature » (X, 607). Un art qui nous trompe en imitant le multiple et en suscitant l'empathie à l'égard de sentiments divers – un art trompeur comme les miroirs qui reflètent toutes les apparences, plutôt que la forme unique, créée par Dieu (X, 506e). Ainsi, explique Platon, « le faiseur de tragédies est éloigné de trois degrés de la vérité et du roi » (X, 598) : trois degrés car simple imitateur, il n'est ni créateur de la forme même de la chose imitée, ni créateur d'un de ses avatars concrets. Pas étonnant, dès lors, ajoute Platon, qu'Homère ne soit ni un éducateur, ni un guide politique, susceptible, par exemple, de discriminer entre bonne et mauvaise cité. Aussi bien s'impose-t-il de surveiller et de trier les fables qu'on raconte aux enfants. On ne saurait, par exemple, tolérer ce vers d'Homère qui parle de « *Zeus, dispensateur des biens et des maux* », ou ce passage d'Eschyle : « *Dieu chez les mortels fait naître le crime quand il veut ruiner entièrement une maison* » (II, 380). (A ce compte la Bible devrait être amputée du *Livre de Job* qui en est une des merveilles avec *Le cantique des cantiques*).

Luttant contre cette subversion du récit, les légistes entendent qu'on représente Dieu *tel qu'il est* (II, 379b), que l'on valorise le citoyen, modèle de vertu et *égal à lui-même* (X, 604d), et que, du réel, on se préserve des apparences (l'objet qui, dans l'eau nous paraît brisé), et ce « *par la mesure, le calcul et la pesée* qui sont d'excellents préservatifs contre ces illusions » (X, 602b-603).

Pensera-t-on que le message est sans équivoque, que la leçon est claire ? Pas si simple... car que fait Platon lui-même, sinon raconter des histoires ? Mythe de la caverne, utopie de la Cité des Magnètes, récit du banquet, dialogues socratiques imaginaires – Socrate, son héros, a-t-il seulement existé ? Platon est un philosophe-conteur, et non des moindres assurément. Du reste, n'est-ce pas le cas également des légistes qu'il met en scène : après avoir éconduit les poètes et tragédiens, voilà leur aveu : « nous composons nous-mêmes un poème tragique dans la mesure de nos moyens, à la fois le plus beau et le plus excellent possible ; notre organisation politique tout entière consiste en une imitation de la vie la plus belle et la plus excellente ! ». Coup de théâtre ! On croyait la poésie dénigrée, ravalée au rang du plaisir sensible, et la voilà élevée maintenant au rang de Constitution de l'Etat. « Nous sommes vos concurrents », avouent les légistes, « étant les auteurs d'un drame le plus magnifique : celui précisément dont seul un code authentique de lois est le metteur en scène naturel » (*Les Lois*, VII, 816-817).

Pour avancer, il nous faudra donc penser contre Platon et avec Platon. Contre Platon, qui prétend raisonner indépendamment du

récit ; avec Platon, qui philosophe en grand mythographe qu'il est. Je propose de progresser en méditant cet aphorisme de Paul Ricoeur : « le symbole donne à penser » [7]. En conjuguant le symbole (la métaphore, le récit) et la pensée sous la forme d'une relation de donation, gage de fécondité réciproque, on se donne, me semble-t-il, de sérieux gages de succès.

II. Le symbole (ou le récit) donne à penser...

Si le symbole « donne » à penser, c'est que, comme le récit, il arrive en premier lieu. Cela, même Platon ne le conteste pas. La différence, c'est que cette priorité prend ici la forme d'une donation séminale, d'une source fondatrice et non d'un préliminaire trompeur. Ce qu'il faut arriver à comprendre, pour donner sa juste portée à cette donation initiale, c'est le caractère proprement « constitutif » de ces récits originaires. « Constitutif » au sens où Searle et les théoriciens du langage parlent de « règles constitutives », par opposition aux règles simplement régulatrices. Une règle constitutive est celle qui « fait exister » ce dont elle parle, alors qu'une règle régulatrice se contente de réglementer une réalité préexistante[8]. Décider que la France est une République et la Belgique une monarchie constitutionnelle, décider que l'or est une monnaie et l'individu un citoyen sont des exemples de règles ou de décisions constitutives ; décider que les automobiles roulent à droite de la chaussée est un exemple de règle régulatrice.

Un propos constitutif est un produit de cette « imagination sociale-historique », dont parle Cornélius Castoriadis, qui fournit la matrice conceptuelle et normative d'une culture entière [9]. Dans le magma indistinct des impressions et sensations empiriques, cet imaginaire constituant, qui parle en récits, sélectionne, avec une diversité virtuellement infinie que reflète la variété des langues, des rites et des pratiques, les faits pertinents et les valeurs significatives aux yeux de ce script, schéma, ou scénario initial. Opérant à la manière d'un montage cinématographique à partir d'une quantité énorme de « *rushes* », l'imaginaire social-historique des peuples se compose une histoire propre dont elle ne finit jamais d'écrire les épisodes successifs.

Quels que soient les avatars ultérieurs du travail qu'une culture opère sur elle-même (rejetant parfois violemment certains pans de son héritage) – de même que la langue n'arrête pas de s'auto-transformer – c'est toujours *à partir* de cette donation initiale que s'opèrent ses élaborations conceptuelles et se déterminent ses options normatives. Littéralement, nous apprenons à penser – Georges Steiner va plus loin et dira même que nous apprenons à parler – dans l'élément des récits

7 - P. Ricoeur, *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, Paris, Seuil, 1961.

8 - J.R. Searle, *Las actes de langage. Essais de philosophie du langage*, traduction par H. Pauchard, Paris, Hermann, 1972.

9 - C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975.

originaires. Il y va de quelque chose comme le « point de vue interne » propre à ce groupe, un point de vue qui détermine irrévocablement sa manière de s'orienter dans le monde. Que serait notre conception des langues, si nous n'avions entendu parler de Babel ? Que serait notre conception du temps si nous n'avions reçu le mythe de Kronos dévoreur d'enfants ? Que serait notre conception de la perversion si nous n'avions entendu parler de Sodome et Gommorhe ? Mythes grecs, paraboles évangéliques, fables de La Fontaine, mythes modernes de Don Juan, Faust et Robinson, utopies de More, de Bacon et de Fourier, contes enfantins immémoriaux rassemblés à la modernité par Perrault, Andersen, et Grimm : voilà le terreau fondateur de notre culture.

Sans même que nous en prenions conscience, au moins dans un premier temps et à défaut d'un patient travail d'auto-élucidation, ces récits sélectionnent les thèmes susceptibles d'intérêt, les personnages dignes d'attention, les valeurs susceptibles d'être poursuivies ou rejetées ; un vocabulaire est implicitement mis en circulation, une structure temporelle expérimentée (c'est une observation fascinante de constater que la manière dont les peuples se situent sur l'échelle du temps varie fortement), des genres sont imposés (pourquoi certaines langues adoptent-elles le neutre, tandis que d'autres l'ignorent ?), des schémas d'action et de réaction proposés. Des dichotomies inconscientes sont naturalisées, porteuses de limites et donc de normes non écrites : je pense notamment à la division des sexes, à la distinction des générations, et à la séparation des vivants et des morts qui forment toute la matière de la tragédie grecque.

Comme l'écrit encore Ricœur : « l'imagination non seulement n'est pas sans règle, mais constitue la matrice génératrice des règles »[10]

Je le répète : chaque civilisation, chaque culture opérera dans la suite un travail critique incessant à partir de cet héritage (alternant, selon l'observation de Castoriadis encore, des phases d'institutionnalisation, et des phases de déconstruction critique) ; il n'empêche que c'est *à partir* et non *en-dehors* de ce cadre quasi subliminal qu'elle se construit.

Ce qui est vrai au plan collectif se vérifie également à l'échelle de nos histoires individuelles. Chacun d'entre nous, pour affronter l'existence, revendiquer son identité et prendre place dans la société, nous nous constituons un « roman personnel ». Largement inconscient, trompeur ou illusoire à beaucoup d'égards, il est néanmoins constitutif de notre moi fragile qui se risque au regard des autres. Envisagé du côté de l'écrivain ou du conteur, le récit opère comme une instrument heuristique de découverte, voire de constitution de soi-même ; envisagé du côté du lecteur ou de l'auditeur, ce récit exerce les mêmes effets, cette fois par la mise en jeu de mécanismes d'empathie et d'identification à l'égard de l'auteur ou de ses personnages.

10 - *Temps et récit, op. cit.*, t.I, p. 132.

C'est ce récit de vie, parfois chaotique et parfois même délirant, mais ô combien constitutif, que le patient en souffrance racontera peut-être au thérapeute et qu'ensemble ils vont tenter de réélaborer pour reconstituer une personnalité : ici aussi le récit donne à penser.

Sur une autre scène, la scène judiciaire, c'est aussi le récit de vie qui tente de se frayer un chemin au prétoire, par le truchement de l'avocat notamment, et qui aura tant de mal à se faire entendre au travers des mailles des qualifications et des procédures juridiques : la littérature abonde de ces récits qui tentent, parfois désespérément, de se faire entendre des magistrats - je cite deux exemples parmi beaucoup d'autres : *La lettre à mon juge* de Georges Simenon, par laquelle un médecin condamné pour le meurtre de sa femme explique à son juge que ce n'est pas vraiment lui qui était présent au tribunal, ni vraiment lui qu'on a condamné ; *Le Rouge et le noir* de Stendhal qui permet à l'auteur de réécrire complètement la plaidoirie de défense de Julien Sorel (alias Antoine Berthet) estimant que son avocat « dans le monde » n'avait pas atteint sa véritable personnalité [11].

Ainsi donc le récit *donne*. Reste maintenant à montrer qu'il donne à *penser*.

Matrice de représentations mentales, l'imaginaire constitutif est à la source de l'élaboration conceptuelle, et ainsi, par étapes successives, du travail de construction de la raison théorique sous son double versant spéculatif et nomothétique ; matrice de valorisations implicites, le même imaginaire est également à la source de nos élaborations normatives, et ainsi, par étapes successives, du travail d'édiction de la raison pratique sous son double versant, moral et juridique.

Je serai très allusif à propos du travail de la raison théorique, car cela me conduirait à mener une vaste enquête épistémologique qui n'est pas de propos ici. Qu'il me soit permis de me contenter de quelques intuitions qu'il resterait à expliciter plus avant. Je soutiens que l'imagination joue un rôle heuristique (un rôle de « mise en route ») irremplaçable dans la découverte scientifique et la formulation des lois qui en découlent.

À l'origine des « paradigmes » scientifiques dont parle Thomas Khun, on trouve l'action de vastes « visions du monde », traduites dans un réseau de « métaphores » qui orientent la recherche dans un sens décisif, parfois à l'origine d'une « révolution scientifique »[12]. Du reste, qu'est ce qu'un « paradigme », sinon un exemple bien choisi qui illustre la théorie – un exemple, une expérience probante, un événement mémorable – en droit un « *leading case* » qui fait jurisprudence et qui, loin d'appliquer une loi préalable, en est plutôt le récit qui permet de la dégager ?

Ainsi, chaque grande découverte scientifique prend appui sur l'intuition d'un monde possible traduit dans une sorte d'embryon spéculatif de récit. Bien entendu, l'instant d'après, la raison théorique, calculatrice notamment, prend le relais, bientôt suivie par l'appareillage

11 - J. Verges, *Justice et littérature*, Paris, PUF, 2011, p. 175s.

12 - Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

du laboratoire – mais ceux-ci ne font jamais que mettre en scène le script suggéré par l'intuition narrative du chercheur : « *et si on disait que ?...* ». Il faudrait relire Ladrière et Bachelard, Latour et Prigogine notamment pour étayer cette hypothèse. Il faudrait réétudier également de plus près le rôle que joue l'imagination transcendantale dans la *critique* kantienne (notamment le fameux paragraphe 49 de *La critique de la faculté de juger :* dans ce passage, l'imagination créatrice est libérée de la tutelle du concept et de son rôle dans le jugement déterminant ; ici, elle donne à penser à l'entendement). Il faudrait méditer aussi les récents travaux de Michel Serres[13].

Je pose donc cette question : quel imaginaire animait Darwin et sa guerre des espèces, Newton et sa force d'attraction universelle, Einstein et sa théorie de la relativité ?

A fortiori, il me semble pouvoir soutenir également que les grandes avancées en sciences humaines et sociales sont redevables de la fécondité imaginative de certains chercheurs-pionniers. Qu'il suffise d'évoquer quelques noms : Freud et Jung qui se décident un jour à faire parler nos récits intimes et nocturnes (et aussi, soi dit en passant, quantité de récits antiques et modernes), levant ainsi un coin du voile sur cet immense « monde possible » de l'inconscient qui nous accompagnait comme une ombre sans que, c'est le cas de le dire, nous en ayons pris conscience ; Lévi-Strauss qui construit l'anthropologie structurale à partir du déchiffrement scrupuleux des mythes foisonnants des populations qu'il étudie ; Auguste Comte qui invente la fable des « trois âges de l'humanité » ; Marcel Mauss qui élabore son ambitieuse théorie du don à partir du récit des *potlachs*.

J'ajoute, et ce n'est pas un détail, que ces pionniers-narrateurs accordent beaucoup d'attention à l'écriture de leur théorie, témoignant ainsi d'un « style » propre qui n'est pas sans rapport avec l'intérêt dont bénéficient leurs travaux. La même remarque vaut, du reste, pour l'écriture des philosophes : c'est un domaine encore largement en friche, et très prometteur, que la mise en regard du contenu et du « style » d'une philosophie.

Mais si le récit joue un rôle heuristique au plan de l'invention scientifique et de la spéculation théorique, il en va de même à propos de la formulation des idéaux moraux et leur traduction sous la forme de règles de droit. Ici encore, le récit est premier et constitutif : laboratoire de l'humain, la littérature expérimente toutes sortes de jugements évaluatifs qui sont comme la propédeutique de l'éthique en situation [14]. Je pense aux récits fondateurs de donation de la loi – plus précisément le récit juif du Sinaï et le récit grec du *Protagoras*. Mais on pourrait évoquer aussi des récits modernes d'auteurs rationalistes comme Hobbes, Locke ou Kant, qui croyaient sans doute s'être affranchis des prestiges

13 - M. Serres, *Ecrivains, savants et philosophes font le tour du monde*, Paris, Les éditions du Pommier, 2009.

14 - Fr. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 13s.

de la fable. Or, que font-ils donc sinon nous raconter des histoires lorsqu'ils nous parlent d'un état de nature dangereux qu'il faudrait fuir absolument, et d'un état civil rassurant que l'on gagne chaque fois que nous sommes capables de passer un contrat social entre nous ou avec le Léviathan. Un Léviathan ? n'est-ce pas un personnage biblique de légende ? Un contrat social – n'est-ce pas un pur produit de l'imagination politique ?

On pourrait évoquer aussi un auteur contemporain comme John Rawls, auteur d'une très ambitieuse *Théorie de la justice*[15], jalouse sans doute de la rationalité et l'objectivité de sa démarche. Mais sur quoi repose-t-elle sinon sur la fable d'une *négociation sous voile d'ignorance* : *on disait* que les hommes, désireux de trouver les règles les plus justes pour une société bien organisée, se rencontraient pour négocier dans une situation telle qu'ils ignoreraient absolument si ils sont riches ou pauvres, jeunes ou vieux, hommes ou femmes, malades ou bien portants ; *et on dirait encore* que ces hommes seraient tous respectueux de la parole donnée, tous *self interested,* et tous partageant la même aversion du risque. Allons donc ! Ne dirait-on pas le début d'un conte de fée à destination du conseil d'administration d'une œuvre de bienfaisance américaine contemporaine ? L'histoire est pauvre sans doute, et pas très passionnante, mais c'est une histoire encore, et toute la construction de Rawls repose sur ces présupposés initiaux.

Les grands textes normatifs qui cadrent et engagent les sociétés humaines – je pense aux Constitutions et aux grands Traités internationaux relatifs aux droits fondamentaux – n'ont pas nécessairement ces pudeurs à l'égard du récit et s'ouvrent par des Protocoles qui disent le « roman politique » de la nation, elle-même comprise comme « communauté narrative ».

Des auteurs comme M. Sandel [16] et Ch. Taylor [17] ont bien montré à cet égard combien une communauté politique était liée à un imaginaire historique partagé, et combien son identité, sa mémoire et sa capacité de projet étaient redevables de l'interprétation du monde que livrent ces récits fondateurs. On ne soulignera jamais assez, de ce point de vue, l'importance de certains auteurs canoniques, tels par exemple W. Shakespeare, pour la création de la nation anglaise [18]. Iain Ward n'hésite pas à écrire qu'une pièce comme *Henry V* revêt, sous cet angle, une importance plus grande qu'un traité de droit constitutionnel : placé au cœur de la construction narrative de la communauté culturelle anglaise, l'œuvre détermine toute une tradition de pensée [19]. Les constitutions et traités que rédigent les juristes sont, de ce point de vue, le

15 - J. Raxls, *Théorie de la justice,* traduction par C. Audard, Paris, Seuil, 1987.

16 - M. Sandel, *Democracy's Dicontent : America in search of a Public Philosophy*, Harvard, Harvard University Press, 1996.

17 - Ch. Taylor, *Sources of the Self : the Making of Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

18 - Fr. Ost, *Shakespeare, la comédie de la loi*, Paris, Editions Michalon, 2012.

19 - « Littérature et imaginaire juridique », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999.42, p. 161.

condensé de l'histoire de la moralité politique de la communauté. « Autant de constitutions, autant d'exemples de récits qui racontent l'histoire des hommes et donnent un sens à leur vie individuelle et collective », écrit D. Rousseau qui poursuit en ces termes : « les constitutions sont les mythologies des sociétés modernes » [20].

L'histoire des grandes Déclarations des droits de l'homme est très révélatrice à cet égard : au Préambule de chacune d'entre elles on trouvera un récit, tantôt très développé, tantôt ramené à quelques lignes, évoquant ce qui devra compter désormais comme moment fort de la communauté (une révolution, une déclaration d'indépendance,...) ou ce qui rattache à un passé immémorial fondateur.

Qu'on en juge : *Bill of rights* de 1689 : récit circonstancié de l'abdication de Jacques II et de la réunion des assemblées à Westminster, déclaration « comme leurs ancêtres l'ont toujours fait en pareil cas pour assurer leurs anciens droits et libertés ». *Déclaration d'indépendance des Etats-Unis* (1776) : long récit politique qui commence en ces termes : « lorsque dans le cours des événements humains, il devient nécessaire pour un peuple de dissoudre les liens politiques qui l'ont attaché à un autre... ». *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) : « les représentants du peuple français, constitué en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements,... ». *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948) : « considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité... ». *Constitution sud Africaine* (1983) : « la présente Constitution bâtit un pont historique entre le passé d'un société profondément divisée, marquée par la lutte, le conflit et les souffrances non dites et l'injustice, et un avenir fondé sur la reconnaissance des droits de l'homme, sur la démocratie et une vie paisible côte à côte, et sur les chances de développement pour tous les Sud-Africains, sans considération de race, de couleur, de croyance et de sexe ».

Les rapports du droit et de la littérature, ou de la norme officielle et du récit de fiction – qui font l'objet de cette publication - s'inscrivent dans le cadre que je viens de tracer : une articulation dialectique entre deux ordres d'activité : prescrire (ou juger, ou contracter : dans tous les cas, créer une norme) et raconter. Deux ordres d'activité dont il s'agit de penser *à la fois* les rapports et les différences. De même que le symbole ne se réduit pas à la pensée (qu'il féconde cependant), pas plus que celle-ci ne se ramène à celui-là, de même, il n'y a aucune bonne raison d'assimiler purement et simplement droit et littérature, même si ces deux domaines de l'activité humaine n'arrêtent pas de croiser leurs ressources respectives.

20 - D. Rousseau, « Question de Constitution », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Cognac*, Paris, Economica, 2001, p. 6.

PREMIERE PARTIE :
PRINCIPES DU DROIT, PRINCIPES DE LA FICTION

« JURISFICTION » *VERSUS* DOCTRINE

Valérie Varnerot
Maître de conférences en droit privé, HDR
CURAPP-ESS UMR 7319 CNRS

Le terme de « jurisfiction » est un néologisme. Il compte pourtant déjà trois occurrences. La première relève de la littérature. Le terme apparait dans la série des *Thursday Next* de Jasper Fforde où il désigne un système juridique interne au Monde des Livres, destiné à garantir le respect de l'intégrité des œuvres fictionnelles. La Jurifiction a pour fonction de « protéger le Monde des livres et de défendre chaque personnage fictif, aussi mal écrit soit-il »[1]. Aussi *Thursday Next*, personnage réel, est-elle poursuivie pour avoir méconnu la règle de l'intégrité de l'œuvre fictionnelle en modifiant la fin du roman *Jane Eyre* [2]. La seconde occurrence relève de la philosophie du droit. Elle apparaît sous la plume du Professeur Ost, dans la préface de l'ouvrage *Droit et littérature*. Elle y désigne un dialogue imaginaire entre un juriste et un homme de lettres[3]. La dernière occurrence se situe dans l'entre-deux du droit et de la littérature ou « jurislittérature »[4]. Elle sert à identifier un type spécifique d'écrits enchâssant le juridique dans le littéraire, à l'instar de *Délibéré de droit*[5] et, plus récemment, l'autofiction posthume du Doyen Carbonnier, *Les incertitudes du jeune saxon*[6]. Toutes ces occurrences autorisent à définir la jurisfiction comme « la mise en fiction du droit »[7].

1 - J. Fforde, *Le puits des histoires perdues*, 10/18, Fleuve noir, 2007, p. 327.

2 - J. Fforde, *L'affaire Jane Eyre*, 10/18, Fleuve noir, 2005.

3 - F. Ost, *Droit et littérature*, préface, ouvr. coll. ss dir. F. Jogen et K. Lemmens, La charte, 2007, p. 17.

4 - A. Teissier-Ensminger, Une méditation sur le temps et le Droit, entretien, JCP G 2011, 1377.

5 - J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 6e éd., 1988, p. 347.

6 - J. Carbonnier, LexisNexis, 2011.

7 - G. Gengembre, Balzac, ou comment mettre le droit en fiction, in *Le droit dans la littérature*, ouvr. coll. ss dir. A. Garapon et D. Salas, Michalon, Le bien commun, 2008, p. 97.

Ainsi définie, la jurisfiction n'est ni nouvelle, ni réservée aux juristes. D'un côté, la mise en fiction du droit caractérise notamment le roman réaliste du 19e siècle[8]. « Conçu comme une description encyclopédique du réel »[9], celui-ci inscrit le récit dans une réalité sociale que le droit participe à construire. En retour, le roman réaliste est le reflet de la pensée juridique de son époque. Ainsi, Hugo, pétri du jusnaturalisme prégnant, emprunte-t-il aux thèses de Beccaria. De même, Zola, influencé par le positivisme scientifique, reçoit la thèse du « criminel né » de Lombroso[10]. D'un autre côté, la jurisfiction n'est pas le monopole des juristes. La littérature actuelle atteste de la permanence de l'intérêt pour le droit des écrivains, révélée par une série de problématiques contemporaines. D'une part, l'autofiction met en exergue le désir de transgression de l'auteur et le risque assumé du procès[11], forçant la jurisprudence à scruter et à tirer les conséquences juridiques des conventions de lecture[12]. D'autre part, l'articulation délicate intertextualité/plagiat[13] conduit le droit à affiner ses propres critères de distinction entre contrefaçon et plagiat[14]. Enfin, l'attrait pour les faits divers et leur traitement judiciaire constituent toujours un matériau narratif attractif[15].

Toutefois, la période récente, aux alentours des années 2008-2011, marque une rupture dans la jurisfiction européenne francophone ou traduite en français. Les juristes de métier, membres de la doctrine éprouvent le besoin de mettre le droit en fiction. Les genres littéraires mobilisés sont divers (romans, nouvelles, théâtre). Les desseins le sont tout autant, qu'il s'agisse d'une anticipation juridique[16] ou, à l'inverse, de lester le droit dans sa réalité concrète[17], qu'il s'agisse de montrer son

8 - A. Rubinlicht-Proux, Penser le droit, la fabrique romanesque, Dr. & Soc., 48/2001, p. 495.

9 - M. Raimond, Roman, de Balzac au nouveau roman, *Encyclopedia Universalis*.

10 - A. Rubinlicht-Proux, Penser le droit, la fabrique romanesque, préc., p. 495.

11 - M.-Ch. Angot, *L'inceste*, Stock, 1999, LGF, 6e éd. 2007, p. 37 : « Je n'ai pas le droit de mettre les vrais noms, l'avocate me l'a interdit, ni les vraies initiales. ?Ce manuscrit présente de manière récurrente, un problème lié à la divulgation de la vie privée des proches de l'auteur, notamment celle de sa fille Léonore, mineure, de son ex-conjoint, Claude, de son père [qui a entretenu avec elle –voir les longues descriptions en fin d'ouvrage- des rapports incestueux]. D'autres personnes voient également l'intimité de leur vie privée étalée au grand jour, avec force détails, notamment Marie-Christine Adrey, l'amante de l'auteur et personnage principal de l'ouvrage, la comédienne Nadine Casta, etc [...]. Atteinte à la vie privée d'autant plus intolérable que le refus de Marie-Christine Adrey d'être reconnue est souligné par l'auteur elle-même et que la révélation de son identité permet de la relier à l'ensemble de l'ouvrage ».

12 - E. Treppoz, Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires, D. 2011, p. 2487.

13 - V., par ex., la notion de « plagiomnie », forgée par Marie Darrieussecq afin de répondre aux accusations de plagiat psychique de Camille Laurens, *in Rapport de police*, Folio, 2011, p. 12 : « On pourrait contracter le mot en plagiomnie quand ce désir d'être plagié conduit à la calomnie, à la désignation d'un plagiaire et le recours au scandale ».

14 - A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3e éd., 2006, p. 242, citant Giraudoux pour justifier la tolérance jurisprudentielle traditionnelle : « Le plagiat est à l'origine de toutes les littératures, à l'exception de la première, qui est d'ailleurs inconnue ».

15 - V., par ex., R. Jauffret, *Sévère*, Seuil, 2010 ou Ph. Besson, *L'enfant d'octobre*, Grasset, 2006.

16 - J. Zeh, *Corpus delicti. Un procès*, trad. B. Hébert et J.-Cl. Colbus, Actes Sud, 2010.

17 - F. Von Schirach, *Crimes*, trad. P. Malherbet, Gallimard, 2011.

impuissance à assurer une régulation efficace dans un univers mondialisé[18] ou de démontrer la valeur heuristique des récits fondateurs pour la compréhension et l'élucidation des problèmes juridiques contemporains[19]. Le particularisme de la jurisfiction contemporaine émane donc de la qualité de ses auteurs. Ces derniers appartiennent au corps doctrinal. Ils sont à la fois des « producteurs de droit savant » et les « gardiens du temple »[20]. Parfois présentée comme une « mosaïque d'esprits libres »[21], la doctrine forme cependant un « corps compact et structuré »[22]. La jurisfiction n'est dons pas « une cerise sur le gâteau de la doctrine juridique »[23]. La démarche de ses auteurs mérite d'être prise au sérieux pour deux raisons. D'une part, le mouvement n'est pas anodin parce que l'entrée dans le « corps doctrinal » et la reconnaissance corollaire du « droit de parler légitiment du droit » ne sont pas de droit pour tout juriste. Ils présupposent, en effet, des « investissements importants » (accumulation des connaissances, obtentions de titres et maîtrise de la trame du discours savant) et procurent, en contrepartie, des « profits matériels et symboliques » significatifs[24]. D'autre part, et surtout, la démarche n'est pas anecdotique car les « producteurs de droit savant » sont également les « gardiens du temple ». Ils sont donc les garants non seulement de l'identité doctrinale, dont l'autorité est fondée sur son capital scientifique et dont le but exclusif est « la recherche savante dans le seul souci de l'amélioration du droit à l'abri des pressions du monde social »[25], mais aussi de l'identité systémique du droit. La doctrine est, en effet, la « gardienne » de l'autonomie disciplinaire et de la clôture normative du droit. Son unité repose sur une croyance commune, selon laquelle tout le droit est contenu dans le droit positif, saisi au prisme du primat étatico-légaliste[26]. Tout discours se risquant à penser le droit autrement que par le prisme du paradigme dominant s'en trouve inéluctablement disqualifié[27].

---

18 - E. Joly et J. Perrignon, *Les yeux de Lira*, Les arènes, 2011.

19 - F. Ost, *Antigone voilée*, De Boeck, 2009.

20 - La commune appartenance des systèmes français et allemands à la famille romano-germanique invite à ne pas y distinguer le statut de la doctrine. Comme le note Pierre Boudieu (*in* « La force du droit », ARSS 64/1986, p. 3, spéc. p. 6), « dans la tradition allemande et française, le droit (privé surtout), véritable « droit de professeurs » (*Professorenrecht*), lié au primat de la *Wissenschaft*, de la doctrine, sur la procédure et tout ce qui concerne la preuve ou l'exécution de la décision, retraduit et renforce la domination de la haute magistrature, étroitement liée aux professeurs, sur des juges qui, étant passés par l'université, sont plus enclins à reconnaître la légitimité de ses constructions que des *lawyers* formés en quelque sorte sur le tas ».

21 - L. Aynès, P.Y. Gautier et F. Terré, L'antithèse de l'entité, D. 1997, chr., p. 229 ; F. Terré, La doctrine de la doctrine, in *Mélanges Philippe Simler,* Dalloz-Litec, 2006, p. 61.

22 - Ph. Jestaz et Ch. Jamin, L'entité doctrinale française, *D.* 1997, chr., p. 167 ; *La doctrine*, Dalloz, 2004.

23 - F. Ost, *Droit et littérature*, préface, *op. cit.*, p. 15.

24 - Y. Poirmeur et A. Bernard, Doctrine civiliste et production normative, *in La doctrine juridique*, ouvr. coll. ss dir. J. Chevallier, Puf, 1993, p. 129.

25 - Y. Dezalay, La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles, in *La doctrine juridique*, *op. cit.*, p. 230 ; *contra* G. Geouffre de la Pradelle et S. Vaïsse, Estimer la doctrine : l'art... et la manière, RTDCiv. 1996, p. 312 et P.-Y. Gautier, Doctrines du passé et de l'avenir , D. 2005, p. 1044.

26 - Ph. Jestaz, *Le droit*, Dalloz, 4e éd, 2002, p. 59.

27 - Sur l'histoire du Mouvement critique du droit et de la revue *Procès*, V. M. Kaluszynski, Sous les pavés, le droit : le mouvement critique du droit ou quand le droit retrouve le politique, Dr. & Soc., 3/2010, n°76.

La jurisfiction se distingue donc de la « doctrine imaginaire »[28]. Elle n'est pas non plus un exercice doctrinal d'invention conceptuelle, œuvrant à renouveler l'imaginaire juridique en concevant de nouveaux modèles d'ordres, de nouveaux principes ou de nouvelles catégories normatives[29]. La jurisfiction ne constitue pas un exercice doctrinal. La doctrine est, en effet, un discours autorisé sur le droit homologué par les pairs, ce qui suppose le respect d'un ensemble de contraintes. Elle s'exprime dans le respect de canons de forme[30] qui lui sont propres. Elle a ses propres canaux de diffusion résidant dans l'édition juridique[31]. La jurisfiction, se plaçant en marge de l'édition scientifique, est donc distincte de la doctrine à la fois par son intention, car le discours ne s'adresse pas aux pairs mais au public en général, et par ses formes, car elle s'exprime dans les contraintes formelles, propres aux genres littéraires, distinctes de celles gouvernant les genres doctrinaux.

Par conséquent, le mouvement jurisfictionnel soulève bien des questions. Quels ressorts poussent les « gardiens du temple » à s'écarter du discours doctrinal, fort de son aura scientifique, pour raconter le droit par les chemins de traverse de la fiction ? Quel statut reconnaître au discours jurisfictionnel, qui est à la fois un discours en dehors du droit, relevant du système esthétique, et un discours sur le droit, qui, à ce titre, relève déjà du système juridique[32] ? Envisagé du point de vue interne au droit, la jurisfiction s'apparente à un acte de transgression. Les garants de la pureté du droit transgressent les frontières disciplinaires pour mettre le droit en fiction. En retour, la démarche a pour effet de lézarder « le corps compact et homogène » de « l'entité doctrinale ». En effet, le rôle de la littérature n'est pas simplement de l'ordre de la jouissance esthétique mais également de l'ordre de la connaissance. Autrement dit, si, en contant le monde, la littérature le donne à comprendre, alors la jurisfiction en contant le droit, le donnerait également à comprendre. Jurisfiction et doctrine apparaissent ainsi comme rivales dans la compréhension du phénomène juridique. Le rapport de concurrence semble d'autant plus fort que la jurisfiction exerce tant une fonction correctrice (Section I) que supplétive (Section II) à l'égard du discours doctrinal contemporain.

28 - M. Billiau, La doctrine imaginaire, *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 35.

29 - M. Delmas-Marty, *Post-scriptum* sur les forces imaginantes du droit , *in La force normative*, ouvr. coll. ss. dir. C. Thibierge, LGDJ/Lextenso/Bruylant, 2009, p. 850.

30 - Sur le « modèle académique », V. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, L'entité doctrinale française, préc., p. 167.

31 - J. Béguin, L'éditeur juridique, intermédiaire entre auteurs et lecteurs, *Mélanges Philippe Simler*, *op. cit.*, p. 3.

32 - Sur la définition Luhmannienne du droit comme « le système constitué par toutes les communications sociales qui sont formulées en référence au droit », V. P. Guibentif « Introduction », *in Niklas Luhmann, un observateur du droit*, ouvr. coll. ss dir. A.J. Arnaud et P. Guibentif, LGDJ, 1993, p. 11, spéc. p. 42.

I. La fonction correctrice de la jurisfiction

La jurisfiction affranchit l'auteur des contraintes de fond (IA) et de forme (IB) qui conditionnent la validité du discours doctrinal. Elle libère ainsi du carcan académique, pourvoyeur d'autorité scientifique, le discours sur le droit.

I.A.L'éviction des contraintes formelles du discours doctrinal

La jurisfiction évacue les contraintes formelles obérant la liberté discursive doctrinale. La réception du discours doctrinal est subordonnée à des contraintes formelles externes et internes. D'une part, les contraintes externes pesant sur la structuration du discours doctrinal correspondent aux exigences éditoriales, telles que le nombre de signes maximal ou la structuration-type des développements[33]. Faute de s'y conformer, l'auteur se prive de tout espoir de publication. Or, ces contraintes formelles ne sont pas neutres. En effet, le droit est « un art de la construction »[34]. Dans cet exercice, la forme est au service du fond. D'autre part, les contraintes internes sont autoproduites par la doctrine. Elles poursuivent un but de validation scientifique du discours[35]. Il s'agit pour l'essentiel de l'exigence de référencement, c'est-à-dire de richesse de l'appareillage scientifique, étalonnée à l'épaisseur bibliographique. C'est une contrainte logique. Le pluralisme des sources garantit la richesse argumentative[36]. Le discours doctrinal s'inscrit, en effet, dans une « chaîne autoréférentielle et récursive dont il n'est qu'un maillon et dont il doit respecter la cohérence globale »[37].

En contrepoint, la jurisfiction, par son appartenance au genre fictionnel, affranchit l'auteur de ces contraintes formelles. L'autonomie des genres littéraires se mesure, notamment, à des critères formels. Un roman n'est pas un essai. Le caractère fictif de la narration romanesque dispense l'auteur de l'appareillage des notes de bas de page[38]. Cette éviction semble être un canon de forme du roman. Ainsi, Zola, accusé d'avoir plagié une œuvre antérieure dans *L'assommoir*[39], oppose à ses détracteurs que toutes ses œuvres s'appuient « sur les documents les plus sérieux. Tous mes romans sont écrits de la sorte, je m'entoure

33 - J. Béguin, L'éditeur, intermédiaire entre l'auteur et le lecteur, préc. , p. 3.

34 - Ph. Jestaz, Le beau du droit, APD, t. 40, 1996, p. 14.

35 - Sur la portée de « l'incorporation/citation », V. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, L'entité doctrinale française, préc., p. 167.

36 - Sur l'importance de la controverse dans la production discursive doctrinale, V. Ch. Atias, La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé, RRJ 2/1983, p. 427 ; P.-Y. Gautier, Doctrines du passé et de l'avenir , préc., p. 1044.

37 - J. Chevallier, Les interprètes du droit, *in La doctrine juridique*, *op. cit.*, p. 259.

38 - Sur le « pacte romanesque », V. Ph. Lejeune, *Le pacte autobiographique*, Seuil, 1975 ; Point seuil, 1996.

39 - Télégraphe, 16 mars 1877.

d'une bibliothèque et d'une montagne de notes, avant de prendre plume. [...] Si la mode avait été encore d'indiquer à la fin des romans les sources, croyez bien que j'aurais cité l'ouvrage de monsieur Poulot, avec beaucoup d'autres ». De même, Marie Darieussecq s'insurge, dans *Rapport de police*[40], contre les accusations de plagiat et les procès en contrefaçon faits aux romans : « Faut-il, à la fin des romans, écrire une biographie comme à la fin des essais ? Le romancier est-il censé savoir tout de tout, sans s'être documenté, sans avoir jamais rien lu ? Il me paraît absurde (à la suite de Zola) de lester un roman d'une bibliographie – le genre romanesque transforme toute donnée factuelle en fait littéraire »[41]. C'est ce que confirme Eva Joly, coauteur des *Yeux de Lira*. L'auteur confesse sa volonté de partager son « univers sous cette forme [polar] plutôt que sous celle de l'essai, où tout doit être exact, référencé, où l'on court le risque d'être poursuivi pour diffamation »[42] et pour bien d'autres infractions. Si la jurisfiction affranchit l'auteur des contraintes de forme, elle le libère aussi des exigences de fond inhérentes à la validité du discours doctrinal.

I.B L'éviction des contraintes de fond du discours doctrinal

Jurisfiction et doctrine entretiennent un rapport distinct au temps juridique. Alors que le temps doctrinal est celui de la synchronie, la jurisfiction s'inscrit dans l'uchronie .

L'éditeur juridique n'est pas un philanthrope mais un commerçant. La nécessité de vendre ses produits génère de nouvelles contraintes. Il est « impossible aux auteurs de méconnaître les impératifs financiers des éditeurs »[43]. La course à l'actualité juridique enjoint aux auteurs de coller au droit positif. La littérature juridique s'enrichit de nouveaux genres constitutifs d'autant de « menue monnaie ». Veille, repère, actualités et autres focus ont pour seul objet de livrer, en quelques lignes, l'état le plus récent d'un droit positif en perpétuelle génèse. La doctrine se met ainsi à l'affût des besoins de la pratique. En retour, elle perd sa fonction réflexive et critique. L'inflation législative et la logorrhée jurisprudentielle réduisent « le temps de penser de la doctrine »[44]. Le phénomène de complexification du droit « retentit par force sur la qualité du travail doctrinal : le temps passé à tenter de comprendre (parfois sans succès) des dispositions bourbeuses et parfois contradictoires est autant de perdu pour l'édification de cathédrales juridiques façon Planiol »[45].

40 - *Rapport de police*, Folio, 2011.

41 - *Ibid.* p. 145.

42 - « Ils prennent le parti du polar », Le Monde des Livres, 10 juin 2011.

43 - R. Savatier, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, D. 1977, chr., p. 43.

44 - M. Gobert, Droits, 20/1994, p. 97.

45 - Ph. Jestaz, Le déclin de la doctrine, Droits 20/1994, p. 85.

Loin de ces mutations doctrinales, la jurisfiction opère en dehors du « temps virtuel des lois postmodernes » caractérisé par une accélération du temps juridique[46]. Elle délivre les auteurs du positivisme de l'instant.

Dans l'univers fictionnel, le juriste est libéré de l'obligation d'anticipation raisonnable des états futurs du droit positif à laquelle le droit l'astreint[47]. Dans son exercice de prospective juridique, il n'est pas tenu d'énoncer la réalité future et probable du droit positif, ni même de dire l'état du droit positif. La fiction littéraire lui ouvre le champ des possibles. Il lui appartient d'imaginer un état futur du droit qui n'est ni certain, ni probable. En ce sens, la jurisfiction d'anticipation se situe dans l'entre-deux du « tout est possible de la fiction littéraire et du devoir-être de l'impératif juridique »[48]. Le roman d'anticipation juridique permet au juriste d'imaginer, à partir du droit positif, un simple possible juridique, ni assuré, ni exclu. Il autorise le juriste à anticiper les excès et déviances vraisemblables du droit, pressentis mais jamais assurés. La jurisfiction contemporaine offre deux exemples de cet exercice d'anticipation juridique.

D'un côté, dans l'Empire Belge dirigé par la Grande Bergère, décrit dans *Les assoiffées*, le régime sororal en vigueur est caractérisé par des lois sexistes : les hommes sont relégués au statut de larbins [49] et le mariage hétérosexuel y est interdit. Perçu par les personnages féministes comme un modèle d'égalité, il soulève cependant la problématique du genre[50] et invite à s'interroger sur le fondement et la portée de bien des solutions positives. Si notre droit est plus attaché au critère du sexe que du genre[51], il n'en reste pas moins que certains philosophes[52] et juristes estiment que « cette *summa divisio* du genre humain conduit moins à classer qu'à opposer »[53].

---

46 - F. Ost, Le temps virtuel des lois postmodernes, *in Les transformations de la régulation juridique*, ouvr. coll. ss dir. G. Martin et J. Clam, LGDJ, 1998, p. 423 : « le tout entier s'est mis à courir ».

47 - Cass., 1ère civ., 14 mai 2009, JCP G 2009, II, 94, note H. Slim ; LPA 10 août 2009, n°158, p. 10, note J.-F. Barbiéri ; LPA, 28 août 2009, n°172, p. 11, note Y. Dagorne-Labbé ; Procédures 2009, com. 236, obs. R. Perrot ; RTDCiv. 2009, p. 493, obs. P. Deumier : « Attendu qu'un avocat n'engage pas sa responsabilité professionnelle en ne soulevant pas un moyen de défense inopérant ; que, toutefois, tenu d'accomplir, dans le respect des règles déontologiques, toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client et investi d'un devoir de compétence, l'avocat, sans que puisse lui être imputé la faute de n'avoir pas anticipé une évolution imprévisible du droit positif, se doit de faire-valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause, dont il a la charge, a des chances sérieuses de la faire prospérer » ; 15 déc. 2011, JCP G 2012, 169, note H. Slim ; Resp. civ. et assur. 2012, comm. , 110 : « les éventuels manquements de l'avocat à ses obligations professionnelles ne s'apprécient qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans que l'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution postérieure du droit consécutive à un revirement de jurisprudence ».

48 - F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, *op. cit.*, p. 10.

49 - Si une naissance masculine est menée à terme, le nouveau-né est envoyé en élevage pour devenir larbin, dédié aux travaux domestiques des sœurs et dont la respectabilité sociale est conditionnée à l'offrande au reniement.

50 - Le genre, une question de droit, Jurisprudence. Revue critique, t. 2, 2001.

51 - V., toutefois, Nancy, 2 sept. 2011, JCP G 2012, act. 124, obs. Ph. Reignier.

52 - E. Badinter, *Fausse route*, Odile Jacob, p. 196 : « En faisant de la différence biologique le critère ultime de la différence entre les êtres humains, on se condamne à les penser par opposition à l'autre ».

53 - F. Vialla, Du sexe au genre ? , JCP G 2012, p. 230.

D'un autre côté, *Corpus delicti*[54] de Juli Zeh met en question le droit à la santé. L'auteur imagine une société fondée sur la « Méthode » qui écarte tout fondement idéologique, théologique ou politique de l'ordre juridique. La « Méthode » est un principe d'organisation sociale fondée sur le bien-être physique des populations que *Kramer*, journaliste idéologue de la Méthode, décrit ainsi : « Notre société est parvenue au terme de son évolution [...]. Contrairement à tous les systèmes du passé, nous n'obéissons plus ni aux lois du marché, ni aux dogmes de la religion. Nous n'avons plus besoin d'idéologies fumeuses. Nous n'avons même plus besoin de vouer un culte mystique à la souveraineté populaire pour légitimer notre système. Nous n'obéissons plus qu'à la seule raison en nous basant sur une réalité qui procède directement de l'existence même de toute vie biologique. Car tous les êtres vivants possèdent au moins *une* particularité commune. Elle caractérise tout animal et toute plante, et plus encore les hommes. Je veux parler de la volonté de survie -Volonté absolue, individuelle et collective- dont nous faisons le noble fondement du consensus général sur lequel repose notre société. Nous avons élaboré une méthode dont le but est de garantir à chaque individu la vie la plus longue et la moins détraquée possible, c'est-à-dire une vie saine et heureuse. Exempte de souffrance et de douleur »[55]. Ce fondement biologico-rationnel, au terme duquel « la santé est le but du vouloir-vivre naturel et par conséquent le but naturel de la société, du droit et de la politique »[56], détermine, en retour, un ordre juridique particulièrement coercitif, exigeant la stricte observance de règles préventives, garantie par un contrôle permanent des corps et assorties de sanctions. Cet univers totalitaire anticipe une possible dérive du « droit à la santé »[57], consacré par des textes fondamentaux des ordres juridiques contemporains[58] et cependant au seuil d'une effectivité balbutiante. L'auteur donne à imaginer au lecteur toutes ses virtualités. Elle montre comment, de droit subjectif, il pourrait se muer en obligation s'il devait devenir le fondement d'un ordre juridique avec, pour résultat, une emprise totalitaire des corps. Aussi, contre le diktat du bien-être physique, la revendication du « droit à la maladie »[59] entend-elle reconquérir un espace de liberté individuelle et restaurer l'autonomie sujet sur son corps.

54 - Actes Sud, trad. B. Hebert et J.-C. Colbus, 2010.

55 - *Corpus delicti*, *op. cit.*, p. 35.

56 - *Ibid*, Préface, p. 7.

57 - Ch. Sauvat, *Réflexions sur le droit à la santé*, préface A. Leborgne, PUAM, coll. Centre Pierre Kayser, 2004.

58 - Parmi les principes « particulièrement nécessaires à notre temps » énoncés par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, est proclamé droit à la protection de la santé ; dans l'ordre international, il est consacré par une pluralité de textes, à l'instar du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) ou de la Convention relative aux droits de l'enfant (1989).

59 - *Corpus delicti*, *op. cit.*, pp. 80-85.

Outre sa fonction libératrice des carcans académiques et dogmatiques dans lesquels s'enferme la pensée juridique, la jurisfiction exerce aussi une fonction de suppléance à l'égard du discours doctrinal.

II. La fonction de suppléance du discours doctrinal

La doctrine n'est pas une source de droit mais une simple autorité. L'opinion doctrinale ne constitue qu'un simple acte de connaissance du droit et non de production normative. Elle ne peut qu'inspirer le juge ou le législateur. A cet égard, la jurisfiction a une autorité supérieure à la doctrine car, en empruntant à la fiction sa puissance normative (IIA), elle devient performative (IIB).

II.A. La puissance normative de la fiction

Par sa nature usuellement prescriptive, le droit appartient naturellement au genre normatif. La fiction, en raison de son caractère narratif, serait dépourvue de tout effet normatif. Mais, la porosité discursive rend toute relative cette opposition classique.

Il est, en effet, traditionnel d'opposer les discours narratif de la fiction et prescriptif du droit. Ainsi, « alors que la littérature libère les possibles, le droit codifie la réalité, l'institue dans un réseau de qualifications convenues, l'enserre dans un système d'interdits et d'obligations »[60]. Par conséquent, « lorsque le juriste fabule, il est animé par un seul et unique souci : mettre la société en ordre de marche »[61] : « par l'opération de qualification, le droit apprivoise le monde, il le classe selon son ordre, il le range dans ses catégories, en deux mots, il le socialise »[62] « et c'est là, peut-être, que réside la force fabulatrice du droit, dans cette autosuffisance absolue, dans cette faculté à déclarer la réalité selon ses propres décrets »[63]. Pourtant, l'antagonisme discursif n'est pas absolu.

La porosité entre les discours prescriptif du droit et narratif de la fiction provient d'échanges réciproques. D'un côté, le droit puise dans la fiction son imaginaire constituant. De l'autre, la fiction propose, à l'instar de la règle de droit, un modèle comportemental, générateur d'effets normatifs.

D'une part, le courant « droit et littérature » continental[64] s'efforce de mettre en lumière, dans l'héritage littéraire occidental, l'existence d'un « imaginaire social instituant »[65]. Il révèle ainsi « à l'encontre de la

60 - F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, *op. cit.*, p. 10.

61 - B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, *op. cit.*, p. 14.

62 - *Ibid.*

63 - B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, *op.cit.*, p. 286.

64 - Sur le pluralisme du mouvement *Law and Litterature*, voir F. Michaut, Le mouvement droit et littérature aux Etats-Unis, in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 565.

65 - F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, *op. cit.*, p. 34.

conception logico-déductive du légalisme rationnel, que le droit est constitué aussi de narrativité, c'est-à-dire de grands et de petits récits, qu'il est tissé de fictions »[66]. Le courant « droit et littérature » montre que le droit n'est pas qu'affaire de logique et de technique mais s'enracine aussi dans un imaginaire social. Ce courant objective ce que le Droit doit à la littérature. La fabulation juridique puise à la source de l'imaginaire social et littéraire. Aussi ce courant se propose-t-il de rectifier l'adage *Ex facto jus oritur*, tant il serait plus exact de dire « *Ex fabula jus oritur* ». C'est du récit que sort le droit, du fait raconté et non du fait brut[67]. Les déclarations de droits en offrent un exemple paradigmatique car elles engendrent un droit nouveau qui, ayant un toujours un pied dans l'utopie, n'est pas encore positif mais déjà performatif[68].

D'autre part, les énoncés narratifs ne sont pas si dissemblables des normes juridiques dès lors qu'ils constituent pareillement « un cadre pour les actions »[69]. En ce sens, Paul Ricœur met en lumière l'effet normatif de la fiction. Selon le philosophe, « l'identité narrative »[70] est une composante essentielle de l'identité personnelle et la fréquentation des récits de fiction rend possible la « refiguration » du soi quotidien et concret[71]. Autrement dit, le sujet s'interprète et se construit au miroir de la littérature. En effet, si le « récit imite l'action », il est, en même temps, « une proposition du monde » dont la finalité est de revenir à la vie et de transformer les identités personnelles. La propriété « refigurative » du récit s'opère par l'acte de lecture. En ce sens, « Lire, c'est accueillir en soi une neuve possibilité d'être, la naissance d'une autre subjectivité possible [...]. Levant le nez de notre livre, pour revenir à notre monde, nous y rapportons de neuves manières de sentir et d'agir [...]. Interpréter devient une manière de vivre, de se comporter dans le monde et de le transformer »[72]. L'effet normatif de la fiction résulte donc de la tension créée par l'œuvre entre le monde réel et imaginaire. La normativité de la fiction procède de sa capacité à agir sur le réel en modifiant les actions du lecteur[73]. C'est donc en décrivant autrement le monde que la fiction devient performative.

II.B.La performativité de la jurisfiction

La performativité est la propriété d'un énoncé qui réalise simultanément l'action qu'il exprime. Cette propriété est normalement l'apanage

66 - J. Michel, François OST, Raconter la loi (aux sources de l'imaginaire juridique) », RTDCiv. 2005, p. 499.

67 - F. Ost, *Raconter la loi*, *op. cit.*, p. 19.

68 - F. Fauré, *Ce que déclarer des droits veut dire*, Belles Lettres, 2010.

69 - A. Jeammaud, Les règles juridiques et l'action, D. 1993, chr., p. 207.

70 - P. Ricoeur, L'identité narrative, Rev. Esprit, juill. 1988, p. 295.

71 - P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Point, Seuil, 1990.

72 - O. Abel, Du sujet lecteur au sujet éthique, Rev. Int. Phil. 3/2003, pp. 369-385.

