



HAL
open science

Mais qui est Richard Weisberg ?

Anne Simonin

► **To cite this version:**

Anne Simonin. Mais qui est Richard Weisberg?: Droit et Littérature: nouvelles réflexions sur la question juive. Raisons politiques, 2007, La démocratie peut-elle se passer de fictions?, 27, pp.11-37. 10.3917/rai.027.0009 . hal-03086173

HAL Id: hal-03086173

<https://hal.science/hal-03086173>

Submitted on 3 Nov 2023

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

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

Mais qui est Richard H. Weisberg ?

Droit et Littérature : nouvelles réflexions sur la question juive

Anne Simonin

DANS **RAISONS POLITIQUES** 2007/3 (N° 27), PAGES 9 À 35
ÉDITIONS **PRESSES DE SCIENCES PO**

ISSN 1291-1941

ISBN 9782724630794

DOI 10.3917/rai.027.0009

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2007-3-page-9.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses de Sciences Po.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

ANNE SIMONIN

Mais qui est Richard H. Weisberg ? Droit et Littérature : nouvelles réflexions sur la question juive

Richard Weisberg est « un des trois universitaires américains qui dominent l'actuel mouvement Droit et Littérature, les autres étant James Boyd White et leur adversaire, Richard Posner. En dépit de leurs considérables différences, ces trois auteurs appliquent la même formule, la distinction entre le Droit *comme* et le Droit *dans* la littérature¹. » Débutée dans les années 1970, en 1976 précisément lors d'un colloque de l'Association of Modern Language introduit par Richard Weisberg², l'histoire du mouvement Droit et Littérature s'est, en effet, structurée autour de l'axe : « Law *as* » et « Law *in* » littérature³, deux tendances que symbolisent deux noms de juristes américains à l'origine de ce nouveau champ d'étude : Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938) et John Henry Wigmore (1863-1943).

1. Ian Ward, « From Literature to Ethics : The Strategies and Ambitions of Law and Literature », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n° 3, automne 1994, p. 389 (notre traduction).
2. Richard Weisberg, « Law and Literature : Introduction and Application », *Studies in Literature*, University of Hartford, vol. 9, n° 2-3, 1977, p. 6-8.
3. Michael Pantazakos, « *Ad Humanitatem Pertinent* : A Personal Reflection on the History and Purpose of the Law and Literature Movement », *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 7, n° 1, printemps-été, 1995, p. 38. Voir pour une mise au point récente : Françoise Michaut, « Le mouvement "Droit et Littérature" aux États-Unis », in Gérard Cohen-Jonathan, Yves Gaudemet, Robert Hertzog, Patrick Wachsmann *et al.*, *Mélanges Paul Amselek*, Paris, Bruylant, 2005, p. 565-592.

Si Benjamin Nathan Cardozo, Chief Juge à la prestigieuse Cour d'appel de New York, puis membre de la Cour suprême (1932-1938)⁴, est aujourd'hui considéré comme l'un des plus grands juristes américains, la réputation du « père » du droit de la preuve, irascible et indéclinable doyen de l'Université de Northwestern University à Chicago (1901-1929), homme d'une culture dont l'éclectisme ne le cède en rien à la profondeur, la réputation de John Henry Wigmore semble moins établie⁵. En s'inspirant de l'un et l'autre, et en affirmant la nécessité de penser ensemble le droit *comme* et le droit *dans* la littérature – « Law *as and in* Literature » – Richard Weisberg a doté le mouvement Droit et Littérature d'une histoire et d'une méthodologie. Il a substitué à une division esthétique une autre organisation du savoir inséparable d'un questionnement éthique : « Law *as and in* Literature » conduit en effet à interpréter et réfléchir le droit tel qu'il est, opposé non pas tant au droit tel qu'il devrait être idéalement, mais au droit tel qu'il devrait être interprété dans des situations de crise où confrontés à des lois injustes, le juriste devrait être en mesure de formuler son désaccord.

Le cas de Vichy, et le ralliement massif de la doctrine et des praticiens du droit à l'application des lois antisémites, a longuement retenu l'attention de Richard Weisberg⁶. L'explication par lui fournie de la participation des juristes au fondement d'un ordre public injuste et meurtrier, en rupture avec les principes fondamentaux du droit républicain hérités de la Révolution française, est neuve, et permet à « Law *as and in* Literature » d'affronter la question de la violence du droit et d'échapper à la critique formulée par Robert Cover : « Ni l'interprétation juridique, ni la violence qu'elle occasionne ne peuvent être correctement comprises l'une sans l'autre. Tout ceci est évident, bien que la littérature de plus en plus abondante qui plaide pour la centralité des pratiques interprétatives en droit n'en tienne joyeusement aucun compte⁷. » Où mieux que dans l'analyse que Richard Weisberg fait du droit antisémite de

4. Richard A. Posner, *Cardozo. A Study in Reputation*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, p. 1-19.

5. Anne Simonin, « *Make the Unorthodox Orthodox* : John Henry Wigmore et la naissance de l'intérêt du droit pour la littérature », Actes du colloque de la Cour de Cassation organisé par l'Association Française pour l'Histoire de la Justice, octobre 2006 (Paris, Michalon, à paraître en 2007).

6. R. Weisberg, *Vichy, la Justice et les Juifs*, trad. de l'angl. par Lise-Éliane Pomier et Yves Coleman, Amsterdam, Éditions des Archives contemporaines, 1998 (*Vichy Law and the Holocaust in France*, New York, New York University Press, 1996).

7. Robert Cover, « *Violence and the Word* », trad. de l'angl. par Françoise Michaut, *Le*

Vichy se vérifie le constat de Robert Cover : « L'interprétation juridique s'inscrit dans un espace de souffrance et de mort⁸ » ?

Cardozo-Weisberg-Wigmore

Richard Weisberg (qui a une tendresse particulière pour les parenthèses⁹), me pardonnera de faire de lui un trait d'union entre les deux pères historiques du champ Droit et Littérature.

En 1925, Benjamin N. Cardozo publiait dans *The Yale Review* un article appelé à faire date : « Law and Literature¹⁰ » où il s'attachait à décrire le style judiciaire¹¹. L'affirmation par Cardozo du lien consubstantiel entre la forme et le fond de la décision judiciaire¹² allait devenir le « premier article de la jurisprudence littéraire¹³ » de Richard Weisberg, et l'un des fondements théoriques de sa « poétique » : « Le fonds et la forme [...] sont inévitablement mêlés dans l'expression d'un système judiciaire juste¹⁴. »

Comparant Cardozo, « juge juif américain du 20^e siècle », à Flaubert, « auteur catholique français du 19^e siècle »¹⁵, Weisberg redessina la figure du juge en poète, et élevait le travail du juge au rang d'un art qui n'est pas seulement celui de régler les conflits, mais de trouver une solution juste et durable, la « bonne solution » (Ronald Dworkin), celle qui tient à la fois compte des précédents,

Droit dans tous ses états à travers l'œuvre de Robert M. Cover, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 174.

8. *Ibid.*, p. 173.

9. Voir l'interprétation de la parenthèse apparaissant à l'article 1, section 7 de la Constitution américaine relatif au droit de veto du président comme signe que les valeurs de la communauté sont supérieures à la règle de droit positive, in R. Weisberg, « Text into Theory : a Literary Approach to the Constitution », *Georgia Law Review*, vol. 20, 1985-1986, p. 988-994.

10. Repris in Benjamin Nathan Cardozo, *Selected Writings*, New York, Fallon Publication, 1947, p. 338-369.

11. *Ibid.*, p. 349.

12. *Ibid.*, p. 340 : « La forme n'est pas quelque chose ajouté au fond comme un simple ornement protubérant. Les deux sont unis de façon inséparable [...]. La force qui naît de la forme et la faiblesse qui résulte de l'absence de forme sont en réalité des qualités du fond » (notre traduction).

13. Jeffrey Mehlman, « Probing the Limits of Representation », *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 5, n° 1, printemps 1993, p. 198.

14. R. Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992, p. 5.

15. R. Weisberg, « Law, Literature and Cardozo's Judicial Poetics », *Cardozo Law Review*, vol. 1, 1979, p. 286-295.

donc de la jurisprudence et de l'état du droit positif, mais de quelque chose de plus large aussi qui dans le langage de Cardozo s'appelle « les mœurs en vigueur¹⁶ », que Weisberg rebaptise « la culture ».

