

Jean-François Chassaing

## Ruptures comparées dans l'évolution du droit et de la musique à l'époque contemporaine.

*Remerciements à Charly Mandon pour son aide musicale.*

Qu'est-ce qu'une rupture historique – qui peut s'avérer, le temps n'ayant pas encore fait son travail, purement factice, pire inutile. La réponse, si nous considérons l'ensemble de l'activité intellectuelle est complexe et souvent cache bien des contradictions. L'histoire de la physique offre probablement le modèle le plus facile à appréhender, on y passe d'une théorie à une autre, cette dernière s'avérant « vraie » au mieux un certain temps. Ainsi le fameux principe d'incertitude de la théorie des quanta de Heisenberg se trouve depuis peu contesté<sup>1</sup>. Les physiciens, comme les mathématiciens, s'appuient sur des démonstrations, expérimentales ou non, qui peuvent faire l'objet de discussion et de contestation, mais ne décident point un beau jour que tous les acquis d'une discipline doivent être jetés aux oubliettes pour construire une science plus moderne. La notion de modernité est sans doute comprise bien différemment dans d'autres domaines, et les rapports humains peuvent s'en trouver pas plutôt tendus.

La modernité<sup>2</sup> s'appuie sur la notion de progrès, elle-même fondée sur la notion de rupture. À la fin du XVIIIe siècle cette idée s'impose, le progrès étant toujours regardé comme bénéfique, cette pensée s'imposera jusqu'à la fin du XXe siècle, malgré la pause romantique. Du droit aux arts, en passant par les conduites sociales l'idée progressivement s'impose : il convient de faire autres choses que ce qui se fit aux siècles passés qui ignoraient la raison, même si à la suite d'Aristote il en fut beaucoup question. La valorisation de cette notion de progrès au sein de cette modernité conduisit à admettre favorablement les ruptures reposant sur une authentique réflexion autant que les fumisteries enterrant le passé pour le seul plaisir de le faire. L'exemple des nouvelles religions créées par les révolutionnaires - Richard Wagner, plus tard dans le siècle fut tenté de s'y essayer autour de son

---

<sup>1</sup> David Z. Albert, *After Physics*, Harvard University Press, 2015.

<sup>2</sup> Le terme est devenu ambigu. Pour les historiens il faisait référence à la période suivant le moyen âge. Ici nous l'utiliserons dans un sens plus commun nous référant au bouleversement du XIXe et du XXe siècles.

Parsifal<sup>3</sup> - illustre tristement le second point. Pour paraphraser Philippe Murray<sup>4</sup> le risible peut se joindre au sérieux, pensons au lettrisme pour lequel les mots n'ont aucun sens.

L'évolution contradictoire des rapports entre l'activité artistique et la culture populaire favorisera aussi la rupture. L'exemple de la musique est révélateur. Sous l'ancien régime la musique est partout, dans les églises bien évidemment mais aussi, on l'ignore souvent, dans les corporations de métier. Ces dernières seront anéanties par la Révolution en même temps que la déchristianisation s'amorcera, son aboutissement en 1905 se traduisant par une catastrophe touchant l'enseignement et la pratique musicale<sup>5</sup>. Certes à partir de la Révolution existe une volonté de populariser la musique, qui passe bien évidemment par l'État, centralisme oblige, et qui aboutira à la création des conservatoires. Ceux\*ci, contrairement à leur vocation, aboutirent à une professionnalisation de la musique et amorceront le creusement du fossé existant entre la musique populaire, univers du café-concert qui ne retient rapidement plus la musique classique, et la musique savante appréciée par l'élite aristocratique et bourgeoise. La loi Guizot, première loi appliquée sur l'enseignement primaire, marque l'abandon de cette volonté de populariser toutes les musiques<sup>6</sup> Certes la situation fut longtemps plus complexe grâce à l'action des réformateurs sociaux, principalement des saint-simoniens attachés à la popularisation de toute musique, des compositeurs comme Berlioz étant attaché à ce courant<sup>7</sup>. Toujours est-il que dans la seconde moitié du XIXe siècle nous nous trouvons déjà dans la configuration proustienne où le public, c'est-à-dire les mélomanes de salons, plébiscite la « sonate de Vinteuil ». Face à un public restreint l'innovation et les ruptures pourront apparaître sans dommage.

Le romantisme est aussi un élément qui, s'il n'opère pas véritablement de rupture avec les fondamentaux, y conduit. Dans ces excès le romantisme put être vu comme un rejet de la pensée rationnelle conduisant à un sentimentalisme outrancier, bizarrement qualifié par Carducci d'« importation germanique »<sup>8</sup>. Le romantisme fut souvent vu comme un rejet de la Révolution française. La réalité est infiniment plus complexe. Ce mouvement rejette « la raison », qui est au cœur du mouvement révolutionnaire mais retient l'exaltation de l'individu que la Révolution voulait faire heureux et que le romantisme voit malheureux dans sa recherche du bonheur. L'ambiguïté touchant le personnage de Napoléon premier est révélatrice : L'homme d'ordre, au rationalisme tortueux, fut transformé par Victor Hugo en héros romantique contrairement à son neveu, objet de la détestation de poète, qui pourtant, à tout bien considéré, eût été presque parfait dans ce rôle. Toujours est-il que du début jusqu'à la fin de la vague romantique l'exaltation des sentiments et la primauté de l'individu marqueront une période difficile à border complètement. L'expression des sentiments, des angoisses, des colères sera facilité en musique par l'apparition d'instrument permettant d'exploiter de puissant

<sup>3</sup> Voir [http://agora.qc.ca/dossiers/richard\\_wagner](http://agora.qc.ca/dossiers/richard_wagner)

<sup>4</sup> Philippe Muray, Essais, *Les Belles Lettres*, Paris, 2010

<sup>5</sup> Songeons, par exemple, que Fauré remplaça, dans des fonctions différentes, Saint Saëns puis Massenet à l'Église de la Madeleine. En 1905, année de la séparation de l'Église et de l'État qui tarit les finances de l'Église Fauré aura la bonne fortune de prendre la direction du Conservatoire de Paris, institution devenue complètement laïque. Remarquons qu'aujourd'hui en Allemagne les églises catholiques et protestantes continuent à avoir un grand rôle dans l'éducation musicale.