73 - A. Duprat, Mondes fictionnels littéraires, Séminaire : la non-existence dans le domaine normatif : les normes fictives, MESHS Lille, 2011, inédit.

des énoncés juridiques. Le vocabulaire du droit regorge de « mots-actes »[74]. Mais, les énoncés doctrinaux, privés de force contraignante, en sont dépourvus de cette propriété. La supériorité performative de la jurisfiction est toutefois relative car elle reste suspendue à l'exigence de refiguration du lecteur qui n'est jamais assurée.

La doctrine peut plaider une modification législative ou un revirement de jurisprudence, son discours n'a nullement le pouvoir de modifier le réel juridique. La jurisfiction concourt, en revanche, au « droit *par* la littérature »[75]. En interpelant la conscience juridique du lecteur, elle mobilise son action. A l'instar de la règle de droit, elle constitue un « modèle idéel », un « étalon », appelé à servir de référence à l'action du sujet[76]. Le « sujet-lecteur » est invité à se transformer en « sujet-acteur ». C'est précisément ce que François Ost révèle, à travers l'analyse d'Eva et Elke Brems sur le roman-documentaire *What is the wat* de Dave Eggers. Celui-ci constitue une version romanesque du Rapport d'Amnesty International relatif au drame du Sud-Soudan dont la lecture appelle le lecteur se muer en militant des droits de l'homme[77]. Pour autant, la performativité de la jurisfiction ne tend pas à ériger « la régulation juridique en performance littéraire »[78]. En effet, si la jurisfiction a la propriété de modifier le réel en agissant sur la conscience du lecteur, sa performativité n'est pourtant jamais assurée.

La jurisfiction ne devient performative qu'autant qu'elle parvient à « refigurer » le lecteur. Mais, pour cela, il faut que le texte ait une « vertu purgative » « non seulement au plan de la réflexion théorique mais aussi sur celle de l'existence »[79]. Autrement dit, pour que le lecteur se transforme en militant des droits de l'homme, en promoteur de la parité respectueux de l'altérité, en titulaire sourcilleux du droit à la santé n'obligeant que la collectivité sans s'obliger lui-même, il faut que le texte reçu, lu et interprété, ait une valeur heuristique de sa propre expérience. Or, sur ce terrain, il existe une infirmité de la jurisfiction à l'égard de la doctrine. D'un côté, la doctrine s'adresse au public homogène des pairs, c'est-à-dire à une communauté professionnelle et langagière[80]. La doctrine est donc liée à son public par une connivence linguistique. L'unité de vues et la relative absence de liberté linguistique[81] partagées par le couple auteur/lecteur tendent à prévenir toute dérive des significations, en principe, inhérente à tout acte de commu-

74 - J.-L. Sourioux, Pour une fondation langagière du droit, La lettre de la mission Droit et Justice, n°34, 2010.

75 - M. Verdussen, Camus, L'étranger, *in Droit et littérature*, *op. cit.*, p. 45.

76 - A. Jeammaud, La règle de droit comme modèle , D. 1990, chr., p. 199.

77 - F. Ost, *Droit et littérature*, préface, *op. cit.*, p. 20.

78 - *Ibid.*

79 - P. Ricoeur, L'identité narrative , préc., p. 303.

80 - J.-L. Sourioux et P. Lerat, *Le langage du droit*, Puf, 1975.

81 - G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3e éd. 2005.

nication. Mais, d'un autre côté, la jurisfiction, à l'instar de toute œuvre de l'esprit, s'adresse à la foule, à un nombre indéterminé de personnes[82]. Elle n'est assurée d'aucune connivence avec son public. La jurisfiction emprunte au texte littéraire sa nature polysémique. Or, « l'heure du lecteur »[83] annonce *L'œuvre ouverte*[84], appréhendée à l'aune du rapport qui la lie à son récepteur-interprète. *L'œuvre ouverte* constitue une matrice oxymoronique qui institue un rapport à la fois d'autorité de l'œuvre et de liberté du lecteur. Dès lors, l'approche interprétative de l'œuvre affranchit le lecteur de la recherche de *l'intentio auctoris*[85] et tend à privilégier l'*intentio lectoris* sur l'*intentio operis*[86]. Dans ces conditions, contrairement à la norme juridique, dont la détermination du sens et de la portée est encadrée par des directives d'interprétation[87], l'interprétation d'un texte littéraire s'accommode d'une très grande liberté interprétative[88]. Par conséquent, rien n'assure à la jurisfiction de jouir d'une « lecture responsable » ou « de bonne foi », capable de répondre aux attentes de l'auteur[89]. Il n'est jamais certain que le lecteur joue le jeu que lui propose l'auteur. Ainsi, doctrine et jurisfiction se rejoignent par leur capacité toujours incertaine à modifier assurément le réel juridique ou le droit positif. Dans les deux cas, c'est le « public qui décide »[90].

82 - P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2010, n°190.

83 - U. Eco, Notes sur la sémiotique de la réception, Actes sémiotiques, IX, 81, 1987, p. 5 s.

84 - U. Eco, *Opera aperta*, Bompiani, 1962 ; trad. fr., Seuil, 1965.

85 - Y. Gilli, L'interprétation/évaluation en littérature. Quelques propositions de définitions, in *Interprétation-Evaluation*, Annales de l'Université de Besançon, 1995, p. 9.

86 - L. Korthals-Altès, *Le salut par la fiction ? Sens, valeur et narrativité dans le Roi des Aulnes de Michel Tournier*, Rodopi, 1992, spéc. p. 18 : « dans sa formulation extrême, cette position revient à dire que le texte se prête à une infinité d'interprétations et qu'il n'exerce aucune autorité sur le lecteur, qui est totalement libre dans ses associations personnelles. Il n'y a pas de critique permettant d'évaluer l'adéquation d'une interprétation ».

87 - F. Ost et M. Van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989.

88 - G. Timsit, « Le roman à la chaîne. Les limites d'une métaphore », Rev. Int. Phil. 2005/3,p. 393.

89 - F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, *op. cit.*, p. 32.

90 - G. Cornu, *Droit civil. Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 241, citant Jean Cocteau.

PROCÈS DE LA FICTION : LES THÉORIES IMPLICITES DE LA DOCTRINE JURIDIQUE

Françoise Lavocat
Professeur de littérature comparée
à l'Université Paris 3 Sorbonne nouvelle

Ce n'est que récemment que les procès intentés aux fictions ont attiré l'attention des théoriciens de la littérature[1] – et que certains juristes en parlent en spécialistes de la fiction[2]. Cet intérêt croisé est peut-être né de l'augmentation très significative, affolante, même aux dires de l'avocat Emmanuel Pierrat[3], de ce que l'on pourrait appeler des procès pour factualité (ou pour référentialité abusive). Ils seront abordés dans cette contribution dans le cadre plus général d'une réflexion sur les différentes façons de concevoir la frontière entre fait et fiction et la conception de la fictionnalité qui en découle.

Mon analyse part d'un constat différent de celui fait par Olivier Caïra, qui est le premier, à ma connaissance, à s'être penché sur ce domaine dans la perspective d'une réflexion sur la fiction. Olivier Caïra a le mérite de ne pas entonner le couplet automatique de la dénonciation de la censure comme les avocats Agnès Tricoire et Emmanuel Pierrat[4].

---

1 - O. Caïra, *Définir la fiction. Du roman au jeu d'échec*, Paris, Editions de l'EHESS, 2011.

2 - J. T. Aquino, *Truth and Lives on Films. The Legal Problems of Depincting real Persons and Events in a Fictional Medium*, Jefferson, North Carolina, Londres, Mac Farland & Company, 2005 ; A. Tricoire, La liberté de création littéraire et l'exception de fiction, Observatoire de la liberté de création, 15 octobre 2009, consultable sur www.ldh-france.org/IMG/pdf/texte_d_A.Tricore.pdf ; V. Demeusoy, Censure et liberté d'expression dans le domaine de la création aux Etats-Unis d'Amérique, 2009, consultable sur http://www.ldh-france.org/-Debats ; T. Hochmann, Fiction et liberté d'expression, *Vox Poetica*, 12/09/2009, consultable sur http://www.vox-poetica.org/t/hochmann.html. .

3 - Article d'Ouest France, 23 mars 2010.

4 - E. Pierrat, *Accusés Baudelaire, Flaubert, levez-vous !*, Bruxelles, Paris, André Versaille éditeur, 2010 ; Faites gaffe dit l'avocat à l'oreille de l'écrivain, Interview, Ouest France, 23 mars 2010 ; Le Monde des livres (articles de Y. Haenel, E. Pierrat, Rick Moody), 14 janvier 2011.

Dans un chapitre de son ouvrage, significativement intitulé : « La fiction comme zone de non droit »[5], il montre l'impunité, à son avis totale et abusive, dont bénéficie la fiction. Il fait l'histoire du *disclaimer*[6] américain par lequel un film est déclaré entièrement ou partiellement « fictif, toute ressemblance avec des faits ou des personnes vivantes ou mortes étant purement fortuite »[7], alors même que le titre de ce même film annonce parfois impudemment le contraire (comme le film de William Dieterle, *Vie d'Emile Zola*, en 1937). Il est vrai qu'aux Etats-Unis, la protection que constitue le *disclaimer*, avec le concours du premier amendement, est d'une grande efficacité, comme le montre John T. Aquino, avocat spécialisé dans le domaine de la propriété intellectuelle et source principale d'O. Caïra. Rares sont les cas, en effet, où les plaignants ont gagné leur procès contre les puissantes maisons de production américaines. Mais qu'il s'agisse de livres ou de films, il en va autrement en France, dans la plupart des pays d'Europe et au Japon.

La raison de cette disparité tient en grande partie à des cultures juridiques différentes : l'équilibre entre la protection de la vie privée et la liberté d'expression n'est pas partout le même[8]. Aussi, bien loin d'être une « zone de non droit », la fiction est le lieu d'une négociation constante de cet équilibre. Les juges tentent, non sans tâtonnements et parfois à la faveur d'arguments non juridiques, de définir (au sens de prescrire) des usages de la fiction, en privilégiant le point de vue de la réception. Il ne faut pas perdre de vue la nature normative du droit : la loi n'a pas à définir l'essence de la fiction, mais plutôt d'en déterminer un certain usage. Les juges doivent, en dernier lieu, imposer des obligations et distinguer entre des justifications. Ils définissent les conditions auxquelles chaque construction fictionnelle ou « factionnelle » litigieuse est admissible ou pas.

Les pratiques interprétatives des juges, des rédacteurs et commentateurs des arrêts n'en sont pas moins révélatrices de changements intellectuels et sociétaux qui concernent aussi bien le statut de la fiction que celui de l'écrivain et de la personne. Cette pratique herméneutique prescriptive, qui ressortit à un usage de la fiction et en détermine d'autres, relève de choix théoriques implicites qu'il convient de dégager.

Pour ce faire, après une rapide mise en perspective historique et comparative, j'évoquerai trois procès qui ont été intentés, respectivement, aux descendants d'Anatole France pour *La Révolte des anges* en 1936[9],

5 - O. Caïra, préc., p.153 s.

6 - Traduction : « dégagement de responsabilité ».

7 - Elle s'est imposée à partir de 1934, après le procès qui a opposé la MGM, productrice du film *Rasputin and the Empress*, et le prince Youssoupoff, assassin de Raspoutine. Sur cette affaire, voir John T. Aquino, 2005, p. 14 s.

8 - Pour une comparaison, à cet égard, entre la France et le Japon, voir M. Sogabe, La garantie constitutionnelle de la liberté d'expression au Japon : une comparaison avec le droit français, Revue de droit Public, n°2, 2009, p. 375-395.

9 - Paris, 1ère Chambre, 24 avril 1936, *Maison d'édition Calmann-Levy et Psichari c. X...*, appel d'un jugement du tribunal civil de la Seine rendu le 7 février 1934.

à Claude Lelouch pour *Le Voyou*, en 1976[10], et enfin à Jean Failler pour *Le Renard des Grèves*, en 2006[11 12]. Il y a évidemment beaucoup d'autres cas célèbres[13], mais ce choix permet de mettre en lumière l'évolution des justifications de la condamnation de l'auteur, depuis la violation du droit au nom jusqu'à l'atteinte à la vie privée. Je discuterai ensuite l'argument répandu selon lequel la multiplication des procès, depuis une vingtaine d'années, serait due à l'abolition de la frontière entre fait et fiction opérée par les œuvres contemporaines.

I. Conditions d'apparition de procès pour transgression des frontières de la fiction

La mise en accusation de la référentialité de la fiction est un phénomène récent. Certes, depuis l'Antiquité, les satires inquiètent et sont périodiquement interdites. Entre le XVI[e] et le XVII[e] siècle, on ne compte pas les romans mis à l'index pour atteinte à l'orthodoxie religieuse ou à la morale, ni les historiens condamnés ou mis à l'écart à cause de leur manque de docilité, leur excès de partialité ou de fantaisie. Tel puissant a bien pu prendre ombrage en se reconnaissant sous tel personnage de fiction[14]. Mais s'il est bien un domaine, dans l'histoire des conflits entre réalité et fiction, qui est resté longtemps à peu près paisible, c'est celui qui fournit la matière des procès contemporains. Au XVII[e] siècle, les clefs, exhibées, dissimulées, prétendument absentes ou révélées, participaient d'un jeu herméneutique sophistiqué qui régulait un rapport de la fiction au réel beaucoup plus tolérant que le nôtre. Sans doute l'acceptation assez large des liens référentiels de la fiction s'explique-t-elle de plusieurs façons. La vie privée n'était pas juridiquement protégée et n'occupait pas le même périmètre qu'aujourd'hui ; un homme sans rang ni charge n'avait aucun moyen de s'en prendre à un auteur par la voie légale. De plus, la plupart des fictions référaient de façon codée à des personnages réels dans un but élogieux ou commémoratif. L'idée d'une autonomie de l'œuvre d'art n'existait pas et la dépendance du roman par rapport à un cercle, à une société donnée, était non seulement acceptée mais valorisée.

10 - TGI Paris, 3[ème] chambre, 1[ère] section, 13 mars 1973, *Chemin c.Lelouch et autre* ; Paris, 1[er] Ch., 16 mars 1974, *Lelouch et autres c. Chemin*.

11 - Cass. 1[ère] civ., 7 février 2006, *Jean F et Société Sedim Editions du Palemon c. Mme L. épouse S*, pourvoi n° 04-10.941 c. contre Rennes, 1[ère] civ. A, 12 décembre 2003.

12 - Je remercie vivement M. Sogabe de m'avoir signalé ces cas et fourni la documentation juridique les concernant. Je remercie aussi O. Pfersmann pour sa relecture et ses suggestions.

13 - On peut citer, en se limitant à la France, et sans aucune prétention à l'exhaustivité, la condamnation de Mathieu Lindon, pour *Le Procès de Jean-Marie Le Pen* (1998), en 1999 ; de Françoise Chandernagor, en 2000 pour *Le Roman vrai du Dr Godard* ; de Jean-Christophe Pinpin pour *Qui voit Molène voit sa peine* (2001) ; de François Bon, pour *Prison* (2001). Michel Houellebecq, dans la réédition, en 1998, des *Particules élémentaires*, doit changer le nom d'un de ses personnages. Régis Jauffret a été jugé en septembre 2011pour *Sévère* (2010), inspiré de l'affaire Stern. Les condamnations, fréquentes, ne sont pas systématiques : Marc Weitzmann a gagné le procès qui lui a été intenté pour *Mariage mixte*, inspiré de l'affaire Turquin, en 2000, de même que Camille Laurens, pour les deux procès qui lui ont été intentés pour *Philippe* (1995) et *L'Amour, roman* (2003).

14 - Bussy-Rabutin est embastillé en 1665 pour outrage à la famille royale à cause de son *Histoire amoureuse des Gaules*.

C'est en partie le cas dans une toute autre aire culturelle, celle du Japon, qui permet une comparaison éclairante, dans la mesure où les procès pour référentialité y sont très tardifs (ils apparaissent après les années 1980). Pourtant, la littérature qui précède la seconde guerre mondiale cultive plusieurs formes de « roman du moi » (*watakushi-shôsetsu*) à très forte densité référentielle. Mais comme le fait remarquer Yasusuké Oura[15], le statut de l'écrivain, avant guerre, était si élevé que ces romans n'ont jamais donné lieu à aucun litige. En outre, les droits de la personne étaient alors peu développés. La situation a cependant changé depuis les trente dernières années et les procès se sont faits plus nombreux.

En Europe, les premiers procès intentés par des personnes ordinaires s'estimant lésées d'avoir involontairement servi de modèle ont eu lieu en France à la fin du XIX^{e} siècle. Le premier cas recensé par la jurisprudence est celui d'Emile Zola opposé à un nommé Dewerdy (15 février 1882)[16]. Il y eut ensuite un procès gagné par Jules Verne en 1887. Le vingtième siècle voit l'inflation de procès de ce genre.

II. De la violation du droit au nom à l'atteinte à la vie privée

Je m'arrêterai tout d'abord à un procès en appel du 24 avril 1936, dont les justifications sont particulièrement intéressantes dans la perspective d'une réflexion sur la fiction. En 1936, la cour d'appel de Paris révise un jugement rendu deux ans plus tôt (7 février 1934) en faveur du plaignant, « X... », contre les éditions Calmann-Levy et l'héritier d'Anatole France, son petit-fils Lucien Psichari. Les deux jugements aboutissent à la condamnation de l'éditeur et de l'héritier, mais le second la modère: la somme de 20 000 francs de dommages et intérêts est ramenée à 5 000 francs. Aucun des deux jugements n'interdit la publication ni la diffusion de l'œuvre, contrairement à ce qu'avait demandé le plaignant.

La conclusion à laquelle aboutissent les deux juges se fonde sur un travail d'interprétation de l'œuvre littéraire.

Le raisonnement est le suivant : si « un romancier a le droit incontestable de puiser dans la vie des matériaux nécessaires à son œuvre, ce droit est limité par le respect de la personnalité morale ou physique d'autrui »[17]. Cette restriction s'applique si la personne réelle est « suffisamment désignée » par le personnage fictionnel et si celui-ci est susceptible de déshonorer son modèle, en d'autres termes, s'il le représente « sous des traits ridicules ou odieux ». La cour se livre alors à un exercice plutôt curieux, qui est d'énumérer tous les traits biographiques communs de la personne réelle, X... et du personnage. Cet exercice

15 - Y. Oura, Le *watakushi shôsetsu* et la fiction, *Fictions de l'Occident, fiction de l'Orient*, Actes du colloque international, éd. Y. Oura, Kyoto, Institut de Recherches en Sciences Humaines, Université de Kyoto, 2010, p. 41-52 ; Procès de la fiction, procès de la littérature : sur quelques cas au Japon, *Fiction et Cultures*, dir. F. Lavocat et A. Duprat, *Poétiques Comparatistes*, Lucie Editions, Nîmes, 2010, p. 176-186.

16 - On cite souvent le procès en diffamation de Jules Verne, gagné en 1887 contre l'ingénieur Turpin, qui s'était reconnu dans un personnage de *Sous les drapeaux*.

17 - Recueil *Dalloz hebdomadaire*, 1936, p. 320.

comparatif vise à mettre en évidence la coïncidence entre l'œuvre et la vie, sans que soit jamais mentionné ce qu'une rapide lecture de *La Révolte des anges* fait facilement apparaître: ce monde fictionnel n'est en rien homologue au monde réel, car le surnaturel, dans une veine satirique et comique, y est le ressort de toute l'action. Alors que le juge se prévaut d'une méthode de lecture holiste[18], il ne prend pas en compte cette différence d'ordre modal essentielle.

Le juge procède ensuite à une évaluation normative de la personne et du personnage. On constate que son jugement de l'affaire repose en fait sur celui du personnage de fiction. Il estime ainsi que les qualités humaines opposent du tout au tout le personnage de fiction et le plaignant, qui se trouve donc déshonoré par sa contrepartie fictionnelle. X... est « un fonctionnaire consciencieux, érudit et écrivain de talent » ; le personnage, Sariette, est « un vieux rond-de-cuir, maniaque, borné, ridicule et idiot, qui s'apparente étroitement à un personnage grotesque de Courteline ». La référence littéraire met en valeur la compétence de lecteur du juge. C'est aussi en tant que lecteur compétent qu'il estime sans ambages que la fin du roman est littérairement mauvaise.

La mansuétude accrue de la cour d'appel de 1937 à l'égard de l'éditeur et de l'ayant droit repose uniquement sur une évaluation différente du personnage fictionnel :

> « Considérant, en effet, que si Sariette a quelque défauts ou quelques ridicules, il a aussi des qualités inhérentes à sa profession, et, en définitive, il n'apparaît pas comme un personnage odieux ou même antipathique ».

Le caractère référentiel du personnage de Sariette continue à être admis, puisque l'éditeur et l'ayant droit sont toujours condamnés, mais il suscite une appréciation différente. Le personnage de fiction paraît en définitive au juge de 1937 plutôt sympathique. Par conséquent, le préjudice qu'il inflige à sa contrepartie réelle n'est pas si grand et le montant des dommages et intérêts diminue d'autant. Certes, Sariette est un assassin ; mais c'est justement un trait qui ne peut être imputé à X... La fureur criminelle du personnage appartient à « l'affabulation » ; il s'agit donc d'une donnée plus fictionnelle que les autres, ce qui joue contre l'identification et en faveur de la fiction. Le juge estime que le public fera la même lecture que lui. L'interprétation repose sur des critères hétérogènes, affectifs et moraux, d'une part, fondés sur l'appréciation de la vraisemblance, d'autre part.

Ce n'est pas seulement l'empathie variable du juge à l'égard du personnage de Sariette qui est déterminante dans ce jugement. L'appartenance d'Anatole France au panthéon des grands écrivains ne le laisse insensible :

---

18 - « Attendu [...] qu'il ne convient pas, comme le font les défenseurs, d'isoler et de discuter séparément chaque acte de la vie du personnage du roman pour en déduire que leur identité n'est que le résultat du hasard ou d'une simple coïncidence ; qu'il échet, au contraire, après avoir lu le roman dans son entier, de rassembler toutes les analogies qui se rencontrent dans les actes de la vie du personnage fictif et du personnage réel, et de dégager du faisceau de présomptions la volonté secrète de l'auteur... », *ibid.*

> « Attendu [...] que la personnalité de X..., si haute soit-elle, ne saurait émettre la prétention de faire amputer, dans son unique intérêt, notre patrimoine littéraire d'une œuvre originale et intéressante d'un grand écrivain romancier français ; X... est donc prié de minorer son ressentiment en considération de l'intérêt national ».

Aucun autre jugement, pour des faits semblables, ne ressemblera plus à celui-ci. Tout d'abord, outre qu'il ne sera plus possible d'attaquer une œuvre après la mort de l'auteur, la clause selon laquelle le personnage doit être « ridicule ou odieux » va disparaître. Il semble à première vue que l'on évite de traiter le personnage comme une personne réelle (au moyen d'une appréciation psychologique et morale), et que cela représente un progrès dans la prise en compte du propre de la fiction. Mais en contrepartie, c'est désormais la référence de l'œuvre au réel en elle-même (pourtant reconnue en 1934 comme un « droit incontestable de l'écrivain ») qui est susceptible d'être condamnée. De façon concomitante, l'atteinte au respect de la vie privée (qui peut-être entendu de façon très large, comme le droit d'être laissé tranquille ou celui de ne pas exciter la curiosité), remplace à partir des années 1980, dans les affaires de ce type, la notion de « droit au nom » ou de « droit à la personnalité ». En outre, les juges n'exhibent plus leur compétence de lecteur et ne manifestent pas à l'égard des œuvres contemporaines le respect de ceux de 1937 pour *La Révolte des anges*, tant s'en faut. S'expriment en revanche une conscience plus aiguë de la fictionnalité ainsi que le souci d'en garantir les frontières. Les œuvres sont fréquemment accusées de mêler fait et fiction. Les juges considèrent ce phénomène comme nouveau. Il caractérise, à leurs yeux, une littérature de second ordre.

Le jugement condamnant en 1973 Claude Lelouch et la société de production Ariane à verser 12 000 francs de dommages et intérêts à Henri Chemin (confirmé en appel en 1974), enregistre une première évolution. Ce cas diffère du précédent. Lelouch n'a pas attribué à un personnage de fiction des éléments de la vie de M. Chemin. Il s'est servi du nom de celui-ci et de l'intitulé de sa profession pour créer un personnage fictionnel au second degré. En effet, dans *Le Voyou*, un ravisseur d'enfant, pour tromper ses victimes, prétend être « Henri Chemin, directeur des relations publiques chez Simca ». Lelouch (qui était lié par des relations amicales à Chemin) argue que cette identité fictive dans le film ne peut pas nuire à la personne réelle qui la possède, puisqu'elle est utilisée par un criminel pour inspirer confiance et se faire passer pour quelqu'un d'honorable.

Moins optimiste que son confrère d'avant-guerre, le juge estime que le spectateur n'est pas en mesure de procéder à des distinctions aussi subtiles :

> « En l'occurrence, la faute et le dommage s'aggravent du fait que le travestissement associe la personnalité réelle aux traits d'un

> criminel particulièrement odieux, rapprochement des plus déplaisants, même si dans la fiction littéraire, le criminel est censé usurper un état-civil honorable [...] nuance pouvant échapper à maints représentants du public moyen ne retenant que l'association du nom à l'action criminelle d'un voleur d'enfant ».

Enfin, l'utilisation d'un nom appartenant à une personne réelle est en soi fautive :

> « Soit que l'auteur relate des événements vrais, auquel cas la victime est indûment exposée à la curiosité du public, soit que l'auteur laisse aller son imagination, auquel cas l'atteinte à la personnalité est en soi manifeste ».

Par conséquent, le juge ordonne, en première comme en seconde instance, la séquestration de la séquence du film où apparaît le nom d'Henri Chemin.

Le juge sanctionne ici, il est vrai, un manquement, de la part de Lelouch, au pacte de fictionnalité le plus élémentaire. Les auteurs d'histoires tragiques du XVII[e] siècle, qui proclamaient qu'ils n'avaient rapporté que des faits authentiques, prenaient soin de doter leurs personnages de noms propres ostensiblement imaginaires pour « désintéresser l'honneur des familles »[19]. On peut penser que Lelouch a transgressé cette convention par étourderie et parce qu'il ne s'agissait, justement, que d'un personnage de fiction au second degré. Mais la maladresse du cinéaste donne au juge l'occasion de définir un protocole très restrictif : l'utilisation de noms propres existants peut tomber sous le coup de la loi, qu'il s'agisse ou non de fiction. Qu'en est-il de ceux qui coïncident par hasard avec ceux de personnes réelles ? Des sobriquets et des pseudonymes ?[20]

Ce procès illustre un tournant. À partir des années 1980, la distinction entre fait et fiction ne cesse d'être affirmée comme devant être respectée. Les juges ont la conviction qu'ils ont affaire à des œuvres qui brouillent de plus en plus les frontières. De plus, à partir de 2005[21], les poursuites au titre des articles 1382 et 1383 du code civil[22], dans des affaires concernant la limitation de la liberté d'expression, tendent à disparaître ; c'est au titre de la protection de la vie privée (l'article 9 du

19 - Jean-Pierre Camus, Préface de *Diotrèphe, Histoire valentine*, Lyon, Chard, 1626, p. 30.

20 - Le cas s'est présenté à propos du personnage de Mme Groseille, dans le film *La Vie est un long fleuve tranquille*. Un procès a été intenté aux auteurs du scenario, producteurs et diffuseurs, par une comédienne portant le pseudonyme de Groseille. Celle-ci a eu gain de cause, lors du premier jugement (3 mai 1999), comme du jugement en appel (24 octobre 1990).

21 - Cass 1ère civ., 27 septembre 2005.

22 - Art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Art. 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

code civil), dont la protection a été renforcée à partir des années 1970[23], que la référentialité d'une œuvre fictionnelle peut-être civilement sanctionnée.

C'est bien en effet au titre de l'article 9 qu'est approuvée par la Cour de cassation, le 7 février 2006, la condamnation en appel, en 2003, de l'auteur à succès Jean Failler pour son roman *Le Renard des grèves* (2003). L'arrêt commence par le rappel détaillé d'événements réels survenus dans la commune de Kerlouan et le port de Ménéham dans les années 1980. Le livre, un roman policier n'a rien d'un docufiction, est présenté de la façon suivante :

> « Attendu [...] que s'y trouvent mis en scène en Bretagne au village fictif de « Kerlaouen » et dans son port de « Meznam » des lieux, personnages et faits dont la similitude avec les incidents réellement survenus, la population et les personnes un temps soupçonnées a été recherchée par l'auteur, qui mêle les épisodes réels de leurs vies et une histoire inventée ».

Dans ce contexte, la plaignante, « Mme Z », s'est reconnue dans le personnage de Gabrielle Brendaouez, qui, dans la fiction, a un passé de prostituée. Mme Z estime que les mœurs du personnage ternissent sa réputation, ce qui se traduit juridiquement par une atteinte à sa vie privée. On pourrait arguer que le passé de prostituée de Gabrielle Brendaouez, personnage fictionnel, ne révèle par définition rien de la vie privée de la personne réelle et donc ne l'atteint pas. Le caractère inapproprié de la qualification de la nature du droit violé[24] entretient la confusion et présuppose non seulement la référence, mais l'identité du personnage et de la personne :

> « Mais attendu que les abus de la liberté d'expression qui portent atteinte à la vie privée peuvent être réparés sur le fondement de l'article 9 du code civil ; qu'après avoir souverainement relevé l'amalgame auquel conduisaient nécessairement les divers points de similitude, dûment rapportés, entre le personnage de roman et l'intéressée, la cour d'appel a exactement reconnu qu'une œuvre de fiction, appuyée en l'occurrence sur des faits réels, si elle utilise des éléments de l'existence d'autrui, *ne peut leur en adjoindre d'autres* [je souligne] qui, fussent-ils imaginaires, portent atteinte au respect dû à sa vie privée ».

Les juges en arrivent à une conclusion paradoxale : une fiction qui s'inspire de la réalité ne doit pas faire intervenir d'éléments fictionnels ! Un roman comme *Le Renard des grèves*, qui n'a pourtant rien d'une « faction » est aux yeux du juge un montage ontologiquement hétérogène induisant un « amalgame » pernicieux de briques fictionnelles et factuelles.

---

23 - Loi n° 70-643 du 19 juillet 1970 modifiée par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

24 - M. Sogabe préférerait parler de « droit à l'identité de la personnalité » ; en effet, lorsqu'un personnage négatif peut être identifié comme se rapportant à une personne réelle, la fiction altère la représentation de la personnalité de celle-ci devant le public (communication personnelle). A. Tricoire exprime le même avis, et estime que ce type d'atteinte à la vie privée devrait plutôt être qualifiée « d'atteinte au nom et à la dignité (*op.cit*, p. 19).

Les commentaires de la jurisprudence expriment le sentiment général de la part des juristes d'un nouveau statut, problématique, des œuvres de fiction. Ainsi Laure Marino[25] qui signe un commentaire de cet arrêt, parle joliment d' « une notion nouvelle : la vie privée imaginaire ». Elle ajoute :

> « Un romancier s'inspire alors de ce fait divers pour écrire une enquête imaginaire qui mêle fiction et réalité. Mais, là réside le problème [...] Ainsi l'adjonction d'éléments fictifs à un personnage reconnaissable par des éléments de faits réels, provoque un risque de confusion entre la réalité et la fiction. Dans ces « fictions du réel », le réalisme provient en effet de la proximité historique des faits relatés. Or, le lecteur ne peut faire la part des choses, et tout bascule vers le possible. Finalement, quand des événements réels sont habillés des vêtements de la fiction, les faits fictifs passent pour vrais »[26].

On pourrait objecter (sur le modèle du raisonnement des juges de *La Révolte des anges*), que pour l'immense majorité des lecteurs, qui ne connaissent pas Mme Z, *Le Renard des grèves* est une fiction et que la « proximité historique des faits relatés » est contingente et provisoire ; quant à ceux qui connaissent Mme Z, ils devraient justement être en mesure de « faire la part des choses ». Contrairement à Vincent Descombes[27], qui estime que tout est fictif dans une fiction, y compris le Napoléon de *Guerre et paix* (1983, p. 261-262), l'auteur de ce commentaire considère que tout y est réel, ou que l'élément référentiel est susceptible de contaminer l'ensemble de l'univers fictionnel, dans ce qu'elle qualifie de façon oxymorique de « fiction du réel », mais qui ne se distingue en rien, ni par sa forme ni dans sa genèse, de maintes œuvres du passé.

III. Le procès de la fiction

C'est donc bien un procès de la fiction qui a lieu. Il s'accompagne d'une tentative pour raffermir les digues qui séparent les eaux fictionnelles des eaux factuelles, d'autant plus vaine que les juges ont affaire, depuis une trentaine d'années, à une multiplication de procès de ce type. Le phénomène s'emballerait, au point, selon certains, d'entraver gravement la création artistique et de donner aux avocats plus de place qu'aux éditeurs dans le processus de publication[28]. Là où Olivier Caïra déplore l'impunité de la fiction, avocats, journalistes et écrivains parlent au contraire d'une déferlante d'affaires et d'un véritable carcan

25 - Maître de conférences en droit privé à l'université Paris XIII au moment de la rédaction de ce commentaire d'arrêt, désormais professeur à l'université de Strasbourg.

26 - Gaz. Pal., vendredi 27, samedi 28 avril 2007, p. 995.

27 - Vincent Descombes, *Grammaire d'objets en tous genres*, Paris, Les Editions de Minuit, 1983.

28 - Voir I. Grell, Autofiction et censure », Autofiction.org, 2009, consultable sur http://www. autofiction.org/index.php?post/2008/10/31/Autofiction-et-autocensure2.

juridique visant, de leur point de vue, à cloitrer la fiction dans son monde, à la couper du réel supposé lui fournir toute sa substance[29].

Documentaires et docufictions paraissent même parfois mieux protégés que les fictions. Un arrêt de la cour de cassation, en 2005, a réaffirmé le primat du droit à l'information sur celui du respect de la vie privée. Le documentaire, voire le docufiction, lestés par le sérieux supposé de leur propos instructif, sont finalement mieux traités que la frivole fiction, à qui les juges demandent volontiers de laisser la réalité tranquille. Il est donc difficile d'affirmer, comme nombre de commentateurs[30], que c'est l'apparition de formes littéraires, cinématographiques et télévisuelles hybrides qui serait seule responsable de l'explosion des contentieux, même s'il est indéniable que le brouillage volontaire entre fiction et non fiction fragilise les œuvres du point de vue juridique. Mais l'hybridité ontologique des œuvres est en grande partie l'effet du regard que les juges portent sur elles.

Le Renard des grèves est un roman policier classique qui s'inspire d'un fait divers, ni plus ni moins que *La Révolte des anges* et que la plupart des romans du XIX^{e}. Les juges qui se penchent sur le roman d'A. France ne relèvent aucune forme d'hybridité, contrairement à ceux de Jean Failler un demi-siècle plus tard. On ne compte pas les genres et les formes du passé qui ont multiplié, de plus ou moins bonne foi, les indices de factualité, du « roman du moi » japonais aux histoires tragiques, nouvelles historiques, roman-mémoires dans l'Europe des XVII^{e} et XVIII^{e} siècles; ils ne suscitaient pas tant d'émoi. L'évolution tient aussi à la dégradation du statut des auteurs qui correspond à l'exigence de protection du public, dont la capacité de distinguer fait et fiction est *a priori* supposée défaillante. On assiste bien à une focalisation collective sur la notion de fiction et sur la question de ses frontières, ce qui, en définitive, joue plutôt contre la fiction[31].

Enfin, pour expliquer la multiplication de ce type de procès, il ne faut pas minimiser l'impact de la transformation générale de la relation de la société contemporaine au droit, dont la conception est de plus en plus contentieuse.

Une évolution de la doctrine juridique a bel et bien eu lieu. La nature de l'infraction que l'on peut définir comme « la factualité abusive de la fiction » a été plusieurs fois requalifiée. On est passé du cadre conceptuel de la satire (la personne réelle ne doit pas se reconnaître dans un personnage « ridicule ou odieux »), à celui de la responsabilité civile et à l'idée assez générale d'un dommage potentiel causé par la fiction, causé le cas échéant par l'imprudence ou la négligence de l'au-

29 - Voir le dossier du Monde des livres du 14 janvier 2011.

30 - La journaliste M. Audran, parle de l'autofiction comme d'un genre « litigieux par excellence » (« Sa vie est un roman », Le Point, 11 avril 2003).

31 - Cependant, il est vrai que lors d'un procès récent (16 novembre 2006), celui des éditions Flammarion et d'Eric Bénier-Bürckel pour son roman *Pogrom*, le TGI a affirmé que la liberté du créateur était plus large que celle de la liberté d'expression. Voir Agnès Tricoire, *op. cité*, pp. 12-13 et Thomas Hochmann, 2009.

teur (article 1382, 1383). Enfin, la notion d'atteinte à la vie privée, dans ce genre de cas, aggrave la confusion entre personne et personnage.

La doctrine juridique avance à l'égard de la fiction une position que l'on pourrait qualifier de contradictoire. Elle affirme une différence entre fait et fiction, reconnaît dans la fiction des briques fictionnelles et factuelles. Ce choix théorique dualiste[32] non explicité s'énonce de façon normative, puisque les juges ou les commentateurs d'arrêts, depuis les années 1980, blâment les auteurs de mélanger fait et fiction, même lorsqu'ils n'ont pas affaire à des formes particulièrement hybrides. Mais les juges présupposent en même temps de la part du public une attitude moniste, et l'incapacité à effectuer les mêmes distinctions qu'eux. L'attention accrue que les juges manifestent à l'égard de la réception rejoint d'ailleurs une des tendances majeures de la théorie littéraire depuis trente ans.

L'avocate Agnès Tricoire essaie de convaincre les juges d'adopter une autre conception de la fiction, plus savante, qui serait celle des mondes possibles ou de la feintise ludique partagée, selon laquelle la fiction serait un monde à part, autonome et non référentiel. Or les juges se trouvent à l'interface du monde et du texte. Cet espace de conflit et de régulation des usages de la fiction, qu'ils occupent, est incompatible avec une telle théorie. La pratique interprétative des juges met en évidence la perméabilité des frontières de la fiction et leur paradoxe (bien exprimé par les oxymores de « fiction du réel » et de « vie privée imaginaire », ce dernier né sous la plume d'une juriste). Ce paradoxe est que notre époque ne peut s'empêcher de présupposer ces frontières et de les poser comme une exigence normative, tout en constatant qu'elles sont invisibles.

32 - Thomas Pavel la qualifierait de « ségrégationniste » (*Univers de la fiction*, Les Editions du Seuil, Paris, 1988), et Marie-Laure Ryan de « digitale », 1991 (Frontières de la fiction : digitale ou analogique ?, *Frontières de la fiction*, org. A. Gefen et René Audet, http://www.fabula.org/forum/colloque99/211.php, Fabula, 1999).

LE BON PÈRE DE FAMILLE, STANDARD JURIDIQUE ET STÉRÉOTYPE LITTÉRAIRE

Anne Marie Luciani
Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

À ma mère

Dans les pays de tradition romaniste, le « bon père de famille » est un personnage présent dans plusieurs codifications[1], lesquelles, depuis le *Digeste* et les *Institutes* de Justinien[2], s'y réfèrent pour prescrire certains comportements. De nos jours, des dispositions législatives visent encore à cette notion à visage humain. Ainsi, l'article 1137 du code civil[3] exige de celui qui a l'obligation de veiller à la conservation d'un bien, qu'il y apporte « tous les soins d'un bon père de famille ». Les autres articles dudit code ne sont en réalité que des corollaires ou des applications à des cas précis de l'article 1137 : l'article 601 impose l'obligation de se comporter en « bon père de famille » à l'usufruitier, l'article 627 à celui qui a un droit d'usage ou d'habitation, l'article 1374 au gérant d'affaire, les articles 1728, 1766 et 1806 au preneur, l'article 1880 à l'emprunteur et l'article 1962 au gardien judiciaire. La même

1 - Outre les codes français, voir par exemple les articles 1.094, 1.104.2, 1.903 du code civil espagnol, les articles 1176 et 703, 1001, 1228, 1587, 1710-2, 1768, 2148, 2167 du code civil italien. Pour ces aspects de droit comparé, voir notamment S. David-Constant, Le bon père de famille et l'an 2000, Rétrospective et prospective, Journal de Tribunaux, 1982, p. 152.

2 - Sur le droit romain, voir notamment Richard P. Saller, *Pater Familias, Mater Familias, and the Gendered Semantics of the Roman Household*, *Classical Philology, Vol. 94, No. 2 (Apr., 1999)*, pp. 182-197, The University of Chicago Press, http://www.jstor.org/stable/270558. L'expression visée par le droit romain est « *qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet* ».

3 - « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent ».

exigence résulte des articles L.313-8 du code de la consommation, R 216-18 du code de l'éducation, L462-12 du code rural et de la pêche maritime, L221-2 du code de l'urbanisme ou L641-4 du code de la construction et du logement. Ces diverses normes concernent toutes la conservation ou la gestion des biens. « En bon père de famille » est, en outre, une expression prisée par les rédacteurs de contrats et par la doctrine.

Figure juridique classique, ce parangon demeure pourtant un personnage énigmatique. À dessein, le législateur ainsi que la Cour de cassation s'abstiennent d'en donner une définition[4]. Cette imprécision n'empêche cependant nullement le modèle du « bon père de famille » de garder une puissance évocatrice remarquable[5]. Celle-ci tient sans doute au fait qu'il correspond à une représentation collective ayant traversé les siècles. Le père de famille n'existe plus depuis 1792[6] mais son souvenir est bien présent dans nos lois en vigueur. Si les articles du code civil visant le « bon père de famille » datent tous de 1804 et sont demeurés inchangés, ceux des autres codes sont, en effet, parfois issus de lois très récentes : 2006 pour l'article L.313-8 du code de la consommation et même 2008 pour l'article R 216-18 du code de l'éducation. L'avant-projet de réforme du droit des obligations maintient, quant à lui, la référence au « bon père de famille » en son article 1152-1[7]. Une telle persistance est déconcertante et semble contredire tous ceux qui, de Balzac[8] à Michel Schneider[9], déplorent l'effacement de la symbolique paternelle. Force est cependant d'admettre que l'intelligibilité intuitive de la notion juridique du « bon père de famille » a pour ressort un imaginaire collectif[10]. Celui-ci est révélé par nombre d'œuvres littéraires. L'étude de l'image du « bon père de famille » dans les fictions permet donc d'interpréter la norme comportementale édictée par le droit.

Le standard juridique[11] et le stéréotype littéraire[12] se révèlent être les clefs du mystère de l'identité (section I) mais aussi de la longévité (section II) du « bon père de famille ».

4 - Voir *infra*, IA.

5 - S. Seyrat, *Le bon père de famille*, thèse dactylographiée Paris II, 1985, sous la direction de D. Tallon.

6 - Voir *infra*, IB.

7 - P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006. Art. 1152-1 : « L'obligation de donner emporte celle de délivrer la chose et de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'un bon père de famille ».

8 - « En coupant la tête à Louis XVI, la Révolution a coupé la tête à tous les pères de famille. Il n'y a plus de famille aujourd'hui, il n'y a plus que des individus », Balzac, *Mémoires de deux jeunes mariés*, 1842.

9 - « Si les Français continuent d'être représentés et de se représenter eux-mêmes comme des enfants face au pouvoir, ce dernier est clairement devenu maternel. D'ailleurs, où les pères font-ils encore la loi ? », M. Schneider, *Big Mother, Psychopathologie de la vie politique*, Odile Jacob, 2005, p. 18.

10 - Florence Giust-Desprairies, *L'imaginaire collectif*, Coll. Sociologie clinique. Editions Erès (2003) qui le défini comme « l'ensemble des éléments qui, dans un groupe donné, s'organisent en une unité significative pour le groupe, à son insu ».

11 - Voir infra, IA.

12 - Voir infra IB.

Section I. Standard et stéréotype, clefs du mystère de l'identité du bon père de famille

Standard et stéréotype s'articulent dans un mécanisme en deux temps pour révéler l'identité du « bon père de famille »[13]. Le standard renvoie au stéréotype (A). Le stéréotype détermine ensuite le contenu normatif du standard (B).

I.A. Renvoi du standard au stéréotype

Plusieurs définitions juridiques du standard ont été proposées par la doctrine[14]. Un dénominateur commun entre elles peut cependant être trouvé.

Les auteurs s'accordent en premier lieu sur la finalité de cette notion. Le standard désigne une méthode, une technique qui « *vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité* »[15]. Il aboutit à un jugement sur une conduite. À cet égard, la référence au « bon père de famille » prescrit à n'en point douter une exigence comportementale en matière de conservation et de gestion des biens. Depuis l'époque romaine, les juges recherchent si celui qui y est assujetti a agi de manière à la fois prudente, diligente et avisée[16].

Un second point de convergence concerne l'imprécision inhérente au standard, lequel fait partie des notions juridiques floues dont il constitue un sous-ensemble. Son indétermination est, en effet, bien particulière. Elle doit être intentionnelle parce que voulue par l'auteur de la norme et doit concerner le présupposé de celle-ci. En conséquence, la jurisprudence doit la respecter en ne proposant pas de définition[17]. Le standard a ainsi pu être défini par son antonyme, la « norme juridique directement opérationnelle »[18] dont nous donnerons comme exemple l'article 144 du code civil lequel dispose : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». Ici, il n'existe aucune imprécision dans le présupposé. La règle ne nécessite pas d'interprétation pour son application. En revanche, l'incertitude a trait aux conséquences puisque l'article 145 prévoit que « néanmoins, il

13 - Ph. Delebecque, Les standards dans les droits romano-germaniques, RRJ 1988-4, p. 871s.

14 - Voir notamment R. Pound, *Introduction to the philosophy of Law*, Yale University Press ; 1955, p.57 et s. ; S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ 1980, n°93, p.120 ; PH. Jestaz, Rapport de synthèse *in Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988-4, p.1182 s. ; E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant 2010, p. 35 et s.

15 - S. Rials, préc. Sur la normalité, voir aussi, D. Loschak, Droit, normalité et normalisation, dans CURAPP, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1993, p. 51s.

16 - Ph. Conte, Responsabilité du fait personnel, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, dernière mise à jour 2012, n° 94 et s.

17 - R. David, *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, Paris LGDJ 1970, p.134 qui regrettait que le terme standard soit anglo-saxon car « ce sont les Anglais et les Américains qui combattent le plus le standard juridique [...], ils s'efforcent de le réduire, par une masse de jurisprudence, à des règles précises ».

18 - Ph. Jestaz, préc.

est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves ». *A priori*, il est impossible de savoir de manière absolument certaine si le procureur accordera ou pas une telle dispense. Pour les standards, l'imprécision doit nécessairement affecter le présupposé et éventuellement la conséquence. À titre d'exemple, il est possible de citer l'article 6 du code civil qui énonce : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Le présupposé appelle une interprétation visant à circonscrire les bonnes mœurs mais la nullité du contrat, est, elle, certaine. Pour les articles qui prescrivent un comportement en « bon père de famille », l'incertitude concerne bien le présupposé. Le flou de la référence est indiscutable et empêche toute sanction pénale en cas de non-respect afin de respecter le principe de légalité des délits[19].

Enfin, le troisième élément de consensus est relatif à la méthode du standard. Celui-ci renvoie à des règles non juridiques qui peuvent être morales (comme les « bonnes mœurs ») techniques (comme les « règles de l'art »), scientifiques (connaissances actuelles) ... pour son interprétation. Cette « internormativité »[20] est caractéristique du standard et le distingue des normes au présupposé incertain qui peuvent être interprétées en les rapprochant d'autres catégories juridiques. Ainsi, l'application de l'article 146 du code civil selon lequel « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » nécessite de circonscrire la notion de consentement. Mais la définition de celui-ci se trouve uniquement dans le droit et non dans un autre système. À l'aune de ce critère d'extériorité ou d'exogénéité, il est possible de considérer que le « bon père de famille » n'était pas à l'origine un standard mais qu'il l'est devenu par la suite. Pendant longtemps, en effet, le « père de famille » a constitué un véritable statut juridique auquel n'accédaient pas tous les pères. Cela dépendait non seulement d'une certaine position dans un lignage mais aussi de décès du père ou de l'émancipation du fils[21]. Seul le père de famille était citoyen et avait une pleine et entière capacité juridique. La puissance paternelle était viagère[22]. Cette situation existait encore en France à la Révolution[23]. Le droit lui-même avait dû sanctionner les abus de l'autorité paternelle et promouvoir ainsi le modèle du « bon père de famille ». À Rome, la *pietas* avait dû venir équilibrer la *patria potestas*[24]. Désormais, le « père de famille » n'est plus pour

19 - Cass. crim. 18 janvier 2012.

20 - Ph. Jestaz, art. préc.

21 - Pour la *patria potestas* en droit romain, V. notamment, J. Gaudemet, *Droit privé romain*, Montchrestien 1998, p. 75 et s.

22 - Sur l'histoire de la puissance paternelle, voir notamment, J. Ph Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 1ère édition 2002, p.163 et s ; G. Champenois, La paternité, in *le Code civil, 1804-2004*, Dalloz 2004, p.373 s. ; P. Murat, La puissance paternelle et la Révolution française, essai de régénération de l'autorité des pères, in *La famille, la loi, l'Etat de la Révolution au Code civil*, Imprimerie nationale, Centre Georges Pompidou, 1989, p. 391.

23 - A. Verjus, *Le bon mari*, Fayard, 2010, p. 65 et s.

24 - J.-Ph. Levy, A. Castaldo, préc., p. 175 et s.

le droit qu'un lointain souvenir. La puissance paternelle a été abolie sur les majeurs par un décret du 28 août 1792[25] et, à l'égard des mineurs, une loi du 4 juin 1970 lui a substitué l'autorité parentale. Les devoirs du « bon père de famille » ne peuvent donc plus être identifiés à partir d'une seule normative juridique mais doivent être recherchés dans un rôle stéréotypé.

I.B. Détermination par le stéréotype du contenu normatif du standard

Le stéréotype[26], tout comme le standard, fait l'objet de définitions diverses.

Le terme a tout d'abord désigné un procédé typographique ayant permis de réduire le coût d'impression des livres[27]. Il est aujourd'hui employé dans le langage courant mais aussi en psychologie, sociologie, littérature... chaque discipline construisant sa conception « en fonction de sa logique et de ses intérêts propres »[28]. Des auteurs proposent d'établir des sous-catégories à l'intérieur de la notion : cliché pour les stéréotypies langagières, poncif pour les thèmes littéraires, lieu commun pour les propositions idéologiques, stéréotype pour l'ensemble et tout le reste[29]. Les définitions présentent, en dépit de leur diversité, un certain nombre de traits permanents[30] :

• Le stéréotype doit être fréquemment répété par le groupe social.
• À force d'être utilisé, le stéréotype se fige, l'association de ses termes a acquis une certaine fixité, ce qui lui permet d'être reproduit tel quel.
• L'origine du stéréotype n'est pas clairement identifiable, elle est le plus souvent multiple ce qui distingue le stéréotype de la citation.
• Le stéréotype s'inscrit dans la mémoire collective d'un groupe social de manière durable.
• Le stéréotype se présente sous forme de condensé, de schématisation simplificatrice et abstraite qui ne rend que partiellement compte de la complexité de la réalité.

À n'en point douter, le « bon père de famille » présente ces cinq caractères.

En littérature, le stéréotype est un « modèle récurrent »[31], une catégorie de personnage qui « n'a pas de personnalité propre » mais qui correspond à des « représentations abstraites de la psyché »[32].

---

25 - J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois*, *vol.4*, p.440. Il fut complété par la loi du 20 septembre 1792 fixant l'âge de la majorité à 21 ans, et pour le commentaire, A. Verjus, préc., p. 109.

26 - *Cahiers de Narratologie*, Numéro 17 (2009), Stéréotype et narration littéraire.

