

Droit et littérature : variété d'un champ, fécondité d'une approche

François OST

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Professeur invité à l'Université de Genève.

Cette question pour commencer : qu'ont en commun les écrivains suivants : Corneille, Molière, Tolstoï, Dickens, Walter Scott, Marcel Proust, Flaubert, Balzac, Victor Hugo, Goethe, Kafka?... Tous ont eu une formation juridique ; certains d'entre eux, comme Kafka, ont travaillé toute leur vie comme juristes. Voilà un premier indice : entre le droit et la littérature, les liens sont nombreux, profonds, personnels.

Ceci explique sans doute que, aux États-Unis d'abord, en Europe aujourd'hui, un vaste courant « droit et littérature » se soit développé, dont il est nécessaire de tirer un premier bilan.

Les études communément rangées sous l'appellation générale « droit et littérature » (aux États-Unis, *Law and Literature*) peuvent, en réalité, revêtir des formes assez diverses qu'il est possible de regrouper en quatre courants distincts¹. À côté du droit *de* la littérature qui étudie la manière dont la loi et la jurisprudence traitent les phénomènes d'écriture littéraire, on distingue le droit *comme* littérature, qui aborde le discours juridique avec les méthodes de l'analyse littéraire (cette approche est dominante aux États-Unis), le droit *dans* la littérature, qui est la perspective adoptée dans cet ouvrage et qui se penche sur la manière dont la littérature traite des questions de justice et de pouvoir sous-jacentes à l'ordre juridique, et enfin

¹ Cf. notamment Anthony JULIUS, « Introduction », dans Michael FREEMAN et Andrew LEWIS (dir.), *Law and Literature*, vol. 2, Oxford University Press, 1999, p. I, aux pages XIII et suiv. L'ouvrage – controversé – de Richard POSNER, *Droit et littérature*, trad. par Christine HIVET et Philippe JOUARY, Paris, PUF, 1996, comporte trois parties qui recouvrent bien ces différents courants : I. Les thèmes juridiques de la littérature ; II. Le droit comme forme de littérature ; III. Le droit et la réglementation de la littérature.

le droit *par* la littérature, qui vise les hypothèses dans les quelles un acteur juridique (parlementaire, par exemple, ou auteur de doctrine) mobilise l'écriture littéraire pour assurer une plus grande diffusion des thèses qu'il soutient.

J'aborderai à leur sujet, et dans les limites d'une contribution nécessairement succincte, quatre questions distinctes : l'intérêt de ce domaine pour la formation et la pratique des juristes (I), le contenu des quatre axes qui structurent le domaine « droit et littérature (II), les différences qu'il convient d'établir entre imaginaire juridique et imaginaire littéraire (III), et enfin les convergences entre ces deux imaginaires sociaux qui justifient qu'on en étudie les rapports, sans les identifier pour autant (IV).

I. Quel est l'intérêt, pour la formation et la pratique des futurs juristes, de consacrer des enseignements à cette perspective ?

J'y vois de nombreux avantages, et suis heureux, à cet égard, d'avoir pu créer un cours « droit et littérature » dans mon université, cours offert tant aux étudiants de droit que de lettres depuis une quinzaine d'années.

On peut attendre, de la fréquentation de la littérature, l'acquisition de qualités humaines, tout d'abord. Un auteur comme Richard Weisberg n'hésite pas à écrire qu'elle contribue directement à l'inculcation des « compétences primordiales de notre discipline »² : la capacité d'écoute, l'aptitude à tenir un discours qui tienne compte de la sensibilité des auditeurs, le don de convaincre en vue d'atteindre le but qu'on s'est fixé. James Boyd White insiste, quant à lui, sur l'apprentissage de la traduction : par la confrontation qu'il opère entre le récit des plaignants et le texte de la loi, le juge est dans une situation comparable à celle du lecteur qui, par sa lecture, actualise un classique. La tâche est à la fois nécessaire et partiellement aporétique, de sorte que l'exercice initie à la fonction d' « intégration » inhérente au droit : rendre justice à la diversité des points de vue tout en cherchant convergences et terrains d'entente³.

² Richard WEISBERG, « Herman Melville, Vichy et la communication bienveillante : trois leçons sur les rapports du droit et de la littérature », (2000) 40 *Littératures classiques* 397.

³ James Boyd WHITE, *From expectation to experience*, Ann Harbor, The University of Michigan Press, 2000, p. 99 à 110.

On pourrait citer ici Tzvetan Todorov, qui disait que la littérature était un « laboratoire expérimental de l'humain » et qui poursuit ainsi : « l'objet de la littérature étant la condition humaine même, celui qui la lit et la comprend deviendra, non un spécialiste en analyse littéraire, mais un connaisseur de l'être humain. Quelle merveilleuse introduction à la compréhension des conduites et des passions humaines qu'une immersion dans l'œuvre des grands écrivains qui s'emploient à cette tâche depuis des millénaires ? Et, du coup : quelle meilleure préparation à toutes les professions fondées sur les rapports humains ? Si l'on entend ainsi la littérature et si l'on oriente ainsi son enseignement, quelle aide plus précieuse pourrait trouver le futur étudiant en droit ou en sciences politiques, le futur travailleur social ou intervenant en psychothérapie, l'historien ou le sociologue ? Avoir comme professeurs Shakespeare et Sophocle, Dostoïevski et Proust, n'est-ce pas profiter d'un enseignement exceptionnel ? »⁴.

A contrario, on peut penser, en se remémorant l'immense erreur judiciaire qu'a représenté l'affaire d'Outreau (vingt personnes en détention préventive pendant trois ans, puis un acquittement général), que si l'École nationale de la magistrature, en France, avait offert à ses étudiants un enseignement de « droit et littérature », et que si le jeune juge Bourgeau, qui pilotait l'enquête, y avait étudié *Les sorcières de Salem* de Arthur Miller (1952), jamais le drame d'Outreau ne se serait produit.

Qu'on en juge : États-Unis, 1950 – nous sommes en pleine guerre froide – le sénateur Joseph MacCarthy, alors au sommet de sa popularité, déclenche une psychose collective anti-communiste sans précédent. *The government is full of communists*, lance-t-il ; de ce moment, nul n'est plus à l'abri d'une accusation de trahison, les droits de la défense s'estompent ; en réclamer le respect, c'est paraître complice de l'ennemi. Tétanisée, la nation se tait, et nul n'ose contester le bien-fondé de cette croisade nationale. Un homme courageux pourtant se redresse et prend la plume : Arthur Miller, qui se souvient de la « chasse aux sorcières » qui s'était déchainée, en 1692, en Nouvelle-Angleterre, dans une petite communauté puritaine en proie à la peur du diable. Trois fillettes s'étaient prétendues ensorcelées par des voisines ; des dizaines d'arrestations suivirent : le malin était partout, nul n'était innocent. La pièce fut montée au Martin Beck Theatre de New York et tint l'affiche pendant 197 représentations, du 22 janvier au 11 juillet 1953. Ainsi, le premier coup, le plus difficile, était

⁴ Tzvetan TODOROV, *La littérature en péril*, Paris, Éditions Flammarion, 2007, p. 88 et 89.

porté au délire collectif. Quelqu'un, un écrivain, avait osé dire que le roi était nu. Le droit prenait le chemin de sa réhabilitation.

Cinquante ans plus tard, dans une triste banlieue du Nord de la France, le drame se jouait cependant. Deux ou trois témoignages ambigus d'enfants, une mère mythomane et un jeune juge d'instruction, bon technicien du droit pénal, frais émoulu de l'École nationale de la magistrature, en sont les protagonistes. Des acteurs auxquels s'ajoutent bientôt leurs vingt victimes qui passeront plusieurs années en prison, simplement parce que, ici aussi, il fallait conjurer le mal : un mal insidieux qui s'attaquait aux enfants innocents et proliférait sous la forme de réseaux d'autant plus dangereux que toujours insaisissables. Hélas, le juge Bourgeau n'avait pas lu Miller. Il croyait sans doute – “ sans doute”, sans douter de rien – que la parole des enfants est nécessairement innocente, qu'une mère dit toujours vrai, que l'intervention du droit est nécessairement juste, que le bien doit nécessairement l'emporter sur le mal. Peut-être avait-il rencontré, sur les bancs de la Faculté, l'adage “*summum ius, summa iniuria*”, mais il ne l'avait pas compris.

Antoine Garapon et Denis Salas, deux magistrats français, ont, quant à eux, parfaitement compris la leçon. Ils sont l'auteur d'un bel ouvrage – que tout juge d'instruction devrait lire d'urgence – *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau* – (Seuil, 2006), dont la mise au programme des Facultés de droit constituerait, selon moi, la plus utile des réformes que cette monstrueuse erreur judiciaire aurait suscitée.

De la confrontation des futurs juristes aux méthodes et aux textes littéraires, on attend donc à la fois l'acquisition de compétences techniques (amélioration du style écrit et oral, capacité d'écoute et de dialogue) et la diffusion des capacités morales nécessaires au métier de juriste : l'attention plus fine portée à la diversité des situations et notamment à celle des plus marginaux, l'affinement du sens de la justice, l'acquisition d'un sens des responsabilités politiques inhérentes aux fonctions de juge et d'avocat⁵.

De la fréquentation de la littérature, on est également en droit d'attendre l'acquisition d'aptitudes non seulement humaines et techniques, mais également des formes de raisonnement directement liées à la

⁵ Cf. notamment Ian WARD, « Littérature et imaginaire juridique », (1999) 42 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 3, 3 et suiv.

rationalité juridique elle-même. Ainsi l'imagination créatrice, qualité trop rarement évoquée en rapport avec la pratique juridique, et pourtant bien nécessaire à l'heure de la pensée unique. Cette aptitude à « sortir du cadre » s'avère tout autant bienvenue dans le chef de l'avocat d'affaires confronté au blocage d'une négociation, que du diplomate ou de l'homme d'État englué dans un statu quo ravageur, faute d'un minimum d'utopie politique. « Je confronte mes étudiants à la littérature pour leur montrer ce que les juristes ne peuvent pas encore imaginer : les histoires que le droit a encore à inventer, les droits encore à découvrir et le traitement des problèmes qui ont été mis à jour mais devant la douleur desquels nous sommes sans voix », écrit Judith Resnik⁶. Le message porte ses fruits, semble-t-il, car un juge comme Stephen G. Breyer n'hésitera pas à déclarer, lors de son audition par la Commission du Sénat américain préalable à sa nomination à la Cour suprême, que l'étude de la littérature restait une des choses les plus utiles (*helpful*) à l'exercice de ses responsabilités de magistrat⁷.

