

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de M. Alain-Gérard Slama
(séance du lundi 4 février 2008)

Gérald Antoine : Je m'en tiendrai à ce que vous avez appelé « l'archéologie » de votre large investigation, en posant la question : ne lui arrive-t-il pas de rejoindre - je reprends l'une de vos expressions - la littérature moderne, espace de liberté au regard du droit ?

Lorsqu'il s'agit de la période « archéologique », il n'y aurait place, selon vous, que pour une littérature défendant le droit divin. Vous avez choisi l'exemple illustre d'*Antigone* : les auditeurs de Sophocle se rangent sans hésiter derrière Antigone, fidèle au devoir que les dieux dictent à sa conscience, face à Créon, défenseur inflexible du droit établi, sous entendu par la société humaine. - Mais avant l'*Antigone* de Sophocle il y eut l'*Orestie* d'Eschyle, où la perspective me paraît être tout à l'inverse. Dans le dernier volet de la tragédie, les *Euménides*, le procès d'Oreste est soumis d'abord à la Pythie de Delphes, oracle d'Apollon : elle condamne Oreste et les Erinnyes restent furieuses. Le procès est ensuite porté devant Pallas Athéna, déesse de la Sagesse, à Athènes : même sentence, même fureur des Erinnyes. Mais pour finir, la cause est soumise à l'Aréopage rassemblé, c'est-à-dire au jugement des hommes : Oreste, certes, a tué sa mère, mais il est la victime d'un Destin monstrueux. Les Erinnyes satisfaites deviennent les *Euménides* ou, comme on l'écrit aujourd'hui, les *Bienveillantes*. D'ores et déjà, la littérature, d'Eschyle à Sophocle, est un « espace de liberté » ouvert entre terre et Ciel.

*
* *

Alain Besançon : Cette leçon est très brillante. Peut être durcit elle l'opposition entre le pouvoir du juge exemplifié par l'Angleterre et le pouvoir de la loi, exemplifié par la France. En fait quelque soit le point de départ, loi ou coutume, le juge finit par faire ce qu'il veut.

Dans le monde juif, la thora, descendue du ciel, est filtrée par la michna puis par la casuistique du talmud et le tribunal rabbinique interprète à sa guise. De même dans le monde musulman, la charia est interprétée selon différentes écoles juridiques pour arriver au cadî, qui décide en fin de compte. Dans le monde chrétien il n'y a pas de loi sacrée. Saint Thomas estime qu'il existe une loi éternelle, puis ce que les hommes peuvent comprendre de cette loi : c'est la loi naturelle. Enfin la loi humaine est une application et qu'elle se justifie par la jurisprudence ou par la loi écrite, on arrive au même point. Enfin il y a les mœurs. Dans Tess of d'Huberville, on pend la pauvre Tess et en France on ne l'aurait pas pendue, bien que le meurtre soit puni de la même peine dans les deux pays. Mais en France cela ne se fait pas d'exécuter les femmes.

*
* *

Roland Drago : Vous avez fait une très remarquable communication, mais je regrette que vous n'ayez pas traité le sujet. Vous avez fort bien parlé du droit et de la littérature philosophique, du droit et des grands principes remontant aux principales religions, sans traiter le sujet tel qu'il était formulé. Je ne l'aurais personnellement pas du tout traité de cette manière. La littérature, dans l'acception courante qu'on lui donne, ce ne sont pas les grands principes qui dominent la philosophie et la religion, mais essentiellement les romans et le théâtre.

Les auteurs sont nombreux : Stendhal, Zola, Hugo et surtout Balzac que vous n'avez pas cité. Le droit en cause peut être le droit privé, le droit pénal, le droit administratif. On pense à la faillite si bien calculée de César Biroteau. Pour le droit administratif, une nouvelle de Balzac cite une procédure très rare qui concerne le « conflit de juridiction » qui est tranché aujourd'hui par le Tribunal des conflits et l'était à l'époque par le Conseil d'État.

En guise de conclusion, j'aimerais citer quelques vers de Musset :

*Padoue est un fort bel endroit
Où de très grands docteurs en droit
Ont fait merveille ;
Mais j'aime mieux la polenta
Qu'on mange aux bords de la Brenta
Sous une treille.*

*
* *

Jean-Claude Casanova : J'ai retrouvé sans surprise dans vos propos une opposition entre le système français et le système anglo-américain. Mais, permettez-moi quand même d'exprimer quelques réserves. En effet, le droit romain aussi était dans la procédure accusatoire ; le droit féodal français aussi était dans la procédure accusatoire. Il serait pour le moins osé de prétendre que le droit romain et le droit féodal français s'inscrivent dans le système anglo-américain. Il faut donc relativiser votre position, de même qu'il ne faut pas sans cesse condamner la sécurité sociale ou les divers maux qui affligent notre pauvre monde moderne...

