

Droit, histoire et vérité. Oscillations contemporaines

Antoine Bailleux

DANS **DRIT ET SOCIÉTÉ** 2025/1 n° 119, PAGES 9 À 20
ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0769-3362

DOI 10.3917/drs1.119.0009

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-droit-et-societe-2025-1-page-9?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Droit, histoire et vérité. Oscillations contemporaines

Law, history and truth. Contemporary oscillations

Antoine Bailleux

UCLouvain – Saint-Louis Bruxelles, Institut d'études européennes, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Boulevard du Jardin Botanique 43, 1000 Bruxelles. ORCID : 0000-0001-8309-5647, antoine.bailleux[at]uclouvain.be

Ce dossier est issu d'une recherche collective menée au sein du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques sur « les (post-)vérités du droit ». Entamé en 2023, ce cycle de réflexion entend aborder à nouveaux frais les rapports du droit à la vérité, rapports certes immémoriaux sinon consubstantiels, mais – c'est l'hypothèse testée – qui prennent une coloration nouvelle sous les feux pâissants de la modernité tardive. Tout se passe comme si, à l'heure où les « faits alternatifs » des uns répondent à l'« épistocratie » des autres, où le « tournant narratif » côtoie la « gouvernance par les nombres », où le triomphe de la « post-vérité » s'accompagne d'une judiciarisation de la vie publique, les rapports de tout temps ambivalents entre droit et vérité se crispaient – comme si s'accroissaient les oscillations pendulaires du droit entre le juste et le vrai, ou plutôt entre l'assomption décomplexée d'un décalage entre norme et vérité et la prétention inverse à les faire coïncider.

Au cours de ce travail de longue haleine – dont ni le terme ni les conclusions ne sont en vue à l'heure d'écrire ces lignes –, un troisième élément s'est invité dans nos débats. La conviction a rapidement émergé qu'une étude des rapports contemporains du droit à la vérité ne pouvait faire l'économie d'une réflexion sur le rapport du droit à la vérité *historique* et plus généralement, au temps. Il nous a en effet semblé que ces rapports-là ont aussi, et peut-être tout particulièrement, été altérés par des phénomènes récents, relevant tantôt de l'innovation technique (la digitalisation et la mise en réseau de la vie sociale sous l'effet d'Internet) tantôt d'un changement d'affect politique (le réinvestissement symbolique du passé, notamment par des lois mémorielles ou une revalorisation du patrimoine), tantôt enfin d'une dynamique socio-culturelle (la tentative de dépasser une conception linéaire du temps pour faire droit à des ontologies non modernes).

C'est cette dimension historique des rapports entre droit et vérité qu'explorent les cinq contributions composant ce dossier. Elles procèdent du pari que, par un effet de loupe, des études de cas traitant des mutations contemporaines des rapports entre droit, mémoire et oubli éclaireront la question plus générale de la relation entre droit et vérité. À la lecture du sommaire de ce dossier, le lecteur songera

peut-être qu'en fait de loupe, c'est plutôt d'un kaléidoscope qu'il s'agit, tant sont disparates les terrains d'étude sélectionnés et les approches convoquées pour les examiner. Pour notre part, il nous semble qu'au contraire, c'est cette hétérogénéité – limitée par un ancrage commun dans le droit belge, pour quatre des cinq articles – qui donne à ce dossier sa valeur d'échantillon. Chacun à sa manière et depuis le point de vue qui est le sien (droit pénal, droit civil, droit public, science politique, anthropologie du droit), les articles ici rassemblés illustrent cette oscillation croissante du droit entre une mise à *distance* assumée de la vérité historique au nom d'intérêts concurrents et sa mise en *valeur* dans un grand geste politique.

Nous reviendrons, en conclusion de cet article, sur cette hypothèse. Au préalable, il convient de présenter la double grille de lecture mobilisée pour faire « faire parler » les cinq cas d'étude présentés dans ce dossier (I.). Il conviendra ensuite de l'appliquer à chacun des terrains investigués (II.).

I. Une double grille de lecture

I. 1. Mémoire vive et mémoire inerte ; souvenir et héritage ; vérité-dévoilement et vérité-construction

La première grille de lecture a été proposée aux contributeurs et contributrices de ce dossier *en amont* de la rédaction de leurs articles. Ce « fil rouge » porte sur les relations entre vérité, temps et mémoire. Il part du constat que ces chacun de ces concepts opère sur fond d'une dichotomie classique entre le sujet et l'objet.