<sup>6</sup> Les garçons ne reçoivent aucun enseignement musical, les filles sont seulement initiées au chant. En 1882, dans les lois Ferry la musique fait sa réapparition en 12<sup>e</sup> et dernier rang des matières enseignées. Nous avons peu de renseignement sur la pratique scolaire mais la musique semble en fait négligée sauf dans les rares endroits, comme Paris, où il existent des maîtres spécialisés. Sur cette question voir : Michèle Alten, *La musique dans l'école : de Jules Ferry à nos jours*, Issy-les-Moulineaux, Éditions EAP, 1995

<sup>7</sup> Sur l'ensemble de ces questions voir : Sophie-Anne Leterrier « Musique populaire et musique savante au XIXe siècle. Du "peuple" au "public" » in *La Revue d'histoire du XIXe siècle*, 1999, page 89

<sup>8</sup> Giosuè Carducci, *Giambi ad Epodi*, 1882

contraste dynamique. Le piano, d'abord piano-forte, remplaçant le clavecin est un pas en direction de l'orchestre wagnérien. L'individualisme se traduit par la place prépondérante accordée au soliste, les instruments étant sollicités au maximum de leur capacité<sup>9</sup> l'évolution du concerto en est révélatrice l'équilibre à tendance à disparaître, à la fin de la progression l'orchestre sera plutôt un faire-valoir du soliste ce qui est le contraire des conceptions classique et baroque<sup>10</sup>. La convocation du fantastique et du satanisme est aussi une des caractéristiques du romantisme. Bannie de la vision classique cette approche fascinera les romantiques et leur postérité : Sorcières au sabbat, étude du mal dans toute sa puissance, vision d'horreur. Le résultat fut que l'artiste peut et doit tout dire, ce qui d'ailleurs provoquera la popularité du thème de l'« artiste maudit ». Le domaine de la sexualité est souvent retenu dans cette optique et il est vrai que les démêlés de l'artiste avec la justice<sup>11</sup> concernent, dans les cas par exemple de Baudelaire ou de Flaubert, l'érotisme, mais ce qui encore choque plus chez Flaubert c'est la description d'une crudité éprouvante de la mort d'Emma Bovary. La vraie mort, la mort sale, peut maintenant être présentée dans son horreur, en opposition à la mort « classique » du vieillard serein et propre, bien installé sur son lit de mort, faisant ses adieux à sa descendance. Tout est permis et une première rupture est consommée, un auteur tardif<sup>12</sup>, profondément catholique, pourra présenter un saint prêtre opérant un miracle dont on ne sait trop, tant la lutte entre les Deux est obscure et complexe s'ils doivent leur réalité à Satan ou à Dieu ; procédé qui quelques siècles plutôt l'aurait conduit sur le bûcher.

Des ruptures portant non plus sur le contenu mais sur les règles fondamentales vont maintenant pouvoir intervenir. La liaison nouvelle qui se fait jour entre les courants picturaux et musicaux, à la fin du XIXe siècle et au début du XXe, permet à des compositeurs comme Claude Debussy, de s'affranchir des règles traditionnelles de compositions pour privilégier une logique de couleur s'éloignant de la tonalité fonctionnelle en usage depuis Bach. Dans une tout autre logique Wagner, que Debussy admirait et critiquait, avait, plus tôt dans le siècle, bousculé la logique de composition avec le mythique « accord de Tristan » qui pourtant appartenait strictement à la tonalité fonctionnelle<sup>13</sup>. D'une manière différente le premier accord de Tristan (1865) et celui du Prélude à l'après-midi d'un faune (1884) marquent le passage vers un autre univers musical.

Pour en revenir à la peinture l'impressionnisme marque une révolution incontestable dans toutes les formes d'arts et certainement bien au-delà. Si le romantisme avait introduit la subjectivité l'impressionnisme fait de même avec la temporalité. L'artiste n'est plus tourné vers le passé mais vers son temps qui est ainsi valorisé. Les « accidents » naturels ou non comme la neige, l'orage, le feu ne sont plus gommés mais bien pris en compte. L'essor de la photographie à la fin du XIXe et au XXe siècle

<sup>9</sup> Ce qui ne se faisait guère en baroque Giuseppe Tartini constituant une exception pour le violon

<sup>10</sup> Voir par exemple l'opposition des deux concertos pour violon de Mendelssohn : Concerto pour violon et cordes en ré mineur (d-moll) (1822) et Concerto pour violon et orchestre en mi mineur, (e-moll) op. 64 (1844)

<sup>11</sup> Au XVIIIe les séjours à la Bastille, d'ailleurs bénéfique pour la carrière d'un écrivain, résultaient de décisions politiques prises par le pouvoir royal. Au XIXe siècle il s'agit de décisions de justice s'appuyant sur le code pénal frappant par exemple Baudelaire, Flaubert, Barbey d'Aurevilly.

<sup>12</sup> Bernanos, *Sous le Soleil de Satan*, 1926.

<sup>13</sup> Certains, à tort, estiment que cet accord marque le début de la musique atonale. La musique de Wagner est parcourue de cet accord et de dizaines d'autres bien plus complexes, et appartenant pourtant toujours clairement au système tonal fonctionnel. Ce qui rend cet accord mythique c'est avant tout sa position, en frontispice d'un monument comme Tristan et Isolde, éventuellement son dramatisme grammatical, dans le sens où ainsi placé en début de phrase il a une fonction assez vigoureuse, qu'une analogie hâtive pourrait comparer à celle d'un adverbe qui débiterait un vers...

accentue cette distance prise avec le passé. Cette évolution amorcée à la fin du XIXe siècle se poursuivra jusqu'à nos jours et verra les artistes s'intéresser pour le meilleurs et pour le pire aux techniques modernes<sup>14</sup> et des compositeurs écrire des opéras sur des thèmes d'actualité ce qui était impensable jusqu'ici<sup>15</sup>.

Dans ce contexte la rupture majeure pouvait intervenir dans différents domaines : L'art abstrait repose sur l'indépendance révolutionnaire de la peinture et de l'image, il entraîne donc la quasi-disparition du sujet. Les artistes, comme l'écrivit Apollinaire<sup>16</sup> « ont pour but secret de faire de la peinture pure ». La peinture tourne donc maintenant le dos à l'un de ses fondements. Parallèlement la musique, une certaine musique pour être plus précis, s'affranchit du système tonal qui réglait la composition depuis Bach<sup>17</sup>. Pour la littérature la « grande rupture » sera plus marquée en France que dans le monde anglo-saxon où les œuvres d'avant-garde comme *Finnegans Wake* de Joyce arrivent à s'inscrire dans une certaine continuité. Tel n'est pas le cas de la France où la rupture se révèle plus brutale avec d'un côté la pseudo-négation du style amorcée par Céline, dont l'écriture à l'aspect populaire et négligée est pourtant extrêmement travaillée mais conduira à une écriture réellement négligée. La détestation du style dans une sorte de réaction post-proustienne conduira à promouvoir des écrivains dont le style est de ne pas en avoir. Le style liquidé le second fondement mis à mal fut celui du récit qui s'efface avec le nouveau roman devant la description, héritage lointain et torturé de Flaubert, qui écrivait assez différemment d'Alain Robbe-Grillet. La priorité donnée au descriptif entraîne réellement ou de manière feinte l'absence de sentiments donc la constitution d'un art « sec » que l'on retrouve en peinture et en musique. À l'opposé l'autre héritage flaubertien, celui qui s'autorise à aborder ce qui est choquant – ce qui est l'autre forme de l'obsession du descriptif – conduira à des œuvres fortes et sinistres comme celle de Pierre Guyotat<sup>18</sup> trop enfermer dans une règle stylistique qui lui interdit d'atteindre le niveau de l'opéra barbare d'un Cormac Maccarty<sup>19</sup> toujours proche de la dérision si bien mise en lumière au cinéma par les frères Coen.