On peut penser que cette affirmation du juge Breyer ne relève pas seulement d'une ouverture humaniste à la diversité des situations humaines que le juge est amené à traiter ; j'en suis arrivé à penser que la capacité d'imaginer relevait de la méthode juridique elle-même chaque fois que la loi est en défaut (en raison de son imprécision, des lacunes ou des antinomies qu'elle accuse), ou qu'elle fait défaut, c'est-à-dire chaque fois que le dossier confronte le juge à un « cas » qui ne se laisse pas subsumer sous un concept qualificateur, une hypothèse légale, un précédent ou un principe déjà disponible.

Le cas (du latin *casus*, participe passé substantivé de *cadere*, tomber) est ce qui tombe bien ou mal, à pic, à point nommé ou à côté (à côté de la loi par exemple). Le cas est l'événement imprévu, parfois exceptionnel, qui « pose question, déjoue une attente, et appelle donc un cadre nouveau susceptible de redéfinir la normalité et les exceptions »⁸.

⁶ Judith RESNIK, « Changing the topic », (1996) 8 *Cardozo Studies in Law and Literature* 339, 350.

⁷ Cité par Martha NUSSBAUM, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Mass., Beacon Press, 1995, p. 79.

⁸ Jean-Claude PASSERON et Jacques REVEL, « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », dans Jean-Claude PASSERON et Jacques REVEL (dir.), *Penser par cas*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2005, p. 9, aux pages 10 et suiv.

Alors que le raisonnement sur la base de règles travaille « toutes choses égales par ailleurs », en suspendant artificiellement toute perturbation conflictuelle, le raisonnement par cas affronte la contingence et la variété des contextes, humains et sociaux, pour élaborer la solution. Le « toutes choses égales par ailleurs » produit des modèles abstraits et ne s'accommode que des « cas d'école » ; à l'inverse, le raisonnement prudentiel, travaillant en quelque sorte « sans filet » plonge dans la singularité du cas réel pour tenter d'en dégager une orientation normative.

Kant est le premier à ressortir cette casuistique du discrédit dans lequel l'avait plongée le rationalisme moderne, et il tente d'en penser le traitement dans son dernier grand ouvrage, *Critique de la faculté de juger*, dont le jugement de goût, dans le domaine de l'esthétique, présente l'archétype⁹. Le cas est l'indice d'une règle qui vient à manquer, l'exemple d'un principe informulé. À partir de lui, le juge est conduit à raisonner à rebours, partant à la recherche du critère, suscité par le dossier, qui permettra d'entrevoir la règle généralisable susceptible de lui être appliqué. « C'est beau », nous souffle l'intuition esthétique ; « c'est injuste », nous dicte notre sens juridique inné de la situation... mais alors, à quel concept, hypothèse, ou précédent rattacher cette intuition première, dès lors précisément qu'ils font défaut ? Ce saut dans le vide, c'est, explique Kant, le jugement réfléchissant qui le construit à tâtons, par opposition au « jugement déterminant » qui peut se contenter de subsumer le réel sous une règle ou un principe déjà disponible. Ce jugement réfléchissant procède de la force imaginative qui se laisse orienter, polariser, par l'idée régulatrice – le beau, le juste, la dignité humaine, ... qui ne se présente pas comme un universel déjà disponible, mais fait advenir, au travers de manifestations concrètes et partielles (celles du cas, précisément) quelque chose de sa réalité. Cette anticipation imaginaire trouve quelque soutien, explique encore Kant, dans la remémoration de *récits exemplaires* qui n'ont pas à être reproduits comme tels, mais qui peuvent inspirer notre présent.

On le voit : dans ce travail de construction heuristique à la recherche de la règle dont le cas est un exemple sans le savoir encore, l'imagination est doublement aux commandes : à la fois sous la forme de l'anticipation

⁹ Emmanuel KANT, *Critique de la faculté de juger*, traduit par Alexis PHILONENKO, Paris, Éditions Vrin, 1993. Pour un commentaire approfondi en rapport avec le droit, cf. Julie ALLARD, *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 81 et suiv.

d'une visée pressentie, et comme reconfiguration des enseignements de récits exemplaires¹⁰.

II. Les quatre courants qui structurent le domaine « droit et littérature »

A. Le **droit de la littérature** ne représente pas à proprement parler une branche spécifique du droit mais plutôt une approche transversale regroupant des questions de droit privé (droit d'auteur et *copyright*), de droit pénal (toute la variété des délits qu'il est possible de commettre « par voie de presse » : injures, calomnies, diffamations, outrage aux mœurs, propos racistes, atteintes au Chef de l'État – dans certaines législations encore, le blasphème), de droit public (liberté d'expression et censure), voire de droit administratif (réglementation des programmes scolaires, des bibliothèques publiques).

Sans même évoquer ici les procès faits au siècle dernier aux *Fleurs du mal* et à *Madame Bovary* pour « atteinte à la morale publique »¹¹, on se contentera de renvoyer à un ouvrage récent qui donne une idée de la variété des questions dont les tribunaux français ont eu à connaître rien

¹⁰ Alessandro FERRARA, dans *The Force of the Example. Explorations in the Paradigm of Judgment*, New York, Columbia University Press, 2008, théorise cette notion d'exemplarité et montre qu'elle est le modèle de ce dont elle se réclame ; en ce sens elle est « auto-porteuse », et même « auto fondatrice » (phénomène de *bootstrapping*) (*id.*, p. 37) ; dans mon langage, je parle d'« auto-transcendance » et d'« effet performatif » : elle réalise ce qu'elle annonce en le disant, en lui donnant forme, en le présentifiant. Cf. aussi *Id.*, p. 117 : l'exemplaire est à lui-même sa propre loi (« *to be a law on itself* ») : il n'est pas l'exemple de quelque chose de préexistant, il est la mise en forme de ce qu'il annonce. Il agit comme une force qui mobilise les énergies et inspire la conduite (*id.*, p. 119). On peut prendre l'exemple du procès de Nuremberg qui met en œuvre pour la première fois l'idée d'humanité (pour juger les « crimes contre l'humanité »), dans des cas inédits qui littéralement « dépassent l'entendement ». Cette idée n'était pas une « donnée » universelle qui préexistait au jugement ; au contraire, c'est le cas qui faisait apparaître notre inhumanité et donc aussi le défaut du droit. Ici le jugement a opéré de façon « réfléchissante » en faisant advenir les premiers éléments concrets de cette idée d'humanité. Cet avènement repose, selon moi, sur trois éléments : la force performative du verbe et du geste juridiques (présent), la force attractive de l'idée régulatrice grâce à son anticipation imaginante (futur), la remémoration de récits exemplaires (passé).

¹¹ On trouvera les pièces principales du procès des *Fleurs du mal*, notamment le réquisitoire du Procureur Pinard et la plaidoirie en défense de G. Chaix d'Est-ANGE, dans Charles BAUDELAIRE, *Les fleurs du mal*, Paris, Éditions Magnard, 1986, p. 638 et suiv.

qu'au cours de la seconde moitié du ^{xx}e siècle¹². Citons notamment, sans souci d'exhaustivité, la révision du procès de Baudelaire en 1949 (la Chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaîtra que la décision de 1857 « s'est révélée arbitraire et n'a pas été ratifiée ni par l'opinion publique ni par le jugement des lettrés » – reconnaissance assez exceptionnelle de la pertinence du jugement rendu par le public), les démêlés éditoriaux opposant Montherlant à son éditeur Grasset, de nombreuses affaires de saisie et de censure de textes dénonçant la torture à l'occasion de la guerre d'Algérie (atteinte prétendue à la « sûreté de l'État »), les contentieux de l'abus du droit de citation (le journaliste André Passeron assigné par les héritiers du Général de Gaulle), la saga judiciaire relative au « prix unique » du livre (loi Lang), les poursuites intentées à l'encontre des auteurs de l'ouvrage *Suicide, mode d'emploi* (une loi sera même adoptée, qui entraînera l'interdiction de la seconde édition du livre), les déchirements entre héritiers (spirituels et/ou matériels) de Jacques Lacan, Roland Barthes et Michel Foucault à propos de l'édition de leurs écrits posthumes, les accusations de plagiat adressées à Régine Desorges (*La bicyclette bleue*) par la société détentrice des droits de *Autant en emporte le vent* de Margaret Mitchell...

B. Quant au **droit comme littérature**, qui suppose l'application au droit des méthodes de la critique littéraire, il constitue à vrai dire un champ d'étude immense, dont il n'existe pas encore, en langue française, de réelle synthèse. Tantôt on souligne les parentés qui existent entre les méthodes d'interprétation des lois et des textes littéraires (l'exégèse juridique du ^{xix}e siècle, par exemple, devait beaucoup aux méthodes philologiques prévalant à la même époque dans les domaines littéraire et théologique)¹³, tantôt on met en lumière la contribution du style juridique, ses rares bonheurs d'écriture, à la réussite de sa magie sociale, au succès des performatifs qu'il tente d'imposer¹⁴.

¹² Sylvain GODEMARE et Emmanuel PIERRAT, *L'édition en procès*, Paris, Éditions Léo Scheer, 2003.

¹³ Benoît FRYDMAN, « Exégèse et philologie : un cas d'herméneutique comparée », (1994) 33 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 59. Cf. aussi Dominique MAINGUENEAU, « L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques », dans Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1995, p. 61.

