



HAL
open science

Autour de L'écriture des juristes. Sur la question de l'action de l'écriture et du droit

Laurence Giavarini

► **To cite this version:**

Laurence Giavarini. Autour de L'écriture des juristes. Sur la question de l'action de l'écriture et du droit. Clio@Thémis : Revue électronique d'histoire du droit, 2014, 7, pp.1-10. halshs-01180833

HAL Id: halshs-01180833

<https://shs.hal.science/halshs-01180833v1>

Submitted on 11 Jun 2021

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

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

Autour de *L'écriture des juristes*. Sur la question de l'action de l'écriture et du droit

Laurence GIAVARINI

Résumé : Cet article entre dans le champ "Droit et littérature" à partir de la question de l'action, qui n'est ici ni la notion des sociologues, ni celle de la rhétorique. Réfléchir en termes d'action d'écriture ou d'action de l'écrit permet de déplacer les appartenances disciplinaires, comme le montrent plusieurs cas envisagés dans un ouvrage collectif consacré à *L'écriture des juristes* (Garnier, 2010). Ce "retour sur expérience" est ainsi l'occasion de poser plusieurs questions : comment le droit agit-il ? quel est le rapport entre une volonté (royale par exemple) et une action d'écriture mise en œuvre par toutes sortes de personnes, sur la longue durée ? comment l'écrit participe-t-il d'une construction sociale ? d'une fixation de la doctrine ?

Mots clés : Droit et littérature, action, écriture, juristes

Abstract : My paper get into the field of "Law and Literature" from the issue of action. However, the notion of action is used here differently from how sociology or rhetoric can use it. Thinking in terms of action of writing or action of the written work changes the situation of written works in academic disciplines. This is shown by some case studies from a collective book, *The writing of the jurists* (Garnier, 2010). Looking back to this experience allows me to ask some questions : how does law make an action ? What is the connection between a wish (a royal wish, for example) and an action of writing undertaken by many different persons in the long run ? How does a written piece contribute to social construction, or to explaining the doctrine ?

Key words : law and Literature, action, writing, jurists.

1. Un point caractérise une grande partie des travaux sur *Droit et littérature* : ils envisagent la rencontre de deux domaines de l'écriture à partir d'une position disciplinaire identifiée, stable ou posée comme telle, impliquant l'affirmation ou la reconnaissance que tel écrit est de la littérature qui rencontre des structures juridiques, que tel autre relève du droit, mais qu'on y trouve de la poésie ou qu'il rencontre des procédés d'écriture « littéraires ». Depuis les années 1970 [1], ces travaux ont permis de montrer comment des auteurs pouvaient par exemple s'appuyer sur des procédures judiciaires pour élaborer leurs intrigues [2] – ce qui est une façon de montrer que les mêmes *scenarii* sont à l'œuvre dans des espaces d'écriture et d'élaboration du réel qu'on projette d'abord comme très différents. La structure narrative du procès est particulièrement exemplaire de cette convergence où l'on voit la littérature « mettre en scène » le droit ou la loi [3]. Un peu différemment, le cas figure tantôt une épreuve du droit en tant qu'« histoire en progrès », dans le domaine de la jurisprudence par exemple, tantôt la matrice d'écrits littéraires, comme les histoires tragiques pour rester sur l'Ancien Régime : le cas constitue donc une forme commune à des pratiques distinctes, une sorte de forme typique pourrait-on dire [4]. Ce volet des études va jusqu'à orienter l'enseignement du droit aux États-Unis [5]. De manière non symétrique, c'est la question d'un art d'écrire, d'un art du récit notamment, qui intéresse les juristes à la littérature, par exemple dans les cas de formes

juridiques recourant à de petits récits qui mettent en œuvre des ressorts dramatiques ou pathétiques [6].

2. Or, l'on pourrait également poser que, à l'arrière-plan du champ interdisciplinaire construit par les modernes, ces appropriations réciproques de techniques disponibles et de schèmes d'écriture ont d'abord été en leur temps des façons d'orienter ou de tenter d'orienter l'action des écrits : c'est ainsi que l'on repère une éloquence judiciaire chez Benvenuto Cellini, alors même qu'il écrit une *Vita* en défense de sa vie [7], ou que l'on montre comment le récit par Jean de Coras de l'affaire Martin Guerre est informé par la redécouverte de la *Poétique* d'Aristote en Europe, et en particulier par le commentaire de Robortello sur la « reconnaissance » [8]. Pour peu que l'on se place du côté de la réception de ces écrits aujourd'hui, et avant d'identifier tel ou tel genre d'écrire, c'est-à-dire avant toute classification des écrits dans la littérature ou le droit, on peut observer qu'ils furent des actions en leur temps, des actions au milieu de quantité d'autres actions de leurs auteurs. Poser la question de l'action d'écriture dans le cadre d'une réflexion sur *L'Écriture des juristes*, ce n'est donc pas exactement se situer dans le champ de *Law and literature*. Plus précisément, c'est entrer dans ces études en ouvrant largement la question disciplinaire à une dimension d'histoire politique et sociale un peu décalée par rapport à la façon dont ce champ s'est construit : non en posant que tel écrit ressortit d'emblée au droit ou à la littérature, mais en montrant qu'il est le résultat d'une action d'écriture dans laquelle une compétence professionnelle (de juriste par exemple) est mobilisée (ou non), une action dans laquelle la référence à un art d'écrire, comme la poésie par exemple, ou un « savoir interpréter » sont mis en œuvre et contribuent à produire notamment, mais pas uniquement, l'identification de cet écrit à tel ou tel champ disciplinaire. Quand André Tournon interroge le type de savoir et d'autorité mis en œuvre par Montaigne dans l'écriture des *Essais* – soit le marquage de la scansion propre au juriste notamment –, il ne classe pas les *Essais* dans la littérature, le droit ou la philosophie : il interroge une action d'écriture, et son inscription dans une certaine compétence, produite par Montaigne, action qui permet de comprendre ce qu'il fait en écrivant les *Essais*, ce qui ne préjuge pas de l'action des *Essais* mêmes en leur temps, d'ailleurs. Il tente de situer sa lecture au plus près du moment de cette action, et il est significatif que ce « au plus près » l'ait conduit à modifier sa compréhension de l'autorité en jeu pour Montaigne – autorité du noble plutôt que celle du juriste, même si c'est bien un savoir spécifique, une technique propre à l'écriture du droit qui est ainsi mobilisée [9]. C'est que l'interrogation sur l'action de l'écriture est indissociable d'une réflexion complexe sur l'identité sociale des « acteurs ».

3. Dans les lignes qui suivent, je reviendrai sur le projet à l'origine d'un livre collectif consacré à *L'Écriture des juristes*, en circulant librement parmi certains des articles qui y ont été publiés, sans viser à l'exhaustivité [10], mais en mettant en lumière ce que ceux-ci me paraissent montrer – que ce soit explicite ou non – du point de vue de cette question particulière de l'action. J'utiliserai en outre à l'occasion d'autres travaux qui m'aident ou m'ont aidée à formuler ce dont il est question.