27 - D. Slakta, Stéréotype : sémiologie d'un concept, in *Le stéréotype. Crise et transformations, Colloque de Cerisy-la-Salle*, PU de Caen, 1994, p. 35s.

28 - R. Amossy, A. Herschberg Pierrot, *Stéréotypes et clichés*, Langue, discours, société, 3e édition, A. Colin, 2011, p.10.

29 - R. Amossy, A. Herschberg Pierrot, *ibidem*, p. 9.

30 - J.-L. Dufays, Stéréotype et littérature, L'inéluctable va-et-vient, *in Le stéréotype. Crise et transformations, Colloque de Cerisy-la-Salle*, PU de Caen, 1994, p. 78s.

31 - O. Gannier, Editorial : Littérature à stéréotypes. Réflexions sur les combinatoires narratives, *Loxias 17*, 2007, http://revel.unice.fr/loxias/index.html?id=1741.

Le terme stéréotype au sens de schème ou de figure figée est apparu au début du XX[e] siècle sous la plume du publiciste américain Walter Lippman dans son ouvrage *Public Opinion*[33]. Il explique la nécessité de ces représentations simplificatrices par un principe d'économie permettant à l'individu d'éviter d'avoir à réfléchir à chaque aspect de la réalité. Ces images relèveraient « de la fiction, non pas parce qu'elles sont mensongères mais parce qu'elles expriment un imaginaire social »[34]. Or, c'est exactement à ce procédé que recourent les lois visant le « bon père de famille ». Devant la difficulté (voire l'impossibilité) de décrire par le menu certains devoirs juridiques, elles renvoient à une représentation habituelle inscrite dans notre inconscient collectif et reflétée notamment par les romans[35]. Il n'y a rien d'étonnant à ce que cette méthode ait été maintenue par les rédacteurs du code civil. Sa promulgation précède de peu, en effet, la vogue des physiologies, études de mœurs décrivant tous les types caractéristiques (avocat, portier, médecin, bourgeois...) dans leurs moindres particularités[36]. Leur finalité était « de catégoriser le réel pour le rendre plus intelligible »[37]. Le projet n'était finalement pas très éloigné de celui de Balzac qui voulait « se faire le peintre [...] des types humains »[38]. Le genre littéraire des Physiologies aurait connu un grand succès « dans une France postrévolutionnaire en mal de repères », parce qu'il « porte en lui un caractère rassurant, qu'il transforme le mystère inquiétant de la foule des villes en un inventaire bien agencé, procurant aux gens une représentation aimable de tout un chacun. Car dans les physiologies, l'Autre est toujours perçu sous les apparences d'une bonhommie inoffensive»[39]. La célèbre phrase de Portalis, « les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens » faisant écho à l'article 4 de la Constitution de l'an III, « Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux », correspond en tout point cette analyse sociologique et psychologique des débuts du XIX[e] siècle[40].

32 - V. Stohler, Du type au stéréotype : analyse des modalités d'insertion des stéréotypes des physiologies dans Bouvard et Pécuchet, *Cahiers de Narratologie* , 17 | 2009, http://narratologie.revues.org/1184.

33 - *Public Opinion*, New York, Pelican Book, réédition 1946 (1[ère] édition 1922).

34 - R. Amossy, A. Herschberg Pierrot, préc., p. 29.

35 - « Le droit agit sur les comportements autant par la persuasion clandestine que par la contrainte directe, autant par la force agissante du langage flou que par l'obligation attachée aux prescriptions juridiques », D. Lochak, *Droit, normalité et normalisation*, dans CURAPP, Le droit en procès, Paris, PUF, 1993, p. 51.

36 - Cette vague a connu son apogée vers 1840.

37 - Walter Benjamin, *Charles Baudelaire*, Paris, Payot, 1982.

38 - *La Comédie humaine*, Avant-propos, p.11, édition La Pléiade, Paris, Gallimard, 1976-1981. Mais Balzac sut dépasser le stéréotype en conservant à ses modèles sociaux une personnalité.

39 - Strohler, citant Walter Benjamin.

40 - Sur ce discours, voir notamment, I. Théry, Ch Biet, Portalis ou l'esprit des siècles, La rhétorique du mariage dans le discours préliminaire du Code civil, in *La famille, la loi, l'Etat de la Révolution au Code civil*,, Imprimerie nationale, Centre Georges Pompidou, 1989, p. 104.

Les rédacteurs du code civil ont voulu faire du « bon père de famille » un idéal et les œuvres de fiction de l'époque sont un remarquable tabernacle des « forces créatrices » du système qu'ils ont conçu, reflétant des influences diverses et parfois antagonistes.

En droit comme en littérature, le comportement du « bon père de famille » s'est en effet alors trouvé au cœur d'un vaste débat. L'adoption du code a été précédée de concours organisés par l'Institut sur l'autorité paternelle, auxquels tout citoyen (homme ou femme) pouvait participer. Ce thème de réflexion était aussi très prégnant dans la littérature du XIXe et même de la fin du XVIIIe [41] siècle comme en témoigne le titre de plusieurs ouvrages[42] de l'époque. La conception de la famille connaissait alors de profonds bouleversements. La « conjugalité, unité d'intérêts et d'opinions, de vie et de sentiments » supplantait « la matrimonialité, ce lien juridique qui pouvait physiquement rapprocher, le temps de quelques rencontres fécondes, deux aristocrates soucieux de continuer la lignée des ancêtres de la branche masculine de la famille ».[43] Les rapports entre époux s'offraient « en modèle alternatif à la relation lignagère entre le patriarche et le fils de famille ».[44] Cependant, le mari restait toujours le chef de famille. Celle-ci s'organisait autour d'un couple uni mais inégalitaire car l'époux, et lui seul, était considéré comme ayant la capacité de faire triompher la Raison[45]. Il exerçait un pouvoir paternaliste : la femme était assimilée à la fille de son mari[46] et fut, jusqu'en 1938, frappée d'une incapacité juridique. Les fils, majeurs aux yeux de la loi, ne pouvaient véritablement s'émanciper et devenir citoyens que si leur père ou leur beau-père leur transmettait une partie de la fortune familiale « à des conditions de gestion, de conservation et de restitution qui les maintenaient dans une véritable dépendance familiale »[47]. C'est à cette condition qu'ils pouvaient, eux aussi, devenir à leur tour des « pères de familles ». Jusqu'en 1848, le suffrage censitaire érigeait la fortune en condition de la qualité de citoyen[48]. Le père de famille s'embourgeoisait mais restait, par bien des aspects, fort proche du modèle de l'Ancien régime. Il était encore bien vivant dans la réalité sociale comme en atteste cette phrase d'un personnage balzacien : « tout pays qui ne prend pas sa base dans le pouvoir paternel est sans existence assurée et un pays est fort lorsqu'il se com-

41 - J. Mulliez, La paternité dans l'œuvre de Diderot, *Mélanges Le Bayon*, p. 33.

42 - *Le père de famille*, Diderot, 1758 ; *Antoine ou le bon père de famille*, J. Aymard, 1831, *Le guide du bon père de famille*, M. Deneuville, 1863 ainsi que *Le bon mari*, JF. Marmontel, 1761, commenté par Anne Verjus, op.cit. et aussi dans les littératures étrangères : *Il padre di famiglia*, Goldoni, 1780 ; ????? ?????, Tchekov, 1885.

43 - A. Verjus, préc, p. 25.

44 - A. Verjus, préc, p. 39.

45 - Ainsi, dans le conte de Marmontel, *Le bon mari*, préc., Lusane, cherche à soumettre Hortense, sa nouvelle épouse en faisant appel au règne de la raison.

46 - A. Verjus, préc, p. 235.

47 - A. Verjus, préc., p. 124.

48 - Avant 1848, le suffrage universel masculin fut consacré seulement de 1792 à 1795, puis de 1799 à 1815. Les femmes n'obtinrent le droit de vote qu'en 1944.

pose de familles riches dont tous les membres sont intéressés à la défense du trésor commun »[49].

Dans un tel contexte, la gestion d'un « bon père de famille » consistait non seulement à conserver les biens familiaux mais aussi à les faire prospérer afin d'assurer la pérennité d'un nom, d'une maison, de génération en génération. Dans la littérature, le bon père de famille ne changeait pas de visage et l'assurance la prospérité domestique dans la durée demeurait, pour les écrivains, son principal devoir. Cette conception se retrouve à un siècle d'intervalle tant chez Bossuet que chez Rousseau. Le premier célèbre en ces termes un défunt :

« La mort a découvert le secret de ses affaires [...]. On y a vu ses biens accrus naturellement par un si long ministère et par une prévoyante économie, et on ne fait qu'ajouter à la louange de ce grand magistrat et de sage ministre celle de sage et vigilant père de famille ».[50]

Le second écrit :

« Cher Émile, [...] ce désintéressement outré ne me déplaît pas à ton âge. Il diminuera quand tu auras des enfants, et tu sauras alors précisément ce que dois être un bon père de famille et un homme sage. »[51]

Ce dernier ne doit cependant pas se contenter d'amasser de l'argent. Comme le remarque Rousseau, « tel croit être un bon père de famille et n'est qu'un vigilant économe ; le bien peut prospérer et la maison aller fort mal. Il faut des vues plus élevées pour éclairer, diriger cette importante administration, et lui donner un heureux succès »[52]. Ainsi, pas davantage Grandet, qui conserve égoïstement que Goriot, qui transmet pour satisfaire les seuls caprices de ses filles, n'incarnent des illustrations de cet étalon de vertu.

L'identité du « bon père de famille » peut aussi être appréhendée à travers ses contraires que sont l'oisif et le prodigue[53]. L'opposition entre ces figures apparaît dans l'œuvre de Balzac, parfois dans l'évolution d'un même personnage, tel César Birotteau, parfois dans la comparaison de deux d'entre eux, comme Joseph Lebas et Théodore de Sommervieux, les maris respectifs des deux sœurs, Virginie et Augustine, dans *La maison du chat qui pelote*.

Un troisième contre-stéréotype va aussi surgir au XIX^{e} siècle, celui du prolétaire « défini par se seule richesse, ses rejetons, *proles*, plus nombreux que ceux des élites » dont le « sang proliférant menace la société d'une révolution pire que les précédentes »[54].

À l'époque de la rédaction du code civil, l'expression « bon père

49 - Balzac, *Mémoires de deux jeunes mariées*, I p. 243.

50 - Bossuet, *Oraison funèbre de Michel Le Tellier*, 1686, Classiques Garnier , Paris 1998, p. 43.

51 - Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, 1762, Classiques Garnier, Paris 1992, p. 934.

52 - Rousseau, *Julie ou la nouvelle Héloïse*, 1761, Paris, Bordas, éditions classiques Garnier, p. 714.

53 - Il n'y a donc rien de surprenant à ce que la loi n°2007-308 portant réforme de la protection juridique des majeurs qui ne fait plus de la prodigalité une cause d'incapacité, ait, dans le même temps, supprimé toute référence au « bon père de famille » pour apprécier la gestion du tuteur.

54 - C. Bernard, La dynamique familiale dans Ursule Mirouet de Balzac, *French Forum : Balzac, famille de chair, famille d'esprit, famille de papier*, La Maison française of New York University, p.183, cité par D. F. Bell, Effets collatéraux, in *Balzac, paterfamilias*, préc., p. 66.

de famille » était donc aisément compréhensible par tout un chacun. Mais comment expliquer qu'elle continue d'être en usage dans notre société contemporaine qui connaît des pères, des familles mais ignore le père de famille? L'élucidation du mystère de la longévité du « bon père de famille » passe elle aussi par l'interaction entre le standard et le stéréotype.

Section II. Standard et stéréotype, clefs du mystère de la longévité du « bon père de famille »

La dénonciation du stéréotype confine le standard dans domaine limité (A). L'extension de ce dernier suppose une revigoration du stéréotype (B).

II. A. Dénonciation du stéréotype et limitation du domaine du standard

La critique du père de famille est polymorphe. Parfois, elle porte sur les dérives de la transmission à la descendance. Balzac, dans « Le père Goriot », ou Zola, dans « La Terre »[55], dépeignent la sordide ingratitude des enfants. Mais c'est peut-être dans « L'enfant maudit » que se trouve dénoncée, de la manière la plus terrifiante, l'absurdité de l'obsession du lignage et de la conservation des biens dans les familles. Ces attaques ne sauraient toutefois nuire au standard puisqu'elles ne concernent pas des « bons pères de famille » mais des êtres qui soit se dépouillent pour satisfaire les seules visées égoïstes de leurs enfants et ne pérennisent donc pas la prospérité familiale, soit, à l'inverse, causent la mort de leurs enfants, mettant ainsi un terme à toute visée transgénérationnelle.

Un autre phénomène se révèle beaucoup plus pernicieux à l'égard modèle du « bon père de famille ». Depuis le XIX[e] siècle, il est en effet pollué par celui du bourgeois et, de ce fait, confronté à la satire dont ce dernier est la cible[56]. À l'auguste *paterfamilias* romain a succédé, dans l'imaginaire collectif, un quadragénaire ventripotent à l'esprit étriqué, conformiste, banal et matérialiste. César Birotteau, dont Balzac disait « c'est Socrate bête, buvant dans l'ombre et goutte à goutte sa ciguë, l'ange foulé aux pieds, l'honnête homme méconnu »[57], illustre bien cette superposition des catégories. Mais la figure la plus accomplie de l'hybridation reste, sans doute, le personnage de M. Prudhomme, créé en 1830 par Henry Monnier et repris dans plusieurs de ses pièces ainsi que dans les œuvres d'autres auteurs. Les frères Goncourt relevaient avec perspicacité l'amalgame: « Savez-vous vraiment bien, Monsieur Monnier, le véritable plastron de votre pièce ? Ce n'est pas le

55 - Sur le commentaire juridique de La Terre, V. J. Maury, Le droit patrimonial de la famille dans le roman français du XIX[e] siècle, *Mélanges Cabrillac*, Lexis Nexis 1999, p.785s.

56 - A. Berkovicius , Visages du bourgeois dans le roman populaire (1800-1830), Romantisme, 1977, n°17-18. pp. 139-155., http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/roman_0048-8593_1977_num_7_17_5131

57 - Lettre à M[me] Hanska, 1834.

bourgeois, c'est la famille. M. Prudhomme, ce sont les vieux parents ; M. Prudhomme, ce sont les idées entêtées de tous nos pères, de toutes nos mères, de tous nos oncles. » [58]

Dans le poème homonyme de Verlaine, la fusion des stéréotypes est totale :

« Il est grave, il est maire et père de famille,
[...]
Monsieur Prud'Homme songe à marier sa fille,
Avec Monsieur Machin, un jeune homme cossu,
Il est juste milieu, botaniste et pansu
Quant aux faiseurs de vers, ces vauriens, ces maroufles,
Ces fainéants barbus mal peignés, il les a
Plus en horreur que son éternel coryza»

La dénonciation ne tardera pas à se fondre dans celle de la lutte des classes, le père de famille apparaissant comme un agent de la reproduction sociale et par voie de conséquence, comme un vecteur d'inégalités.

Il serait cependant excessif de croire que son image est aujourd'hui totalement dépréciée et que le législateur, en continuant d'en faire un modèle, est en complet décalage avec la réalité. Ainsi que cela a été mis en lumière par Carbonnier : « Notre système actuel renferme deux droits de la famille que soutiennent des convictions différentes : l'un celui des vivants, où le dogme de individualiste de l'égalité fait loi [...] ; l'autre, celui d'après la mort, où le besoin de conservation du groupe tend à refouler le dogme »[59]. En droit civil, les descendants en ligne directe, héritiers du premier ordre, sont protégés par leur qualité de réservataires. Le droit fiscal allège leurs droits de successions. La volonté de perpétuation de la richesse familiale reste encore vivace. Elle suppose une fructification du patrimoine non seulement dans la perspective d'un avantage immédiat mais aussi du profit de bénéficiaires à venir. C'est précisément cette idée qui rend intelligibles les textes de loi visant le bon père de famille. Les usufruitiers, les locataires, les dépositaires, et de manière plus générale tous les débiteurs d'une obligation de restitution[60] doivent « veiller à la conservation de la chose »[61] en songeant à la préservation des intérêts de leur créancier. Ils doivent lui rendre son bien dans le même état que s'il était transmis successoralement par un « bon père de famille » à ses enfants puisque, comme ce dernier, ils doivent avoir conscience qu'ils n'en sont pas les détenteurs

58 - E. et J. Goncourt, compte-rendu dans *Paris*, le 4 décembre 1852, article repris dans *Mystères des théâtres. 1852*, Paris, Librairie nouvelle, 1853, p. 480-484), http://www.goncourt.org/prudhomme.htm.

59 - J. Carbonnier, Sur un air de famille, *in La famille, la loi, l'État*, préc., p. 84.

60 - M.-L. Morançais-Demeester, La responsabilité des personnes obligées à restitution, RTD Civ. 1993 p. 757.

61 - Article 1137 du code civil. Aujourd'hui, la jurisprudence ne limite plus la portée de cet article aux seuls contrats obligeant à la conservation de la chose et considère, à la suite de l'interprétation proposée par Demogue, ce texte comme le fondement de toute obligation de moyens. Mais il convient de remarquer que lorsqu'ils en font une application extensive, les juges ne se réfèrent généralement pas au standard du « bon père de famille ».

ultimes. Tout comme lui, ils ne doivent ni par une exploitation intensive ou une gestion hasardeuse, ni par leur inaction, compromettre les rendements futurs. Ce comportement pourrait être exigé dans d'autres cas que ceux prévus par nos codes. Il a été notamment proposé d'y astreindre les administrateurs de société[62] ou de le promouvoir en matière de préservation des ressources naturelles[63]. Mais, pour l'instant, ni le législateur, ni la jurisprudence ne se réfèrent au « bon père de famille » en dehors des obligations de restitution. Cette réticence tient sans doute aux aspects négatifs désormais portés par le stéréotype, lesquels pourraient être effacés par une revigoration de ce dernier.

II. B. Revigoration du stéréotype et extension du domaine du standard

Le processus de revigoration du cliché a été décrit par Marshall Mac Luhan pour lequel, « ce regain d'énergie vient d'une ou de plusieurs significations anciennes qui soutiennent ou qui ont soutenu le cliché »[64]. Un phénomène similaire concerne, en droit, l'évolution récente d'une notion juridique consubstantielle au « bon père de famille » : le patrimoine. Celui-ci fait l'objet d'un véritable engouement qui a même pu être qualifié de « folie ». Il convient de remarquer que cette même opposition respect du père/haine du père s'était déjà produite après la Révolution, période « d'éveil de la conscience patrimoniale »[65] pendant laquelle la destruction d'objets symboliques faisait sans doute ressentir le besoin de conserver des traces du passé[66]. L'enthousiasme actuel pourrait avoir les mêmes causes : c'est peut-être parce que le législateur a su tuer le père en remplaçant la puissance paternelle par l'autorité parentale, qu'il peut continuer sans difficulté de se référer « au bon père de famille ». Et c'est probablement parce que le rôle et la place du père sont l'objet d'une profonde métamorphose (qui est parfois, sans doute, hâtivement qualifiée de déclin) que la référence au patrimoine et à l'image paternelle est aussi attrayante. En littérature, elle se manifeste par la vogue du récit de filiation, lequel se démarque du roman généalogique en ce qu'« il inverse la généalogie : on ne va plus d'un ancêtre à sa descendance mais d'un héritier problématique et inquiet vers son ascendance »[67].

En droit, les conceptions patrimoniales nouvelles sont révolutionnaires tant dans le sens de changement radical que retour aux point de départ, ce qui évoque la revigoration que décrit MacLuhan. La nouveauté concerne la composition[68] : à côté du patrimoine au sens

62 - V. Magnier, Bulletin Joly Sociétés, 2012 n° 1, p. 75.

63 - J.-M. Becet, Patrimoine et littoral, *in Mélanges A. Le Bayon*, L'Harmattan 2006, p. 227.

64 - Marshall Mac Luhan, *From cliche to Archetype*, 1ère ed. Novembre 1970, Ginkgo Press 2011, p. 130.

65 - V. Labrot, Réflexions sur la patrimonialisation, ou quand « la fabrication des pères » peut éclairer le recours intensif à la notion de patrimoine en droit de l'environnement naturel et culturel, in *Mélanges Le Bayon*, préc., p.16.

66 - *Ibidem*, p. 18.

67 - L. Demanze, *Encres orphelines*, Ed. José Corti, coll. Les Essais, 2008, p. 22.

68 - P. Catala, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, RTDC 1966, p. 185s.

classique du terme dans lequel figurent des créances et des dettes ayant une valeur monétaire sont apparus le patrimoine génétique, le patrimoine culturel, naturel, historique, commun de l'Humanité[69]... Ces acceptions contemporaines révèlent non seulement que la richesse est diverse mais aussi qu'elle doit bénéficier à tous. C'est précisément ce caractère collectif qui renoue avec les origines de la notion[70]. Les nouvelles formes de patrimonialité détrônent « l'individu-roi, [...] souverain maître de son patrimoine »[71] consacré par le code civil. Tout comme le *pater familias* gérait les biens reçus de ses ancêtres pour les transmettre à sa propre descendance et ce, dans l'intérêt supérieur du groupe familial, l'individu moderne doit préserver certaines ressources ou valeurs au bénéfice de l'Humanité[72]. La référence au « bon père de famille », symbole de citoyenneté et de transmission générationnelle, est donc idoine pour discerner les devoirs qui pèsent désormais sur chaque sujet de droit (personnes physiques ou morales, notamment pouvoirs publics). Ce moyen de dépasser les limites de sa propre existence est dorénavant reconnu à tous sans exception. Un prolétaire, une femme de mauvaise vie ... peut et doit désormais être un « bon père de famille ». C'est dans cette égalité que réside la première rupture avec les origines de la notion. La seconde tient au rôle de la qualification juridique du « bon père de famille ». Qu'il s'agisse des obligations de restitution ou des nouvelles formes de patrimonialité, elle permet de préciser des devoirs et non plus des pouvoirs[73]. Aussi, pourrait-elle convenir parfaitement à la transmission des nouveaux patrimoines collectifs, laquelle suppose de laisser aux générations futures[74] la possibilité de « fabriquer leurs pères » et d'imprimer leur propre empreinte sur le passé reçu.

Dépouillé de ses prérogatives et de son caractère inégalitaire, le « bon père de famille » n'évoque plus qu'une mission de transmission à son prochain. Il a un air de ressemblance avec son cousin de *Common Law*, le *reasonable man*, tenu d'un *duty of care* à l'égard de son *neighbour*[75]. Mais si celui-ci s'est transformé en *reasonable person*, le « bon père de famille » ne saurait devenir un « bon parent » car il évoque le souvenir d'un antique personnage dont le droit de propriété exercé à des fins collectives n'était pas partagé avec la « mère de famille ». Supprimer des expressions en raison de leur étymologie sexiste ne condamnerait non seulement le « bon père de famille » mais aussi les termes patrimoine (biens du père), régimes matrimoniaux (biens venant de la

69 - Sur ces nouveaux patrimoines, voir notamment, J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Collection Thémis, 2011, p. 352s.

70 - M. Delmas Marty, Préface, *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ? Actes de colloque* USVQ, Poitiers, décembre 2010, sous la direction de JP Markus, Dalloz 2011, p.3 ; J. Rochfeld, préc., p. 391.

71 - A. Sériaux, La propriété, *Répertoire civil*, Dalloz 2009, n°2.

72 - F. Ost, *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 2nde édition 2002.

73 - J. Rochfeld, préc., p. 395.

74 - Sur la généalogie du concept de générations futures, voir notamment E. Gaillard, *Générations futures et droit privé*, thèse LGDJ 2011, p. 15s. et sur la "fabrique des pères" par les enfants, voir le très beau roman de G Lecoq, *Les pieds nus* de Zadkine, La part commune, 2012.

75 - *Donoghue v. Stevenson* [1932] All ER Rep 1, [1932] AC 562, House of Lords.

branche maternelle) et aussi mariage (prendre mari).

De la même manière que les juristes, les écrivains contemporains renouvellent-ils le stéréotype du bon père de famille ? Selon Marshall Mac Luhan, les artistes ont un rôle prépondérant dans la revigoration des clichés, qui consiste à réveiller les consciences engourdies en tirant les environnements de leur invisibilité. Un exemple de « réversibilité positive »[76] du « bon père de famille » est assurément donné par le personnage de l'Africain dans l'œuvre de J.M.G. Le Clézio[77]. Ce père sévère ayant quitté le foyer familial en France pour exercer le métier de médecin itinérant au Nigéria transmet finalement à son fils sa passion pour l'Afrique et sa haine du colonialisme. Il ne fut peut-être pas un bon père mais assurément un excellent « père de famille », « gardien des passages »[78] à l'égard de son prochain.

Le soleil semble donc briller sur l'avenir du « bon père de famille », porteur de cet « inestimable objet de la transmission »[79] à condition toutefois que ce singulier personnage sache se départir des « pantoufles »[80] dont il a été affublé.

76 - I. Rieussait-Lemarié, Stéréotype ou reproduction de langage sans sujet, in *Le stéréotype, colloque de Cerisy-La-Salle*, Presses Universitaires de Caen, 1994, p.29.

77 - J.M.G Le Clézio, *L'Africain*, Mercure de France, 2004, Folio, 2005.

78 - J. Delumeau, préface à *Histoire de pères et de la paternité*, Larousse, 2000.

79 - P. Legendre, Leçons, Tome IV, *L'inestimable objet de la transmission, essai sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 2004.

80 - « Et le printemps en fleurs sur ses pantoufles brille », Verlaine, M. Prud'homme.

THÉORIE DU DROIT ET THÉORIE LITTÉRAIRE

Alexandre Gefen
Chargé de recherche au Centre d'Étude de la Langue et de la Littérature Française, UMR 8599 du CNRS et de l'Université Paris Sorbonne

I. Quelles approches des rapports entre droit et littérature ?

La réflexion sur les rapports entre le droit et la littérature emprunte en général trois grandes directions qu'on gagne, je crois, à distinguer :

- L'analyse de la littérature comme lieu de représentation, mise en scène de la loi, qu'il s'agisse de thématiser ou de représenter le cours du droit, de l'enquête à la peine. Ces scénarisations sont d'autant plus littérairement fécondes qu'elles rencontrent, à l'époque réaliste notamment, la fascination des écrivains pour les questions morales traitées par la justice, pour le paradigme indiciaire, et plus généralement les procédures d'établissement de la vérité et de la responsabilité. De Robert Browning à Mauriac, en passant par Stendhal, la thématique judiciaire accompagne la consécration du roman policier et du récit de procès comme genres majeurs de la modernité. Par-delà la mise en scène de la question criminelle, le jeu sur les suspens policiers et juridiques, la littérature autorise un point de vue philosophique critique sur la justice par des dispositifs énonciatifs qui nous permettent d'accéder au point de vue d'autrui et à son intimité (pensons au roman *Le Dernier Jour d'un condamné* d'Hugo) et de rendre compte de la complexité affective du jugement. Dans cette même perspective, la littérature peut également rendre possible la représentation de la vérité et de la morale par procuration et fonctionner comme une sorte de justice substitutive

là où la justice historique s'est tue ou trompée : on pourrait parler de fiction non contrefactuelle mais « contrejuridique », permettant l'exploration des limites humaines concrètes de l'application de la loi et conduisant à des formes originales de mise en accusation ou de défense du criminel supposé par des représentations alternatives des processus judiciaires et juridiques.

- L'analyse du droit comme fiction, du côté de l'argumentation juridique (rhétorique judiciaire) ou des raisonnements abstraits (analyses des fictions juridiques issues du *linguistic turn,* par exemple) ; favorisée par l'usage des métaphores et des comparaisons dans le raisonnement, l'importance des techniques rhétoriques dans le débat, et les analogies conceptuelles possibles entre l'interprétation juridique et l'interprétation littéraire[1], cette question pose des problèmes épistémologiques difficiles mais souvent passionnants.

- L'analyse de la production littéraire comme acte et donc de la fiction comme objet juridique, susceptible de poursuites (ou de menaces de poursuites). Il s'agit d'affronter des questions éthico-littéraires comme : ai-je le droit d'empêcher un écrivain de donner une suite à un roman de mon aïeul (les héritiers Hugo *vs* François Cérésa, à propos des deux suites des *Misérables*) ? Ai-je le droit d'emprunter un sujet (Marie Darrieussecq *vs* Camille Laurens) ? un ton (Marie Darrieussecq *vs* Marie NDiaye) ou quelques paragraphes à un « confrère » (Joseph Macé-Scaron *vs* Bill Bryson) ? Puis-je écrire une biographie (Judith Lacan-Miller *vs* Élisabeth Roudinesco) ou un roman (la famille Stern contre Régis Jauffret) qui déplaira à la famille de mon sujet défunt ? Puis-je prendre la parole pour un pédophile (Nicolas Jones-Gorlin dans *Rose bonbon*), etc.[2] ? Cette approche convoque des problèmes classiques en théorie littéraire : ceux propres à l'autorité, à la propriété et à l'originalité (question juridique du droit d'auteur), à l'ontologie de la fiction et aux modalités de représentation du réel (question de la diffamation, du droit à la vie privée et à l'image) ou aux effets possibles de la fiction sur le lecteur (législation sur les bonnes mœurs ou la censure). Elle nous impose la nécessité de déployer des distinctions très fines (fiction *vs* non-fiction, intertextualité *vs* plagiat) et de régler des conflits normatifs lorsque les cadres critiques divergent de ceux du droit. Car le droit, en tant que critique externe exogène, se heurte fréquemment aux jugements internes des experts de la chose littéraire. Les critiques

1 - Je pense notamment au mouvement *Law and Literature* (Benjamin Cardozo, Robin West, Richard Weisberg, etc.). Voir le dossier « La démocratie peut-elle se passer de fiction ? » de la revue *Raisons politiques*, n° 27, 2007 (URL : http://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2007-3.htm) et, pour une position contraire, l'ouvrage d'Amie Lynn Thomasson *Fiction and Metaphysics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

2 - Ces affaires sont bien entendu dissemblables. Certaines ont été tranchées devant les tribunaux (Hugo contre Cérésa, Lacan-Miller contre Roudinesco), d'autres ont donné lieu à un dépôt de plainte sans suite (*Rose bonbon*, Stern contre Jauffret), d'autres encore se sont limitées à des polémiques littéraires et médiatiques (Ndiaye et Laurens contre Darrieussecq, Macé-Scaron).

littéraires se confrontent aux juges dans des batailles célèbres, depuis le duel du procureur Pinard et de M[e] Senard pendant le procès de *Madame Bovary* en 1857[3], jusqu'à celui de Sollers et de la justice lors de l'affaire *Le Procès de Jean-Marie le Pen* en 1999[4] : autonomie des entités fictionnelles ou non dans le cas Lindon, représentation réalisme neutre ou apologie de l'adultère pour l'affaire *Bovary*. Un exemple plus récent de ces conflits de légitimité, lui aussi célèbre, même s'il n'a pas fini devant les tribunaux, nous est donné par Marie Darrieussecq dans *Rapport de police : accusations de plagiat et autres modes de surveillance de la fiction* (Paris, POL, 2010), brûlot contre la judiciarisation des pratiques intertextuelles, assimilée à un totalitarisme policier, et plaidoyer en faveur d'un autre ordre de droit, que l'on pourrait qualifier avec Pierre Assouline de droit à « l'innutrition[5] ».

Les conséquences de cette concurrence de légitimité sont doubles : d'une part, elle font du juriste un critique, puisque les praticiens du droit sont conduits à faire leur propre expertise littéraire (pensons ici, par exemple, aux argumentations de l'avocat Jean-Claude Zylberstein défendant François Cérésa ou à celles d'Emmanuel Pierrat défendant les héritiers Hugo) ; d'autre part, elle affirme la parenté non seulement de l'avocat et de l'écrivain, comme le voulait la tradition antique, mais aussi du critique et du juge. Les cas les plus intéressants de débat sont au demeurant ceux où s'interpénètrent et se brouillent les catégories natives de la critique littéraire et celles du droit, parce qu'ils nous révèlent à quel point la théorie littéraire, même simplement descriptive, emploie des procédures parajuridiques – et à quel point l'écrivain moderne, ayant intériorisé ces modes de pensée, a dû devenir à sa manière un expert du droit. Émerge donc ici un quatrième champ de réflexion sur droit et littérature, champ d'ordre épistémologique, ne portant pas sur les emprunts du droit à la littérature, les procès agitant la république des lettres ou encore les thématisations littéraires de la justice, mais s'intéressant aux recours de la critique et de la théorie littéraire au droit.

3 - Voir Dominick LaCapra, *Madame Bovary on Trial*, Ithaca, Cornell University Press, 1982 ; Patrick Nee, « 1857 : le double procès de *Madame Bovary* et des *Fleurs du Mal* », in Pascal Ory (dir.), *La Censure en France, histoire culturelle*, Bruxelles, Complexe, 1997, p. 119-143. Le dossier du procès figure en annexe de plusieurs éditions de *Madame Bovary* : éd. Édouard Maynial, Paris, Garnier frères, coll. « Classiques Garnier », 1968 ; éd. Bernard Ajac, Paris, GF-Flammarion, 2006 ; il a aussi été publié séparément : *« Madame Bovary » : l'œuvre de Flaubert condamnée*, dossier présenté par Joseph Vebret, Paris, Librio, 2009. Voir également, sur le contexte général, la synthèse d'Yvan Leclerc, *Crimes écrits : la littérature en procès au XIX[e] siècle*, Paris, Plon, 1991.

4 - Ce roman de Mathieu Lindon (Paris, P.O.L., 1998) fit l'objet en 1999 d'un procès en diffamation intenté par le président du Front national. Philippe Sollers fut à la pointe du combat en faveur de l'écrivain, consacrant à l'affaire un essai, *La Littérature contre Jean-Marie Le Pen : à propos du roman de Mathieu Lindon, « Le Procès de Jean-Marie Le Pen »* (Paris, P.O.L., 1998).

5 - Expression employée par Pierre Assouline en défense de Joseph Macé-Scaron « Il n'y a pas d'affaire Macé-Scaron » , Le Monde des livres, 25 août 2011).

II. Jugement critique et jugement juridique

II. A Contrats littéraires, genres et critique évaluative

L'existence d'un terrain commun au jugement critique et jugement juridique se manifeste d'abord, du côté de la critique, par ce qu'on peut appeler, après Emmanuel Bouju, la « littérature sous contrat[6] » (les « pactes autobiographiques », les contrats de lecture), mais aussi par les ambitions normatives de la théorie des genres ou, plus généralement encore, par le fréquent recours à des dispositifs de pseudo-jugement dans la critique évaluative.

La critique se plaît à découvrir des lois naturelles, à édicter des jurisprudences, à définir des normes de production, de réception ou d'échange, et ne se contente pas de discuter et d'interpréter des cas empiriques singuliers. Une telle attraction s'explique d'abord par la séduction des métaphores juridiques : penser sous la forme d'une interaction contractuelle autant que communicationnelle les rapports entre le producteur et le récepteur de l'œuvre ou encore représenter la poétique non selon un modèle naturaliste, mais plutôt selon un paradigme juridique, permet des formes de dénaturalisation des entités et des relations esthétiques : la théorie du jugement critique est mise au service de la théorie littéraire. On peut invoquer d'autres facteurs ayant favorisé ces échanges : la pression normative de la philosophie esthétique (depuis Kant, penser en termes esthétiques équivaut à juger, c'est-à-dire à confronter personnellement l'empirie du réel à des idées régulatrices[7] que chaque individu a en partage), celle de l'enseignement, qui impose la constitution de canons. Un autre élément, plus sociologique ou psychologique qu'épistémologique, tient peut-être au fait que les usages et la terminologie juridique, viennent réassurer le jugement esthétique « mou » des sciences humaines et le légitimer socialement : la métaphore juridique fait du critique un juge spécialisé, avec toute l'autorité qui accompagne la fonction.

Ces croisements sont particulièrement fréquents dans les poétiques normatives, c'est-à-dire dans des théories ayant comme point commun l'idée que les pratiques littéraires doivent être expliquées voire régulées par des lois d'ordre « poétique », lois pouvant être schématisées par des traités de poétique qui seraient autant de codes littéraires. Cette tradition a pu concerner autant la poétique au sens restreint que la théorie de la représentation et la théorie des genres – loin d'avoir disparu avec la fin des poétiques prescriptives, elle a survécu dans les théories poststructuraliste et néorhétorique. S'y joue l'idée que les pratiques littéraires doivent être régulées par des normes et que de

6 - Emmanuel Bouju (dir.), *Littératures sous contrats*, Cahiers du Groupe Phi, Rennes, Presses, Universitaires de Rennes, coll. « Interférences », 2002. Voir également, du même auteur, l'article « La notion de contrat » dans l'Atelier de théorie littéraire de Fabula (URL : http://www.fabula.org/atelier.php?Contrat).

7 - Voir l'introduction d'Alain Renaut à sa traduction de la *Critique de la faculté de juger*, Paris, Aubier, 1995.

cette adéquation découle la valeur de l'œuvre (ou au contraire, mais cela revient au même, que de l'inadéquation par rapport aux lois découle la valeur individuelle de l'œuvre : c'est l'originalité romantique). Même si l'on renonce à l'idée de produire des arts d'écrire et des jugements de goût universels, il s'agit simplement d'affirmer que les usages du texte, du point de vue tant du producteur que du lecteur, sont préorganisés par des cadres esthétiques culturels implicites dont l'explicitation peut devenir nécessaire dans diverses circonstances : enseignement, débat public, prix littéraires, etc.[8] Les comparaisons possibles des méthodes critiques avec les problèmes et les méthodes propres au champ juridique sont particulièrement présentes, me semble-t-il, à plusieurs niveaux :

- Dans les procédures d'enquête philologique, qui se donnent souvent comme la métaphore d'une enquête policière, point sur lequel je ne m'étendrais pas, car la « philologie-fiction » a été l'objet ces dernières décennies d'un nombre considérable de mises en scène littéraires ou de réflexions épistémologiques majeures, d'Umberto Eco à Pierre Bayard en passant par Carlo Ginzburg.

- Dans les formes de débat et d'argumentation et dans les procédures argumentatives formalisées ou semi-formalisées de raisonnement propres à la critique littéraire, question de fond moins souvent abordée, et qui relève de la théorie du jugement. À partir du moment où l'on défend une vision « holiste » des théories de la preuve, en suivant par exemple des épistémologues du droit comme William Twining et, avant lui, John Henry Wigmore, qui ont tenté de faire des théories du jugement une compétence universelle et semblable dans tous les espaces d'investigation (« L'objet d'étude "preuve" dépasse les cultures disciplinaires, les objets d'enquêtes, les particularités méthodologiques et les traditions des diverses spécialisations », écrit Twining[9]), on peut soutenir l'idée qu'il existe une continuité du sens commun au savoir scientifique, via l'expertise du spécialiste. Cette hypothèse est très débattue : on peut notamment discuter l'universalité des formes d'exercice et d'application de la preuve comme raisonnement inférentiel, au nom des variations du découpage formel des faits signifiants à examiner et du rapport du contexte à la généralisation, toutes configurations qui dépendent profondément du champ de spécialité. On peut par ailleurs avancer qu'il y a une réelle variabilité de la rationalité collective capable d'arrêter (au moins temporairement) la valeur et le jugement : la rationalité collective est largement catégorielle, et il n'est pas sûr que le droit partage l'hétérogénéité souvent désordonnée de la théorie littéraire

8 - Voir Rainer Rochlitz, *L'Art au banc d'essai : esthétique et critique*, Paris, Gallimard, 1998.

9 - Cité par Madalina Vartejanu-Joubert, La preuve comme enjeu disciplinaire. Sur l'autonomie du texte en histoire, *Cahiers du Centre des recherches historiques*, *EHESS*, n° 45 (« La preuve en histoire : controverses »), 2010, p. 13-34, cit. p. 17. Voir aussi William Twining, *Theories of Evidence : Bentham and Wigmore*, Stanford, Stanford University Press, 1985.

implicite ou explicite de la critique, qui n'a plus de cadre paradigmatique unique. Mais, quoi qu'il en soit, le « tribunal » du critique ou du public reste une analogie formidablement puissante, invoquée régulièrement par la critique, comme en témoigne, exemple parmi tant d'autres, Sainte-Beuve affirmant :

« Pour qu'une littérature ait de la vie avec ensemble et consistance, il faut une certaine stabilité non stagnante ; il faut, pour l'émulation, un cercle de juges compétents et d'élite, quelque chose ou quelqu'un qui organise, qui régularise, qui modère et qui contienne. Au XVII^e siècle on avait eu Richelieu ; on avait eu Louis XIV aidé de Boileau. Au XVIII^e siècle on avait la société, l'Opinion, cette reine d'alors. Les grands siècles littéraires ont toujours eu ainsi un juge, un tribunal dispensateur, de qui l'écrivain se sentait dépendre, quelque balcon, ou pour parler comme La Bruyère, quelque balustre, duquel descendait la palme et la récompense[10]. »

II.B. La critique littéraire en mal de législation propre ?

Plus généralement, on pourrait attribuer à la critique littéraire des réflexes et un « subconscient légaliste » : le refus de s'arrêter à ce que Jean-Michel Berthelot appelle une « méthodologie individualiste[11] », mais aussi la volonté de passer du droit à des lois, de remonter à des principes abstraits fondateurs ; en dégageant des régularités, en intégrant les exceptions dont on infère des jurisprudences, la critique produit des lois communes, non morales comme en droit, mais cognitives ou comportementales[12]. Le droit comme la critique cherchent à articuler les règles empiriques à des sources de légitimité. Il s'agit non seulement de juger empiriquement, mais aussi de produire un savoir fondé. Bien avant l'émergence des sciences humaines, la critique littéraire n'a eu de cesse de produire une théorie littéraire, de remonter d'un jugement pratique à un jugement scientifique pour justifier en raison les hiérarchies et les classements.

« Les critiques représentent une autre tendance, dont ils n'ont pas, eux non plus, une conscience très précise, mais de la direction de laquelle aujourd'hui nous ne saurions douter. Tandis que les *traducteurs* s'efforcent en quelque manière d'égaler l'apport des modernes à celui des anciens, et tandis que les *grammairiens* travaillent à préciser les règles de l'art d'écrire, les *critiques*, obéissant à une impulsion de même nature, entreprennent de déterminer les règles ou les lois de l'art de bien penser et, si je puis ainsi dire, les formules absolues de la

10 - Charles-Augustin Sainte-Beuve, *Chateaubriand et son groupe littéraire sous l'Empire : cours professé à Liège en 1848-1849*, 2^e éd., Paris, Garnier Frères, 1861, t. I, p. 52.

11 - Jean-Michel Berthelot, *Sociologie : épistémologie d'une discipline, textes fondamentaux*, Bruxelles, De Boeck université, 2000, p. 293.

12 - Voir *ibidem*, p. 310.

perfection des genres[13]. » notait Brunetière en 1912. Aujourd'hui, comme le montre Jean-Marie Schaeffer dans *Qu'est-ce qu'un genre littéraire*[14] *?*, la linguistique, la théorie naturaliste, la théorie communicationnelle, la version historiciste, l'analyse à substrat linguistique, la généricité hypertextuelle, etc., sont tour à tour convoquées dans le seul champ de la théorie des genres : on pourrait parler d'un appel irrépressible de la critique à des légitimités externes, voire d'un besoin d'alignement axiologique par rapport aux autres ordres de législation. Il serait même tentant de proposer des parallèles entre les débats sur les fondations du droit et ceux sur les fondements des règles de la théorie littéraire. Pensons au débat opposant les tenants du droit coutumier (*cf.* la théorie de l'imitation des Anciens), ceux du droit naturel (*cf.* les théories essentialistes des genres), ceux du droit positif (*cf.* les théories évolutionnistes ou historicistes des genres), etc. Ainsi, que l'on soit du côté d'une théorie littéraire positiviste ou essentialiste, la recherche problématique d'un cadre commun à des cas individuels, la tentative d'articuler l'ordre des faits et celui des causes, reste dominante, même si elle est parfois dénoncée au nom d'une forme de subjectivisme artiste souvent présente dans la critique d'écrivain. Elle est à l'œuvre implicitement dans tous les jugements, depuis les débats du *Masque et la Plume*, où chaque critique s'appuie nécessairement sur une vision de la chose littéraire et de ses valeurs, jusqu'aux définitions du canon des classiques. Cette idée reste vraie même dans le paradigme romantique dans lequel nous vivons, puisqu'il suppose depuis Kant le caractère universel du jugement esthétique particulier.

Cet usage par la critique et la théorie littéraire de questionnements d'ordre inquisitoire et de raisonnements procéduraux visant, comme la justice, à juger de la conformité de textes à des règles prescriptives ou descriptives supposées régir la littérature, est un fait qui n'a rien d'anodin ni de secondaire et qui persiste dans la critique poststructuraliste. Je prendrais un exemple de cette critique hyperjuridique non dans le passé lointain des arts poétiques, mais dans le champ contemporain où ne règne pas totalement l'anomie des genres littéraires : *Le Propre de la fiction* de Dorrit Cohn[15]. Cet ouvrage peut se lire comme une défense et illustration de la posture « séparatiste », pour reprendre l'expression proposée par Gérard Genette dans *Fiction et diction*[16] afin de qualifier les théories qui postulent l'existence d'une frontière franche entre fiction et « non-fiction ». Contre John Searle, la critique américaine

13 - Ferdinand Brunetière, *Histoire de la littérature française classique (1515-1830)*, t. II, *Le Dix-Septième Siècle*, Paris, Delagrave, 1912, p. 136.

14 - Jean-Marie Schaeffer, *Qu'est-ce qu'un genre littéraire ?*, Paris, Éd. du Seuil, coll. « Poétique », 1989, notamment p. 185.

15 - Dorrit Cohn, *The Distinction of Fiction*, Baltimore, Londres, The Johns Hopkins University Press, 1999 ; trad. fr. : *Le Propre de la fiction*, trad. de l'anglais (États-Unis) par Claude Hary-Schaeffer, Paris, Éd. du Seuil, coll. « Poétique », 2001. Les réflexions qui suivent ont été esquissées dans mon article « Le partage des eaux », compte rendu de cet ouvrage paru dans *Acta Fabula* (URL : http://www.fabula.org/revue/cr/6.php).

16 - Gérard Genette, *Fiction et diction*, Paris, Éd. du Seuil, coll. « Poétique », 1991, p. 93.

manifeste sa volonté d'analyser les mécanismes déclencheurs de la fictionnalité « constitutive » et a pour ambition de nous pourvoir, à l'interface des procédés discursifs et des pactes de lecture, de critères de diagnostic et de méthodes d'autopsie. Cette vision aligne les productions scientifiques sur des catégories logiques et propose, par la médiation d'un discours de spécialité, un dispositif de démonstration fondé sur un socle de connaissances partagées par la communauté, de manière tout à fait analogue aux controverses d'un jugement juridique ordinaire. Quelle est exactement la règle de droit littéraire défendue par Dorrit Cohn ? C'est l'idée que des dispositifs narratologiques particuliers et atypiques, des infractions, dirait-on, distinguent la fiction des autres discours. Celle-ci est un artefact narratif. Ce dogme, défendu avec une constance et un courage intellectuel qui forcent l'admiration, a plusieurs arrêtés :

a) La fictionnalité ne saurait en aucun cas passer inaperçue dans un texte narratif.

b) L'opposition fiction/non-fiction n'est pas « analogique » mais « digitale », car le choix d'une lecture est un « ou bien ou bien » nécessairement homogène et non révocable.

c) Les déterminations narratologiques globales priment sur toute autre considération (stylistique, diachronique, intertextuelle, etc.). Lorsqu'on a affaire, par exemple, à des textes hybrides mêlant discours réflexif et épisodes fictionnels, ou lorsqu'apparaissent des contradictions entre un pacte auctorial fictionnel et des marqueurs référentiels, les options narratives générales subsument toujours les singularités textuelles, car elles encadrent nos processus de lecture.

d) Les marqueurs essentiels de la fictionnalité *(signposts of fictionality)* sont non pas intentionnels ou contractuels, mais avant tout textuels ; ils s'expriment de manière contrainte et autonome, contre la volonté du lecteur (D. Cohn invalide l'idée d'une lecture « subjective »), autant que contre celle de l'auteur.

e) Des signes internes plus ou moins ténus sont généralement présents dans le récit pour nous éviter de recourir à des indices externes, tels que le paratexte ou la réalité extralinguistique des événements relatés. Dans les cas les plus ambivalents, on peut s'appuyer sur le traitement accordé aux éléments référentiels (les faits et dates dans le roman historique, par exemple) pour trancher.

On voit que tous ces principes convergent pour établir les conditions de possibilité du jugement, ses attendus, et pour rappeler les grands principes du droit de la théorie littéraire. Ceux-ci permettent à la critique américaine, dans la seconde partie de son ouvrage, de mener toute une série de procès : la grande force de l'ouvrage de Cohn est de confronter sa thèse à un florilège des cas narratologiques les plus ambigus de notre littérature moderne – d'où une série de prises de position fermes dans nombre de controverses célèbres – et de montrer que l'on

peut tracer le départ entre fiction et non-fiction dans les textes mêmes que d'autres critiques utilisent pour abolir cette distinction. La pensée par cas propre à la critique et aux sciences humaines s'aligne sur le modèle d'un procès et sur la manière dont le droit traite les transgressions normatives. Pour prendre un cas concret, l'essai de D. Cohn débat par exemple du statut de la *Recherche du temps perdu*, œuvre tour à tour analysée comme le paradigme parfait de l'autobiographie (Kristeva[17]) et comme exemple symptomatique de la toute-puissance du roman moderne – et donc, subséquemment, du polymorphisme de la fiction[18]. L'essayiste entame une sorte de procès en appel, commençant par revenir sur les jugements antérieurs et, par exemple, à prendre acte du cadre d'analyse proposé par Philippe Lejeune, qui conduit à conclure à l'ambiguïté narrative fondamentale du récit proustien[19]. Elle s'attache ensuite à réfuter les positions de Genette en en démontrant les contradictions : en opposant le Genette narratologue, qui tend à lire le chef-d'œuvre de Proust comme une autobiographie, et le Genette théoricien de l'esthétique et de la littérarité « seconde », qui insiste sur le caractère purement fictionnel de l'acte de parole du narrateur de la *Recherche*[20], ce sont alors d'autres modes de raisonnement qui sont invoqués et qui consistent non seulement à exciper du principe de non-contradiction, mais aussi à casser un jugement par un autre, comme on pourrait le faire en droit. Dorrit Cohn revient ensuite sur les faits troublants reprochés à Proust, c'est-à-dire l'alternance ambiguë de marqueurs de fictionnalité et de signes de non-fictionnalité dans le récit : le paratexte distingue le narrateur de Proust, mais le prénom de « Marcel » apparaît au moins une fois dans l'œuvre, et les normes narratives miment massivement l'épistémologie et la conduite narrative propres à une autobiographie ; le discours contractuel explicite et la création de personnages imaginaires insistent sur un récit « inventé selon les besoins de ma démonstration », la connaissance totale de Swann par le narrateur laisse entendre le point de vue romanesque omniscient, tandis que la référence à un contexte historique est omniprésente, etc. Deux faits déterminants permettent néanmoins, selon la juge, de trancher en faveur d'une lecture autobiographique, ou du moins d'une lecture où l'horizon référentiel de l'autobiographie vient encadrer et diriger *in fine* la fiction : d'une part, les références historiques et géographiques imposent un contrat référentiel dont il est difficile de s'exempter pour comprendre l'œuvre, et ce malgré la prégnance des formes romanesques ; d'autre part, le rôle extrêmement important pris

17 - Voir Julia Kristeva, *Le Temps sensible : Proust et l'expérience littéraire*, Paris, Gallimard, coll. « NRF essais », 1994.

18 - C'est l'objet du chapitre 4 du livre : « Proust's Generic Ambiguity ». D. Cohn, *The Distinction of Fiction*, *op. cit.*, p. 58 *sqq.*

19 - Cohn se réfère essentiellement au texte fondateur « Le pacte autobiographique » [1975]. *Cf.* Philippe Lejeune, *Le Pacte autobiographique*, nouv. éd. augm., Paris, Éd. du Seuil, coll. « Points Essais », 1996, p. 13-46.

