

**Le juge et l'historien,
à propos de l'arrêt Branly***

Monsieur le Représentant du Garde des Sceaux,
Monsieur le Vice-Président du Conseil d'Etat
Monsieur le Premier Président de la Cour de cassation
Monsieur le Procureur Général près la Cour de cassation
Monsieur le Président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat
Monsieur le Président de la Chambre criminelle, Président Doyen des Présidents
de Chambre à la Cour de cassation,
Mesdames, Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs les Hauts Magistrats,
Madame le Bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour de cassation de Belgique,
Mesdames, Messieurs les Bâtonniers,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Qu'il fait froid à l'ombre de l'Histoire.

Elle n'éclaire et ne réchauffe que ceux qu'elle a choisi de mettre à l'honneur de son grand roman.

Et laisse transis ceux qu'elle juge ne pas mériter sa considération.

Albert Turpain le savait bien,

Lui qui présentait l'oubli des siècles à venir.

Persuadé d'avoir participé à l'invention de la Transmission Sans Fil en réalisant les premiers essais, il devinait que l'Histoire ne retiendrait pas son nom, mais celui de l'italien Marconi.

Il n'ignorait pas qu'à cette grande entreprise de rétrécissement de la planète, un seul français resterait associé : Edouard Branly.

* Discours prononcé le 14 décembre 2004, à l'Audience Solennelle de rentrée de la Conférence du Stage des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation par Sylvia Lasfargeas, Premier secrétaire de la Conférence

Marconi n'avait-il pas adoubé Branly en lui adressant le premier message sans fil outre-manche, reconnaissant en termes émus que «*ce beau résultat était dû en partie à ses remarquables travaux* »¹ ?

Mais Turpain ne se résigna pas à ce que seule son épitaphe lui reconnaisse d'être «*Albert TURPAIN, précurseur de la TSF* ».

Et, comme il lui était offert d'écrire pour l'Almanach Populaire une histoire de cette TSF, il décida d'en donner sa version.

Revêtant pour l'occasion les habits de l'historien, il ne fit pas honneur à la profession.

Chateaubriand qui décrivait l'historien comme chargé de la vengeance des peuples², n'aurait vu en Turpain qu'un homme chargé d'une vengeance toute personnelle.

Car si dans son histoire de la TSF, Turpain n'oublia pas de citer ses propres travaux et prit soin d'adjoindre une photographie de sa personne, il omit en revanche bien volontairement de citer le nom de Branly, préférant attribuer à un autre l'invention de son récepteur à limailles.

Mais Branly qui comme Hugo fut statufié de son vivant, voyant un quai baptisé à son nom, n'apprécia guère la tentative de déboulonnage.

Lui qui avait fait reproduire sur son pommeau d'académicien le dessin de son invention s'exaspéra d'en voir ainsi atténuer la portée.

Et avant que d'être tout à fait pétrifié, alors qu'il s'apprêtait à partir pour l'autre rive dans la clameur de funérailles nationales, Branly laissa en héritage une assignation.

Brandissant l'article 1382 du Code civil, il soutint qu'en omettant de citer son nom dans une histoire de la TSF, Turpain avait commis une faute lui causant un dommage dont il réclamait réparation³.

Il invitait le juge à condamner un homme à raison de la version qu'il avait donnée de l'Histoire.

Pour sa défense, Turpain pourrait aujourd'hui appeler ces historiens qui, ayant basculé dans le relativisme soutiennent qu'il n'existe pas de Vérité en histoire, si bien que nul ne saurait être condamné pour l'avoir méconnue.

Férés d'épistémologie, ils se sont délectés de la lecture de Karl Popper⁴ démontrant qu'il n'y a de scientifique que ce qui est susceptible de démonstration contraire.

Puis, succombant au « *tournant linguistique* », ils en sont venus à penser que la validité d'une hypothèse résidait dans la seule reconnaissance des valeurs qu'elle véhiculait⁵.

Ils se sont crus condamnés à ne produire que des enchaînements plausibles, à construire des faits historiques, sans jamais pouvoir prétendre à une quelconque vérité.