¹⁴ À propos de l'émergence de la théorie de l'abus de droit, cf. Paul MARTENS, « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », dans *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 345.

Un bel exemple d'objet d'étude mixte, à mi-chemin entre le droit et la littérature, est constitué par les *factums* qui étaient, au xvii^e siècle en France, à la fois des pièces authentiques de procédures dans le cadre de procès réels, et des textes littéraires qui suscitaient un grand intérêt et se vendaient comme des romans. Un exemple célèbre sont les *factums* que Antoine Furetière, juriste, académicien et homme des lettres, publia en 1694, dans le cadre de sa défense à l'encontre de l'accusation de plagiat que ses collègues académiciens formulèrent contre lui. Mêlant des moyens juridiques à la satire la plus féroce, Furetière met la littérature au service de sa cause, et, inversement, transforme son procès en un feuilleton qui passionna le tout-Paris et même les gazettes étrangères¹⁵.

Mais ces études demeurent encore partielles. Aux États-Unis, en revanche, certains auteurs, élargissant le regard, ont réussi à proposer une conception littéraire du droit tout entier : on pense notamment à *Poetic Justice* de Martha Nussbaum et à *The legal Imagination* de James Boyd White¹⁶. Dans ces ouvrages, il est fait appel, pour l'essentiel, à l'imagination des juristes : à l'instar d'un Dickens, d'un Tolstoï ou d'un Zola, un juge doit être capable de donner une voix aux sans-voix, arracher les sujets à l'anonymat et aux clichés réducteurs dans lesquels le discours dominant les enferme. À cette condition seulement il sera en mesure d'honorer l'exigence d'égalité qu'on attend de lui. Le juriste est un « artiste du langage », soutient James Boyd White¹⁷ ; averti de ses tours et détours par la pratique des textes littéraires, il est conscient du caractère construit et fictif des interprétations qu'il propose. Une opinion judiciaire, une plaidoirie, un arrêt sont chaque fois des constructions de possibles juridiques qui engagent la responsabilité de leurs auteurs. Loin de se déduire de prémisses formelles et a priori, le droit est à imaginer du milieu même des rapports d'interlocution et des demandes de reconnaissance qui forment la trame du tissu social.

Ce n'est pas notre propos de présenter plus avant cette perspective, ni de la discuter¹⁸ ; il y faudrait un livre entier. Deux remarques cependant.

¹⁵ François OST, *Furetière. La démocratisation de la langue*, Paris, Éditions Michalon, 2008, p. 43 et suiv.

¹⁶ M. NUSSBAUM, préc., note 7, p. 79 et suiv. (*Poets as judges*) ; James Boyd WHITE, *The legal imagination*, Chicago, The University of Chicago Press, 1985.

¹⁷ J. B. WHITE, préc., note 16.

¹⁸ Pour en amorcer la discussion, cf. Anne TEISSIER-ENSMINGER, *La beauté du droit*, Paris, Éditions Descartes et Cie, 1999, p. 289 et suiv. L'auteur pointe le risque de dilution du

La première, pour signaler mes réticences à l'égard d'une pure et simple assimilation du droit et de la littérature (que peut induire le mot d'ordre: «le droit *comme* littérature»). Je considère que le droit, tout comme la littérature, n'ont rien à gagner à cette identification pure et simple; par ailleurs, s'il s'agit effectivement de deux imaginaires sociaux qui peuvent parfois se recouvrir ou se renforcer, il est vrai également qu'ils s'opposent souvent et que des spécificités importantes les distinguent (cf. *infra*).

Par ailleurs, – seconde observation –, s'il est vrai qu'on a pu parler du droit *comme* littérature, l'inverse se vérifie parfois également: la littérature *comme* droit. Je pense notamment à une expérience pédagogique menée à l'université McGill à Montréal: un procès fictif dont les références juridiques exclusives sont puisées dans le corpus shakespearien. En collaboration avec la Faculté de droit et l'unité d'études anglaises se tient, en effet, chaque année, une session d'une cour «shakespearienne» qui examine et juge un cas fictif, retrouvant ainsi l'esprit des *Moot Courts* qui se tenaient, à l'époque du dramaturge élisabéthain, dans le cadre des *Inns of Court* londoniennes. L'option est radicale: il ne s'agit pas de se baser sur le droit de l'époque, il s'agit de traiter l'œuvre de Shakespeare comme droit, comme source de droit. Et, sur cette base, la «Cour» de McGill développe, au fil des années et de ses «arrêts», une «jurisprudence» avec des «précédents», qui orientent, à leur tour, la lecture du corpus¹⁹.

C. Le droit dans la littérature. Le troisième axe consiste à montrer que la littérature contribue directement à la formulation et l'élucidation des principales questions relatives à la justice, à la loi et au pouvoir. C'est le droit *dans* la littérature. Ici encore, cependant, diverses pistes pouvaient être suivies. On pense d'abord au genre encyclopédique de l'anthologie. Il faut saluer à cet égard l'ouvrage pionnier de Philippe Malaurie qui, pour la première fois dans le monde francophone, réalise un balisage du terrain, pour la littérature en langue française essentiellement²⁰. Yves Guchet s'est livré au même exercice pour ce qui concerne les rapports entre littérature

droit dans la culture générale, de même que de la littérature dans la linguistique. Ce risque ne nous paraît pas illusoire, mais il semble cependant possible de l'éviter en gardant toujours à l'esprit tout ce qui distingue le droit de la littérature.

¹⁹ François OST, *Shakespeare. La comédie de la loi*, Paris, Éditions Michalon, 2012, p. 57.

²⁰ Philippe MALAURIE, *Droit et littérature. Une anthologie*, Paris, Éditions Cujas, 1997.

et pensée politique²¹. D'autres ouvrages ont suivi²². On peut aussi privilégier une époque: c'est le choix qu'a fait Christian Biet, qui étudie les rapports du droit et de la littérature sous l'Ancien Régime²³, partant de l'idée que les littéraires ont tout à gagner à l'étude de la pensée juridique, qui constitue souvent une des représentations du monde les plus explicites et déterminantes de l'époque concernée. On peut également – comme Thierry Pech qui étudie le crime à l'époque de la Contre-Réforme – privilégier à la fois un thème et une époque²⁴. Nombreux sont aussi les auteurs qui préfèrent se concentrer sur une institution juridique, sur un auteur²⁵, voire sur une œuvre²⁶.

Quant à moi, j'ai choisi, dans mon ouvrage *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*²⁷, de privilégier un certain nombre de récits fondateurs – souvent des mythes qui font l'objet de réécriture aux époques ultérieures – qui constituent autant d'« entrées » ou de sources du droit: au commencement était la loi (Moïse et le Sinaï), au commencement était le juge (*Les Euménides*), au commencement était ma conscience (*Antigone*), au commencement était mon droit (thème illustré par deux récits: *Robinson Crusoé* et *Faust*), et à la fin? (*Le Procès* et divers textes juridiques

²¹ Yves GUCHET, *Littérature et politique*, Paris, Éditions Armand Colin, 2000.

²² François OST, Laurent VAN EYNDE, Philippe GÉRARD, et Michel van de KERCHOVE (dir.), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Presses de l'université Saint-Louis, 2001; François OST et Jeanne GAAKEER, *Crossing Borders: Law, Language and Literature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008; François JONGEN (dir.), *Droit et littérature*, Louvain-la-neuve, Éditions La Chartre, 2007; Antoine GARAPON et Denis SALAS (dir.), *Imaginer la loi. Le droit dans la littérature*, Paris, Éditions Michalon, 2008; R. POSNER, préc., note 1; Gabrio FORTI, Claudia MAZZUCATO et Arianna VISCONTI (dir.), *Giustizia e letteratura I et II*, Milan, Vita e Pensiero, 2012.

²³ Christian BIET (dir.), « Droit et littérature », (2000) 40 *Littératures classiques* 1, 5. Pour une étude du roman américain et européen au XIX^e et au XX^e siècles, cf. Anne RUBINLICHT-PROUX, *Le droit saisi par la littérature*, Lille, Presses universitaires du Septentrion, 1998.

²⁴ Thierry PECH, *Contre le crime: droit et littérature sous la Contre-Réforme: les « histoires tragiques »*, Paris, Éditions Champion, 2000.

²⁵ Ainsi, par exemple: Nicolas DISSAUX (dir.), *Balzac, romancier du droit*, Paris, Lexisnexis, 2012; Marine GAUDUCHON et Marie TINEL, *Jean de la Fontaine, juriste?*, Paris, LGDJ, 2009; François OST, *Sade et la loi*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2005.

²⁶ La collection « Le bien commun » aux Éditions Michalon, dirigée par Antoine GARAPON et Laurence ENGEL, contient plusieurs monographies consacrées à des auteurs particuliers, notamment un Balzac (Pierre-François MOURIER), un Rabelais (Thierry PECH) et un Camus (Denis SALAS).

²⁷ François OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2004.

de Kafka qui sont aussi une entrée dans le droit). Chacun de ces textes (et leurs multiples réécritures) constituent à leur manière des « récits d'institution », selon l'expression de Cornelius Castoriadis: des monuments littéraires qui créent des magmas de significations sociales institutantes. Véritables « matrices culturelles », ces récits engendrent des mondes nouveaux, au sens du *nomos* de Robert M. Cover, des univers de narration et de prescriptions constitutifs d'une civilisation juridique.

Bien entendu, sur un plan strictement analytique, chaque ordre juridique comporte ces différentes entrées: le législateur, le juge, la volonté des particuliers, les principes juridiques supérieurs de la conscience constituent autant de « sources » du droit. Mais, dans l'histoire effective, ces sources sont toujours inégalement distribuées, et la répartition de ces pouvoirs se transforme: chaque civilisation juridique est marquée précisément par un type d'accentuation spécifique, et nous pensons que la contribution des grands textes que nous étudions est déterminante dans ces transformations du regard.