Déplacer la question disciplinaire : le problème de l'action

4. À l'origine de *L'Écriture des juristes*, il s'agissait donc moins de confronter les schèmes fondateurs des disciplines que l'on faisait se rencontrer que de replacer la question de l'écriture dans les pratiques sociales des juristes de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècles) – de considérer l'écriture comme un de ces pratiques –, et de mettre ainsi ceux-ci au centre de la réflexion, tout en s'appuyant sur l'affirmation que l'écriture est action. La proposition initiale

impliquait l'écriture du droit bien sûr, mais de manière non exclusive ; elle pouvait concerner tout aussi bien l'écriture de la poésie par des juristes, l'utilisation de formes poétiques dans des textes relevant de la pratique juridique (comme les recueils d'arrêts notables), que la présence de marques propres à une pratique juridique dans un écrit qui ne l'est pas, trait caractéristique, pour reprendre l'exemple de Montaigne. En parlant ainsi d'écriture des juristes, il s'agissait d'élargir d'emblée la réflexion disciplinaire, de desserrer la question de la production du droit en prenant en compte les acteurs [11], et en observant chez eux une pluralité de pratiques d'écriture ou d'actions d'écriture [12], sans poser trop vite en tous les cas la spécificité d'une pratique inscrite dans une discipline : soit qu'on trouve un juriste écrivant de la poésie, soit que, à l'inverse, on le voie au travail d'une façon qui ne le distingue pas particulièrement de l'écriture humaniste fondée sur la lecture, l'annotation, la manipulation des livres, comme le montre l'article d'Alain Wiffels sur Alberico Gentili [13]. Sans doute n'a-t-on pas avec ce dernier exemple le sentiment de toucher à une spécificité de l'écriture du juriste [14]. Pourtant, non seulement il y a bien tout de même une action d'écriture – laquelle peut se définir *a minima* par le geste de prendre la plume et d'annoter un ouvrage –, mais il n'est pas inintéressant du point de vue d'une historiographie de l'écriture du droit [15] de voir le geste d'un praticien produire une action qui ne caractérise pas en propre la discipline juridique, cette technique d'annotation et de report de livre en livre pouvant être rapportée plus largement aux pratiques érudites de lecture et d'écriture à l'époque moderne [16]. Pour ce qui est du détail particulier de la pratique de Gentili comme juriste, cette action, ou plutôt cet ensemble d'actions répétées, le montre au travail dans « un réservoir de règles, d'interprétation et d'applications spécifiques de la théorie générale des sources » (p. 95) élaborée par les droits savants. Qu'on y lise le travail minutieux de production de la doctrine, celui des modalités d'une reproduction de la tradition, ou encore l'archéologie d'une transformation de la méthode du droit (p. 108-109), cet exemple a parfaitement sa place dans un propos sur « l'action de l'écriture » des juristes.

5. La notion d'action, ici entendue de manière large, n'est donc pas spécifiquement importée d'une autre discipline, la littérature, la sociologie ou la linguistique, pour être ensuite appliquée au droit ou à l'écriture des juristes [17]. Elle n'a pas plus de propriété dans une discipline que dans une autre. Elle est d'abord une méthode pour penser l'écriture et les écrits parmi toutes sortes d'autres actions, une méthode pour mettre à distance la question des intentions – qui pose qu'un écrit vise telle ou telle action – et celle des effets, ces effets étant bien souvent considérés comme homologues des intentions affichés par un auteur. Certes, des époques différentes connaissent des pensées propres, voire des théorisations de l'action : dans le passé, la rhétorique bien sûr, mais aussi la théologie ou la politique ; plus proche de nous, la sociologie, la linguistique des actes de parole, l'ensemble des perspectives relevant de la pragmatique. Réfléchir sur l'action d'un écrit, c'est alors la confronter avec le modèle d'action qu'il se donne ou qu'il entend mettre en œuvre, mais sans s'y limiter : c'est particulièrement important dans le cas de la rhétorique pour les textes du passé, dans la mesure où elle constitue une théorie très puissante et très prégnante de l'action oratoire, une théorie visiblement mobilisée dans nombre de textes écrits d'Ancien Régime [18]. Mais il est en même temps nécessaire de distinguer l'action ou les actions d'un écrit du modèle d'action ou de la théorie qu'il affiche, sauf à prendre à la lettre ce qu'un écrit dit qu'il fait et à s'interdire alors de pouvoir l'envisager dans les circonstances de sa production, voire dans des séries d'actions différentes. À cet égard, le suspens de l'identification disciplinaire ou du classement d'un texte – classement qui consiste à dire « ce texte *est* de la littérature » ou « ce texte *est* de l'histoire » – offre l'intérêt de faire passer au premier plan de la lecture les opérations de contextualisation d'un écrit, voire de l'écriture. Travailler à partir de l'action, c'est en effet envisager un écrit dans un feuilletage temporel que l'on essaie de reconstituer,

dans la multiplicité des réseaux de relation et d'actions auxquels il a appartenu, et c'est poser à certains égards que la contextualisation est précisément une opération complexe qui saisit une situation sociale et politique de l'écriture, non son inscription *a priori* dans une discipline [19].

6. Cette façon large d'envisager les textes, qui tente de faire voir quelque chose de l'écriture en son temps, a-t-elle une pertinence spécifique dans le cas de ces professionnels du droit que sont les juristes ? Dans la présentation du livre, la question était introduite selon les termes un peu vagues du « modèle » : l'écriture des juristes était-elle un modèle, au sens d'un paradigme, d'action de l'écriture ? L'objectif était de réfléchir à ce que le cas des juristes pouvait faire apercevoir de ce problème de l'écriture comme action. Il ne s'agissait donc pas de poser trop tôt une spécificité de l'écriture des juristes, mais plutôt de prendre un exemple significatif – significatif parce que les juristes sont à la source de toutes sortes d'écrits pendant l'Ancien Régime – de manière à ne pas non plus réduire l'action de l'écriture au problème de l'application du droit, de la loi, ou à celui d'une performativité juridique dont l'existence et les modalités éventuelles n'ont pas été abordées dans le colloque ni le livre, mais qui constituent une des pistes évidemment représentées par la question de l'action, j'essaierai d'y revenir. S'il n'est donc pas à proprement parler un « modèle », le droit est tout de même un domaine particulièrement riche, à la fois parce qu'il implique tout un ensemble d'écrits qui entendent être des « actes » et parce que, pour cette raison même, se pose la question de savoir comment des actes peuvent être aussi des actions ou produisent éventuellement d'autres actions [20], comment, dans son histoire, le droit écrit s'est par ailleurs trouvé confronté à des pratiques qui marquaient un écart par rapport à lui, non pas nécessairement dans le cadre de ce qu'on appellerait aujourd'hui une transgression de normes, mais parce que le décalage entre droit et pratiques se situe à l'époque moderne « sur un terrain qui est celui de la désignation même des actes, des choses et des gens » [21].

Sur l'action en droit

7. Parler d'action à propos de l'écriture des juristes, c'est d'abord en effet faire surgir l'idée d'une action de type juridique, de l'ordre de la production du droit : par la qualification des faits, par l'enregistrement d'une jurisprudence, et plus généralement par l'existence de formes spécifiques dans lesquelles s'écrit et se transmet le droit. Le cas du droit romain, parce qu'il est écrit et est transmis comme écrit pendant l'Ancien Régime face à d'autres droits, d'autres types de légitimité juridique, apparaît presque exemplaire d'une action possible de l'écriture : son immense pouvoir de transmission, pourvu qu'est ce droit d'une autorité et d'une légitimité fondées sur le privilège de la norme en tant que « texte » [22], chose écrite venue du passé, notamment devant la chose orale. Mais cette action est-elle exactement de type juridique dans un cadre qui n'est pas celui du droit positif des modernes ? Ou plus précisément, s'il est le résultat d'une série d'actions dans le temps [23], le droit écrit est-il en soi producteur d'une action ? Ce n'est pas sûr : il faut un cadre institutionnel ou disons formel pour que la qualification d'un fait ou un récit judiciaire ait une valeur juridique, tout écrit relatif au droit n'ayant pas valeur normative – c'est bien là-dessus d'ailleurs que se joue la rencontre entre droit et littérature. Pour prendre un exemple qui ressortit au seul droit, il y eut, avant l'entreprise de rédaction des coutumes à partir du XV^e siècle, des coutumiers qui n'étaient pas des actes de procédure, mais des sortes de « récits » rapprochant, écrit Jean Bart, la démarche de leurs auteurs (des juristes) de celles des « poètes ou des romanciers » [24]. Autrement dit, des textes qui ne disaient pas le droit mais le racontaient, n'étaient pas eux-mêmes des procédures quoiqu'ils aient voulu témoigner de procédures juridiques. À ce titre, l'on peut dire que c'est bien la volonté royale qui a donné une autorité juridique à la