A les en croire, Turpain et Branly détiendraient chacun une version de l'Histoire.

Mais ce relativisme est insoutenable.

Sans prétention à dire le Vrai, l'histoire devient littérature et se réduit au propos d'un auteur,

les frontières entre l'histoire et la fiction se brouillent.

Or comme l'écrivait Paul Veyne, si l'histoire est un roman, c'est un roman vrai⁶.

N'en déplaise à Bonaparte, elle n'est pas « *ce mensonge que personne ne conteste* ».

Un consensus s'établit à présent à mi-chemin entre la certitude scientiste du début du siècle et le relativisme qu'il est de bon ton d'affecter⁷.

L'historien dit vrai, mais ses vérités ne sont pas absolues.

La vérité historique existe donc, mais sa méconnaissance ne saurait entraîner nulle condamnation, dès lors qu'elle est relative, jamais à l'abri de la découverte de nouvelles archives, d'un nouveau témoignage, d'un nouvel éclairage.

L'Histoire est toujours en appel.

Et sa vérité ne saurait être enserrée dans les attendus d'une décision judiciaire, sauf à enayer le processus de connaissance historique et à admettre que les juges soient les gardiens d'une Histoire Officielle.

Certes, il s'instaure parfois autour d'un fait historique clairement établi, un consensus démocratique que l'on choisit d'inscrire dans le marbre de la loi.

Non pour écrire une Histoire légale, mais pour protéger la mémoire collective de divagations aussi fantaisistes qu'abjectes, pour relayer ceux qui, las d'avoir démontré et redémontré l'inanité de tels propos, finissent par se taire.

La loi dite Gayssot a suscité les vives critiques d'historiens, insoupçonnables de négationnisme, réclamant seulement que le combat de ces thèses nauséabondes demeure sur un terrain historique et non juridique⁸.

Mais, aussi critiquable soit-elle sur le principe, cette histoire officielle lisible, émanant d'une volonté politique publiquement débattue est sans doute préférable à une vérité historique diffuse édictée par le juge⁹.

Car, hormis ces hypothèses particulières et exceptionnelles,
A défaut, et c'est heureux, d'un Code de l'histoire,
Celle-ci ne saurait s'écrire dans le prétoire.

Comment un juge pourrait-il d'ailleurs trancher une controverse historique, quand il est tenu par les écritures des parties, ne pouvant suppléer leur carence ?

Que l'on songe au procès Kravtchenko. Les juges disposaient-ils en 1949 des éléments nécessaires pour affirmer qu'il n'avait pas menti en décrivant les souffrances du peuple soviétique et l'existence des goulags ?

Pris entre le témoignage poignant de Margarete Buber-Neuman sur ce qu'elle avait vécu dans les camps et les déclarations de l'intelligentsia communiste la décrédibilisant comme à la solde des américains,

les juges n'ont pu que relever une discordance de témoignages et constater que les *Lettres françaises* n'apportaient pas la preuve du caractère mensonger des affirmations de Kravtchenko¹⁰.

Mais ils n'ont pas énoncé ce qu'était la vérité historique.

Même si c'était ce qui se jouait lors du procès. Ils ne pouvaient la dire.

Le juge le reconnaît d'ailleurs bien volontiers.

Sitôt confronté à la nécessité de juger l'écrit d'un historien, il s'empresse d'affirmer qu'il *ne lui appartient pas de trancher une controverse historique ou de dire l'histoire*¹¹.

C'est là un gage de respect qu'il formule à l'égard de cette discipline, à laquelle il a parfois recours pour mieux comprendre un texte, ou éclairer un contexte¹².

Pour autant, il ne s'interdit pas de juger l'historien à raison de la version qu'il donne de l'histoire.

Car il a trouvé l'astuce qui le lui permet :

Il juge l'historien, non sur sa thèse, mais sur sa méthode¹³.