On comprend qu'ainsi précisé, notre dessein ne doive s'embarrasser d'aucun souci d'exhaustivité: d'autres textes auraient pu être choisis, d'autres perspectives privilégiées. Par exemple, la contribution de la littérature à l'intelligence de la face sombre de l'humain, l'empire du mal et sa fonction « désinstituant » à l'égard des lois – telle la normativité perverse que Sade n'a cessé de poursuivre²⁸. On pourrait aussi étudier toute une série de questions juridiques d'actualité au départ de textes littéraires: faut-il toujours appliquer la loi pénale (*Mesure pour mesure* de Shakespeare)? Quel sort accorder au criminel (Dostoïevski)? Au malade mental (Musil)? Que penser de l'amnistie (*Le liseur* de Bernhard Schlink)? Quelle part faire aux effets pervers des lois les mieux intentionnées (*Le contrat de mariage* ou *L'interdiction* de Balzac)?

D. Le droit par la littérature. Il est des cas dans lesquels la voie littéraire est choisie par un acteur du monde juridique, un parlementaire ou un auteur de doctrine par exemple, pour défendre une cause qui leur est chère, et assurer ainsi à leurs thèses une audience plus large auprès d'un public plus vaste. On songe par exemple au combat contre la peine de mort que Victor Hugo parlementaire menait au XIX^e siècle en sollicitant la

²⁸ F. OST, préc., note 25; François OST, *Sade et Portalis au pied de l'échafaud*, Bruxelles, Éditions Anthémis, 2008 (pièce de théâtre).

plume de Victor Hugo écrivain (*Les derniers jours d'un condamné*). On peut penser aussi à Montesquieu et ses *Lettres persanes*, ou à Voltaire et à ses pamphlets dans l'*Affaire Calas*. Le genre du regard extérieur jeté par un étranger sur les institutions nationales, inauguré par Montesquieu, s'avère toujours efficace²⁹, de même que la transposition d'une histoire classique à une problématique actuelle³⁰.

Le juriste qui aborde en terre littéraire me fait l'effet de Colomb prenant pied dans le Nouveau monde – ignorant qu'il est de la nature exacte de sa découverte : île ou continent ? Inde ou Amérique ? Bien des surprises l'attendent encore, et il sera certainement contraint de modifier plus d'une fois le tracé des cartes qu'il a dressées présomptivement. Pensait-il partir en quête des fondements du droit ? S'il en a trouvé assurément du côté de la loi, du juge et de la conscience, des abîmes n'ont pas manqué de s'ouvrir sous ses pas, relançant la question du côté du crime, de l'imposture, de la violence et d'une très archaïque loi de nécessité. Pensait-il trouver le secret des lois dans leur contenu, le voilà renvoyé à leurs conditions de réception : la liberté au désert (*Exode*), l'*aidos* (le respect) dans la cité (*Protagoras*). Croyait-il célébrer le triomphe de la justice sur la vengeance ? Il s'aperçoit que la question passe par les détours du langage et l'émergence de l'autonomie personnelle...

III. Divergences entre imaginaire juridique et imaginaire littéraire

Je commence par évoquer l'enseignement de Platon, très significatif de l'ambivalence des rapports entre droit et littérature. On se souvient que Platon se méfiait des poètes et tragédiens. Le thème est récurrent dans son œuvre. Dans *La République*, les gardiens multiplient les mises en garde à l'égard des séductions de la poésie – une poésie qui pourrait bien nous faire retomber en enfance³¹. Le plus sûr sera encore de bannir les poètes de la Cité : leur art est corrupteur, qui mêle le vrai et le faux, fait voir les

²⁹ Philibert LEDOUX, *Introduction au droit martien. Le premier roman juridique*, Paris, Éditions Litec, 2004 ; Olivier JOUANJAN, « Courte notation sur une métaphore fondatrice du droit syldave », dans *Mélanges Pierre Moor*, Berne, Éditions Staempfli, 2005, p. 85.

³⁰ À propos de la question du voile islamique, cf. François OST, *Antigone voilée*, Bruxelles, Éditions De Boeck, 2009 (pièce de théâtre).

³¹ PLATON, *La République*, trad. par Robert BACCOU, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 373.

mêmes personnages tantôt grands et tantôt petits, évoque des fantômes et ne s'en tient pas à la distinction du bien et du mal. Dans un État régi par des lois sages, il ne doit pas y avoir de place pour cette sorte d'art qui nourrit le mauvais élément de l'âme – celui qui a commerce avec le sensible et le plaisir³².

Dans *Les Lois*, les légistes de la Colonie des Magnètes s'opposent également à l'entrée des tragédiens dans la Cité, ou plutôt ne les admettent que sous condition et moyennant une sévère censure : seules les autorités décideront si « l'œuvre est avouable et bonne à être entendue par le public »³³. Conscients du redoutable pouvoir de la fiction, les légistes entendent maintenir les poètes à distance pour préserver l'intégrité du droit et de la justice.

Ici donc les rapports du droit et de la littérature s'inaugurent sous le signe d'une fin de non recevoir ou, pire encore, d'une censure récupératrice. En ce sens, le courant *droit et littérature* ne pourra se développer que contre Platon.

Et pourtant... Et pourtant, nous ne sommes pas au bout de nos surprises. L'austère philosophe ne se double-t-il lui-même pas d'un mythographe imaginaire ? Qu'on en juge, en relisant plus attentivement la réponse des légistes aux tragédiens : à ces poètes, traités tantôt comme « rejetons des Muses les plus molles », les légistes s'adressent maintenant comme à des « hommes divins » : « Ô les meilleurs des Étrangers ! » Que cache donc cette volte-face ? « Nous composons nous-mêmes un poème tragique dans la mesure de nos moyens, à la fois le plus beau et le plus excellent possible ; notre organisation politique tout entière consiste en une imitation de la vie la plus belle et la plus excellente ! ». Coup de théâtre ! On croyait la poésie dénigrée, ravalée au rang subalterne du plaisir sensible, et la voilà maintenant élevée au rang de Constitution de l'État. Le bannissement des tragédiens ne procédait pas tant d'un dénigrement que d'une jalousie professionnelle : « nous sommes vos concurrents », avouent les légistes, « aussi bien que vos compétiteurs, étant les auteurs d'un drame le plus magnifique : celui précisément dont seul un code authentique de lois est le metteur en scène naturel »³⁴. À l'inverse, Percy Bysshe Shelley

³² *Id.*, p. 370 à 372 (cf. aussi *id.*, p. 329 : les poètes tragiques égarent les hommes en chantant tantôt la démocratie, tantôt la tyrannie).

³³ PLATON, *Les Lois*, Paris, Éditions Flammarion, 2006, Livre VII, 817.

³⁴ *Id.*, Livre VII, 816 et 817.

écrivra, dans sa *défense de la poésie*, que: «les poètes sont les législateurs non reconnus du monde», ce qui se vérifie pour Shakespeare, Goethe et Hugo, notamment.

Personne, même le plus convaincu des représentants contemporains du courant *droit et littérature* n'aura été aussi loin que Platon; personne n'aura osé soutenir que l'ordre juridique tout entier est une «tragédie la plus excellente». En ce sens, on ne pourra penser qu'avec Platon. Avec Platon lorsqu'il met en lumière la puissance proprement «constituante» de l'imaginaire littéraire, à la source des montages politiques et des constructions juridiques. Contre Platon lorsqu'il s'agirait de mettre le poète sous tutelle pour préserver l'intégrité du dogme. (Ceci dit, il est vrai aussi qu'il est des usages critiquables de l'imaginaire narratif lorsque celui-ci est utilisé, dans le cadre de la propagande politique, du *marketing* commercial, ou du discours sectaire, pour anesthésier l'esprit critique – c'est le phénomène du *storytelling* justement dénoncé aujourd'hui³⁵).

Mais à propos, que nous dit du droit Platon – Platon l'écrivain, cette fois – lorsqu'il imagine sa cité idéale? Dans la cité des Magnètes (attirante comme la magnésie, pierre douée d'un exceptionnel pouvoir d'attraction), on cultive l'«enchantement» du droit. Ce droit enchanté alterne *Préludes* et lois proprement dites – les *Préludes* combinant eux-mêmes le genre lyrique et le genre didactique. Faisant ample usage de la musique (qui elle-même est initiation au rythme et gage d'harmonie), les *Préludes* «donnent le ton» à la vie sociale: ils initient aux «principes» de la vie commune en rappelant les divins préceptes qui inspirent les lois. Platon se risquera lui-même à la rédaction de quelques *Préludes* en alternance avec les codes de lois: mythes, fables, comptines, proverbes, dictons sont tour à tour mobilisés dans de puissantes incantations destinées à faire respirer la cité à l'unisson. On se gardera bien de n'y voir qu'une ornementation rhétorique; ces *Préludes* sont du droit quintessencé – un droit qui parle directement au cœur en branchant le *nomos* humain sur l'esprit (*nous*) divin³⁶.

Cet art du droit enchanté serait-il exclusivement réservé aux Cités utopiques? Son secret pourtant ne s'oubliera jamais tout à fait. De la

³⁵ Christian SALMON, *Storytelling. La machine à fabriquer des histoires et à formater les esprits*, Paris, Éditions La Découverte, 2008.

³⁶ Nous sommes redevables, pour cette analyse de la légistique platonicienne au livre aussi fouillé qu'inspiré d'Anne TEISSIER-ENSMINGER, *L'enchantement du droit: légistique platonicienne*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2002.

commune origine du droit et de la poésie, La Fontaine ravive le souvenir, ainsi que de l'appui que peuvent s'offrir ces deux imaginaires fondateurs : « Une morale nue apporte de l'ennui / Le conte fait passer le précepte avec lui »³⁷. Et aujourd'hui, Jean Carbonnier lui fait écho en écrivant : « la fable, sans paraître y toucher, ne conduit-elle pas ses lecteurs de la narration à la norme ? ».

Et pourtant... Le souvenir du bannissement des poètes ne devrait-il pas nous mettre en garde : entre droit et littérature, les liaisons ne sont-elles pas nécessairement dangereuses ?