rédaction, puis la réformation des coutumes, au travers de toutes sortes d'écrits médiats – du cahier préparatoire manuscrit au cahier final, puis au livre. Mais comment la volonté royale donne-t-elle une « portée normative » à la coutume ? Il a fallu toutes sortes d'acteurs (« les praticiens locaux, les officiers du roi, les représentants des trois ordres convoqués à l'assemblée de rédaction du bailliage » [25]), et toutes sortes d'actions, qui furent autant de relais, pour la mettre à exécution et conférer à la coutume écrite cette portée normative [26]. Or, cette pluralité des relais est intéressante, parce qu'elle permet de comprendre que l'écriture de la coutume ne peut se rapporter à quelque chose comme une fixation des faits dans le droit : si les textes des coutumes ont été donnés comme la mise en écrit de l'usage local, non seulement à la suite de l'ordonnance de Montils-lès-Tours en 1454 [27], mais aussi de plusieurs volontés, les historiens du droit ont montré les contradictions et difficultés des procédures chargées de les exécuter [28], et notamment qu'il y avait bien eu travail d'interprétation de la part des commissaires royaux, voire fabrication d'un droit coutumier par l'écrit [29] ; que cette écriture n'avait pas en outre englobé « la totalité des usages locaux » et que d'autres formes d'écriture avaient eu à charge de combler « ses silences ou ses lacunes » [30]. D'une certaine manière, les exemples de jurisprudence qu'étaient les coutumes rédigées ont laissé à l'extérieur un certain nombre de pratiques sociales, ainsi que tout ce qui ne ressortissait pas au contentieux [31]. La rédaction des coutumes n'a donc pas saisi un droit oral pour l'enregistrer et l'unifier, elle a créé un nouveau droit apportant une source écrite nouvelle, fournissant par là des solutions là où pouvait manquer des conventions entre particuliers [32].

8. Voilà un exemple d'action d'écriture qui, pour être rapportée à ce qu'en dit l'intention initiale, publique et politique, qui l'a initiée, ne peut être jugée homologue de cette intention. Celle-ci entendait mettre « certeneté es jugements », « réduire les frais de justice », « oster toutes matières de variations et contrariétés », permettre aux juges de juger « selon ces usages » [33]. Or, ici, l'écriture est productrice d'un droit, bien au-delà de la stabilisation et de la clarification de la variété des coutumes orales inscrite dans l'ordonnance royale. Dans le même sens, mais sur un plan plus large et qui revient peut-être vers cette intention initiale, au moins dans une dimension politique, une autre action de l'écriture des coutumes saisit leur rédaction à l'échelle du royaume et permet d'y lire, suggère Jean Bart, une action « décentralisatrice », tandis que la réformation des coutumes (une sorte de seconde mise en écrit) relève plutôt selon lui d'un mouvement centralisateur [34]. Resterait à montrer par quels relais et quels acteurs de tels processus s'analysent.

9. Non seulement, donc, l'exemple quasi paradigmatique de la coutume – paradigmatique en ce qu'elle permet de penser l'action de production du droit par l'écrit dans sa proximité et sa distance avec une volonté politique –, non seulement cet exemple met en évidence le fait que des actions d'écriture ne sont évidemment pas réductibles à ce qui est posé dans le texte de la volonté royale, qui en passe par toutes sortes de relais, d'actions, d'interprétations, mais cette production d'un droit ne se confond pas avec une procédure d'imposition du droit, ou si l'on veut avec son application : la rédaction des coutumes, puis leur réformation, pour poursuivre avec cet exemple, participe sans doute à son échelle de l'histoire de la constitution d'un droit positif, mais la coutume écrite ne s'impose pas exactement comme la loi. Elle laisse à l'extérieur tout un ensemble de pratiques, qui continuent d'exister quoiqu'elles puissent procéder des mêmes domaines : « la forme des actes ne fait pas toujours preuve du droit. Elle peut être contredite par la pratique » [35]. Et si elle a procédé d'une volonté de clarté, d'affermissement du jugement (« certeneté es jugements »), de suppression de « variations et contrariétés », elle continue de se confronter avec d'autres sources du droit. Dans leurs différences mêmes, les coutumes participent en effet du pluralisme juridique, disons de la

coexistence de plusieurs droits [36] ; elles l'incarnent souvent pour les historiens modernistes. Car, pendant l'Ancien Régime, la production d'un droit par l'écriture se confond d'autant moins avec son application que les sources écrites fournissent avant tout un ensemble de « solutions » possibles pour l'exercice de la justice – elles sont précisément des sources. Comme le savent les historiens du droit mais moins les historiens de la littérature, le pluralisme juridique d'Ancien Régime est arrimé à une métaphysique. Il n'y a pas de théorie positive du droit parce que le droit n'est pas considéré comme une création humaine, mais qu'il est lié à la justice comme ordre de Dieu [37]. Il doit donc être l'expression de la justice qui se conforme à l'ordre divin. Le juge se prononce en fonction de cela, à partir de la pluralité des droits existants. Son but n'est donc pas l'application de la loi, mais la mise en conformité de l'exercice de la justice avec ce que la raison humaine et la révélation ont permis de dire de ce qui est juste [38]. Il faut pour cela des interprètes. L'autorité du droit écrit, inscrit dans des sources transmises, ne saurait être identifié à une action en soi de ce droit. Le droit romain n'est pas l'expression d'une loi mais l'expression de ce qui est le juste, qui peut se trouver aussi bien dans la Bible.

Sur un exemple de théorisation de l'action juridique

10. Ce statut pluriel des droits d'Ancien Régime, bien différent du droit moderne, met en évidence un fait essentiel : la distance entre ce qu'une analyse des actions d'écriture permet d'envisager dans des carrières de juristes, dans la production du droit, et les types de théorisation de l'action du droit des auteurs du temps. S'il faut penser l'action de l'écrit dans la production du droit, une autre perspective consiste également à envisager l'action du droit à partir de l'écriture ou peut-être, au contraire, ailleurs que dans l'écriture.

11. Dans *L'Écriture des juristes*, cette question est significativement portée par les articles qui s'attachent aux philosophies de la langue du droit : comment écrire le droit pour qu'il agisse ? L'histoire de la construction de la langue du droit a été en partie l'histoire d'un effort pour rapprocher les formes de l'écriture de la doctrine d'une action, l'histoire d'une volonté de réduction de l'interprétation [39]. Et dans la mesure où l'écriture est apparue « essentiellement porteuse d'interprétation », cette histoire a parfois tenté de penser l'écriture contre elle-même, pourrait-on dire, en réduisant ce qui pouvait sembler retarder l'action du droit écrit. C'est ainsi que chez Beccaria, l'écriture est à la fois ce qui a corrompu l'état originel des « notions simples » présentes « au plus secret » de l'âme des hommes, garantes d'une justice authentique, et ce qui permet, par l'imprimerie, de revenir à cette origine et cette authenticité perdue [40]. Un tel idéalisme serait cependant le fruit d'une époque postérieure aux pratiques et à la pensée de l'écriture principalement décrites dans le volume, du Moyen âge au XVII^e siècle.