Que le temps ait une dimension tant objective que subjective, qu'il relève tant du ressenti que de l'observation, voilà qui n'appelle guère de grande démonstration. Le temps s'écoule et s'éprouve très différemment, tantôt avec une infinie lenteur, tantôt dans la contraction de l'instant, selon le contexte et la personne qui en fait l'expérience. Pour autant, les signes extérieurs ne manquent pas (le cycle de saisons, le vieillissement des cellules) qui attestent sa réalité et le rendent irréductible à une vue de l'esprit.

De la même manière, la vérité se tient à la frontière du ressenti et du fait, de la perception et de la réalité. D'une part, la vérité renvoie à un sentiment de certitude, à la conviction intime de la justesse d'un énoncé tenu pour vrai, mais dont la démonstration reste à jamais vulnérable et précaire. D'autre part, le discours de vérité opère nécessairement sur fond d'un pari – celui de l'existence d'un monde observable accessible sans filtre à l'entendement humain. Vérité et temps se déploient ainsi dans un va-et-vient constant entre le sujet et l'objet.

Sur cet axe sujet-objet vient se greffer une troisième dimension : on dira du temps et de la vérité qu'ils procèdent l'un et l'autre d'une construction sociale, qu'ils renvoient à une réalité *intersubjective*, sinon conventionnelle. Qu'une journée se décompose en 24 heures, que le glyphosate ne soit pas nocif pour l'homme, voilà des énoncés pétris de conventions sociales sur la mesure du temps ou les

procédures d'établissement de la vérité scientifique. Cette troisième dimension n'abolit pas les deux autres, mais crée comme une médiation entre le sujet et la réalité, entre l'expérience et l'observation. Plus encore, en les arrimant au collectif, ce versant socio-historique des concepts de temps et de vérité en souligne le caractère institué autant qu'instituant. Si temps et vérité sont le fruit de conventions propres à une société donnée, ils influencent en retour la compréhension que cette société a d'elle-même.

Trivial, ce constat vaut davantage encore pour la mémoire, ce rejeton du temps et de la vérité. Elle aussi résulte autant d'un processus psychologique éminemment personnel que d'un geste de retour – comme on rebrousse chemin – sur les traces d'un passé réellement advenu. Mais la mémoire aussi, surtout, renvoie à un processus collectif : dans ces allers-retours entre le présent et le passé, entre mon esprit d'aujourd'hui et mon vécu d'hier, je baigne dans une matrice mémorielle collective qui non seulement influence la sélection de mes propres souvenirs (je me souviens de ce que je faisais le 11 septembre 2001, pas le 11 octobre), mais qui en outre les complète d'une véritable « banque de souvenirs » collectifs relatifs à des événements que je n'ai pas vécus (le Débarquement), voire dont aucun de mes contemporains ne peut témoigner (la prise de la Bastille). Nul besoin d'insister non plus sur le caractère institué et instituant de ce fonds mémoriel commun, qui alimente le récit socio-historique (d'une nation, d'un peuple, d'une famille) autant qu'il s'en nourrit.

Cette configuration triangulaire (subjectif-objectif-intersubjectif) sous-tend la grille d'analyse qui a été soumise, en guise de fil rouge, aux auteurs des différentes contributions de ce dossier. Cette grille consiste en trois séries de distinction.

La première distinction oppose *mémoire vive* et *mémoire inerte*. Alors que la seconde renvoie à la mémoire quasi éternelle et inaltérable commune à Internet et aux fonds d'archives, uniquement accessible sur demande, la première désigne celle qui reste présente à la conscience collective contemporaine et qui s'impose à elle de manière diffuse, sans mobilisation préalable. Un passé discret, en sommeil, d'un côté et un passé « présent », de l'autre. Cette première distinction pose la question matérielle de la *trace*, du vestige, tantôt conservée « en sommeil » dans la mémoire inerte – renvoyant à la dimension objective, sinon « objectale », du temps passé –, tantôt valorisée dans la mémoire vive, jusque dans la vie quotidienne – versant subjectif, et même intersubjectif de la mémoire.

La seconde opposition renvoie dos à dos le *souvenir* et l'*héritage*. Là où le premier exprime une césure entre le passé et le présent (ce qui n'exclut évidemment pas toute forme d'influence de celui-là sur celui-ci), le second incarne au contraire l'idée d'un passé qui agit sur le présent, d'une histoire qui n'est pas totalement passée et dont le présent demeure comptable. Entre un passé neutralisé et un passé au travail, entre un passé mis à distance et un passé qui engage l'avenir, on est ici dans la dimension non plus matérielle, mais politique, narrative aussi, du rapport des sociétés humaines au temps qui passe.