On ne saurait être trop vigilant en effet : entre la plume et le glaive, les malentendus sont légion, les exclusions monnaie courante et les collaborations souvent suspectes. Aussi importe-t-il, dans un premier temps, de prendre la mesure exacte de tout ce qui distingue leurs discours respectifs. « *C'est comme si* », suggère le poète, ouvrant l'espace de la fiction imaginaire ; « *c'est comme ça* » répond le juriste, soulignant à la fois la réalité et l'impérativité de l'ordre qu'il instaure. Il est possible de décliner ce thème en quatre distinctions significatives.

1. Première différence de taille. Alors que la littérature libère des possibles, le droit codifie la réalité, l'institue par un réseau de qualifications convenues, l'enserme dans un système d'obligations et d'interdits. S'il s'avère, par exemple, qu'Oreste est réellement le meurtrier de sa mère, alors il doit nécessairement être mis à mort par les Erinyes, selon le droit vindicatoire en vigueur. S'emparant de ce thème, Eschyle lui donne cependant une tout autre issue : tenant les Furies à distance, Athéna fait juger Oreste qui, contre toute attente, sera acquitté ; pour la première fois, la Cité aura fait le pari de la justice contre la vengeance. Tel est bien le travail de la littérature : bousculer les conventions, suspendre nos certitudes, libérer des possibles – dégager l'espace ou libérer le temps des utopies créatrices. Bien entendu, cet effet passe par le moment du négatif : pour ouvrir, il faut d'abord ébranler ou même abattre. On se souvient de l'apostrophe brutale de Dick le boucher qui, dans le *Henry VI* de Shakespeare, prend la tête d'une révolte populaire : « *Kill all the lawyers!* »³⁸.

³⁷ Jean de LA FONTAINE, *Fables*, Paris, Press Pocket, 1989, p. 175. Et l'auteur d'ajouter : « En ces sortes de feinte il faut instruire et plaire / Et conter pour conter me semble peu d'affaire » (*id.*).

³⁸ William SHAKESPEARE, *Henry VI*, acte IV, 2.

Sans nécessairement en arriver à ces extrémités, qui justifieraient a posteriori, on en convient, la méfiance des légistes de Platon, la littérature exerce souvent ce rôle critique par le biais du comique et de la dérision, arme favorite des faibles. De *La farce de Maître Pathelin* (c. 1465), où même l'avocat retors finit par être trompé par plus rusé que lui, à certaines pages d'allure grotesque du *Procès de Kafka*, en passant par *La cruche cassée* de Heinrich von Kleist, où le juge coupable en est réduit à instruire, à son corps défendant, son propre procès, la littérature ne cesse d'investir la forteresse juridique de ses salutaires éclats de rire. Ici encore, Platon était conséquent : le législateur ne rit jamais – sa droiture prétendue ne saurait se compromettre avec les contorsions de cette « passion facile »³⁹. On peut penser cependant que la droiture est ici tout simplement assimilée au point de vue dominant de ceux qui détiennent le pouvoir. Les hommes par exemple, qui se sont toujours arrogé le monopole du domaine politique. À cet égard, la thèse de Nicole Loraux ne manque pas de pertinence, qui présente la tragédie grecque comme l'expression du point de vue minoritaire : « *la voix endeuillée des femmes* » : ces Antigone, ces Électre et combien d'autres qui se refusent à sacrifier leurs morts à la raison d'État⁴⁰.

Souvent cette critique du droit prend des voies détournées : plutôt que d'incriminer de front le trop peu de droit (le règne de l'arbitraire et le pouvoir brut de la force), le récit suggère les désordres auxquels conduit le trop de droit – le droit appliqué à la lettre. Le droit du créancier inflexible, par exemple, tel la folle prétention de Shylock à l'égard d'Antonio, le malheureux *Marchand de Venise*, dont il réclamait la livre de chair alors même qu'on lui offrait plusieurs fois le montant convenu. La littérature regorge de ces personnages « fous de droit » qui, chacun à leur manière, illustrent le paradoxe profond qu'exprime l'adage latin : « *summum ius, summa iniuria* » – le comble du droit, c'est aussi le comble du tort. Ainsi Michaël Kohlhaas, dans la nouvelle de von Kleist, qui mettra la Saxe à feu et à sang pour obtenir la réparation symbolique d'un affront dont la compensation matérielle lui sera vingt fois offerte. Ou encore César Birotteau, le plus célèbre failli de Balzac, qui se condamnera, lui, sa femme et sa fille, à la misère noire pendant des années, dans l'unique but de rembourser ses créanciers jusqu'au dernier franc, alors même que l'usage commercial voulait que ceux-ci se satisfassent du dividende.

³⁹ PLATON, préc., note 30, III, 389a et X, 606c.

⁴⁰ NICOLE LORAUX, *La voix endeuillée. Essai sur la tragédie grecque*, Paris, Éditions Gallimard, 1999.

Si la littérature s'entend à manier la dérision et le paradoxe dans son entreprise critique, elle use aussi, à l'occasion, de l'analyse scientifique. Il y a en effet des trésors de savoirs dans les récits de fiction – une mine dont les sciences sociales contemporaines seraient bien inspirées de se préoccuper⁴¹. Pour en rester au *César Birotteau* de Balzac, par exemple, on y trouvera une «évaluation législative» de la loi de 1807 sur les faillites qui pourrait servir de modèle à bien des travaux actuels de sociologie juridique. On sait du reste que cette loi fut modifiée dix mois après la parution de l'ouvrage. Autre exemple: la lucidité criminologique de Tolstoï qui, dans *Résurrection*, réduit en miettes les théories de Lombroso, de Garofalo et de Ferri à une époque où elles faisaient les beaux jours des congrès de criminologie dans toute l'Europe savante. Avant lui, Dostoïevski s'était déjà livré au même exercice, mettant en scène l'irréductible liberté de l'homme contre tous les déterminismes biologiques et autres atavismes sociologiques. Comme le souligne Serge Gutwirth, la libre prose du littérateur – sa «flibusterie épistémologique» – le rend souvent plus proche des complexités du terrain que bien des savoirs académiques. Cette «indiscipline» littéraire qui se glisse dans les failles des disciplines trop bien instituées poursuit ainsi son travail d'interpellation du juridique, en fragilisant les prétendus savoirs positifs sur lesquels le droit tente d'appuyer sa propre positivité⁴².

2. Deuxième différence. Dans ce réel mouvant et complexe, le droit fait des choix auxquels il s'efforce de se tenir, au nom de la «sécurité juridique» à laquelle il attache la plus grande importance. Entre les intérêts concurrents, il tranche; entre les prétentions rivales, il opère des hiérarchies. Ainsi le veut sa fonction sociale qui lui impose de stabiliser les attentes et de rassurer les angoisses. Affranchie de telles contraintes, la littérature crée plutôt la surprise: elle étonne, émerveille, dérange; toujours, elle dépayse. Cela fait, entre elle et le droit, une deuxième différence de taille. Libre à celle-ci de se livrer aux variations imaginatives les plus inattendues à propos d'un réel toujours trop convenu: laboratoire expérimental de l'humain, elle explore toutes les voies du chemin, avec, parfois, des

⁴¹ Sur le thème des rapports que la littérature entretient avec les savoirs, cf. l'ouvrage dirigé par Laurent VAN EYNDE et Sophie KLIMIS, *Littérature et savoir(s)*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

⁴² Serge GUTWIRTH, «Une petite réflexion sur l'importance de la flibusterie épistémologique des littéraires. Dostoïevski, la criminologie, les sciences, le droit et la littérature», dans F. OST, L. VAN EYNDE, P. GÉRARD et M. KERCHOVE (dir.), préc., note 22, p. 305 et suiv.

passages à la limite radicaux qui ont pour effet de renverser les points de vue et d'engendrer de nouveaux regards, sinon de nouvelles réalités.

On peut dire à cet égard, d'un point de vue philosophique que, pour l'artiste, le réel n'est qu'une modalité du possible. Pour lui, le possible présente beaucoup plus de richesses, de variété, de réalité même que le réel empirique et disponible. D'où cette réflexion d'Adorno qui soutenait que le réel doit imiter l'œuvre d'art et non l'inverse.

Lorsqu'Alice passe de l'autre côté du miroir, plus rien n'est vraiment comme avant. On touche ici à la fonction proprement heuristique de la littérature : son geste expérimental est, au moins dans certains cas, porteur de connaissances vraiment nouvelles. J'ai pu en faire personnellement l'expérience au cours de la rédaction de mon ouvrage *Raconter la loi*. Ce fut, par exemple, la découverte, au creux des récits de Kafka, de ce que, faute de mieux, j'ai appelé « la loi archaïque de nécessité » – chose étrange et sans nom qui fait valoir ses arrêts lorsque la loi symbolique du groupe – la norme diurne en quelque sorte – s'est pervertie ou est tombée dans l'oubli. Ou encore, pour rester dans le registre des régressions, le retour, somme toute très rapide, à l'état de nature et à la horde primitive dès que s'estompent les repères de la civilisation et que la peur fait son œuvre (*Sa Majesté des mouches*, de William Golding ou l'œuvre entière de Sade qui révèle que, à tout prendre, la loi du pervers est bien plus dure que la loi du groupe, aussi violente soit cette dernière).

À l'inverse, le récit du Sinaï nous aura appris que l'essentiel était moins le contenu de la loi que les conditions favorables à sa réception par ses destinataires : en l'occurrence, pour le peuple juif, la liberté et la confiance génératrices de l'Alliance qui est à la base de la loi. Autre leçon encore : dans l'*Orestie* d'Eschyle, le thème, mille fois souligné, du passage de la vengeance à la justice n'est lui-même qu'une conséquence de la transformation du langage juridique que la Grèce connaît à cette époque lorsque la parole magico-performative des ordales, imprécations et autres serments fait progressivement place à la parole dialogique et argumentée, qui s'appuie sur des preuves et des raisons (sans pour autant se départir totalement de son fonds magico-performatif, pas plus que la justice ne s'est totalement affranchie de la rétribution vengeresse).