12. Encore que, de manière intéressante, l'article de Paolo Napoli sur la visite pastorale montre l'existence d'une interrogation très précoce sur les limites d'une action de l'écriture du droit écrit, lequel « peut parfois s'avérer un obstacle à l'efficacité des dispositions qu'il s'agit d'adopter » lorsqu'il s'agit de gouverner une communauté [41]. La mise en concurrence de deux « techniques » de gouvernement – « la consignation dans les textes d'un droit écrit statique » et « la parole normative incarnée dans la personne du pasteur » (p. 133) – se comprend dans le cadre d'une réflexion sur le gouvernement pastoral que Michel Foucault avait analysé, et qui est ici reprise dans une analyse sur ce que peut être une « loi pastorale » [42]. Mais surtout elle intervient dans un cadre de crise de l'Église déchirée par le schisme, dans un moment où le chancelier de l'Université de Paris qu'est Jean Gerson tente de penser une réarticulation, susceptible de résoudre l'infini des cas, de la loi « positive »

sur la loi divine. La pensée pastorale de Gerson et les instructions qui la composent, explique Paolo Napoli, empruntent « à des modèles procéduraux devenus partie intégrante de la littérature canonique ». Elles débouchent sur une formule, celle de la « *lex viva* » ou « *animata* » qui transporte dans la sphère « canonico-pastorale du visiteur » ce qui était né, dans le monde grec, à la période hellénistique surtout, dans « la sphère juridico-politique du souverain ». Paolo Napoli insiste sur le fait que l'opposition entre une raison écrite et une loi vive ne se rabattent pas exactement sur une distinction entre « droit de la forme » et « droit du fait », et que la *lex viva* sert plutôt d'« instrument de médiation à l'égard du droit écrit » (p. 144).

13. Autrement dit, la réflexion de Gerson porte précisément sur une action – le gouvernement des hommes –, une action de type politique pensée en termes religieux et dont il pose que l'écriture ne suffit pas à l'effectuer. Paolo Napoli analyse cette idée en parlant de la « valeur opératoire » de la *lex viva*, et cite alors un passage important d'un sermon de Gerson en 1408 dans lequel c'est la visite pastorale même qui est désignée en termes d'action : « [...] la visite, qui est cette application des lois qui vise à leur efficacité et cette vivification faite de quoi elles sont mortes ou sans force » [43]. Dans cette formulation remarquable, est affirmée une équivalence entre la « visite pastorale » et « l'application des lois », l'action efficace étant présentée en quelque sorte comme inscrite dans l'application même, dans la mise en œuvre (et non dans son résultat) : on voit l'effort de Gerson pour définir un droit qui agit. Dans le sermon de 1408, la « visite » est une action de type juridique modélisée sur une action politico-religieuse d'incarnation : Paolo Napoli souligne que, dans cette perspective, le pasteur « représente » la norme dont la « vitalité » s'exprime dans la visite [44].

14. Quoique très résumé ici, le cas de Gerson suggère deux remarques : la première est qu'il offre un exemple assez puissant de réflexion sur l'action du droit impliquant l'écrit comme une source. Il permet de déplacer l'idée de l'action du côté, non de l'oral en tant que tel – Paolo Napoli le précise pour finir –, mais du côté d'une « technique », offrant la perspective d'une sorte d'archéologie de la « normativité administrative » [45]. L'action est ici pensée dans son temps, en fonction du modèle religieux de l'incarnation que le « gouvernement pastoral » s'approprie, et même si l'action réelle de la visite s'analyse finalement, pour Napoli lecteur du théologien Gerson, en termes de « technique ». Ce travail constitue par là un exemple assez frappant de confrontation entre deux perspectives, l'une propre à un acteur du passé, l'autre à l'historien du droit qui se penche sur elle et propose donc une intégration critique de la théorie « indigène » [46] dans une réflexion de type juridico-politique.

15. Mais il faut observer aussi que la technique prônée par Gerson se transmet dans des écrits – la publication d'un discours de 1408 sur l'office pastoral et surtout une lettre du 30 octobre 1422 qui qualifie très fortement les gouverneurs ecclésiastiques (p. 144) – et que c'est à partir de ces écrits que l'historien et le juriste ont accès aujourd'hui à cette théorisation de l'action juridique pastorale ; ce sont encore ces écrits qui assurent la récupération dans le temps de Gerson d'un modèle alors vieux de quinze siècles. C'est bien un écrit qui qualifie la *lex viva*, et tente donc d'instituer une technique susceptible de dire les limites de l'écrit en matière juridique. À certains égards, l'écriture de la lettre participe de la technique analysée par Paolo Napoli, et peut-être vaudrait-il de la resituer dans le développement au Moyen Âge d'un art spécifique de l'épistolaire [47]. L'action de cette écriture ne coïncide pas à tout le moins avec ce que la théorie de l'action qu'elle pose (ici une théorie de la parole vive) dit du lieu où réside l'action. L'analyse doit donc prendre en charge l'action de théorisation même dont l'écrit se fait le moyen. Dans le cas de Gerson, cet écart ramène vers la modélisation de la

« parole efficace » par le discours d'une incarnation du droit, vers un travail d'investissement du gouvernement politique des hommes par la théologie de la loi divine [48].

16. Ajoutons que ce qui masque peut-être l'action de théorisation de Gerson, plus précisément le fait que cette action passe par un écrit, c'est le caractère de *modèle* donné à sa théorie de l'action : un modèle est un puissant opérateur d'histoire, ici un opérateur de refondation du pouvoir religieux à partir d'un discours sur le droit écrit qui empêche sans doute de voir que, de l'écrit, il y en a bien pourtant dans la refondation que tente Gerson. Paolo Napoli le rappelle en ouverture de son article, le contexte est celui du schisme de l'Église. De ce point de vue aussi, c'est bien parce que la réflexion passe par l'écriture du juriste qu'elle permet de penser les modalités d'une action du droit (ou d'un droit efficace dans cet exemple). Interroger l'action de l'écriture *des juristes* (et non pas seulement l'action du droit) présuppose de resituer toute théorisation de l'action juridique, toute réflexion sur la pragmatique en matière de droit dans les contextes qui permettent de saisir ce qui donne sens, à un moment donné, à une fixation sur l'action, *a fortiori* sur l'immédiateté de l'action. Prendre en charge l'action de théorisation en même temps que la théorie de l'action, c'est cela qui est compris dans l'affirmation que l'écriture est action, une affirmation qui place l'écriture au nombre des pratiques sociales, mais qui implique en même temps de ne pas s'en tenir à ce que les acteurs disent sur leurs actions (y compris donc les actions d'écriture) comme le veut la sociologie pragmatique, et de revenir vers la complexité des opérations de contextualisation [49].