La musique et le droit sont, bien évidemment, des activités fort différentes. Il est vrai que longtemps le droit fut considéré comme un art jusqu'à ce que la fascination pour les sciences conduise les juristes au XXe siècle à parler de sciences juridiques.. Si la qualification de science est bien imparfaite l'abandon de la prétention à l'art est assez inévitable si l'on considère la production juridique contemporaine qui appellerait plutôt le qualificatif de « cuisine ». Toujours est-il que la musique comme le droit sont des activités humaines s'efforçant d'obéir à des règles plus ou moins certaines et plus ou moins évolutives. On peut aussi souligner la forte origine religieuse de l'un et de l'autre : Si initialement le droit et la musique avaient pour fonction de répandre l'harmonie dans la société il en va différemment aujourd'hui : Le droit prétend organiser la société selon les critères du moment, la musique selon les cas remplit une fonction qui va de la pure distraction à la recherche de spiritualité, « un état supérieur de (la) conscience »<sup>20</sup>. L'opposition entre les deux fut marquée longtemps par l'aspect créatif de la musique contrastant avec le conservatisme obligé du droit qui s'assignait pour tâche de maintenir la société dans un certain état, ce qui était impossible en raison de l'évolution

<sup>14</sup> Voir par exemple l'évolution de la sculpture.

<sup>15</sup> Par exemple *Nixon in China* de John Adams (1987)

<sup>16</sup> Apollinaire, *Les Peintres Cubistes*, 1913

<sup>17</sup> Cf. *infra*

<sup>18</sup> *Tombeau pour cinq cent mille soldats*, Paris, Gallimard 1967

<sup>19</sup> *Blood Meridian or the Evening Redness in the West*, 1985 ; *No Country for Old Men*, 2005

<sup>20</sup> Richard Millet, *Musique secrète*, Paris, Gallimard 24, p.158. C'est précisément le sens des variations Golberg par lesquelles il s'agissait de nourrir l'âme de l'ambassadeur Kayserling plutôt que de lui procurer un somnifère comme le prétendait Forkel.

économique. Au moyen âge les juristes qui innovaient le faisaient clandestinement, s'appuyant sur des faux antiques ou anciens créés pour la circonstance<sup>21</sup> ce qui accentuait l'impression d'immobilisme.

Pourtant l'essence même de l'évolution de ces deux disciplines (au sens universitaire) n'est pas si différente. Bach dans *Le clavier bien tempéré (Das Wohltemperierte Klavier)*, illustrant la théorie d'Andreas Werckmeister, opère une mise au point de ce qui est licite (de bon gout), il ne fait pas autre chose que Théodose, Justinien ou Gratien. Des compositeurs comme ceux de l'école de Vienne donnent les recettes d'une musique innovante comme put le faire presque deux siècles au paravent Beccaria pour le droit pénal. Toutefois on pourrait dire que si la rupture en musique peut être l'objet de réflexion et de discussions et polémique (Schönberg, l'école de Vienne, ), elle demeure plus clandestine en droit, les pénalistes contemporains se présentant, contre toute évidence, en héritiers de Beccaria alors qu'ils lui tournent le dos<sup>22</sup>.

Mais si nous examinons le rapport au temps de la musique et du droit nous constatons une opposition certaine. Comme nous l'avons souligné le droit fut longtemps orienté vers le passé qu'il s'agissait de maintenir ou de restaurer dans sa grandeur. Le Droit romain, en France comme en Allemagne fut longtemps considéré comme le modèle de la perfection que seuls les incidents du temps empêchaient d'appliquer véritablement à l'époque donnée. Les codifications napoléoniennes furent présentées, à tort, comme une tentative de restauration du droit romain. Jusqu'au XIXe siècle, dans les études juridiques la discipline reine fut le droit romain et les thèses de doctorat s'écrivirent en latin. Pendant longtemps le vocabulaire judiciaire fut quasi incompréhensible par le non-juriste car il était d'une autre époque. Les Anglais utilisent encore, dans certains cas seulement, un vocabulaire juridique français datant de la conquête normande, ce qui explique qu'aux États-Unis on utilise le terme « grand jury » pour désigner un jury d'accusation. Comme nous le verrons le rapport au passé s'est brisé à la fin du XXe siècle pour tenter de donner au droit le rôle de contrôler, plus ou moins mal, les évolutions sociales, plus ou moins positives. La musique, au moins pour ceux qui l'écoutent, a connu l'évolution inverse. Jusqu'au XXe siècle un concert était composé d'œuvres contemporaines qui d'ailleurs jouissaient d'une popularité au-delà du public mélomane. On cite toujours ces mendiants qui jouaient Mozart pour recueillir quelques sous. Au XXe siècle et au début du suivant les programmes sont composés principalement d'œuvre des siècles précédents même si souvent comme obligé, y figure une pièce de « musique contemporaine », nous reviendrons sur l'ambiguïté du terme, qui déclenche des applaudissements convenus. Il en va de même pour les concours. La raison de cette rupture a été vue, pour l'atonalisme, par Schönberg lui-même : un certain type de musique ne sera jamais populaire. De cette orientation découle une double rupture. Tout d'abord la musique savante va se séparer de la musique populaire alors que les deux étaient liées depuis toujours<sup>23</sup>. Ensuite les mélomanes, terme qui désigne ceux qui écoutent de la « musique classique » vocable vraiment peu heureux, se tourne vers les œuvres des siècles précédents le leur, la musique de leur temps étant jugée, quelquefois injustement, musique de recherche tournant le dos au plaisir musical et assez inécoutable en dehors d'un laboratoire de recherche. Donc si le droit entend se fondre dans son

<sup>21</sup> Fausses décrétales ou encore Pseudo-Isidoriana œuvre de l'évêque imaginaire Isidorius Mercator.

<sup>22</sup> Ce jugement valable pour le XXe siècle est certes à nuancer pour le XXIe siècle où la liquidation des principes du passé est devenue, par exemple en droit de la famille ou des obligations, une activité à la mode (Cf. *infra*)

<sup>23</sup> De Bach à Bartók la musique populaire est présente. Par exemple chez Bach le « quolibet » qui forme la fin des variations Golberg (variation 30) combine en contrepoint plusieurs thèmes populaires de l'époque : « Ich bin so lange nicht bei dir gewest, rück her, rück her » (« Il y a si longtemps que je ne suis plus auprès de toi, rapproche-toi, rapproche-toi »); et « Kraut und Rüben haben mich vertrieben / Hätt' mein' Mutter Fleisch gekocht, so wär' ich länger geblieben » (« Choux et raves m'ont fait fuir, Si ma mère avait fait cuire de la viande, je serais resté plus longtemps »). L'inspiration populaire de Bartók fut constante.

époque la musique, ou plus exactement la grande majorité de ceux qui déclarent l'aimer, se tournent vers le passé, ou vers d'autre système que le système occidental, comme le jazz.