Un jugement, contrairement à ce que pense le juge Richard A. Posner n'est pas une décision politique autoritaire¹⁷, mais bien plutôt, comme le montre Cardozo, une décision qui, pour s'imposer, doit convaincre les autres juges et conquérir une autorité au sein de la communauté concernée¹⁸. C'est là qu'intervient la littérature : « Une opinion judiciaire efficace possède les mêmes qualités qu'une nouvelle bien écrite¹⁹. » Les opinions judiciaires ne sont ainsi rien d'autre qu'une forme de fiction où les techniques narratives jouent un rôle essentiel ainsi que le démontre Richard Weisberg à partir d'un exemple devenu célèbre, l'opinion du juge Cardozo dans l'affaire *Hynes vs New York Central Railroad Co* (1921).

Qu'est-ce qu'un grand cas ?

« C'est une idée fautive et paralysante que de considérer que les cas sont grands simplement ou principalement à raison de leur nature. Les cas sont grands par ce que nous faisons d'eux » écrit Cardozo²⁰. Richard A. Posner en convient : « Moins célèbre que le cas *Palsgraf* (il n'est cité que vingt-six fois), [le cas *Hynes*], qui révèle un Cardozo étincelant, a été distingué par le professeur

16. *Ibid.*, p. 299-301 et Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921.

17. Cité in R. Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, op. cit., p. 191. Sur les rapports entre Weisberg et Posner, et le caractère infondé de certaines des critiques de Richard Posner contre Richard Weisberg (R. Posner, *Law and Literature : a Misunderstood Relation*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, p. 132-175), voir David Ray Papke, « Problems with an Uninvited Guest : Richard A. Posner and the Law and Literature Movement », *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 1071-1072. La critique la plus dévastatrice contre Posner est signée de Stanley Fish, « Don't Know Much About the Middle Ages : Posner on Law and Literature », in S. Fish, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham/Londres, Duke University Press, 1989, p. 294-311. Le livre de Richard A. Posner a été publié en France : *Droit et Littérature*, trad. de l'angl. par Christine Hivet et Philippe Jouary, Paris, PUF, 1996 ; ainsi que celui de Stanley Fish : *Respecter le sens commun*, trad. de l'angl. par Odile Nerhot, Diegem/Paris, Kluwer/LGDJ, 1995. Je remercie Françoise Michaut de m'avoir fourni cette précision.

18. R. Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, op. cit., p. 19.

19. *Ibid.*, p. 16.

20. B. N. Cardozo, « Law and Literature », art. cité, p. 355.

Weisberg comme un modèle d'écriture judiciaire, et peut être rétrospectivement considéré comme une première étape prémonitoire vers l'abolition (non encore totale) de la technicité dans laquelle la responsabilité civile du propriétaire d'un terrain dangereux était empêtrée dans la Common Law²¹. »

Pour montrer que « Law as and in Literature » met en œuvre une approche interdisciplinaire réfléchie et une technique du commentaire très élaborée²², je voudrais m'attacher au traitement du « cas Hynes » que font Weisberg, et, à sa suite, Posner.

Convaincu que Hynes est un « grand » cas, Posner s'en empare :

Les faits ne sont pas contestés. Le droit de passage du chemin de fer est contigu à la rivière Harlem qui sépare le Bronx de Manhattan. C'est une voie publique. Un inconnu avait, plusieurs années auparavant, posé une planche au sommet de la séparation qui borne le droit de passage du côté de l'eau. Cette planche s'étendait sur plusieurs mètres au-dessus de l'eau, et était utilisée comme plongeur par les jeunes du voisinage. La force motrice, pour les trains du chemin de fer, provenait, à ce point, de lignes de haute tension qui couraient directement au-dessus du tremplin [...]. James Harvey Hynes, âgé de seize ans, a nagé de la rivière au plongeur, est monté dessus et s'est avancé sur la planche. Il s'est mis en équilibre pour plonger. À cet instant, plusieurs des fils de haute tension sont tombés. Un ou plusieurs ont frappé Hynes dans le dos, et l'un d'entre-eux a heurté la planche, la cassant au niveau de la séparation. Hynes s'est trouvé jeté dans l'eau avec la planche, et quand les fils de haute tension ont touché l'eau, il y a eu une lueur soudaine. Le dossier n'indique pas si la mort résulte de l'électrocution ou de la noyade²³.

La famille Hynes se constitua partie civile, et fut déboutée :

La poursuite rendait responsable de négligence dans son entretien du droit de passage la compagnie de chemin de fer. La défense a alors mis en avant le fait qu'il ne pouvait y avoir aucune responsabilité envers un intrus dans une propriété privée. Les cours inférieures ont admis ce raisonnement, [...]. Regardons ce que Cardozo a fait du cas [...] ²⁴.

21. R. A. Posner, *Cardozo. A Study in Reputation*, op. cit., p. 48.

22. *Contra* Jane B. Baron, « Law, Literature and the Problems of Interdisciplinarity », *The Yale Law Journal*, vol. 108, n° 5, mars 1999, p. 1060-1061.

23. R. A. Posner, *Cardozo. A Study in Reputation*, op. cit., p. 49-50.

24. *Ibid.*

En adoptant la posture du juge qui résume à ses collègues-lecteurs le dossier sur lequel ils vont avoir à se prononcer, Posner produit une mise en récit du cas Hynes. Sa démarche trahit une certaine idée du juge, et sa foi dans le juge unique imposant aux autres la solution correcte grâce à la clarté et la logique d'un raisonnement dont toute subjectivité a disparu. Elle manifeste aussi une incompréhension du fait littéraire et de ce que « pense la littérature » (Pierre Macherey) : sa narration du cas Hynes réduit le style de Cardozo à un « simple ornement » auquel il convient de prêter attention *après* l'exposé objectif des faits. Tout autre est l'attitude de Richard Weisberg.

Le cas Hynes, Richard Weisberg le travaille non à partir des faits, mais des mots utilisés par Cardozo : le cas Hynes n'existe que parce que Cardozo l'a pensé, donc écrit, de cette manière là, et c'est de cette façon de penser, donc d'écrire, que l'interprète de « *Law as and in Literature* » doit rendre compte. Ancrant son commentaire dans la rédaction de Cardozo dont l'opinion intégralement publiée est rendue accessible au lecteur profane²⁵, Weisberg analyse les éléments formels qui trahissent la recherche par Cardozo de la solution juste.

En mentionnant, dès la première ligne, que Hynes est « un gamin de seize ans », Cardozo personnalise le plaignant et « entre consciemment dans le royaume de la création [...] la narration de Hynes projetant immédiatement le lecteur de Cardozo dans le monde familier de l'innocence des jeux enfantins »²⁶. *A contrario*, Cardozo ne nomme jamais les cours inférieures qui ont jugé l'affaire : il se contente de les désigner par « elles »²⁷. Le recours, à trois reprises, à des métaphores empruntées à la géométrie ou à la nature matérialise le conflit des lois²⁸. D'un point de vue technique, le jeune Hynes est en infraction pour être entré illégalement sur un terrain privé. Cardozo ne l'ignore pas. Il n'en fait pas moins cette chose inouïe : « rompre la chaîne » (R. Dworkin), inverser la jurisprudence en ignorant les précédents et en prenant appui sur la doctrine, un article de Roscoe Pound contre la « jurisprudence mécanique » paru dans la *Columbia Law Review*²⁹.

25. R. Weisberg, *When Lawyers Write*, Boston, Little, Brown and Company, 1987, p. 7-12 et *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, *op. cit.*, p. 17-28.

26. *Ibid.*, p. 18.

27. R. Weisberg, « Judicial Discretion, or the Self on the Shelf », *Cardozo Law Review*, vol. 105, 1988-1989, p. 109.

28. R. Weisberg, « Law, Literature and Cardozo's Judicial Poetics », art. cité, p. 325.

29. Roscoe Pound, « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, vol. 8, 1908, p. 605-623.

Au début du 20^e siècle, la « jurisprudence mécanique », cette « méthode de déduction à partir d'idées prédéterminées » est, selon Pound, l'obstacle principal à l'avènement d'une science du droit pragmatique, inspirée par la sociologie. Cette science est celle que Cardozo illustre et défend en publiant, la même année que Hynes, en 1921, *The Nature of the Judicial Process* (La Nature de la Procédure Judiciaire)³⁰. Pour Cardozo, Hynes est davantage que Hynes, la preuve par le réel qu'une autre jurisprudence, « une jurisprudence de résultats », qui « place au centre de ses préoccupations le facteur humain et rélègue la logique à sa juste place, celle d'un instrument »³¹, est possible : c'est au « juriste sociologue » qu'il échoit, selon Pound, de faire advenir cette « jurisprudence de résultats ». Le juge Cardozo sera celui par qui cette jurisprudence arrive. Il convient d'avoir présent à l'esprit cet arrière-plan théorique pour prendre la juste mesure de l'audace aboutissant à l'attribution de dommages et intérêts à la famille Hynes. Cardozo ne justifie pas sa solution d'un point de vue technique, sinon par son refus des arrêts précédents, mais, en revanche, la fonde rigoureusement d'un point de vue théorique : « Dans un sens, le plus technique et le plus artificiel, le plongeur au bout du tremplin est un intrus sur le terrain attenant. Dans un autre sens, celui que des réalistes acceptent plus aisément, il est toujours dans les eaux publiques et dans l'exercice de ses droits³². » Dès lors, le droit doit choisir son camp, et intégrant des considérations « d'analogie, de commodité, de politique, et de justice³³ » considérer que la responsabilité civile de la New York Central Railroad est engagée.