Pour ce qui est du droit et de la littérature, les grands textes qui constituent d'une part les débuts de la philosophie occidentale et d'autre part la force romanesque à partir du XIX^e siècle me paraissent riches d'enseignement, car, curieusement, on trouve au centre de la réflexion philosophique et au centre de la réflexion romanesque non pas le droit, mais ce qui est au cœur du droit, à savoir le procès. Si nous prenons comme exemples *Antigone*, *l'Apologie de Socrate* et la mort de Jésus, nous trouvons trois procès. Or, le procès c'est le conflit entre deux intérêts, entre le bien et le mal ; c'est une tension considérable pour résoudre le conflit et c'est une décision qui fait pencher la balance du côté de la justice. Cela nous montre que, dans la littérature occidentale, le procès est au cœur de la réflexion. La raison en est simplement que le procès fournit la mise en scène des grandes tensions qui caractérisent la nature humaine : Antigone, c'est le droit naturel et Cléon, c'est le droit de l'État.

Au XIX^e siècle, il suffit de prendre le Balzac d'*Une ténébreuse affaire* pour se retrouver dans ce qu'il convient d'appeler un roman judiciaire. Plus récemment, le roman de Simenon *Les inconnus dans la maison* fait ressortir le drame du procès pénal. Ce genre de roman va du reste assurer l'extraordinaire succès du cinéma judiciaire, succès qui s'explique par les mêmes raisons que précédemment : exposition d'un conflit et d'un procès, avec l'extraordinaire dramatisation qui accompagne ce dernier. En conclusion, je dirais que la littérature va au droit parce que le droit va à l'essentiel et que, pour triompher, la littérature a besoin d'aller à l'essentiel.

*
* *

Raymond Boudon : Vous avez évoqué Rousseau et le concept de sympathie. Mais il convient à mon sens de méditer bien plutôt ses textes fondamentaux sur le droit et sur la genèse de la loi, à savoir le *Deuxième discours sur l'inégalité parmi les hommes* et *Le contrat social*. Dans les deux cas, Rousseau a développé une théorie utilitariste et individualiste, très proche de celle de Hobbes ou de Bentham. En fait, cette théorie est sous-tendue par une intuition géniale, à savoir que si l'on prend deux personnes dans l'état de nature, c'est-à-dire soumises ni à la loi morale ni à la loi institutionnelle, et que ces deux personnes tentent de coopérer, elles échoueront. Rousseau l'explique par le fait qu'en l'absence de loi, chacune des deux personnes va essayer de tirer la couverture à elle et, par prudence, va renoncer à la coopération. Il y a là l'intuition d'une figure mathématique formalisée beaucoup plus tard par von Neumann et que les théoriciens des jeux appellent le jeu de l'assurance : A s'assure contre le risque que B ne tienne pas sa promesse en trahissant lui-même sa promesse; B fait de

même, de sorte que l'un et d'autre contribuent à rendre la coopération impossible et par suite les avantages qu'ils en escomptaient.

La solution que Rousseau propose, c'est la contrainte librement consentie, puisque chacun a intérêt à l'accepter. De là ces formules magnifiques connues de tous : *Il faut se couper un bras pour conserver le reste du corps. Il faut forcer l'homme à être libre. Il faut troquer sa liberté naturelle contre la liberté civile.*

Ce que Rousseau écrit sur la sympathie est tout à fait juste, mais il est erroné de se référer à la sympathie à propos du droit car ce sentiment ne joue, à mon avis, aucun rôle dans la théorie rousseauiste de la genèse du droit et de la loi.

*
* *

Jean Mesnard : Si l'on peut montrer que le droit naît de la littérature, on peut aussi montrer que la littérature naît du droit. La littérature vient en effet de cette forme capitale et extrêmement ancienne qu'est la rhétorique. La rhétorique contient en effet tout ce qu'il faut savoir pour écrire ; mais elle est aussi l'art de l'avocat, c'est-à-dire qu'elle a été conçue pour une fonction judiciaire. Lorsqu'il est devant les juges, l'avocat commence par un récit des faits, par une narration. Puis, sur la base de cette narration, il va mener une réflexion – et c'est seulement là que commence le droit.

Je ne crois pas que la littérature, par le biais des émotions suscitées, soit le moyen de mettre en avant des valeurs. Ces valeurs n'ont aucune justification tant qu'elles ne sont pas légitimées par une certaine réflexion. Littérature et droit ne sont compréhensibles l'une et l'autre et l'une par l'autre qu'à partir du moment où on les dépasse en les envisageant sous l'angle de la culture, domaine plus vaste et plus exact que ce que nous avons envisagé jusqu'à présent.