Quant à la troisième dichotomie soumise aux auteurs, elle se rapporte à la notion de vérité. Elle campe l'opposition entre une conception de la vérité comme *construction* à une représentation de la vérité comme *dévoilement*. Tandis que la

première saisit la vérité comme une institution, comme le fruit toujours singulier d'un « régime¹ » dictant les conditions de son énonciation – versant intersubjectif –, la seconde associe la vérité à l'idée d'une correspondance avec la réalité, une réalité tangible, têtue, accessible à l'entendement humain pour qui veut bien abandonner ses préjugés et se doter des outils d'investigation adéquats – versant objectif.

I. 2. Les fonctions du droit : ancrage, archivage, arbitrage

La lecture des contributions a fait émerger la nécessité d'un deuxième cadre d'analyse, plus spécifiquement centré sur l'institutionnalisation *juridique* du temps, de la vérité et de la mémoire.

Commençons par observer qu'à l'instar de ces trois concepts, la complexité et l'épaisseur du phénomène juridique ne se laissent saisir qu'au bénéfice d'une triangulation entre les pôles du sujet, de l'objet, et de l'institution. Comme le temps, la vérité et la mémoire, le droit implique tout à la fois une expérience subjective, irréductible à la lecture des textes officiels, et un pari sur l'objectivité, sinon du contenu de ses règles, du moins des sources qui permettent de le connaître. Mais lui aussi, surtout, procède d'une construction sociale. On notera cependant qu'à la différence du temps, de la vérité ou de la mémoire, dont la dimension intersubjective obéit largement à des processus spontanés ou en tout cas désorganisés, le caractère artificiel et la visée instrumentale de la construction juridique sont parfaitement assumés. Dans nos sociétés modernes, le droit se présente d'emblée comme un outil de régulation dont le fonctionnement est minutieusement organisé, et dont la plasticité lui permet d'endosser de nombreuses fonctions et finalités.

Parmi celles-ci, et s'appuyant sur l'important travail de classification que François Ost a consacré à cette question², on propose d'en retenir trois pour les besoins du présent dossier.

La première fonction consiste dans un rôle d'*archivage*. Comme l'écrit Ost, « le jeu juridique est un jeu à mémoire : rien de ce qui s'y déroule ne s'efface, et ce sont ces traces authentifiées qui donnent une assise à la vie sociale³ ». Notaires et greffiers ne sont que les hérauts les plus visibles de ce processus constant d'enregistrement des faits sociaux sur le disque dur du droit.

La deuxième fonction renvoie à un rôle d'*ancrage symbolique*⁴, par lequel le droit contribue à créer un répertoire symbolique commun à la société qu'il régit. C'est la dimension « iconographique » dont parle Pierre Noreau⁵, sa dimension

1. Sur l'actualité du concept de « régime de vérité » dans l'œuvre de Michel Foucault, cf. Pierre WALCKIERS, « Les articulations des régimes de vérité et des modes d'existence. Une approche foucauldienne pour analyser les rapports entre science et droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 91 (2), 2023, p. 197-220. DOI : 10.3917/riej.091.0197.

2. François OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles : Bruylant, 2016.

3. *Ibid.*, p. 238.

4. *Ibid.*, p. 229-235.

5. Pierre NOREAU, « Et le droit, à quoi sert-il ? Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans Id. (dir.) *Le droit à tout faire : exploration des fonctions contemporaines du droit*,

narrative⁶ aussi, qui invite à dépasser une conception du droit le réduisant à un ordre de contraintes. Par les normes qu'il édicte, par les préambules de ses textes fondateurs, par les procédures qu'il met en place, le droit reflète non seulement les valeurs de l'ordre politique, mais en forge également l'identité et contribue à son auto-représentation⁷.

Enfin, le droit remplit à l'évidence aussi une fonction d'*arbitrage*. Que ce soit par le biais du juge qui départage les revendications des parties au litige ou dans l'intervention du législateur qui prétend œuvrer à une forme d'« équilibre social général », le droit prévient la violence et vise la justice.

Archivage, ancrage, arbitrage, ces trois fonctions du droit se laissent particulièrement bien saisir dans les rapports que ce dernier entretient avec le temps, la vérité et la mémoire. Au prix sans doute d'une certaine simplification⁸, elles mettent en lumière les différents types de relations au passé que le droit est susceptible d'institutionnaliser. Dans sa fonction d'archivage, le droit se place du côté de la mémoire inerte et de la vérité-dévoilement. Son rôle est modeste puisqu'il se limite à sauvegarder les traces matérielles qui favoriseront la recherche historique. Ce premier niveau d'institutionnalisation juridique de la mémoire introduit cependant déjà un filtrage avec le réel. C'est que l'archivage implique des choix « politiques », un tri entre les traces qui sont dignes d'être conservées et les autres.