20 - C'est-à-dire, pour Cohn, le Genette de « Discours du récit », *Nouveau discours du récit*, *Palimpsestes*, *Seuils*, contre celui de *Fiction et diction*.

par le Proust philosophe et moraliste interdit au récit d'être considéré comme l'émanation d'un narrateur strictement fictif, ou en invalide alors définitivement toute portée doctrinale. On me pardonnera ici de descendre dans les détails, mais comme le disait Champfleury : « Un juge d'instruction s'inquiète des plus petits faits, et tout commentateur doit contenir un juge d'instruction[21]»... La critique poursuit par un plaidoyer pour sa thèse : la seule objection que puisse recevoir cette lecture « autobiographique » est, selon l'auteur, l'hypothèse d'un « je » qui ferait entendre « la voix d'un narrateur fictionnel à l'idéologie non fiable » (« *the vocal figure of an ideologically unreliable fictional narrator*[22] »), c'est-à-dire celle de ce narrateur décrit par Wayne Booth comme mettant en contradiction son discours philosophique et ses choix narratifs concrets, comme si s'opposaient la part mimétique et la part non mimétique d'un même discours. Cette hypothèse sous-tend pour Cohn les analyses de Paul de Man, du critique allemand Rainer Warning, comme celles du « Proust palimpseste » de Gérard Genette : lire la *Recherche* comme une pure fiction, c'est en déconstruire le texte en opposant, d'un côté, des postulations esthétiques « officielles », apparentées au modernisme (l'instabilité et la pluralité fondamentales de la conscience, le projet d'une œuvre qui se voudrait quête, etc.), et de l'autre, un idéalisme d'ordre romantique qui présuppose la stabilité d'un moi assignable et de valeurs immuables, et qui déterminerait en fait l'esthétique profonde du romanesque proustien. Cohn invente donc ici une sorte de fiction juridique pour démontrer par l'absurde le caractère intenable de cette contradiction et réaffirmer la dimension nécessairement autobiographique du cas proustien.

Si l'on refuse ainsi l'insularité et l'irrationalité du fait littéraire, on fait alors des études littéraires non une logique autonome de déchiffrement de l'humaine condition, mais une *science* du langage relevant d'une logique commune et susceptible de produire, par l'entremise de disciplines (la narratologie, la poétique, la stylistique) secondes, mais consciemment articulées aux sciences premières dans l'arbre des savoirs, des taxinomies ordonnant événements et faits littéraires. Mais si les paradigmes théoriques sont pluriels et hétérogènes, les ambitions de la théorie littéraire à proposer des raisonnements de type hypothético-déductif rejoignent alors les prétentions du formalisme juridique. Une telle appétence est présente dans les pratiques casuistiques de la théorie littéraire semi-formalisée de Cohn, casuistique qui n'est guère différente des raisonnements par syllogisme et, par analogie, de ceux des juristes. Dans le cas du *Propre de la fiction*, qui représente un type particulier de critique, informée par les sciences du langage, poststructuraliste et néo-aristotélicienne dans sa quête de cases et de cas, fascinée par les formes naturalistes de classement et sous influence des procédures américaines de décision très fortement juridicisées, le recours à

21 - Champfleury, *Histoire de la caricature au Moyen Âge et sous la Renaissance*, 2e éd., Paris, E. Dentu, 1875, p. 324.

22 - D. Cohn, *The Distinction of Fiction*, *op. cit.*, p. 72.

un paradigme juridique apporte à la critique des procédures communes et intelligibles dans des discussions où il est trop rare que nous ayons de vrais débats contradictoires

Conclusion : le désir normatif de la littérature

D'autres exemples d'une pensée juridique de la critique littéraire pourraient être invoqués, notamment lors de débats philologiques ou herméneutiques quant à l'établissement ou à l'interprétation des textes. D'autres champs d'analyse pourraient être ouverts, en s'interrogeant notamment sur l'intériorisation ou le jeu de l'écrivain avec les catégories juridiques. Mais que conclure de ces croisements épistémologiques de la critique (des écrivains comme des professeurs) et du droit ? D'abord, que, par rapport aux autres sciences humaines, la critique et la théorie littéraires sont particulièrement confrontées à la question du jugement et à la tentation du recours au modèle juridique, parce que la question du classement et celle de la valeur sont intimement mêlées ; la frontière entre les deux branches de la rhétorique – d'une part, l'ordre de la rhétorique judiciaire et ses raisonnements déductifs à partir des lois, de l'autre, l'ordre de la rhétorique délibérative, qui partait des exemples et qui serait propre à la critique – me semble à ce titre artificielle dans notre tradition encore marquée par le formalisme des théories littéraires et notre désir de scientificité. Par ailleurs, l'imputabilité juridique de l'œuvre d'art, comme le caractère textuel de la loi et celui, rhétorique, de l'argumentation, favorisent non seulement l'usage de la littérature pour philosopher sur le droit et le recours au droit pour régenter la littérature, mais l'échange de métaphores et de procédures entre droit et littérature, dans un contexte où le critique littéraire comme le théoricien se plaisent à bénéficier de l'aura d'autorité qui accompagne l'ordre judiciaire. C'est qu'il y a beaucoup d'hypocrisie à décréter que l'ordre des textes de fiction est non imputable parce qu'il relèverait de l'imagination et que la critique ne serait pas une forme de jugement comme une autre. Au contraire, la double soumission de l'écrivain à la critique des juges et à celle des critiques littéraires le rend particulièrement au fait de l'horizon juridique d'attente et de la possible manipulation des catégories normatives : en un sens, la loi devient une contrainte littéraire comme une autre et l'objet d'un jeu. L'œuvre est une construction juridique autant qu'une poétique : l'auteur se positionne par rapport au droit, il choisit ses stratégies de contournement de la censure, de recours à la vie privée et d'usage du texte d'autrui, ou, au contraire, de provocation. Les débats juridiques contemporains et les conflits de légitimité fréquents montrent non seulement la juridicisation de notre société, mais aussi, pour une bonne part, la manière dont la littérature se réapproprie le monde : car du côté de l'histoire littéraire, l'appartenance de la chose littéraire à un régime de juridiction externe et exogène dit la sortie de cette autonomie et cette intransitivité de l'art qui avait, on l'a dit, marginalisé la littérature française.

DEUXIEME PARTIE :
DROIT MIS EN FICTION

LA FEMME ADULTÈRE ET LES DANGERS DE L'INCONDUITE AU XIX^{ÈME} SIÈCLE QUAND LA FICTION PREND FAIT ET CAUSE POUR LA COUPABLE

Sandrine Rabosseau
Docteur ès Lettres de l'Université de La Rochelle

L'adultère est un motif incontournable du roman du XIX^{e} siècle, période durant laquelle le mariage redevient un pilier institutionnel de la société. « Le sujet n'est pas neuf » comme le remarque Maupassant dans un article daté du 23 janvier 1882 paru dans *Le Gaulois* : l'adultère a « toujours été la grande préoccupation des sociétés, le grand thème des écrivains, le grand joujou de l'esprit des hommes ». Mirbeau, dans *Chez l'illustre écrivain*, dresse la liste caricaturale des romans d'un écrivain à la mode, qui comportent tous dans leur titre le terme « adultère ». Étymologiquement, ce mot signifie « altération », « falsification », et le comportement de l'infidèle est perçu comme un danger, notamment lorsqu'il est commis par une épouse. L'adultère féminin divise les députés et les écrivains au XIX^{e} siècle, car la conduite de l'épouse concerne directement la filiation et partant, le lien de famille. Si l'épouse volage est un des personnages récurrents de la littérature romanesque de cette époque, elle n'est toutefois pas le symétrique féminin de l'homme infidèle. Le crime de la femme- puisque l'adultère de la femme mariée est sanctionné par l'article 337 du code de 1810 qui en fait un délit correctionnel- ne peut être que plus abject que celui d'un homme, dans la réalité comme dans la fiction, ne serait-ce que parce qu'il est susceptible d'introduire des bâtards au sein de la famille légitime, par l'application de la maxime *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. La même conséquence ne saurait résulter de l'adultère de l'époux puisqu'il ne peut reconnaître ses enfants adultérins[1] et aucune action en recherche de paternité ne peut être engagée contre lui[2]. Il faudra attendre 1972[3] pour que cette législation soit totalement abolie.

1 - Article 335 du code civil de 1804.

2 - Article 340 du code civil de 1804.

3 - Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

I. La criminalisation de l'adultère féminin

Une telle discrimination entre l'adultère masculin et féminin mérite certaines précisions : quelques textes de lois et quelques dates permettent de mieux saisir les positions idéologiques de certains écrivains sur ce sujet. L'adultère de la femme mariée est au XIX^e^ siècle une infraction condamnée plus gravement que l'adultère du mari. L'article 337 du code de 1810 fait en effet de l'adultère féminin un délit correctionnel, texte qui ne sera abrogé qu'en 1975. Le délit d'adultère est puni de trois mois à deux ans de réclusion (art. 337) pour l'épouse fautive alors que « le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale et qui aura été convaincu sur la plainte de sa femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs » (art. 339). Du point de vue du code pénal, l'adultère féminin est donc considéré au XIX^e^ siècle comme un délit et l'époux trompé peut déposer une plainte. L'article 324 excuse même le meurtre par le mari de la femme surprise en flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale[4]. Dans ce cas précis, l'infidélité de la femme met directement en jeu sa vie car elle peut être tuée sans que l'époux jaloux soit inquiété par la justice. L'honneur bafoué du mari, symbolisé par la fidélité de l'épouse, constitue un enjeu fondamental dans la relation de dépendance et de passivité cautionnée par le code.

II. Les affrontements au sein de la génération romantique

Les amours illégitimes dépeintes dans les romans fascinent et dérangent. Il n'est qu'à parcourir les pages des comptes rendus des procès de *Madame Bovary* et des *Mystères du peuple* pour percevoir le regard censeur qui pèse alors sur ce type de personnage.

Balzac juge l'adultère de la femme comme une plaie sociale et il désire le voir promouvoir par le code à l'état de crime. Il fait de l'infidélité conjugale un crime de l'ombre et du silence, le Mal absolu du Siècle, souhaitant même en 1829 que « les lois sur l'infidélité de la femme

4 - Il est juste de rappeler que ceci n'est pas propre au XIX^e^ siècle. En effet, depuis des siècles, il existe une différence de traitement entre les femmes adultères et les époux infidèles. Cette criminalisation de l'adultère féminin est fort ancienne et ne date pas du XIX^e^ siècle. L'adultère de la femme a toujours été sévèrement réprimé alors que celui de l'homme a toujours été considéré avec beaucoup plus d'indulgence, voire même excusé. Dans l'Antiquité, dans la cité de Lépréon, l'épouse infidèle était assise sur l'agora durant onze jours, vêtue d'une tunique transparente sans ceinture et était privée de ses droits. Au Moyen Age, l'adultère de la femme est aussi sévèrement réprimé, au contraire de l'infidélité masculine, parfaitement tolérée. A cette période comme au XIX^e^ siècle, le mari pouvait se venger de l'affront subi en tuant son épouse et son amant, sans être inquiété par la justice. Ainsi, l'adultère était déjà différemment sanctionné selon qu'il s'agissait des femmes ou des hommes. Seules les infidèles étaient poursuivies par les tribunaux laïcs. Les sanctions allaient de la peine de mort pour les récidivistes à la réclusion perpétuelle dans un monastère, pratique fréquente à la fin du XV^e^ siècle. Toutefois la perception de l'adultère évolue à partir du XII^e^ siècle. Il est recommandé dans les romans courtois de pardonner à l'épouse fautive et de la remettre dans le droit chemin. Le roi Arthur pardonne ainsi à la reine Guenièvre, comme le roi Marc avec Iseult. Cette inégalité de l'homme et de la femme devant la justice dans le cas de l'adultère qui n'a aucun fondement moral reflète donc l'inégalité de fait qui conditionne les rapports intersexuels à une époque donnée.

mariée (...) [soient] extrêmement sévères »[5] et il écrit la *Physiologie du mariage* pour « montrer comment on peut empêcher une femme de tromper son mari »[6]. Démarche inverse pour George Sand, Maupassant et Zola : à leurs yeux, l'adultère féminin est le symptôme d'une bourgeoisie en déliquescence. Il y est présenté moins comme un crime en soi que pour ses conséquences morales et financières (désespoir mortel du mari trompé, dilapidation par l'amant de la fortune du couple, introduction d'un enfant bâtard dans la famille). Ainsi chez Zola, l'adultère féminin est à l'origine de la branche bâtarde de la famille des Rougon-Macquart et de sa dégénérescence.

Parce que le motif de l'adultère soulève des questions idéologiques (rôle du sacrement du mariage, nature institutionnelle du lien matrimonial), économiques (l'héritage et pour l'épouse, la dot), sociales (enfants « bâtards ») la figure de l'infidèle présente un intérêt majeur. Elle conduit nécessairement le romancier et les lecteurs à un réexamen des rapports du Bien et du Mal, de la norme et de la transgression. L'inscription littéraire de l'adultère est en elle-même problématique. Selon Barbey d'Aurevilly, qui fait l'apologie de l'adultère dans un texte daté de 1833, il y a dans cet d'interdit « une complexité féconde »[7] amenant à un questionnement moral et juridique: ainsi une femme est-elle une criminelle si elle trompe son époux ? En ne condamnant pas par la loi ou par des commentaires moralisateurs ses héroïnes qui versent dans l'adultère, l'écrivain refuse comme son héros Robert de Tressignies de faire du sentiment ou de la morale avec ses Diaboliques.

En faisant appel à une conscience affective et non plus morale chez le lecteur, les romanciers participent à une redéfinition de l'acte en lui-même. Le positionnement idéologique de certains écrivains tels que Stendhal, Flaubert, Zola, Maupassant, Sue et George Sand, qui plaident tous pour davantage d'indulgence à l'égard de la femme fautive à la fois sur un plan pénal et humain, les amène à peindre une figure féminine attachante et des situations tragiques ou, à l'inverse, comiques afin d'orienter la sensibilité de leurs lecteurs, et donc d'exercer une influence sur les mentalités de leur époque, supposant ainsi un pouvoir de la fiction sur le réel. Ils mettent ces écarts au compte de la rigidité morale d'une société qu'ils aimeraient voir évoluer et ils souhaitent une modification de la législation, notamment par le rétablissement du divorce qui avait été instauré en 1792 par la Révolution, puis par Napoléon, et qui avait été supprimé le 8 mai 1816 par la loi Bonald « répond[ant] aux vœux d'une grande partie de la noblesse provinciale, de celle du faubourg Saint-Germain revenue d'émigration assagie et du monde rural totalement étranger au divorce »[8]. L'adultère leur apparaît

5 - Maurice Bardèche, *Honoré de Balzac, Physiologie du mariage pré-originale*, Paris, Droz, 1940, pp. 37-38.

6 - *Ibid*, p. 919.

7 - Se reporter au texte extrait de la notice de Jacques Petit à propos du *Cachet d'Onyx, Œuvres romanesques*, t. I, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p. 231.

8 - Agnès Walch, *Histoire de l'adultère (XVI[e]-XIX[e] siècle)*, Saint-Amand-Montrond, éditions Perrin, 2009, p.280.

comme la conséquence directe de l'absence de divorce entre 1816 et 1884. Le remplacement du divorce par la séparation de corps est vivement dénoncé, notamment par Sue, et « donne lieu à des débats houleux »[9] entre les députés. Stendhal dans *De l'Amour* propose pour éviter des drames conjugaux et pour obtenir une plus grande fidélité chez les femmes, de donner plus de liberté aux jeunes filles et de rétablir le divorce.

Ces idées d'émancipation des filles sont aussi partagées par les saint-simoniens et les féministes. George Sand défend avec énergie les femmes adultères car, selon elle, le mariage n'est qu'un simulacre conduisant fatalement au malheur de l'homme et de la femme. En tant que romancière, George Sand souhaite être « le véritable avocat des êtres abstraits qui représentent nos passions et nos souffrances devant le tribunal de la force et le jury de l'opinion », comme elle le déclare en 1842 dans la deuxième préface d'*Indiana*. Féministe avant l'heure, elle revendique pour la femme le droit à la passion et lance l'anathème aux conventions mondaines, aux préjugés sociaux, aux règles de la morale. Selon elle, « ce qui avilit la femme, c'est l'imposture ; ce qui constitue l'adultère, ce n'est pas l'heure que la femme accorde à son amant, c'est la nuit qu'elle va passer ensuite dans les bras de son mari ou les concessions qu'elle lui fait[10] ». La femme infidèle à son mari « est flétrie et avilie, elle est déshonorée aux yeux de ses enfants, elle est passible d'une peine de prison. Voilà ce qu'un mari outragé, qui veut soustraire ses enfants à de mauvais exemples, est forcé de faire quand il demande la séparation judiciaire. (...) Il faut donc qu'il invoque l'adultère et qu'il tue moralement la femme qui porte son nom »[11].

George Sand, forte de son expérience avec son ex-époux, Casimir Dudevant[12], tente, à travers ses héroïnes, de secouer le joug social imposé par le code civil. Ardente féministe, elle revendique pour les femmes le droit de divorcer ainsi que l'égalité civile que le code Napoléon leur refuse depuis des années. La fiction sandienne devient le lieu de son engagement, elle combat ainsi les mœurs de son époque et elle discute la loi. Ses romans, comme *Jacques* et *Indiana,* offrent une satire de l'hypocrisie et de la mésentente du couple bourgeois. Mariée au colonel Delmare, homme brutal et âgé, Indiana mène une existence mélancolique, se laissant mourir sous le poids du chagrin, puis « cette

9 - *Ibid,* p. 15. Les libéraux obtiendront l'annulation de la loi Bonald sous la Troisième République, le 27 juillet 1884 avec le vote de la loi Naquet qui rétablira le divorce.

10 - George Sand, *Jacques*, Paris, M. Lévy frères, 1857, p. 301.

11 - George Sand, *Histoire de ma vie*, Paris, Flammarion, 2001, t. II, p. 477.

12 - Mariés en 1822, Aurore Dupin et Casimir Dudevant décidèrent en 1830 d'une séparation de corps, Sand l'ayant trompé dès 1827. Ne souhaitant pas porter plainte contre elle, son mari accepta à l'amiable de verser une pension alimentaire pour l'éducation de ses deux enfants, en contrepartie George Sand lui versa la moitié de ses revenus et lui laissa l'éducation de leur fils Maurice. Après une scène de ménage, Sand décida de se pourvoir en justice pour entériner l'acte notarial. Contre toute attente, son mari refusa la séparation en faisant appel tout en accusant sa femme d'adultère ! Il finit par se désister mais ce procès blessa profondément l'écrivain qui ne put tolérer l'étalage de leur histoire dans les prétoires et dans la presse. Elle prit alors conscience des dérives de la loi.

belle fleur exotique (...) assez sottement mariée »[13] connaît des amours illégitimes et désespérées. L'adultère lui apparaît comme la seule échappatoire au carcan du mariage. Peu à peu, Indiana se libère de ses chaînes et passe à la révolte[14], l'intérêt du roman provient de ce que l'héroïne y est le lieu d'une tension entre l'acceptation de la servitude et le désir de liberté. L'amour sandien est synonyme de vie car il est toujours en lutte contre ses propres excès ou son dépérissement, mais aussi contre les préjugés de la société et de l'Eglise envers les femmes, le mariage et l'amour. George Sand prend donc fait et cause pour la coupable, n'oubliant pas qu'à cette époque, l'épouse adultère partage avec la prostituée le déshonneur d'une conduite qui peut être sanctionnée par la justice.

Thérèse Raquin est aussi une de ces héroïnes bravant les lois de son siècle lorsqu'elle est rejointe discrètement par son amant. Sous le toit conjugal, l'héroïne de Zola « se jett[e] dans l'adultère avec une sorte de franchise énergique, bravant le péril, mettant une sorte de vanité à le braver »[15]. La peine encourue est d'autant plus grande pour elle qu'elle n'est pas une bourgeoise ou une aristocrate. Il existe en effet au XIX^{e} siècle une différence de traitement entre les femmes adultères: l'épouse infidèle n'aura pas la même peine si elle appartient à un milieu aisé ou à un milieu populaire. Ainsi, l'aristocrate vivra voilée et recluse dans un monastère pendant au moins deux années durant lesquelles le mari aura le droit de la reprendre, et s'il ne le fait pas dans cet intervalle, l'infidèle sera rasée et enfermée définitivement. C'est le sort que choisit l'héroïne d'un des romans de Balzac, Antoinette de Langeais. Quant à la femme d'une condition vile, elle est fustigée par les mains de l'exécuteur, voire enfermée dans une prison de force. La raison de cette différence de traitement vient de ce qu'une femme du peuple et son mari ont peu de biens. Faute d'argent, il est impossible pour l'époux trompé d'entretenir la coupable dans un monastère pendant de nombreux mois ou de nombreuses années[16].

Afin de supprimer de telles lois iniques, Sue préconise une plus grande participation des femmes à la vie politique, comme le faisaient les matrones gauloises. Dans *Les Mémoires d'un mari* (1853), il s'insurge contre l'inégalité de traitement entre les deux sexes, l'adultère de l'époux ne tombant sous le coup de la loi que s'il est commis au domicile conjugal : « (...) les mœurs, les habitudes, les lois inexorables de l'humanité ont creusé un abîme entre la condition de l'homme et celle de la femme. Cela est si vrai, que, l'adultère de la femme a pour justicier et exécuteur souverain, sans appel... le mari qui peut punir de mort la coupable... tandis que l'adultère du mari, hors du domicile conjugal, est

13 - George Sand, *Indiana*, Paris, Gallimard, Folio classique , 1984, p. 81.

14 - Voir notre article, Des chaînes à la révolte, étude du personnage d'Indiana , George Sand, Le Jardin d'essai, n° 32, hiver 2004, Centre National du Livre, pp. 41-49.

15 - Émile Zola, *Thérèse Raquin* , Paris, Gallimard, Folio classique, 1979, p. 77.

16 - Se reporter à *La Femme et le code civil dans La Comédie humaine d'Honoré de Balzac*, Marie-Henriette Faillie, Paris, Didier, « Essais et critiques », p. 164-166.

regardé comme absolument sans conséquence »[17].

La tradition et la loi arrogent ainsi au mari le droit de vie ou de mort sur l'épouse infidèle. Sue en donne un terrible exemple dans *Les Mystères de Paris*, avec M. d'Harville qui soupçonne sa femme de lui être infidèle. Le personnage contemple ses armes avec une « satisfaction sinistre », songeant à punir son épouse qui a souillé son « nom d'une de ces taches ridicules et horrible qu'on ne lave qu'avec des flots de sang »[18]. Pourtant nul besoin de recourir au meurtre puisque la loi est favorable à la gent masculine au XIX^{e} siècle...

Maupassant avec *Mont-Oriol* (1887), Céard avec *Une Belle journée* (1881), Huysmans avec *En ménage* (1881), Alexis avec *Madame Meuriot* (1891) ou encore Mendès avec *Le Lâche* se font égalemnt l'écho de l'injustice dont l'infidèle est frappée. A ce sujet, Maupassant écrit dans la préface qui accompagne *L'Amour à trois* de Ginisty (1884) : « Quel roman on pourrait écrire, mon cher ami, sur certains ménages à trois, alors que l'amant est installé dans la maison comme un époux préféré ! Quelle situation singulière, complexe, comique, étrange, et cependant naturelle, puisqu'elle est fréquente ! (...) Liés par une étroite amitié, intimes comme deux complices, ils ont les mêmes soins pour leur femme qui, elle, préfère, on le voit, l'ami choisi par son cœur à l'homme imposé par la famille et par la loi. (...). Le monde sourit et ferme les yeux. Qui donc pourrait les ouvrir assez grands, les yeux, pour voir au fond de ces trois cœurs, surtout au fond du cœur du troisième, du mari impénétrable, ignorant ou complaisant, lâche ou indifférent, plein de colère étouffée, de haine et de désirs de vengeance, ou simplement heureux peut-être ? Sous cette rubrique : « Les drames de l'adultère », les journaux nous apprennent tous les jours qu'un époux trompé vient de massacrer sa femme, ou l'amant, ou tous les deux. (...) Des hommes comme M. Dumas fils raisonnent et argumentent pendant des livres entiers avec talent, esprit et partialité, et, peut-être, avec incompétence, sur les entraînements et les chutes de ces pauvres êtres sans énergie contre l'amour. Les baisers illégaux acquièrent sous leur plume une gravité de crimes ; et les femmes payent pour tous : pour le mariage indissoluble, chose horrible ; pour la loi, injuste à leur égard ; pour le préjugé féroce qui les condamne ; pour l'opinion monstrueuse qui permet tout à leurs maris et leur défend tout. Je ne veux point absoudre l'adultère. Je ne veux que constater la situation absolument injuste que crée le mariage. Le mariage est la loi. Nous devons nous y soumettre. Il est cependant permis de le discuter[19] ».

Maupassant défend ici énergiquement les femmes adultères comme dans la plupart de ses chroniques[20] et de ses contes publiés dans *Le Gaulois*. Victimes comme les hommes du carcan que représente le

17 - Eugène Sue, *Les Mémoires d'un mari*, vol. 1, [1853], Paris, Marpon et Flammarion, 1880-1890, p. 195.

18 - Eugène Sue *Les Mystères de Paris*, Paris, Robert Laffont, Bouquins , 1983, p. 285 et p. 287.

19 - Guy de Maupassant, préface de *L'Amour à trois* de Ginisty, Paris, L. Baillière et H. Messager, 1884, p. II-VII.

20 - Voir la chronique , Le préjugé du déshonneur, *Le Gaulois*, 26 mai 1881.

mariage, elles subissent les conséquences de ces mariages arrangés. Les héroïnes de Maupassant mènent le plus souvent une vie de couple décevante, *Une Vie* est sans doute le roman qui incarne le mieux cette désillusion.

III. Le roman réaliste et naturaliste, nouvelle tribune pour défendre l'épouse infidèle

Zola s'interroge lui aussi sur les caractéristiques de la conjugalité du couple bourgeois. A la fin de l'année 1859, le romancier naturaliste lit *L'Amour* et *La Femme* de Michelet, puis certains romans de George Sand, comme *Lélia* et *Jacques*. Il en adopte les idées en ce qui concerne l'éducation de la femme et sa place dans la société, condamnant les mœurs polygamiques des jeunes gens, mais aussi le mariage tel qu'on le conçoit habituellement au XIX[e] siècle. « Dans toute femme, affirme Zola à Baille, le 16 avril 1860, il y a l'étoffe d'une bonne épouse, c'est au mari à disposer de cette étoffe le mieux possible. Tel maître, tel valet ; tel mari, telle épouse ». En partant de cette réflexion théorique, il s'attache à le démontrer dans le roman naturaliste.

Les Coquillages de M. Chabre de Zola *Pierre et Jean* de Maupassant, qui sont des textes romanesques et non des manifestes, offrent ainsi au lecteur une réflexion aux accents modernes sur le sort des jeunes femmes mariées contre leur gré. Dans leurs fictions, le mariage est un simulacre et la femme bourgeoise prend un amant par bêtise ou bien par désœuvrement. Ainsi, Louise Roland « avait épousé comme les fillettes épousent le garçon doté que présentent les parents »[21]. Son union reflète les mariages arrangés de la bourgeoisie et qui conduisent souvent les épouses à commettre l'adultère. Dans *Pot-Bouille* (1882) et *Bel-Ami* (1885), le mariage s'assimile à une transaction d'intérêts mais également à de la prostitution puisque les parents sont complices, s'apparentant à des entremetteurs.

Si dans les textes sandiens la femme fautive est peinte comme une victime de la société bourgeoise et du romanesque, les textes de Flaubert et de Maupassant montrent aussi l'influence pernicieuse des romans sentimentaux et des pièces de théâtre sur les femmes. Le destin tragique d'Emma Bovary est à ce titre représentatif de ces vies ratées. Chez les femmes infidèles, le sentiment porte l'empreinte d'une sentimentalité facile, ce qui conduit à des drames passionnels. Maupassant dresse, dans *Pierre et Jean*, un portrait touchant de Mme Roland. Louise Roland, qui « li[t] des livres, applaudi[t] des actrices mourant de passion sur la scène », a l'« air heureux et bon»[22]. Ceci est l'indice d'une certaine tendresse du créateur à l'égard de son personnage qui n'est pas sans rappeler celle de Zola, dans *Les Coquillages de M. Chabre*. L'infidélité de Madame y est excusable, voire nécessaire pour l'avenir du couple qui ne

21 - Guy de Maupassant, *Pierre et Jean*, Paris, PML, Maxi-poche. Classiques français , 1995, p. 128.

22 - *Ibid*, p. 68.

peut jusqu'à présent avoir d'enfant, puisque la jeune épouse tombe enceinte de son amant. On est bien loin de *Thérèse Raquin*, un des premiers textes de Zola, où la mort est le sort réservé à l'infidèle, qui boit une fiole de poison, preuve de l'évolution du romancier dans la représentation de l'adultère féminin, motif qui de tragique devient comique. Une scène amusante et grotesque atteste de cette évolution ; lorsqu'Estelle Chabre rejette la faute de la stérilité de leur couple sur son mari, lui jetant aux pieds un paquet d'anémones, tel un « *bouquet de mariée* », elle semble ainsi lui jeter « le sceptre flasque de son impuissance »[23] : « Quand son mari se plaignait de la stérilité de leur union, elle redressait sa taille souple, elle développait l'ampleur de ses hanches et de sa gorge ; et le sourire qui pinçait le coin de ses lèvres disait clairement : « Est-ce ma faute ? »[24]. L'amour adultère se pare des vertus de l'amour vrai, au point de donner naissance à un enfant si ardemment désiré par les deux amants. De façon légère, Zola et Maupassant exaltent l'impériosité du désir amoureux l'emportant sur le désir de rester fidèle à l'époux. Ils décrivent la femme comme polyandre, le mariage et loi ne pouvant cadrer ou ligoter son désir insatiable. L'érotisme que découvre la femme dans les bras d'un autre homme « ne trouve donc pas son fondement dans la norme du mariage, mais dans l'écart », et devient « la science de l'interdit »[25].

Pour dénoncer cette « plaie de la bourgeoisie » qu'est l'adultère, Zola peut user d'une écriture oblique qui dédramatise le crime d'adultère ; « la représentation ironiquement bonhomme de l'adultère neutralise tout effet mélodramatique » et « s'éloigne du rire du vaudeville à qui elle emprunte pourtant ses situations »[26]. Ainsi par exemple, dans la triade constituée par Rose, Mignon et Fauchery, le mari et l'amant ne cessent de se féliciter de leur entente cordiale. Zola rapporte ici « la bonhomie du ménage à trois à une sorte d'économie de marché où la liberté des mœurs trouve sa régulation dans le jeu même des occasions offertes » à Rose de vendre ses charmes et « dans la concurrence pacifique »[27]entre le mari et l'amant.

De même pour écrire *Les Coquillages de M. Chabre*, Zola opte pour un traitement comique de l'adultère féminin et de ses conséquences et il emprunte beaucoup au vaudeville. L'humour devient une arme d'attaque contre la bourgeoisie. D'une ignorance complète, Chabre est sans cesse ridiculisé, le vieux marchand allant jusqu'à croire que les coquillages qu'il a mangés pendant le séjour sont à l'origine de la naissance de son fils. Roland introduit lui aussi l'amant de sa femme en toute

23 - Nadine Satiat, Introduction, *Naïs Micoulin et autres nouvelles* d'Émile Zola, Paris, Flammarion, « Garnier-Flammarion », 1997, p.13.

24 - Émile Zola, *Les Coquillages de M. Chabre*, [1876], *Naïs Micoulin et autres nouvelles* d'Émile Zola, Paris, Flammarion, Garnier-Flammarion , 1997, p. 192.

25 - Pascal Noir, *Mythographie et thanatographie dans l'œuvre romanesque de Jules Barbey d'Aurevilly*, Lille, Presses Universitaires de Lille, p. 324.

26 - *Ibid*, p. 290.

27 -*Ibid*, p. 293.

confiance au sein du ménage : ignorant tout de la liaison entre son épouse et le prétendu « ami » de la famille, il n'imagine pas un seul instant que son fils n'est pas le sien. Les Chabre ou les Roland apparaissent comme des couples d'un bovarysme caricatural, en ce sens que la jeune épouse désœuvrée tombe dans l'adultère tandis que le mari tolère l'intrusion permanente d'un tiers au sein du ménage. Toutefois, comme le fait remarquer Huysmans, même si ces deux textes sont amusants, ils sont « d'une bonhomie à laquelle il ne faudrait pas trop se fier car un bon petit coin de saleté humaine perce de temps à autre, avec une parfaite tranquillité de constatation qui est loin d'être sans charme »[28]. En réalité, « ces adultères sont le symptôme d'une bourgeoisie en déliquescence, d'un monde cachant pudiquement ses hontes »[29].

Chez Balzac, le crime d'adultère perturbe le fonctionnement social fondé sur le mariage, en même temps qu'il déshonore le mari, le lignage de l'épouse coupable et ruine la famille, signifiant ainsi que l'auteur de *La Comédie Humaine* cautionne cet ordre social, garant de la cellule familiale. A l'inverse, chez Maupassant et Zola, l'adultère bourgeois vient rarement rompre l'ordre social et l'équilibre du couple. Dans *Une Vie* (1883), Jeanne, horrifiée, découvre à la lecture de lettres intimes que sa mère - qu'elle croyait irréprochable- lui a caché qu'elle avait eu un amant. Mais ici la révélation de l'adultère n'est relayée par aucun scandale. Aussi les derniers mots du roman, empruntés à une lettre de Flaubert, sont-ils : « La vie, voyez-vous, ça n'est jamais si bon ni mauvais qu'on croit. » L'adultère de la femme ne constitue donc pas ici un crime ni même un drame mais atteste au contraire, selon la formule de Céard, que « rien n'arrive », il constitue un non-événement. Ces romans d'adultère, consacrés à l'évidement d'un thème, déportent ainsi le genre loin du romanesque, du sensationnel. Tout se passe comme si l'on voulait « que l'on traitât de l'adultère ou de la prostitution avec bonhomie, que l'on évitât pour en parler tout style affecté, que l'on suscitât en quelque sorte, pour emprunter une expression de Leo Spitzer, « un effet de sourdine », en évoquant des sujets raides ou des sujets bas »[30]. Ce qui est visé par cette peinture de l'adultère de l'épouse bourgeoise, « c'est la discordance entre les valeurs reconnues officiellement comme moralement exemplaires et les comportements ou, si l'on préfère, les arrangements de la conscience, la casuistique qui procurent au ménage à trois la paix souriante de la bonhomie »[31].

À la différence d'un Balzac qui souhaite réprimer sévèrement l'épouse coupable, Sue, Sand, Céard, Zola et Maupassant font donc montre d'indulgence ou de compassion à l'égard de l'épouse infidèle, voyant en elle une victime des circonstances socio-historiques et non

28 - Lettre de Huysmans à Émile Zola, vers le 23 novembre 1883.

29 - Sandrine Rabosseau, Zola, Maupassant et l'adultère : étude comparée des Coquillages de M. Chabre et de Pierre et Jean, Les Cahiers naturalistes, n°77, 2003, p. 149.

30 - Jean-Louis Cabanès, Bonhomies zoliennes , *Les Lieux du réalisme. Pour Philippe Hamon*, Vincent Jouve et Alain Pagès (dir.), Paris, Presses Sorbonne nouvelle/ L'improviste, 2005, p. 288.

31 - *Ibid*, p. 291.

un monstre féminin. Sous leur plume engagée, ce personnage « devient une figure d'interrogation, de questionnement, de remise en cause de l'ordre moral et social »[32], de contestation du système judiciaire. Par leurs jugements cléments ou leurs prises de position audacieuses au sein même de leurs fictions, ils annoncent de futurs changements d'un point de vue législatif mais aussi du point de vue des mœurs. La légion des femmes adultères ne choquera plus le lecteur du XXI[e] siècle et n'intéressera plus le droit pénal.

:

32 - Rioux Jean-Claude, *Le Type du criminel dans le roman français de 1815 à 1830*, thèse de doctorat d'Etat, Littérature française moderne, sous la direction de Pierre Barbéris, Université de Caen, 1988, vol. III, p. 678.

JUSTICE EN UTOPIE : LA RECHERCHE DU SYSTÈME RÉPRESSIF IDÉAL DANS QUELQUES RÉCITS UTOPIQUES DE LA FIN DU XIX^{ÈME} SIÈCLE

Francesco Arru
Maître de conférences au département d'italien de l'Université de Bourgogne - Dijon

Cette étude porte sur la représentation du système pénal dans quelques récits utopiques de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle. Il s'agit de montrer comment les auteurs de textes utopiques de cette période imaginent les principaux éléments du système pénal, dans leur société idéale. C'est un travail qui ne se prétend pas exhaustif, tant le domaine est vaste et complexe, mais qui voudrait analyser « la mise en scène du droit par la littérature », dans la perspective tracée par un spécialiste des rapports entre droit et fiction : « la mise en scène du droit par la littérature [reflète] également certaines interrogations récurrentes qui concernent l'institution juridique en général [...] qui témoignent d'une réflexion permanente sur la nature du droit et sur les fonctions qu'il remplit ou qu'il devrait remplir en tant qu'institution sociale spécifique[1] ».

Nous avons limité notre travail à la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, soit à une période d'intense réflexion sur la société et sur les systèmes pénaux. C'est aussi, et ce n'est pas une coïncidence, une époque pendant laquelle recommencent à paraitre des récits fictionnels utopiques, après la première moitié du XIX^{ème}, pendant laquelle le genre traverse une crise. Notre étude se situe également dans une perspective comparatiste, car entre les deux nations, l'Italie et la France, qui fourniront la

1 - Ph. Gérard, Rationalité du droit et fiction littéraire, *Le Droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 343.

plupart des exemples, il y a, du moins sur ces questions et à cette époque-là, de nombreux points de convergence. Nous les retrouvons chez les deux principaux auteurs auxquels nous nous intéressons, Paul Adam et Paolo Mantegazza, qui étaient romanciers, journalistes, mais aussi sociologues, anthropologues[2], et très engagés dans les débats politiques de leur époque[3]. Certes, les deux romans sur lesquels porteront la plupart de nos analyses[4] représentent deux types distincts de récit utopique : le texte de P. Mantegazza est un roman d'anticipation, car l'action est censée se dérouler dans le troisième millénaire, tandis que le récit de P. Adam a comme cadre une région géographique, la Malaisie, largement imaginaire, dont la fonction essentielle est de situer l'action dans un « ailleurs », dans un lieu qui « n'existe pas ». Ces deux romans ont aussi des élément communs, notamment la présence très importante d'une technologie fictive qui rapproche ces deux textes du genre de la science-fiction, trait caractéristique des récits utopiques du XIX^{ème} s., qui les distingue des utopies XVIII^{ème} s., mais aussi des utopies socialistes des années 1850.

Enfin, le choix du récit utopique s'explique par le fait que, dans ce genre littéraire, l'auteur, tout en inventant, « organise une communauté selon certains principes politiques, économiques, éthiques, [...] qu'elle soit présentée comme idéal à réaliser[5] » ou comme la prévision d'un échec à conjurer (anti-utopie, ou dystopie). En d'autres termes, il s'agit d'un récit qui se prétend « constituant », au sens technique du terme, et dont l'une des caractéristiques principales est d'accorder une attention particulière au maintien des institutions et des lois : « En général, l'utopiste - à commencer par Platon - fait de la loi un véritable mythe, il] est *institutionnaliste* convaincu[6] ». Cependant, dans cette étude nous feront un certain nombre de simplifications : nous n'avons pas souhaité nous aventurer dans les débat autour de la définition de l'utopie et du récit utopique[7] ; nous donnerons un nombre limité d'exemples ; nous ne ferons pas toujours une distinction très nette entre droit pénal, criminologie, pénologie etc., et nous utiliserons le syntagme « système pénal » pour désigner d'une façon générale l'ensemble de réflexions et de disciplines se référant à la détermination, à la prévention, à la répression et à la punition des infractions contre l'ordre social de la société utopique imaginée par les auteurs.

---

2 - P. Mantegazza, médecin, a été l'un des fondateurs de l'anthropologie moderne en Italie.

3 - Mantegazza est devenu sénateur du Royaume d'Italie, tandis qu'Adam a été candidat à la députation et deviendra, pendant la première guerre, un personnage officiel de la IIIème République.

4 - P. Mantegazza, *L'Anno 3000 - Sogno*, Milano, Treves, 1897, nous citerons la traduction de R. Trousson, Paris, l'Harmattan, 2003. P. Adam, *Lettres de Malaisie* Paris, La Revue Blanche, 1898, que l'on peut lire sur le site Gallica de la BNF, ou consulter dans une édition moderne, présentée par J. de Palacio, Paris, Séguier, 1996.

5 - R. Trousson, *Voyages aux pays de nulle part. Histoire littéraire de la pensée utopique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1999, p. 24.

6 - *Ibidem*, p. 17, en italique dans le texte.

7 - Sur ces questions, voir R. Trousson, *Voyages aux pays de nulle part. Histoire littéraire de la pensée utopique* cité ; P.-F. Moreau, *Le Récit utopique : droit naturel et roman de l'État*, Paris, PUF, 1982 ; *Requiem pour l'utopie ? Tendances autodestructives du paradigme utopique*, mélanges coordonnés par C. Imbroscio, Pise, Editrice Libreria Goliardica, 1986.

Il s'agit donc de montrer comment, à travers le récit utopique, apparaissent les thématiques principales du débat autour du système pénal et plus généralement de la criminologie, qui traversent la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, en soulignant tout particulièrement comment, grâce à la fiction, les auteurs expriment des idées, des projets et de véritables pulsions qui, sous-jacentes dans le débat public, ne se révèlent pleinement que dans le roman. En d'autres termes, les récits font apparaître des idées et des mythes qui, au-delà de l'époque en question, désormais éloignée, peuvent encore nous fournir des éléments de réflexion s'agissant de notre époque actuelle, car nous partageons encore, avec les hommes et les femmes du XIX^{ème} siècle finissant, culture, systèmes institutionnels et, pour tout dire, la même « nature humaine ».

L'utopie ayant une vision idéaliste, les récits sont souvent tiraillés entre la présentation d'un système pénal idéal, celle de son fonctionnement parfait, et la présentation de solutions qui permettraient de se passer de tout système pénal. Idéologie positiviste oblige, il doit y avoir une sorte de double progrès : dans l'organisation du système pénal, mais aussi vers sa disparition, ou vers le fonctionnement optimal de ce système idéal. Notre travail sera donc structuré autour de deux axes : dans une première partie nous verrons comment le récit utopique imagine le système pénal, quelles sont les infractions qui l'intéressent, les lois qui les répriment et les juridictions qui appliquent ce système. Tandis que dans la deuxième partie nous verrons comment les auteurs voudraient rendre ces systèmes inutiles, mais aussi comment ils envisagent de les faire fonctionner

I. La détermination et la détection de l'infraction

Dans une société idéale, il n'y a pas d'infractions. Toutefois, l'une des règles du récit utopique, qui s'impose à nos auteurs, est qu'ils doivent restituer la complexité de l'existence sociale : l'utopie n'est pas l'Arcadie. D'où la nécessité de prévoir un système pénal, ne serait-ce qu'à titre provisoire, avant que le projet utopique soit pleinement réalisé.

On peut donc se demander qui sont les délinquants en Utopie, quelles sont les lois pénales et comment on fait pour interpeller et juger les auteurs d'infractions.

I.A. Les infractions

Dans une société utopique, tout est organisé, généralement, pour « réduire » les possibilités de commettre une infraction, notamment par le biais de l'éducation, et par la mise en commun des richesses. Nous reviendrons un peu plus dans le détail sur cette question de la prévention, mais nous pouvons d'ores et déjà remarquer que l'utopie prévoit un État très puissant, et que cela devrait limiter voire, à terme, faire disparaître les infractions.

Certaines utopistes imaginent d'ailleurs une absence quasi totale de délits et de crimes, comme E. Cabet dans l'un des textes qui ont été à l'origine de la renaissance du genre au XIX[ème] siècle, le *Voyage en Icarie* : « Mais quels crimes, reprit Eugène, peut-on commettre ici avec votre Communauté et le bonheur dont elle vous inonde ? Vol, impossible ! Banqueroute, fausse monnaie, impossibles ? Point d'intérêt pour le meurtre ! Point de motifs pour l'incendie, les violences, les injures même ! Point de cause pour les conspirations En vérité, je ne vois plus de place que pour un excès de vertus ou pour des peccadilles ![8] ».

D'autres, tout en admettant l'existence de délits et de crimes, prétendent qu'ils sont rares et qu'ils vont disparaître. Ainsi du protagoniste du récit de P. Mantegazza, qui analyse la société du XIX[ème] siècle, se situant en l'an 3000, et constate : « Jadis la justice humaine ne se souciait que de punir. Aujourd'hui au contraire, nous essayons de prévenir la faute, en la rendant difficile ou impossible. Que ce travail de la civilisation n'est pas inutile, c'est ce que prouvent les statistiques de la délinquance, qui montrent qu'elle se fait de plus en plus rare[9] ». On retrouve la même absence de criminalité, et bien souvent l'absence de tout système pénal, dans de nombreux textes utopiques[10]. Cependant, comme le reconnaît le personnage du roman italien : « Cela n'empêche pas que nous n'ayons encore des voleurs et des assassins. Le progrès moral est beaucoup plus lent que le progrès intellectuel [...][11] »

Mais quelles sont les infractions que craignent et répriment les utopistes ? Il s'agit essentiellement des atteintes à la propriété et des violences aux personnes. Concernant ces infractions, d'une manière générale deux cas de figure se présentent : soit la propriété privée existe, soit elle n'existe pas, et la violence aux personnes reste le seul délit explicitement prévu. C'est notamment le cas de l'utopie qu'écrit P. Adam en 1898, texte fortement influencé par les théories socialistes et anarchistes de l'époque et dans lequel les citoyens, qui habitent des îles perdues dans une lointaine contrée orientale et n'ont pas de contacts avec le reste du monde, ne possèdent rien, reçoivent tout de l'État, des vêtements et de la nourriture jusqu'au partenaire sexuel : « Personne ne peut rien posséder. Quand nos habits se salissent on nous les change. Notre linge même ne demeure pas entre nos mains ; et nous ne savons jamais si nous coucherons le soir dans la même chambre que la veille[12] ».

Privés de biens personnels, les habitants de cette région imaginaire ne peuvent commettre en réalité qu'un seul crime, l'atteinte au bon fonctionnement de la société : « Il n'est qu'un crime : contrevenir à la loi du travail. Que l'homme tue ou qu'il refuse de travailler consciencieu-

8 - E. Cabet, *Voyage en Icarie*, Paris, Au Bureau du populaire, 1846, IVe édition, p. 130.

9 - P. Mantegazza, *L' Anno 3000 - Sogno*, Milano, Treves, 1897, p. 110. Les citations en français renvoient à la traduction de R. Trousson, Paris, l'Harmattan, 2003 p. 82.

10 - Voir par exemple les textes de W. Morris, *News From Nowhere*, 1890, ou encore G. Tarde, *Fragments d'histoire future*, 1896.

11 - P. Mantegazza, cit. p. 82.

12 - P. Adam, *Lettres de Malaisie* Paris, La Revue Blanche, 1898 p. 51.

sement, le crime est le même[13] ». C'est que, lorsqu'on regarde attentivement le fonctionnement de ces sociétés idéales, on voit que les infractions les plus graves sont de l'ordre du politique, et elles sont réprimées de façon impitoyable : ainsi, le narrateur de l'histoire dans la fiction de P. Adam, un diplomate espagnol, disparaîtra mystérieusement à la fin du roman, sans doute car son attitude trouble « l'Harmonie sociale » de cette utopie que l'on nomme également « Dictature ». Car, dans ces pays utopiques, s'il n'y a pas de crimes, ou si peu, il y a en revanche beaucoup de police, ce qui paraît contradictoire quand on se souvient que les infractions ne devraient plus être que « des peccadilles », pour reprendre le terme utilisé par le personnage du roman de Cabet cité plus haut.

I. B. La police

En effet, ces systèmes fondés sur l'Harmonie sociale[14], impliquent un comportement vertueux de la part des citoyens, et le seuil de tolérance de la population est très bas. D'où, l'« espionnage perpétuel » auquel sont soumis les habitant de l'utopie de P. Adam :

« - Je soupçonne qu'un espionnage perpétuel vous guette.
- Oui, mais il ne nous incommode pas. Personne n'a rien à dissimuler[15] ».

Cette explication, donnée par l'une des habitantes de la société utopique malaise au diplomate espagnol, est particulièrement significative, et elle constitue le premier indice d'une thématique, celle de la société transparente, que nous allons retrouver, et qui fera l'objet d'une analyse plus approfondie dans la deuxième partie de notre article. Cette surveillance perpétuelle est d'autant plus efficace que la figure du policier se confond le plus souvent avec celle du simple citoyen : « En l'an 3000, il n'existe ni gendarmes ni policiers, ni gardiens de la sécurité publique, mais chaque citoyen honnête est gendarme, policier et, de surcroît, juge[16] ». En fait, « tout le monde » n'est pas policier : cette fonction est réservée aux « citoyens honnêtes » : autrement dit, la fonction de policier apparaît comme quelque chose de simple, de naturel, mais elle implique déjà une distinction parmi les citoyens. Par ailleurs, cette citation fait aussi apparaître l'une des constantes des récits utopiques : il n'y a pas de distinction entre juge et policier, la même personne mène l'enquête, conduit l'instruction, émet le jugement.

Cela semble faire partie des « lois » du genre utopique, ainsi qu'on le voit dans le *Voyage en Icarie* de Cabet : « Nulle part la police n'est aussi nombreuse ; car tous nos fonctionnaires publics, et même tous nos citoyens, sont obligés de surveiller l'exécution des lois, et de poursuivre ou de dénoncer les délits dont ils sont témoins[17] ». Cette absence de

13 - *Ibidem*, p. 56.

14 - L'expression est de P. Adam, *op. cit.*, p. 51.

15 - *Ibidem*, p. 51.

16 - P. Mantegazza, *op. cit.*, p. 81.

17 - E. Cabet, *op. cit.*, p. 132.

« fonctionnaires spécialisés », et ce système basé finalement sur la vertu des citoyens, sur leur honnêteté, nous la retrouvons lorsqu'il s'agit de décrire le fonctionnement de la justice.

I. C. Les tribunaux

En effet, ces États composés de citoyens vertueux, ne sauraient que faire des juges, et lorsqu'on lit les passages concernant l'administration judiciaire, on ne constate pas seulement la disparition des juges professionnels, mais une véritable déferlante de hargne contre les magistrats[18]. Certes, en Malaisie les termes sont mesurés et, finalement, l'on se contente de constater l'absence de juges :

« - Et la justice ? demandai-je.

- Chaque groupe de travail, répondit Théa, juge la faute d'un de ses membres. Le condamné peut en appeler au verdict d'autres groupes ».

Les lecteurs de P. Adam savaient que notre auteur avait écrit, quelques années plus tôt *Robes rouges*, un roman qui décrivait de façon impitoyable le cynisme et l'incompétence prétentieuse d'un substitut du procureur de la République[19].