3. Troisième différence significative entre droit et littérature : le statut des individus dont parle chacun de ces discours. « Le droit produit des

personnes, la littérature des personnages», explique Christian Biet⁴³. La personne juridique, c'est le rôle stéréotypé, doté d'un statut (droits et devoirs) convenu. Dans la mise en scène qu'il opère de la vie sociale, le droit durcit le trait – affublant les individus d'un masque normatif (*persona*, c'est, à Rome, le masque de théâtre qui tout à la fois amplifie la voix et facilite l'identification du rôle). Ces personnes juridiques sont dotées d'un rôle exemplaire destiné à servir de référence au comportement standard attendu des citoyens: le « bon père de famille » croise l'« usager prudent et avisé », le « concurrent loyal » fait commerce avec le « professionnel diligent ». Tout le contraire des « personnages » littéraires dont l'ambivalence de leur nature n'a souvent d'égal que l'ambiguïté des situations qu'ils affrontent. Que penser du Docteur Faust, par exemple: pécheur damné ou homme des lumières promis au salut, vil suborneur ou Prométhée flamboyant? Et Antigone: héroïne et sainte, ou hystérique et suicidaire? Et Robinson Crusoé: naufragé névrotique ou solitaire triomphant? Du reste, il est fréquent que ces personnages ambivalents connaissent toutes sortes de métamorphoses: Eschyle transforme ses terribles Erinyes en bienveillantes Euménides, Kafka – le champion des métamorphoses – multiplie ou disloque ses personnages (autant d'avatars de son propre moi), quand il ne les transforme pas en objets ou en animaux. Balzac, quant à lui, invente la technique de la réapparition de ses personnages d'une œuvre à l'autre – au fil de sa monumentale *Comédie humaine* – non sans leur imprimer de substantielles transformations au cours du temps, exactement comme dans la vie.

À la littérature, rien d'impossible: il arrive même que les personnages permutent leurs rôles respectifs comme dans les robinsonnades de Michel Tournier, où Robinson et Vendredi finissent par jouer le rôle de leur vis-à-vis. C'est aussi un des ressorts les plus assurés du comique grotesque que ce renversement des rôles, symbolique de l'ébranlement des conventions sociales, comme dans le carnaval. Ou alors – le procédé est très fréquent – la fiction joue sur les variations de grandeur des personnages; *Les voyages de Gulliver* de Swift exploitent systématiquement la métaphore du changement d'échelle comme instrument de critique sociale⁴⁴. Les héros littéraires sont souvent surdimensionnés (Faust, par exemple), les proscrits

⁴³ Christian BIET, *Droit et littérature sous l'Ancien Régime. Le jeu de la valeur et de la loi*, Paris, Honoré Champion, 2002, p. 98.

⁴⁴ François OST, « L'échelle de Gulliver », dans *Les microcosmes littéraires. Hommage à E. Leonardy*, Bruxelles, P.I.E. Peter-Lang, 2006, p. 205.

sous-dimensionnés (tous les personnages de Kafka, souvent identifiés par un nom lui-même réduit : K), Alice se grandit démesurément pour dénoncer l'arbitraire que font régner le Roi et la Reine. Alors que le droit consacre des rôles normalisés, la fable joue systématiquement les changements d'échelle : la tragédie antique, par exemple, teste en permanence la juste mesure du rapport que les hommes doivent entretenir avec les dieux et finit par dénoncer l'*ubris* (la démesure) des protagonistes. Du coup se trouve posée la question de l'ordre au regard duquel la mesure convenable est évaluée : qui, de Créon ou d'Antigone, par exemple, se rend coupable d'*ubris* ? Les histoires de rebelles sont très significatives à cet égard : en défiant l'ordre établi, le dissident se dresse bien au-dessus des rôles standardisés – ainsi Michaël Kohlhaas qui signe ses mandements justiciers « le lieutenant de l'Archange Saint Michel » – mais lorsque la tension finit par s'apaiser et que le rebelle « rentre dans le rang », encore faudra-t-il déterminer avec quel statut (quelle grandeur) : celui du héros auréolé de gloire ou celui du délinquant condamné⁴⁵ ? Ces variations de grandeur du personnage ne sont-elles pas ainsi le meilleur révélateur de la nature du régime qui le réintègre et du degré de justice qui y prévaut ?

On pourrait dire encore que cette différence entre rôle juridique normalisé (la personne juridique standardisée dont le rôle doit servir de modèle) et trajectoire expérimentale du personnage littéraire à la recherche de lui-même recoupe la lumineuse distinction que Paul Ricoeur établit entre deux formes de l'identité : l'identité *idem*, qui correspond à la question « que suis-je ? » et qui se traduit par des traits fixes, et l'identité *ipse*, qui répond à la question « qui suis-je ? » et qui épouse les variations d'une personnalité qui évolue avec le temps et avec les autres⁴⁶. Face aux certitudes toujours trop assurées des rôles sociaux convenus, la littérature ne cesse d'interroger cet *idem* en rappelant que nous sommes un « qui », un *ipse* tenu de répondre de lui-même, et pas seulement un « quoi » fixé une fois pour toutes. Elle ouvre ainsi un espace, qui est proprement celui de l'intrigue, constitutif de l'« identité narrative » du personnage, entre ce moi que je suis devenu et ce qui, en moi, est en instance d'advenir.

⁴⁵ Ce point est bien mis en lumière par Maryvonne DAVID-JOUGNEAU, « La place de la littérature dans la recherche sur la dissidence », dans F. OST, L. VAN EYNDE, P. GÉRARD et M. KERCHOVE (dir.), préc., note 22, p. 97, aux pages 109 et suiv. ; Maryvonne DAVID-JOUGNEAU, *Le dissident et l'institution ou Alice au pays des normes*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1990.

⁴⁶ Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Éditions Seuil, 1990, p. 167 et suiv.

Les jeux littéraires sur ces deux identités abondent, qu'il s'agisse d'explorer la tension entre les deux corps du Roi chez Shakespeare⁴⁷, le *no man's land* entre la vie et la mort (*Le colonel Chabert*, de Balzac, *Feu Mathieu Pascal* de Pirandello), le changement d'identité sexuelle ou de couleur de peau... « Le droit procure, assigne devrait-on dire, une identité sociale [...] mais il peut aussi être une pesanteur, une mutilation de la liberté, ce qui suppose de s'affirmer et de s'en détacher pour devenir soi-même. Il faut rompre avec ce marquage identitaire, livrer bataille à la personne juridique », écrivent Antoine Garapon et Denis Salas⁴⁸. On a même pu faire de cette tension la clé de l'œuvre romanesque d'André Gide : « c'est la question de la personne humaine confrontée à la personne juridique, qui va hanter son œuvre », écrit Sandra Travers de Faultrier⁴⁹.

4. Tout ceci débouche sur une quatrième différence entre droit et littérature. Alors que celui-là se décline dans le registre de la généralité et de l'abstraction (la loi, dit-on, est générale et abstraite), celle-ci se déploie dans le particulier et le concret. D'un côté, un univers de qualifications formelles et de montages abstraits (« tout fait de l'homme qui cause à autrui un dommage... », dit l'article 1382 du Code civil), de l'autre une histoire irréductiblement singulière (tel hobereau allemand a abusé des chevaux que le maquignon Kohlhaas a mis en gage chez lui, et un drame immense se déclenche).

Ainsi s'exprime le juge d'instruction dans *Crime et châtiment* : « le cas général, n'est-ce pas, celui pour lequel elles sont conçues, toutes les formes, toutes les lois juridiques, celui pour lequel elles sont calculées et mises dans les livres, eh bien, il n'existe pas du tout, pour cette simple raison, déjà, que toute chose, tout crime, par exemple, à partir du moment où il arrive dans la réalité, devient tout de suite un cas totalement particulier ». C'est toute la différence qui s'établit entre le « cas de conscience » qui déjoue l'empire du principe général et fait droit à la contingence du réel, et l'application mécanique de la règle au détriment des spécificités de son contexte d'application⁵⁰. Ainsi, pour l'artiste, le singulier n'est pas à subsu-

⁴⁷ F. OST, préc., note 19, p. 163 et suiv.

⁴⁸ Antoine GARAPON et Denis SALAS, « Introduction », dans A. GARAPON et D. SALAS (dir.), préc., note 22, p. 2, à la page 10.

⁴⁹ Sandra TRAVERS de FAULTRIER, « Donner figure : la personne entre représentation et représentation », dans A. GARAPON et D. SALAS (dir.), préc., note 22, p. 117.

⁵⁰ Sur cette question, cf. Frédérique LEICHTER-FLACK, *Le laboratoire des cas de conscience*, Paris, Alma Édition, 2012.

mer sous un universel déjà donné; il opère, au contraire, comme machine à explorer les possibles, et, à ce titre, il est une voie féconde pour enrichir un universel qui advient.

Le grand écrivain parvient même à singulariser ce qui est apparemment le plus commun: ainsi Kafka qui s'approprie la lettre K et s'identifie désormais à elle. Comme l'écrit George Steiner, «K. dans l'alphabet de la sensibilité humaine, cette lettre appartient à tout jamais à un seul homme»⁵¹. Reste à voir cependant si cette immersion dans le particulier n'est pas le chemin le plus court pour donner accès à l'universel. Ce qui fera écrire à André Gide: «comment ne pas se dire sans cesse: cet être traqué, c'est moi?»⁵².

IV. ... Et pourtant, convergences entre ces deux imaginaires, tantôt rivaux, tantôt complémentaires

Cette dernière interrogation ouvre la voie à un possible retournement dialectique. Sans rien retirer aux analyses précédentes qui pointaient les différences entre droit et littérature et sans cesser de se montrer vigilants à l'égard de toute confusion des genres, il faut maintenant convenir que le dernier mot sur cette question n'est pas encore dit. On ne se détache pas de l'idée, en effet, que les distinctions faites n'épuisent pas la question du rapport droit-littérature: en quoi sinon Platon pouvait-il y voir deux imaginaires *rivaux*, si, pour une part au moins, ils n'opéraient pas sur le même terrain?