C'est ce qu'a posé en principe la Cour de cassation en son arrêt Branly,

Aux juges qui avaient déchargé Turpain de toute responsabilité, elle a reproché de n'avoir pas recherché s'il s'était *comporté comme un historien prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombent*¹⁴.

Elle plaçait non pas l'Histoire, mais la méthode de l'historien sous contrôle judiciaire.

Le juge n'a-t-il en effet quelque légitimité à apprécier cette méthode ?

Clio est après tout la nièce de Thémis. Elles entretiennent toutes deux certaines affinités¹⁵.

L'on aime à se souvenir que chez Hérodote, *historia* signifiait "enquête"¹⁶.

Et de fait, l'histoire semble à bien des égards relever de la procédure judiciaire : recherche de preuve, appréciation de témoignage, démontage de dispositifs...¹⁷

Tout comme le juge, il n'est sans doute pas un historien qui ne revendique l'objectivité, entendue comme une subjectivité consciente d'elle-même.

Si l'Ecole des Annales a marqué une rupture, celle-ci ne s'est pas effectuée au regard de la méthode.

Fustigeant l'histoire serve, brocardant l'histoire événementielle, appelant à la destruction des idoles : la contestation portait alors sur la problématique et les objets de l'histoire, non sur la méthode¹⁸.

De l'école méthodique à celle des Annales, l'unanimité règne sur un point : chaque assertion doit être accompagnée de renvois aux sources et de citations afin de pouvoir être vérifiée¹⁹.

En intimant l'objectivité et la prudence à l'historien, la solution dégagée par l'arrêt Branly pouvait apparaître à bien des égards séduisante.

Et c'est un concert d'approbation qui l'accueillit à l'époque²⁰.

Un soliste cependant, un virtuose, fit entendre une autre musique : Jean Carbonnier, qui dans une chronique demeurée célèbre, *Le silence et la gloire*²¹, mit l'accent sur les dangers de cette bonne solution apparente.

Il soulignait qu'en invitant l'historien à la prudence et à l'objectivité, le juge contrôlait en réalité la manière dont l'histoire s'écrivait.

Le refuge derrière un simple contrôle de la méthode n'était-il en effet quelque peu hypocrite ?

Thèse et méthode ont partie liée.

Les historiens acceptent une nouvelle thèse lorsqu'ils sont convaincus par la méthode de celui qui la leur propose : lorsqu'en posant les mêmes questions aux mêmes sources, ils obtiennent les mêmes réponses²².

Dès lors en jugeant l'historien sur sa méthode, le juge se substitue en réalité à la communauté historique pour se déclarer ou non convaincu.

Sous couvert de contrôle de la méthode, il dit l'histoire, et ce faisant dévoie le processus de connaissance historique.

Lorsqu'il condamne l'historien pour avoir manqué de prudence et d'objectivité en occultant des éléments contraires à sa thèse²³, c'est que cette thèse est minoritaire et qu'il l'estime non convaincante.

Car jamais l'historien qui reprend une opinion majoritaire, ne sera condamné pour avoir omis de citer des documents contraires.

En intimant la prudence à l'historien le juge l'incite à ne pas bouleverser l'ordre établi, avec son lot de figures protégées et d'idées bien pensantes.

Aussi Carbonnier pouvait-il écrire avec fulgurance que « *le signe le plus clair de l'objectivité pourrait bien être une certaine conformité aux opinions assises* » et conclure que c'est sans doute « *la leçon la plus remarquable de l'arrêt Branly que cette invitation faite à l'histoire de se montrer circonspecte dans la discussion des grands hommes* ».

Ne fallait-il alors accepter, au nom du refus de toute histoire officielle, au nom du libre développement de la connaissance historique, que tous les auteurs jouissent d'une liberté accrue et que certains préjudices causés par un abus de la liberté d'expression ne soient pas judiciairement réparés²⁴ ?

Souffrir qu'un historien soit imprudent, qu'il dénature un document, ou occulte tel autre contraire à sa thèse, même s'il cause un préjudice,

Poser en principe que tout propos qui cause à autrui un dommage n'oblige pas son auteur à le réparer,

et n'autoriser sa condamnation que sur le fondement d'un texte spécialement prévu à cet effet.