Une situation analogue caractérise l'utopie de l'auteur italien, qui décrit ainsi le déroulement du procès fait à un enfant coupable d'avoir voulu voler une orange : « En quelques minutes, se réunirent autour du gamin six citoyens qui, avec le monsieur qui l'avait arrêté, suffisaient pour improviser un tribunal qui s'appelait la *Justice des sept*. Ayant constaté que le tribunal était constitué, le public s'écarta, faisant cercle autour de ces huit personnes, sept juges et un coupable. [*sic* !][20] »

Nous retrouvons ici réunis tous les éléments que nous venons d'évoquer : pas de juges professionnels, pas de procédure élaborée, application immédiate d'une loi dictée par le bon sens, aucune distinction entre les différents types d'infraction, aucun avocat, et de, toute manière, face au jurés, il y a un *coupable*[21]. Il apparaît donc que la société utopique des fictions du XIX^{ème} siècle, tout en fixant des règles de vie bien précises, que tout le monde est censé respecter, sous l'œil vigilant des citoyens-policiers, refuse et même honnit la figure du magistrat professionnel : la loi triomphe donc, mais contre la magistrature, dans un sentiment qui, d'ailleurs, peut être mis en rapport avec l'antiparlementarisme qui anime les mêmes récits.

18 - Ainsi du texte de Cabet : « Que vous êtes heureux ! [...] Plus d'avocats, plus d'avoués, plus de notaires, plus d'agents de change, plus de courriers dans Icarie ... ! [...] Plus de juges grands et petits, rouges et noirs, séides de la tyrannie et suppôts de Lucifer !!! O communauté, quel Dieu fut jamais aussi bienfaisant que toi ! » *op. cit.*, p. 132.

19 - P. Adam, *op. cit.,* p. 49, *L'Époque -Robes rouges*, Adam, Paul Paris, E. Kolb, 1891.

20 - P. Mantegazza, *op. cit*, p. 81.

21 - On pourrait aussi voir dans cette description la reprise, dans cette utopie très moderne, d'une technique ancienne, celle de la *ploratio* latine : la loi des XII Tables prévoyait que l'arrestation et la mise à mort sur le champ du voleur soient précédées par des clameurs destinées à attirer les voisins, ce qui transforme la mise à mort du voleur en exécution régulière, légale.

Comme si la loi, toute puissante (en Icarie, elle détermine jusqu'au nombre des repas et leur durée, les aliments, la couleur et la coupe des vêtements, le mobilier dans les appartements), devait se laver de son péché originel (le parlement) et de ceux qui l'appliquent (les magistrats professionnels).

II. Prévention et exécution de la peine

Le fait de déterminer l'infraction et de déterminer la peine n'épuise pas la question du système répressif en utopie. En effet, dans des sociétés déterminées par l'idée de progrès, ne serait-ce que pour en constater les horreurs, et dans la perspective de l'amélioration de l'existant qui caractérise le récit utopique, la question se pose de savoir ce que l'on va faire du délinquant. Reflétant en cela les débats de l'époque, notamment depuis la naissance de la criminologie dans les années 1870[22], les utopies fin-de-siècle s'interrogent essentiellement sur la figure du « délinquant », et reprennent les théories de l'Italien Lombroso sur l'atavisme ou encore sa distinction célèbre entre délinquant occasionnel et délinquant-né, pour s'interrogent sur la fonction de la punition de l'infraction : puisque le crime est désormais considéré tel un phénomène dominé par une sorte de nécessité naturelle (ou par le déterminisme social, selon certains des disciples de Lombroso), mais en tout cas pas comme une faiblesse (ou un choix) moral, on considère qu'il faut changer aussi les méthodes visant à le combattre. On pense aussi que l'on peut éradiquer la criminalité, puisque le mal n'est plus considéré comme un péché originel, mais comme une maladie : en effet, à partir de la seconde moitié du XIX[ème] siècle, on commence à concevoir l'infraction comme une maladie qui peut et doit être soignée, plutôt que comme la manifestation d'une tare « métaphysique » qui affecte la condition humaine.

En particulier, l'idée de la peine « rédemptrice » ayant été abandonnée, nos auteurs essaient de montrer comment la peine peut accomplir les fonctions nouvelles que les criminologues lui confient : réhabilitation et, dans les cas les plus désespérés, mise à l'écart. En d'autres termes, s'agissant de la question de l'exécution de la peine, l'ambition de l'utopie est d'éliminer l'infraction et, de toute manière, de la punir de façon à « purger » la société, d'éviter le danger de la récidive. Si l'idée n'est pas nouvelle, son application l'est beaucoup plus. Depuis la fin du XVIII[ème] siècle, puis au XIX[ème] siècle, de nombreux auteurs s'étaient interrogés sur les conditions de détention et sur la façon d'éviter, d'une part, que les prisons ne soient des écoles du crime, et sur la façon, d'autre part, de protéger la société contre les récidivistes considérés

22 - Pour une vue d'ensemble de la question, et notamment sur les caractéristiques générales du débat autour de la criminologie, en Europe et aux Etats-Unis, voir *Cesare Lombroso cento anni dopo*, articles réunis par S. Montaldo et P. Tappero, Utet, 2009.

comme impossibles à rééduquer[23]. Mais l'apport original de la deuxième moitié du siècle, dont les auteurs de fiction utopiques sont une formidable caisse de résonance, se trouve dans la dimension scientifique de la détection du criminel, et de la peine qui lui est infligée : avec la naissance de la criminologie, les savants, et leurs méthodes expérimentales, leurs mesures, leurs appareils, deviennent les véritables protagonistes des débats autour du système pénal.

II.A. Le délinquant

Si le délinquant polarise en quelque sorte le débat autour du système répressif, c'est que l'on est passé d'une culture pénale qui se concentrait sur l'acte, qu'il fallait souvent punir de façon symbolique, à une autre culture qui focalise son attention sur la personne qui l'a commis, qu'il faudra punir de façon à en tirer le bénéfice social maximum. En outre, si, auparavant, la punition pouvait être modulée selon des critères de classe sociale, désormais tous les délinquants sont égaux en droit : il s'agit de cas cliniques avant tout, qu'il faudra traiter de façon rationnelle.

En cela, nos utopies, font preuve d'une remarquable cohérence : en suivant les théories de C. Lombroso[24], elles abandonnent le paradigme rousseauiste selon lequel l'homme « naturel » est bon, que l'on retrouvait d'ailleurs dans les utopies « arcadiennes » (qui postulaient un retour à l'âge d'or, et qui étaient donc régressives) : l'homme est naturellement mauvais, l'éducation peut le faire progresser, mais l'atavisme est toujours là qui guette (on affirme désormais que le retour à l'âge d'or serait une régression, et que le véritable progrès ne peut venir que du futur, voire de son anticipation).

Le texte de Mantegazza, médecin, ami et admirateur de Lombroso est particulièrement explicite. S'il y a les délinquants-nés, qui ne peuvent que s'adonner au crime, les autres, c'est-à-dire la grande majorité des criminels, sont des personnes absolument normales que menace l'atavisme : « Ceux-là [les délinquants-nés] tueraient et voleraient quand bien même ils naîtraient riches et même si le sort les plaçait dans les conditions les plus heureuses. Mais ce sont de rarissimes exceptions. Tous les autres hommes naissent honnêtes, mais ils descendent de lointains ancêtres qui vivaient dans la sauvagerie, où la violence était nécessaire et ils conservent dans leur cerveau un germe caché du crime, qui peut se développer dans des circonstances favorables et les conduire à tueur et à voler[25] ».

---

23 - R. Canosa, *Storia della criminalità in Italia. 1845-1945*, Einaudi, 1991. Les solutions proposées ne se limitent d'ailleurs pas au droit, ou à la médecine, mais concernent bien souvent d'autres domaines, notamment l'architecture : ainsi des auteurs qui suggèrent des nouveaux types d'habitation ou de prison, censés prévenir les problèmes sociaux ou améliorer les chances de réinsertion des détenus. Voir sur cette question, le *panopticon* de J. Bentham (1748-1832) dont parle M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1994, p. 206, mais aussi les travaux de l'architecte américain John Haviland, qui a signé le projet d'une « prison modèle » à Philadelphie, en 1829, bâtiment dont C. Lombroso possédait une maquette.

24 - C. Lombroso, *L'Uomo delinquente*, 1872. La première traduction française est de 1887, mais les théories lombrosiennes étaient déjà bien connues, du moins par les spécialistes.

25 - P. Mantegazza, *op. cit.*, p. 82.

Cette conception justifie l'approche positiviste, mais elle justifie aussi la « simplification » des codes et des procédures que nous avons analysés plus haut : que l'on vole une orange ou que l'on tue une personne, les mécanismes, et les remèdes, sont les mêmes. De plus, cette nouvelle façon de considérer le délinquant, pose aussi les fondements des deux solutions envisageables : la réhabilitation ou la mise à l'écart.

II.B. La punition entre mise à l'écart et réhabilitation

Tout comme il n'y a qu'un crime, troubler *l'Harmonie*, il n'y a qu'une alternative face aux infractions. Si l'on peut essayer de réhabiliter le délinquant occasionnel, en revanche on ne pourra que « mettre à l'écart » le délinquant-né. Le criminel occasionnel fait l'objet d'un traitement spécifique, dont la finalité est la même (lui donner une deuxième chance) mais dont les modalités peuvent différer. Ici, l'utopie de Mantegazza et celle de P. Adam représentent les deux pôles autour desquels s'organise le débat de l'époque.

Une première option consiste généralement, pour nos auteurs tout comme pour les savants de l'époque dont ils s'inspirent, en une privation de liberté, mais qui évite la prison telle qu'on la connaît, dont tous s'accordent pour dénoncer le rôle néfaste. Ainsi, chez Mantegazza, il y aura des maisons de justice, mais surtout une rééducation, qui prévoit notamment que le condamné porte un signe, un ruban, qui indique à la société son crime : puisqu'il est, au fond, un homme civilisé, il aura honte et s'amendera. Au passage, le ruban du coupable évitera aux honnêtes gens de le fréquenter, et ainsi d'être « contaminé » : « [...] la peine est réduite à la privation temporaire de la liberté. L'exclusion de la société des hommes ne te paraît pas une punition suffisante ?

Dans la Maison de justice, voleurs et meurtriers sont enfermés tandis qu'on s'efforce de leur faire comprendre l'énormité de la faute commise en les persuadant que le crime n'est pas seulement une faute, mais une erreur et un mauvais calcul.

L'emprisonnement ne dure que quelques jours ou quelques semaines, très rarement quelques mois. La punition ne cesse pas là, car lorsque le coupable est remis en liberté, il porte pendant quelque temps à la boutonnière de son vêtement une marque d'infamie qui le fait regarder avec méfiance.

Les voleurs la portent jaune, les meurtriers ou tous ceux qui ont commis un acte de grande violence la portent rouge. Et cette marque ne s'enlève que lorsque le coupable a montré par sa conduite qu'il est revenu parmi les honnêtes gens[26] ».

On remarquera l'expression de « mauvais calcul », qui traduit l'italien « *cattiva speculazione* », un syntagme qui renvoie bien évidemment au discours économique de la bourgeoisie de l'époque. Plus qu'une faute morale, le crime est un mauvais investissement, une façon d'hypothéquer

26 - *Ibidem*, p. 82-83.

négativement l'avenir : toute action qui pourrait compromettre l'évolution future vers la perfection est donc criminelle.

La punition peut consister aussi en une mise à l'écart de la société qui prendra la forme d'une sorte de service civique, mais pas n'importe lequel : il s'agit de l'abattage des animaux et de la guerre. C'est la solution que préconise l'utopie de P. Adam, puisque le criminel est forcément un « atavique », un sauvage, qui aime la cruauté et la violence, l'État utopique l'emploiera dans les abattoirs et dans l'armée : et il faut bien voir qu'il s'agit des mêmes personnes, le soldat est ainsi un « boucher », au sens propre et figuré :

« - Quels sont les châtiments ?

- Il n'y en a qu'un. Il n'est qu'un crime : contrevenir à la loi du travail. Que l'homme tue ou qu'il refuse de travailler consciencieusement, le crime est le même, le châtiment pareil. On enrôle le condamné dans un régiment, pour la vie. Ayant voulu détruire l'Harmonie sociale, il est voué à la destruction et au meurtre perpétuellement[27] ».

Il est significatif que cette punition, chez Adam, ne soit pas anecdotique et qu'elle ne se limite pas au champ de la fiction romanesque : dans un article publié à peu près en même temps que les *Lettres,* l'écrivain français proposait la même solution pour la France des années 1890. Adam présente une ébauche de réforme du Code pénal qui tient en douze articles et qui est fondée sur le principe du « détournement des forces mauvaises » :

« M. Bertillon prouve chaque jour que la magistrature et la loi se leurrent, puisqu'une bonne part des nouveaux crimes est commise par ceux ayant connu les disciplines du régime pénitentiaire.

Il faut donc trouver autre chose que la prison pour amender les âmes.

La vie au grand air, la dépense de la vigueur physique dans les travaux guerriers, la possibilité d'une réhabilitation par le courage, n'y réussiraient-elles pas mieux que les habitudes de la maison centrale ? [...] Comme le démontrèrent les savants de la médecine contemporaine, le malfaiteur est un homme, voué par son tempérament ou son atavisme, à des essors d'énergie que les conditions sociales du temps entravent. L'élément humain qui fournit autrefois les mercenaires, les hommes des grandes Compagnies, les reîtres et les lansquenets, ne peut aujourd'hui dépenser son audace. La loi intervient qui s'oppose à ce perpétuel besoin de lutte, de conquête, de meurtres et de vols.

[...] Il faut détourner ces forces mauvaises. [...][28] ».

Ainsi, on pourra employer le crime au bénéfice de la Nation, et appliquer au système pénal les derniers développement théoriques de la science criminologique (on remarquera ici, la caution scientifique assurée par la citation de Alphonse Bertillon, le pionnier de l'utilisation des

27 - P. Adam, *Lettres de Malaisie*, *op. cit.*, p. 51.

28 - P. Adam, *Le Triomphe des médiocres*, Ollendorff, 1898, p. 375-376.

méthodes scientifiques dans les enquêtes de police[29]). Toutefois, on notera aussi que la solution proposée dans le récit utopique est sans doute plus sévère, car aucune possibilité de « fin de peine » n'est prévue, alors que le projet publié dans la presse envisage une réhabilitation du condamné.

II.C. La prévention, entre éducation et eugénisme

Le rôle de la médecine dans la mise en place du système répressif s'impose comme l'une des caractéristiques de l'époque, que nos utopies reprennent et amplifient. Désormais, l'organisation du système pénal, et l'application des peines, dépendent davantage du médecin (mais aussi du sociologue, *donc*, de l'écrivain) que du juriste.

Le rôle du médecin est fondamental, naturellement, chez Mantegazza, médecin lui-même, mais aussi chez P. Adam. Toutefois, dans l'ouvrage fictionnel, il a une fonction particulière, car le médecin n'est pas seulement compétent pour organiser la « prise en charge » du criminel, mais aussi et surtout pour détecter le délinquant-né et l'éliminer dès sa naissance. Ainsi, à Andropoli, la capitale planétaire en l'an 3000 dans le roman italien, tout nouveau-né est examiné par des médecins qui peuvent lire, dans les cellules cérébrales, la prédisposition au crime : l'enfant prédestiné au crime ou à la maladie est ainsi immédiatement supprimé. La description de ces procédés occupe quelques pages parmi les plus intéressantes du roman de Mantegazza :

« L'hygiéniste prit le bébé déjà presque dévêtu et le déposa entièrement nu sur une sorte de tréteau. Aussitôt un rayon de lumière l'inonda, le rendant transparent comme du verre, et le médecin, après l'avoir changé de position et observé avec une lunette, dit à haute voix : « Numéro 17 : enfant sain, vigoureux, apte à la vie. »

En revanche, lorsque le médecin détecte une anomalie que les moyens scientifiques ne permettent pas de guérir, le verdict tombe implacable, et il est exécuté sur le champ :

« Alors l'hygiéniste qui avait le premier ausculté l'enfant, se tourna vers la mère : « Eh bien ? »

La mère redoubla de sanglots et, rendant l'enfant aux médecins, répondit d'une voix à peine audible : « Oui ».

Ce *Eh bien ?* signifiait : autorisez-vous l'élimination de votre bébé ?

En effet, un garçon de salle prit l'enfant, ouvrit une petite porte noire disposée dans le mur de la salle et l'y déposa en fermant la petite porte. Il fit jouer un ressort, on entendit un gémissement accompagné d'une légère explosion. Plongé dans un courant d'air chaud à 2000 degrés, l'enfant avait disparu et il ne restait de lui qu'un peu de cendres.

La mère avait à peine prononcé son *oui* désespéré qu'elle s'était enfuie de la salle et l'hygiéniste, triste mais calme, avait appelé : 'Numéro 21 !'[30] ».

---

29 - Cf. notamment A. Bertillon, *La photographie judiciaire*, Gautier-Villars, 1890.

30 - P. Mantegazza, *L'Anno 3000*, cit., p. 120 et 121 respectivement pour les deux citations.

Par ailleurs, en Malaisie, la Dictature écarte rapidement les asociaux, les « difformes », mais aussi les malades et les personnes âgées ... de plus de quarante ans, dont l'existence même est considérée contraire à l'Harmonie [31].

Conclusion : Une société de la transparence ?

Ces remarques sur le système répressif en utopie, font apparaître une dernière caractéristique sur laquelle nous voudrions conclure : ces sociétés se présentent comme des sociétés de la transparence. Le système répressif est fondé sur l'idée que tout, et d'abord le cerveau humain, est simple, clair, analysable. Et il ne s'agit pas seulement de surveillance des personnes, ou de l'élimination d'enfants jugés pathogènes, mais aussi de contrôles médicaux qui permettent de décerner, ou de refuser, l'autorisation à procréer. Comme chez Zola, mais dans un autre contexte fictionnel et idéologique, les cerveaux sont des maisons en verre, que l'on peut scruter à l'aide d'appareils performants : et si la peine de mort est, officiellement, abolie, la mort plane constamment sur les membres de ces sociétés car, indépendamment des actes accomplis, on peut être condamné et éliminé.

Est-ce une autre démonstration de l'échec de ces « eutopies », qui ne pourraient que sombrer dans leurs contradictions, ainsi que le remarque R. Trousson, lorsqu'il écrit que « chaque utopie porte en soi les germes de sa ruine, toute tentative pour façonner le bonheur collectif aboutit à vider le mot de son sens[32]» ? Ou bien s'agit-il d'une autre démonstration de la clairvoyance de leurs auteurs ? Dans un article récent, P. Larrieu, s'intéresse à l'utilisation de l'IRM dans les procédures pénales, en faisant état des progrès et de la diffusion de cette utilisation, mais aussi des questions que cela soulève, qui nous ramènent souvent aux questions posées par les utopies du XIX^{ème} siècle :

« Quel modèle de politique souhaitons-nous voir se développer ? Entre l'objectif de répression et de sécurité maximale et la nécessité de sauvegarder les droits fondamentaux de la personne, l'arbitrage est délicat mais il doit être réalisé[33]».

D'autres prennent moins de précautions : un article du grand quotidien italien *Corriere della Sera*, après avoir fait l'éloge des chercheurs italiens à l'avant-garde dans l'application des neurosciences aux enquêtes pénales, dans la tradition de la criminologie inaugurée par les travaux de C. Lombroso, se termine par une vision que ne renieraient pas nos auteurs du XIX^{ème} siècle : « En résumé, l'avenir des neurosciences (depuis longtemps déjà utilisées en médecine et en chirurgie) est de faire leur entrée dans les tribunaux, ainsi que cela a déjà été le cas pour

31 - P. Adam, *Lettres de Malaisie*, cit., p. 33 et suivantes.

32 - R. Trousson, Le Vers est dans le fruit, *Requiem pour l'utopie ? Tendances autodestructives du paradigme utopique*, études réunies par C. Imbroscio, cit. p. 15.

33 - P. Larrieu, La réception des neurosciences par le droit, Actualité Juridique Pénal, 2011, p. 231.

d'autres procédés d'analyse scientifique, tel la recherche de l'ADN, malgré certains retards. Avec la certitude que cette évolution aidera les juges à prendre des décisions de plus en plus objectives et justes[34] ».

Enthousiasme, et certitudes, auxquels on ne peut s'empêcher d'opposer une phrase de François Gorphe citée par P. Larrieu, phrase écrite bien avant le développement des neurosciences mais toujours d'actualité : « il serait sans doute prétentieux et vain de vouloir soumettre à une discipline scientifique l'art essentiellement pratique et nuancé qui consiste à rendre la justice[35] ».

34 - M. Gasperetti, Quando la legge incontra la medicina. Ecco le neuroscienze forensi, *Corriere della Sera*, du 03 juillet 2011, « *Insomma, il destino delle neuroscienze (già impiegate da tempo in medicina e chirurgia) è quello di entrare a pieno titolo nei tribunali come accaduto, se pur con lentezza, con altri esami scientifici come, per esempio, quello del Dna. Con la certezza che il loro arrivo aiuterà il giudizio ad essere sempre più obiettivo e giusto* ». Plus récemment, la question a été évoquée dans un important quotidien français, avec plus de circonspection, S. Stoléru, Les neurosciences au tribunal : problème ou progrès ?, *Le Monde* du 6 septembre 2012.

35 - F. Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice*, Sirey, 1947.

UNE PÉDAGOGIE JURIDIQUE : LES ROMANS DE JULI ZEH

José Lefebvre
Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, HDR, CEPRISCA

Summum ius, summa iniuria .

C'est par cette citation de Cicéron[1]que Juli Zeh engage son deuxième roman, *La fille sans qualités*[2]. Ainsi, le droit porté à l'extrême constitue une extrême injustice pour cette romancière allemande, née en 1974, dont la formation juridique l'a conduite à soutenir une thèse de doctorat en droit public international en 2010[3].

Dans les quatre romans traduits à ce jour en français, qui empruntent les voies du roman réaliste, policier ou d'anticipation, Juli Zeh développe une réflexion sur le droit, la justice et leurs acteurs. Le lecteur juriste est ainsi en terrain de connaissance tant sur le vocabulaire que sur les acteurs du droit.

La science du droit est abordée avec un *a priori* optimiste. Méphistophélès, dans le *Faust* de Goethe, affirmait que « Les Lois et les droits se succèdent comme une éternelle maladie ; ils se traînent de générations en générations, et s'avancent sourdement d'un lieu dans un autre. Raison devient folie, bienfait devient tourment : malheur à toi, fils

1 - H. Rolland, L. Boyer, *Adages du droit français*, 3ème éd., Litec, 1992, n°405.

2 - *Spieltrieb*, Schöffling und Co. Verlag, Frankfurt am Main, 2004, Traduction B. Hébert, J.-C. Colbus, Actes Sud, 2007. Les références ultérieures sont issues de l'édition Babel, 2008. Le titre traduit en français donnerait plutôt : Envie de jouer, Besoins de jouer ou Désir de jouer. Le titre de la publication française, *La fille sans qualité, est* inspiré de *L'homme sans qualités* (*Der Mann ohne Eigenschaften*) roman inachevé de R. Musil et apprécié par l'un des héros du roman.

3 - *Die Rechtsetzungstätigkeit von Un-Übergangsverwaltungen*, Saarbrücken. L'auteure a parallèlement suivi des études de littérature avec l'obtention en 2000 du *Diplom des Deutschen Literaturinstituts* de Leipzig et a enseigné, comme professeure invitée, la littérature.

de tes pères, malheur à toi ! car du droit né avec nous, hélas ! il n'en est jamais question »[4]. Le professeur d'histoire de *La fille sans qualité* affirme quant à lui que : « Le seul enseignement en sciences humaines dont l'existence soit justifiée, ce sont les sciences juridiques. Elles nous survivront »[5].

L'aigle et l'ange, roman réaliste, décrit le parcours personnel et professionnel d'un avocat en droit international[6]. Il participe semi-consciemment à un réseau criminel, sur fond de guerre dans l'Ex-Yougoslavie et d'élargissement de l'Union européenne, et s'est convaincu d'homicide[7].

La fille sans qualités, roman réaliste également, rapporte le parcours d'élèves, plutôt intelligents, en partie livrés à eux-mêmes et cultivant nihilisme social et personnel. Sous l'influence d'un étudiant, l'héroïne va séduire un enseignant dans le but de valider une hypothèse comportementale. Le jeu finit dans la violence physique et par un procès dont l'issue est juridiquement délicate.

Au moyen du roman policier, un commissaire de police, *Schilf* [8], est confronté à une situation complètement fictive relevant de l'exercice de réflexion intellectuelle, comme y est confronté le héros de Friedrich Dürenmatt dans *Justice* [9]. Le roman explore la possibilité de l'impossible et distingue les faits réels de leur traitement juridique : comment un enfant enlevé peut-il ne pas l'avoir été ? Comment l'auteur matériel et moral d'un assassinat peut-il ne pas en être coupable ?

Corpus Delicti. Ein Prozess [10], nous place dans un futur où liberté et histoire d'amour fraternel sont fracassées par la justice et le droit. Ce monde d'anticipation n'est pas absurde ou incompréhensible comme dans le *Procès* de Kafka[11]. L'héroïne sait pourquoi elle est emportée dans une procédure juridictionnelle qui a pour objet de la briser. Ce futur est plus proche de celui du *1984* d'Orwell[12]. La société décrite est le fruit du déraillement de la société du XXème siècle. Le bien-être sanitaire et la lutte contre les maladies ont enfanté un système totalitaire fondé sur la santé, dans lequel « la maladie n'est que le résultat d'un manque de

4 - J. W. von Goethe, *Faust*, 1819, traduction G. de Nerval, 1823, Librio, 1996, n°82, p. 55.

5 - *La fille sans qualité*, p. 246.

6 - *Adler und Engel*, 2001, Schöffling und Co. Verlag, Frankfurt am Main 2001, Traduction J. Cambreleng, Belfond 2004.

7 - L'auteure soutient par ailleurs des auteurs de l'ex-Yougoslavie : dans un recueil de textes, non traduits, elle évoque son séjour en Bosnie (*Die Stille ist ein Geräusch* (Schöffling und Co. Verlag, Frankfurt am Main, 2002), ou promeut des auteurs bosniaques (*Ein Hund läuft durch die Republik, Geschichten aus Bosnien*, Schöffling und Co. Verlag, Frankfurt am Main 2004).

8 - *Schilf*, Schöffling und Co. Verlag, Frankfurt am Main 2007, publié en France sous le titre *L'ultime question*, 2007, Traduction B. Hébert, J.-C. Colbus, Actes Sud, 2008.

9 - F. Dürenmatt, *Justiz*, 1986, traduction E. Barillier, Christian Bourgois Editeur, collection Titres, n°7, 2006. Dans ce roman, un jeune avocat sans clientèle solide, est chargé de démontrer la non culpabilité de l'auteur avéré d'un assassinat en bâtissant une fiction.

10 - *Corpus Delicti. Ein Prozess*, Schöffling und Co. Verlag, Frankfurt am Main 2009. *Corpus Delicti. Un procès*, Traduction B. Hébert, J.-C. Colbus, Actes Sud, 2010.

11 - F. Kafka, *Der Process*, 1925, trad. G.-A. Goldschmidt, Pocket, 2004, n°2181.

12 - G. Orwell, *1984*, traduction Amélie Audiberti, NRF-Gallimard, 1950.

conviction associé à un manque de contrôle »[13]. Ce roman est à lire en lien avec l'essai, coécrit avec Ilija Trojanow, que Juli Zeh a consacré à la surveillance du citoyen et à l'érosion des droits civils : *Atteinte à la liberté. Les dérives de l'obsession sécuritaire*[14].

Ces romans fourmillent d'éléments de pédagogie juridique, de méthode d'éducation ou de présentation du droit et de la justice. Cette pédagogie permet au lecteur – et peut-être à l'auteure -, juriste ou non juriste, de détecter les limites du droit et de la justice dans la société.

C'est en effet clairement une juriste qui écrit. Seule une juriste est à même de bâtir une démonstration sur la responsabilité pénale[15], de s'interroger sur la justice commutative[16] ou de remettre en cause la perception juridique de l'homicide[17]. Par la démarche romanesque, l'auteure développe une méthode d'appréhension et d'interrogation sur le droit et la justice. On sent sa difficulté à admettre le droit pour ce qu'il est ou ce qu'il devrait être. En mettant l'accent sur un certain nombre d'oppositions, il est permis au juriste de relativiser ses acquis et au non juriste de comprendre la difficulté de poser une règle et de l'appliquer.

Il faut toutefois ici se limiter aux traits les plus marquants de cette œuvre qui défend la prééminence de l'individu sur la société (I) et conduit à privilégier la subjectivité face au droit et à la justice (II).

I. La prééminence accordée à l'individu sur la société

La défense de la liberté individuelle et de la vie privée face à l'Etat (A) est essentielle dans les romans. Ce qui est notamment le cas lors de l'application de la règle à un cas particulier (B).

I.A. La défense de la liberté individuelle et de la vie privée face à l'Etat

Le roman *Corpus delicti - Un procès* est essentiel. Dans celui-ci, tout comportement déviant est aussitôt traité médicalement et judiciairement. L'élément pathogène, individu ou maladie, est traité le plus souvent par anticipation. Un principe absolu de précaution sanitaire est instauré : « La Méthode [...] est le système immunitaire du pays. Elle a d'ores et déjà réussi à identifier le virus qui prolifère parmi nous. Il sera éradiqué. Nul ne peut se soustraire aux forces régénératrices d'un corps vigoureux ». De fait, « Le droit à la santé garanti par la Méthode est une des plus grandes conquêtes de l'humanité »[18].

13 - *Corpus Delicti. Un procès*, p. 184.

14 - *Angriff auf die Freiheit ? Sicherheitswahn, Überwachungsstaat und der Abbau bûrgerlicher Rechte*, Carl Hanser Verlag, München 2009, traduction P. Charbonneau, Actes Sud, 2010.

15 - *L'ultime question*, p. 41 ; *L'Aigle et l'Ange*, p.336, *La fille sans qualités*, p. 604.

16 - *L'ultime question*, p. 75.

17 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 184.

18 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 82.

Ainsi, la loi qui punit le consommateur de tabac permet son placement sous l'autorité d'un « tuteur médical » avec obligation pour le premier de suivre une « formation continue médicale et sanitaire »[19]. Le procès est intenté au fumeur, non seulement parce qu'il enfreint la loi et peut porter atteinte à la santé d'autrui, mais parce qu'il met en cause sa propre santé[20]. Il est interdit d'être malade. Dès lors, l'absurde est poussé à son comble lorsque des groupes terroristes se constituent pour réclamer le Droit À la Maladie (DAM), expression d'une liberté individuelle. La réaction des institutions est logique : « revendication qui va résolument à l'encontre du bon sens »[21]. En effet, « Ce qui caractérise les antiméthodistes, [...], c'est leur croyance réactionnaire en la liberté, croyance dont les racines plongent effectivement dans le XXème siècle. Toutes les idées du DAM reposent sur une interprétation erronée de la pensée rationnelle née de l'esprit des Lumières »[22]. Plus profondément, « Pour la méthode, un amour illicite est un crime capital. Si je cède à cet amour, je me retrouve sur le même plan qu'un individu qui aurait volontairement propagé une épidémie »[23].

La démarche est sciemment inquisitoriale. Ceci est démontré par la référence à *La Santé comme principe de légitimation politique*, ouvrage créé par le roman dont l'auteur est un certain Heinrich Kramer[24]. La santé est définie comme « le courant vital irriguant sans entraves toutes les parties du corps, les organes et les cellules ; comme un état d'harmonie physique et mentale ; comme le libre épanouissement du potentiel d'énergie biologie ». En conséquence, « la santé conduit, par le perfectionnement de l'individu, à la perfection de la communauté sociale. La santé est le but du vouloir-vivre naturel et par conséquent le but naturel de la société, du droit et de la politique »[25].

En conséquence, des mouvements comme le DAM sont nécessairement criminels et dangereux. D'une part, un « système sécuritaire ne redoute rien autant que les gens qui n'ont plus envie de vivre, car ils en deviennent incontrôlables. Des kamikazes »[26]. D'autre part, « le DAM n'est pas une forme de criminalité organisée, c'est un réseau. Les ennemis de la Méthode entretiennent entre eux des liens très lâches, ce qui les rend bien plus dangereux. Cette structure aléatoire et chaotique fait

19 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 15.

20 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 64.

21 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 80.

22 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 81.

23 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 106.

24 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 7, 83. Le nom de Heinrich Kramer, mentionné dans le roman comme auteur de référence du XXI[ème] siècle, est certainement emprunté à Henri Institoris, également connu sous le nom de Heinrich Kramer, inquisiteur allemand du début du 15[e] siècle. Voir : H. Institoris, J. Sprengler, *Le marteau des sorcières (Malleus Maleficarum)*, traduction A. Danet, Grenoble, J. Million éd., 1990, 603 pages. Voir le compte rendu de J.-P. Dedieu, *in Annales, Economies, Sociétés, Civilisations*, 1991, Vol. 6, p. 1294. La référence implicite à l'inquisiteur est confirmée par un court développement sur les sorcières, *Corpus delicti – Un procès*, p. 133.

25 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 7.

26 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 179.

que le mouvement dans son ensemble est quasi inattaquable »[27]. Le terrorisme de la fin du XXème siècle et du début du XXIème est une référence claire qui génère un droit spécifique et des lois d'exceptions écartant d'un revers de la main les droits et libertés individuels au sein d'une société démocratique[28].

En ayant trouvé un ennemi invisible et insaisissable, la société doit tout contrôler pour empêcher cet ennemi de passer à l'acte. Le titre du chapitre « À menace nouvelle, vigilance accrue » est symptomatique de la mise en place du contrôle social le plus coercitif. En effet, toute menace apparaissant est nécessairement nouvelle. Dès lors, cette affirmation péremptoire justifie (sans expliquer) que la vigilance soit sans cesse accrue. Il n'est aucunement tenu compte de la succession dans le temps d'évènements épars. Les événements sont considérés comme s'ajoutant les uns aux autres dans une escalade sans fin, motivant, de fait, une escalade parallèle des moyens de coercition. L'effet accumulateur du temps est nié. Seul le nombre d'événements est pris en compte.

Une seule illustration vaut démonstration. Dans *Corpus delicti – Un procès*, le ministre de la Sécurité affirme lors d'une conférence de presse : « La question n'est pas de savoir si la bombe bactériologique éclatera. La question est de savoir quand »[29]. C'est la paraphrase des propos tenus par le Ministre de l'intérieur allemand Wolfgang Schäuble pour légitimer la perquisition en ligne : « De nombreux spécialistes sont aujourd'hui convaincus qu'il ne s'agit plus que de savoir quand un tel attentat va avoir lieu, et non pas si »[30]. Est battue en brèche l'idée qu' « Un état [...] doit servir l'aspiration naturelle de l'homme à la vie et au bonheur. C'est la seule légitimité du pouvoir. Il faut parvenir à concilier bien-être individuel et bien être collectif »[31].

Par lien de causalité, la limitation de la liberté individuelle suppose la réduction de la vie privée puisque cette dernière est le ferment de la contestation. D'ailleurs, à la remarque faite par l'héroïne, selon laquelle sa douleur née de la perte de son frère « relevait de la sphère privée », la magistrate est interdite : « La sphère privée ? »[32]. Elle ajoute plus tard : « Le lien étroit qui existe entre le bien individuel et le bien commun ne laisse, dans les cas comme le vôtre, aucune place à la sphère privée »[33]. On retrouve ici la trace de tout système dictatorial qui s'insère dans la vie quotidienne privée de l'individu, au point de nier sa vie privée[34].

---

27 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 81.

28 - J. Lefebvre « La justice d'exception en procédure pénale contemporaine », *in Justice et guerre de l'Antiquité à la Première Guerre Mondiale*, ss. dir. M. Houllemare, P. Nivet, Editions Encrage, Collection «Hier», 2011, p. 271.

29 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 130.

30 - *Atteinte à la liberté. Les dérives de l'obsession sécuritaire*, note n°5, p. 40, 167.

31 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 149.

32 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 52.

33 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 55.

34 - Sur les liens entre mariage, divorce et société, voir le roman de B. Nam-Ryong, *Des amis*, (*Munye ch'ulp'ansa – Pyongyang*, 2011), traduction du coréen (RPDC), P. Maurus, Y. Jung-Hee, Actes Sud, 2011.

Cette négation trouve en la technologie des moyens nouveaux d'être assurés, comme le démontre *Atteinte à la liberté. Les dérives de l'obsession sécuritaire*.

Pour parfaire l'ensemble, le non respect de règles sanitaires est assimilé à une atteinte volontaire à l'intégrité de la personne. En conséquence, « la peine requise est donc la même qu'en cas de violence »[35] et l'on peut considérer que l'incarcération pour risque de suicide ou en tant qu'antiméthodiste, « c'est à peu près la même chose »[36]. L'analogie en matière répressive rappelle le droit en vigueur à une autre époque communiste et nazie[37]. C'est une méthode de raisonnement aujourd'hui proscrite[38].

I.B. Les effets de l'application de la règle à un cas particulier

Le regard porté sur la règle de droit est désenchanté. Une héroïne considère que, « selon moi, le droit était un territoire où la justice ne pénétrait jamais, la justice était une fiction soigneusement entretenue par des moralistes séniles. J'étais jeune à l'époque, je ne comprenais rien à rien et pourtant j'avais raison – en droit »[39].

La règle est démythifiée dans sa conception : « Je n'aimais pas me rendre à la cité onusienne [...]. En un après-midi, j'étais invité à écrire le projet d'une résolution complète, qui serait par la suite présenté à quelque groupe de travail comme le résultat de négociations avancées »[40].

La « règle de conduite humaine, à l'observation de laquelle la société peut nous contraindre par une pression plus ou moins intense » [41] est dévoyée :

- *Corpus delicti – Un procès* lui confère un seul objectif : le perfectionnement civique et physiologique de l'homme. La Méthode a pour objet de « garantir à chaque individu la vie la plus longue et la moins détraquée possible, c'est-à-dire une vie saine et heureuse. Exempte de souffrance et de douleur. À cet effet, nous avons créé un Etat d'une complexité extrême, bien plus complexe que tous ceux qui l'ont précédé. Le fonctionnement de nos lois suppose une synchronisation méticuleuse, à l'instar du système nerveux d'un organisme vivant »[42].

35 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 16.

36 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 189.

37 - L'article 16 du code pénal soviétique de 1926 disposait : « Si un acte socialement dangereux n'est pas expressément prévu par le présent code, le fondement et les limites de la responsabilité encourue à son sujet sont déterminés conformément aux articles du code qui prévoient les délits dont la nature s'en rapproche le plus ». Le § 2 du code pénal allemand de 1935 disposait quant à lui que : « Sera puni quiconque commettra un délit que la loi déclare punissable ou qui méritera une peine en vertu des principes fondamentaux de la loi pénale et d'après le sain instinct du peuple », Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel, Principes généraux de la science criminelle – Droit pénal général*, 7ème Ed., Cujas, 1997, n°172.

38 - En ce sens : CEDH, 25 mai 1993, Affaire Kokkinakis c. GRÈCE, Série A, n°260-A, §52 ; Article 22 du Statut de Rome créant la Cour pénale internationale ; et la célèbre affaire de la Séquestrée de Poitiers, 20 novembre 1901, D., 1902, II, 81, note Le Poitevin.

39 - *La fille sans qualités*, p. 604.

40 - *L'aigle et l'ange*, p. 110.

41 - J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 24ème éd., PUF, 1996, n°4.

42 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 35.

- La règle d'un jeu devient règle juridique : « dans un système sans droite ni gauche ne peuvent exister que les règles sur lesquelles les joueurs d'une partie se sont entendus à l'avance » (*La Fille sans qualités*, p. 649). La subjectivité du droit est prééminente. La marginalité triomphe d'un droit incapable d'apporter, dans ses règles ou sa justice, une solution satisfaisante. Dans ce contexte, on entre dans une logique des jeux, dans des mondes parallèles. L'auteur confronte les normes mineures propres à chaque groupe social (jeunes, enseignants, professions juridiques, réseaux criminels) à la norme majeure : la règle de droit produite par l'émanation étatique du corps social. Ce faisant, l'auteure refuse de faire prévaloir l'une sur l'autre, la majeure sur les mineures :

- un policier respectueux de la loi anticipe une solution judiciairement acquise pour mettre à exécution sa propre justice (*L'ultime question*) ;

- un avocat respectueux du droit participe à un réseau criminel (*L'aigle et l'ange*) ou abandonne la défense d'une cliente dès lors que le bilan coût /avantage de son activité est personnellement négatif (*Corpus delicti – Un procès*) ;

- une juge respecte le droit tout en ayant conscience de mettre sa carrière en péril (*Corpus delicti – Un procès*) ou de bousculer un monde établi (*La fille sans qualités*) ;

- un professeur socialement intégré brise son mariage, sa vie professionnelle pour vivre un amour avec une étudiante qui a participé à sa chute sociale (*La fille sans qualités*).

De cette confrontation entre règles de conduites mineures et règle majeure, qui doit juridiquement tourner à l'avantage de la seconde, seule l'interrogation émerge. Le risque est ainsi de privilégier le jugement de valeur au jugement juridique, la subjectivité, positive, à l'objectivité du droit, négative. Les différents romans privilégient l'humanité des personnages sur « l'a-humanité » du droit. N'est-ce pas logique ? Ce ne sont pas des manuels de droit !

II. La prise en compte de la subjectivité de chacun face au droit et à la justice

En s'intéressant aux héros et protagonistes des romans, l'auteure cerne une double opposition. D'une part, entre la justice et le sentiment de justice (A). D'autre part, entre culpabilité et sentiment de culpabilité (B).

I.A. L'opposition entre la justice et le sentiment de justice.

« La Justice, tu n'y as jamais cru ? Non, dis-je. Le vrai et le faux ? Non. Le bien et le mal ? Non. Tous les juristes sont comme ça ? Oui »[43]. Entre le bien, « efficacité maximale à enjeu minimal » et le mal, « résultat non optimal », la question est posée : « D'où nous viendrait alors le droit de juger, de condamner et surtout – de condamner qui ? Le perdant de ce

43 - *L'aigle et l'ange*, p. 164.

jeu, le gagnant ? Le juge devrait se faire arbitre. Toute tentative de recourir à des acquis et de traduire le droit en termes de justice rendrait ce juge coupable de l'ultime péché mortel qui subsiste encore : l'hypocrisie »[44]. « La sagesse n'était-elle pas avant tout la capacité de distinguer le bien du mal ? A quoi bon la sagesse si elle ne vous met pas en situation de prononcer un jugement ? Et n'est-ce pas précisément dans le cadre d'une décision de justice que s'est révélée la sagesse de Salomon *?* »[45].

Par ces réflexions de la juge Sophie dans *La fille sans qualités*, on perçoit ce qui forge l'intime conviction du juge et ce qui lui permet de motiver la décision de justice. Ces réflexions trouvent leur écho chez Friedrich Dürenmatt, dont le héros avocat considère que, « Comme juriste, je dois m'en tenir à la surface des choses, je n'ai pas à descendre dans la psychologie, encore moins à m'abîmer dans la philosophie ou la théologie »[46].

L'office du juge est assez bien exposé : « L'application de la loi suppose un intermédiaire entre les mots et la réalité qui se livrent une guerre de position depuis que les langues existent. Je suis juge-arbitre, non pas entre les hommes, mais d'abord entre l'écrit et les faits. [...] Pour accorder la règle et le réel, de longs débats sont nécessaires qui s'achèvent sur la solitude du conciliateur. Le nombre des possibles est quantifiable : mais les cas litigieux le contraignent à chercher une solution en son for intérieur »[47]. Toutefois, l'impossible peut se présenter : « Que se passe-t-il lorsqu'un juge, après avoir examiné un dossier avec le plus grand soin, après avoir établi et interprété les normes déterminantes, considéré le déroulement des faits, après avoir réfléchi aux spécificités et aux singularités et avoir trouvé un juste milieu entre les théories contradictoires, que se passe-t-il lorsque ce juge tente d'entendre en lui-même la voix qui lui dit de trancher et que la réponse reste – absente ! [...] Dans cette situation, le juge est bloqué »[48]. La certitude d'une décision de justice parfaite est impossible car « Comment des règles, des mesures et des procédures pourraient-elles être infaillibles alors qu'elles n'ont jamais été conçues que par des humains ? »[49]. Cette impossibilité tient en partie à la difficulté d'établir une seule vérité factuelle.

Or, la preuve parfaite établissant une vérité objective est impossible car même la science contredit la science et est source d'erreur judiciaire[50]. On peut évidemment recourir à l'aveu. Moyen d'écarter des preuves de moindre force probante[51], il semble justifier le retour de la torture. Cela est d'autant plus imaginable lorsque la société est en péril :

44 - *La Fille sans qualités*, p. 11.

45 - *La Fille sans qualités*, p. 604.

46 - *Justice*, p. 87.

47 - *La Fille sans qualités*, p. 605.

48 - *La Fille sans qualités*, p. 606.

49 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 36.

50 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 36.

51 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 210.

« en présence d'un danger universel, on peut se voir contraint de recourir à des mesures obsolètes »[52]. C'est l'écho romancé du raisonnement suivant : « Etant donné que le programme d'interrogatoire de la CIA est strictement limité à la protection de l'objectif, primordial, pour le gouvernement de défense de la nation, et qu'il est conçu de manière à éviter tout préjudice grave ou inutile, nous concluons que celui-ci ne saurait être jugé « de nature à choquer la conscience contemporaine » lorsqu'on l'examine à la lumière des « usages en vigueur dans l'exécutif » et des « pratiques contemporaines » »[53].

Dans un tel contexte, le principe posé par la Cour européenne des droits de l'homme fait peu de poids. Dans l'arrêt *Selmouni contre France* du 28 juillet 1999, la Cour condamne la France pour violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales disposant que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Le raisonnement suivi en cette affaire est essentiel dans la promotion d'un Etat de droit démocratique. La Cour « rappelle que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, [...] il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »[54].

Le roman envisage un « danger universel » sanitaire et non le terrorisme fanatique armé de la fin du XXème siècle et du début du troisième millénaire. Toutefois, en réhabilitant des méthodes de torture en présence d'un « danger public menaçant la vie de la nation », il envisage une évolution rétrograde du droit, une évolution qui réussit à écarter les droits de l'homme et le droit à un procès équitable.

Et puis, est-il besoin d'aveux lorsque le droit de se taire[55], contenu dans un « code de procédure sanitaire » est un droit formel dont la justice nie l'utilité[56] et que les conversations entre une détenue et son avocat sont écoutées ? Est-il besoin d'aveux lorsque la juge considère que « même dans un tribunal, la vérité est chose bien subjective. Croire et savoir sont si proches qu'il est possible de les confondre. On serait en droit de se demander si ce n'est pas la même chose. C'est pour cette raison que les personnes avisées, confrontées à des cas difficiles, jugent de la vérité non en fonction de sa validité mais en fonction de son utilité »[57] ?

---

52 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 214.

53 - Mémorandum du Premier assistant de l'Attorney General adjoint au conseiller général adjoint de la CIA du 30 mai 2005, in Techniques d'interrogatoire à l'usage de la CIA, traduction libre, V. Delezoide, A. Maizeret, préf. J.-P. Perrin, Edition des équateurs, 2009, p. 154, 124

54 - CEDH, 28 juillet 1999, Selmouni c. France, n° 25803/94, §95.

55 - Ce droit fait l'objet d'un chapitre du roman *Corpus delicti – Un procès*, p. 141.

56 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 50.

57 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 114.

Comment considérer que « Pour souligner l'attitude consensuelle qui règne dans le pays, accusation et défense siègent à la même table : bien qu'assez mal commode pour les deux parties, cette tradition juridique n'en est pas moins admirable »[58]et qu'un représentant des intérêts des particuliers, distinct du parquet, soit chargé de « vérifier tous les mois le rapport de la Protection de la Méthode pour notre juridiction »[59] ?

Quel est le sentiment de justice dans de tels contextes ?

Dans *L'ultime question*, le commissaire Schilf souligne que le sentiment de justice est peut-être plus fort que la décision de justice: « Vous demandez vengeance, dit [sa collègue]. Justice. Une victoire morale. Mais tous ces trucs n'ont rien à voir avec le boulot de la police. C'est vous-même qui me l'avez enseigné. Je veux rétablir un ordre, dit le commissaire. Pour le reste, vous avez raison »[60]. De quel ordre s'agit-il ? De l'ordre social ? Non. En ce cas, il lui suffisait d'arrêter l'auteur du crime. L'ordre, ou la justice au sens subjectif, consiste à faire peser la culpabilité sur l'instigateur et en dégager l'auteur matériel. Pour Friedrich Dürenmatt, « Seul un crime rétablira la justice » mais son héros ajoute, pour mettre fin au trouble social, « avec, inévitablement mon suicide à la clé »[61]. Dans *L'ultime question*, c'est la mort du commissaire, condamné par la maladie, qui clôturera définitivement cette séquence où le sentiment d'avoir effectivement rendu la justice l'emporte sur la décision juridictionnelle à venir et préalablement discréditée.

II.B. L'opposition entre culpabilité et sentiment de culpabilité

Quand se sent-on coupable ? De quoi peut-on se sentir coupable ? Comment réagir à sa culpabilité ? Comment le droit pénal va-t-il dire la culpabilité ? Qu'est-ce qui génère la culpabilité ou le sentiment de culpabilité ? Toutes ces questions sont abordées et traitées sous l'angle de l'individu et du droit.

Dans *Corpus delicti – un procès*, le sentiment de culpabilité est étranger au fait d'avoir enfreint la loi sociale. Il concerne le sentiment d'avoir manqué à un frère. Le sentiment de ne pas avoir fait ce qu'il fallait ou de ne pas l'avoir suivi dans son opposition au système social sanitaire. Ce sentiment de culpabilité va mener une innocente à devenir coupable juridiquement pour se déculpabiliser personnellement.

Dans *L'aigle et l'ange,* le sentiment de culpabilité résulte de l'absence de culpabilité juridiquement établie pour la mort d'ami(e)s. Dans un cas, le contexte est intéressant : au moment où le héros s'apprêtait à tirer un coup de feu sur un ami, ce dernier le voit, fait un écart et se fait tuer par un poids lourd. Alors que, juridiquement, une tentative d'homicide est avérée, le patron du héros, juriste, retient plutôt la version de l'accident. Face au sentiment de culpabilité du héros, un discours juridique disculpant, et donc déculpabilisant, lui est tenu[62].

58 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 12.
59 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 69.
60 - *L'ultime question*, p. 389.
61 - *Justice*, p. 10.
62 - *L'aigle et l'ange*, p. 336.

Dans *L'ultime question,* la culpabilité matérielle est écartée au bénéfice de la prise en compte d'une culpabilité d'instigation[63]. Mais, comme il est peu probable que cette dernière soit juridiquement reconnue, un protagoniste du roman, le policier, va faire découvrir à l'instigateur le sentiment de culpabilité afin d'en dégager l'auteur matériel des faits. Le policier veut le traduire devant « son tribunal intérieur » car « *il s'agit du seul tribunal qui pourra [...] disculper* » l'auteur matériel[64].

Pour ce faire, Juli Zeh identifie un élément essentiel de la prise de conscience de la culpabilité : il faut d'abord être physiquement, matériellement, en lien avec l'infraction. Ainsi, comment un assassin peut-il être certain de l'être s'il ne voit pas sa victime ? S'il ne sent pas physiquement qu'il a donné la mort ? L'auteure donne une explication à l'idée selon laquelle l'assassin revient toujours sur le lieu de son crime : « Ce n'est pas l'irrésistible pouvoir d'attraction du mal qui les y conduit. Pas plus qu'un désir d'expiation avec le secret espoir d'être arrêté sur place. En fait, c'est l'impossibilité de croire qu'ils ont réellement commis ce crime. Le criminel revient pour ne pas être obligé d'imaginer la victime sous les traits d'une personne vivante. Celui qui ne croit pas à son acte est incapable de comprendre ce qui lui arrive, à lui et à ses proches »[65]. En conséquence, la visualisation de la reconstitution-piège du crime permettra à son auteur matériel de retrouver une certaine sérénité, mais constituera également la seule occasion de transférer son sentiment de culpabilité sur l'auteur intellectuel du crime également présent.