Le droit n'est pas nécessairement un instrument politique, bien que depuis l'abandon des coutumes il ne peut qu'être volontariste. Sa politisation s'accroîtra au XXe siècle. La musique semble éloignée de la sphère politique bien que le rôle du mécénat royal, princier et quelquefois marchand soit primordial dans son histoire. Il faudra attendre le milieu du XXe siècle pour que certains États prétendent dire ce qu'est la bonne musique. Le concept de musique décadente fut utilisé par le stalinisme et le nazisme et ce fait revêtit une grande importance dans la suite des événements. Dès 1936 Shostakovitch<sup>24</sup> se voit accusé par Staline lui-même semble-t-il, de « formalisme », c'est-à-dire d'écrire une musique abstraite et volontairement désordonnée. Le reproche annexe de « sentimentalisme petit bourgeois » semble un peu contradictoire. À partir de là le compositeur louvoiera, annulera les répétitions de sa 4<sup>e</sup> symphonie et écrira une 5<sup>e</sup> symphonie plus concrète. Cette relative soumission lui vaudra une certaine tranquillité jusqu'aux nouvelles accusations, destinées aussi à Prokofiev, de « formalisme » formulées par le rapport Jadnov en 1948. L'idée maîtresse est que la bourgeoisie moribonde, selon les préceptes marxistes ne peut plus produire que des œuvres « dégénérées » et incompréhensibles du peuple ce qui justifie cette lutte contre « le formalisme » forme ultime de la décadence. La musique est beaucoup plus importante dans le nazisme, Hitler, contrairement à la majorité de son entourage, possédait une petite culture musicale souvenir de son passé d'artiste viennois. La démarche nazie est évidemment en principe contraire à celle de Staline, il s'agit d'exalter le passé national, mais elle aboutit souvent au même résultat : exaltation d'une musique concrète, parlante, rejet du formalisme. Cela ne va pas sans une certaine réécriture de l'histoire de la musique puisqu'il faut gommer l'aspect religieux de l'œuvre de Bach, ce qui n'est pas une mince affaire, réécrire les oratorios de Haendel pour supprimer les mentions du peuple juif. Même chez l'adulté Wagner, certains côtés doivent être passés sous silence<sup>25</sup>. À cette musique « aryenne » il convient d'opposer la musique « dégénérée » (*Entartete musik*) qui est par essence la musique composée par les musiciens juifs<sup>26</sup> et aussi la musique atonale<sup>27</sup> en rupture avec la tradition allemande ainsi que toute musique d'avant-garde. « L'art n'est pas fondé sur le temps, une époque, un style, une année, mais uniquement sur un peuple » proclamera Hitler<sup>28</sup>. La principale victime, en l'occurrence posthume, fut Mendelssohn, mais il faut évidemment y ajouter Schönberg, Mahler, Alban Berg, Franz Waxman, Paul Hindemith, Kurt Weill<sup>29</sup> mais aussi Igor Stravinski<sup>30</sup>, Darius Milhaud et bien d'autres. Une musique quasi-officielle allait naître autour de Carl Orff et Richard Strauss et de compositeurs

<sup>24</sup> À propos de Lady Macbeth du district de Mzensk

<sup>25</sup> L'aspect chrétien de Tannhäuser et Parsifal par exemple.

<sup>26</sup> Sauf si elle est vraiment trop populaire comme les valse viennoises. Ainsi un faux certificat d'aryanité fut délivré pour Johann Strauss.

<sup>27</sup> Le reproche fait à l'atonalisme est analogue à celui fait par Staline à l'écriture « formaliste ». Il s'agirait d'un jeu stérile d'intellectuels coupé de la réalité historique.

<sup>28</sup> Hitler inaugure le Grosse Deutsche Kunstausstellung, à Munich en 1937

<sup>29</sup> Kurt Weill est à l'opposé du compositeur savant, pure théoricien, coupé de l'inspiration populaire que dénoncent les nazis. Pourtant sa volonté d'intégrer les mondes du cabaret et du music-hall à la musique savante est jugée choquante. Il faut évidemment pour comprendre sa mise à l'index ajouter sa collaboration avec Brecht et le fait qu'il était juif.

<sup>30</sup> Chez Stravinski, comme chez de nombreux « néoclassiques » la déformation volontaire d'un modèle classique est plutôt ironique (par exemple la Gavotte de *Pulcinella*). Mais les nazis assimilaient l'ironie à la dégénérescence ce qui explique aussi la présence, outre le fait qu'il était juif, de Darius Milhaud sur la liste. C'est dans cet esprit que les *Carmina Burana* d'Orff furent dans un premier temps rejetées. Le fait que ce dernier compositeur qui devint une sorte de musicien officiel s'inspirait de Stravinski montre le peu de sérieux de cette classification.

décédés comme Bruckner<sup>31</sup> dont l'écriture souvent novatrice eût pu le classer dans le mauvais camp mais qui fut récupéré, terme que l'on peut difficilement employer à propos de Wagner qui annonçait surtout par ses écrits mais aussi par son inspiration musicale, le nazisme<sup>32</sup>.

Ainsi au milieu du XXe siècle deux États entreprirent de proclamer ce qu'était la bonne musique et donc la mauvaise. La mise en évidence rapide des crimes contre l'humanité des nazis, pour le stalinisme la chose sera plus lente, ne sera pas sans conséquence sur l'avenir de la musique. Critiquer ce qui était honni par Hitler deviendra impossible ce qui donnera, par exemple, pour presque un demi-siècle un statut d'intouchabilité à la musique atonale<sup>33</sup>. Composer atonal fut même, dans certains endroits, considéré comme une obligation morale et politique<sup>34</sup>

Dans un sens le droit est dans le même cas. Les crimes de masses ayant marqué la seconde guerre mondiale transformeront lentement, mais sûrement le droit en un instrument de recherche du Bien, ce qui n'était pas son but initial, tendant de plus en plus à désigner ceux qui sont du bon côté de ceux qui sont par essence du mauvais. Il ne s'agit pas ici de la législation d'exception de l'après-guerre dont certains musiciens comme Alfred Cortot connurent les généreuses rigueurs<sup>35</sup>. Il est question de la lente transformation du droit au fur et à mesure de la prise de conscience des atrocités passées. Cette mutation s'accomplit assez tardivement avec l'obsession morale introduite dans la législation, ce qui est une nouveauté ou plutôt un retour à l'ancien régime. Le sens du droit évolue, le droit amorce sa mutation vers la définition du Bien au sens de Philippe Muray<sup>36</sup>. La recherche du coupable au sens pénal dans tout événement désagréable (accident, propos choquant) s'amorce avec l'extension démesurée du champ des infractions d'homicides ou de blessures involontaires<sup>37</sup>. La notion de causalité indirecte est évidemment destructrice. En France contrairement à ce qui se passe dans la plupart des états un accident, les catastrophes ne sont plus traitées que par la voie pénale, alors que la voie civile serait dans bien des cas plus efficace. Mais il s'agit de définir celui qui a fait le mal, un coupable c'est-à-dire une personne méchante doit être désignée par la justice, un responsable ne serait convenir. Ainsi le problème de la contamination des hémophiles par le virus HIV fera l'objet d'un procès en correctionnelle certains juristes ayant d'ailleurs souhaité, vainement un procès

<sup>31</sup> Bruckner qui fut très critiqué à son époque fut ardemment admiré et défendu par Gustav Mahler qui devait faire parti des compositeurs interdits.