Il faudra donc montrer, pour user d'une terminologie empruntée à Cornelius Castoriadis, que le droit ne se contente pas de défendre des positions *instituées*, mais exerce également des fonctions *instituanes* – ce qui suppose création imaginaire de significations sociales-historiques nouvelles et déconstruction des significations instituées qui leur font obstacle. À l'inverse, et symétriquement, la littérature ne se contente pas d'œuvrer sur le versant *instituant* de l'imaginaire, il lui revient aussi de s'appuyer sur ses formes *instituées*.

La vie du droit est loin de représenter ce long fleuve tranquille qu'on imagine peut-être de l'extérieur: en lui bouillonnent les forces vives de la

⁵¹ George STEINER, *Langage et silence*, Paris, Éditions 10/18, 1999, p. 152.

⁵² André GIDE, «Journal», 28 août 1940, dans *Cahiers de la Compagnie Madeleine Renaud-Jean-Louis Barrault*, Paris, Julliard, 1957, p. 12.

conscience sociale et s'affrontent toutes sortes de pratiques et d'intérêts dont une part seulement se conforme à la norme. Du reste, le droit officiel lui-même s'y entend, à l'occasion des révolutions et autres grandes refondations politiques, à mobiliser les ressources de l'imaginaire collectif : je pense notamment aux récits fondateurs qu'il met alors à la base de ses Constitutions. Ainsi cette clause de la Constitution provisoire d'Afrique du Sud, qui fonde l'action de la *Commission Vérité et réconciliation* : « La présente Constitution pourvoit un pont historique entre le passé d'une société profondément divisée, marquée par la lutte, le conflit, les souffrances non dites et l'injustice, et un avenir fondé sur la reconnaissance des droits de l'homme [...]. Nous pouvons maintenant y faire face, sur la base d'un besoin de compréhension et non de vengeance, d'un besoin de réparation et non de représailles, d'un besoin d'*ubuntu* et non de victimisation ». Le terme zoulou « *ubuntu* », non traduit dans les onze versions de cette Constitution, et qui signifie à peu près « je suis ce que je suis grâce à ce que nous sommes tous », recèle lui-même des potentialités imaginaires et performatives non réductibles à une définition lexicale, et profondément mobilisatrices. Dans des cas de ce genre, la Constitution est l'expression directe du « roman politique » que la nation, comme « communauté narrative » (Michael Sandel), se raconte à elle-même. Et les juges constitutionnels, qui entretiennent cette mémoire et qui œuvrent comme « gardiens des promesses » (Antoine Garapon), en sont les « conteurs moraux » (Ronald Dworkin).

À une échelle plus individuelle, les tribunaux enregistrent tous les jours les heurts des forces centrifuges qui secouent le droit au gré des intérêts particuliers et des drames personnels. Demolombe était bien inspiré de traiter la jurisprudence de « partie animée, presque dramatique, de la législation »⁵³. Dans les histoires qui se racontent et se plaident au tribunal se jouent tous les jours de nouvelles intrigues qui sont comme la médiation entre la fiction officielle du code et les fictions ourdies par les personnages singuliers de la vie réelle. Il n'est pas rare, dans ces conditions, que tel demandeur obstiné ou tel plaideur imaginatif obtienne le bénéfice d'une interprétation novatrice, voire d'un revirement de jurisprudence, qui annoncera peut-être un changement de la loi elle-même. Ce serait du reste se méprendre que de se représenter la loi sous la forme d'un corset inflexible qui ne laisse aucune marge de jeu aux acteurs : beaucoup d'entre

⁵³ Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, Paris, Éditions Auguste Durand, 1865, p. V. L'auteur ajoute encore : « la jurisprudence, cette *viva vox juris civilis* » (*id.*).

elles revêtent au contraire une forme supplétive, ne s'imposant qu'à défaut d'une autre option adoptée par les particuliers. Et il est significatif que le Code civil ait réservé une rubrique en blanc, celle des contrats dits « inno-més », pour faire précisément place à l'imagination jamais en défaut des contractants. On sait aussi que des pans entiers de nos ordres juridiques contemporains sont aujourd'hui largement auto-régulés⁵⁴.

Tout ceci atteste à suffisance de l'importance de « l'imaginaire juridique » – notion que le sociologue du droit André-Jean Arnaud met à juste titre en tension avec les formes officielles du droit posé ou positif. Qu'il s'agisse des constructions savantes de la doctrine, des prétentions au droit des citoyens ordinaires, des connaissances approximatives qu'ont les gens du droit en vigueur, voire des modèles juridiques alternatifs ou même déviant de certains groupes ou individus, l'imaginaire juridique nourrit un « infra-droit », générateur des formes les plus diverses de coutumes, d'usages, de pratiques et de discours qui ne cessent de travailler de l'intérieur les modèles officiels du droit institué⁵⁵.

À l'inverse, on peut soutenir que la littérature n'est pas étrangère aux normes et aux formes instituées. Sans doute son registre est-il celui de l'histoire individuelle, mais ce n'est pas à dire pour autant que sa portée ne soit pas collective, voire universelle. Qu'il suffise de se rappeler quel rapport étroit la tragédie entretenait avec le politique, à Athènes : véritables institutions politiques elles-mêmes, les représentations tragiques (auxquelles le peuple entier assistait, des jours durant) étaient une manière pour la cité de se réfléchir dans les formes de la fiction et, notamment, de se poser les questions de fondement que la démocratie naissante laissait ouvertes. Comme l'écrit Jean-Pierre Vernant : « la cité se fait théâtre ; elle se prend en quelque sorte comme objet de représentation et se joue elle-même devant le public »⁵⁶. Des considérations du même ordre pourraient être faites à propos du récit biblique au regard de l'histoire du peuple juif, ou encore de romans comme *Robinson Crusoé* au regard du capitalisme conquérant anglo-saxon et de l'appropriation bourgeoise du monde.

⁵⁴ François OST et Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 108 et suiv.

⁵⁵ André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, Paris, LGDJ, 1981, p. 333 et suiv.

⁵⁶ Jean-Pierre VERNANT et Pierre VIDAL-NAQUET, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, Paris, Éditions Maspero, 1972, p. 24.

Parfois aussi, la littérature opère comme porte-voix de minorités opprimées et de courants politiques marginaux, comme lorsqu'elle évoque les codes d'honneur prévalant, au sein même de la modernité, dans les sous-cultures samouraï (Yukio Mishima) ou dans les hauts-plateaux albanais (*Avril brisé*, Ismaël Kadaré). À l'inverse, on recense aussi des œuvres (mais ce sont les moins intéressantes), où la plume de l'écrivain se met directement au service du Prince : ainsi on a pu soutenir que *Les Plaideurs* de Racine (1668) devaient se comprendre comme une charge satirique mobilisée au service du *Code Louis* (1667) qui tentait de simplifier et rationaliser les procédures judiciaires et qui, comme de juste, se heurtait à une puissante résistance des Parlements et des milieux concernés⁵⁷. Ce n'est évidemment pas cette sorte de connivence contingente qui nous intéresse, mais bien plutôt la contribution de la littérature à l'inculcation du vocabulaire de base de nos représentations juridiques et politiques les plus essentielles. C'est en ce sens que George Steiner a pu écrire qu'avec *Antigone*, Sophocle avait forgé l'alphabet dans lequel s'écrit désormais, en toutes les langues et à toutes les époques, le conflit entre conscience individuelle et raison d'État⁵⁸. C'est en ce sens encore que Victor Hugo – il est vrai qu'il parlait de Shakespeare – a pu soutenir cette proposition surprenante : « la littérature commence par former le public, après quoi elle fait le peuple. Écrire c'est gouverner »⁵⁹.

Que la fiction littéraire ait partie liée aux formes et normes instituées, on peut le montrer aussi sur le terrain des règles de l'écriture elle-même. Sans doute le poète et le romancier réinventent-ils la langue à l'occasion, pour tenter de libérer les choses dans leur « être-à-dire », mais ils ne peuvent ignorer pour autant certaines règles du jeu de la communication, ni les lois universelles de production de sens. Les essais de déformalisation les plus radicaux auxquels les auteurs se sont livrés au cours du xx^e siècle, James Joyce et Samuel Beckett par exemple, n'ont jamais pu abolir le principe d'une codification minimale de l'exercice. Et il faudra méditer encore sur l'aporie à laquelle sont conduits les *Six personnages en quête d'auteur* de Luigi Pirandello : faute d'auteur qui donne forme à leur drame, les per-

⁵⁷ En ce sens, C. BIET, préc., note 43, p. 116. Ceci sans négliger pour autant le fait que RACINE, dans *Les Plaideurs*, (Paris, Livre de poche, 1997) reprend largement le thème des *Guêpes* d'ARISTOPHANE (ARISTOPHANE, *Guêpes*, Paris, Éditions Les belles lettres, 1998).

⁵⁸ George STEINER, *Les Antigones*, trad. par Philippe BLANCHARD, coll. « Folio-Essais », Paris, Éditions Gallimard, 1986, p. 253.

⁵⁹ Victor HUGO, *William Shakespeare*, Paris, Éditions Flammarion, 1973, p. 505.

sonnages sont condamnés à répéter indéfiniment une histoire qui demeure inaudible. À défaut de représentation (médiation) symbolique crédible, la *catharsis* attendue ne se produit pas – qu'il s'agisse de surcroît d'une histoire d'inceste donne à ce constat une profondeur impressionnante : faute d'interdit partagé, le groupe social ne parviendra pas plus à s'instituer que les personnages de la pièce à s'entendre et se faire entendre. S'il est vrai que « nul n'est censé ignorer la loi », peut-être faut-il se rappeler, avec Paul Valéry, cette présomption encore plus fondamentale : « nul n'est censé ignorer le langage ».