Toutefois, ce raisonnement ne vaut pas pour l'aliéné, ou celui dont l'esprit est occupé par une pression extérieure trop intense. Il ne peut accéder juridiquement à cet état de conscience. Le héros de *L'ultime question* rappelle que son fils « a été enlevé, et en même temps il ne l'a pas été. Depuis, j'ai perdu toutes mes certitudes. J'habite à présent un univers distinct et exclusif : celui de la culpabilité ». En foi de quoi, le commissaire de police dit à sa consœur : « Le coupable... on l'a fait chanter. [...] Cet homme est innocent ! »[66].

Mais, finalement, la culpabilité n'est-elle pas relative ? C'est ce qui semble résulter de la conséquence attribuée à la peine de surgélation frappant l'héroïne de *Corpus delicti – Un procès*. Grâce à cette peine, un réveil est toujours possible, « ce qui laisse au condamné une chance d'être réhabilité un jour en cas de changement politique »[67]. L'appréciation sociale de la culpabilité peut donc varier dans le temps, ce qui la relativise nécessairement.

L'humanité de l'individu est omniprésente dans l'œuvre de Juli Zeh. La vie est ici appréhendée avec une objectivité froide proche de la *Neue Sachlichkeit*. Cette approche conduit le juriste à s'interroger sur la

63 - *L'ultime question*, p. 302.

64 - *L'ultime question*, p. 402.

65 - *L'ultime question*, p. 296.

66 - *L'ultime question*, p. 303, 318.

67 - *Corpus delicti – Un procès*, p. 211.

raison d'être du droit, son efficience, ses défauts ou ses dangers. Ce questionnement remet-il en cause la nécessité d'une règle permettant aux humains de vivre ensemble ? Ce ne semble pas être le cas. Même si la règle de droit est écartée, une autre règle viendra la remplacer. En revanche, il remet en cause une vision positiviste et optimiste du droit. Le danger d'une construction juridique oubliant sa raison d'être est omniprésent. Les romans sont l'outil d'une pédagogie de l'usage du droit obligeant le juriste à rester en éveil devant cet outil d'organisation sociale[68].

68 - Comme le relevait l'avocat Spät dans *Justice* de Friedrich Dürenmatt, « Penser est un acte nihiliste ; c'est mettre les valeurs en question », p. 37.

SANG ET ROSES DE T. LANOYE (2011) : CAS JURIDIQUES ET INDIVIDUALISATION VRAISEMBLABLE EN QUESTION AU XXIÈME SIÈCLE

Catherine Grall
Maître de conférences en littérature générale et comparée à l'Université de Picardie Jules Verne, CERR

Dans *Sang et roses*[1], pièce mise en scène par Guy Cassiers pour la première fois à Anvers en mai 2011, et représentée dans la cour d'honneur du Palais des Papes en Avignon en juillet 2011, Tom Lanoye met en diptyque le procès de Jeanne d'Arc, qui aboutit à sa condamnation au bûcher, et le procès de Gilles de Rais, présenté comme son double démoniaque[2]. Richard Weisberg, prolongeant les listes de *legal novels* établies par le doyen Wigmore, y avait inclus des œuvres du XXe siècle, dont des pièces de théâtre[3], et avait relevé l'importance de textes littéraires représentant non seulement des scènes de procès, mais encore les circonstances des événements, les enquêtes, la convocation des témoins, ceci permettant une réception critique des procédures juridiques... *Sang et Roses* relève d'un « théâtre de procédure », montrant les difficultés de l'interprétation et de l'application de la loi. Ceci passe par un réalisme historique rendant compte des conflits d'intérêt, et par une individualisation réaliste des personnages, exprimant leur singularité

1 - T. Lanoye : *Sang et roses, suivi de Mamma Medea*, traduit du néerlandais (Belgique) par Alain van Crugten, Actes Sud Papiers, Arles, 2011.

2 - M. Tournier les avait aussi réunis dans *Gilles et Jeanne*, Gallimard, 1983.

3 - Le théâtre est un domaine d'analyse privilégié pour les croisements disciplinaires entre droit et littérature. Cf Ch. Biet et L. Schifano, *Représentations du procès – droit, théâtre, littérature, cinéma*, Coll. Représentation, U. Paris-X-Nanterre, 2003.

irréductible aux normes théologiques et politiques en jeu. La pièce produit ainsi l'empathie du public, sensible à la dimension humaine que l'on reproche parfois au discours juridique, trop abstrait et trop normatif, de manquer. François Ost a cependant fait remarquer le simplisme de cette opposition[4], et la littérature s'est en effet aussi construite avec des discours abstraits, des types et des allégories, en particulier certains genres qui résonnent dans cette pièce contemporaine : la vie exemplaire, l'hagiographie, la moralité, l'histoire tragique. L'empathie du spectateur est ici gênée par l'incarnation de transcendances qui en viennent à questionner les principes du droit, le tout étant encore compliqué par des procédés de distanciation de l'écriture et de la scène. Théâtre de la procédure, qui met en jeu des valeurs plus fondamentales : s'agit-il de relativiser les valeurs qu'incarnent et rejettent une sainte et un criminel finissant dans une fiction de même bûcher ? *Sang et roses* semble plutôt synthétiser différentes complémentarités entre discours du droit et discours de la fiction, en un XXI^e^ siècle qui tente de dialectiser historicisme et ère du soupçon.

I. Vraisemblance de l'individu devant la Loi

Tom Lanoye s'est inspiré des minutes du procès historique de Jeanne d'Arc[5], de sa biographie écrite par Mary Gordon, et de *L'Automne du Moyen Age*, de Johan Huizinga, auquel il emprunte le titre de sa pièce[6]. La première partie de *Sang et roses*, intitulée « Les Roses (Jeanne) » met en scène l'arrivée de celle-ci à la cour de Charles VII, les réactions des représentants des pouvoirs de l'argent, des pouvoirs politiques et des pouvoirs de l'Église au fur et à mesure du succès croissant de la jeune femme, finalement emprisonnée, interrogée par l'Inquisition, puis brûlée vive. L'essai que Bataille a consacré à Gilles de Rais est également fondé sur les actes du jugement de la cour ecclésiastique qui condamna celui-ci en 1440, et est cité par Lanoye en exergue de la deuxième partie de la pièce, intitulée « Le Sang (Gilles) ». Celle-ci est consacrée au parcours du maréchal de Rais, personnage secondaire jusqu'à la mort de Jeanne, qui verse ensuite dans l'alchimie et se livre à des crimes pédophiles avant que le tribunal ecclésiastique, gêné tout autant par son inconscience économique que par ses défis à l'Église, ne le condamne à mort.

4 - Cf F. Ost, Le droit au miroir de la littérature, conférence prononcée le 23 juin 2008 à l'Académie des Sciences morales et politiques, en ligne : http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/ost.htm.

5 - Cf G. et A. Duby, *Le Procès de Jeanne d'Arc*, Gallimard/Julliard, « Archives », Paris, 1973.

6 - « La vie était si violente et si contrastée qu'elle répandait l'odeur mêlée du sang et des roses. Les hommes de cette époque, géants à tête d'enfants, oscillent entre la peur de l'enfer et les plaisirs naïfs, entre la cruauté et la tendresse. Dédain absolus des joies de ce monde, ou fol attachement aux jouissances terrestres, haine ou bonté : ils vont toujours d'un extrême à l'autre. » in J. Huizinga, *L'Automne du Moyen Age* [1919] – *avec un entretien de Jacques Le Goff*, Payot, 1975. La vision de l'historien, auquel J. Le Goff rend hommage, tout en nuançant certains de ses résultats, a influencé l'esthétique de la pièce de T. Lanoye, pour les antithèses et le caractère radical de certains éléments.

La culture médiévale de l'enquête et du procès est largement exposée : La Trémoille, oncle de Gilles et conseiller du Dauphin, énonce par exemple les éléments de la vie de Jeanne recueillis pour la Cour ; les deux accusés sont interrogés et condamnés par le tribunal inquisitorial dans les procès, où interviennent respectivement l'évêque Cauchon et l'évêque Malestroit, qui interrogent les motivations, la conscience des deux accusés, cherchant à nommer les actes qui leur sont reprochés, et se référant à ce que tolère le dogme de l'Église. Ainsi jusqu'à ce que Jeanne soit condamnée, pour refus de reconnaître qu'elle a péché contre l'Église, et jusqu'aux aveux de ses crimes par Gilles. Dans le procès de celui-ci, deux complices sont convoqués et torturés, au titre de témoins. Ces procès ne sont ni caricaturaux ni vite expédiés : ils répondent au modèle universitaire de la dispute, et cherchent la nuance, témoignant des difficultés de la scolastique avec le dogme. C'est particulièrement vrai dans le cas de Jeanne, mais, si les crimes imputés à Gilles sont plus évidents, son rapport à la foi reste problématique pour l'Église. Ces procès sont au préalable, et au moment des exécutions, commentés par les différentes instances politique, économique et théologique du pouvoir : le spectateur dispose donc de moyens pour saisir, apprécier et critiquer l'exécution de la justice.

Les personnages qui ont le pouvoir, derrière les institutions et les intérêts qu'ils représentent, sont moins les porte-paroles d'une justice unifiée qui recueille leurs voix, que différents versants de celle-ci, souvent en conflit. Monsieur de Bouligny, qui finance le Dauphin, se dispute âprement avec Cauchon, représentant de l'Église. Ces différentes lois sont empêtrées dans les circonstances toujours singulières et multiples du réel : quand se pose la question d'une trop longue tolérance face aux crimes de Gilles, haut personnage au grand pouvoir économique, le financier Le Ferron déclare : « Les voies de l'argent sont aussi impénétrables que celles de Dieu » – ce qui dit la difficulté d'interpréter ces lois pas toujours écrites. La complexité des enjeux participe, dans le cas de Jeanne, à une situation tragique qui rappelle celle d'Antigone, analysée depuis Hegel comme la mise en conflit de deux lois (celle du sang et celle de l'État) : Jeanne est jugée dans des perspectives dont Tom Lanoye nous rappelle les tenants et l'aboutissement sous la forme d'un procès qui broie l'humble individu.

Aux perceptions des enjeux politico-juridiques s'ajoute l'intérêt pour des personnages individualisés, évoluant dans une temporalité chronologique qui les rend proches du spectateur. Le rôle de chaque personnage dans l'histoire est soutenu par sa parole propre, ses positions sur la scène, sa gestuelle. Des projections sur divers grands écrans, ou sur le mur de la cour du palais, permettent des gros plans sur les visages, la valorisation de monologues délibératifs ou d'apartés que la scène permet rarement avec cette précision. Jeanne, héroïne sur le champ de bataille, est aussi une frêle jeune fille, parfois orgueilleuse ; Gilles, maréchal de France grand combattant, susceptible de disparaître sous son armure, ou sous le travestissement lorsqu'il se fait d'abord pas-

ser pour le roi aux yeux de la Pucelle, devient le fou cultivant ses quêtes alchimiques et ses plaisirs interdits dans la deuxième partie de la pièce.

La particularisation réaliste joue aussi au niveau des accusateurs. L'évêque Cauchon n'est pas une caricature d'inquisiteur pervers : il déplore sincèrement la mort de Jeanne qu'il tente de sauver et qu'il a secrètement confessée. Ce déchirement humain partagé par d'autres personnages est avéré dans les minutes du procès que les historiens ont conservées. Que dire encore de Poitou, serviteur de Gilles, dévoyé par lui pendant son enfance puis transformé en bourreau, qui veut fuir, et qui implore naïvement sa protection alors qu'il est torturé ? Entre le collaborateur qui rejette la responsabilité criminelle et l'homme droit qui refuse d'en être le complice, Poitou est communément humain.

Détails des circonstances historico-politiques, complexité des individus appuyés par des vidéos réalistes : la justice ne règle pas des cas abstraits mais affronte la vie. Elle condamne non seulement Gilles, mais encore Jeanne, qui sera réhabilitée vingt-cinq ans plus tard[7]. Plutôt qu'exposer l'évolution de la justice, Tom Lanoye représente un droit en crise, avec un jugement quasi unique sur deux cas opposés, ce qui ne peut manquer d'émouvoir et de choquer le spectateur. Au bénéfice d'une littérature qui rémunère le manque d'humanité de la Loi ?

L'appui que la vraisemblance historico-empirique fournit à une empathie vertueuse, en nuançant l'esprit de système et l'abstraction des lois, joue dans ce théâtre aussi bien que dans le roman réaliste que vante en ce sens Martha Nussbaum. La philosophe loue ainsi la façon qu'a Dickens de distinguer les individus en empêchant de réduire la qualité à la quantité et de faire partager au lecteur les mouvements intimes d'une personne, qui n'est pas simplement observée d'un point de vue détaché, extérieur et calculateur[8]. Les personnages de *Sang et Roses* nous font partager leurs doutes comme leurs calculs ou leurs espoirs, aussi opposés soient-ils, et les moments terribles des passages sur le bûcher, ou l'évocation des viols commis par Gilles, créent un pathos efficace de ce point de vue sur le spectateur, qui n'est pas non plus choqué au point de ne pouvoir penser : les flammes des bûchers ne brûlent qu'en vidéo et les crimes sont rapportés par des serviteurs torturés, dont on ne voit que les visages épuisés, toujours sur écran.[9]

La pièce produit ainsi un effet d'humanisation générale, qui correspond aux trois fonctions que le doyen Wigmore attribuait à la littérature dans son introduction à sa liste de 1908 des *legal novels* : premièrement, informer le juriste de la représentation du droit que se fait l'homme du commun ; deuxièmement, imposer à l'attention du juriste l'application concrète et, conséquemment, la conscience de la

7 - Le premier procès de Jeanne d'Arc fut annulé en 1456 par l'Église, qui la béatifia en 1909 et la canonisa en 1920.

8 - M. Nussbaum, *Poetic Justice – the Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, Boston, 1995. Voir aussi, dans ce volume, l'article de S. Chavel.

9 - T. Lanoye a d'ailleurs déclaré ne pas adhérer aux principes du théâtre de la cruauté.

nécessaire évolution de la loi ; troisièmement, renseigner le juriste sur la nature humaine[10].

Mais toucher la conscience en ces termes relève d'une gageure bien banale pour une œuvre du XXIe siècle – et c'est aussi mettre entre parenthèses la dimension transcendante des personnages principaux (adjectif qui fait lourdement sens ici), ainsi que le dérangeant parallèle entre la sainte et le criminel opéré dans *Sang et roses*.

II. Ouverture au transcendant et parallélisme troublant : la fiction ébranle les principes

Deux procédés contrebalancent l'effet d'individualisation des deux personnages : leur caractère hors norme est compliqué par la construction en miroir de la pièce, si bien que l'on perd de vue la façon dont les valeurs font sens.

Jeanne oriente toute sa vie vers l'idéal, contre un pragmatisme raisonnable. Ceci est par exemple mis en lumière dans une altercation avec Bouligny, où le financier, pourtant sans scrupules, défend une attitude plus humaine envers ses soldats. À cette exaltation pour la foi répond, double sombre, celle de Gilles[11], vouant un culte grandiose aux enfants qu'il a violés et tués. Mépris de la vie ordinaire, au profit de visées ou, mieux, de visions transcendantes : comment Jeanne et Gilles peuvent-ils nous sensibiliser à leur cas hors-normes ? Ils se donnent des lois se dégageant des circonstances humaines ! Celle de Gilles est la loi de son désir, qui lui fait mépriser l'économie, la politique, comme la vie, et organiser des rituels somptueux entre deux orgies. Il conviendrait alors d'emprunter aux travaux de François Ost sur Sade, pour approfondir son cas. Mais les enjeux juridiques placés par Lanoye sur ce personnage, qui craint malgré tout l'Église, sont moins forts que ceux véhiculés par Jeanne qui menace l'institution – Jeanne que Bernanos disait « relapse et sainte ».

Jeanne exprime en effet une foi individuelle que refuse l'Église, au nom de son unité et de la puissance de ses dogmes. Cette foi populaire mêle les élans du cœur aux légendes des saints, considérés comme présents au quotidien. Or, les autorités ecclésiastiques du XVe siècle privilégient la lettre contre l'esprit, pensant ainsi assurer la cohésion politique et sociale de territoires longtemps en guerre. Malestroit rappelle que l'Église doit contenir le chaos, dont les pauvres sont les premières victimes – ceci sans oublier que les « nobles restent de frustes bagarreurs, des barbares à peine christianisés, dépravés par leur

10 - Cf. A. Simonin, *Make the unorthodox orthodox* : John Henry Wigmore et la naissance de l'intérêt du droit pour la littérature, in A. Garapon et D. Salas (dir.), *Imaginer la loi – le droit dans la littérature*, Michalon, « Le Bien commun », 2008, p. 48-49

11 - T. Lanoye ajoute ici le sadisme à une esthétique genetienne du sacrilège, constitutive du couple de la sainte et du criminel.

richesse obscène et dénaturés par les guerres cruelles où ils aiment tellement briller. » La foi singulière dont se réclame Jeanne est tout aussi gênante que les excès de ces nobles – car elle concilie l'humilité et la pureté la plus indomptable. Elle questionne la place du libre-arbitre de l'individu face au dogme, question lancinante dans l'histoire de la chrétienté, et que Cauchon comme Malestroit ne font pas évoluer. Vincent Tabbagh[12] décèle d'ailleurs une véritable déroute des intellectuels dans cette incapacité de l'Église à concilier l'approche individuelle de la foi avec son autorité[13]. Il rappelle ainsi que l'argument juridique de la « lex privata », qui placerait Jeanne sous le coup d'une inspiration divine particulière a été rejetée pour une question matérielle : Jeanne a dissimulé son sexe sous l'armure, ce qui concerne l'espace public et non plus une foi intérieure – elle peut donc être condamnée. La théologie se débat dans des termes que l'on ne peut plus répartir entre droit (dogme) ou littérature (individu) : *Sang et roses* rappelle plutôt que cette tension croise les disciplines, et que la fiction peut la reformuler, à partir de l'Histoire.

La pièce pose donc non seulement le problème de l'exercice du droit, mais aussi celui de ses principes. Avec la foi personnelle de Jeanne et la folie singulière de Gilles, le droit est face à d'autres absolus que les siens. Ce n'est pas l'individu quelconque, représenté dans un réalisme empirique et en butte à la loi qui nous interpelle, c'est l'esprit qui est défié. L'échec de l'Inquisition en la matière est souligné avec perspicacité par Michelet qui écrit, à propos de la vérification de la virginité de Jeanne : « ainsi la science poussée à bout, ne pouvant ou ne voulant point s'expliquer sur la distinction des bonnes et des mauvaises révélations, s'en remettait humblement des choses spirituelles au corps, et faisait dépendre du mystère féminin cette grave question de l'esprit »[14].

Les absolus de Jeanne et de Gilles transcendent la question de la morale pour la foi, combinable avec la guerre et le sacrifice de soi, ou pour la folie sublimée, ce qui empêche la justice d'opérer de façon satisfaisante : l'effet édifiant des condamnations sur le bûcher est disputé par certains personnages même. La question des principes est encore bousculée avec le brouillage moral que provoque la construction en parallèle des trajets de la sainte et du criminel.

La construction du diptyque force les parallèles entre les histoires, au prix d'une entorse à la vérité historique, puisque Lanoye fait périr sur le bûcher Gilles, qui a été étranglé dans la réalité. Titres et déroulement des scènes exagèrent la ressemblance des parcours : « les épreuves de la Cour/du diable », « le théâtre du combat » et « le théâtre du combat bis » ;

12 - V. Tabbagh, Une erreur judiciaire au XV^{ème} s. : les procès de Jeanne d'Arc, in *L'Erreur judiciaire : de Jeanne d'Arc à Roland Agret,* dir. B. Garnot, Imago, 2004.

13 - Révélateur de ces conflits internes au droits à plusieurs niveaux, dans sa *Saint Joan* de 1923 , G B Shaw faisait craindre à l'évêque Cauchon, dans l'individualisme de Jeanne, les prémisses de Luther, quand Warwick, face à lui, redoutait l'avènement de l'idée de nation.

14 - Cf *Jeanne la pucelle, une héroïne européenne* : Shakespeare, Voltaire, Schiller, Michelet, *Horvath,* 1994, p. 188.

« le rituel » et « le rituel bis » ; deux « procès » et deux « exécutions »... Les procès de Jeanne et de Gilles s'inscrivent dans une même rhétorique de l'Église, ils connaissent chacun une faiblesse devant certains arguments et leur sensibilité est mise à l'épreuve : devant quelques témoins, devant Dieu, et au moment de la même menace d'excommunication. Le débat sur la condamnation à mort entre les grands de la Cour trouve un pendant glaçant dans le dialogue entre les serviteurs de Gilles sur le devoir d'obéissance. La Reine veut vérifier qui est Jeanne, et Gilles s'interroge sur Prelati, le jeune alchimiste italien, son âme damnée, avant de s'étonner de sa ressemblance avec Jeanne.

Ce trouble est d'autant plus fort sur scène que la même comédienne joue en effet les deux rôles. S. Degand, d'abord roi sensible aux arguments et à la personne de la jeune exaltée, et maître de Gilles, devient le valet de celui-ci, instrument de son sadisme. La Reine, mère chassée par son royal fils, a les mêmes traits que madame Jeudon, humble personne dont le fils a été tué par Gilles. Le même comédien joue Cauchon et Malestroit, assurant une constance dans la représentation de l'Église, de même pour les deux financiers – mais la distribution des rôles dédoublés signale une fluctuation du politique, voire la vanité des distinctions individuelles.

Ce brouillage questionne évidemment la relation entre les deux personnages principaux. T. Lanoye déclare qu'il a composé « deux vies de saints, comme au Moyen Age, mais les [a]inversés : l'une est blanche et angélique, l'autre noire et diabolique. »[15] Faut-il penser que la justice réserve le même sort à des individus radicalement opposés, ou interroger cette relation ? Jeanne est-elle une jeune naïve inspirée par Dieu, brûlée en martyre par l'Église, comme le suggèrent les allusions au film de Dreyer dans les projections vidéo de Cassiers ? Une fanatique qui prétend diriger un roi ? Une idiote instrumentalisée, lorsque *Sang et roses* fait écho à la critique voltairienne ou à la compassion de Michelet ? Les interprétations nombreuses et contradictoires que ce personnage suscite en France depuis des siècles rejaillissent, implicites.

Les accusations portées contre Gilles, que Bataille jugeait niais, créent moins de polémique : les crimes sont reconnus, évoqués dans leur épouvantable violence. Lanoye trouve cependant le moyen de mettre entre parenthèses ce statut plus monolithique du personnage en lui réservant la sublime scène finale, où le meurtrier brûle tel un christ entre ses deux serviteurs-larrons, prétendant racheter les péchés de tous en les intégrant à l'horreur des siens. La mort sacrificielle, où il n'est plus question ni de vérité, ni de règlement social des conflits, mais de justice transcendante, gomme-t-elle le sens et la critique des procès des hommes ?

15 - Cf Emmanuelle Bouchez : Il a bûché sa Jeanne d'Arc, in *Télérama* n° 3207, 23 juillet 2011.

III. Temps de la fiction, temps du droit

Absolus et ambiguïtés du sacrilège et du sacré ont des effets sur le spectateur qui ne relèvent pas seulement de la compassion critique, mais aussi de la fascination. Car si le droit peine, dans ses principes, à saisir la particularité du vivant, que la fiction rendrait mieux, il peine sans doute encore davantage à nommer et à traiter l'irrationnel qui fait la grandeur comme la monstruosité, ces zones aveuglantes contre quoi s'érige par excellence le langage de l'art, infiniment. Les procès de Jeanne et de Gilles sont moins injustes qu'inadaptés. Aux deux cas, à leur temps aussi, que le nôtre juge sévèrement, avec ses bûchers. Que Lanoye et Cassiers exposent cela ne permet pas de conclure au relativisme des valeurs, et la distanciation qu'ils provoquent chez le spectateur ménage davantage un espace réflexif où l'historicité est revisitée, hors du temps, mais dans un présent à réinvestir, une fois le rituel théâtral effectué.

Compassion et fascination sont en effet contrebalancées par des effets de déréalisation qui participent de la richesse de l'œuvre en termes de choix représentationnels. Plusieurs phrases prononcées par Jeanne semblent d'un registre trop raffiné pour cette jeune bergère : expressions poétiques, arguments relevant de la scolastique, ton parfois digne de la tragédie classique. Jeanne semble parfois écrire l'histoire en train de s'accomplir sur scène, d'une façon prophétique ou métalittéraire. Le contexte d'un Moyen Age de légende s'oppose régulièrement au sérieux austère des procès, sans parler de la touche de romantisme gothique prêtée à Gilles de Rais. Spectaculaire, un chœur présent sur scène scande l'action[16], représentant d'abord les voix de Jeanne, puis les démons de Gilles. Le personnage peut partager ce chant, en une espèce de *kommos* antique. La rime s'introduit parfois dans les répliques, ainsi dans les monologues qui grandissent les finales des deux parties (Gilles, devant le cadavre de Jeanne et au public, donne dans la métalepse shakespearienne : « Regardez ! / Soyez blessés par sa vulnérabilité. / Contemplez !... »).

L'agrandissement et la projection de certains éléments scéniques sur des écrans ne jouent pas toujours en faveur de la vraisemblance : l'espace coupé de miroirs exhibe la qualité de spectacle en train de se jouer. Ces écrans sont aussi utilisés pour des fonds de bataille, ou pour représenter les flammes des bûchers – et l'on frise parfois une esthétique télévisuelle. Le nombre des caméras multiplient les points de vue, et l'une des plus grandes surfaces de projection est constituée de pièces de métal assemblées, qui représentent une armure. Mais comment interpréter la métaphore ? Ces pièces fragmentent aussi l'image, soulignant son manque de cohérence, tout comme les jeux d'ombres : la justice manque de discours continu, elle est dédoublée, diffractée, par les éléments plastiques de la mise en scène, mais ce monde médiéval

16 - Parfois inspiré des poèmes de la mystique flamande Hadewych d'Anvers.

reconstruit paraît lui-même chaotique. Des détails matériels, comme les mains cousues sur les costumes des personnages, qui semblent freiner leur action, ou connoter leur caractère par des gestes symboliques, les déréalisent aussi évidemment. Les bienséances, qui nous épargnent la représentation des bûchers et des viols, jouent aussi, en partie, dans le sens d'une épuration de l'action qui se réduit souvent à du discours.

Sang et roses représente donc les conflits entre des lois et des absolus singuliers, que le spectateur est invité à considérer avec du recul. Le temps de l'histoire passe, mais remanié, et fragmenté, dans un espace fictionnel qui le rend disponible au hors-temps des questions juridiques, et redéployable vers le présent et le possible. La suspension de la croyance ne signifie pas l'éviction du sensible au profit du raisonnement, et la pièce affronte la complexité de l'individu sensible comme du transcendant. Elle dépasse en tout cas le non-sens que l'on a reproché aux (post-)modernismes du XXe siècle de cultiver, pour finalement refuser tout jugement de valeur sur le monde. Dans son rituel scénique complexe qui ébranle vivement, mais non violemment, le spectateur, *Sang et Roses* sensibilise aux problèmes que rencontre le droit aujourd'hui, et qu'Antoine Garapon signale comme recevant un traitement de médiation sociale ou des ritualisations grand public partiales[17]. Par la dimension historique et le jeu sur les universels, ce théâtre retrouve une fibre démocratique fondée – c'est toujours son défi – sur l'attention portée aux cas marginaux.

Le doute que l'Église s'est longtemps interdit, alors qu'elle participait étroitement à la définition des crimes, continue à s'accompagner d'une exigence de justice en ce début du XXIe siècle : le droit peut et doit encore améliorer sa compréhension et sa capacité de représentation de l'homme. Jeanne d'Arc a été largement réhabilitée, Gilles serait emprisonné plutôt que tué aujourd'hui, mais il ne servirait pas de leçon sacrilège et délirante sur la place publique. D'autres questions sont abordées de façon secondaire. La dissimulation de son corps par la femme, au nom d'arguments théologiques et juridiques, est évidemment d'actualité. L'habit, au théâtre, fait sens : quel malaise quand Jeanne revêt le manteau de la reine, puis quel scandale quand le roi lui donne celui de Cauchon, à elle que son armure, qui masque ou inverse son sexe, fait accuser d'impiété scandaleuse ! Gilles, lorsqu'il ôte la sienne, aime à s'habiller en prélat, et on lui reproche son homosexualité. En 2011, une pièce consacrée par Lanoye à Jeanne et à Gilles, aux prénoms si consonants, aborde le « transgenre » ! Ce ne sont pas seulement différents traumatismes de la modernité qu'elle évoque, comme la pédophilie, les tortures exercées en prison, la collaboration, les corps que l'on mutile avant de les brûler : elle interroge aussi cette identité aujourd'hui caractérisée par les mutations, les ressemblances et les possibles.

17 - Cf A. Garapon, Le devenir du rituel judiciaire ?, in Ch. Biet et L. Schifano ed, 2003, op. cit.

Sang et Roses ne propose pas d'éléments positifs au droit : la pièce en rappelle l'historicité, rendant hommage aussi aux débats occasionnés, même erronés et choquants, et aux conflits qui l'oppose à de grands irrésolus, mais elle signifie aussi qu'il bouge, peut et doit toujours bouger. Que le droit doive prendre toujours plus en compte le respect de la personne individuelle, particulièrement en pénale, apparaît clairement. Que le droit affronte la folie, le fanatisme, paraît aujourd'hui plus que jamais nécessaire. La question d'une intégration possible du désir, de la passion, par le discours juridique est tout aussi pressante que celle de son intégration du singulier individuel quelconque. Ce qui échappe à la norme instituée et instituante est effectivement du ressort de la passion – l'étymologie fait sens : la passion est ce qui meut et ce par quoi meurent les sujets qu'elle habite. Le tribunal fictif, incapable d'une pensée unifiante, tranche les deux cas de Jeanne et de Gilles par une mort qui ostracise les deux extrêmes, geste dont le caractère absolu et négatif n'a d'égales que les folies des condamnés. La brutalité des bûchers ne peut que se ranger au côté d'un sublime noir, le nourrir : c'est le rôle rêvé pour les héros (comme le déclare Malestroit à Gilles), que la pièce ne laisse pas intacts – en cela aussi, *Sang et Roses* appelle à une réflexion sur le rituel de l'exécution des peines.

Foucault a été sensible à l'infamie[18] de cas très modestes, dont il a collecté les plaintes ou les dénonciations. Caractère de vérité, force noire de celui qui n'a d'ordinaire pas la parole, s'exprimant avec une « théâtralité artificielle et maladroite », autant de caractéristiques textuelles qui bouleversèrent le philosophe. Il y décèle les passions que la littérature se charge d'exprimer, en distinguant ces archives du fabuleux. *Sang et Roses* ne relève ni du fabuleux, ni de l'archive, mais son réalisme historique mâtiné de sublime et tourné vers la question de la justice dans le monde contemporain « s'instaure dans une décision de non-vérité [...], se donne explicitement comme artifice, mais en s'engageant à produire des effets de vérité selon Michel Foucault. » Si le réalisme du siècle classique a révélé le quotidien sous le jeu de la contrainte des pouvoirs, c'est en prenant en charge ce discours de l'infamie, qui peut aussi être formulé, aujourd'hui, à partir d'une réécriture de ces procès du Moyen Âge.

Reprendre cette pensée de la marge en déplaçant son objet permet de concilier ce qui, dans la logique, semble incompatible : le banal qui touche chacun et la démesure qui terrifie et défie. Le théâtre sait ici tenir ce double langage, et c'est à ce prix, non celui d'un pur réalisme sensible, qu'il peut tendre un miroir réflexif performant au discours juridique. La position moralisatrice du doyen Wigmore avait la pertinence nuancée de son temps, ce que l'on ne peut plus entièrement accorder à une philosophie actuelle de la vertu par empathie fictionnelle. *Sang et roses*, pièce du XXI^{e} siècle montre aussi, par des jeux de

18 - M. Foucault, *La Vie des hommes infâmes* [1977], in *Archives de l'infamie*, 2009, Les Prairies ordinaires, coll « essais ».

déréalisation, que le sujet est toujours plus qu'un individu historique quelconque. La fiction littéraire, ici mise en scène, rappelle au lecteur et au spectateur ce qu'il a d'inconnaissable, de grand et de sombre – elle ne sert pas seulement à connaître, mais dit aussi – et peut-être surtout - qu'on ne peut pas tout connaître. C'est une manière de réorienter le beau titre de Mireille Delmas-Marty, qui dit les forces imaginantes dont a besoin le droit[19]. La littérature n'exploite pas qu'une imagination prospective, elle va aussi chercher en-deçà du réel représentable, ce qui défie le langage-système, le langage-logos qui est, par excellence, celui du droit – quand le langage tremble devant les mystères du sujet humain et doit réinventer sa représentation. Plus que jamais, il faut entendre les deux sens de ce terme de « représentation » : possibilité signifiante de prendre la place d'un absent, *mimesis* délicate de l'inconnu, du négatif, et dévolue à un discours plus artistique que le droit. Que la littérature contemporaine veuille à nouveau représenter le monde et qu'elle se préoccupe du droit, c'est certain, et l'on peut sans doute s'en féliciter[20] ; qu'elle ne revienne pas pour autant à un positivisme des grands récits traditionnels (ou du théâtre réaliste), ni à l'allégorie, mais qu'elle hérite des crises de la représentation qui ont émaillé le XXe siècle lui évite de revenir en arrière.

19 - M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit*, tomes 1 à 4, Seuil, 2004-2011.

20 - A. Gefen signale aussi dans ce volume la fin de l'autonomie de la littérature, en confrontant celle-ci à la terminologie juridique.

« IMAGINER A TORT » : LA FICTION, LE MÉDECIN ET LE DROIT

Anne Simonin
Maison française d'Oxford

Janvier 1790, Paris, sous la Révolution, on compterait « *un grand nombre de fous plus qu'à l'ordinaire* ». L'affirmation retient l'attention de celui qui, médecin depuis une quinzaine d'années, accordait aux « causes morales » -le bouleversement politique opéré par la Révolution en était une- une influence décisive sur la folie (on disait alors la manie). Louant les « effets salutaires » de la liberté, Philippe Pinel pointait aussi les « vives angoisses » et le « morne accablement » produit par les événements sur ses patients. Mais, hormis les femmes, celui qui est considéré comme le fondateur de la psychiatrie française, acquis aux principes révolutionnaires et républicains, portait à la connaissance des lecteurs du *Journal de Paris* où était publié son article, un diagnostic plutôt rassurant sur la santé mentale des Français : « *Je me porte mieux depuis la révolution,* entend-on dire à plusieurs personnes que cette expression honore »[1].

L'époque alors était heureuse. Mais déjà les effets ambigus de la Révolution sur la maladie mentale se faisaient sentir. Ces effets négatifs devaient s'amplifier, pour atteindre leur acmé sous la période dite de la

1 - Que Judith Lyon-Caen et Jean-Luc Chappey soient ici remerciés pour avoir initié la discussion et nourri, par leurs remarques, cette réflexion. Florent Brayard, Jacqueline Carroy et Virginie Martin ont également relu et amélioré ce texte.

Article sans titre publié dans le *Journal de Paris*, n° 18, 18 janvier 1790. L'article est repéré et cité par Dora B. Wiener, *Comprendre et soigner. Philippe Pinel (1745-1826) la médecine de l'esprit*, Fayard, 1999, p. 84-85 dans sa seconde publication, celle de *L'Esprit des journaux*, février 1790, p. 365-368, avec cette fois pour titre : Coup d'œil d'un médecin sur les effets de la Révolution opérée en France.

Terreur (mars 1793-juillet 1794). Laure Murat, dans *L'Homme qui se prenait pour Napoléon*, en vient même à supposer que les Français auraient alors « perd[u] la tête », au sens propre et au figuré, la guillotine alimentant une « folie collective »[2].

L'expression « perdre la tête », au sens propre : « avoir la tête coupée » et au sens figuré « devenir fou, et cela se dit aussi de celui qui ne sait plus où il en est » est attestée dans l'édition de 1762 du *Dictionnaire de l'Académie française*[3] : sa polysémie n'est donc pas un legs de la Révolution à la langue. Les catégories de classement des fous à l'époque des balbutiements de la psychiatrie, sont mouvantes : les médecins nosographes de l'époque cherchent justement à les normaliser[4]. Il est donc difficile, sinon impossible, de savoir si la Révolution a eu une incidence quantitative sur leur nombre. L'interprétation de Laure Murat qui établit comme omniprésente « la hantise de perdre leur tête[5] » chez les patients de Pinel sous la Terreur, et dans les années qui suivent, et lie l'objet guillotine à l'événement Révolution me paraît ainsi appeler discussion.

La guillotine cernerait d'une ombre sanglante chaque avancée produite par les nouveaux principes de l'ordre public à partir de 1792, date de mise en service de la machine à mort indolore et rapide. Devenue le symbole de la violence sous la Terreur, la guillotine représenterait, « qu'on le veuille ou non », écrit Daniel Arasse, « le stéréotype » de la Révolution, la preuve par Victor Hugo (Arasse[6]) et l'extension de la folie (Murat). La guillotine, le célèbre rêve de « Maury guillotiné » l'atteste[7], est *aussi* une invention du long XIX^e^ siècle[8], une rhétorique à disqualifier au moins autant qu'une « machine à décapiter », au service de la propagation d'une « légende noire » de la Révolution. Qui de la Terreur ou du long XIX^e^ siècle a réellement installé la guillotine au centre de l'imaginaire révolutionnaire ? En ce qui concerne la Terreur, les choses sont peut-être moins simples qu'il n'y paraît.

I. L'histoire en détail

L'histoire nous est parvenue sous le nom du « cas du tailleur de Bicêtre ». Laure Murat la commente longuement, et la choisit comme l'un des exemples « éloquents » de « toutes les angoisses et les violences »

2 - Laure Murat, *L'Homme qui se prenait pour Napoléon. Pour une histoire de la folie*, Gallimard, 2011, p. 45, p. 95, p. 87.

3 - Édition consultable en ligne : Artfl project. *Dictionnaires d'autrefois*.

4 - *Ibid.,* p. 84 et Dora B. Wiener, *Comprendre et soigner,* op. cit., p. 143.

5 - Laure Murat, *L'Homme qui se prenait pour Napoléon,* op. cit., p. 94.

6 - Daniel Arasse, *La Guillotine et l'imaginaire de la Terreur* [1987], Flammarion, coll. « Champs histoire », 2010, p. 16.

7 - Alfred Maury (1817-1892), protégé par Napoléon III, successeur de Michelet au Collège de France en 1862, devait publier en 1853 un rêve de guillotine qui allait susciter en 1894 et 1895 une vive controverse, et inspirer Freud dans sa *Traumdetung* (1900). Voir Jacqueline Carroy, Observer, raconter ou ressusciter les rêves ? "Maury guillotiné" en question, Communications, n° 84, 2009, p. 137-147.

8 - Ce dernier commençant probablement en 1795 avec la controverse « Sur le supplice de la guillotine » lancée par le professeur Soemmering dans *Le Magasin encyclopédique*, vol. 3, 1795, p. 463-467.

que « cristallise la décapitation »[9] sous la Révolution.

La voici telle que Pinel la rapporte dans la première édition de son *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie* parue en 1800, sous le titre « Essai tenté pour guérir une mélancolie profonde produite par une cause morale » :

« Un ouvrier, durant une des époques les plus effervescentes de la révolution, laisse un jour échapper en public quelques réflexions sur le jugement et la condamnation de Louis XVI ; son patriotisme devient dès-lors suspect dans sa Section, et sur quelques indices vagues et quelques propos menaçants dont il s'exagère le danger, il se retire un jour chez lui tout tremblant et dans une sombre consternation ; plus de sommeil, plus d'appétit, dégoût pour le travail, frayeurs continuelles ; il finit par se croire une victime dévouée à la mort, est désigné comme tombé dans l'égarement et transféré à Bicêtre, après le traitement ordinaire du ci-devant Hôtel-Dieu. L'idée d'être condamnée à périr par la guillotine l'absorbe tout entier nuit et jour, il ne cesse de répéter qu'il est prêt à subir son sort, puisque rien ne peut l'y soustraire. Un travail assidu et l'exercice de sa profession (il était tailleur d'habit) me parurent les plus propres à changer la direction vicieuse de ses idées [...]. Rien ne semble alors manquer à ses désirs [...]. Six mois s'écoulent sans trouble et sans accident ; mais durant les chaleurs du mois de Messidor an V, on aperçoit de nouveaux précurseurs de sa mélancolie [...]. J'abandonnai à cette époque le séjour de Bicêtre, sans cependant renoncer à l'espoir d'être utile à cet infortuné, et voici quel fut l'expédient que je mis en usage dans le cours de l'année. Le surveillant de l'hospice des aliénés de Bicêtre fut prévenu qu'à une certaine époque, une prétendue commission du Corps Législatif se rendrait à Bicêtre pour prendre des informations sur le citoyen et pour l'acquitter s'il était devenu innocent. Je me concerte donc avec trois jeunes médecins, et je charge du principal rôle celui qui a l'air le plus grave et le plus innocent. Ces commissaires en habit noir et avec tout l'appareil de l'autorité, se rangent autour d'une table et font comparaître le mélancolique. On l'interroge sur sa profession, sa conduite antérieure, les journaux dont il faisait sa lecture favorite, son patriotisme. L'accusé rapporte tout ce qu'il a dit, tout ce qu'il a fait, et provoque son jugement définitif, parce qu'il ne se croit point coupable. Pour ébranler alors plus fortement son imagination, le président du petit comité prononce à haute voix la sentence suivante : "Nous commissaires en vertu du plein pouvoir qui nous a été accordé par l'Assemblée nationale, avons procédé, suivant les formes usitées, à l'examen juridique du citoyen, et nous reconnaissons n'avoir trouvé en lui que les sentiments du plus pur patriotisme ; il est donc acquitté de toute poursuite intentée contre lui, et nous ordonnons qu'il recouvre sa liberté entière et qu'il soit rendu à sa famille ; mais comme depuis une année, il se refuse avec obstination à tout genre de travail,

9 - Laure Murat, *L'Homme qui se prenait pour Napoléon*, *op. cit.*, p. 95-96.

nous jugeons convenable qu'il soit encore détenu pendant six mois à Bicêtre, pour y exercer sa profession en faveur des aliénés, et nous rendons le surveillant de l'hospice, responsable, sur sa tête, de l'exécution du présent arrêté". On se retire en silence et tout annonce que l'impression produite sur l'esprit de l'aliéné a été des plus profondes [...] l'impulsion était donnée, il ne restait plus qu'à la soutenir par un travail constant du corps ; mais il était entièrement perclus de ses membres par l'habitude et l'obstination de rester couché sur le pavé humide : l'inaction reproduisit bientôt les traces de son ancien délire, ce qui fut encore favorisé par l'imprudence qu'on eut de lui indiquer comme une simple plaisanterie la sentence définitive qu'on lui avait prononcée au nom de l'Assemblée nationale. J'ai regardé depuis cette époque son état comme incurable[10].»

La citation quasi-intégrale permet d'accorder une importance aux détails qu'élimine, par nature, un résumé même fidèle : elle permet en particulier de dater cette histoire. C'est d'ailleurs un des enjeux centraux de l'interprétation ici proposée.

Pinel prend ses fonctions de « médecin des infirmeries de Bicêtre », le 11 septembre 1793 (soit une semaine après la « mise à l'ordre du jour » de la Terreur). Le tailleur est-il alors du nombre de ses patients ? Ou n'entre-t-il à Bicêtre qu'au moment de ce qu'il est convenu d'appeler La Grande Terreur, entre le printemps et l'été 1794 ? La seule indication objective, en réalité, permettant de dater l'histoire, est moins l'appréciation de Pinel – « l'une des époques les plus effervescentes de la révolution » – que la nature du crime que le tailleur pense avoir commis : la critique publique de la condamnation et de l'exécution de Louis XVI, le 21 janvier 1793. C'est l'un de ces « crimes de parole[11] » qui pouvait être poursuivi devant le tribunal révolutionnaire depuis le printemps 1793, mais ne devient passible de la guillotine qu'un an plus tard, quand la Terreur ressuscite en quelque sorte le blasphème[12], et que l'on peut alors être « guillotiné pour une chanson[13]».

L'histoire que rapporte Pinel est donc bien une histoire qui se déroule sous la Terreur mais est aussi une histoire de la longue durée, à l'échelle du temps révolutionnaire en tout cas. Commencée probablement au printemps-été 1794, elle se poursuit sous la période thermido-

10 - Philippe Pinel, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie*, Richard, an IX [1800], p. 234-237. Laure Murat, *L'Homme qui se prenait pour Napoléon, op. cit.,* p. 98, remarque que dans la seconde édition de son traité, parue en 1809, sous le titre un peu différent de *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, Pinel reprend « mot pour mot » le début de l'histoire, mais supprime « toute la partie sur le subterfuge malheureux ».

11 - Richard Mowery Andrews, *Boundaries of Citizenship : The Penal Regulation of Speech in Revolutionary France*, *French Politics and Society*, vol. 7, n°3, été 1989, p. 93.

12 - Sur la distinction entre la phase « éthocratique » et « théocratique » de la Terreur, voir Anne Simonin, *Le Déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité (1791-1958),* Grasset, 2008, p. 303, 307-315.

13 - Abbé J.-B. Laborde, Bernard Guichot et Jacques de Nays guillotinés pour une chanson en 1794, Bulletin de la société des sciences, lettres et arts de Pau, t. XLIV, 1922, p. 161-176 ; t. XLV, 1922, p. 21-24 ; t. XLVI, 1923, p. 187.

rienne ouverte par la chute de Robespierre, et se conclut trois ans plus tard, en « messidor an V » (soit juin 1797), sous le Directoire. Cela fait alors longtemps, presque deux ans, que Pinel n'est plus à Bicêtre, mais médecin-chef à la Salpêtrière – où il a été nommé le 14 ventôse an III (4 mars 1795)[14]. Pinel continue donc de suivre à distance certains malades, et ce grâce à l'aide et la complicité d'un homme, celui qu'il désigne dans le texte comme « le surveillant de l'hospice des aliénés de Bicêtre ».

Cet homme, c'est Jean-Baptiste Pussin, cet ancien fou devenu « gouverneur des fous » qui fut, le beau récit de Marie Didier l'atteste, une rencontre déterminante pour Pinel[15] ; le partenaire d'un « travail confiant qui ne faiblira pas[16].», dans le cadre d'une collaboration ininterrompue, même lorsque les deux hommes occupent des postes de responsabilité dans des institutions différentes (Pussin ne rejoindra Pinel à la Salpêtrière que le 15 mai 1802[17]).

Écrasé de travail à la Salpêtrière, comment Pinel trouvait-il encore le temps de continuer à suivre certains malades de Bicêtre ? Est-ce parce qu'il avait, lui aussi, désapprouvé la mort du roi, mais que ses critiques, formulées dans le cadre d'une lettre à son frère[18], n'avait eu aucune incidence sur sa carrière, qu'il se sentait tenu de guérir le tailleur de Bicêtre ? Est-ce parce que cette opinion partagée entre lui, le médecin, et l'autre, le fou[19], attestait la raison de ce dernier, postulat fondamental de la méthode du « traitement moral » inventée par Pinel ? Il devenait dès lors essentiel de convaincre le tailleur de Bicêtre qu'il s'était « imaginé à tort » devoir être guillotiné pour avoir critiqué la mort du roi[20], sa guérison démontrant à la fois la possibilité d'un « traitement raisonnable de la folie » (Hegel), et peut-être plus fondamentalement encore aux yeux de Pinel autre chose. Critique de la mort du roi, Pinel n'en demeurait pas moins républicain : si le tailleur de Bicêtre guérissait, alors, malgré la violence de la secousse historique traversée, la raison d'être républicain, au sens d'adhésion rationnelle et politique au projet révolutionnaire, en sortait renforcée.

Fervent adepte des principes révolutionnaires libéraux (ceux attribués à la Constituante), Pinel aurait, aux dires de ses différents biographes, condamné et fui la Terreur, en abandonnant son poste de

14 - G. Bollotte, « Documents sur Philippe Pinel », L'Information psychiatrique, vol. 44, n° 9, 1968, numéro spécial : « Histoire de la psychiatrie. I^{ere} partie », p. 834. Pinel prendra ses fonctions à la Salpêtrière le 30 germinal an III (19 avril 1795).

15 - Marie Didier, *Dans la nuit de Bicêtre* [2006], Gallimard, coll. « Folio », 2010, p. 131-146 et p. 149.

16 - *Ibid.,* p. 150

17 - *Ibid.,* p. 169.

18 - Lettre à son frère du 21 janvier 1793 dans René Sémelaigne, *Philippe Pinel et son œuvre au point de vue de la santé mentale* [1888] L'Harmattan, 2001, p. 164.

19 - Jacques Postel, Un manuscrit inédit de Philippe Pinel sur « Les guérisons opérées dans le 7^{e} emploi » de Bicêtre en 1794, Revue internationale d'histoire de la psychiatrie, vol. I, n° 1, 1983, p. 81.

20 - Laure Murat, *L'Homme qui se prenait pour Napoléon*, op. cit., p. 97 : « Que l'ouvrier [...] se soit imaginé *à tort*, comme le suggère Pinel, devoir être soumis à la guillotine semble ici très secondaire. »

médecin de la pension Belhomme[21] pour se réfugier à Bicêtre. Il aurait adopté à partir de ce moment-là une posture opportuniste, celle d'un modéré se servant de la Révolution, et de ses appuis dans les milieux scientifiques pour sa carrière, mais en se tenant résolument éloigné de l'arène politique[22].

Prendre au sérieux la fiction que met en place Pinel pour contrer l'imaginaire du tailleur de Bicêtre invite à complexifier sa position quant à la Révolution. Si Pinel est un républicain modéré, ce n'est pas un homme modérément républicain[23]. Critique de la Terreur, Pinel est du côté de ceux qui acceptent la Terreur, non par lâcheté ou pusillanimité, mais parce qu'il la croit fondée sinon sur la justice, du moins sur la loi. Et la preuve de cette croyance réside dans la fiction imaginée par lui pour soigner le tailleur de Bicêtre.

II. Le sous-main juridique de la fiction

La fiction mise en œuvre par Pinel, qu'il qualifie d'« expédient » – « moyen ingénieux auquel on a recourt pour sortir d'une situation délicate » précise le *Trésor de la Langue française* – est d'une drôle de nature. Ce n'est ni une fiction littéraire[24], ni une fiction juridique[25]. Mais une fiction « trompe-l'œil » au sens que les psychanalystes donnent à cette expression : un processus imaginatif parfaitement maîtrisé qui produit une « distance libératrice à l'égard de la passion »[26], ici l'obsession de la guillotine du patient. Pinel mobilise au service de la fiction un fait historique de nature juridique : les commissions populaires mises en place par les décrets de ventôse en l'an II (1794). C'est de la vérité, et non pas de l'illusion, comme dans la fiction littéraire, ou du mensonge délibérément assumé, comme dans la fiction juridique, qu'est censé naître un rapport moins fantasmatique à la réalité de la Révolution.

Aux termes des décrets des 8 (26 février) et 23 (13 mars) ventôse an II (1794)[27], les membres des comités de Salut Public et de Sûreté

21 - Sur la célèbre pension tenue par l'ex-menuisier Jacques Belhomme (1737-1824), rue du Faubourg Saint-Antoine, voir Dora B. Wiener, *Comprendre et soigner*, op. cit., p. 74-75.

22 - Voir en particulier René Sémelaigne, *Philippe Pinel et son œuvre au point de vue de la santé mentale*, *op. cit.,* p. 26 et Dora B. Wiener, *Comprendre et soigner*, op. cit., p. 87-88.

23 - Sur la modération républicaine comme option politique radicale, voir Pierre Serna (dir), Radicalités et modérations en révolution , Annales Historiques de la Révolution française, n° 357, juillet-septembre 2009.

24 - « Fiction littéraire » au sens du *Trésor de la Langue française* : « Une construction imaginaire en vue de masquer ou d'enjoliver le réel ».

25 - Otto Pfersmann, Les modes de la fiction : Droit et Littérature, dans Françoise Lavocat (dir.), *Usages et théories de la fiction. Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens (XVI^e^-XVIII^e^ siècle),* PUR, 2004, p. 41-42.