Sa fonction d'ancrage rapproche davantage le droit du pôle subjectif, et même intersubjectif de la mémoire : c'est la mémoire vive qui est ici nourrie, celle qui permet de lutter non pas simplement contre la détérioration de la trace, mais contre l'amnésie collective. La sélection « mémorielle » se veut plus ouvertement politique et normative que celle qui préside à l'archivage. Le droit se met ici non plus au service de la *recherche* scientifique, mais de la *vérité* historique – une vérité figée, dont il contribue à déterminer le contenu.

L'ordre des priorités change lorsque le droit endosse une fonction d'arbitrage. La quête de la vérité historique passe au second plan lorsque le droit renoue avec sa finalité première, à savoir assurer la justice en pondérant des intérêts opposés. Il s'agit ici non plus de *dire* le passé ou d'en favoriser l'*élucidation*, mais bien d'en *gérer* les effets contemporains en y attachant des droits et des devoirs – distinguant, par exemple, ce qui relève du souvenir de ce qui procède de l'héritage. Pour

Montréal : Éditions Thémis, 2008, p. 205-251.

6. Sur cette dimension appliquée à la jurisprudence européenne, cf. les trois volumes consacrés aux *Récits judiciaires de l'Europe* sous la direction d'Antoine BAILLEUX, Elsa BERNARD, Sophie JACQUOT et Quentin LANDENNE (Bruylant : Bruxelles, 2016, 2018 et 2019). NDLR : un « À propos » a été consacré à ces trois volumes dans la revue ; Vincent RÉVEILLÈRE, « Une approche narrative de l'intégration : les récits judiciaires de l'Europe », *Droit et Société*, 114-115 (2-3), 2023, p. 379-389. DOI : 10.3917/drs1.114.0379.

7. Sur ce caractère instituant du droit dans son rapport à l'histoire, cf. la seconde partie de la thèse d'Ariana MACAYA LIZANO, *Histoire, mémoire et droit : les usages juridiques du passé*, sous la direction de Michel Verpeaux, Paris : Institut universitaire de Varenne, 2015.

8. On doit ainsi admettre que dans ses fonctions d'ancrage et d'archivage, le droit procède aussi toujours à des arbitrages entre intérêts distincts. Les frontières ne sont donc pas étanches entre ces différentes catégories, ce qui n'entame pas selon nous leur intérêt heuristique.

atteindre cet objectif, le droit peut être amené à produire du passé une version institutionnalisée « décomplexée », qui assume son décalage avec la matérialité des faits.

Croisé avec les trois couples d'oppositions présentés plus haut, il nous a semblé que ce triptyque permettait de dégager certaines lignes de fuite du kaléidoscope que composent les différents cas d'étude regroupés dans ce dossier.

Il convient à présent d'en résumer les grands enseignements.

II. Cinq cas d'étude sur les rapports entre mémoire, droit et oubli

Ancrée dans le champ pénal, la contribution de Thibaut Slingeneyer est consacrée à l'institution du casier judiciaire en droit belge. Figure paradigmatique que ce casier pour illustrer la fonction d'archivage du droit. En inscrivant, dans la mémoire inerte des fichiers centraux, la trace d'un passé infractionnel, le droit retient le passé sur le mode de l'héritage. La dette a été payée, mais demeure un solde symbolique, infamant, qui continue de peser sur le présent telle une épée de Damoclès. C'est une version instituée de la vérité qui est ainsi gravée dans les rets du système : non pas celle des faits, mais celle des mesures pénales prises à l'encontre du délinquant. Avec l'*effacement*, en revanche, l'oubli est décrété. L'écoulement du temps depuis la commission de l'infraction (légère) entraîne une amnésie volontaire et automatique. Toute trace du passé est abolie. Le condamné est non seulement libéré de l'héritage encombrant de son acte, mais même du souvenir de celui-ci.