Le « roman de procédure »

« Une courte distance sépare la méthode poétique de la question du droit dans la fiction. Qu'est-ce que la littérature a à nous dire au sujet du droit ? J'appelle cette seconde source unique de savoir pour les juristes la matière poétique ou, à cause de ses aspects

30. Voir en particulier « The Method of Sociology. The Judge as a Legislator », B. N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, in B. N. Cardozo, *Selected Writings*, op. cit., p. 148-167.

31. *Ibid.*, p. 610.

32. *Hynes vs New York Central Railroad Co.*, in R. Weisberg, *Poethics*, op. cit., p. 27-28.

33. *Ibid.*

éthiques, *poétique*³⁴. » Si la *poétique* comme forme vient de Cardozo, la *poétique* comme *substance* trouve sa première expression chez John Henry Wigmore.

En 1900, le doyen Wigmore publiait une première « List of Legal Novels » ou « Liste de romans judiciaires », suivie de deux autres, en 1908 et 1922. Richard Weisberg devait, en 1976 et 1978, reprendre et compléter ces listes de lecture destinées aux juristes³⁵ : « Et qu'est-ce que, s'il vous plaît, une *Legal Novel* ? Dans la mesure où il n'existe probablement pas tant d'« *illegal novels* » ? [...] Une *Legal Novel* au sens entendu ici est tout simplement un roman qui doit retenir l'attention du juriste, plus que de toute autre personne³⁶. »

Un roman judiciaire ou *Legal Novel* au sens où l'entendait Wigmore avait un sens très précis. C'était un roman de langue anglaise, ou un roman étranger obligatoirement traduit en anglais : une pièce de théâtre, un poème n'entraient pas dans la catégorie *Legal Novels*, la nouvelle y était tolérée³⁷. Quant au classement des *Legal Novels* en quatre catégories (A-Procès ; B-Portrait-type de juristes ; C-Procédure ; D-Points de droit), j'ai essayé de montrer ailleurs qu'il ne fonctionnait pas, les livres retenus se rebellant contre cette mise en cage thématique dont les fins utilitaristes, mâtinées de puritanisme, se trouvaient déjouées par la littérature³⁸.

En 1976, Richard Weisberg ne corrigeait Wigmore qu'à la marge, incluant, dans sa « liste revue » insérée à la suite de la reproduction intégrale de la liste Wigmore de 1922, des œuvres de théâtre (Shakespeare et Sophocle en particulier)³⁹. S'il retouchait également la définition des catégories (A-Procès ; B-Juriste comme personnage principal ; C-Étude d'un corps de lois spécifiques ; D-Relations entre le droit, la justice et l'individu), il maintenait inchangé l'architecture des listes Wigmore, n'interrogeant ni leurs « oublis » ni leurs

34. R. Weisberg, *Poethics, op. cit.*, p. 34.

35. R. Weisberg, « Wigmore's Legal Novels Revisited : New Resources for the Expansive Lawyer », *Northwestern University Law Review*, 1976-1977, vol. 17, p. 71-93. Voir aussi Richard Weisberg et Karen L. Kretschman, « Wigmore's Legal Novels Expanded. A Collaborative Effort », *Maryland Law Forum*, vol. 7, 1977-1978, p. 94-103.

36. John Henry Wigmore, « A List of Legal Novels », *Illinois Law Review*, vol. 2, n° 9, avril 1908, p. 574.

37. *Ibid.*, p. 574 et p. 587, note 4.

38. A. Simonin, « Éloge de l'éclectisme. Penser le champ "Droit et Littérature" à partir des listes de *Legal Novels* (1900-1987) », *Textyles* (à paraître en 2007).

39. R. Weisberg, « Wigmore's Legal Novels Revisited », art. cité, p. 27.

« refus » imputables à des raisons autres qu’au « caractère non traduit ou non publié » de certaines œuvres⁴⁰. Ce que Weisberg semblait alors rechercher chez Wigmore était moins un dialogue, qu’un alibi. À une époque où le déconstructionnisme dominait la scène littéraire américaine, l’ancien élève de Geoffrey Hartman et de Paul de Man trouvait chez le doyen Wigmore l’abri le plus sûr contre le relativisme éthique et littéraire post-moderne.

« L’idée sous-jacente de la compilation faite par l’éminent professeur de droit, que “tout juriste doit avoir connaissance” de certaines œuvres de fiction “à cause de ses obligations professionnelles qui exigent de lui qu’il soit familier *avec les traits de sa profession passés dans le sens commun et dans la littérature* [souligné par Wigmore]”, apparaissait comme trop neuve, voire même dans une certaine mesure choquante » écrit Richard Weisberg⁴¹. « Choquante » au début du 20^e siècle, l’idée que la Littérature était un élément du Droit n’avait rien perdu de son pouvoir révolutionnaire dans les années 1970 où la figure du « juriste-écrivain » (Robert Ferguson) avait définitivement disparu de la culture américaine : « Sur le plan individuel, les juristes demeurent aussi cultivés qu’ils l’étaient à l’époque de Wigmore ; mais les institutions juridiques, y compris de façon surprenante les facultés de droit, ont rompu toute attache avec leurs racines humanistes. Wigmore eût été probablement incapable de prévoir cette évolution [...] comme d’imaginer que les facultés de droit produiraient des diplômés “sans valeurs” (*value-free*) au sens littéral du terme, tels Richard Nixon⁴². »

Le démarrage fulgurant du mouvement Droit et Littérature aux États-Unis dans les années 1970 est indissociable du scandale du Watergate. Posée de façon aigüe, la question de la formation, et de l’éthique perdue des juristes⁴³, fut en partie résolue par la création dans la plupart des universités de droit américaines d’enseignements Droit et Littérature⁴⁴. D’où, dans cette perspective pédagogique, l’utilité des listes de lecture du doyen Wigmore.

40. *Ibid.*, p. 17.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*, p. 18.

43. David Ray Papke, « The Writer on Wall Street : an Interview with Louis Auchincloss », *ALSA Forum*, vol. 5, n° 3, 1981. Voir aussi David A. Skeel, Jr, « The Lawyer as Confidence-Man », *Columbia Law Review*, vol. 101, n° 7, novembre 2001, p. 1750-1762.

44. Voir l’enquête de Elizabeth Villiers Gemmette, « Law and Literature : Joining the Class Action », *Valparaiso University Law Review*, vol. 29, 1995, p. 665-859.

Si selon l'article 1^{er} de la jurisprudence littéraire de Weisberg, la forme et le fond sont indissolublement liés (*cf. supra*), les articles 2 et 3 pourraient être formulés ainsi : les textes ont un sens indépendamment de la subjectivité de leur lecteur ; les textes traditionnellement reconnus comme « grands » sont plus dignes d'intérêt que les autres.

Contre les déconstructionnistes, Stanley Fish en particulier⁴⁵, Weisberg est un « matérialiste du texte » qui appelle à la rupture avec le post-modernisme en réaffirmant « la primauté du texte et [...] une notion du sens du texte indépendante de la subjectivité de n'importe quel interprète ou audience »⁴⁶. Weisberg n'imagine pas trouver le « vrai » sens du texte, mais considère, en revanche, qu'une « interprétation idéale », ou meilleure qu'une autre, est possible : « Nombre de textes [...] manifestent le désir visible d'être compris d'une certaine façon »⁴⁷. La quête de l'interprétation juste qui conduit Weisberg à critiquer et la lecture que Heidegger fait de Holderlin, et l'acceptation de cette lecture par Paul de Man⁴⁸, le conduit également à défendre l'idée d'un canon littéraire traditionnel, celui promu par les listes révisées de *Legal Novels* : « Droit et Littérature assume pleinement la responsabilité de son choix des Grands Livres. Non par ignorance [...] “du meilleur de la critique littéraire des vingt dernières années”, mais en se fondant sur une définition du “meilleur” assez différente de celle en vogue actuellement⁴⁹. » Ces positions tranchées ont suscité de vives polémiques⁵⁰ qui, comme le remarque Ian Ward, ont méconnu l'originalité de la position conservatrice-subversive de Weisberg dictée moins par « la défense du “grand canon” que la critique du politiquement

45. R. Weisberg, « Stanley Fish and the Denial of the Text », in R. Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, p. 172-175. Voir aussi « Fish Takes the Bait : Holocaust Denial and Post-Modern Theory », *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 14, printemps 2002, p. 131-141.