Retour sur la pratique. Écrire en professeur de droit, écrire en juriste

17. Dans une perspective un peu différente de celle qui cherche à comprendre comment le droit agit, la réflexion sur l'écriture des juristes pouvait impliquer l'action de l'écriture sur les juristes eux-mêmes, sur leur place sociale et professionnelle notamment : plusieurs travaux du volume choisissent cet aspect de la question, qu'il s'agisse pour Guillaume du Vair de publier « en son nom personnel » un recueil d'arrêts en robe rouge, donc un type d'exercice solennel où le magistrat peut inscrire un style propre [50], ou qu'un exercice d'explication juridique permette de faire retour sur le statut professionnel d'un professeur de droit [51]. L'exemple de Guillaume du Vair laisse apercevoir l'écart qui sépare les magistrats d'une génération issue des troubles civils, de la précédente à laquelle appartient un Jean Papon, de cinquante ans son aîné, et qui avait lui aussi rassemblé des recueils d'arrêts notables, mais qui ne publia pas comme Du Vair des *Œuvres* [52] : pour ce dernier, l'édition des arrêts en robe rouge prend place dans une série de publications qui n'ont pas toutes à voir avec le droit, mais qui construisent à l'évidence la stature du juriste politique, au sens qu'a ce mot dans les dernières années des guerres de Religion et du tournant du XVI^e siècle. Il ne s'agit pas seulement d'enregistrer par écrit des plaidoiries qui ont été prononcées à l'oral, d'en prolonger l'action en quelque sorte, ou de rendre publique, par la reprise sans motivation de l'arrêt final, la liberté de jugement de la cour : il y a réécriture éloquente des discours d'une part, amplification des questions de droit dans lesquelles le juriste montre son savoir sur des points délicats d'autre part [53]. Certes alors, la question de l'action de l'écriture des arrêts en vue de leur publication se comprend bien dans « une logique institutionnelle » qui voit les magistrats tenter de contrôler les décisions de justice, mais elle doit être également ressaisie dans ce « dispositif éditorial » où l'on trouve aussi un traité d'éloquence, un traité de morale, des méditations bibliques [54]. Mais ce dispositif qui situe la publication du volume sur les arrêts en robe rouge dans une ample pratique de l'écrit rend sensible les enjeux politiques d'une construction sociale. Que tous les arrêts publiés par Du Vair portent sur des « questions successorales » dit sans doute quelque chose de l'importance de ces questions dans la carrière

d'un magistrat, mais le garde des Sceaux entend très probablement aussi marquer par là sa jurisprudence sur un point crucial de la société de son temps, un point sensible du gouvernement des familles et de la transmission des biens dans la monarchie française [55].

18. L'écriture est donc une pratique à travers laquelle un juriste construit une position sociale [56], même si le caractère marqué de la parution *après coup* d'une série d'arrêts ayant été prononcés en cour pourrait sembler masquer l'investissement dans l'écriture, voire l'action de ces écrits. De fait, Robert Descimon a souligné qu'il existe au XVI^e siècle une pensée de l'écriture des juristes, qui va vers une modélisation, une stylistique pourrait-on dire, bien au-delà de la compétence propre du juriste ; qu'il y a donc une façon d'écrire *en juriste* qui ne se calque pas sur le problème de la production du droit, mais qui est comme l'autre face d'une pratique professionnelle [57]. Les juristes ont constitué une langue, devenue une nature, qui étend leur pouvoir au-delà du droit, dans le genre de l'essai, les mathématiques, et comme on l'a suggéré pour du Vair, dans l'espace en tension de la construction absolutiste. Poser la question de l'action, c'est bien ici, à ce titre, interroger la façon dont les disciplines construisent le pouvoir de l'écrit à partir d'une pensée de l'action transmise par une pratique – comment s'écrit l'autorité du magistrat, comment elle se transfère dans un écrit de nature non judiciaire pour reprendre l'exemple de Montaigne –, l'exemple même de cette pensée de l'action étant la rhétorique. Mais l'exhibition de la rhétorique permet là encore de comprendre que toute action de l'écrit ne se ramène ni à un travail sur les passions ni à ce que les acteurs disent de leur écriture ou de leurs écrits. Que Charles Loyseau pense son écriture de juriconsulte en termes d'efficacité rhétorique et qu'il mette en œuvre une technique rhétorique de persuasion dans la publication de ses écrits ne signifie nullement que l'action ou les actions de cette écriture procèdent à proprement parler de cette efficacité rhétorique. Robert Descimon distingue nettement entre la production d'un *effet*-rhétorique [58] dans l'écriture de Loyseau et les champs réels où peut s'analyser l'action de son écriture : le domaine politique, puisque l'ancien ligueur participe, par l'écriture du droit, à la construction monarchique ; le social, s'il est vrai qu'écrire *en juriste* construit la stature socio-politique du juriconsulte et que sa dignité nobiliaire s'investit probablement aussi dans une telle construction [59].

19. Un troisième exemple de ces opérations à double face d'une écriture professionnelle figure dans *L'Écriture des juristes*, au plus près cette fois de la pratique : à la fin du XVII^e siècle, dans un domaine qui peut sembler situé aux bords de l'écriture juridique [60] – l'explication des ordonnances royales par les professeurs de droit – la question de l'action permet de voir comment cet exercice fait retour à la fois comme « enseignement » vers le statut même de ces professeurs et, comme « insinuation dans l'écriture royale » des ordonnances, vers la production d'une histoire [61]. Dans le cas d'une explication de l'Édit de Nantes en 1683, ce travail orienté vers le passé se reverse en action orientée vers le futur : préparation ou annonce de la révocation de l'Édit de Nantes. La réflexion sur l'action de l'écriture donne à voir tant les rapports construits par l'écriture entre acteurs mobilisés dans une production de doctrine (le roi, les professeurs de droit [62]) qu'une articulation des temporalités, elle-même ressaisie dans un geste historiographique.

20. En juin 2013, le travail sur *L'Écriture des juristes* a été prolongé par une réflexion sur l'action normative des formes brèves [63]. Quelques lignes donc pour expliquer les fins d'un tel prolongement. Lorsqu'on parle d'écriture, on s'intéresse avant tout à une pratique (professionnelle ou privée, sociale ou intime, politique presque toujours dans la perspective de l'action), et l'on ouvre les opérations de contextualisation à plusieurs échelles d'analyse. Mais le domaine propre du droit amène aussi avec lui la question spécifique des formes (actes,

formulaire), soit un niveau que l'on peut qualifier de « textuel » (quelle que soit la dimension de ce texte), dans l'immense champ de la production des normes. Poser la question de l'action au plan des formes, c'est précisément réfléchir de manière formelle à ces zones d'énonciation et de diffusion de la norme – mais il faut alors préciser ce qu'est ou peut être une forme. Pour rester dans l'Ancien Régime, le cas de Jean Bodin dans *La République* marque une sorte de disjonction répétée ou d'ajustement impossible entre une réflexion sur la loi qui se replie sur la souveraineté, en fait une « norme sans formes », et l'affirmation qu'il y a des actes, et même une forme des actes [64]. Mettre en évidence cette disjonction qui brouille le repérage des « manifestations concrètes de la loi », c'est identifier un rapport problématique entre les principes et les formes. De manière significative, Bodin affirme que la loi par principe reste « indifférente à ses formes, car « l'écriture, le seel, la verification ne font pas la loy, non plus que les autres actes et contracts » » [65]. Que la rationalité juridique ne s'analyse pas, pour un juriste de la fin du XVI^e siècle, au niveau des formes, peut sans doute se comprendre dans l'histoire longue du passage des fins du droit à l'authenticité de ses formes [66], mais c'est tout autant une invitation à comprendre pourquoi et comment un tel écrit découple la définition de la loi de sa matérialité écrite, et ce qu'un tel déplacement d'une modalité ordalique de l'action politique vers le principe même de la loi permet de comprendre sur les fondements théoriques de la construction théologico-politique [67]. Pour le dire autrement, il y a bien action dans l'écriture de *La République*, une action de théorisation de la souveraineté qui consiste à l'éloigner du lieu de l'action politique et des pratiques, et prend sens dans le projet de « congédier la possibilité théorique » des guerres civiles [68]. Que la théorisation ait eu une fonction remarquable dans la construction absolutiste n'interdit cependant pas alors de replacer cette action spécifique parmi d'autres actions de construction et de transformation de la monarchie, y compris bien sûr celles qui ne passent pas de la même manière, ou pas du tout, par l'écrit : ainsi par exemple, de la marginalisation des États généraux, de l'organisation du cérémonial à la Cour et de l'élaboration d'une mystique du sang royal [69], ou encore de la politique de l'extraordinaire [70], pour ne mentionner que des objets d'histoire bien différents dont il vaudrait la peine de déplier les modes d'élaboration avec l'écrit – et l'on pourrait réfléchir alors à la temporalité d'intervention de celui-ci [71] – ou à côté de l'écrit ; et quelle est alors la place des actions d'écriture parmi toutes sortes d'actions politiques.