Inviter les victimes à stigmatiser les erreurs de l'historien, non pas devant un juge, mais devant ses pairs,

A mortifier l'imprudent par voie médiatique, et non judiciaire.

Rappeler qu'il vaut mieux demeurer dans l'arène du verbe et qu'une thèse ne gagne pas en conviction au prétexte d'onction judiciaire.

C'est ce que Carbonnier en sa chronique appelait de ses vœux, en suggérant que **seule** la loi du 29 juillet 1881 puisse venir réprimer un abus de la liberté d'expression.

Il émettait l'idée que cette loi « *devait, pour toutes les manifestations de la pensée, être considérée comme un système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils – et enlevant du même coup à l'article 1382 du Code civil une portion de sa compétence diffuse* ».

Il trouvait « *dans la théorie pénale de la diffamation et de l'injure une philosophie toute élaborée, le produit de réflexions séculaires sur les bienfaits et les méfaits de la langue des hommes, sur les aveuglements respectifs de l'envie et de l'amour propre ...* ».

La loi de 1881 n'est-elle particulièrement adaptée au contrôle par le juge, du travail de l'historien ?

Prohibant la preuve des faits remontant à plus de dix ans, elle interdit au juge de dire l'Histoire.

En permettant au diffamateur d'établir sa bonne foi pour échapper à la condamnation, elle admet que la recherche historique puisse conduire à porter atteinte à l'honneur et la réputation, dès lors que c'est en termes prudents et mesurés, ensuite d'une enquête sérieuse, dénuée de toute animosité personnelle²⁵.

Il y a certes intrusion du juge dans la méthode de l'historien, mais non pour le condamner sinon pour tenter de le relaxer.

L'immixtion est justifiée par la diffamation commise.

L'atteinte portée à l'honneur des époux Aubrac par l'historien Chauvy les suspectant d'avoir trahis Jean Moulin justifiait l'investigation du juge dans sa méthode, et sa condamnation pour avoir diffamé sans prudence, en s'abstenant d'accompagner le « testament Barbie » d'un appareil suffisamment critique²⁶.

Ce contrôle de prudence de la diffamation est de surcroît limité dans le temps.

Au dernier souffle expiré, fut-il d'une gloire nationale, l'historien reprend toute liberté de plume.

L'atteinte à la mémoire du mort ne peut plus être poursuivie que si l'historien a eu également l'intention de porter atteinte à l'honneur ou la considération de l'héritier.

L'idée énoncée par Carbonnier en 1951 de n'avoir recours qu'à la loi de 1881 pour sanctionner un abus de la liberté d'expression a fait son chemin.

Sans cesse invoquée, jamais oubliée, *Le silence et la gloire* a fait grand bruit.

Et la Cour de cassation n'y est pas restée insensible qui par ses arrêts du 12 juillet 2000, a affirmé que les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne pouvaient plus être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil²⁷.

Retirant à ce dernier toute vocation subsidiaire.

Privant les héritiers d'un droit à réparation, alors même que leur ancêtre était diffamé.

Faisant ainsi primer la liberté d'expression sur le droit à réparation.

C'est ce qu'elle semble aujourd'hui retenir, même lorsque les propos, par leur teneur, ne relèvent pas de la loi du 29 juillet 1881²⁸.

Lorsque par exemple il n'y a aucune diffamation,

Qu'un simple silence, qui par définition n'impute aucun fait précis à personne.

Une imprudence d'un historien qui cause un préjudice.

Comme dans l'affaire Branly

Ce silence de Turpain, Branly aujourd'hui, ne devrait pouvoir en solliciter réparation.

C'est tout à l'honneur de la Cour de cassation,

que de l'arrêt Branly, nous ne retenions plus que la chronique de Carbonnier

C'est le plus bel hommage que la jurisprudence rend à la doctrine,

le plus bel hommage rendu à un homme qui aujourd'hui s'est tu,

mais dont la voix continue de retentir,

par delà le silence, dans toute sa gloire.