46. R. Weisberg, « Law in and as Literature : Self-Generated Meaning in the “Procedural Novel” », in Clayton Koelb et Susan Noakes, *The Comparative Perspective on Literature*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 1988, p. 226.

47. R. Weisberg, « On The Use and Abuse of Nietzsche for Modern Constitutional Theory », in Sanford Levinson et Steven Mailloux, *Interpreting Law and Literature. A Hermeneutic Reader*, Evanston, Northwestern University Press, 1988.

48. R. Weisberg, « Text into Theory », art. cité, p. 949-955.

49. R. Weisberg, *Poethics*, *op. cit.*, p. 120.

50. Par exemple, Thomas Morawetz, « Weisberg's Defense of the Traditional Canon », in « Ethics and Style : The Lessons of Literature for Law », *Stanford Law Review*, vol. 45, n° 2, janvier 1993, p. 514-515.

correct, ou de l'*affirmative action* dans les études littéraires⁵¹ ». De plus, ces critiques ignorent l'histoire du mouvement « *Law as and in Literature* », et sa tentative de construction d'une éthique juridique post-moderne⁵².

La comparaison entre le canon littéraire promu par les listes de *Legal Novels* du doyen Wigmore, et celui résultant des listes revues par Weisberg est significative. La comparaison révèle, en effet, l'évolution, la mutation serait plus juste, du corpus des textes. Les auteurs-phares de « *Law in Literature* » étaient Walter Scott, Honoré de Balzac, Charles Dickens et Alexandre Dumas. Ceux de « *Law as and in Literature* » travaillés par Weisberg sont Shakespeare, Dostoïevsky, Melville, Camus, Kafka, Faulkner. Il n'existe, en réalité, qu'un auteur commun à Wigmore et Weisberg : Charles Dickens. La bibliothèque que travaille « *Law as and in Literature* » est donc bien celle de la modernité, une modernité qui s'inscrit dans une tradition et assume son héritage historique.

Le doyen Wigmore attirait l'attention des juristes sur des romanciers victoriens, auteurs populaires qualifiés de « *middle-brow* », méprisés par l'avant-garde. Mais que fut devenu le grand mouvement de la réforme du droit qui a marqué la seconde partie du 19^e siècle anglais sans le relais de ces romanciers ? « La réforme des prisons fut-elle davantage aidée par les essais de Bentham ou par le livre de Charles Read, *Never Too Late to Mend* [*Il n'est jamais trop tard pour bien faire*]⁵³ ? » Si, au sens de Wigmore, une *Legal Novel* est une fiction victorienne tardive invitant à « faire du droit par d'autres moyens »⁵⁴ ; pour Weisberg, un roman post-moderne est un « *nomos* » au sens que donne à ce terme Robert Cover : « Nous habitons un *nomos* – un univers normatif. Constamment nous créons et nous faisons subsister un monde du bien et du mal, du légal et de l'illégal, du valide et du non valide. [...] Dans cet univers normatif, le droit et la narration sont

51. I. Ward, « From Literature to Ethics », art. cité, p. 392.

52. « Encore faut-il être précis : il est question ici d'éthique et non [...] de morale. À la différence de la morale qui se cristallise dans des normes, des impératifs catégoriques et des sanctions, l'éthique [...] doit se comprendre comme visée de la vie bonne et des valeurs qu'on y associe », in François Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 33.

53. J. H. Wigmore, « A List of Legal Novels », art. cité, p. 577.

54. Peter Goodrich, « Law by Other Means », *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 10, n° 2, hiver 1998, p. 116.

inséparablement liés [...]. Et toute narration exige sa prescription, sa morale⁵⁵ [...] »

En 1988, Weisberg structurait « *Law as and in Literature* » autour non pas de tel ou tel auteur, mais d'un genre, le « roman de procédure ». Ce n'est peut-être pas tant en 1976 et 1978 avec la reproduction augmentée et corrigée des listes Wigmore que Weisberg assurait véritablement la « reprise » de « *Law in Literature* », mais dix ans plus tard, quand il inventait le « roman de procédure »⁵⁶.

Le « roman de procédure » est le roman de l'enquête, et non plus le roman du procès. La construction de l'instruction, l'interrogatoire de l'inculpé, des témoins..., ces matériaux apparemment ternes comparés au drame du procès « qui concentre en un moment plus ou moins long [...] tous les problèmes relatifs à la justice dans une société donnée à partir d'un cas particulier⁵⁷ », sont au centre du « roman de procédure » qui est le roman de la technique juridique soumise à l'interprétation littéraire : ces « romans qui mettent en scène une enquête juridique de grande envergure [...] créent une structure admettant la possibilité d'une compréhension vérifiable des événements antérieurs au moment même où est mise en doute l'interprétation purement subjective, et très élaborée, de ces événements⁵⁸ ». Le « roman de procédure » met son lecteur dans une position similaire à celle du juré qui, pour démêler les fils de l'affaire qu'il est amené à juger peut, à tout moment, vérifier tel ou tel point en se reportant aux chapitres précédents : « Le récit de procédure (à la différence de la scène de tribunal au théâtre) s'intéresse moins à la résolution du conflit qu'à la production de versions successives d'événements passés vérifiables⁵⁹. »

Les interprétations erronées, bien davantage que le crime ou la transgression, sont le sujet du « roman de procédure ». Accordant une importance capitale aux détails, le « roman de procédure » désintéresse le lecteur du sort de l'accusé, pour appeler son attention sur les méthodes interprétatives du juriste et insister sur la recherche

55. R. Cover, « Nomos et Narration », in F. Michaut, *Le Droit dans tous ses états*, op. cit., p. 68-69.

56. Voir l'article : « Le droit “dans” et “comme” littérature : la signification autogénérée dans le roman de procédure », trad. de l'angl. par Toby Wikström et Natacha Israël, dans ce volume, p. 37-49.

57. Christian Biet et Laurence Schifano (dir.), *Représentations du procès. Droit, théâtre, littérature, cinéma*, Paris, Université Paris X-Nanterre, 2003, p. 11.

58. R. Weisberg, « Le droit “dans” et “comme” littérature », art. cité, p. 40.

59. *Ibid.*, p. 42.

de la vérité : « Paradoxalement, la procédure judiciaire de la plupart de ces romans nous incite à préserver une notion non-sceptique de l'accessibilité de la vérité⁶⁰. »

La quête de la vérité, et la recherche de la juste interprétation du texte ne sont pas chez Weisberg pure affaire de littérature. Ce qu'il dénonce dans l'attitude post-moderne est certes un rapport au texte trop centré sur la subjectivité changeante du lecteur, mais ce qu'il vise plus fondamentalement est un héritage historique : « L'herméneutique post-moderne dominante, elle-même en perte de vue [...] risque d'aboutir à des pratiques qui sont la réplique de la stratégie d'évitement des textes, du relativisme et de l'absence de fondement éthique en vigueur sous Vichy⁶¹. »

Dans *The Failure of the Word* (1984) livre entièrement consacré à des analyses littéraires, apparaissait, en appendice, un texte appelé à jouer dans la jurisprudence Weisberg une importance similaire à celui du cas Hynes mentionné plus haut : le commentaire que Joseph Haennig, avocat à la cour d'Appel de Paris, publiait en 1943 dans la partie « Doctrine » de *La Gazette du Palais* : « Quels moyens de preuve peuvent être fournis par le métis juif pour établir sa non-appartenance à la race juive⁶² ? »

Sous ce titre qu'on pourrait croire directement inspiré de Kafka, un homme qui n'est ni un salaud, ni un antisémite convaincu – il a défendu aux débuts de l'Occupation un Juif emprisonné et inculpé pour crime politique passible de la peine de mort – va, au nom du « bon sens » et de la « loi », s'efforcer d'humaniser la législation antisémite en s'appuyant sur la jurisprudence allemande dont il souligne « l'esprit large et objectif » relativement à l'admission de la preuve : « Cette analyse de la jurisprudence allemande fournit une contribution intéressante à l'étude d'une matière encore peu connue des tribunaux français. Elle leur indique la voie dans laquelle ils peuvent s'engager sans risquer de déformer la pensée du

60. *Ibid.*, p. 40.