*
* *

Bernard Bourgeois : J'aimerais remonter à la volonté en tant qu'elle est disciplinée à partir de la notion du devoir ou de la loi. Vous avez essayé de mesurer le pouvoir de la littérature sur le droit en considérant un pouvoir de plus en plus restreint. Mais au fur et à mesure que, dans vos trois temps, vous restreignez la prétention de la littérature en ce qui concerne son influence sur le droit, vous justifiez de plus en plus le rôle que vous lui attribuez. Dans la première partie – où vous vous placez dans la perspective anglo-saxonne – vous envisagez l'affirmation selon laquelle la littérature aurait un pouvoir positif total sur le droit, comme si les images littéraires définissaient des modèles juridiques. D'après vos réserves finales, vous avez toutefois considéré qu'une telle affirmation du rôle de la littérature était celle d'un luxe et que, par conséquent, il fallait tirer des textes littéraires autre chose. Vous avez donc envisagé l'existence d'un pouvoir positif limité de la littérature sur le droit ; la littérature comme telle ne crée pas le droit, mais elle le complète. Vous avez envisagé le droit français, modèle du droit continental, et vous avez évoqué Kant en disant – si vous me permettez de caricaturer quelque peu votre propos – que c'était l'universel abstrait et qu'il convenait donc de compléter en revenant à des situations concrètes. À ce moment, vous avez estimé que le droit doit dialoguer avec la littérature afin de dépasser son abstraction.

Je crois que ni Rousseau, ni Kant ne seraient d'accord avec vous. Rousseau est en effet celui qui fait grand éloge du droit et qui, en même temps, dénonce la littérature, comme l'ensemble des autres arts. Kant, pour sa part, considère que la littérature, qui fait partie du beau artistique, n'est rien à côté du beau véritable qui est le beau de la nature. Un artiste peut être une fripouille, mais celui qui découvre du beau dans la nature est nécessairement un être moral car le beau est le symbole du bien. L'irréel de la littérature est l'irréel du jeu. L'irréel du droit est l'irréalité d'un devoir. La littérature s'exprime dans le « je peux » ; le droit s'exprime dans le « je dois ». Il me paraît donc faux d'attribuer à la littérature une influence quelconque sur le droit. Dans un troisième moment, vous avez accordé à la littérature un pouvoir négatif : elle ne peut pas faire le droit, mais elle peut empêcher le droit de dériver. Il est vrai que le droit a été un contenu privilégié de la littérature, mais je me demande s'il ne convient pas de généraliser davantage en considérant que le premier objet de la littérature n'est pas le

droit comme mode particulier de résolution des conflits, mais le conflit lui-même et, en premier lieu la guerre. Homère a précédé les tragiques. Le droit n'est donc ni l'objet unique, ni l'objet premier de la littérature. Peut-être même est-il ce qui permet la littérature en lui fournissant la matière première dont elle se nourrit.

*
* *

Chantal Delsol : Vous avez dit que la fiction contribue à élaborer le droit ; qu'elle exprime les relations juridiques ; qu'elle atténue les rigidités du droit en décrivant les particularités. Mais il me semble que tout cela n'est nullement particulier au droit. La fiction est toujours une image de la société, une préfiguration de celle-ci, un vagabondage hors de cet ordre nécessaire aux sociétés. On aurait pu dire de tous les rapports sociaux la même chose que ce que vous avez dit du droit. Y aurait-il des relations privilégiées entre la fiction et le droit ? Quand on évoque les relations entre la fiction et le droit, je pense immédiatement à La colonie pénitentiaire de Kafka. Estimez-vous, à la lecture de ce texte, que Kafka est un lucide fils de son temps, qu'il est un connaisseur des universelles perversions du droit ou qu'il est un prophète ?

*
* *

François Terré : Il existe une œuvre récente publiée par une grande historienne du droit à Milan démontrant que c'est du côté de l'*Odyssee* que se trouve une démonstration que le voyage d'Ulysse marque la véritable naissance du droit naturel moderne. Si j'évoque cela, c'est pour souligner que ce qui m'a permis de comprendre le droit depuis près de soixante ans, ce ne sont pas les avalanches de textes, d'arrêts et de lois ; mais c'est la lecture de Démosthène, la lecture de Cicéron à Rome, la lecture de Portalis. Je ne comprendrais rien à la vie juridique familiale du XVIII^e siècle si je n'avais lu Restif de la Bretonne.