¹ Philippe Monod-Broca, *Branly, au temps des ondes et des limailles*, Belin 1990, p. 228

² *Voyage pittoresque et historique de l'Espagne*, par M. Alexandre de Laborde, signé " De Chateaubriand ", Le Mercure de France 4 juillet 1807, t. XXIX, pp. 7-21 : « Lorsque, dans le silence de l'abjection, l'on n'entend plus retentir que la chaîne de l'esclave et la voix du délateur ; lorsque tout tremble devant le tyran, et qu'il est aussi dangereux d'encourir sa faveur que de mériter sa disgrâce, l'historien paroît, chargé de la vengeance des peuples. C'est en vain que Néron prospère, Tacite est déjà né dans l'Empire ».

³ Tribunal civil de Poitiers 5 février 1941, Gazette du Palais 1941 ; H et L Mazeaud, RTDCiv 1940 p. 586 ; Cour d'appel de Poitiers, 2 février 1943, Gazette du Palais 1943 Jur p. 148 ; H et L Mazeaud, RTDCiv 1943 p. 111 ; Tribunal civil de Poitiers 5 février 1941, Gazette du Palais 1941 ; H et L Mazeaud, RTDCiv 1940 p. 586.

⁴ Karl R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973 ; *La Quête inachevée*, Calmann-Lévy, 1981 ; *Misère de l'historicisme*, Agora 1991.

⁵ Thomas Kuhn, *La Structure des Révolutions Scientifiques*, Flammarion, 1972

⁶ Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil collection Point Histoire, 1979 p. 10

⁷ Christian Delacroix, François Dosse, Patrick Garcia, *Histoire et historiens en France depuis 1945*, ADPF-publication 2004 ; Antoine Prost, *Douze leçons sur l'histoire*, Seuil collection Point Histoire 1996, p. 283s.

⁸ cf. notamment Madeleine Rebérioux, *L'histoire* n° 138 novembre 1990, p. 92-94

⁹ CEDH, 23 septembre 1998, req n° 55/1997/839/1045, affaire Lehideux et Isorni c. France, § n° 47 : « La Cour estime qu'il ne lui revient pas d'arbitrer sur cette question (de la thèse dite du « double jeu » de Pétain), qui relève d'un débat toujours en cours entre historiens sur le déroulement et l'interprétation des événements dont il s'agit. A ce titre, elle échappe à la catégorie des faits historiques clairement établis, tel l'Holocauste – dont la négation ou la révision se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10 » ; CEDH 24 juin 2003, Affaire Garaudy contre France, requ n° 65831/01 § 1 « il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève d'aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à la quête de la vérité. »

¹⁰ Nina Berberova, *L'affaire Kravchenko*, Actes Sud 1990 ; Joë Nordmann, *Aux vents de l'histoire*, Actes Sud 1996 p. 167s.

¹¹ cf. par ex Tribunal de la Seine 3 janvier 1934, *Gazette du Palais* 1934 Jur. p. 541 : « l'historien a, en principe, pleine et entière liberté d'exposer les faits et d'apprécier, selon ses vues personnelles, les actes, l'attitude et le caractère des hommes qui ont joué un rôle dans les événements dont il entend fixer le souvenir » ; TGI Paris, TGI Paris 14 février 1990, *Gazette du Palais* 1991, Jur p. 452 : « il n'appartient pas aux tribunaux de juger la véracité des travaux historiques ou de trancher les controverses suscitées par ceux-ci qui relèvent de la seule appréciation des historiens et du public » ; Cf. la jurisprudence citée par Jean-Denis Bredin in *Le droit, le juge et l'historien*, *Le Débat* 1984 n° 32 p. 103

¹² AP 11 juin 2004, Bull AP n° 1 p. 1, 2^{ème} moyen.