21. Avec les travaux sur « Droit et littérature », on mesure en un sens à quel point on en est venu aux formes, à ces formes dont la pensée politique d'un Bodin pouvait récuser trois cents plus tôt qu'elles eussent un rôle dans la production du droit. Mais cette même approche désormais formaliste du droit s'accompagne du risque d'une réduction de la littérature à l'art d'écrire, l'art de donner forme à l'écrit, voire l'art de faire agir les formes du droit – c'est-à-dire en définitive à une compétence [72]. La littérature comprend un savoir des formes, elle utilise des formes, si l'on veut ; comme discipline, elle ne saurait pourtant se définir par le seul art d'écrire susceptible de se transmettre à d'autres disciplines, et même si une histoire de la littérature qui se ramènerait à une histoire de l'art d'écrire à travers le temps est possible. Mais la perspective de l'action conduit plutôt à replacer la question des formes dans la pluralité des champs disciplinaires, dans la question disciplinaire même : choisir les formes plutôt que les genres, se concentrer sur l'exemple des formes brèves, c'est encore une façon de contourner la détermination disciplinaire, ou de l'interroger. Le pouvoir qu'ont les formes de mesurer, de régler, de transmettre des règles et des mesures : il y a là un terrain de réflexion qui, s'il a ses enjeux propres pour le droit, déborde largement ce seul domaine, mais sollicite le travail interdisciplinaire et le conduit à se situer. Car ce qu'on peut appeler action normative ressortit à toutes les productions humaines. Et s'il est ici question de « pouvoir », ce n'est pas pour rapporter l'action à un processus magique, mais bien pour interroger dans les formes l'investissement d'un pouvoir agir, ou une action particulière [73].

Laurence Giavarini
Centre Chevrier (université de Bourgogne)
GRIHL (CRH-EHESS)

[Haut de page](#)

Notes

[1] Ces travaux initiés aux Etats-Unis reviennent sur les études fondatrices de John Henry Wigmore (notamment son *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1904 ; suppléments, puis rééditions en 1923, 1940, 1983) et Benjamin Cardozo (« Law and literature », *Yale Review*, vol.14, 1925, p. 699-718, traduit par Françoise Michaut sur le site de *Clio & Themis* : <http://www.cliothemis.com/Benjamin-...> (la note introductive de la traductrice donne quelques précisions sur la réception, aux Etats-Unis puis en France, de cet article). Cardozo a développé les idées de ce premier article dans un essai paru six ans plus tard : *Law and Literature*, New York, Harcourt, Brace & Co, 1931.

[2] Christian Biet, *Œdipe en monarchie, tragédie et théorie juridique à l'âge classique*, Paris, Klincksieck, 1994 ; *Droit et littérature sous l'Ancien Régime. Le jeu de l'ordre et de la loi*, Paris, Champion, « Lumière classique », 2002.

[3] Ou encore le procès : Ch. Biet et Laurence Schifano (dir.), *Représentations du procès. Droit, théâtre, littérature, cinéma*, Paris, Université Paris X-Nanterre, « Représentation », 2003.

[4] Voir Christian Biet, « La plume et la loi », dans Laurence Giavarini (dir.), *L'Écriture des juristes xvie-xviii siècles*, Paris, Classiques Garnier, « Études et essais sur la Renaissance, 90 », 2010, p. 183-199 (p. 183 en particulier sur la conception de Dworkin, selon qui le droit est une « *story/history in progress* »). Pour d'autres travaux sur les développements des *law and literature studies* en France, voir le numéro 80 d'*Europe*, « Droit & Littérature », 2002, ainsi que Maurizio Cau et Giuliano Marchetto (dir.), « *Droit et littérature* », numéro 5 de *Laboratoire italien*, 2004.

[5] Richard Hyland et Françoise Michaut, « Le mouvement "Droit et Littérature" dans le développement d'une science du droit aux États-Unis », communication donnée à la journée « Droit et Littérature » de l'ENS-Ulm (9 mai 2012, dir. Jean-François Halpérin et Françoise Michaut) ; communication en ligne : <http://savoirsenmultimedia.ens.fr/e...>. L'importance de ce champ se mesure au nombre de revues universitaires qui lui sont exclusivement consacrées aux Etats-Unis : *Yale Journal of Law and the Humanities* (Yale), *Legal Studies Forum* (West Virginia University), *Cardozo Studies in Law and Literature* (University of California Press).

[6] C'est la perspective de Stéphan Geonget dans « L'arrêt notable entre droit et littérature. Les choix de Jean Papon », *L'Écriture des juristes*, p. 205-222 (on citera désormais cet ouvrage sous le titre *L'Écriture des juristes*). Les travaux de S. Geonget sont consacrés à ces formes situées aux bords de la littérature et du droit : *Droit et justice à la Renaissance*, en collaboration avec Jean-Paul Pittion, Paris, Champion, 2009, *Bourges à la Renaissance, hommes de lettres, hommes de lois*, Paris, Klincksieck, « Jus&litterae », 2011 ; avec Géraldine Cazals (dir.), « *Des arrêts parlans* ». *Les arrêts notables à la Renaissance entre droit et littérature*, actes du colloque de Tours, Genève, Droz, 2014.

[7] Romain Descendre, « *Gli uomini come Benvenuto non hanno da essere ubrigati alla legge* ». Art, droit et politique dans la *Vita* de Cellini », dans le numéro 16 de la revue *Chroniques italiennes*, actes de la journée d'études (Paris iii et Paris iv) sur Benvenuto Cellini réunis par Corinne Lucas Fiorato et Frédérique Dubard de Gaillarbois, 2009/4 : url : <http://chroniquesitaliennes.univ-pa...>. Voir aussi Gisèle Mathieu-Castellani, *La Scène judiciaire de l'autobiographie*, Paris, puf, « Écriture », 1996.

[8] Terence Cave, *Recognitions. A Study in Poetics*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 13-15. Jean de Coras rendit compte du « cas » de Martin Guerre dans un *Arrest memorable du Parlement de Toulouse*, paru pour la première fois à Lyon en 1561, et réimprimé de nombreuses fois jusqu'à la fin du xvi^e siècle. Ce cas d'inscription de questions poétiques dans l'écriture des juristes est cité par Olivier Guerrier : « La poésie chez les juristes humanistes », dans *L'Écriture des juristes*, p. 223-237 (p. 228).

[9] André Tournon, *Montaigne. La Glose et l'essai*, éd. revue et corrigée, Paris, Honoré Champion, 2000 [1983] ; ainsi que « La scansion dans les documents juridiques du xvie siècle, et ses effets sur les écrits d'un ancien magistrat de la même époque », dans *L'Écriture des juristes*, p. 241-258.