<sup>32</sup> Sur l'ensemble de la question voir :

- Laure Laufer *Musique tuée, musique tue*
- Bertrand Demoncourt, *La musique sous la botte nazie*, article de l'Express du 11/10/2004
- Pascal Huynh, exposition mémorable à la Cité de la Musique, *Le Troisième Reich et la musique*, 2004-2005,

<sup>33</sup> « Bavardant un jour avec un ancien élève de Leibowitz, je l'interrogeai sur cette fascination particulière que sa génération éprouvait pour l'école de Vienne... Il me répondit avoir ressenti, comme beaucoup d'autres, au lendemain de la guerre, le respect qu'on pouvait éprouver pour un art mis au pilon par Goebbels. En dénonçant .. la musique anonale dans un réquisitoire politico-raciste, le nazisme donnait paradoxalement à la modernité viennoise une valeur particulière au lendemain de la guerre : il offrait aux jeunes générations une voie d'opposition esthétique et morale. ». Benoît Duteurtre, *Requiem pour une avant-garde*, Les Belles Lettres, Paris, 206. P. 225

<sup>34</sup> Jean-François Zygel : « Au conservatoire, mes professeurs se sont fait un devoir de m'expliquer que des raisons historiques, morales, politiques et philosophiques exigeaient que je me consacre désormais à la musique atonale. C'est très loyalement que j'ai alors tenté pendant quatre longues années de trahir ma sensibilité [...] Je m'endormais pendant les répétitions de mes propres pièces » (Il s'agit des années 80)

<sup>35</sup> Il était reproché à Cortot outre son rôle dans l'administration de la musique à Vichy des concerts en Allemagne à l'invitation de Wilhelm Furtwängler .

<sup>36</sup> Philippe Muray *op. cit.*

<sup>37</sup> L'article 221-6 du Code Pénal (homicide involontaire), article plus récent (2000) que le code actuel lui-même récent (1994) comporte dans l'édition Dalloz de 2016 environ 80 pages de références jurisprudentielles (ce qui est exceptionnel). Et les régimes spéciaux (automobiles, chiens etc.) font l'objet des articles suivants

en cour d'assises pour le crime d'empoisonnement<sup>38</sup>. Plus près des horreurs de la seconde guerre mondiale, dans la même période, les infractions tournant autour du racisme vont se développer. Si la haine raciale était déjà pénalisée la loi du 13 juillet 1990 réprime « toute discrimination fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ». On y ajoutera par la suite le sexe, l'orientation sexuelle et le handicap. L'interprétation jurisprudentielle sera très large, bien que limitée en finale par la Cour de cassation<sup>39</sup>. La différence, en principe claire en pratique ambiguë entre l'incitation à la haine raciale et diffamation raciale compliquera beaucoup les choses. La législation sur l'informatique traquera le mal jusqu'à l'absurde interdisant la tenue de fichier qui pourrait faire apparaître « indirectement » la race ou la religion d'un individu<sup>40</sup>. Le point culminant sera atteint avec les lois dites « mémorielles » dont la première, la loi dite Gayssot punit les négateurs de la Shoah<sup>41</sup> et la seconde beaucoup plus contestable qualifie de crime contre l'humanité la traite négrière pratiquée par les Occidentaux<sup>42</sup>. Une sérieuse rupture dans l'évolution du droit apparaît ici puisque le rôle du droit semble maintenant de qualifier, sans aucun intérêt pratique, des faits historiques. Mais cette qualification a une telle importance pour le législateur que la loi prévoit, chose inédite, son enseignement dans les écoles. La loi sur le génocide arménien suivra<sup>43</sup>. Une disposition qui pénalisait la négation de ce dernier crime sera invalidée par le conseil constitutionnel.

Toujours est-il que le législateur français s'enfoncé toujours dans le débat du bien et du mal hérité de la seconde guerre mondiale, l'année 2015 étant marquée par un débat sur l'opportunité d'interdire le mot « race ». Au contraire dans le monde de la musique une rupture symbolique se fait jour en juillet 2001 où Daniel Barenboïm dirige Wagner, dont l'œuvre était interdite de fait, en Israël. Même si le chef ne fut pas unanimement

---

<sup>38</sup> Anne-Marie Casteret, *L'affaire du sang*, - Éditions La Découverte, Paris, 1992. À remarquer que dans le procès des médecins (Il y eut aussi un procès des ministres) l'homicide involontaire ne fut pas retenu (encore moins l'empoisonnement) au bénéfice de la tromperie sur la marchandise et la non-assistance à personne en danger. Pour les ministres la qualification sera bien « homicide involontaire ».

<sup>39</sup> Article 24 de la loi sur la presse de 1881 (modifié en 1972, 2004 et 2012) Le problème est que sont incriminés les propos qui inciteraient à la haine ou à la discrimination en raison de l'ethnie, la nationalité, la religion etc. Outre que la véracité des propos n'a aucune importance dans le délit la notion d'incitation est terriblement ambiguë et la critique des religions demeure permise. Une grande incertitude, contraire à l'esprit du droit pénal classique règne de plus en plus. Ainsi en 2002, l'écrivain Michel Houellebecq fut jugé non coupable d'incitation à la haine raciale et religieuse après avoir déclaré, que l'islam était la « religion la plus con ». Par contre en 2005 le polémiste Eric Zemmour sera condamné pour avoir parlé de « bandes de Tchétchènes, de Roms, de Kosovars, de Maghrébins, d'Africains qui dévalisent, violentent ou dépouillent ».

<sup>40</sup> Article 226-16. Est visé le fait de conserver en mémoire informatique des données personnelles qui « directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses... »

<sup>41</sup> La loi dite Gayssot du 13 juillet 1990 interdit de contester ou de minimiser les crimes « tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale. » (Des lois analogues existent en Allemagne (1985) et en Belgique (1995) mais pas en Angleterre)

<sup>42</sup> La loi du 21 mai 2001 (dite « loi Taubira ») décide dans son article 1 que la traite et l'esclavage qui ont été pratiqués « aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan Indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes » (ce qui exclut la traite méditerranéenne) sont des « crimes contre l'humanité » et dans son article 2 que « les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences humaines accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent.

<sup>43</sup> La loi du 29 janvier 2001 reconnaît l'existence du génocide arménien de 1915. Le 23 janvier 2012, une loi est votée qui prévoit de punir la négation du génocide arménien. Cette loi est néanmoins jugée contraire à la constitution par le Conseil constitutionnel le 28 février 2012, le génocide arménien n'ayant pas été établi par un acte international.



approuvé<sup>44</sup>, la chasse au mal et la confusion entre le génie et la justesse des idées s'estompait.