26 - Raymond Court, Le trompe l'œil, l'art et la psychanalyse, dans *L'Effet trompe-l'œil dans l'art et la psychanalyse,* Dunod, 1988, p. 15.

27 - Les textes figurent, à leur date, dans la *Collection générale des décrets rendus* par les assemblées révolutionnaires dite collection Baudouin. Il convient également de consulter les décrets du 27 germinal an II (16 avril 1794) (art. 3) et du 4 thermidor an II (22 juillet 1794) (art. 1^er^) ainsi que les arrêtés des 23 et 24 floréal an II (13 et 14 mai 1794), 3 prairial an II (22 mai 1794) : ces derniers dans François-Alphonse Aulard, *Recueil des actes du comité de Salut public,* Presses Universitaires de France, 1889-1951, t. XIII, p. 484, 485 et p. 665.

Générale de la Convention décident de trier les « suspects », les individus détenus sur simple présomption dont le nombre atteint alors à Paris 6000 personnes environ. Pour ce faire il est prévu d'instaurer six commissions populaires, chargées de répartir les suspects en trois catégories : les « patriotes arrêtés », sous-entendus à tort, qui seront remis en liberté, les suspects à déporter, les suspects à renvoyer devant le tribunal révolutionnaire. Les commissions populaires participent d'une réorganisation de la justice politique révolutionnaire qui culminera avec la réorganisation du tribunal révolutionnaire par l'une des lois les plus célèbres et les plus sévères de la Terreur, la loi du 10 prairial an II (29 mai 1794). Patrice Gueniffey insiste sur le renforcement des pouvoirs du comité de Salut Public qu'induisent ces commissions, et y voit l'exercice d'une justice plus administrative que judiciaire, se soldant par l'acceptation d'un arbitraire toujours plus grand[28]. Si l'on suit les textes, et l'intention du législateur qu'ils expriment, les commissions populaires apparaissent sous un autre éclairage.

Lorsqu'il en est pour la première fois explicitement mention, dans le décret du 23 ventôse, c'est de « juger promptement les ennemis de la révolution détenus dans les prisons » qu'il s'agit certes, mais pas pour les envoyer à la guillotine. C'est, en effet, la déportation des suspects qui est la tâche prioritaire impartie aux commissions populaires, ainsi qu'il résulte du croisement des dispositions du décret du 8 ventôse qui précise que les ennemis de la révolution « seront détenus jusqu'à la paix et bannis ensuite à perpétuité », avec l'arrêté du 24 floréal : « La commission fera le recensement de tous les gens suspects à déporter [...] [elle] prendra des renseignements exacts sur les individus détenus dans les prisons de Paris ; si elles renferment des patriotes arrêtés [...] » ils seront mis en liberté : « les autres détenus seront renvoyés au tribunal révolutionnaire ». L'ordre dans lequel sont présentées les trois catégories entre lesquelles devront être répartis les suspects (déportés, acquittés, inculpés) est essentiel pour comprendre ce que cherche à faire le législateur révolutionnaire : accélérer, centraliser et contrôler la répression (d'où le lien direct entre les commissions populaires et les deux comités de la Convention) ; fonder la société révolutionnaire sur la justice.

Contrôler la spirale répressive en mettant de l'ordre dans la répression, en libérant les patriotes suspectés à tort et en ne déférant au tribunal révolutionnaire que certains suspects, dont l'acquittement n'est pas exclu[29], est l'un des objectifs des décrets de ventôse qui se veulent sévères mais justes. À cette ambition déjà démesurée vu la faiblesse de l'appareil d'État, et la situation de guerre, extérieure et civile qui radicalise les oppositions, s'ajoute le projet de faire régner, par la justice politique, la justice sociale. C'est là un trait distinctif de la justice politique révolutionnaire que d'identifier l'ennemi pour améliorer le sort

28 - Patrice Gueniffey, *La Politique de la Terreur* [2000], Gallimard, coll. « Tel », 2003, p. 287.

29 - Anne Simonin, Les acquittés de la Grande Terreur. Réflexions sur l'amitié dans la République, dans Michel Biard (dir.), *Les Politiques de la Terreur 1793-1794,* PUR, 2008, p. 183-210.

de l'ami, - les « malheureux » que ces mêmes décrets de ventôse prévoient d'indemniser « avec les biens des ennemis de la révolution ». Si la déportation se généralise alors que le législateur sait qu'il s'agit d'une peine inexécutable (ce sera le cas jusqu'en 1850), ce n'est pas dans un souci humaniste : la déportation permet de substituer la confiscation au séquestre, autrement dit l'aliénation définitive et la liquidation des biens des ennemis de la révolution à leur dépôt provisoire. Désormais, la confiscation des biens, inspirée de la législation applicable aux prêtres insermentés et aux émigrés, est étendue aux suspects. Cette mesure permettra d'améliorer instantanément ou presque, pense-t-on, la situation des « patriotes indigents ». La dimension redistributive de la justice politique révolutionnaire est aussi essentielle que sa dimension répressive.

Des six commissions populaires, deux, voire peut-être même une seule, verra le jour à Paris. Elle siégera une dizaine de fois au Muséum, c'est-à-dire au Louvre, entre le 19 prairial (7 juin 1794) et le 17 messidor an II (5 juillet 1794)[30]. Contrairement à ce qui se produira en province[31], cette commission n'aura qu'une incidence restreinte sur le cours de la justice politique révolutionnaire : François-Alphonse Aulard fait, à tort, remarquer que la commission populaire ne jugea pas[32], mais Albert Mathiez précise qu'il fallut attendre le 1cr thermidor (19 juillet 1794), pour que les deux comités se prononcent, validant ou révisant les jugements prononcés par elle et inscrits sur des listes[33]. Un individu sur quatre-vingt fut, toujours d'après Aulard, acquitté. Quatre-vingt dix-sept autres au moins furent sanctionnés par la déportation, la réclusion assortie de la confiscation des biens.

Être jugé libérable, déporté, voire même renvoyé devant le tribunal révolutionnaire, en dépit de l'ombre menaçante de la guillotine : tout valait mieux que de rester suspect, à la merci d'un arbitraire indéterminé. C'est ce que Pinel et Pussin avaient parfaitement compris : la folie est générée par l'incertitude du sort qu'emporte la catégorie du suspect bien davantage que par la menace de la guillotine. D'où la fiction trompe-l'œil imaginée par eux pour rendre la raison au tailleur de Bicêtre.

---

30 - Voir les dates figurant sur les listes de gens à déporter conservées aux Archives nationales sous la cote F7/4436/1, reproduites dans *Rapport au nom de la Commission des Vingt-Un, créée par le décret du 7 nivôse an III, [...], membres de l'ancien Comité de Sûreté Générale*, par le représentant du peuple Saladin, député par le département de la Somme, Chez Rondonneau, place de la Réunion, ci-devant Carrousel, et Baudouin, Imprimeur de la Convention nationale, 28 Ventôse an III, p. 119-133.

31 - Anne-Marie Duport, « Deux tribunaux d'exception du Sud-Est : le tribunal révolutionnaire de Nîmes et la commission populaire d'Orange » dans *La Révolution er l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale,* PUF, coll. « Université d'Orléans », 1988, t. II, p. 675-685.

32 - François-Alphonse Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, A. Colin, 1909, p. 363 ; le décret du 23 ventôse, cité leur imparti de « juger promptement les ennemis de la révolution », l'art. 4 du décret du 4 thermidor an II, cité, précise : « Les jugements de ces commissions seront révisés par les comités de salut public et de sûreté générale [...] ».

33 - Albert Mathiez, « Les séances des 4 et 5 thermidor an II aux deux comités de Salut Public et de Sûreté Générale », *Annales Historiques de la Révolution Française*, 1927, p. 194.

III.L'imaginaire historique de la Terreur

Comment expliquer que cet épisode de la Terreur, la commission populaire parisienne, qui a eu une incidence faible et une postérité quasi-nulle, ait été connu de Pinel et Pussin, au point de faire un sans faute historique dans la mise en scène d'une de ses séances imaginaires ?

L'exactitude des détails est frappante : les commissions populaires réunissent au départ cinq membres, sous la présidence alternée de Trinchard, juré au tribunal révolutionnaire, et Subleyras, vice-président du tribunal révolutionnaire. L'arrêté du 3 prairial (art. 1cr) précisera « que les Commissions populaires établies à Paris, et portées à cinq membres, pourront juger au nombre de quatre et même de trois »[34]. Ces membres « tiendront une conduite digne du ministère imposant qu'ils ont à remplir »[35]. Pinel et Pussin les habillent de « noir » « avec tout l'appareil de l'autorité ».

L'interrogatoire que subit le tailleur de Bicêtre reprend l'intitulé des rubriques des « tableaux » imprimés, à remplir par les comités de surveillance pour tenir informé le comité de sûreté générale « de la conduite de tous les détenus depuis le premier mai 1789 »[36]. Tout suspect devait ainsi décliner « sa profession avant et depuis la révolution ». Il devait également justifier sa conduite politique - « Le caractère et les opinions politiques qu'il a montrés dans les mois de mai, juillet et octobre 1789 ; au 10 août ; à la fuite et à la mort du tyran ; au 31 mai et dans les crises de la guerre ; s'il a signé des pétitions ou arrêtés liberticides »[37].

Le verdict d'acquittement du tailleur de Bicêtre est juridiquement exact. Sa rhétorique sonne un peu étrange, l'acquittement devant les juridictions révolutionnaires est, de ce que je puis connaître, plus laconique et jamais motivé.

L'un des deux présidents de la commission populaire, François Trinchard, menuisier de son état sera jugé en l'an III (1795) dans le cadre du procès Fouquier-Tinville. Après neuf mois de détention et trente huit jours de débat, il est acquitté le 17 floréal (6 mai 1795) en ces termes : « Que François Trinchard, ex-juré, n'est pas l'auteur des manœuvres et complots, qu'il est convaincu à l'unanimité d'en être le complice, mais à la majorité de six voix, qu'il a agi sans mauvaise intention. Disons que ledit Trinchard est acquitté[38]. » Acquitté comme le

34 - Cité. L'arrêté est de la main d'Herman, le président de la commission des administrations civiles, police et tribunaux, validé par Robespierre, le 28 floréal an II (17 mai 1794). Source : Archives nationales, F7/4436/1.

35 - Arrêté du 24 floréal an II, cité, p. 484. On retrouve la même formule dans l'arrêté du 25 floréal, cité.

36 - Décret du 13 ventôse an II (3 mars 1794), art. III. Coll. Baudouin.

37 - Pour un exemple de tableau de suspect imprimé, voir : F7/4671/4, dossier Michel Déchamps, âgé de 64 ans, détenu par ordre du comité de sûreté générale, chef d'office de la maison d'Orléans père, depuis la Révolution, confiseur « a passé par tous les grades de la garde nationale », « son caractère doux pour tous les patriottes et sévère pour les faire punir quand il le méritait ; s'est bien montré à tous les dangers de la Révolution et dans les crises de la guerre. Nous n'avons aucune connaissance qu'il eut signé des petitions ny arrêté liberticide ».

38 - Source : *Archives nationales, F7/4775/34, dossier 3.*

tailleur de Bicêtre, Trinchard n'est pas pour autant libéré, et ce à cause d'une disposition de la loi des suspects (17 septembre 1793)[39] toujours en vigueur :

« Et à la même audience, [...] après le prononcé de l'ordonnance d'acquit, l'accusateur public ayant pris la parole a dit, qu'attendu que le citoyen Trinchard, qui vient d'être acquitté, était lors de sa mise en jugement en arrestation par ordre des comités de gouvernement, il requerait que ledit susnommé soit réintégré dans la maison d'arrêt où il était détenu avant la mise en jugement[40]. »

Trinchard ne sera libéré, sur décision administrative, que le 19 vendémiaire an IV (11 octobre 1795), soit cinq mois après son acquittement. Où l'on voit que la commission populaire imaginaire juge d'une façon vraisemblable, avec moins d'arbitraire toutefois que la juridiction révolutionnaire : son jugement fixe un terme à l'enfermement (« détenu pendant six mois à Bicêtre »). Il l'investit aussi d'une dimension civique (« pour y exercer sa profession en faveur des aliénés »), attestant la fidélité à l'esprit de la loi révolutionnaire pour laquelle le passage dans la catégorie de suspect n'interdit pas, au terme d'une épreuve, la réintégration dans la communauté politique.

Pourquoi Pinel et Pussin ont-ils de la législation concernant les suspects une vision si informée ? Les suspects sont légion à la Salpêtrière et à Bicêtre, ainsi que l'atteste la citoyenne Ravet. Pour avoir demandé et obtenu un rendez-vous auprès de Robespierre qu'on l'accuse d'avoir voulu assassiner, la veuve Ravet est emprisonnée à La Force puis à la Salpêtrière. Le :

« citoyen qui fût arrêté en même temps que moi pour m'avoir donné le bras le jour que je fus chez Robespierre [...] fut envoyé à la Grande Force, de là transféré à Bicêtre où il a été quatre mois dans les Cabanons et transféré de Bicêtre, en plein jour, sur des charrettes découvertes, liez deux à deux avec les scélérats, exposez aux huées du peuple, et conduit à Lazare, où il en est sorti le 7 fructidor [24 août 1794] ayant souffert de même que moi, une année de détention[41] ».

Ce n'est qu'en 1795 à la Salpêtrière, en 1836 à Bicêtre que les prisonniers politiques ne seront plus reçus, et parfois mélangés, aux fous[42].

Pussin a des contacts fréquents avec la commission des administrations civiles, police et tribunaux[43] sous l'égide de laquelle se mettent en

39 - Art. 10 : « Les tribunaux civils et criminels pourront, s'il y a lieu, retenir en état d'arrestation comme gens suspects [...] les prévenus de délits à l'égard desquels il serait déclaré n'y avoir pas lieu à accusation, ou qui seraient acquittés des accusations portées contre eux. » Coll. Duvergier.

40 - *Ibid.*

41 - Lettre du 14 ventôse an III (4 mars 1795). Source : *Archives nationales F7/4438. Plaquette 8.*

42 - Erwin H. Ackerknecht, *Political Prisoners in French Mental Institutions before 1789, during the Revolution and under Napoleon I*, *Medical History*, vol. 19, 1975, p. 251.

43 - Marie Didier, *Dans la nuit de Bicêtre*, *op. cit.*, p. 160.

place les commissions populaires. Serait-ce lui plutôt que Pinel qui aurait eu l'idée du scénario imaginaire ? L'important demeure le diagnostic : la catégorie juridique qui rend fou, sous la Terreur, n'est pas celle du guillotiné, mais celle du suspect.

Le conventionnel thermidorien, Tallien, à la barre de la Convention dira-t-il autre chose dans son célèbre discours du 11 fructidor an II (28 août 1794) ?

Qu'est-ce que la Terreur ? « La terreur est un tremblement habituel général [...] c'est l'ébranlement de toutes les forces physiques [...] le dérangement de toutes les idées [...] la terreur est une affection extrême [...] »[44]. Le « système de la Terreur » dénoncé par Tallien a pour « pierre angulaire », commentera Bronislaw Backzo, la catégorie du suspect, symbole d'un arbitraire sans fin qui généralise à l'extrême l'insécurité et la peur[45].

Le tailleur de Bicêtre devient « incurable » pour avoir été rendu à son destin de persécuté quand on lui indiqua « comme une simple plaisanterie la sentence définitive qu'on lui avait prononcée au nom de l'Assemblée nationale ». Puisque le jugement qui l'acquittait ne l'est plus, « définitif », alors il redevient suspect, jouet d'une réalité mouvante et menaçante, qui le fait retomber dans la folie, de manière définitive.

Avec l'histoire du tailleur de Bicêtre, Pinel a, peut-être, moins dénoncé la Terreur qu'il n'a souligné comment cet état d'exception demeurait régi par le droit, y compris aux yeux des contemporains critiques dont il faisait partie. Il montre, en tout cas, en mobilisant le droit de la révolution, et en mettant l'accent sur la procédure alternative des commissions populaires, que l'on pouvait sortir de ce « système » la tête sur les épaules.

Mais pour conserver ses esprits, encore fallait-il être en mesure de croire à la fiction qui terrassait la catégorie du suspect, celle du « définitif », – qui n'est peut-être rien d'autre, dans un état de droit, que l'autorité de la chose jugée.

---

44 - *Archives parlementaires*, séance du 11 fructidor an II (28 août 1794), t. 96, p. 56.

45 - Bronislaw Baczko, *Comment sortir de la Terreur. Thermidor et la Révolution*, Gallimard, 1989, p. 80-81.

TROISIEME PARTIE :
DROIT, FICTION ET MORALE

FICTIONS ET VARIATIONS SUR LE DROIT DANS LES RECITS DE DIDEROT

Gabrielle Radica
Maître de conférences en Philosophie à l'Université de Picardie Jules Verne, Amiens, CURAPP (UMR 7319)

Introduction

Dans les récits et contes[1] de Diderot les questions juridiques affleurent partout. Il se peut que l'auteur se penche sur les institutions judiciaires et sur la pratique de la justice : il déploie alors un luxe de détails sur des affaires embrouillées (voir *Les deux amis de Bourbonne*[2]), évoque les professionnels de la justice et de la police, fait porter son attention sur ces objets qui, comme les fourches patibulaires, constituent avec les précédents l'horizon social dans lequel prennent place les propos de Jacques (voir *Jacques le fataliste*[3]). Il arrive aussi qu'il étudie systématiquement les fondements du droit (voir le *Supplément au voyage de Bougainville*[4]).

Or la fiction et l'invention de situations imaginaires sont chez Diderot un moyen privilégié d'exposition et d'analyse des questions juridiques. Le terme de « fiction » désignera ici certes le corpus des récits et contes de Diderot, mais aussi les diverses productions, transformations et inventions narratives qu'il insère dans ses propres récits[5] : qu'il greffe des récits sur un récit préalable ; qu'il propose de changer telle circonstance d'un récit initial, ce qui donne lieu à un nouveau

1 - Regroupés dans le tome II des *Œuvres, Contes*, 5 vol., éd. L. Versini, Paris, Robert Laffont, 1994.

2 - *Contes*, p. 471-481.

3 - *Contes*, p. 713-919.

4 - *Contes*, p. 541-578.

5 - Art. « Fiction », *Encyclopédie*, dir. d'Alembert et Diderot, 17 vol., 1751-1772, Paris, Briasson, t. VI, p. 679 : « production des arts qui n'a point de modèle complet dans la nature ».

récit ; ou que, invitant le lecteur à se promener mentalement d'une position occupée par un personnage à celle d'un autre, il modifie par cette variation imaginative les conséquences que l'on peut tirer de l'histoire – par exemple, « si j'avais été l'héritier ou l'exécuteur testamentaire dans cette affaire, aurais-je décidé différemment du personnage ? » ; enfin, et la fiction est alors plus radicale, qu'il construise le modèle d'une nouvelle législation civile et matrimoniale. Bref, il y a « fiction » chaque fois que Diderot incite le lecteur ou les personnages à le suivre dans ses productions et situations imaginaires, et elle se distingue de la simple hypothèse dans la mesure où une adhésion minimale semble être toujours attendue. Il faut s'imaginer occuper la place proposée par la fiction et non seulement la penser ; or différents procédés y invitent et exploitent cette capacité que nous avons de le faire.

L'usage que fait Diderot des fictions est loin d'être arbitraire, il est réglé et orienté par différents dispositifs argumentatifs et permet d'atteindre des résultats théoriques, comme celui de confirmer l'existence d'une relation liant telle et telle variables. Les fictions de Diderot sont nombreuses et variées : elles sont fécondes pour penser le droit. Elles permettent de produire des « vérités » autrement inaperçues sur cette matière et d'exposer à propos de la justice ce qui ne se réduirait ni en traité juridique ni en principes philosophiques, ou qui y deviendrait plat : entre l'affirmation usée de la relativité de la justice d'une part, et la mise en œuvre de cet argument dans un conte d'autre part, il y a une différence de force persuasive et d'effet sur le jugement. D'où l'utilité de rêver et d'imaginer pour argumenter sur le droit. Je me concentrerai dans l'étude qui suit sur l'usage des fictions dans l'évaluation des questions de droit civil, et plus particulièrement sur deux types de procédés auxquels recourt Diderot.

Le premier procédé emprunte à l'arsenal argumentatif sceptique, que l'auteur connaît bien : il consiste à montrer comment l'évaluation d'une situation juridique varie en fonction du point de vue que l'on a sur elle, du temps[6], du lieu[7], de la société dans laquelle on s'exprime[8]. Quand une proposition dogmatique passe pour absolue et vraie, les sceptiques s'appliquent en effet à convoquer artificiellement une variété de points de vue possibles à son sujet, pour la relativiser et déjouer la violence qu'elle inflige à notre assentiment et qui nous fait adhérer à elle sans suffisamment en juger[9]. Pour qu'elle ne soit plus un dogme, une proposition doit cesser d'être isolée et se voir entourée

6 - Le temps finit par donner raison au chevalier Desroches après qu'il a été pourtant presque lynché pour sa prétendue responsabilité dans la mort de sa femme et de son enfant, *Madame de La Carlière*, p. 538.

7 - Le chapelier qui a mauvaise conscience d'avoir détourné l'héritage de sa femme ressentira beaucoup moins fortement les remords de sa conscience en Suisse qu'en France, *Entretien d'un père...*, p. 494, comme si « la distance des lieux et du temps affaiblissait plus ou moins tous les sentiments, toutes les sortes de conscience, même celle du crime ».

8 - Ce qui est monstrueux à Orou est normal pour l'aumônier (la fidélité contrainte) et *vice versa* (prêter ses filles à l'étranger), *Supplément*, resp. p. 555 et 553.

9 - Voir les dix modes de la suspension du jugement d'Ænesidème et les cinq modes d'Agrippa cités par Thomas Benatouïl, *Le scepticisme*, Paris, GF-Flammarion, 1997, p. 56-69.

d'autres propositions ressemblantes ou différentes qui modifient sa valeur. Dans l'*Entretien d'un père avec ses enfants*, la variation contrôlée et surprenante des points de vue permet à Diderot de montrer à quel point l'évaluation de la justice d'une situation juridique dépend de la position que nous pourrions y occuper. Le point de vue du bienfaiteur désintéressé, des parties prenantes, celui du philosophe, du justicier, des citoyens, du père et de ses enfants produisent des discours différents sur les mêmes situations. Et pourtant loin de viser un terne relativisme qui nivellerait tous les points de vue comme équivalents, l'auteur semble vouloir nous faire changer de perspective, et nous faire considérer une réalité qui se situe à un autre niveau que celui des évaluations individuelles ou même de leur interchangeabilité. Il nous donne à considérer l'ordre savant et maîtrisé dans lequel ces points de vue peuvent être ordonnés et articulés, et par lequel on peut passer de l'un à l'autre, voire comprendre l'un par l'autre, par contraste, comparaison et ressemblance, au vu du système complet qu'ils forment. Le travail de Diderot est celui d'une mise en relation et d'une mise en ordre des fictions qui exercent et informent le jugement.

Le deuxième procédé consiste à inventer des institutions juridiques. Une telle invention peut s'inscrire dans des cadres variables : je comparerai la réinvention individuelle du mariage que propose Mme de La Carlière dans le conte qui porte son nom, avec la réinvention philosophique qu'en donne Diderot dans le *Supplément*.

I. Quelle justice dans les héritages ?

Si les *Deux amis de Bourbonne*[10] impliquent la question du droit et de la justice punitive[11], l'*Entretien d'un père avec ses enfants* engage les rapports du droit et de la justice distributive et commutative : à qui doivent revenir les héritages ? Y a-t-il des cas où il soit injuste d'exécuter les volontés du mort, où il faille en appeler plutôt à l'équité et à l'utilité qu'aux lois ? Peut-on redistribuer de sa propre initiative ce que les lois ne distribuent pas bien, ni à la bonne personne ? Dans les questions pénales, Diderot travaille le jugement que nous portons sur la gravité d'un crime en faisant varier ses circonstances et en rapportant le crime à son contexte[12] ; plus fondamentalement, il relativise l'innocence ou la culpabilité d'un sujet en décrivant les circonstances de son action. Comme ce sont précisément ces circonstances qui font ou défont tout le crime, ou presque, ce dernier ne saurait recevoir de définition substantielle[13]. Pour ce qui concerne le droit civil, notre jugement sur la jus-

10 - *Contes*, p. 471-481.

11 - Diderot présente le tempérament de ces deux amis, meurtriers malgré eux, avec tant de sympathie pour eux que ce caractère quasi animal et irréfléchi, qui les porte à toujours se secourir l'un l'autre, en devient une circonstance atténuante.

12 - Voir Michel Porret, *Le crime et ses circonstances*, Genève, Droz, 1995.

13 - Voir Florent Guénard, « La liberté et l'ordre public : Diderot et la bonté des lois », *Revue de métaphysique et de morale* 1/2005 (n° 45), p. 109-125.

tice des successions est exercé et éduqué par la variation des points de vue que l'on peut avoir sur tel ou tel partage, ainsi que par la réflexion sur des situations qui ressemblent à la première.

L'*Entretien d'un père avec ses enfants ou, Du danger de se mettre au-dessus des lois* traite ces questions de justice par un récit dont la structure est fort complexe et ouvragée. Le père de Diderot, homme si honnête qu'on le requérait parfois pour être arbitre, raconte à ses enfants adultes comment il a risqué jadis de les déshériter. En effet, alors qu'il était appelé pour exécuter le testament du curé Thivet en faveur de nombreux et misérables parents, il découvre malheureusement, en dépouillant les papiers du mort, un testament du curé envers un riche libraire de Paris, certainement ignorant du décès du curé, et que cet héritage ne devrait pas sauver de la misère comme il le ferait en revanche de toutes ces petites gens venues récupérer leur part.

Le cas de conscience qui se pose dans le récit au père de Diderot est clair : doit-il brûler cet acte[14] ou respecter les lois et les volontés du mort ? Or, pour l'éclairer, Diderot l'auteur produit dans sa narration une large série de cas similaires ou opposés, plus ou moins fictifs, et soigneusement choisis. Leur ordre d'apparition importe et les histoires sont avancées comme le seraient des arguments.

Au début de l'histoire du père, un médecin, le docteur Bissei, fait irruption dans la réunion familiale et différentes histoires et hypothèses viennent se greffer sur la narration. Elles viennent à point pour éclairer les implications du désir d'expédient éprouvé par Diderot père à la découverte du testament, désir qui sera ensuite amplifié par le fils. En effet, ce médecin vient de soigner un personnage exécrable et Diderot fils lui demande pourquoi il laisse en vie de tels personnages : ne serait-ce pas un service à la patrie que de les laisser mourir ? De même qu'il serait expédient de brûler le testament du curé, de même, selon une provocation de Diderot fils, on peut se demander s'il ne serait pas expédient que les médecins cessent de soigner les gens dangereux et les scélérats, ou même qu'ils les empoisonnent. Raide sur ce point, le docteur oppose au philosophe les limites de son métier : en tant que médecin, il considère les hommes comme égaux, et soigne le fripon comme l'honnête homme : « mon affaire est de le guérir et non de le juger ; je le guérirai, parce que c'est mon métier ; ensuite le magistrat le fera pendre, parce que c'est le sien »[15]. Le fils Diderot, insatisfait de cette réponse, le pousse dans ses retranchements par une fiction qui porte à l'extrême le mouvement entamé par la précédente :

« Le Docteur Bissei - Et à qui appartient-il de connaître de ses actions ? Est-ce à moi ?

Moi - Non, mais permettez, docteur, que je change un peu la thèse, en supposant un malade qui soit de notoriété publique [...]. Guérirez-vous Cartouche ou Nivet ? »[16]

14 - Sur la validité duquel pèsent au demeurant des circonstances embarrassantes : il est placé dans un endroit qui ne le destinait pas à être trouvé, il est très ancien, il est injuste, voir p. 484-485.

15 - *Ibidem*, p. 486.

16 - *Ibidem*, p. 486.

Le docteur sent la force dangereuse de ces exemples, qui ne peuvent fonder une loi destinée à régir aussi des cas moins graves. Il produit à cette occasion un sorite[17]. Le sorite est une forme d'argumentation prisée par les sceptiques, qui consiste à si bien faire se succéder des cas similaires, par glissements progressifs et transformations insensibles, que l'on réussit à identifier une chose à son contraire[18] : « S'il faisait un pas au-delà [s.e., celui qui appliquerait un tel principe d'utilité], bientôt il ne saurait plus où s'arrêter »[19]. Le médecin suspend donc son jugement par prudence sceptique : il sait que, exception faite des différences tranchées et visibles que l'on peut percevoir, pour ainsi dire, à l'œil nu, entendons, exception faite des oppositions nettes qui emportent l'adhésion du citoyen pressé que justice soit faite, il existe une vaste zone de ressemblances glissantes et donc dangereuses[20]. « Ce que vous me dites de Nivet, un janséniste me le dira d'un moliniste, un catholique d'un protestant »[21]. Le passage s'achève par la comparaison spinoziste du criminel avec un chien enragé. Contre ce principe d'utilité trop grossier pour pouvoir être appliqué, le médecin en appelle donc à l'attention aux cas singuliers et à la responsabilité individuelle.

La fiction de Bissei soignant Cartouche, celle du médecin janséniste négligeant de soigner un moliniste et celle du chien enragé qu'il faut non pas soigner, mais achever, ébauchent ainsi une sorte de *continuum* de cas possibles qui peuvent être pris en charge aussi bien par des fictions que par des histoires réelles, ce qui finit par estomper la différence entre fiction et histoire. Dans ce *continuum*, le lien qui unit les éléments de la série est plus important que les éléments eux-mêmes, et ces histoires une fois mises en relation peuvent en effet être considérées comme les différentes valeurs prises par une variable dans une loi (ici le degré de nocivité d'un personnage à partir duquel on serait autorisé à se mettre au dessus des lois pour le neutraliser). La série complète des cas plus ou moins ressemblants doit être rappelée lorsque l'on veut juger d'un cas précis, parce que, reliant ce dernier à toutes les histoires possibles ou réelles qui l'entourent, elle incite à en faire de même avec les jugements que l'on porte sur ces différentes situations, et à nuancer ces derniers en fonction de ceux que l'on porterait sur des situations comparables.

Le père continue alors son récit mais un chapelier vient raconter à son tour son histoire : ce dernier a tout dépensé et s'est couvert de

17 - Voir de même p. 501.

18 - Sur l'usage plus ou moins honnête que font les sceptiques de la ressemblance, voir Cicéron, *Seconds Académiques*, trad. J. Kany-Turpin, Paris, GF-Flammarion, 2010, § 13-17, et sur le sorite, § 49-50 : « D'abord il faut blâmer les Académiciens d'utiliser ce genre extrêmement captieux de questionnements, généralement désapprouvés en philosophie, qui consiste à progresser en ajoutant ou retranchant peu à peu un élément infime. On l'appelle sorite, parce qu'on parvient à faire un tas en ajoutant progressivement un grain. », p. 173. Cet argument a mauvaise presse parmi les Stoïciens qui recourent à des oppositions conceptuelles qu'ils voudraient fermes et stables.

19 - *Entretien*, p. 486.

20 - *Ibidem*, p. 486.

21 - *Ibidem*, p. 488.

dettes pour soigner sa femme malade[22]. « Je me trouverais, à sa mort, épuisé de fatigues, le temps de mes jeunes années perdu, je ne serais, en un mot, pas plus avancé que le premier jour de mon établissement, si j'observais les lois et si je laissais aller à des collatéraux éloignés la portion qui leur revient de ce qu'elle m'avait apporté en dot. »[23]

De ce fait, poussé par la nécessité, il a soustrait les nippes et l'argent qui revenaient normalement aux collatéraux : « Ai-je bien fait ? Ai-je mal fait ? », demande-t-il[24]. Les questions de ce personnage viennent raviver, au moment où elles s'attiédissaient dans le récit, nos « bonnes » raisons de transgresser la loi : en effet, il se retrouve ruiné par la famille de sa femme s'il obéit aux lois, alors qu'il a été sa vie durant un exemple de dévouement. Alors qu'ils se sentaient incapables de peser les bonnes et les mauvaises conséquences de l'action du père de Diderot, les auditeurs hésitent moins cette fois à condamner l'obéissance à une loi qui encourage à ne pas s'occuper de sa femme malade.

Outre qu'il imprime un ordre réfléchi aux fictions, l'*Entretien* incite sans cesse l'auditeur à se mettre à la place d'autrui et à le faire dans des cas et avec des individus dont la situation varie de façon réglée : si le père de Diderot est plus ou moins tenté de transgresser la loi, son intérêt propre n'est pas en jeu, et en se mettant à sa place, nous hésitons ; mais se mettre à la place du chapelier qui est directement concerné par l'injustice de la loi est une tout autre affaire, nous avons beaucoup moins d'hésitation à pardonner son « crime ».

Or ces deux extrêmes : l'arbitre neutre (Diderot le père au début de l'histoire), et le personnage directement et vitalement impliqué (le chapelier), sont rapprochés par l'achèvement de la description de la situation finale du père dans l'administration du testament du curé Thivet. Au fur et à mesure qu'il raconte l'histoire, le père quitte le statut neutre d'arbitre et se rapproche du statut de partie prenante de la situation, puisqu'après sa conversation avec un prêtre, il apparaît que s'il veut déshériter le libraire égoïste au profit des pauvres, il devra le rembourser et donc déshériter ses propres enfants. Le cas de conscience laisse place au conflit d'intérêts. Et en découvrant que sauver des malheureux se fera à leurs dépens, les enfants du père corrigent leur réaction initiale en fonction de leur tempérament et de leur situation de dépendance sociale : à son frère philosophe qui maintient farouchement sa position théorique malgré le risque de se faire déshériter, la petite sœur chuchote anxieusement : « Est-ce que ton projet est de nous ruiner ? »[25].

Voilà désormais trois types de motif de transgresser les lois installés sur un autre *continuum*, qui ordonne non plus la gravité des cas, mais l'implication des personnes dans la situation : la transgression peut

22 - *Ibidem*, p. 492. « Songez, messieurs, que ma femme m'a emporté, en s'en allant, tout ce que j'ai gagné pendant vingt ans », p. 493.

23 - *Ibidem*, p. 492.

24 - *Ibidem*, p. 493.

25 - *Ibidem*, p. 496.

nous être utile, être utile à nos proches ou à des malheureux. Notre distance avec l'intérêt en jeu modifie notre pitié et notre indignation.

Une troisième caractéristique de la variation des points de vue pratiquée dans ce texte doit être soulignée : nous nous mettons aussi à la place d'autrui depuis un certain savoir qui nous détermine. Diderot sollicite en effet une multiplicité de positions sociales (celle du père qui lègue son bien, du prêtre chargé de défendre certaines valeurs, de la sœur qui attend son héritage) et de paroles de spécialistes : après le médecin qui a rappelé combien son éthique professionnelle est distincte de celle du juge, « un prêtre, un homme de loi, un savant, un philosophe et un homme de bien »[26] sont invités à donner leurs avis experts sur le cas du chapelier. Plutôt que d'inviter chacun à un abandon de son point de vue et à s'abstraire de sa subjectivité en vue de dégager l'impartialité prétendument nécessaire à la justice, Diderot invite ici à additionner les points de vue, dans une sorte de concert des différents métiers, comparable à celui qui est orchestré dans l'*Encyclopédie*. Et le magistrat de réclamer que l'on respecte les lois en acceptant un destin difficile[27], le mathématicien de calculer froidement la ruine du chapelier sans commentaire moral[28], le philosophe de s'indigner de ces lois contraires à la justice : « la philosophie se tait là où la loi n'a pas le sens commun »[29].

Que retiendra l'esprit critique de cet exercice qui est offert à son jugement ? La dernière histoire[30] enchâssée dans cette ramification d'histoires qui freinent sans cesse le progrès de celle du père est celle du cordonnier de Messine, citoyen italien, vengeur masqué improvisé qui, insatisfait de la justice rendue par le souverain de sa cité, décide d'instruire lui-même les affaires criminelles, et de punir les coupables par ses propres moyens. Ce petit cordonnier incarne une fois de plus le désir d'une justice efficace de Diderot fils. Certes, il accélère les procès et les criminels ne se promènent plus en toute impunité dans les rues de sa ville, mais Diderot le prêtre (le frère du philosophe), en rappelant que ce cordonnier est rapporteur et juge à la fois dans les procès qu'il organise, suggère que sa justice zélée n'est qu'une justice expéditive. Le cordonnier a fait le travail du roi comme s'il était à sa place, c'est pourquoi ce religieux ne voit en lui qu'un usurpateur : « avec tout ce beau zèle pour la justice, cet homme n'était qu'un meurtrier »[31]. Le philo-

26 - *Ibidem*, p. 492.

27 - *Ibidem*, p. 493 : « Mon ami, ta position est fâcheuse. (...) Mais il y a des lois, et ces lois ne t'accordent ni l'usufruit, ni la propriété du capital. Crois-moi, satisfais aux lois et sois honnête homme ; à l'hôpital, s'il le faut ».

28 - *Ibidem*, p. 493 : « Le Géomètre – Mon ami, ne m'avais-tu pas dit que tu avais pris environ vingt mille francs ? Le Chapelier – Oui, Monsieur. Le Géomètre – Et combien à peu près t'a coûté la maladie de ta femme ? Le Chapelier – A peu près la même somme. Le Géomètre – Eh bien ! Qui de vingt mille francs paye vingt mille francs, reste zéro. »

29 - *Ibidem*, p. 494.

30 - *Ibidem*, p. 499.

31 - *Ibidem*, p. 500.

sophe sollicité à son tour répartit les torts et engage les personnages à échanger leurs places : « Je condamnerai le vice-roi à prendre la place du savetier, et le savetier à prendre la place du vice-roi »[32]. Par ce procédé pédagogique, le vice-roi doit voir le mauvais effet de sa justice sur les citoyens et le citoyen vengeur doit découvrir la difficulté d'administrer la justice au jour le jour et la pénibilité de cette charge.

Au terme de ces différents détours narratifs, le père propose d'aller dormir, mais le fils s'emporte dans une critique philosophique des lois d'inspiration platonicienne :

« -Mon père, c'est qu'à la rigueur, il n'y a point de lois pour le sage.

-Parlez plus bas.

-Toutes étant sujettes à des exceptions, c'est à lui qu'il appartient de juger des cas où il faut s'y soumettre ou s'en affranchir. »[33]

Les avant-dernières lignes du conte sont donc une tirade contre la généralité des lois et le privilège du sage sur des règles qui sont imparfaites parce qu'elles prétendent régir des cas particuliers trop différents. Mais par un ultime retournement, ce n'est pas au fils philosophe que revient le dernier mot, mais au père qui, dans un argument favorable au conservatisme social et juridique de sceptiques comme Montaigne ou Pascal[34], préfère la sécurité pragmatique des voies générales et légales, à la sagesse ambitieuse qui voudrait traiter chaque cas dans sa singularité et viser une justice parfaite : « Je ne serais pas trop fâché, répondit-il, qu'il y eût dans la ville un ou deux citoyens comme toi, mais je n'y habiterais pas, s'ils pensaient tous de même. »[35] L'exception aux lois est parfois souhaitable, mais elle ne peut devenir à son tour une règle sans que l'on coure un grand risque politique. Diderot le metteur en scène de l'*Entretien* suggère donc une autre philosophie que celle qui est à l'œuvre dans le discours du personnage de Diderot le philosophe, comme si cette dernière contenait potentiellement un risque de fanatisme de la raison. Pourtant, ce dernier retournement est tout sauf est un coup de théâtre, tant l'arborescence savante des fictions de l'entretien avait préparé le lecteur à la compréhension de la prudence finale du père. Loin de juger, par exemple, la légitimité des droits de succession à l'aune d'un état de nature unique, lequel serait de bien peu de secours pour penser la transmission d'une propriété qui n'apparaît de toute façon qu'à la sortie de ce même état, Diderot exerce le lecteur et ses personnages à chercher de façon contextualiste et conséquentialiste les effets des lois, ainsi qu'à comprendre les préjudices singuliers provoqués chez tel ou tel homme par leur application, en nous plaçant dans la multiplicité des situations humaines permettant de la comprendre.

32 - *Ibidem*, p. 501.

33 - *Ibidem*, p. 502.

34 - Voir aussi le texte plus réformiste du *Supplément*, p. 577 : « Nous parlerons contre les lois insensées jusqu'à ce qu'on les réforme, et en attendant nous nous y soumettrons. Celui qui, de son autorité privée, enfreint une loi mauvaise, autorise tout autre à enfreindre les bonnes. Il y a moins d'inconvénient à être fou avec les fous, qu'à être sage tout seul ».

35 - *Entretien*, p. 502.

II. Réinventer le mariage ?

Portant sur une autre partie du droit civil, le conte *Madame de La Carlière* et le *Supplément au voyage de Bougainville* offrent deux pensées du mariage complémentaires, qui bénéficient du recours à des fictions d'un autre type. Dans le premier, une femme essaie de lutter seule contre les mauvais effets du mariage en réinventant le sien[36]. Dans le second, Diderot réinvente le mariage, non pas à l'échelle d'un couple, mais d'une société.

La femme en question est Mme de La Carlière qui s'apprête à épouser le chevalier Desroches, galant homme repenti et sincèrement amoureux d'elle. Afin d'éviter les tortures de l'adultère et de la jalousie, cette femme orgueilleuse et volontaire institue une nouvelle forme de mariage : non contente de se marier devant Dieu, elle passe serment, ainsi que son futur époux, devant des proches qu'elle a réunis en grande solennité[37] pour cette « cérémonie domestique »[38]. Cette fiction contractuelle ne sera-t-elle pas en effet plus efficace, car plus impressionnante[39], qu'un serment à l'Eglise ? Des témoins en chair et en os, souvent présents dans la vie des mariés, ont plus de chances d'influencer le comportement de ces derniers[40] que ne le fera jamais le témoin divin. Telle est la teneur de cette cérémonie qui a lieu la veille de son mariage :

- « Les serments prononcés au pied des autels [...] ont été suivis de tant de parjures, que je ne fais aucun compte de la promesse solennelle de demain. La présence de Dieu est moins redoutable pour nous que le jugement de nos semblables. Monsieur Desroches, approchez, voilà ma main ; donnez-moi la vôtre, et jurez-moi une fidélité, une tendresse éternelles. Attestez-en les hommes qui nous entourent : permettez que, s'il arrive que vous me donniez quelques sujets légitimes de me plaindre, je vous dénonce à ce tribunal et vous livre à son indignation ; consentez qu'ils se rassemblent à ma voix et qu'ils vous appellent traître, ingrat, perfide, homme faux, homme méchant. Ce sont mes amis et les vôtres : consentez qu'au moment où je vous perdrais, il ne vous en reste aucun. Vous, mes amis, jurez-moi de le laisser seul. » À l'instant le salon retentit

36 - Voir Elisabeth de Fontenay, « Le laboratoire du droit naturel. (Sur deux fictions de Diderot) », *La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au code civil*, prés. Irène Théry et Christian Biet, Paris, Editions du Centre Georges Pompidou, Paris, 1989, p. 53-58, qui traite de la pièce *Le fils naturel* et de *Madame de la Carlière* : l'auteure insiste sur le caractère dramatique de cette réinvention du mariage qu'elle met en relation avec la pièce de « théâtre domestique » qui rejoue dans *Le fils naturel* les origines de la famille des protagonistes.

37 - *Madame de la Carlière*, p. 525 : « Après un repas d'apparat, au milieu d'un cercle nombreux, composé des deux familles et d'un certain nombre d'amis, prenant un maintien auguste et un ton solennel, [Madame de la Carlière] s'adressa au chevalier... ».

38 - *Ibidem*, p. 530.

39 - C'est bien ici une impression vive qui est recherchée, au sens où Hume emploie ce terme au début du *Traité de la nature humaine*, quand il l'oppose à l'idée qui n'en est qu'une copie affaiblie et bien moins persuasive.

40 - Si Desroches la trompe, elle menace : « je ferai tout pour que vous ne soyez pas seulement un inconstant, mais pour qu'au jugement des hommes sensés, au jugement de votre propre conscience, vous soyez le dernier des ingrats. », p. 526.

de cris mêlés : « je promets », « je permets », « je consens », « nous le jurons ». Et au milieu de ce tumulte délicieux, le chevalier, qui avait jeté ses bras autour de Mme de La Carlière, la baisait sur le front, sur les yeux, sur les joues. « Mais, chevalier ! »

- « Mais, madame, la cérémonie est faite, je suis votre époux, vous êtes ma femme. »

- « Au fond des bois assurément, ici il manque une petite formalité d'usage. »[41]

Malgré sa réserve ironique, et son allégeance à l'ordre religieux, Mme de La Carlière se fera appeler dès ce jour Mme Desroches, comme si le mariage avait été fait. L'artifice est réussi et réellement instituant car « l'assemblée qui avait commencé par sourire » de cette initiative féminine incongrue « finit par verser des larmes »[42]. L'éloquence du discours réussit à refonder la communauté des proches grâce à l'unanimité qui en découle : « C'est l'effet de ce qui est honnête, de ne laisser à une grande assemblée qu'une pensée et qu'une âme »[43].

Malheureusement, la « bonté » de Desroches le mettra plus tard dans les bras d'une femme pour servir un ami qui lui demande d'intercéder auprès d'elle. Fidèle à son serment, Mme de La Carlière rompt alors ce mariage quand elle découvre le fait, et part habiter chez sa mère. Une cérémonie de divorce symétrique de celle du mariage est organisée[44], lors de laquelle Mme de La Carlière s'habille de la même manière et rassemble les mêmes témoins. Elle rappelle avec force le tribunal domestique formé par elle à ses engagements : « vous ne sortirez point d'ici sans avoir prononcé »[45]. Les témoins pris dans cet engrenage se désolent, mais le divorce domestique est prononcé[46]. Les deux époux dépérissent ensuite misérablement chacun de leur côté, Desroches étant tellement déconsidéré aux yeux de l'opinion qu'il manque même d'être lynché quand Mme de La Carlière meurt, comme s'il en était responsable.

Le conte s'était ouvert sur le spectacle pitoyable de Desroches devenu un pauvre fou, victime « des jugements inconsidérés des hommes »[47] et Diderot rend finalement à ce personnage toute la sympathie qu'il mérite. Desroches a illustré toute sa vie cette prudence qu'il faut appliquer dans le jugement sur les hommes et que réclame désormais Diderot pour lui : Desroches a par exemple renoncé à l'habit ecclésiastique pour ne pas avoir à le souiller ; puis il a abandonné une fonction judiciaire de conseiller au parlement, frappé par une expé-

41 - *Ibidem*, p. 527-528.

42 - *Ibidem*, p. 526.

43 - *Ibidem*, p. 527.

44 - Comparable, suggère Anne Simonin, aux cérémonies de désordination.

45 - *Ibidem*, p. 533.

46 - *Ibidem*, p. 533 : on aurait dû considérer cette demande de M^me^ de La Carlière comme une « sublime mômerie », mais « les choses d'un certain appareil nous en imposent, et [...] nous nous laissons aller à une sotte admiration lorsqu'il n'y aurait qu'à hausser les épaules et rire ».

47 - *Ibidem*, p. 522.

rience qui lui fit comprendre qu'on n'est jamais certain de son fait quand on condamne un homme au dernier supplice[48]. Mais s'il condamne « l'inconséquence du jugement public »[49], Diderot ne condamne pas uniment Madame de La Carlière, et il hésite tout au long du récit entre la reconnaissance de la sublimité de sa vertu et la condamnation de son orgueil destructeur.

Mme de La Carlière a une grande force d'âme et si son application en est monstrueuse, si son effort pour changer les conséquences d'institutions mal faites échoue, c'est moins sa faute que celle des institutions qui demandent des vertus monstrueuses aux individus, et leur imposent une fidélité dont ils sont incapables. Diderot termine le conte en annonçant le *Supplément* :

« Et puis j'ai mes idées, peut-être justes, à coup sûr bizarres, sur certaines actions que je regarde moins comme des vices de l'homme que comme des conséquences de nos législations absurdes, sources de mœurs aussi absurdes qu'elles et d'une dépravation que j'appellerais volontiers artificielle.[50] »

Le *Supplément* est la réponse philosophique et sociale à cette situation dont des individus ne peuvent se libérer seuls : c'est la législation toute entière qu'il faut changer et c'est la valeur que l'on accorde à la fidélité qu'il faut reconsidérer. Une fiction législative répond désormais au problème qui s'est posé aux forces sublimes, mais insuffisantes de Mme de La Carlière, afin que le code de la nature ne soit plus opposé à celui des cités. Si la législation des Tahitiens semble exotique, elle est pourtant plus près de la nature que celle des Européens catholiques, et cette fiction radicale d'un droit civil autorisant la polygamie, l'inceste, le divorce, permet de montrer que les causes des vices et des vertus conjugales étant supprimées, on n'aurait plus de situations telles que celles décrites dans *Mme de La Carlière*.

Conclusion

Les fictions des contes de Diderot sont ainsi des variations possibles qui encadrent et environnent des situations données et permettent au lecteur de relativiser ces situations et de les considérer à leur tour comme des possibles parmi d'autres, de comprendre qu'elles tiennent leur valeur de leur relation à d'autres situations. Dans les questions d'héritage soulevées par l'*Entretien*, c'est la méthode des variations sceptiques qui a permis d'arbitrer entre le désir d'expédient sans cesse renaissant du philosophe impatient et le conservatisme social du père. Dans le couple que forment les deux textes *Madame de La Carlière* et le *Supplément*, les fictions sont des productions utilisées à des fins de

48 - *Ibidem*, p. 522-523.

49 - C'est en effet l'autre titre de ce conte.

50 - *Ibidem*, p. 539.

critique sociale. L'imagination à l'œuvre dans les récits de Diderot n'est ainsi pas incompatible avec une méthode réfléchie, ni avec la possibilité d'atteindre des résultats philosophiques relativement à la justice du droit civil. Le lecteur de ces récits apprend à perfectionner son jugement en comprenant que l'évaluation d'une situation s'adosse toujours à l'évaluation d'autres situations qui s'y rapportent. Ces variations n'ont pas pour finalité de mener à une terne indifférence quant aux questions de justice. Tant s'en faut : il ne s'agit certainement pas pour Diderot de considérer les « vérités » plurielles d'une situation avec un relativisme homogénéisant [51] selon lequel tout se vaudrait en droit, et rien ne serait juste ni injuste[52].

51 - Selon Jean-Claude Bourdin, Diderot n'est pas un sceptique de système, mais il recourt à cette philosophie pour mieux affirmer son matérialisme, voir « Matérialisme et scepticisme chez Diderot », *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, numéro 26 *Diderot, philosophie, matérialisme*, [En ligne], mis en ligne le 04 août 2007. URL : http://rde.revues.org/index971.html. Consulté le 25 août 2011. « Comme méthode d'examen critique [le scepticisme] peut servir d'auxiliaire à un certain matérialisme soucieux de délimiter sévèrement les questions pertinentes, car à la mesure de l'homme et de ses besoins », p. 87-88.

52 - Je remercie José Lefebvre et Anne Simonin pour leurs remarques et précisions sur ce texte, ainsi que François Pépin pour ses suggestions de fond.

FICTION, DROIT ET ESPACE PUBLIC – À PARTIR DE *POETIC JUSTICE* DE MARTHA NUSSBAUM

Solange Chavel
Maître de conférences en philosophie à l'Université de Poitiers

> « À l'analyse, il apparaîtrait qu'il n'est pas absurde de dire que c'est toujours bien du réel que la fiction parle – en un certain sens, de quoi d'autre pourrait-elle parler ? Ceci non pas au sens où elle prétendrait énoncer la vérité d'un réel particulier – même si elle peut aussi le faire parfois, selon des modalités bien particulières – mais en celui où les motifs qu'elle constitue n'ont de sens que réinscrits dans l'ordre du réel, par rapport auquel ils creusent éventuellement des écarts. Pour le dire autrement, on n'a jamais que les chimères de sa réalité[1]. »

Depuis les travaux classiques de Weisberg, les études qui s'intéressent aux relations entre droit et littérature distinguent souvent entre « *Law* as *Literature* » l'étude du droit comme genre discursif et « fiction » d'un genre particulier et « *Law* in *Literature* » l'étude des différentes représentations du droit, du procès et du juge dans les œuvres littéraires.