61. R. Weisberg, *Poethics*, op. cit., p. 145. Voir aussi : Vichy, *la Justice et les Juifs*, op. cit., p. 185 : « La méthode de lecture de Vichy ne peut mieux se comparer, au 20^e siècle, en tout cas, qu'avec celle d'un courant de pensée qui n'a rien à voir avec le droit : l'école française de la déconstruction ».

62. R. Weisberg, *The Failure of the Word : the Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, New Haven, Yale University Press, 1984, p. 181-183. Voir aussi D. Lochak, « Écrire, se taire... », art. cité, p. 441-442. Pour une interprétation critique voir R. A. Posner, *Law and Literature*, op. cit., p. 171-175.

législateur et en conformité avec les principes qui régissent les législation et jurisprudence raciales⁶³. »

L'analyse de Joseph Haennig valide, en réalité, un raisonnement par analogie discutable : pourquoi la jurisprudence française, alors qu'elle applique des textes différents, devrait-elle s'inspirer de la jurisprudence allemande ? Cette analyse légitime également un renversement de la charge de la preuve, considérant désormais que c'est à la personne mise en cause qu'il revient de prouver sa qualité de « métis juif » : « Pour un juriste ordinaire, écrit Maurice Duverger, les « moyens ordinaires de preuve » sont à la charge du demandeur, c'est-à-dire de celui qui engage une action ou une procédure »⁶⁴, dans le cas d'espèce l'administration. Ce bouleversement est masqué par un style neutre et un but présenté comme technique : dégager une norme dans une situation non prévue par le législateur, mais en conformité avec ses intentions – sa « pensée » –, afin de guider le juge dans l'application de la loi.

Le commentaire de Haennig est emblématique d'une posture juridique qualifiée par Michel Troper de « pseudo-positiviste⁶⁵ », à savoir une approche formellement positiviste du droit, en réalité prescriptive dans la mesure où elle vise à « guider » les juges et à produire des arguments leur permettant d'appliquer des lois inapplicables dans la tradition du droit républicain. Ce « pseudo-positivisme » est ce que Richard Weisberg appelle le « syndrome de Haennig⁶⁶ », la maladie la plus courante, et la moins auscultée, des juristes français ralliés au régime de Vichy pendant l'Occupation⁶⁷.

En 1984, le commentaire de Haennig faisait un peu figure d'une pièce de puzzle égarée dans un ouvrage consacré à des analyses de littérature ; dix ans plus tard, lorsque le travail consacré par Richard Weisberg aux rapports entretenus par les juristes français au droit antisémite de Vichy sera connu, ce commentaire apparaîtra pour ce qu'il est : l'exemple topique d'un rapport « pseudo-positiviste » à la règle de droit « dans un système politique et juridique odieux » (Michel Troper).

63. *Gazette du Palais*, I, 1943, p. 32.

64. Maurice Duverger, « La perversion du droit », in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, PUF, 1983, p. 709.

65. Michel Troper, « La doctrine et le positivisme », in Danièle Lochak, Dominique Memmi, Calliope Spanou, Patrick Lehingue, *et al.*, *Les Usages sociaux du droit*, Paris/Amiens, PUF/CURAPP, 1989, p. 290-291.

66. R. Weisberg, *The Failure of the Word*, *op. cit.*, p. 2.

67. *Contra* D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in D. Lochak, D. Memmi, C. Spanou, P. Lehingue *et al.*, *Les Usages sociaux du droit*, *op. cit.*, p. 252-285.

Vichy au prisme de « Law as and in Literature »

Richard Weisberg a beaucoup écrit sur le droit antisémite de Vichy⁶⁸. Il fut probablement l'un des tout premiers juristes, au début des années 1980, à s'intéresser à ce droit disqualifié par l'ordonnance portant rétablissement de la légalité républicaine en 1944, droit que les juristes français ont longtemps négligé⁶⁹.

En 1989, dans un article appelé à faire date, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », Danièle Lochak a avancé la thèse que la tradition positiviste légaliste dominante parmi les juristes de la III^e République, en leur interdisant toute référence « à la morale » et à des « principes de valeur supra-législative » fut au fondement d'une « éthique légaliste [commandant] d'obéir à la loi parce qu'elle est la loi [...] et [entraînant] déférence et sujétion vis-à-vis de l'ordre établi, quel qu'il soit »⁷⁰. Michel Troper a contesté cette mise en accusation du positivisme : sous la neutralité apparente du discours des juristes s'élaborait, en réalité, une doctrine prescriptive, « source du droit » antisémite, se situant à « l'opposé du positivisme »⁷¹. Bref, ce qui selon Michel Troper devait être surtout reproché aux juristes pendant l'Occupation n'était pas tant d'avoir été positivistes, que de ne pas l'avoir suffisamment été⁷². Ce point de vue est partagé par Richard Weisberg⁷³.

Si l'antisémitisme est un des facteurs explicatifs de la législation anti-Juifs, il est impuissant à expliquer l'adhésion quasi-unanime

68. Je ne partage pas l'ensemble des conclusions de Richard Weisberg concernant la politique antisémite de Vichy, et souscris, en revanche, aux réserves formulées par Dominique Gros dans « Le statut des juifs et les manuels en usage dans les facultés de droit (1940-1944) : de la description à la légitimation », in Philippe Braud (dir.), *La Violence politique dans les démocraties européennes occidentales*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 140, ainsi qu'à celles de Danièle Lochak, « Préface », in R. Weisberg, *Vichy, la Justice et les Juifs*, op. cit., p. 13-17. Pour une vision de la politique anti-juive de Vichy, corrigeant, sur certains points, celle du livre pionnier de Michaël R. Marrus et Robert O. Paxton, *Vichy et les Juifs*, Paris, Calmann-Lévy, 1981, source essentielle sinon unique de Richard Weisberg, voir Paul Thibaud, « La longue mémoire du "délaissement" des juifs de France », *Esprit*, mai 2007, p. 112-140.

69. D. Gros, « Mais ce n'est pas du droit ! », *Le Genre humain*, Le Droit antisémite de Vichy, n° 30-31, 1996, p. 19-22.

70. D. Lochak, « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », *Le Genre humain*, Le Droit antisémite de Vichy, *ibid.*, p. 453-455.

71. M. Troper, « La doctrine et le positivisme », art. cité, p. 291.

72. *Ibid.*, p. 287.

73. R. Weisberg, *Vichy, la justice et les juifs*, op. cit., p. 188. Voir aussi p. 186.

d'une doctrine où les antisémites patentés furent peu nombreux⁷⁴. L'adhésion au droit antisémite de Vichy relève, selon Weisberg, d'une herméneutique, l'« herméneutique de Vichy », un mélange de logique cartésienne, et de flexibilité dans la lecture des textes héritée du catholicisme⁷⁵.

Attachons-nous d'abord à la souplesse de l'interprétation de la loi caractéristique selon Weisberg de « l'approche française du droit ».

Selon Aubry et Rau, le « Code Napoléon ne contient pas de règles sur l'interprétation des lois », et admet au moins deux modes d'interprétation : l'interprétation dite *grammaticale*, *i.d.* « celle qui s'attache à déterminer le véritable sens d'un texte obscur ou incomplet en s'aidant des usages de la langue et des règles de la syntaxe » et l'interprétation dite *logique* qui peut être « déclarative, extensive ou restrictive, suivant qu'elle a simplement pour objet de rechercher le véritable sens d'un texte obscur ou incomplet, ou qu'elle se propose d'étendre ou de restreindre la sphère d'application d'une disposition légale dont la rédaction, quoique claire et complète en elle-même, ne rendrait cependant pas exactement la pensée du législateur [...]. Ces divers procédés n'ont pas tous la même valeur, et ne donnent pas des résultats d'une égale certitude. Le plus sûr étant, sans contredit, le premier⁷⁶ », celui qui cherche à préciser le sens des mots, et non à exprimer la pensée du législateur.