Dans les deux cas (musique et droit) la dimension politique semble avoir altéré, provisoirement d'un côté, durablement de l'autre le sens. Ce qui signifie que la musique, comme le droit possède un sens, c'est-à-dire ne sont pas des amoncellements d'activités dépourvus de toute logique. Le droit français, après le morcellement féodal qui perdurera jusqu'au début du XIXe siècle sera, pendant plus d'un siècle, fondé sur l'esprit des codifications napoléoniennes. Plus précisément il s'agissait en droit civil de maintenir la force de la famille nucléaire fondée sur l'autorité du chef de famille qui n'a pas à souffrir d'intrusion de l'État, d'assurer le triomphe de la volonté, c'est-à-dire du consentement, dans les contrats, et de veiller à ce que tout dommage causé par une faute, et seulement par une faute, soit réparé. En droit pénal le système, comme nous l'avons vu est inspiré de la Révolution, lui-même inspiré de Beccaria : chaque infraction est punie d'une peine fixe, c'est donc la loi qui fixe la peine le juge se bornant à constater les faits. Contrairement au droit de l'ancien régime le droit pénal napoléonien entend ne pas régler la sphère privée. Si le volontarisme étatique fait son apparition avec la Révolution et Napoléon il demeurera discret, après l'échec révolutionnaire. Les choses iront ainsi pendant tout le XIXe siècle, il n'existe pas, ce qui n'est pas très étonnant, de révolution romantique en droit. L'admiration obligée vouée aux codifications napoléoniennes pendant un siècle qui connut pourtant des régimes monarchiques et républicains, empêchera toute velléité de réformes alors que le XIXe siècle, avec la révolution industrielle connaîtra une évolution sociale jamais vu en si peu de temps. Pour la musique le XIXe siècle semble plus agité. Le romantisme bouleverse la musique sans toutefois mettre en cause ses fondements. Comme nous l'avons dit ce sentimentalisme qui met en cause le règne de la raison semble en opposition avec l'univers fixe du droit. L'individualisme triomphant l'artiste se présente volontiers en opposition à la société et à ses codes. On sous-estime souvent la charge, au XIXe siècle finissant, d'un opéra comme *Thaïs* de Massenet, maintenant assez oublié en dehors d'un solo de violon, dont la leçon est que le meilleur moyen pour lutter contre la débauche est d'y sombrer. Le droit, figé dans son carcan napoléonien est théoriquement bien loin de là et pourtant tout ne se passe pas comme la loi le prévoit. : Si les peines normalement pratiquement automatiques paraissent extrêmement dures, le forçat intraitable faisant rêver Rimbaud, dans la pratique les Cours d'Assises connaissent leur dérive romantique et hésitent à condamner meurtres et assassinats amoureux, le jury qui délibère seul à l'époque, déclarant l'accusée non coupable ce qui interdit aux magistrats de prononcer une peine. À la Belle Époque Madame Cailleaux<sup>45</sup>, femme d'un ministre, sera acquittée contre toute vraisemblance, de l'assassinat du directeur du *Figaro*. Ce qui ne veut pas dire que l'époque était généralement indulgente, elle connaît la mise en place de la relégation qui permet d'envoyer au bagne de petits délinquants récidivistes. Mais en droit comme en musique l'individualisme et donc la mise en cause de la règle générale perse de plus en plus.

La Belle Époque s'avère justement le temps de toutes les remises en question. Pour la musique, comme nous l'avons déjà pressenti dans l'introduction, les fondements multiséculaires de la composition commencent à être mis en question en cette période extrêmement riche en innovation à Paris comme à Vienne. Des compositeurs comme Gabriel Fauré, Claude Debussy ou Maurice Ravel, attachent de plus en plus d'importance au timbre et à la couleur, Debussy allant le plus loin que les autres en abandonnant le mode narratif pour une composition plus libre axé sur le rêve et l'imagination où la logique de couleur l'emporte sur la tonalité fonctionnelle. Schönberg ira encore plus loin opérant la rupture complète avec le système tonal, en inventant un mode de composition niant toute hiérarchie

<sup>44</sup> La commission culturelle de la Knesset appela au boycott du chef.

<sup>45</sup> Voir mon article : « Responsabilité et procès de la femme criminelle Repères historiques » in *Femmes criminelles*, Publication de la Sorbonne, Paris, 2010

dans les hauteurs, créant ainsi l'atonalisme (terme qu'il réfutait d'ailleurs)<sup>46</sup>. On s'affranchit ainsi, non sans risque, de la dictature de la tonique. Les ruptures innovantes dues à Schönberg ne se limitent pas à cette révolution, il faut citer aussi l'utilisation du *sprechgesang* (parlé-chanté)<sup>47</sup>.

Le droit de la fin du XIXe siècle à la première guerre mondiale va connaître aussi une série de bouleversements qui le conduira loin des bases traditionnelles. La raison en est certes différente car les nécessités d'adapter un droit français figé depuis les codifications napoléoniennes à l'évolution sociale sont déterminantes les juristes n'étant pas des artistes qui recherchent l'innovation pour l'innovation. Pourtant en musique les bouleversements sociaux ne sont probablement pas étrangers aux évolutions citées. L'impossibilité de composer comme à l'époque de Bach se fait évidemment sentir à l'époque industrielle<sup>48</sup>.

L'un des premiers principes napoléoniens mis à mort en ces temps fut celui de la responsabilité uniquement fondée sur la faute. Ce principe romain convenait assez bien à une société agricole. Il aboutit à de grandes injustices dans une société industrielle où les accidents dus aux machines sont nombreux et où il est rare en cas par exemple d'explosion d'une chaudière de trouver une faute à l'origine du dommage. Ce premier principe sera mis à mal grâce à la violation d'un second principe, celui qui voulait que les juges étaient les « bouches de la loi ». Devant l'incapacité du législateur à faire évoluer le droit la Cour de Cassation invente la responsabilité du gardien ce qui sort le droit du système de responsabilité pour faute<sup>49</sup>. Par la même occasion le juge s'accorde une liberté par rapport à la loi.

Le droit des contrats va subir une même évolution. Il était fondé sur la toute-puissance de la volonté. Ici encore, en l'absence notamment d'un droit spécifique du travail, des situations choquantes étaient courantes, le besoin de travail conduisant les prolétaires à tout accepter. On a beaucoup dit que le Code civil était impuissant devant les accidents de chemins de fer<sup>50</sup> et dans un autre domaine avait permis d'envoyer les enfants travailler au fond des mines. L'apparition de branche du droit aux contrats strictement réglementés et aux parties inégales – exacte contraire du Code civil - dans un but de protection est caractéristique de l'abandon des grands principes libéraux napoléoniens. Au XXe siècle on dira que le contrat est de moins en moins consensuel<sup>51</sup>.

Nous pourrions, pour caricaturer définir la seconde moitié du XXe siècle comme le temps de la confusion (le terme n'étant pas ici forcément péjoratif) scientifique. Depuis le début du siècle des études sur le bruit tendaient à le rapprocher de la musique<sup>52</sup>. Pourtant les progrès technologiques (enregistrement, informatisation) vont permettre d'aller plus loin et de tenter d'abolir la distinction bruits – son, c'est la naissance de la musique concrète (1948) avec les travaux de Pierre Schaeffer, puis

<sup>46</sup> Ce n'est que dans l'entre deux guerres (1923) que cette nouvelle façon de composer sera vraiment théorisé et que l'on parlera de dodécaphonisme et sérialisme.

<sup>47</sup> *Pierrot lunaire* de 1912 est considéré comme précurseur des œuvres dodécaphoniques de Schönberg (utilisation des 12 sons de la gamme chromatique).