Le travail que Martha Nussbaum a consacré aux relations entre droit et littérature, et notamment l'ouvrage *Poetic Justice*, paru en 1995 chez Beacon Press, ne se laisse facilement rabattre ni sur l'un ni sur l'autre de ces deux aspects du mouvement « *Law & Literature* ». Martha Nussbaum adopte une démarche différente : elle s'emploie à montrer par l'exemple comment certaines œuvres littéraires peuvent devenir un instrument du raisonnement juridique en vertu du type de regard qu'elles enseignent. La thèse défendue par *Poetic Justice* érige ainsi la littérature en élément fondamental de l'éducation des juristes, parce qu'elle leur permet d'acquérir ou de développer des facultés indispensables à leur pratique.

1 - Jocelyn Benoist, *Éléments de philosophie réaliste*, Paris, Vrin, 2011, p. 43.

Après avoir restitué rapidement l'argument de Nussbaum, je chercherai à mettre en lumière deux types de questions qui présentent un intérêt plus général pour l'articulation « droit et littérature » :

(I) Est-ce vraiment de *littérature* qu'il s'agit dans ce type de débat ? Ne s'agit-il pas plus précisément de *fiction* ou de *récit narratif* ? De fait, il semble souvent que ce qui intéresse Nussbaum dans la littérature soit moins la littérature elle-même qu'un certain type de regard, de perception ou d'exercice de l'imagination qu'elle permettrait d'acquérir. Si tel est le bien le cas, on peut se demander ce que cela change qu'un récit soit littéraire et relève de la fiction, ou qu'il soit de l'ordre du reportage, du témoignage ou du journalisme. Est-ce que le couple de concepts pertinent est véritablement « *Law & Literature* », ou plutôt « *Law & Narrative* » ?

(II) La deuxième question consiste à demander en quoi l'argument de Nussbaum vaut spécifiquement pour le droit : là encore, l'enjeu est d'aller au-delà d'un débat interne sur l'œuvre de Nussbaum pour faire ressortir certains présupposés théoriques de l'usage de la littérature dans le *droit*, plutôt que dans n'importe quelle réflexion de type normatif.

I. La thèse de Martha Nussbaum : la littérature, élément nécessaire dans la formation des juristes

La thèse que Nussbaum expose dans *Poetic Justice*, et qui fonde sa pratique d'enseignante dans les cours qu'elle donne aux étudiants de l'école de droit de l'Université de Chicago, est que la lecture de romans est l'un des instruments indispensables à la formation des juristes.

Au premier abord, on pourrait voir dans cette thèse une reprise de John Wigmore et de l'intérêt que ce dernier manifestait pour les « *Legal Fictions* ». En réalité, la thèse de Nussbaum est plus large : elle ne recommande pas de s'intéresser spécifiquement aux romans qui parlent de droit et de procès. Elle soutient plutôt que le roman, comme genre, est nécessaire aux juristes en vertu du type de connaissance de l'homme qu'il nous apporte :

« *The law students and I read Sophocles, and Plato, and Seneca, and Dickens. In connection with the literary works, we discussed compassion and mercy, the role of the emotions in public judgment, what is involved in imagining the situation of someone different from oneself. We talked about ways in which texts of different types present human beings – seeing them, in some cases, as ends in themselves, endowed with dignity and individuality, in others as abstract undistinguishable units or as mere means to the ends of others*[2]. »

2 - Martha Nussbaum, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, 1995, p. XIV. « Avec les étudiants de droit, nous avons lu Sophocle, Platon, Sénèque, Dickens. À l'occasion de ces œuvres littéraires, nous avons discuté de la compassion et de la clémence, du rôle des émotions dans le jugement public, de ce que cela suppose que d'imaginer la situation d'une personne différente de soi. Nous avons parlé des différentes manières dont différents types de textes présentent les êtres humains : ils les conçoivent parfois comme des fins en soi, doués de dignité et d'individualité, et parfois comme des entités abstraites indiscernables, ou de simples moyens au service des fins d'autrui. » (La traduction par S. Chavel est à paraître chez Flammarion en 2013).

D'après Nussbaum, les textes littéraires sont donc intéressants en vertu de la manière qui leur est propre d'aborder les situations humaines. Ils sont un support particulièrement pertinent pour parler de l'homme et de questions sociales fondamentales. Il s'agit ainsi d'une thèse humaniste forte, qui considère l'écriture littéraire comme une source d'enseignement, en rapport avec une réflexion sur le vrai, le juste et le bien.

À ce titre, l'intérêt de la littérature pour le droit est inséparable de deux engagements théoriques sur la nature de la *rationalité* que le juriste doit mettre en œuvre.

* Le premier engagement théorique porte la trace de l'influence d'Aristote : la rationalité du juriste est une rationalité qui doit faire droit au particulier, se montrer attentive à des situations qu'on ne peut jamais simplement se contenter de déduire de principes préexistants, mais qu'il faut chercher à décrire dans leur singularité pour ensuite réussir à créer du commun à partir d'elles. Cette idée s'articule directement à une thèse substantielle, que Nussbaum a défendu par ailleurs, en faveur de la non-homogénéité des biens qui importent pour la vie humaine.

* Le deuxième engagement théorique porte sur la place des émotions dans le jugement juridique : selon Nussbaum, celles-ci constituent un élément nécessaire au jugement droit et non quelque chose qu'il faille extirper. La rationalité juridique requiert une impartialité semblable à celle que manifeste le « spectateur impartial » de Smith[3] : il ne s'agit pas d'une impartialité exempte d'émotions. L'enjeu consiste à atteindre une émotion qui soit raisonnable, justifiée, mesurée, mais en aucun cas à extirper l'émotion du processus de jugement : elle est au contraire nécessaire pour voir ce qui est pertinent moralement, ce qui est saillant dans une situation.

Quel intérêt particulier présente le roman ? Selon Nussbaum, le roman est l'instrument par excellence qui nous permet de comprendre des vies différentes des nôtres, d'entrer par empathie dans la compréhension d'une situation qui ne nous est pas familière.

Elle en prend pour exemple les cours qu'elle donne sur le roman *Native Son* de Richard Wright : ce récit donne accès à une réalité différente de celle qu'expérimente l'essentiel des étudiants de l'Université de Chicago auxquels s'adresse son cours de « Droit et littérature ». Le roman met sous leurs yeux ce que cela veut dire que de vivre dans le ghetto noir de Chicago, voisin de l'Université mais pourtant séparé d'elle par une frontière impalpable. Un bon juge, selon Nussbaum, doit précisément se montrer capable de cultiver une perception fine de situations qui lui sont étrangères ; il doit être à même d'imaginer *ce que cela veut dire* que de se trouver dans telle ou telle contexte humain.

3 - Adam Smith, *Théories des sentiments moraux* (1759), trad. M. Biziou, Cl. Gautier et J.-F. Pradeau, Paris, PUF, 1999. Par exemple, p. 26 : « Quelle que soit la passion provoquée par un quelconque objet chez la personne principalement concernée, une émotion analogue surgit à la pensée de sa situation dans le cœur de tout spectateur attentif ».

Nussbaum développe ainsi un argument humaniste classique sur le rôle de la littérature comme un vecteur privilégié, et même irremplaçable, pour acquérir un certain type de savoir sur l'expérience humaine ;

« *Gradually I had come to see that what was being sought from such teaching [of law & literature] was the investigation and principled defense of a humanistic and multivalued conception of public rationality that is powerfully exemplified in the common-law tradition. This conception needs defending, since it has for some time been under attack from the more "scientific" conceptions offered by the law-and-economic movement*[4]. »

II. Littérature, fiction ou imagination ?

La position de Nussbaum, rapidement restituée dans la section précédente, permet d'introduire deux questions sous-jacentes à bien des usages de la littérature dans le mouvement hétérogène *Law & Literature*. Selon Nussbaum, la littérature est indispensable parce qu'elle apprend à voir ; elle transforme le regard. Mais est-ce vraiment de littérature qu'il s'agit ? L'élément qui retient l'attention de Nussbaum n'est-il pas plutôt le récit et la narration mêmes ? Quelle place revient à la fiction dans ce dispositif ?

Ces questions surgissent notamment à la lecture des exemples de la perception imaginative et riche que doit cultiver le juge, dans le quatrième et dernier chapitre de *Poetic Justice*. On peut observer par exemple la manière élogieuse dont Nussbaum décrit l'opinion du juge Richard Posner, qui jugeait en appel d'un cas de discrimination sexuelle sur le lieu de travail : une employée de General Motors, seule femme dans un groupe d'hommes, se trouvait constamment en butte à des « plaisanteries » agressives de nature sexuelle. Le premier jugement avait considéré que l'employeur avait fait tout ce qui était possible et ne pouvait donc être condamné. Posner, en deuxième instance, casse le jugement. Nussbaum souligne alors la manière précise et empathique dont Posner décrit le quotidien de l'employée Mary Carr ; elle relève le rôle joué par cette description vivante dans le processus qui conduit à réviser le jugement, maniant avec habileté l'ironie, voire le sarcasme. Nussbaum commente donc les qualités du raisonnement de Posner, et celles de son écriture.

La lecture de Nussbaum peut s'interpréter de deux façons : soit la littérature est indispensable pour acquérir le type de regard dont fait preuve Posner – mais alors il faut un autre argument qui n'apparaît pas explicitement sous sa plume ; soit la littérature est un instrument privi-

4 - *Ibidem*, p. XV. « Peu à peu, je compris que ce qu'on attendait d'un tel enseignement était l'examen et la défense argumentée d'une conception humaniste et pluraliste de la rationalité publique, largement représentée dans la tradition du *common law*. Cette conception a besoin d'être défendue parce qu'elle est soumise depuis quelque temps à une attaque venue de conceptions plus « scientifiques », présentées par le mouvement " droit et économie ". »

légié pour atteindre une capacité qu'on peut cependant acquérir autrement. Mais alors cela signifie que le couple pertinent est non pas *Law & Literature*, mais *Law & Narrative*.

Il me semble que cette deuxième option est plus facilement défendable. En réalité, les arguments présentés par Nussbaum permettent de défendre un certain type de rationalité juridique – qui peut ou pas être cultivée par le roman – en prônant un usage réglé du *récit* dans la motivation des décisions juridiques. Le cœur de la thèse concerne donc moins la relation du droit et de la littérature, que l'intérêt d'inclure un certain type de narration au cœur de nos raisonnements juridiques.

La question initiale se voit donc modifiée : on ne demande plus en quoi le droit aurait besoin de la littérature, mais en quoi le droit a besoin d'un certain type de récit, de narration. La littérature ne vaut alors que comme exercice fictif d'une imagination qu'il faudra mettre en œuvre à bon escient dans les cas réels.

Ce distinguo littérature/narration est important, parce qu'il conduit à faire des recommandations pratiques différentes au juge. Si l'on pense que la littérature comme telle est indispensable, on conseillera au juge confronté à un cas d'adultère de lire des romans qui traitent de ce thème. Mais devra-t-il plutôt se tourner vers *La Coupe d'or* de James, ou préférer les chapitres pertinents de *La Conscience de Zénon* ? Une telle attitude, qui revient à chercher dans la littérature des leçons thématiques devient vite intenable. Elle reviendrait à considérer que la littérature possède un savoir particulier, selon la vision romantique difficilement justifiable d'un auteur littéraire qui aurait une forme d'autorité particulière en vertu de son art.

Si en revanche on pense que c'est la capacité de perception et de narration qui importe, alors la littérature n'a pas ce caractère d'illustration directe ; elle fournit simplement un exemple du type d'attention qu'il faut développer. C'est le fait de lire n'importe quel roman bien écrit qui informera, ou plutôt n'importe quel roman qui se montre particulièrement attentif à faire entendre des voix trop souvent étouffées.

Se dessine ici un usage à la fois plus modéré et plus puissant de la littérature. Je rejoins alors Nussbaum qui souligne que la littérature – ou plutôt certains romans particuliers – peut nous apprendre à tourner notre regard vers les expériences qui sont celles des classes dominées, invisibles.

À ce titre, le roman est en charge d'une mission particulière pour la démocratie qui est celle de représenter *toutes* les voix des participants. S'appuyant sur Whitman, Nussbaum affirme ainsi dans les pages de conclusion de *Poetic Justice* :

« *Whitman summarizes his account of the poet's democratizing mission. It is a mission of imagination, inclusion, sympathy, and voice. The poet is the instrument through which the "long dumb voices" of the excluded come forth from their veils and into the light. To attend to the way things are with the excluded and the despised as well as the pow-*

erful, to insist on participating oneself, through sympathy, in the degradation of the degraded, to accept only what others can have on the same terms, to give voice to the pain of the excluded, the intimidation of the harassed – this is a norm of democratic judgment[5]. »

Il n'en demeure pas moins que cette justification élude la question de la différence entre fiction et non-fiction dans la narration.

III. Une spécificité du droit ?

J'ai mentionné plus haut le fait que l'argument de Nussbaum s'inscrit dans une défense d'une certaine éducation humaniste. C'est un argument sur les exigences pédagogiques d'un certain type de rationalité et d'usage normatif de la raison. Mais il est frappant de voir que l'argument de Nussbaum n'est en réalité pas spécifique au droit. L'argument qu'elle développe sur l'intérêt de la littérature comme manière de cultiver des capacités de perception et d'imagination vaut pour la rationalité publique en général.

Dans le parcours intellectuel de Nussbaum, la défense de la littérature comme une source importante de notre pensée morale s'est d'abord construite en relation avec l'éthique. C'est en particulier en analysant des situations de difficultés morales intimes, mettant en scène les proches, qu'elle a fait l'éloge des capacités d'imagination, de perception et d'invention, que cultivent également les grandes œuvres littéraires. Ainsi, elle s'attachait dans ses analyses de *La Coupe d'or* de James aux qualités intellectuelles et affectives que déployaient Maggie Verver et son père, dans un contexte moral intime et privé. C'est dans un second temps que Nussbaum a affirmé que ces qualités d'imagination et de perception cultivées par la littérature doivent également marquer la vie politique – ce qu'elle a fait de nouveau à partir d'un roman de James, *La Princesse Casamassima*.

L'argument développé dans *Poetic Justice* ne semble donc se rapporter au droit que de manière accessoire. Cet argument est d'abord présenté de manière générale, pour le bien de la vie politique publique comme telle. La figure du juge n'est qu'incidente dans le propos de Nussbaum. L'éloge des capacités narratives valent pour tout citoyen, pour la vie politique comme telle :

« *This play back and forth between the general and the concrete is, I claim, built into the very structure of the genre, in its mode of address to its readers. In this way, the novel constructs a paradigm of a style of ethical reasoning that is context-specific without being relativistic, in*

5 - *Ibid*., p. 119. « Whitman résume sa description de la mission " démocratrisatrice " du poète. C'est une mission d'imagination, d'inclusion, de sympathie, de sensibilité aux voix. Le poète est l'instrument par lequel les " longues voix étouffées " des exclus se dévoilent et parviennent à la lumière. Être attentif à la réalité des choses telles qu'elles sont pour les exclus et les méprisés, aussi bien que pour les puissants, être soucieux de participer personnellement, par la sympathie, à l'humiliation des humiliés, n'accepter que ce à quoi les autres peuvent également accéder, donner une voix à la souffrance des exclus, à l'intimidation de ceux qui sont harcelés : telle est la norme du jugement démocratique ».

which we get potentially universalizable concrete prescriptions by bringing a general idea of human flourishing to bear on a concrete situation, which we are invited to enter through the imagination. That is a valuable form of public reasoning, both within a single culture and across cultures[6]. »

D'où une nouvelle question : le droit ne serait-il pas, eu égard à ces qualités d'imagination et de narration, dans une situation particulière ?

Sur ce point encore, il faudrait prolonger l'argument de Nussbaum pour montrer que le recours à la narration et à la fiction doit obéir à certaines contraintes dans le champ juridique. Lorsque, dans *La Coupe d'or*, Maggie Verver discute avec son père et, au fil d'un échange subtil de paroles, silences, regards, gestes, parvient à une issue moralement satisfaisante pour les deux protagonistes, on se situe en un sens dans un champ normatif qui doit obéir à des règles raisonnables et partagées. Pourtant, en un autre sens, les critères de réussite de ce processus moral nous sont donnés par les deux protagonistes exclusivement, dans leur for intérieur. Dans la situation qu'analyse Nussbaum, Maggie et son père sont eux-mêmes les juges : ils ne doivent convaincre qu'eux-mêmes de la justesse des critères qu'ils appliquent.

L'enjeu de la question est de comprendre si ce recours à la narration doit obéir à des contraintes spécifiques lorsqu'il se déroule dans le champ juridique, d'autant que, comme le reconnaît Nussbaum, la narration n'est *qu'un aspect* du raisonnement juridique :

« *The literary imagination is a part of public rationality, and not the whole. I believe that it would be extremely dangerous to suggest substituting empathetic imagining for rule-governed moral reasoning, and I am not making that suggestion. In fact, I defend the literary imagination precisely because it seems to me an essential ingredient of an ethical stance that asks us to concern ourselves with the good of other people whose lives are distant from our own*[7]. »

D'autres éléments spécifiques au droit s'imposent en effet si l'on s'intéresse non seulement aux contraintes externes à la narration, mais également à ses contraintes internes, qui découlent du fait qu'elle doit alors prendre place au sein d'une argumentation publique.

---

6 - *Poetic Justice, op. cit.*, p. 8. « Cet aller-retour entre le général et le concret est, à mon avis, inscrit dans la structure même du genre, dans sa manière de s'adresser à ses lecteurs. De cette manière, le roman construit un paradigme d'un type de raisonnement moral qui est sensible au contexte sans être relativiste, où nous atteignons des prescriptions concrètes potentiellement universalisables en comparant une idée générale de l'épanouissement humain avec une situation concrète, où nous sommes invités à pénétrer en imagination. C'est là une forme précieuse de raisonnement public, à la fois au sein d'une culture particulière, et entre différentes cultures. »

7 - *Ibidem*, p. xvi. « L'imagination littéraire est un élément de la rationalité publique ; elle n'en est pas le tout. Il serait, à mon sens, tout à fait dangereux de vouloir substituer l'imagination empathique au raisonnement moral guidé par les règles, et je ne suggère rien de tel. En réalité, je prends la défense de l'imagination littéraire justement parce qu'elle me semble être un élément indispensable d'une attitude morale qui nous demande de nous intéresser au bien de personnes étrangères, dont les vies sont éloignées des nôtres. »

L'usage de l'imagination par le juge est plus (ou différemment) contraint de celui qu'il peut faire en tant qu'individu privé, dans ses relations avec ses proches. À la différence du dialogue de Maggie Verver et son père, la narration du juge doit trouver une pertinence plus large dans la sphère publique. En d'autres termes, la question se pose de l'autorité du récit, de l'imagination et de la narration dans un type de raisonnement qui est contraint par une nécessité de représentativité publique. Si le juge doit chercher à bien traiter les personnes qu'il a sous les yeux, il n'est pas dans une situation d'invention où la seule contrainte soit l'accord avec *un* autre. Il est en situation de représenter l'ordre normatif qu'une société donnée, dans son ensemble, a décidé de respecter. Il doit rendre compte publiquement, donner un récit qui puisse être partagé, donner une description sur laquelle on puisse débattre. Il doit opérer à partir de représentations qui doivent être partageables, comprises, susceptibles de gagner l'assentiment.

La question massive qui surgit alors est celle de la gestion du désaccord. Les impressionnants débats interprétatifs qu'a suscités, au sein du seul courant « *Law & Literature* », le texte de *Billy Budd, Sailor* de Melville suffisent à montrer combien la construction d'un accord normatif sur la portée d'un récit est problématique. Cette remarque nous reconduit directement au problème initial, qui est d'ordre hermé´neutique : comment juger à partir de récits, à partir de narrations ? Qu'est-ce que critiquer un récit ? Si le droit n'est pas simplement une manifestation d'autorité de la part du juge, mais qu'il essaie de s'appuyer sur une manière commune et partagée d'instituer la société, qu'est-ce que doit savoir le juge, comment doit-il s'y prendre ?

L'enjeu qui s'ouvre alors pour le mouvement « *Law & Literature* » est d'organiser une réflexion sur la critique des représentations collectives : qu'est-ce que cela veut dire que de décrire, mettre au jour, puis critiquer nos représentations collectives, les images et les récits par lesquels nous structurons nécessairement nos attentes vis-à-vis du monde, qui constituent un arrière-plan d'attentes légitimes et qui nous permettent de construire quelque chose comme un monde commun – ou le désir d'un monde commun, même s'il est fréquemment fracturé par le désaccord ? De quel droit Wright, dans *Native Son*, peut-il être considéré comme un porte-parole autorisé du ghetto noir de Chicago ? En quoi l'histoire de Bigger Thomas nous instruit-elle ?

Employée de la sorte, la littérature devient l'un des lieux où nous bâtissons un savoir commun d'arrière-plan. Elle devient un instrument pour expliciter les narrations extérieures qui nous traversent. Remarque qui reconduit à l'idée plus générale d'une herméneutique, et à Weisberg, qui ouvrait cet article : « [Le mouvement] Droit et Litté´rature incite à` penser les institutions narratives qui structurent la vie politique, et contribue a` la thé´orie et a` la pratique de la de´mocratie en encourageant une lecture soigneuse du discours des autorité´s ainsi qu'une participation civique é´nergique de chaque individu. La tâche primordiale de Droit et Litté´rature est, de mon point

de vue, d'unir le discours litté´raire et le discours juridique afin d'ouvrir la voie d'une hermé´neutique honnêˆte, et d'une compré´hension plus stable et solide du monde tel qu'il est[8] ».

Conclusion

Le travail de Nussbaum permet de poser la question de la valeur du « & » dans l'expression « *Law & Literature* ». Ce travail, en effet, présente une défense convaincante du lien « *Human normative reasoning* » et « *Narrative imagination* ». En revanche, il présente peu d'arguments qui fassent de « *law* » and « *literature* » autre chose que des cas d'espèces de ces deux catégories plus générales. Peut-être l'argument de Nussbaum s'applique-t-il plus particulièrement pour la littérature, conçue comme forme particulière d'imagination narrative ; mais une telle position suppose d'adhérer à des thèses discutables sur une forme intrinsèquement littéraire de narration. En tout cas, il ne me semble pas qu'on puisse trouver chez Nussbaum d'argument qui décline les spécificités de l'imagination juridique, par opposition à d'autres formes d'imagination normative.

Le travail de Nussbaum nous conduit donc sur le seuil d'une question qui reste à explorer. Le droit est une forme de raisonnement normatif humain bien particulier et qui a ses contraintes propres. Si l'on accorde à Nussbaum l'idée que certains types de récits sont indispensables à un raisonnement normatif sain, alors il reste à s'interroger sur les contraintes propres au juge. Cela conduit dans une direction passionnante qui consiste à demander de quelle manière on peut utiliser les récits, les narrations et les images non pas pour raffiner son propre jugement, mais pour conduire une critique des représentations sociales qui ait une prétention raisonnable à la publicité et à l'accord public. C'est une manière de croiser la critique des représentations inhérente à toute démocratie vivante avec cet instrument de pensée que peut être le récit narratif.

8 - Richard Weisberg, Vérité démocratique et spécificité romanesque, Raisons politiques 3/2007 (n° 27), p. 71-89. URL : www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2007-3-page-71.htm.

DES USAGES DE LA FICTION POUR PENSER LES DILEMMES ETHICO-JURIDIQUES DE PRIORISATION DES VIES

Frédérique Leichter-Flack
Maître de conférences en littérature comparée,
Université Paris ouest Nanterre

Le propos de cet article vise à explorer plusieurs modes de recours à la fiction pour penser les dilemmes de priorisation des vies. De tels cas de conscience, donnant à arbitrer à droits égaux entre des vies de valeur égale, sont l'un des points de passage obligés de toute réflexion éthico-juridique. Qui doit vivre quand tout le monde ne peut pas vivre ? Comment choisir qui sacrifier quand on ne peut pas sauver tout le monde ? Aujourd'hui que les risques vitaux de l'engagement politique ne sont plus au cœur de notre actualité, c'est essentiellement dans le domaine de la santé publique, et en particulier à propos des situations d'urgence médicale collective, que ces enjeux apparaissent le plus nettement. Et c'est là que le recours à la fiction y est le plus repérable, selon différentes modalités que je voudrais commenter.

Les récentes menaces de pandémies grippales ont ainsi relancé une réflexion menée, depuis plusieurs années, dans le cadre des scénarios de préparation à la catastrophe[1]. Comment répartir, dans l'urgence, des ressources de santé forcément inférieures aux besoins, comme des lits dans des services hospitaliers débordés, des appareils de respiration artificielle, des traitements antiviraux ou des vaccins préventifs, de

1 - Voir E. Hirsch (dir.), *Pandémie grippale : l'ordre de mobilisation*, Cerf, 2009.

manière juste et transparente, sans laisser l'émotion, l'arbitraire ou l'influence en décider ? Comment fixer à l'avance des règles acceptables socialement le moment venu? La réflexion sur le rationnement des ressources de santé est très présente dans le débat public américain[2]. Elle est, paradoxalement, quasiment absente du débat français, alors même que c'est en France que le grand public a le plus spontanément tendance pourtant – à tort le plus souvent – à penser la répartition des ressources économiques dans les termes d'un jeu à somme nulle (ainsi par exemple des raisonnements sur le marché de l'emploi). La santé, elle, « n'a pas de prix » chez nous, du moins feint-on de le croire dans le discours public, elle ne saurait donc faire l'objet d'un rationnement ou d'une répartition aux règles publiquement débattues et évaluées... Mais ce refus de regarder les choses en face permet surtout aux décisions politiques prises à propos de rationnement des ressources de santé, de ne pas être partagées publiquement et de rester cantonnées dans la sphère des experts et hauts fonctionnaires.

Les coups de projecteurs lancés, sur ces sujets d'intérêt public, par des menaces pandémiques fortement médiatisées, auraient pourtant pu être l'occasion de faire une part aux perceptions publiques de l'équité sur ces sujets d'intérêt collectif. Car les *worst case scenarios* de l'urgence sanitaire ne sont en réalité que l'état-limite d'un continuum de situations plus banales et quotidiennes dans lesquels les choix de triage, de répartition et de rationnement des ressources médicales, pourtant effectués, ne sont pas publiquement discutés. C'est peut-être, paradoxalement, l'intérêt du débat sur les protocoles d'éthique médicale pour temps de catastrophe, que de favoriser une appropriation citoyenne des critères de répartition retenus, en fournissant l'occasion de sortir ces délibérations du domaine réservé de l'expertise. Il n'est certes pas facile d'évoquer, pour le grand public, des enjeux que les médecins eux-mêmes trouvent terrifiants, mais ce n'est qu'à la condition d'avoir été impliqué dans l'exercice de délibération préalable que le grand public pourra, le moment venu, accepter, sans révolte, comme équitable et juste le principe du triage auquel il devra se mesurer[3]. Mais s'il est essentiel de faire une place aux perceptions publiques spontanées de l'équité, en matière de tri, c'est aussi parce que les experts (qu'ils soient médecins, *policy planners* ou spécialistes d'éthique) ne sont pas forcément les mieux placés pour décider pour le grand public comment il trouvera juste d'être traité en cas de catastrophe. Pour en reconnaître la légitimité, le grand public doit pouvoir retrouver ses valeurs dans les principes guidant le triage et les standards du soin en situation de catastrophe.

2 - Voir par exemple S. Fink, *Rationing Health. An examination of healthcare rationing, allocation and triage in four countries*, enquêtes et entretien (avec D. Wickler), en ligne sur www.rationinghealth.org.

3 - Pour une réflexion générale sur les choix tragiques dont les décisions de triage sont un exemple, voir G. Calabresi, P. Bobbitt, *Tragic Choices*, Norton and Cie, 1978. Voir également M. Sandel, *Justice. What is the right thing to do ?*, Penguin, 2010.

I. Éthique et expérience fictionnelle de pensée

C'est précisément pour prendre le pouls de l'opinion publique, pour mesurer et tester les perceptions publiques spontanées, sur l'équité des protocoles de répartition envisagées en cas de catastrophe, que différents exercices de *public engagement* ont été organisés ces dernières années aux Etats-Unis. De tels exercices font un large usage de la fiction. Celle-ci sert d'abord à se préparer à l'impensable, à s'essayer à l'inattendu, à l'inconnu, à l'imprévisible, en s'entraînant à se projeter dans des situations invraisemblables mais néanmoins possibles ; des scénaristes de Hollywood sont ainsi sollicités, de manière très sérieuse, dans le cadre d'exercice de préparation à la catastrophe. Mais le recours à la fiction se repère aussi, très concrètement, dans l'usage des petites vignettes, des petits scénarios hypothétiques sur lesquels des échantillons de publics divers sont sollicités pour se prononcer. Cet usage de la fiction emprunte au modèle narratif des « expériences de pensée »[4] conçues par les philosophes en support à leur raisonnement sur l'éthique.

Voici un exemple, tiré de l'étude qualitative menée en 2009 dans le comté de King Seattle sur le triage hospitalier et la priorisation des soins médicaux en cas de pandémie grave :

« Au pic de la crise pandémique, le service des soins intensifs de l'hôpital X est débordé. Cinq patients gravement atteints arrivent en même temps : un lycéen de 15 ans, un cuisinier de 34 ans, père de trois enfants, immigré, un officier de police de 23 ans, célibataire sans enfants, une infirmière de 58 ans, mariée et mère d'enfants adultes, contaminée dans le cadre de ses fonctions, et une retraitée de 78 ans, mariée à un homme atteint d'un Alzheimer avancé dont elle est le seul soutien. Admis en soins intensifs, les cinq auraient des chances de survie similaires ; refusés, ils mourront. Première question : deux lits se libèrent. Comment le personnel de l'hôpital devrait-il décider à qui attribuer les lits ? Pourquoi ? Deuxième question : trouvez-vous raisonnable que le personnel hospitalier puisse prendre des décisions en temps réel sur qui doit être soigné en fonction de l'âge des patients ou de leur rôle dans la société ? Pourquoi ? Troisième question : imaginez que la pandémie est terminée ; voici ce qu'il est advenu des patients admis en soins intensifs. Le lycéen de 15 ans a développé une infection et est mort trois semaines après son admission en soins intensifs ; le cuisinier immigré de 34 ans a entièrement récupéré après un mois d'hôpital ; le policier de 23 ans a guéri aussi, mais six mois plus tard il est tué en mission ; l'infirmière de 58 ans s'en est sortie, mais a dû rester très longtemps hospitalisée, et quand elle est enfin en mesure de reprendre son travail, la pandémie est terminée ; la retraitée de 78 ans a dû passer un mois en soins intensifs, mais elle a récupéré et vécu finalement jusqu'à l'âge de 89 ans.

4 - Pour un panorama récent de ce type d'expériences de pensée, voir Ruwen Ogien, De l'Influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine, Grasset, 2011.

Maintenant que vous connaissez la suite, est-ce que cela change votre sentiment des priorités ? Referiez-vous les mêmes choix ? »[5]

Ces questions posées aux panels rassemblés dans le cadre de cette étude qualitative sont intéressantes à plus d'un titre. L'usage des vignettes fictionnelles, en support à ces expériences de pensée sur lesquelles on sollicite le public, fonctionne ici comme une médiation, que les experts ont vocation à décrypter ensuite, pour non pas certes tirer des statistiques de réponses, des règles de triage applicables en situation similaire, mais pour déduire les critères spontanément et implicitement mis en œuvre par le public, dégager les grands principes auxquels le public tient spontanément, et les hiérarchiser. Cela permet ainsi aux experts en charge de la rédaction des protocoles éthiques d'urgence collective, de prendre conscience de l'écart éventuel entre la réflexion éthique menée entre experts et les perceptions publiques : il ne s'agira alors non pas uniquement de renforcer le travail de pédagogie nécessaire à l'acceptabilité sociale des dits protocoles, mais aussi de faire une place aux valeurs que le grand public juge prioritaires.

Pourtant, il y a dans cet usage de la fiction quelque chose d'éminemment problématique. La part de manipulation, la part de l'effet produit par la manière de raconter l'histoire, de mettre une situation en récit, n'est quasiment pas interrogée. C'est l'objection plus générale d'ailleurs que l'on peut adresser aux expériences de pensée construites par les philosophes : ceux-ci varient à l'infini les « détails » mis en œuvre, les circonstances, les attributs des personnes en jeu, faisant varier l'amplitude des caractéristiques fictionnelles du modèle testé, mais le diable n'est pas que dans les détails, il est aussi dans l'art du récit lui-même, l'incontournable part de narrativité mise en œuvre et non interrogée. La troisième question ici posée, qui repose sur une figure de prolepse (« Maintenant que vous connaissez la suite, [...] referiez-vous les mêmes choix ? ») nous en fait prendre conscience, en nous installant à la limite de ce que la fiction peut apporter à l'expérience de pensée.

Une autre objection peut encore être faite au recours à ce type de fictions en support de la réflexion éthico-juridique. La surenchère de détails arbitrairement choisis mobilise l'attention artificiellement. Cette contextualisation fictive est à la fois abondante et abusive, et toujours en deçà de ce que la vraie vie nous donne à percevoir en situation. En fait, les détails ici fournis sont une simulation approximative du dossier médical des différents patients (contenant, pour chaque cas clinique, un certain nombre d'informations personnelles sur le patient). Mais la prise de décision en urgence se fait-elle seulement sur la base du dossier médical ainsi résumé ? D'autres facteurs interviennent peut-être (liés aux émotions spontanées ressenties pour un visage, une famille, une situation entrant en résonance, par exemple...) sont ici négligés –

5 - Nous traduisons. Le compte-rendu en est accessible en ligne, sur http://s3.amazonaws.com/propublica/assets/docs/seattle_public_engagement_project_final_sept2009.pdf.

mais peut-être parce qu'il serait difficile ou risqué d'en tenter un équivalent fictionnel.

L'émotion, facteur clé mais polysémique du comportement en situation de catastrophe, peut-elle être anticipée ? Peut-elle être simulée ? Peut-elle être approchée, prise en compte dans ce type d'expériences de pensée ? Ne se définit-elle pas, justement, comme ce qui, *in situ*, vient toujours déborder tous les plans, et creuser sous la règle du cas général la responsabilité pressante du cas toujours particulier? Dès lors, ne faudrait-il pas, pour en prendre la mesure, faire entrer dans le jeu des perceptions publiques un autre type de fiction – dont la pertinence thématique au regard des situations interrogées pourrait, il est vrai, être plus ténue, mais qui parviendrait tout de même à les éclairer par analogie ?

II. Éthique et fiction littéraire

L'émotion, c'est ce dont une autre expérience de fiction sait, elle, se charger : la fiction littéraire est non seulement capable de moduler l'émotion pour nous en faire expérimenter toute la gamme, mais elle reste, ce faisant, pleinement consciente de ses pouvoirs et offre à ses lecteurs le moyen d'en rester conscients aussi sans pour autant cesser d'en éprouver les effets. Si éloignées soient-elles du canevas nu sur lequel on cherche à raisonner en matière de priorisation des vies, les fictions littéraires sont le reflet le plus fidèle - en contexte - de la réalité possible, celle pour laquelle on doit se fixer des règles de conduite[6]. Comment dégager des règles à partir de cas toujours particuliers, toujours spécifiques ? Et comment, tout aussi bien, en prescrire à partir des seuls principes, toujours débordés par les mille exceptions du réel ? Dans *Crime et Châtiment*, le juge d'instruction Porphiri Petrovitch, avec son ironie hâbleuse et faussement désinvolte, en avertissait déjà ainsi Raskolnikov : « le cas général, n'est-ce pas, celui pour lequel elles sont conçues, toutes les formes, toutes les lois juridiques, celui pour lequel elles sont calculées et mises dans les livres, eh bien, il n'existe pas du tout, pour cette simple raison, déjà, que toute chose, tout crime, par exemple, à partir du moment où il arrive dans la réalité, il devient tout de suite un cas totalement particulier »[7].

J'ai exploré ailleurs[8] un certain nombre d'exemples d'œuvres de fiction littéraire pouvant être lues comme des variations sur le dilemme de choix entre deux vies. Dans le cadre de cet article, je souhaite attirer l'attention sur un exemple qui manifeste le pouvoir de dérangement de l'inscription d'un tel dilemme dans la matière d'un récit littéraire, et permet de comparer l'effet respectif des expériences de pensée et des fictions littéraires.

6 - On renverra sur ce point à la réflexion générale de Martha Nussbaum sur les rapports entre droit, éthique et littérature. M. Nussbaum, *Poetic Justic. The Literary Imagination and Public Life,* Boston, Beacon Press, 1996.

7 - Dostoïevski, *Crime et Châtiment*, traduction A. Markowicz, éd. Actes Sud « Babel », t.2 p. 112.

8 - Frédérique Leichter-Flack, *Le Laboratoire des cas de conscience*, éd. Alma, 2012.

Le roman de Dostoïevski *Crime et Châtiment* opère, à deux moments essentiels de son intrigue, une double mise en abyme d'une expérience de pensée. À deux reprises en effet, une expérience de pensée – invitant à faire un choix de priorisation des vies – est formulée et proposée aux personnages et au lecteur, les entraînant implicitement à appliquer cette modélisation fictive à la situation que l'intrigue du roman raconte. La première occurrence est très connue, il s'agit de la conversation (entre un étudiant et un officier) que Raskolnikov surprend, dans une taverne, six semaines avant le meurtre de la vieille usurière ; cette conversation est retranscrite sur le mode du flashback de souvenir alors que Raskolnikov se prépare à passer à l'acte.

« Attends, je veux te poser une question sérieuse, poursuivait l'étudiant en s'échauffant. [...] d'un côté, cette petite vieille, stupide, absurde, insignifiante, méchante, malade, dont personne n'a besoin, non, qui, au contraire, fait du mal à tout le monde, qui ne sait pas elle-même pourquoi elle vit [...] D'un autre côté, des forces jeunes, fraîches, qui se perdent pour rien, sans soutien, et, par milliers, et, partout ! Cent, mille bonnes actions, bonnes entreprises qu'on pourrait organiser ou redresser avec cet argent de la vieille qui est condamné au monastère ! [...] Si on la tuait, si on lui prenait son argent pour se consacrer, avec, à servir toute l'humanité et la cause commune : qu'est-ce que tu en penses, est-ce que des milliers de bonnes actions ne pourraient pas effacer un seul petit crime de rien du tout ? Pour une seule vie – des milliers de vies sauvées de la pourriture et de la décomposition. Une mort, et cent vies en retour – mais c'est de l'arithmétique ! »[9]

S'il est probable que la plupart des lecteurs sont, eux aussi, comme l'interlocuteur de l'étudiant ici, enclins à s'arrêter sur le seuil de la « nature » et à refuser de légitimer le meurtre du pou humain qu'est – « pour prendre un exemple » – Aliona Ivanovna la méchante usurière, l'argumentation que cette expérience de pensée fait émerger résiste. Sa force de conviction (« une mort, et cent vies en retour - mais c'est de l'arithmétique ! ») non seulement continue à s'imposer à qui s'efforce, une fois le roman refermé, de donner une explication à l'intention qui animait Raskolnikov avant le meurtre, mais elle persiste encore au-delà de la lecture du roman, parmi ces « idées qui traînent dans l'air » dont Dostoïevski disait qu'elles étaient le vrai sujet de son livre. En réalité, elle n'est jamais contredite ou critiquée, sauf par l'effet que la mise en œuvre de tels raisonnements dans le passage à l'acte meurtrier suscite. C'est l'échec de Raskolnikov, et, plus encore sans doute, le deuxième meurtre – le meurtre en trop, celui, injustifiable par de tels arguments, de l'innocente Lizavieta qui ne faisait de mal à personne -, qui prive l'expérience de pensée de son aura, mais est-ce suffisant pour nous en libérer au-delà de la lecture de cette histoire-là ? La seule réfutation de l'expérience de pensée menée au début, passe par l'impression que

9 - Dostoïevski, *op. cit.*, t.1 p. 122.

nous laisse la fiction elle-même, son application contextuelle dans un fait divers concret auquel la littérature s'applique à donner chair.

Et c'est justement parce qu'elle intervient après ce passage par l'expérience grandeur nature que constitue l'intrigue de la fiction romanesque, que la seconde expérience de pensée sonne faux et se désigne comme une manipulation trop visible. Il s'agit cette fois de la « question » formulée, après le meurtre, par Raskolnikov lui-même à Sonia. Cette question est d'emblée perçue par le lecteur – sinon par sa destinataire immédiate, Sonia, encore incapable d'en décrypter les intentions cachées – comme manipulatrice et malhonnête. Mais savoir qu'une expérience de pensée est manipulatoire ne suffit pas à trouver la clé argumentative pour la désamorcer. Lorsque Raskolnikov vient retrouver, chez elle, après les funérailles de son père, une Sonia encore tremblante d'avoir été accusée de vol par la calomnie malveillante de l'horrible Loujine, au lieu d'avouer son crime comme il en avait pourtant l'intention, il a la cruauté de la soumettre à l'épreuve d'une question : « Et moi, justement ce qu'il m'intéressait de savoir, c'était comment, maintenant, vous auriez résolu une « question », comme dit Lébéziatnikov. [...] Non, vraiment, je suis sérieux. Imaginez, Sonia, que vous connaissiez à l'avance toutes les intentions de Loujine, que vous sachiez (à coup sûr) qu'avec elles, ce serait la mort certaine pour Katérina Ivanovna, et pour les enfants ; et pour vous aussi, en plus (parce que, vous vous considérez comme rien du tout, vous, toujours - *en plus*). Polétchka pareil... le même chemin pour elle. Bon, et donc : et si, soudain, tout ça, on vous le donnait à juger : est-ce qu'il doit vivre, lui, sur terre, ou non, c'est-à-dire Loujine, vivre et faire ses saloperies, et que ce soit à Katérina Ivanovna de mourir ? Qu'est-ce que vous auriez décidé : à qui de mourir ? Je vous pose cette question. »[10]

Si l'horrible Loujine vit, la belle-mère et les petits frères et sœurs de Sonia meurent ; si Loujine meurt, Katérina et les enfants vivent : qui doit vivre, demande Raskolnikov à Sonia, et qui doit mourir ?

Le dilemme que Raskolnikov soumet à Sonia est, d'une certaine manière, une version extrême et manipulatrice – adossée au meurtre et non plus au sacrifice collatéral - d'un célèbre cas d'école en éthique, le dilemme du tramway, sur lequel les philosophes ont l'habitude de se pencher, en en multipliant les variantes : vous êtes le conducteur d'un tramway aux freins cassés, lancé à toute vitesse sur une voie principale où cinq hommes sont occupés à réparer les rails, quand vous apercevez, un peu plus loin sur le côté, une voie de traverse sur laquelle se tient...un piéton inconscient du danger. Il s'agit toujours de choisir entre deux maux, et de décider sciemment qui l'on sacrifiera en intervenant. Où passe la frontière du licite et de l'illicite ? La formulation d'un tel dilemme fictif, par Raskolnikov, n'est ici qu'un piège – une manière de réactualiser, un cran plus loin, l'expérience de pensée surgie dans la conversation de l'étudiant et de l'officier de la taverne. Cette fois, si

10 - *Ibidem*, t. 2 p.231-232.

Sonia accepte de se prononcer, elle légitime le principe « une mort contre cent vies » sur lequel Raskolnikov pourra alors s'appuyer pour justifier son propre crime. Si elle refuse de trancher, la voici alors rendue complice du malheur de Katérina et des enfants, puisqu'elle ne veut rien faire – ni même souhaiter – d'efficace pour l'empêcher : l'inaction, l'attentisme, la résignation, ne sont que des complicités avec le mal. Contre ce dilemme dont elle perçoit le risque, Sonia se défend sur le plan des prémisses : « Pourquoi vous demandez ce qui est impossible ? dit Sonia avec dégoût. [...] Mais comment puis-je connaître la providence divine... Et pourquoi vous me demandez ce qu'on ne peut pas demander ? À quoi bon des questions aussi creuses ? Comment ça peut arriver que ça dépende de mon jugement ? Et qui donc m'a mise comme juge, pour dire qui doit vivre et qui ne doit pas ? »[11]

Mais suffit-il de contester la composante idéologique sous-jacente de ce dilemme pour lui ôter son emprise?

Au regard de nos sensibilités modernes, et largement athées, la réponse de Sonia, insuffisante, fait d'elle une bien mauvaise gardienne de l'interdit du meurtre. « La nature, on la change », disait l'étudiant dont Raskolnikov avait surpris la conversation dans la taverne, ouvrant la voie à la justification du meurtre interventionniste. Qu'est-ce qui nous empêche de modifier la donne ? Où est la limite de l'usage de la violence au service du bien ? Contre l'émotion de l'image de la fillette contrainte à faire le trottoir, ou de la mère de famille miséreuse mourant dans la prison où les calomnies de Loujine l'auraient fait jeter, Sonia se protège en se prétendant non concernée. Elle pare au piège en remettant Dieu dans le jeu : ce n'est pas à moi de dire qui doit vivre et qui ne doit pas, répond-elle à Raskolnikov, aucun homme n'est autorisé à assumer le rôle de la Providence. Mais Sonia fait semblant de ne pas comprendre : il ne s'agit pas de « juger », comme elle le prétend, il s'agit d'agir pour modifier le cours des choses, faire le bien et défaire le mal. Bien sûr, le dilemme est malhonnête : toute personne qui veut du mal aux miens n'est pas un obstacle en travers de ma route dont je peux disposer en fonction de mes forces. Mais dans la vraie vie, on ne peut éviter d'avoir à choisir, à agir pour modifier le cours des choses.

Seule la considération d'une situation « réelle », d'un exemple concret, ancré dans un contexte et des circonstances, permet d'échapper à la manipulation de l'expérience de pensée que Raskolnikov impose à Sonia. Le roman de Dostoïevski corrige ainsi, mais de manière extrêmement instable et risquée, ses propres risques argumentatifs, en faisant jouer l'effet de sa « fiction » contre l'effet des « fictions » que ses personnages inventent pour interpréter leur expérience de la vie.

Tant que notre lecture du crime de Raskolnikov ne s'appuie que sur la première expérience de pensée, le seul argument dont on dispose pour contester cet argumentaire tient au meurtre en trop, celui, indu, de l'innocente Lizavieta qui ne méritait pas de mourir. C'est quand on

11 - *Ibidem*, p. 232.

assiste à la tentative de Raskolnikov pour manipuler Sonia à l'aide d'une expérience de pensée perverse que l'on parvient à échapper à la puissance de ce modèle d'interprétation. En tentant d'user de ce recours à une « fiction philosophique » pour déguiser un crime crapuleux en un crime moral, Raskolnikov se trahit. Dans ce roman dangereux, c'est la fiction tout entière (et notamment, la part de la contextualisation propre à la littérature) qui nous protège contre le pouvoir de manipulation d'expériences de pensée qui, prises isolément et extraites de leur contexte d'énonciation, peuvent être convaincantes.

Conclusion

Le roman de Dostoïevski *Crime et Châtiment* nous donne donc le moyen de comparer fiction littéraire et expérience de pensée, ou plutôt, un usage de la fiction contre un autre, un type de fiction (la littérature) contre un autre (l'expérience de pensée de la philosophie morale expérimentale). Parce qu'elle fonctionne, jusqu'à un certain point, comme une expérience de pensée incarnée, grandeur nature, mais exige pour atteindre ses effets que nous nous rendions conscients de son mode de fonctionnement narratif, de son artificialité, de sa puissance de manipulation, la fiction littéraire me semble la mieux à même de corriger les risques des seules expériences de pensée – et de faire rentrer dans le jeu, à une place et dans un rôle qu'il reste à circonscrire dans le débat sur les protocoles éthiques de triage en situation d'urgence sanitaire collective, les émotions auxquelles la vie nous livre. Un bon usage éthico-juridique de la fiction irait ainsi de pair avec une fine conscience des analogies et de leurs limites, entre les expériences de pensée et les situations réelles que la vie offre de connaître, analogies et limites dont la fiction littéraire aide à prendre conscience.

TABLE DES MATIÈRES

Comité de lecture 2

Liste des contributions 3

Préface
par Catherine Grall 5

AVANT-PROPOS

Pour une critique de la raison narrative
par François Ost 13
I. Refoulements et disqualifications du récit 14
II. Le symbole (ou le récit) donne à penser 20

PREMIERE PARTIE :
PRINCIPES DU DROIT, PRINCIPES DE LA FICTION

La "jurisfiction" versus doctrine
par Valérie Varnerot 27
I. La fonction correctrice de la jurisfiction 33
II. La fonction de suppléance du discours doctrinal 37

Procès de la fiction : les théories implicites de la doctrine juridique
par Françoise Lavocat 41
I. Conditions d'apparition de procès pour transgression des frontières de la fiction 43
II. De la violation du droit au nom à l'atteinte à la vie privée 44
III. Le procès de la fiction 49

Le bon père de famille, standard juridique et stéréotype littéraire
par Anne-Marie Luciani 53
I. Standard et stéréotype, clefs du mystère de l'identité du « bon père de famille » 55
II. Standard et stéréotype, clefs du mystère de la longévité du « bon père de famille » 61

Théorie du droit et théorie littéraire
par Alexandre Gefen 67
I. Quelles approches des rapports entre droit et littérature ? 67
II. Jugement critique et jugement juridique 70

DEUXIEME PARTIE : DROIT MIS EN FICTION

La femme adultère et les dangers de l'inconduite au XIXe siècle. Quand la fiction prend fait et cause pour la coupable.
par Sandrine Rabosseau 79
I. La criminalisation de l'adultère féminin 82
II. Les affrontements au sein de la génération romantique ... 82
III. Le roman réaliste et naturaliste, nouvelle tribune pour défendre l'épouse infidèle 87

Justice en utopie : la recherche du système répressif idéal dans les récits utopiques de la fin du XIXe siècle
par Francesco Arru 91
I. La détermination et la détection de l'infraction 93
II. Prévention et exécution de la peine 97

Une pédagogie juridique : les romans de Juli Zeh
par José Lefebvre 105
I. La prééminence accordée à l'individu sur la société 107
II. La prise en compte de la subjectivité de chacun face au droit et à la justice 111

Sang et roses de T. Lanoye (2011) : cas juridiques et individualisation vraisemblable en question au XXIe siècle
par Catherine Grall 117
I. Vraisemblance de l'individu devant la Loi 118
II. Ouverture au transcendant et parallélisme troublant : la fiction ébranle les principes 121
III. Temps de la fiction, temps du droit 124

« Imaginer à tort » : la fiction, le médecin et le droit
par Anne Simonin 129
I. L'histoire en détail 130
II. Le sous-main juridique de la fiction 134
III. L'imaginaire historique de la Terreur 137

TROISIEME PARTIE : DROIT, FICTION ET MORALE

Fictions et variations sur le droit dans les récits de Diderot
par Gabrielle Radica 141
I. Quelle justice dans les héritages ? 145
II. Réinventer le mariage ? 151

Fiction, droit et espace public – à partir de Poetic Justice de Martha Nussbaum
par Solange Chavel 155
I. La thèse de Martha Nussbaum : la littérature, élément nécessaire dans la formation des juristes 156
II. Littérature, fiction ou imagination ? Qu'est-ce qu'apprendre à voir ? 158
III. Une spécificité du droit ? 160

Des usages de la fiction pour penser les dilemmes éthico-juridiques de priorisation des vies
par Frédérique Leichter-Flack 165
I. Éthique et expérience fictionnelle de pensée 167
II. Éthique et fiction littéraire 169

Table des matières 175

Imprimé en France - JOUVE, 1, rue du Docteur Sauvé, 53100 MAYENNE
N° 2038073T - Dépôt légal : décembre 2012