Le doyen Jean Carbonnier a montré que le Code Civil était, dans la tradition juridique française davantage qu'un Code : seul des cinq codes napoléoniens a avoir acquis « ce statut solitaire de livre canonique », le Code civil peut être considéré comme « la véritable constitution » de la France⁷⁷. La pluralité des modes d'interprétation,

74. R. Weisberg, *Vichy Law and the Holocaust*, Amsterdam, New York University Press/Harwood Academic Publishers, 1996, p. 3 : « L'antisémitisme, peut-être rendu plus manifeste par Vichy, ne peut seul expliquer la passion avec laquelle la communauté des juristes a produit, accepté et appliqué le droit [anti-Juifs] » (notre traduction). Sur l'adhésion de la doctrine, voir Anne-Françoise Ropert-Précloux, « Qu'enseignait-on à la faculté de droit de Paris ? », *Le Genre humain, Le Droit antisémite de Vichy*, *op. cit.*, p. 418.

75. R. Weisberg, « Introduction », in *Vichy Law and the Holocaust*, *op. cit.*, p. 4. Cette introduction n'est pas reprise dans la version française du livre, dont le titre est également différent. Cf. *Vichy, la justice et les juifs*, *op. cit.*

76. Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français*, Paris, Librairie Marchal et Billard, 1936, t. I, p. 242-243.

77. Jean Carbonnier, « Le Code civil », in Pierre Nora (dir.), *Les Lieux de mémoire*, t. II, La Nation, vol. 2, p. 308-309.

grammaticale ou logique, admise pour le Code civil a donc une portée très large : elle conditionne, en réalité, l'interprétation de toutes les lois françaises.

Commentant les articles 24 et 25 de la loi du 14 septembre 1941 « portant statut général des fonctionnaires civils de l'État et des établissements publics de l'État » qui énumère les conditions désormais requises pour l'obtention d'un emploi public⁷⁸, le doyen de la faculté de droit de Bordeaux, directeur de la prestigieuse *Revue du droit public et de la science politique*, Roger Bonnard, dans son *Précis de droit administratif* (LGDJ) publié en 1942 écrit :

Les conditions générales d'accès à la fonction publique procèdent du principe d'égalité et de ses interprétations. Ces conditions énumérées par la loi du 14 septembre 1941 sont relatives à la nationalité, à la race juive, aux femmes, aux membres des sociétés secrètes, à la moralité (être exempt de condamnations pénales) et à l'aptitude physique (être indemne de certaines maladies, et notamment des affections tuberculeuses), au service national obligatoire, au serment que doivent prêter les fonctionnaires⁷⁹.

Une interprétation *grammaticale* se fût attachée à préciser le sens des dispositions obscures de la loi. Celles-là même que le commentaire du doyen Bonnard passe sous silence, ne précisant ni ce qu'il convient d'entendre désormais par « qualité de français » (art. 25-1) ; ni les dispositions spéciales aux indigènes non citoyens (art. 25-2), non plus que les conditions particulières posées par le législateur pour l'exercice de certaines fonctions (art. 25-3). Seul ce type de commentaire, tendant à la description de la « loi telle qu'elle est » (Austin), eût pu être qualifié de « positiviste ».

Le doyen Bonnard opte pour une interprétation logique, une interprétation *logique extensive* de la loi. En effet, son commentaire explicite la « pensée du législateur » en faisant référence au principe d'égalité, et en classant, selon un ordre qui n'est pas celui du texte de la loi, les exclusions prononcées par elle : les « femmes » mentionnées par le législateur – ou ce qui en tient alors lieu – à l'alinéa 1 de l'article 26 apparaissent dans son commentaire en troisième position, autrement dit au milieu de l'article 25, dont l'énumération

78. *Gazette du Palais*, 2^e semestre 1941, p. 794.

79. Cité in D. Gros, « Le statut des juifs et les manuels en usage dans les facultés de droit (1940-1944) », art. cité, p. 161.

est ensuite reprise. « Extensive » au sens où l'entendent Aubry et Rau, son interprétation n'en est pas moins incomplète – l'exclusion des indigènes non citoyens n'est pas mentionnée (art. 25-2) –, et étrangement silencieuse : si la « moralité » exigée par la loi est interprétée comme « l'absence de condamnation pénale », si « les conditions particulières nécessaires pour l'exercice de certaines professions » sont clarifiées comme étant celles du « serment », et si les « conditions d'aptitude physique » insistent sur l'exclusion des « tuberculeux » (art. 25-5), on relèvera l'absence de commentaire dont fait l'objet la qualité de Français (art. 25-1) qui, en l'état du droit positif, emporte l'exclusion de tous les naturalisés (sauf les exceptions prévues à l'art. 2 de la loi du 3 avril 1941)⁸⁰. Ce commentaire valide la conception du service public revue et corrigée par la Révolution Nationale, un service public dont doivent être exclus par ordre de dangerosité, si j'en crois le doyen Bonnard : les Étrangers, les Juifs, les Femmes, les Franc-Maçons, les Criminels, les Tuberculeux, les Déserteurs, et les Opposants Politiques.

Les deux interprétations, grammaticale et logique, étant admises, il me semble difficile de reprocher au doyen Bonnard d'avoir choisi l'une (l'interprétation logique), plutôt que l'autre (l'interprétation grammaticale). Ce que l'on peut, en revanche, contester dans la perspective Droit et Littérature est le style de son interprétation.

Si l'on admet avec Albert Jonsen et Stephen Toulmin que « dès que l'on s'éloigne suffisamment des cas paradigmatiques pour lesquels les généralisations ont été conçues, il devient clair qu'aucune règle ne peut entièrement livrer sa propre interprétation⁸¹. » Le consentement à l'esprit raciste des lois antisémites ne résulte pas du choix de tel ou tel mode d'interprétation : il leur préexiste. C'est ainsi moins la technique du droit continental que le style des commentaires auxquels a donné lieu le droit antisémite qu'il conviendrait d'étudier pour comprendre comment se légitime l'acceptation de l'inacceptable.

80. Voir le commentaire que fait André Hauriou du même texte de loi *in* D. Gros, « Le statut des juifs et les manuels en usage dans les facultés de droit (1940-1944) », art. cité, p. 158.

81. Albert R. Jonsen et Stephen Toulmin, « À quoi sert la casuistique », *in* Jean-Claude Passeron et Jacques Revel (dir.), *Penser par cas*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2005, p. 102. Voir aussi François Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919 [1899], t. II, p. 224.

On connaît l'usage singulier de la conjonction « et » que faisait Gustave Flaubert :

La conjonction « et » écrit Marcel Proust dans un article célèbre publié dans *La NRF* en 1920, n'a nullement dans Flaubert l'objet que la grammaire lui assigne. Elle marque une pause dans une mesure rythmique et divise un tableau. En effet, partout où on mettrait « et » Flaubert le supprime [...]. En revanche là où personne n'aurait l'idée d'en user, Flaubert l'emploie. C'est comme l'indication qu'une autre partie du tableau commence [...]⁸².

« Et Frédéric, béant, reconnut Sénécal » : commentant cette phrase de l'*Éducation sentimentale*, Marcel Proust, et à sa suite Carlo Ginzburg, insistent sur le « blanc », l'« énorme blanc » qui vient interrompre le déroulé du temps historique, la conjonction « et » placé en début de phrase traduisant la « stupeur horrifiée de Frédéric quand il reconnut Sénécal dans l'agent qui vient de tuer Dusardier [son ancien ami qui partageait ses idées révolutionnaires]⁸³ ».

« Les conditions générales d'accès à la fonction publique précèdent du principe d'égalité. *Et de ses interprétations* ». L'usage flaubertien de la conjonction « et » eût changé le sens de la phrase du doyen Bonnard en introduisant un « énorme blanc » entre le rappel du principe d'égalité énoncé par l'article 6 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789) – « Tous les citoyens étant égaux [aux yeux de la loi], sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » – et les « interprétations » données de ce principe fondamental du droit par le « législateur » vichyste. L'usage flaubertien de la conjonction « et », en provoquant un inévitable effet de surprise chez le lecteur, eût signifié la non-adhésion du commentateur aux « interprétations » de la loi du 14 septembre 1941, traduisant « sa stupeur horrifiée » : « Une autre partie du tableau commençait » (Marcel Proust) ; une histoire du droit étrangère à la tradition républicaine était désormais en train de s'écrire...

82. Marcel Proust, « À propos du style de Flaubert » [1920], in M. Proust, *Contre Sainte-Beuve*, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1971, p. 591.

83. Carlo Ginzburg, « Déciffrer un espace blanc », in C. Ginzburg, *Rapports de force*, Paris, Gallimard/Seuil, 2003, p. 90. Je remercie Florent Brayard de m'avoir signalé cet article.