<sup>48</sup> Cela conduira à la « nécessité » d'intégrer les bruits de la société contemporaine à la musique qui se fera encore plus sentir après la seconde guerre mondiale. Voir *infra*

<sup>49</sup> Il s'agit de l'arrêt Teffaine de 1896. La doctrine généralement refusa l'abandon de la faute, parlant en la matière de présomption de faute. D'autre auteur comme Saleilles se référaient à la notion de risque

<sup>50</sup> Comme pour la responsabilité pour faute la Cour de Cassation, en matière d'accident ferroviaire avait innové, avec beaucoup de mauvaise foi, « découvrant » dans le contrat de transport une obligation de sécurité qui n'y était pas Cassation 21 novembre 1911. Cette décision fut critiquée par une partie de la doctrine car on forçait le contenu du contrat, donc on mettait à mal la logique consensuelle du Code civil.

<sup>51</sup> Il s'agit du droit du travail et du droit rural. 11 lois sur le code rural furent votées avant 1903, pour le droit du travail une série de lois (1884 1910) qui aboutissent au code du travail de 1910.

<sup>52</sup> Dès les années 1910, Henry Cowell entreprend une étude systématique des "clusters" pianistiques, sons se rapprochant du bruit. Cela aboutira d'une manière lointaine à certaines compositions de John Cage (pour piano « préparé »).

Pierre Henri. Remarquons que l'on parle de travaux plutôt que d'œuvre ce qui inscrit ces créations plutôt dans le cadre d'une recherche de laboratoire que d'un concert. Dans une démarche que nous qualifierons de plus musicale Pierre Boulez constitue en 1969 l'IRCAM<sup>53</sup> dont la vocation même traduit une rupture importante dans l'histoire de la musique puisqu'il s'agit à la fois de mener des études scientifiques et de créer des œuvres musicales. L'œuvre de Boulez est l'exemple même du problème posé par cet aboutissement de l'atonalisme. Elle est trop savante, trop difficile d'accès pour être, même à un faible degré populaire. Elle pose donc la question fondamentale du sens de la musique qui jusqu'au XIXe siècle tournait autour du plaisir éprouvé par l'auditeur écoutant une belle composition. Ici on peut avoir l'impression qu'il s'agit d'admirer une construction intellectuelle brillante et complexe qui nécessite un effort souvent démesuré pour l'appréhender. Le reproche d'insensibilité est souvent fait à cette musique<sup>54</sup> celui aussi d'être antinaturelle est formulé. Cette dernière observation est complexe mais très intéressante pour nous puisque nous la retrouverons en droit. Elle repose sur le fait qu'en musique tonale même une oreille peu exercée détecte une fausse note. Pour la musique atonale seule la comparaison avec la partition le permettrait<sup>55</sup> Certains ont qualifiés certaines œuvres de ces écoles de fumisterie, celles de Iannis Xenakis notamment. Le reproche est complètement injuste mais traduit bien l'extrême difficulté à aborder ces œuvres, et il faut dire que certain, je pense à John Cage avec 4'33"<sup>56</sup>, ont distribué des verges pour être fouettés. Cette difficulté explique que les mélomanes ont tendance à se réfugier vers les œuvres du passé. Ajoutons que cette musique de rupture n'est pas toute la musique, des compositeurs continuent à composer de la musique tonale. Ils réfutent le qualificatif de « néotonals » puisqu'ils soulignent, à juste titre, que la musique tonale n'a jamais cessé d'être composée<sup>57</sup>. Ceci rend peu pertinent l'utilisation du terme « musique contemporaine » pour désigner la musique atonale qui d'ailleurs, pour ses début, n'est plus contemporaine.

Dans la même période le droit connaît des tensions comparables. Nous pouvons les classer en deux ordres. Tout d'abord les problèmes liés à la construction européenne ensuite ceux plus graves, favorisés par les premiers relatifs à une perte de sens du droit.

<sup>53</sup> L'Institut de recherche et coordination acoustique/musique a d'abord le statut de simple association. Il bénéficiera d'un soutien très important des divers ministères de la culture au point de provoquer des polémiques voir Michel Schneider, *La Comédie de la culture*, Seuil, Paris, 1993. P.174 et Benoît Duteurtre, *Requiem... op. cit.* Voir aussi l'altercation entre Pierre Boulez et Michel Schneider (qui fut directeur de la Musique et de la Danse au ministère de la culture) : <http://www.ina.fr/video/I11124843>

<sup>54</sup> Pour John Adams l'atonalisme est le domaine de l'insensibilité. L'affirmation mérite d'être nuancée surtout pour l'école de Vienne. Mais l'on observe que par exemple dans le concerto à la mémoire d'un ange Berg emploie la série avec beaucoup moins de rigueur que Schoenberg. Il utilise à contresens un procédé voué à l'atonalisme pour en chercher ce qui reste de tonalité permise une fois le système numérique mis en place et permettre l'émotion. Des accords tonals sont d'ailleurs introduits dans le concerto au milieu du langage dodécaphonique ainsi qu'un choral de Bach (BWV 60) Ce concerto est d'ailleurs explicitement une réponse à un défi du violoniste américain Louis Krasner qui accusait le dodécaphonisme d'être trop cérébral et mathématique et par donc impropre à l'expression de sentiments comme la musique tonale les compositeurs de la seconde moitié du XXe siècle. La mort de Manon Gropius à 18 ans sera l'occasion de relever le défi. Les compositeurs atonals de la seconde moitié du XXe siècle se tiendront éloignés de ce genre d'arrangement

<sup>55</sup> Cela serait dû au fait que la musique tonale correspondrait à ce qu'attend notre cerveau d'où la notion de prévisibilité qui explique la perception immédiate de la fausse note. Pour John Adams « La tonalité est une force fondamentale, dramatique, organisatrice. Dès le moment où il a essayé de rompre cette force, Schönberg a privé la musique de sa cohérence essentielle et naturelle. » Cette idée est contestée par les tenants de la musique atonale qui n'y voit que le simple résultat de l'habitude de l'oreille. Voir la conférence de Jérôme Ducros au Collège de France : <http://www.college-de-france.fr/site/karol-beffa/seminar-2012-12-20-15h00.htm>

<sup>56</sup> La partition pour les trois mouvements se résume à TACET donc il s'agit de quatre minutes trente trois de silence. En fait l'idée est de montrer à l'auditeur que le silence n'existe pas mais l'impression est curieuse.

<sup>57</sup> Par exemple Henri Dutilleux, Jehan Alain, Arthur Honneger. Francis Poulenc.