¹³ Jean-Denis Bredin, *Le droit, le juge et l'historien*, *Le Débat* 1984 n° 32 p. 93 ; Georges Kiejman, *l'histoire devant ses juges*, *Le Débat* 1984 n° 32 p. 112

¹⁴ Civ 27 février 1951, D 1951 p. 329 note M. Desbois, *Gazette du Palais* 1951 Jur p. 230, conclusions de l'Avocat général Rey ; Semaine juridique 1951 II. Jur. n° 6193, Observations Jules Mihura, Conseiller à la Cour de cassation ; H et L Mazeaud, RTDCiv 1951 p. 246

¹⁵ Paul Ricoeur, *les rôles respectifs du juge et de l'historien*, *Revue Esprit* 2000 n° 8, p. 48

¹⁶ Jean Noël Jeanneney, *Le passé dans le présent, L'historien, le juge et le journaliste*, Seuil essais, 1998, p. 63

¹⁷ Carlo Ginzburg, *Le juge et l'historien, considérations en marge du procès Sofri*, Verdier 1997

¹⁸ Antoine Prost, *Histoire, vérités, méthodes*, *Revue Le débat* 1996 n° 92

¹⁹ Marc Bloch, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, Armand Colin, 1960, p. 40

²⁰ cf. supra note n° 14

²¹ Jean Carbonnier, *Le silence et la gloire*, Dalloz 1951, Chron. p. 119

²² Cf. la définition de la méthode de l'historien donnée par Antoine Prost in *Douze leçons sur l'histoire*, Seuil collection Point Histoire 1996, p. 290 : « De ce que l'histoire n'a pas de méthode spécifique, il ne résulte pas qu'elle n'a pas de méthode. J'appelle méthode un ensemble défini de procédures intellectuelles tel que quiconque, respectant ces procédures et posant la même question aux mêmes sources, aboutisse nécessairement aux mêmes conclusions ».

²³ Cf. Jugement du 21 juin 1995 du Tribunal de grande instance de Paris (RG 4 767/94) condamnant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil l'historien américain Bernard Lewis poursuivi par le Forum des associations arméniennes de France : « s'il n'est nullement établi qu'il ait poursuivi un but étranger à sa mission d'historien, et s'il n'est pas contestable qu'il puisse soutenir sur cette question une opinion différente de celles des associations demanderesse, il demeure que c'est en occultant les éléments contraires à sa thèse, que le défendeur a pu affirmer qu'il n'y avait pas de « preuve sérieuse » du génocide arménien ; qu'il a ainsi manqué à ses devoirs d'objectivité et de prudence, en s'exprimant sans nuance, sur un sujet aussi sensible »

²⁴ Cf. un arrêt de la cour d'appel d'Agen en date du 13 mai 2003 (RG n° 01/1244) condamnant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil l'auteur d'un ouvrage intitulé « *Les pilotes de chasse français 39/45* » pour avoir montré un « *mépris flagrant pour la recherche de la vérité* » en comptabilisant 12 victoires aériennes à M. Pierre C. sans faire état des documents lui en attribuant 32.

²⁵ Crim 16 mai 1995, BCrim n° 175 p. 487 « *la critique qui se prétend historique n'échappe pas à l'exigence de bonne foi* »

²⁶ CEDH, 29 juin 2004, *Affaire Chauvy et autres contre France*, Req. n° 64915/01 ; Crim 27 juin 2000 pourvoi n° 99-81.622 ; cf. sur cette affaire l'échange entre Jean Pierre Azéma et Georges Kiejman, *L'histoire au tribunal*, Le Débat 1998 n° 102 p. 45

²⁷ AP 12 juillet 2000 Bull AP n° 8 p. 13 ; Conclusions de l'Avocat général M. Joinet et note de M. Durieux, Conseiller rapporteur, in BICC n° 523, faisant tous deux expressément référence au *Silence et la gloire* de Carbonnier.

²⁸ Civ 2, 8 mars 2001 BC II n° 47 p. 32, Cf. rapport de Monsieur le Doyen Pierre Guerder, Gazette du Palais mai-juin 2001 p. 821 ; Civ 2, 25 novembre 2004 pourvoi n° 02-12829 (PB)