*
* *

Réponses :

À François Terré : Vous avez exprimé exactement ce que j'ai voulu dire.

À Roland Drago : Je me suis effectivement posé la question de savoir si je devais en quarante minutes, aborder par quelques exemples le traitement par la littérature de situations juridiques – en particulier du procès, du négoce, de la spéculation. J'ai préféré partir du postulat de départ selon lequel nous nous nourrissons d'un droit qui n'est pas constitué des arrêts et décrets, mais des grands schèmes que nous propose la grande littérature.

À Gérald Antoine : Sans même se préoccuper d'archéologie, ce vers quoi l'on se tourne d'abord, c'est l'état premier des questions qui sont posées et qui mettent en évidence l'existence de structures. Il ne s'agit pas d'une histoire qui se construit, mais de catégories de la perception du monde qui, en matière de relations entre les hommes, fixent certains types de codes inhérents à la nature profonde de l'aspiration humaine. Je pense que l'homme est un être social, mais aussi un individu qui, à travers le *logos*, cherche à fixer des types de relations tels qu'on les trouve dans les grands textes fondateurs – lesquels ne sont fondateurs que de la révélation qu'ils contiennent.

Bien entendu, il faut également tenir compte de la conjoncture de la société dans laquelle on se situe. Ainsi Castoriadis dit que l'ensemble des concepts fondateurs de la démocratie s'institue à l'intérieur de la société grecque alors même que les codes

démocratiques de nos sociétés modernes n'y sont pas représentés (existence de l'esclavage, statut des femmes etc.).

Le passage des Erinnyes aux Euménides que vous évoquez est particulièrement significatif dans la mesure où il a pour axe le tribunal. On a là la genèse de la cour de justice, alors même que la loi des dieux est encore très présente. De même Antigone revendique la loi des hommes alors que Créon veut recourir à un rituel qui est de l'ordre du sacrifice.

À Jean-Claude Casanova et Alain Besançon : La systématisation de l'opposition entre les modèles que vous me reprochez est en fait, non pas une approche idéologique du réel, mais simplement une commodité pour tenter de comprendre et d'expliquer. Bien entendu, le droit médiéval était accusatoire ; bien entendu, les parcours se sont croisés, mais, comme je l'ai dit, je ne souhaite pas faire de la généalogie. Je m'inscris dans les sociétés telles qu'elles sont.

Il me semble toutefois que pour l'approche du droit que j'ai proposée, la métaphore du procès fonctionne davantage dans le monde anglo-saxon que dans notre société. Mais peut-être ai-je été trop contaminé par le cinéma.

À Jean Mesnard : Vos réflexions sur la rhétorique sont tout à fait pertinentes. Lorsqu'on lit Cicéron parlant de *recitatio* et d'*actio*, on voit bien qu'il parle de théâtre et donc de la mise en scène du procès.

Mais vous conviendrez que mon sujet était immense et que, au risque de me disperser, je ne pouvais que me limiter à une grille de lecture assez simple et donc simplificatrice.

À Raymond Boudon : On trouve certes chez Rousseau tout ce que vous avez dit, mais il y a aussi un concept fondamental, mis en évidence par Bertrand de Jouvenel, celui de réciprocité. Or, la réciprocité nécessite la sympathie. Il y a sans doute dans la réciprocité la démarche égoïste qui consiste à dire : « Ce que je vais faire aura des répercussions positives pour moi et pas seulement pour l'autre », mais il y a aussi la démarche altruiste qui consiste à dire : « Il s'agit de construire quelque chose qui re-nature l'homme ».

Chez les grands penseurs, la totalité de leur pensée est contenue dans chacune de leurs phrases. Il me semble intéressant de voir si, chez Rousseau, votre lecture et celle à laquelle je me réfère ne sont pas toutes deux possibles, l'une n'excluant évidemment pas l'autre.

À Bernard Bourgeois : En fait, j'ai essayé d'analyser – de façon dramatique – le rapport de la littérature au droit et la situation du simple citoyen face à un univers littéraire lui fournissant un outillage mental dont il sent qu'il ne dispose plus aujourd'hui parce qu'il ne va plus l'y chercher. Vous n'avez pas tort lorsque vous me reprochez de ne pas expliquer pourquoi on ne va plus chercher dans la littérature ce qu'elle pourrait nous apporter.

À Chantal Delsol : Bien entendu, la fiction n'est pas particulière au droit. Assurément, Kafka a été davantage un fils de son temps qu'un prophète.

Si la fiction n'est pas particulière au droit, il appartient en revanche au droit de prendre en compte, à travers la fiction littéraire, l'existence d'autres normes que les siennes.

*
* *