La construction européenne et surtout l'adhésion de la France à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ont amené la confrontation de deux systèmes différents et quelquefois contradictoires. Dans certains cas une réforme législative plus ou moins importante a réglé les choses<sup>58</sup>. Dans d'autres cas le problème est plus important. Le statut du parquet qui résulte d'une idée complexe et retorse de Napoléon premier semble incompatible avec certains principes conventionnels notamment ceux de procès équitable. Le dogme de l'« unité de la magistrature » (parquet, siège) étant considéré comme intangible par beaucoup, notamment par les magistrats, les réformes furent superficielles et l'équilibre qui suit incertain. Tous les juristes n'ont pas le talent d'Alban Berg qui utilisa les techniques de l'atonal pour se rapprocher du tonal, le fameux problème de l'« erreur du menuisier »<sup>59</sup> risque de devenir préoccupant, l'inégalité des armes étant structurelle en France. Dans le même ordre d'idée le délai raisonnable pour être jugé semble complètement incompatible avec la lenteur structurelle de la procédure criminelle en France. Pour éviter les condamnations de la Cour européenne les juridictions sont souvent obligées d'ordonner des libérations de criminels dangereux, ce qui scandalise l'opinion et contribue au discrédit de l'institution judiciaire, qu'une possibilité de jugement rapide éviterait. Le rôle de la Cour de Cassation devient trop souvent de maintenir un système condamné par la Convention sans encourir de trop nombreuses condamnations de la Cour Européenne, les juridictions inférieures négligeant souvent les exigences européennes et laissant le soin à la Cour de Cassation de faire la part des choses<sup>60</sup>. Il est clair que deux logiques s'opposent.

Le phénomène est aggravé par une détérioration de la qualité du droit, notamment du droit pénal principalement dû à la multiplication des sources et paradoxalement au progrès des droits de l'homme. La qualité essentielle d'un système pénal est la prévisibilité d'où découle la sécurité juridique. Il s'agit de savoir, avant de l'entreprendre, si une action est légale ou interdite. Pendant le XIXe siècle et une partie du XXe la source unique du droit était le Code pénal qui était, à certaines exceptions près<sup>61</sup>, respectueux de cette exigence. La question est devenue beaucoup plus complexe à partir du moment où une loi pénale put être contestée devant le juge si elle était estimée contraire à la Convention européenne et si elle était contraire à la Constitution française<sup>62</sup>. Si l'on ajoute que le législateur a cru bon de porter atteinte à l'unicité des délais de prescription et que la Cour de Cassation a apporté la confusion la plus complète quant au point de départ de cette prescription, nous pouvons constater que le droit pénal a perdu l'un de ses fondements essentiels, la prévisibilité, comme la musique la tonalité. Dès 1986 Mireille Delmas-Marty parlait du « flou du droit »<sup>63</sup>

Comme pour la musique les progrès de la science amènent à une interrogation sur les limites du droit. La réticence initiale des juristes se fit jour à propos de l'ADN principalement en procédure pénale. On

<sup>58</sup> Cas des écoutes téléphoniques : La loi du 1 juillet 1991 intervient après une condamnation de la France du 24 avril 1990 (arrêt Kruslin et Huvig). Même processus pour la garde à vue : Loi du 14 avril 2011 après plusieurs condamnations de 2010.

<sup>59</sup> En France, dans les salles d'audiences, le représentant du ministère public est placé au-dessus du public et des autres parties et de leur avocat au même niveau que les juges. Me Moro-Giafferi dans une apostrophe célèbre souligna que c'était dû à une erreur du menuisier. Il se trompait et le savait. Cette disposition s'explique par le fait que le représentant du ministère public est un magistrat et qu'il fait partie du tribunal, c'est tout le problème. L'agencement de la nouvelle salle de la Cour d'assises de la Martinique a fait à ce sujet, en 2015, l'objet d'une polémique entre les avocats et les magistrats ce qui prouve que le problème est loin d'être anecdotique. Voir la chronique de Me François Saint Pierre : <http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/dans-tribunaux-l-erreur-du-menuisier-n-en-est-pas-une#.Vjm2Xrcvfcs>

<sup>60</sup> Dernier exemple : L'annulation de l'interception d'une boîte mail : Cass. Crim., 8 juillet 2015, n° 14-88457

<sup>61</sup> Voir mon article : « Les trois codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain » in *Revue de Sciences criminelles et de droit pénal comparé* no 3 -1993.

<sup>62</sup> Les questions prioritaires de constitutionnalité (QPS) firent leur apparition en 2008

<sup>63</sup> Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986

redoutait de retrouver le système de la preuve parfaite opposée à la preuve imparfaite, système aboli par la révolution qui retirait au juge sa liberté d'appréciation. Mais devant l'efficacité Des tests d'ADN la technique s'imposa et les opposants soulignèrent que le juge conservait sa liberté ce qui n'était vrai qu'en théorie. La technique fut aussi employée pour les recherches de filiation, elle était beaucoup plus efficace que la méthode des groupes sanguins<sup>64</sup>.

Mais l'introduction de la génétique dans le droit ne fait qu'annoncer la naissance de la bioéthique - terme terriblement ambigu puisqu'il s'agit de droit et que le droit n'est pas l'éthique - point de rupture de la logique juridique traditionnelle. Depuis la fin du XVIIIe siècle il était admis que morale et droit étaient autonomes. Cette séparation devient difficile quand, dans un monde où les autorités morales ont disparues – à moins de s'être transformées en journalistes – quand il s'agit de prendre des décisions sur le consentement gratuit ou non en matière de don d'organe, sur la fin de vie, sur les dons d'ovocytes, sur la fécondation artificielle, sur les sorts des embryons, sur la gestation pour autrui, sur le suicide assisté, sur l'euthanasie en fait sur la vie et sur la mort. Certes le droit a toujours possédé un rôle de protection mais dans ces domaines on va beaucoup plus loin que la simple protection. Décider si une femme ménopausée peut avoir un enfant n'est pas vraiment du domaine traditionnel du droit. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur français s'est trouvé flanqué d'un Comité Consultatif National d'Éthique<sup>65</sup> chargé de donner une caution à la fois scientifique et morale aux lois. C'est l'aveu que la décision des représentants élus du peuple ne suffit plus, donc que le droit est sorti de la sphère juridique.

Dans un domaine proche celui de la famille, le droit est sorti de son rôle que nous pourrions qualifier de napoléonien, qui était de maintenir, de conforter et de faire évoluer les institutions fondamentales de la société. La destruction de la famille, pratiquement achevée avec le mariage homosexuel, l'admission de la marchandisation du corps humain avec l'autorisation, certes clandestine, de la GPA à condition qu'elle se fasse à l'étranger, sont symptomatiques de cette dérive. Dans un sens on peut l'admettre, à condition de considérer que le rôle du droit est maintenant de fonder une société nouvelle basée sur des artifices antinaturels. Savoir, par exemple, si un enfant peut avoir 3 mères (d'intention, donneuse d'ovocyte, génitrice), et deux pères (donneur de sperme, père d'intention) et organiser les rapports entre ces gens ne nous semble plus du domaine du droit, mais dirons-nous du post-droit, comme la question de la musique dans la destruction d'un piano à la hache, destruction qui certes produit bruits et sons. On rejoint la discussion fondamentale, qui date de plus loin qu'Aristote, sur le droit naturel. Nous avons vu que les musiciens connurent aussi le débat sur une musique qui serait naturelle.

Dr. Jean-François Chassaing

Berlin 25 Janvier 2015, Woincourt, 10 octobre 2015

<sup>64</sup> Avec une certaine hypocrisie le droit civil admet le refus de consentir au prélèvement mais admet que cela peut être considéré comme un aveu (art. 327 Code Civil)

<sup>65</sup> Il comprend des scientifiques, des médecins, des spécialistes de l'éthique et des personnalités appartenant aux différentes « familles philosophiques et spirituelles » (on ne parle pas de religion mais on y pense)