Si le juge Cardozo est, on l'a vu, pour Richard Weisberg le Flaubert du droit américain, une chose est certaine : le doyen Bonnard n'est pas Gustave Flaubert.

L'herméneutique catholique au banc des accusés

« Une forme de rhétorique propre au catholicisme n'est pas étrangère à la facilité avec laquelle les lois raciales se sont imposées à une culture qui n'y était pas disposée auparavant [...] », « influence », à la fois incomprise et sous-estimée dans la pensée d'après-guerre selon Richard Weisberg⁸⁴. Qu'est-ce que Richard Weisberg entend précisément par « catholique » ? Peut-on, comme il le fait, glisser de la dénonciation de « l'herméneutique religieuse » de Vichy à l'antijudaïsme catholique dont les origines remontent à la manipulation de l'Ancien Testament par les premiers chrétiens⁸⁵, pour finir par accuser le « spiritualisme chrétien [...] partie intégrante de la pièce morale mise en scène par Vichy⁸⁶ » ? J'aurais tendance à considérer que le terme catholique est à prendre ici au sens de « sensibilité catholique⁸⁷ ».

En faisant d'un catholicisme diffus la matrice du consentement au droit antisémite, Richard Weisberg met en contact deux domaines tenus généralement étrangers l'un à l'autre : Droit et Religion. La question des liens entre Droit et Religion se pose d'autant plus dans le cas de la législation antisémite de Vichy que la définition du Juif, fixée par le Second Statut promulgué le 2 juin 1941, est fondée non exclusivement sur un critère de race, mais aussi désormais sur un critère religieux. Comme le remarque Jean-Marie Denquin, « le recours au critère de la religion n'est pas une inflexion

84. R. Weisberg, *Vichy, la justice et les juifs*, op. cit., p. 186.

85. *Ibid.*, p. 185.

86. *Ibid.*, p. 201.

87. Nathalie Heinich, « Une sociologie très catholique ? À propos de Bruno Latour », *Esprit*, mai 2007, p. 14. Richard Weisberg se contente d'une définition en creux qualifiant de « catholique » tout mode de pensée qui n'est pas « talmudique » (*Vichy, la justice et les juifs*, op. cit., p. 193). Voir aussi : *Vichy Law and the Holocaust*, op. cit., p. 3 : « Les Juifs étaient "Talmudistes". Leur soumission à la littéralité et aux commandements au jour le jour imposés par le Talmud les éloignaient de l'approche française du droit et faisait d'eux l'objet légitime de lois reconnaissant leur aliénation volontaire de la France et de sa culture » (notre traduction).

idéologique, mais une nécessité technique⁸⁸ ». Si le lien entre Droit antisémite et Religion est établi par les textes de droit positifs, peut-on pour autant en déduire que le « catholicisme » est le facteur explicatif majeur de l'acceptation du droit antisémite par la doctrine ?

L'allusion au (célèbre) commentaire que faisait paraître Maurice Duverger en 1941 dans la *Revue du Droit Public* – 180 pages [...] consacrées à « la situation des fonctionnaires en 1940⁸⁹ » ; l'analyse de thèses ou de traités ouvertement antisémites, tels ceux de Baudry, Ambre, et Broc ; l'étude des relations entre l'Église, l'État et la persécution anti-juive faite par Richard Weisberg demeure insatisfaisante, vulnérable, selon moi, à trop de contre-exemples⁹⁰. L'impact du facteur religieux doit-il être restreint, comme semble le suggérer Dominique Gros, à l'étude de « l'antisémitisme clérical »⁹¹ ? Ou le lien existant entre acceptation du droit antisémite et « catholicisme » peut-il être établi en faisant apparaître d'autres médiations que celles suggérées par Richard Weisberg ?

Dans un article publié en 1933, François Géný analysait, pour le contester, le rejet dont le droit naturel était devenu l'objet dans une partie de la doctrine qui, à la suite de Georges Ripert, Pierre Cuche et Jean Darbin proposait non un retour à un strict positivisme, mais « de chercher les règles de ce droit transpositif [...] dans la religion, plus précisément dans la religion chrétienne⁹² » :

88. Jean-Marie Denquin, « Le droit antisémite est-il un droit ? », in Véronique Champpeil-Desplats et Nicole Ferré (dir.), *Frontières du droit, critique des droits, Mélanges Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 58.

89. *Ibid.*, p. 707.

90. Voir les récentes découvertes sur le Pape Achille Ratti-Pie XI, décédé le 10 février 1939 qui avait rédigé un discours très dur contre le fascisme et le nazisme que sa mort l'empêcha de prononcer le lendemain devant Benito Mussolini. Le 6 septembre 1938, Pie XI avait publiquement déclaré : « L'antisémitisme est inadmissible, car spirituellement nous sommes tous sémites ». Éric Jozsef, « La révolte enfouie de Pie XI », *Libération*, 31 mai 2007, p. 8. On ne retrouve plus trace de cette opposition dans la longue lettre que l'ambassadeur de France auprès du Vatican, Bérard, adresse au maréchal Pétain, le 2 septembre 1941. Concernant le Statut des Juifs du 2 juin 1941, Bérard écrit : « En principe, il n'y a rien dans ces mesures qui puisse donner prise à la critique, du point de vue du Saint-Siège », citée in R. Weisberg, *Vichy, la Justice et les Juifs*, *op. cit.*, p. 207.

91. D. Gros, « Peut-on parler d'un "droit antisémite" ? », art. cité, p. 29-30.

92. François Géný, « La laïcité du droit naturel », *Archives de philosophie du droit*, n° 3-4, 1933, p. 9.

Ainsi, nous voyons divers esprits, conscients à la fois des exigences du droit positif et de l'importance capitale d'une source morale plus élevée, s'acheminer, vers des voies diverses, mais convergentes, vers cette idée plus ou moins ouvertement avouée, « qu'il ne reste qu'un fondement possible au droit naturel : la croyance religieuse en une morale révélée »⁹³.

On pouvait lire en particulier dans *La Règle morale dans les obligations civiles*, publié en 1925 par le civiliste Georges Ripert, futur doyen de la Faculté de droit de Paris (1938), et éphémère mais décisif secrétaire d'État à l'Instruction Publique et aux Beaux-Arts de l'État français entre septembre et décembre 1940⁹⁴ :

Le juriste ne peut oublier que le droit doit s'appliquer à une société humaine fondée sur la morale chrétienne [...]. Il ne saurait être question bien entendu d'imposer la règle juridique au nom de la morale religieuse ; ce serait une position inadmissible dans une société moderne qui tient à la liberté de pensée. Mais il y a des règles juridiques pour lesquelles il n'est d'autre justification que la règle morale qui leur sert de base, et cette règle morale elle-même ne se justifie que par une certaine conception religieuse du monde⁹⁵.

La Règle morale dans les obligations civiles, ouvrage couronné par l'Institut (prix Dupin aîné), a connu trois éditions avant 1940, indice d'un succès peu banal qui surprit son auteur⁹⁶ : « Dans ma pensée, écrit Georges Ripert, ce petit livre n'était pas appelé à être réédité [...]. Mais [il] a eu l'heureuse fortune d'être recommandé par des juristes éminents qui, méditant à leur tour sur le sujet qui y était traité, ont ajouté à ses conclusions toute la richesse de leur propre pensée. C'est grâce à eux que ce livre a été lu⁹⁷. » Ce n'est pas le grand public et le volume de ses tirages successifs qui fait le succès de *La Règle morale dans les obligations civiles*, mais la communauté

93. *Ibid.*, p. 11. La citation est de Marcel Waline.

94. Sur l'action de Georges Ripert, consulter Claude Singer, *Vichy, l'Université et les Juifs*, Paris, Les Belles Lettres, 1992, p. 60-64, 93-95.

95. Georges Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1935, p. 29-30.

96. La première édition, celle de 1925, est manquante à la Bibliothèque Cujas, et n'apparaît pas dans le catalogue informatisé de la BNF. Les deux autres éditions sont de 1927 et de 1935. Une quatrième édition de l'ouvrage fut publiée en 1949. En 1994, la LGDJ rendit à nouveau disponible *La Règle morale dans les obligations civiles*.

97. G. Ripert, « Préface à la deuxième édition », in *La Règle morale...*, op. cit., p. V-VI (nous soulignons).

des pairs, communauté des pairs singulière, puisque Georges Ripert la décrit comme celle de « médiateurs » au sens que donne à ce terme Bruno Latour – « Les médiateurs transforment, traduisent, distordent et modifient le sens ou les éléments qu'ils sont censés transporter⁹⁸. » C'est donc en redécouvrant la morale que les juristes français d'avant-guerre auraient renoué avec le catholicisme. Il convient toutefois d'être prudent.