La procédure de *réhabilitation* quant à elle ne rompt pas tout lien entre passé et présent. D'une part, c'est eu égard à la bonne conduite actuelle du condamné (éprouvée sur un temps assez long) que le Souverain – pour parler comme l'auteur – accepte de réécrire le passé. D'autre part, la trace de l'infraction ne disparaît pas complètement de la mémoire institutionnelle. Vient simplement s'y superposer une nouvelle trace, qui constate la disciplinarisation du délinquant, et qui a pour effet tant de dissimuler l'existence de l'infraction que d'en neutraliser les effets pour l'avenir. La trace de la condamnation demeure dans la mémoire inerte, mais uniquement à l'état de souvenir accessible seulement au juge pénal. Apparaît ici la fonction d'arbitrage du droit : l'octroi de la réhabilitation signale que l'intérêt général a changé de camp. La perspective d'une réinsertion du condamné (accès au travail, au logement, etc.) justifie de tourner la page et de le délier de l'emprise du passé.

La contribution d'Édouard Cruysmans Marie-Sophie de Clippele se penche sur la réglementation du patrimoine et des archives. Le panorama qu'ils dressent dévoile toute la diversité des traitements que le droit peut faire subir au passé. On y retrouve bien sûr la fonction d'archivage déjà rencontrée dans la contribution sur le casier judiciaire. Les auteurs montrent bien comment le droit départage les traces qui méritent d'être conservées de celles qui peuvent, sans dommage, être jetées aux oubliettes de l'histoire. Ils rapportent à cet égard une différenciation progressive entre l'intérêt *historique*, qui justifie la conservation (de documents ou d'objets) à des fins scientifiques, et l'intérêt *mémoriel*, dont le législateur (wallon)

considère qu'il renvoie au « rôle dont est chargé un bien patrimonial de garder toujours présent et vivant un événement, un personnage ou encore un groupe humain dans la conscience des contemporains⁹ ». On ne saurait mieux dire la différence entre mémoire inerte et mémoire vive, entre vérité-dévoilement et vérité-construction, et entre les fonctions d'archivage et d'ancrage du droit. Alors que l'intérêt historique – chronologiquement premier – commande une conservation discrète, dans la mémoire inerte du Royaume, à des fins d'élucidation d'un passé révolu, l'intérêt mémoriel – en plein essor – implique une valorisation d'un événement ou d'un bien au nom de ce qu'il représente pour la société d'aujourd'hui. Ce faisant, le droit trie non plus simplement les traces du passé à l'intention de quelques chercheurs érudits, mais bien les souvenirs collectifs qui contribueront au « roman national » – ou qui, au contraire, devront en être exclus¹⁰.

Reste qu'avec l'avènement du numérique et le développement sans fin d'Internet, des pans de plus en plus importants de la mémoire inerte échappent à ce processus de tri. Les données prises dans les filets d'Internet s'y dupliquent et reproduisent dans un processus spontané et infini certes propice à la connaissance du passé, mais sans pitié pour les sujets condamnés à traîner à jamais une (e-)réputation infamante. Nos auteurs rappellent à cet égard la fortune récente – et les limites – du « droit à l'oubli », qui force la suppression de certaines données en ligne au nom de la vie privée et du droit à l'honneur. Réapparaît ainsi la fonction d'arbitrage du droit, arbitrage dont les auteurs observent qu'il se solde rarement par la victoire totale de l'intérêt individuel : le déréférencement demandé ne sera généralement accordé que si des traces plus discrètes, enfouies dans la mémoire inerte, continuent d'attester, pour la postérité, la réalité de l'événement gênant.

La contribution de Pierre-Olivier de Broux et Jogchum Vrieling explore quant à elle le versant pénal de la prétention du droit à dire l'histoire commune, et en particulier ses tragédies. À travers un examen de la législation belge (qui ne néglige pas quelques regards comparatifs) réprimant le négationnisme, les auteurs dévoilent la ligne de crête sur laquelle se tient le droit dans ses rapports à la vérité. Côté pile, le législateur entend sanctionner les contre-vérités qui, en minimisant ou niant les