Une troisième pierre de touche des rapports que la littérature entretient avec les normes et formes constituées concerne le domaine de l'éthique. Sans doute la littérature se garde-t-elle des discours édifiants et ne cesse-t-elle de soumettre nos codes, nos stéréotypes et nos prêches à une efficace mise en question. Mais qui ne sait que ce n'est souvent qu'une manière de nous reconduire plus sûrement à la radicalité de l'exigence éthique d'avoir à assumer la liberté et la responsabilité qui nous fait hommes ? S'il est vrai, par exemple, que l'auteur de fiction n'est nullement tenu par les contraintes du juste *légal*, ce n'est pas à dire qu'il se désintéresse du *juste*. Tout du contraire, il n'hésitera pas à faire appel du verdict judiciaire pour en dénoncer le formalisme et l'arbitraire. Ce faisant, il s'adresse aux publics imaginaires qui, avec pour guide leur conscience et leur intime conviction, reprendront l'affaire sous un jour toujours nouveau, et n'hésiteront pas à réformer ou casser la décision. En remettant l'affaire entre les mains du lecteur-juge, l'auteur en appelle ainsi au tribunal de la conscience⁶⁰. On peut dire en ce sens que l'œuvre entière de Camus, dont on sait qu'elle fut un long combat contre l'injustice, peut être interprétée comme une façon de « penser la justice contre elle-même » : mettre à distance la justice comme institution (toujours tentée par l'enfermement dans l'idéologie), pour libérer la justice comme valeur et rappeler ainsi l'institution à sa réelle vocation⁶¹.

Aussi bien l'écrivain ne peut-il ignorer la portée de sa responsabilité sociale⁶² : entre les auteurs qui défendent l'autonomie radicale de la littérature, voire l'esthétisme de l'« art pour l'art » (Oscar Wilde, les surréalistes),

⁶⁰ En ce sens : C. BIET, préc., note 43, p. 28.

⁶¹ Denis SALAS, *Albert Camus. La juste révolte*, Paris, Éditions Michalon, 2002, p. 9 et suiv.

⁶² Sur ces questions, cf. Gisèle SHAPIRO, *La responsabilité de l'écrivain. Littérature, droit et morale en France (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, Éditions Seuil, 2011.

et ceux qui, au contraire, tiennent pour les devoirs moraux et politiques des écrivains (et ce, soit dans une perspective conservatrice comme Paul Bourget, soit dans une optique critique comme Émile Zola), le débat est récurrent. Il se focalise notamment sur le choix entre « éthique des convictions » et « éthique de la responsabilité », pour parler comme Max Weber ; l'écrivain a-t-il, au nom de ses convictions, le droit à l'erreur ? – Jean Paulhan répondait positivement, Robert Brasillach répondait par la négative.

On se persuadera encore du caractère institué de certains récits en rappelant qu'ils font l'objet d'une obligation d'avoir à les raconter régulièrement, comme s'ils représentaient un dispositif essentiel de l'entretien du lien social. La norme religieuse (*Exode*, 12, 24-28, *Deutéronome*, 31, 9-14) fait devoir de relire à intervalles réguliers, dans le cadre des cycles liturgiques, les grands textes fondateurs comme la sortie d'Égypte. À Athènes, la norme politique fait devoir aux citoyens, comme on l'a déjà rappelé, d'assister aux concours tragiques. La norme pédagogique impose, quant à elle, de lire et de relire les classiques : ainsi Rousseau qui recommande le *Robinson Crusoé* à son Émile. Ici ce n'est plus le récit qui s'empare de la norme, c'est la norme qui se saisit du récit. L'énonciation du texte (sa lecture publique, son enseignement commenté, sa reprise régulière) n'apparaît plus alors comme une circonstance extrinsèque à son énoncé, mais participe de sa nature même : il y a obligation de raconter. Le texte existe, et ne vit, que de ses reprises collectives. La narration fait elle-même histoire, qui s'intègre à l'histoire narrée. Dans les meilleurs des cas (le récit s'élève alors à la hauteur du mythe), l'histoire est non seulement racontée, mais ré-écrite : Antigone, Faust, Robinson, Don Juan ont connu cette fortune. La fonction de remémoration (qui entretient l'institué) livre alors le meilleur d'elle-même : elle produit des effets instituants de mobilisation de significations nouvelles.

*
* * *

On le voit : ces observations nous mettent sur la voie d'une intelligence dialectique des rapports droit-littérature – une dialectique qui, comme il se doit, traverse chacun des pôles en présence. En lieu et place d'un dialogue de sourds entre un droit codifié, institué, campé dans sa rationalité et son effectivité et une littérature rebelle à toute convention, jalouse de sa fictionnalité et de sa liberté, c'est bien plutôt d'emprunts réciproques et d'échanges implicites qu'il est question. Entre le « tout est

possible» de la fiction littéraire, et le «tu ne dois pas» de l'impératif juridique, il y a interaction au moins autant que confrontation. Cette thèse essentielle représente sans doute le postulat le plus central du mouvement *Droit et littérature*, comme le rappelle James Boyd White, un de ses principaux représentants aux Etats-Unis. Plutôt que d'opposer un droit, langage rationnel du pouvoir, à une littérature, fantaisie divertissante redevable de critères exclusivement esthétiques (on retrouve là le Platon qui bannissait les poètes), il faut au contraire s'attacher à comprendre leur commune inspiration⁶³.

Les juristes apprennent à la Faculté que le droit s'origine dans le fait : *ex facto ius oritur*. À la réflexion, il serait plus exact de dire : *ex fabula ius oritur* – c'est du récit que sort le droit. Tout se passe comme si, parmi toute la gamme des scénarios qu' imagine la fiction, la société sélectionnait une intrigue-type qu'elle normalisait ensuite sous forme de règle impérative assortie de sanctions. Mais les choses n'en restent pas là : sitôt posés, ces choix sont discutés, nuancés, modifiés – dans les coulisses judiciaires notamment, qui sont comme l'anti-chambre d'une légalité assouplie. À peine stabilisée, l'intrigue juridique retourne à la fable dont elle s'origine : les personnages réels débordent le rôle convenu des personnes juridiques, tandis que des péripéties imprévues contraignent l'auteur à modifier le *script*.

Communiant dans l'élément du langage, et plongeant leurs racines dans l'imaginaire, droit et littérature – ces deux imaginaires rivaux – partagent un même destin. La contre-épreuve le vérifie pareillement : censurez la littérature, le droit déperira à mesure. George Orwell en donna une illustration dans 1984 : le monde de *Big Brother* ne se contente pas d'abolir les garanties juridiques, il met à l'index toute littérature digne de ce nom. Mieux encore : il travaille à l'appauvrissement systématique du langage, leur origine commune. En programmant la disparition progressive des nuances et subtilités de la langue commune, au profit des poncifs du *Novlangue*, il s'assure à terme l'éradication de la possibilité même d'exprimer une différence.

En définitive, je pose cette question conclusive : que gagne donc l'étude du droit à cette confrontation avec l'espace littéraire ? Au minimum, et le plus superficiellement, l'exercice procurera une *diversion érudite* : la

⁶³ J.B. WHITE, préc., note 3, p. 53 et 72.

référence littéraire opère alors comme une ornementation humaniste susceptible d'éclairer la sécheresse d'une démonstration juridique – telles ces citations littéraires, plus ou moins contrôlées, destinées à « fleurir » un discours de rentrée à la Cour de cassation ou une plaidoirie d'assises. Garant de culture humaniste, cet usage de la littérature la réduit à un discours d'appoint, aussi éloigné de la critique littéraire que de la critique du droit⁶⁴. Traités par voie de citations tronquées, utilisés sous forme de florilèges, les textes perdent alors l'essentiel de leur ressort (leur style, leurs effets de narration, de contexte, de texture) – sauf à croire qu'ils se réduisent à leur « argument » ou leur « message ».

Beaucoup plus fondamentalement, on attendra de la littérature une fonction de *subversion critique*: c'est Socrate mettant ses juges en accusation, c'est Meursault, le condamné innocent de *L'Étranger* de Camus, c'est Busiris, le jurisconsulte à la rhétorique dévoyée qui défend et combat la même cause avec une pareille absence de scrupules (*La guerre de Troie n'aura pas lieu*, de Giraudoux) ... on ne compte plus les personnages littéraires rappelant au roi qu'il est nu et que sa chanson sonne faux. En « trichant la langue », comme disait Roland Barthes, en fonctionnant dans ses plis, interstices et limites, la littérature donne voix à *l'autre* refoulé: elle se fait alors expression de la « pensée du dehors » (Foucault) – celle de « l'homme du souterrain » qu'évoquait Dostoïevski⁶⁵.

Enfin, dans certains cas, c'est une fonction de *conversion fondatrice* qu'assume la littérature, sans l'avoir nécessairement cherché pour autant: le récit se fait « fondateur », donnant non seulement à « penser », mais aussi à « valoriser », et bientôt à « prescrire ».

Ainsi l'exploration de l'envers du décor juridique, qui aura révélé ses fictions et ses constructions en trompe-l'œil, ses artifices et ses effets de scène, produira-t-elle, du même mouvement, et un savoir critique des constructions juridiques et une amorce de refondation de celles-ci sur fond d'une connaissance élargie des puissances du langage, ainsi que des tours et détours de la raison pratique. Alors les poètes et tragédiens ne seront ni bannis de la cité, ni embrigadés au service de l'idéologie officielle. Tantôt dissonants, tantôt consonants par rapport à la norme, les personnages littéraires poursuivront leur chemin, un chemin qui croise le

⁶⁴ A. TEISSIER-ENSMINGER, préc., note 18, p. 265 et suiv. (critique du « droit lettré »).

⁶⁵ S. GUTWIRTH, préc., note 42, à la page 331.

droit en oblique (par opposition à l'alignement servile ou la confrontation négatrice), rappelant sans cesse celui-ci au « discours invisible » qui en est le substrat⁶⁶.

⁶⁶ Sur le « discours invisible » qui sous-tend le droit (sa syntaxe culturelle) cf. James Boyd WHITE, *Heracle's Bow: Essays on the rhetoric and poetics of the law*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985, p. 62.