[10] Pour une présentation plus systématique des différents articles, voir mon introduction à *L'Écriture des juristes*, p. 11-29. Seul ceux qui permettent de formuler, au-delà du champ de réflexions ouvert par le colloque, ce qui se joue dans la question de l'action d'écriture sont mentionnés ici.

[11] Ces acteurs dont Yan Thomas récusait, dans une lumineuse introduction à un volume des *Annales* consacré à « Histoire et droit » (« Présentation », *Annales HSS*, 6, nov-déc 2002, p. 1425-1428) qu'ils fussent l'objet d'étude de l'historien du droit, parce que trop inscrits dans « un jeu social où se donnerait à voir [leur] irréductible singularité et l'irréductible réalité de leurs rapports », là où il s'agit de « décrire les effets pratiques de toutes les médiations formelles par lesquelles [le droit] s'interpose entre les sujets et eux-mêmes, entre la société et elle-même » comme une « technologie sociale » : voir *infra*, à propos de l'article de Paolo Napoli, un élément de réponse à cette réflexion.

[12] Voir une pluralité d'actions : ce qui est au cœur du beau livre de George Hoffmann sur *La Carrière de Montaigne [Montaigne's career]*, Oxford, 1998], traduit de l'américain par Pierre Gauthier, Paris, Honoré Champion, 2009, qui remplace l'écriture des *Essais* dans la continuité d'une carrière et du souci seigneurial du « mesnage », et non dans la méditation d'une retraite.

[13] Alain Wijffels, « De la lecture à l'écriture : les notes de lecture d'Alberico Gentili et leur emploi dans la rédaction de son œuvre doctrinale », dans *L'Écriture des juristes*, p. 93-110.

[14] Telle est une des critiques d'Anne Teissier-Ensminger dans le compte rendu de *L'Écriture des juristes* pour *International Journal of the Semiotics of Law*, vol. 25, septembre 2012, p. 449-452 (p. 450). C'est que la *juris littérature* qui intéresse Anne Teissier-Ensminger se constitue, dans l'histoire des juristes, par l'abandon de certaines techniques intellectuelles (recours aux recueils d'exemples, prétentions encyclopédiques), selon du moins la lecture que Robert Descimon fait de ce concept dans « L'écriture du jurisconsulte Charles Loyseau (1564-1627) : un modèle d'action rhétorique au temps d'Henri IV ? », *L'Écriture des juristes*, p. 277-294 (p. 285). La définition de la *jurislittérature* dans l'article cité qui porte sur la *Vita*

de Thou montre que le concept sert en fait à garder, sinon dans le droit du moins sous l'autorité du juriste, un écrit qui ressortit globalement à la rhétorique épideictique ou au genre de la *vita*, foncièrement pris dans des stratégies de défense, d'éloge de soi et de construction sociale (*social self fashioning*).

[15] Voir sur ce sujet la thèse d'habilitation de Géraldine Cazals, « Les juristes et l'écriture du droit. Pour une archéologie de la culture juridique écrite de l'Ancien Régime », soutenue le 13 décembre 2013.

[16] Ann M. Blair, *Too much to know. Managing Scholarly Information before the Modern Age*, New Haven & London, Yale University Press, 2010, chap. ii « Note-taking as Information Management », p. 88 notamment.

[17] John Austin fait porter la réflexion sur la réalisation par l'énonciation d'une action formulée par un type spécifique de verbe, qu'il appelle « performatif » (*Quand dire c'est faire* [*How to do things with words*, Oxford University Press, 1962], Paris, Seuil, « Points », 1991 [1970]) ; il s'intéresse principalement à cette question de l'énonciation. Par ailleurs, significativement, mais de manière fautive, l'emploi de « performatif » tend aujourd'hui à s'étendre à tout type d'action verbale, écrite ou orale, efficace... qui obtient un résultat, que celui-ci soit instantané ou différé. Elle se confond avec l'« efficacité », notion d'abord rhétorique, mesurée à une sorte d'immédiateté ou de rapidité. Mais ce n'est pas ce qui est en jeu dans la réflexion sur l'action de l'écriture ou des écrits qui a initié le travail sur l'écriture des juristes. Cette réflexion a été collectivement construite dans le cadre du groupe de Recherche Interdisciplinaire sur l'Histoire du Littéraire (Grihl, CRH-EHESS), au cours de cinq années qui ont donné lieu à l'écriture d'un ouvrage à paraître en 2014. Elle n'était donc pas propre à une perspective sur « Droit et littérature », mais a pris sens dans un souci de proposer une histoire littéraire rénovée, quoique cela ne soit nullement la seule perspective initiée par le projet auquel contribuent des historiens et des littéraires. Par ailleurs, dans les pages qui suivent, j'utilise en outre certains éléments d'une discussion ayant eu lieu lors de la présentation de *L'Écriture des juristes* au séminaire interdisciplinaire « Lire le droit » de l'EHESS (organisé par Liora Israël), le 8 mars 2013.

[18] Sur ce point, et l'influence des travaux de Marc Fumaroli dans ce paradigme de l'éloquence, voir le chapitre « Scènes » du livre *Écriture et action* du grihl (à paraître). Sur la mise en relation des textes littéraires ou poétiques et de la rhétorique, on peut voir le classique Anton Kibédi Varga, *Rhétorique et littérature. Études de structures classiques*, Paris, Didier, 1970, ainsi qu'à Michel Charles, *Rhétorique de la lecture*, Paris, Le Seuil, 1977 – autre classique du côté de la lecture.

[19] Sur ce point, et pour le cas particulier de la littérature, je me permets de renvoyer L. Giavarini, « Contextualiser les écrits littéraires. Politique et distance de la pastorale aux xv^e et xvii^e siècles », à paraître dans un volume de la « Bibliothèque du crh » rassemblant les communications d'un forum du crh à l'EHESS (printemps 2012) sur cette question des « Contextes ».

[20] Pour un exemple de travail sur cette question, un exemple dans lequel c'est le pouvoir normatif des actes (royaux principalement) qui est envisagé, voir le livre de Frédéric F. Martin, *Justice et législation sous le règne de Louis XI. La norme juridique royale à la veille des Temps modernes*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, « Collection des thèses » n° 26, 2009.

[21] Bernard Derouet, « Les pratiques familiales. Le droit et la construction des différences (15e-19e siècles), *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1997/2, p. 369-391 (p. 370). Sur cet article, voir *infra*.

[22] Paolo Napoli, « *Ratio scripta et lex animata* : Jean Gerson et la visite pastorale », dans *L'Écriture des juristes*, p. 131-151 : « Il est impossible de dissocier la redécouverte du droit romain au xii^e siècle du privilège que la norme, en tant que “texte”, a acquis sur les expressions informelles de la règle juridique. Le premier fondement “scientifique” de l'autorité du droit romano-canonique tient précisément au fait matériel qu'il se soit agi d'un droit écrit, toute élaboration de doctrine présupposant nécessairement qu'il l'ait été » (p. 131).

[23] En un sens c'est la découverte de ce « l'humanisme juridique » (des humanistes juristes) quand il ré-historicise le droit romain : voir Michel Villey, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Paris, puf, « Quadrige », 2003 [Montchrétien, 1975] et Jean-Louis Thireau, « Humaniste (jurisprudence) », dans Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, puf/ Lamy, « Quadrige », 2003, p. 796-800.

[24] Jean Bart, « Transcrire, rédiger, réformer les coutumes », dans *L'Écriture des juristes*, p. 35-55 (p. 37).