9. Commentaire des articles, *Documents parlementaires*, Parlement wallon, session 2017-2018, n° 1053/1, p. 8.

10. L'exemple le plus connu d'« amnésie prescriptive » est sans doute fourni par l'édit de Nantes, par lequel Henri IV entend supprimer jusqu'au souvenir des Guerres de religions : « que la mémoire de toutes choses passées d'une part et d'autre, depuis le commencement du mois de mars 1585 jusqu'à notre avènement à la couronne et durant les autres troubles précédents et à leur occasion, demeurera éteinte et assoupie, comme de chose non advenue. Et ne sera loisible ni permis à nos procureurs généraux, ni autres personnes quelconques, publiques ni privées, en quelque temps, ni pour quelque occasion que ce soit, en faire mention, procès ou poursuite en aucunes cours ou juridictions que ce soit. [...] Défendons à tous nos sujets, de quelque état et qualité qu'ils soient, d'en renouveler la mémoire, s'attaquer, ressentir, injurier, ni provoquer l'un l'autre par reproche de ce qui s'est passé, pour quelque cause et prétexte que ce soit, en disputer, contester, quereller ni s'outrager ou s'offenser de fait ou de parole, mais se contenir et vivre paisiblement ensemble comme frères, amis et concitoyens, sur peine aux contrevenants d'être punis comme infracteurs de paix et perturbateurs du repos public » (consultable à l'adresse : <https://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edito_nantes/texto_fr_edit_nantes.pdf>).

traumatismes du passé, en meurtrissent une seconde fois les victimes et foulent au pied leur « droit » à la vérité. La trace doit rester, car l'héritage n'est pas soldé. Côté face, les autorités s'exposent au risque d'instituer une vérité d'État qui muselle la liberté d'expression et entrave la recherche historique. La vérité instituée, figée à un moment donné, ne peut éteindre ou clore le processus scientifique sans fin de vérification et d'élucidation des faits passés.

Face à ce nouvel arbitrage, le législateur belge trace un sillon intéressant pour notre propos. La répression du négationnisme est assortie d'une double condition. D'une part, le crime (de guerre, contre l'humanité ou génocide) doit avoir été établi par une juridiction internationale. De l'autre, sa minimisation ou son déni doit comporter un élément moral – une visée d'incitation à la haine, à la discrimination ou à la violence. La première balise permet, en théorie, d'éviter toute confusion entre la dimension *institutionnelle* et la dimension *objective* de la vérité et de l'histoire. Par la magie de l'auto-référencement, le droit vient ici non pas figer la vérité historique, mais préserver la vérité *judiciaire*. C'est bien la qualification juridique de l'événement, son inscription dans la trame du droit par une décision de justice qui se voit sanctuarisée, et elle seule – même si cette nuance ne permet pas d'éviter tout amalgame entre vérité judiciaire et vérité historique, comme le regrettent les auteurs, nous y reviendrons. La seconde condition renvoie à la distinction entre mémoire inerte et mémoire vive. C'est précisément parce que ces crimes continuent de hanter le présent que leur dénégation est sanctionnée. C'est parce qu'elles brûlent encore dans les corps et les âmes que l'on ne peut sans impunité souffler sur les braises d'Auschwitz et de Srebrenica. Nécessaire, cette double condition dévoile toutefois aussi une double limite à cette entreprise d'assainissement de la parole publique. D'un côté, l'imposition d'une vérité institutionnelle et assumée comme telle nourrit les récits complotistes de ceux qui s'estiment ainsi censurés par le « système », et à qui le procès sert de tribune. De l'autre, l'élément moral complique la preuve de l'infraction et limite les condamnations, alimentant l'amertume des victimes dont les blessures ont été ravivées en vain.

La contribution de Valérie Rosoux retrace pour sa part le déroulement de la commission parlementaire mise en place en 2020 en vue de « (di)gérer le passé colonial de la Belgique ». Cas unique dans les annales du Royaume, cette commission s'est conclue sur une absence d'accord entre les partis politiques impliqués. Prenant à bras-le-corps les distinctions conceptuelles proposées, l'autrice observe d'abord l'entremêlement de la mémoire vive – ou plutôt des mémoires « à vif », celle des témoins et victimes de la colonisation – et de la mémoire inerte, ces archives dont la mise au jour a permis de retracer des généalogies brisées, de documenter des abus longtemps occultés. Revient ici la fonction d'ancrage du droit, qui, à la faveur du dialogue entre les participants, vise l'émergence d'une nouvelle représentation commune de la colonisation. On observera cependant qu'à la différence des procédures *top-down* de patrimonialisation évoquées plus haut, le droit se tient ici en retrait, encadrant simplement le processus de co-construction d'une vérité collective.

Ce droit « facilitateur » côtoie néanmoins un droit « réparateur » plus menaçant qui n'obéit pas à la même temporalité. En témoigne cette décision du tribunal de Bruxelles rejetant l'action en responsabilité intentée contre l'État belge par des victimes de la colonisation au double motif que les faits sont prescrits et que l'incrimination de crime contre l'humanité n'existait pas au moment où ils ont été commis. Au prisme de cette lecture linéaire d'un temps « objectif », point d'héritage donc, mais un simple souvenir juridiquement inoffensif. Les conclusions de la commission ne disent du reste pas autre chose : oui à une anamnèse visant modestement à « réduire le nombre de mensonges [...] sur la période coloniale », oui à des signes commémoratifs garantissant la survie de cette époque dans la mémoire vive de la société belge, oui encore à une vérité négociée et construite, mais non à la reconnaissance objective d'une faute ouvrant le droit à des restitutions et des réparations. Dans sa fonction d'arbitrage, le droit est ainsi soigneusement tenu à l'écart.