Achille Mestre dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, et c'est là sa seule réserve, critique l'identification entre « loi morale » et morale chrétienne faite par Ripert :

En réalité, la loi morale à laquelle se réfère M. Ripert a beaucoup plus de 2 000 ans. Sans doute nos conceptions de l'obligation, de la responsabilité, de la faute sont toutes imprégnées de christianisme : mais ce dernier a repris et coordonné les très anciens éléments que les civilisations juives, romaines et grecques avaient élaborés. Sans doute il y a un écho du sermon sur la montagne dans notre article 1382, mais j'y entends aussi la voix des prophètes, celle des sages de l'ancienne Rome et même d'Hammourabi⁹⁹.

Mais une fois posées ces réserves en notes en bas de page, l'accueil positif réservé à *La Règle morale dans les obligations civiles* qui milite dans un style étincelant pour une nouvelle association de la morale religieuse et du droit, établit l'autorité de Ripert.

« Ripert avait acquis une autorité éclatante par des ouvrages de théorie et même de philosophie du droit, telle *La Règle morale dans les obligations civiles* où il préconisait une reviviscence des obligations civiles par, je cite, « une montée continue de la sève morale ». Ripert s'élevait ainsi contre une séparation de la morale et du droit couramment admise depuis la fin du 19^e siècle, où l'allusion à l'« ordre moral » passait, aux yeux des Républicains, pour une tentative cléricale et réactionnaire. Ripert soutenait, au contraire, que la morale était partout présente dans le droit civil, notamment à travers des notions telles que les « bonnes mœurs », les « vices du consentement », etc. C'était des thèses originales, et

98. Bruno Latour, *Changer la société. Refaire de la sociologie*, Paris, La Découverte, 2006, p. 58.

99. Achille Mestre, « Morale et obligation civile », *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 25, 1926, p. 51-52. Article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

Ripert les défendait dans un style métaphorique très séduisant » se souvient le doyen Carbonnier¹⁰⁰.

À aucun moment le doyen Carbonnier, dans un entretien qu'il a relu et corrigé, ne qualifie de « chrétienne » la morale défendue par Georges Ripert. L'important à ses yeux est la nouvelle légitimité que Ripert donne au lien entre « morale » et « droit », et la révolution que cela représente dans la théorie française classique. François Gény va un peu plus loin en soulignant que l'essentiel dans cette entreprise de moralisation du droit n'est peut-être pas tant la reviviscence de la « morale chrétienne » mais la rupture induite avec le droit naturel, cette « religion d'État [restée] sans force le jour où l'État, n'ayant plus de doctrine officielle, lui a enlevé la sienne¹⁰¹ ».

Le droit naturel est, comme l'a montré Florence Gauthier¹⁰², le socle du droit révolutionnaire, et partant du droit républicain. Sa remise en question emporte avec elle la philosophie juridique du 18^e siècle, et un affaiblissement de l'universel en tant que principe fondamental du droit : « Seul le noyau primitif du droit naturel peut prétendre à l'universalité et doit s'imposer à tous » notait avec force le doyen Gény¹⁰³. Quant au positivisme, assimilé à un « amoralisme » qui réduit le droit à n'être plus que de la « technique »¹⁰⁴, il est, selon les propres termes de Ripert, forcé d'admettre sa « radicale impuissance¹⁰⁵ ».

La redécouverte de la morale par le droit aurait ainsi marqué une évolution significative de la doctrine dans les années 1930, provoquant non pas tant la redécouverte de son identité catholique, que légitimant sa double rupture, avec le droit naturel et avec le positivisme. Ce serait bien davantage du côté des « mésaventures » d'un certain « moralisme juridique » qu'il conviendrait de chercher l'explication du consentement de la doctrine au droit antisémite.

Maintenant, il resterait à analyser quelles ont été les théories juridiques portées par ce « moralisme juridique » qui ont su rendre acceptables un droit antisémite par des juristes qui n'étaient pas des antisémites convaincus, répétons-le. Cette recherche excède le cadre

100. Entretien avec l'auteur, le 1^{er} juin 2000.

101. G. Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. VII et p. 28.

102. Florence Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution*, Paris, PUF, 1992.

103. F. Gény, « La laïcité du droit naturel », art. cité, p. 21.

104. *Ibid.*, p. 25 : « L'amoralisme est pour eux doctrine officielle. Le droit n'est plus alors que de la technique ».

105. *Ibid.*

de cette présentation des travaux de Richard Weisberg. Mais eût-elle jamais été envisageable sans eux ?

Droit et Littérature, nonobstant les travaux pionniers de Christian Biet¹⁰⁶, est en France un domaine encore peu exploré : c'est un mouvement qui attend son « bon juge », et qui, construit dans la perspective dégagée par Robert Cover, et habitée par Richard Weisberg, initie, entre autres, une réflexion sur les soubassements humanistes du droit et sur les liens que la culture républicaine entretient avec cet étrange sujet, le « non-sujet de droit¹⁰⁷ », les émigrés sous la Révolution française, les esclaves aux États-Unis, les juifs sous Vichy... Nul besoin d'être en tous points d'accord avec Richard H. Weisberg. Le grand intérêt de sa démarche réside dans les questions qu'il pose. Et qui sont, grâce à lui, désormais posées.

Anne Simonin est chargée de recherche habilitée (CNRS). Elle est actuellement en poste à la Maison Française d'Oxford. Elle a récemment publié : « Le droit au mensonge. Dire le vrai pendant la guerre d'Algérie. À propos de *La Gangrène* », in Luc Boltanski, Élisabeth Claverie, Nicolas Offenstadt, Stéphane Van Damme (dir.), *Affaires, scandales et grandes causes : de Socrate à Pinochet*, Stock, 2007, et « De l'indignité nationale à l'atteinte à la dignité nationale : A-t-on jugé le bon crime ? », in Philippe Button, Pascal Girard et Sylvain Boulouque (dir.), *Traîtres et trahison dans la France contemporaine*, Seli Arslan, 2007.

RÉSUMÉ

Mais qui est Richard Weisberg ? Droit et Littérature : nouvelles réflexions sur la question juive

L'apport de Richard Weisberg au mouvement « Droit et Littérature » est double : il a réorganisé un champ de savoir traditionnellement séparé entre « Law as »,

106. Christian Biet, *Droit et littérature sous l'Ancien régime : le jeu de la valeur et de la loi*, Paris, Honoré Champion, 2002. Voir aussi le numéro « Droit et Littérature. De la narration du droit aux fictions juridiques », *Europe*, avril 2002 et Sandra Travers de Faultrier, *Droit et littérature : essai sur le nom de l'auteur*, Paris, PUF, 2001.

107. Jean Carbonnier, « Être ou ne pas être sur les traces du non-sujet de droit », in *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2001, p. 231.

l'approche littéraire des textes juridiques, et « Law in », les récits romancés d'intrigues judiciaires, en « Law as and in Literature » grâce à l'invention d'un nouveau genre « le roman de procédure » qui place le lecteur dans la position d'un juré et attire son attention non pas tant sur le dénouement du procès que sur l'instruction, et les narrations contradictoires qu'elle produit. Par sa réflexion sur l'acceptation par les juristes français du droit antisémite de Vichy, Richard Weisberg a placé au centre des interrogations du mouvement « Droit et Littérature » une question politique – l'engagement des juristes en faveur d'un ordre public injuste et meurtrier – et a contribué à la définition d'une éthique « post-Holocauste », une « poétique », en rupture avec le relativisme post-moderne.

So Who Is Richard Weisberg? Law and Literature : New Reflections on the Jewish Question

Richard Weisberg's contribution to the Law and Literature movement has been two-fold: he has taken a field of knowledge traditionally divided up into "law as", a literary approach to legal texts, and "law in", examining fictional narratives of legal plots, and fused the two into "law as and in literature" by positing a new genre: the "legalistic narrative". This novel literary genre treats the reader as a juror and focuses his or her attention not so much on the trial verdict as on the investigation and the contradictory accounts it yields. By questioning French lawyers' acceptance of anti-Semitic laws under the Vichy regime, Richard Weisberg has put a political issue at the core of Law and Literature: viz. the French jurists' allegiance to an unjust and, indeed, murderous public order. This approach helps define a post-Holocaust ethic, a poethic, that breaks with the tenets of postmodern relativism.