Ce sont encore les rapports délicats du droit contemporain à la colonisation qui sont étudiés par Sandrine Brachotte. Partant d'un litige relatif à la construction d'une station de ski sur un site sacré d'un peuple autochtone du Canada, l'autrice met en exergue un affrontement de temporalités – celle, linéaire, de la modernité occidentale, fondée sur une séparation nette entre passé, présent et futur, et celle, immémoriale, d'un « éternel présent¹¹ » où cohabitent esprits ancestraux et générations futures. Cet affrontement se double d'une opposition entre deux conceptions de la vérité – la vérité judiciaire institutionnelle, qui se construit et se négocie par la collaboration loyale de toutes les parties, et la vérité-dévoilement, oraculaire, péremptoire, de l'esprit de l'Ours Grizzly qui met un terme à toute discussion.

Fait intéressant, souligné par l'autrice : c'est finalement le litige lui-même qui sert de révélateur au peuple des Ktunaxa. C'est la demande de permis de construction de la station de ski qui vient vivifier une mémoire en sommeil et éveiller une ontologie autochtone. En ce sens, le droit peut, dans sa fonction d'ancrage, parvenir à tisser une histoire commune aux Peuples premiers et aux descendants des colonisateurs, une histoire non pas tant de la colonisation (celle, objective, d'un événement révolu), mais bien de la « colonialité », c'est-à-dire d'un héritage qui continue d'informer les rapports sociaux et qui modèle la compréhension que la société canadienne a d'elle-même. Pour cela cependant, il aurait fallu que, dans son rôle d'arbitrage, le droit (en l'occurrence, le juge canadien) parvienne à faire justice à l'altérité radicale de la revendication autochtone – qu'il parvienne, en somme, à transformer le « différend » en « litige »¹².

11. François Ost, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999, p. 49.

12. Jean-François Lyotard explique qu'« à la différence d'un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations. Que l'une soit légitime n'impliquerait pas que l'autre ne le soit pas. Si l'on applique cependant la même règle de jugement à l'une et à l'autre pour trancher leur différend comme si celui-ci était un litige, on cause un tort à l'une d'elles [...]. Un tort résulte du fait que les règles du genre de discours selon lesquelles on juge ne sont pas celles du ou des genres de discours jugé/s » (Jean-François LYOTARD, *Le différend*, Paris : Minuit, 1983, p. 9). Si le « différend est l'état instable et l'instant du langage où quelque chose qui doit pouvoir être mis en phrases ne peut

Conclusion

Les cinq contributions rassemblées dans ce dossier composent un tableau complexe et ambivalent des rapports entre droit, histoire, mémoire et vérité. Un droit qui tantôt construit des ponts vers le passé, en nourrissant la mémoire inerte (archivage) et en dynamisant la mémoire vive (ancrage) et qui tantôt neutralise (en réduisant l'héritage au souvenir), voire supprime (en plongeant le souvenir dans l'oubli) les traces d'un passé encombrant en vue d'en libérer l'avenir (arbitrage). Un droit qui oscille aussi entre l'adhésion à une conception du temps et de la vérité comme construction sociale et la promotion d'une temporalité et d'une vérité objectives, invulnérables aux assauts de la subjectivité.

Le lecteur attentif se souviendra peut-être que c'est sur l'hypothèse d'une oscillation croissante entre ces deux pôles que s'étaient ouverts ces propos introductifs. À l'évidence, les contributions de ce dossier ne permettent d'apporter à ces conjectures ni confirmation ni démenti formel. Il s'en dégage cependant une tendance à la complexification des rôles assumés par le droit dans son rapport à l'histoire, qui apporte du crédit à cette hypothèse.

Le droit a de tout temps embrassé une fonction de « gestion » institutionnelle du passé. Il suffit de songer aux techniques immémoriales de la prescription et de l'amnistie pour se convaincre que des procédés ont toujours existé pour neutraliser juridiquement le passé. Mais précisément, cette intervention du droit sur le passé avait ceci de particulier qu'elle se limitait à en gérer les conséquences juridiques. Ni la prescription, ni l'amnistie, pas plus que les techniques de gestion du casier judiciaire analysées dans ce dossier, ne visent à effacer l'événement des tablettes de l'histoire – seulement à le faire disparaître de la mémoire juridique, au terme d'un arbitrage entre intérêts divergents.

À côté de cette première fonction, observons encore que le droit a toujours contribué à la connaissance de l'histoire. On a pu voir dans ce dossier combien la régulation des archives et de leur accès au public était cruciale pour conserver les traces du passé et en permettre la mise au jour et l'explicitation par des travaux à visée scientifique.

On remarquera que cette double fonction (d'arbitrage et d'archivage) repose sur une distinction à peu près claire, en tout cas en théorie, entre vérité juridique et vérité historique voire, plus largement, entre vérité institutionnelle et vérité objective. Les contributions relatives à la commission parlementaire sur la colonisation et à la prise en compte d'une temporalité post-coloniale nuancent déjà fortement cette distinction. On attend ici du droit, non pas qu'il gère juridiquement le passé ou qu'il favorise la découverte de la vérité historique, mais qu'il encadre et reconnaisse une vérité intersubjective, située dans le temps et dans l'espace, qui

pas l'être encore » (*Ibid.*, p. 29), alors il appartient au juge de dépasser la rigidité de concepts inadaptés à une réalité complexe et, au bénéfice d'un décentrement du regard, de forger de nouveaux outils capables de traduire dans le langage et dans les règles du droit les innombrables intérêts et discours qui peuplent notre monde pluriel.

n'a ni la rigidité de la vérité juridique ou judiciaire, ni la prétention à l'exactitude de la vérité scientifique.

C'est finalement avec la multiplication des lois mémorielles, l'incrimination du négationnisme, voire la consécration du droit à l'oubli dans ses applications le plus radicales, que s'observe l'évolution la plus nette. Avec ces institutions, voilà le droit mis au service d'un discours de vérité historique. D'autres ont déjà souligné cette juridicisation croissante de la mémoire, y décelant une forme de compensation symbolique de l'accélération du temps social et de l'émiettement du passé¹³. On ajoutera que ce phénomène a peut-être aussi partie liée à la centralité, sinon d'une éthique, du moins d'une rhétorique de la reconnaissance, dans la sphère publique contemporaine¹⁴.

L'on voudrait cependant avancer ici une explication supplémentaire, qui nous ramène au point de départ de cette recherche collective. Cette juridicisation est rendue à la fois *possible* et *nécessaire* par la démonétisation contemporaine de l'idée même d'une vérité objective. D'un côté, c'est le « tournant narratif » propre à la modernité tardive qui *autorise* le législateur à dire le passé sans complexe et sans crainte d'erreur, en y mêlant allègrement faits et valeurs : après tout, si la vérité est partout et nulle part, si elle est affaire de construction et de conventions, elle peut tout aussi bien se trouver sous la plume des juges et des législateurs. Mais le mouvement ne s'arrête pas là : la relativisation de la parole vraie et la prolifération des discours de vérité viennent, d'autre part, *justifier*, voire *exiger* l'intervention du droit. Au milieu d'un océan d'opinions, le droit apparaît comme un rare point de repère, peut-être comme la dernière institution de surplomb à même de donner à la société un minimum de sécurité et de stabilité, non plus exclusivement juridique, mais également historique.

Voici donc que s'élucide peut-être le mouvement d'oscillation pointé au début de cette réflexion. D'un côté, poussé dans le dos par les défis de la post-vérité, le droit avance ses vérités sur l'histoire, sans en dissimuler le caractère construit et institutionnel. De l'autre, la faillite de l'idée même d'une vérité objective conduit à relativiser ce « défaut de fabrication » et à favoriser, faute de mieux, l'amalgame entre vérité juridique et vérité historique. Ce diagnostic est sans doute trop grossier pour être pleinement convaincant. On forme néanmoins le vœu qu'il ouvre des pistes de réflexion que d'autres études de cas permettront de prolonger.

13. François OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 47.

14. On aura reconnu le thème central des travaux d'Axel HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, trad. de l'allemand par Pierre Rusch, Paris : Gallimard, 2013.

■ L'auteur

Antoine Bailleux est professeur à l'UCLouvain – Saint-Louis Bruxelles, dont il préside l'Institut d'études européennes. Rédacteur en chef adjoint de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* et co-directeur du séminaire éponyme, il enseigne la théorie générale du droit et le droit de l'Union européenne. Il est par ailleurs avocat au barreau de Bruxelles.