[25] Martine Grinberg, « Écrire le droit : les coutumes, la langue et le “bon usage” », dans *L'Écriture des juristes*, p. 57-71 (p. 57) ; et *Écrire les coutumes. Les droits seigneuriaux en France*, Paris, puf, 2006.

[26] Cf., dans un domaine un peu différent de production de la loi (parce que, si elle est le résultat de la volonté royale, la coutume ne peut être qualifiée de « norme juridique royale »), Fr. F. Martin, *Justice et législation sous le règne de Louis XI*, ouvr. cité, p. 18 : « [...] la norme juridique royale n'est pas plus réductible à la seule volonté du roi qu'aux formalisations concrètes de celle-ci ; les actes royaux ne sont en eux-mêmes qu'une mise en forme de la volonté royale. Cette volonté ne prend une portée normative que par l'intermédiaire des relais du pouvoir royal. »

[27] Il s'agit de l'ordonnance de Charles VII sur la réforme de la justice et l'exigence de mise en écrit des coutumes. J. Bart souligne que cette ordonnance « ne fut guère suivie d'effets, pour des raisons politiques conjoncturelles, mais peut-être aussi à cause de la procédure prévue qui faisait assez peu de cas des avis locaux » (*Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au xix^e siècle*, Paris, Montchrestien – lextenso éditions, 2009 [1998], p. 108).

[28] *Ibidem*

[29] B. Derouet, « Les pratiques familiales. Le droit et la construction des différences (15e-19e siècles), art. cité, p. 371 ; l'auteur renvoie notamment à René Filhol, *Le premier président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Bourges / Tardy, Paris / Recueil Sirey, 1937, ainsi qu'à Jean-Marie Carbasse, « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution », *Droits*, 3, 1986, p. 25-37, et à Jean Hilaire, « Coutumes rédigées et gens des champs (Angoumois, Aunis, Saintonge), *Revue historique de Droit français et étranger*, 65 (4), 1987, p. 545-573.

[30] J. Bart, « Transcrire, rédiger, réformer les coutumes », art. cité, p. 35.

[31] À propos de la transmission, Bernard Derouet souligne ainsi que la rédaction des coutumes enregistre des « pratiques judiciaires » (une jurisprudence donc) plus que des « pratiques sociales » ; non qu'il pense les pratiques judiciaires comme n'étant pas sociales, mais parce que certaines pratiques sociales de transmission n'en passent pas nécessairement par des recours judiciaires : « Les pratiques familiales. Le droit et la construction des différences (xv^e-xix^e siècles), art. cité, p. 371. Et plus loin : « Dans cette optique, le droit et les pratiques familiales d'une aire géographique déterminée ne sont pas envisagés comme le produit l'un de l'autre, mais comme des témoins à différents niveaux d'une même culture, comme deux avatars d'une même ensemble de représentations. » (p. 376). Ou encore : « le risque qu'il faut éviter est de croire que l'un de ces moules juridiques nous livr[e] la substance même des pratiques ou leur logique profonde » (p. 391).

[32] *Ibid.*, p. 372 : « Le passage à l'écrit réalise en quelque sorte une "invention" du droit, il fait passer un usage au statut de norme officielle et stable, opérant ainsi un véritable saut qualitatif. »

[33] Paragraphe 125 de l'ordonnance de 1453, cité par M. Grinberg, « Écrire le droit : les coutumes, la langue et le "bon usage" », art. cité, p. 57 et note.

[34] Jean Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au xix^e siècle*, ouvr. cité, p. 106-110.

[35] Fr. F. Martin, « Jean Bodin et les formes », dans *Normes et normativité. Études d'histoire du droit offertes à Albert Rigaudière*, Economic, 20089, p. 233-253 (p. 248). Fr. F. Martin prend justement l'exemple de la coutume selon Bodin pour mettre en évidence ce qu'il appelle « l'antiformalisme » de Bodin, qui contredit son formalisme apparent.

[36] Je reprends cet emploi courant, chez les historiens notamment, de l'expression de « pluralisme juridique » pour désigner la coexistence de plusieurs droits, sans entrer dans la spécificité de la discussion moderne sur le rapport entre le « pluralisme juridique » et « la hiérarchie des normes ».

[37] Cette analyse est empruntée aux travaux de Marie-France Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, puf, « Léviathan », 2003 ; pour exemple, l'introduction s'ouvre sur une formule de Jean Domat « Qui peut douter qu'on ne doive exercer cette fonction divine de juger de la manière dont Dieu l'ordonne ? », p. 1. De fait, la préface, mais aussi l'épître au roi des *Loix civiles dans leur ordre naturel* de Jean Domat (Paris, P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzie, 1697 pour la 2^e édition) posent clairement cette inscription de la justice dans une métaphysique.

[38] *Ibidem.*

[39] Inquiétude qu'on décèle d'ailleurs aussi à propos de la rédaction des coutumes.

[40] Philippe Audegean, « Beccaria et l'écriture du droit moderne », dans *L'Écriture des juristes*, p. 167-182 (p. 176-178). Voir aussi Gilles Trimaille, « Jeremy Bentham et la langue des juristes », p. 153-166. Il est à noter que la *Revue d'Études benthamiennes* annonce un numéro 12 à paraître à l'automne 2013 sur « Droit et littérature : penser la pluridisciplinarité » (<http://etudes-benthamiennes.revues...>). L'appel à contribution rappelle qu'un théoricien de cette notion éminemment rhétorique qu'est « l'évidence » a travaillé sur Bentham et Wigmore

(William Twining, *Theories of Evidence : Bentham and Wigmore*, Stanford, Stanford University Press, 1985).

[41] P. Napoli, « Jean Gerson et la visite pastorale », art. cité, p. 133.

[42] « une loi qui “soigne” » plutôt qu’une « loi “juste et équitable” au sens strictement aristotélicien » : *ibidem*. Sur le gouvernement pastoral selon Michel Foucault : « La vérité et les formes juridiques », conférences de Rio de Janeiro, 21-25 mai 1973, publiées dans *Dits et écrits, 1954-1988*, éd. établie par Daniel Defert et François Ewald, 4 vol., t. II, 1970-1975, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des Sciences Humaines », 1994, p. 538-646, ainsi que « *Omnes et singulatim* : vers une critique de la raison politique », dans *Dits et écrits, 1954-1988*, t. IV, 1980-1988, p. 134-161.

[43] *Ibid.*, p. 146. La traduction est de Paolo Napoli, qui cite en note le texte latin : « *visitationem quae est quaedam applicatio legum ad operationem et sua vivificatio, quae aliter mortuae sunt vel languescunt.* »

[44] *Ibid.*, p. 149.

[45] *Ibidem*

[46] Sur la difficulté posée par ce type de confrontation que l’on peut rapporter, en simplifiant, à la distinction forgée par le linguiste Kenneth Pike, entre une approche *emic* (qui se fonde sur les catégories des acteurs en leur temps) et *etic* (basée sur les catégories de l’historien), voir Simona Cerutti, « Micro-history : social relations vs cultural models », dans Anna-Maija Castrén, Markka Lonkila, and Matti Peltonen (dir.), *Between Sociology and History. Essays on Microhistory Collective Action, and Nation Building*, Helsinki, SKS/ Finnish Literature Society, « *Studia Historica*, 70 », 2004, p. 17-40 (p. 26 notamment).

[47] Voir Fr. F. Martin, « Forme épistolaire et diction du droit. Dialogue, récit et décision dans les lettres royales », *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, n°32 sur *Genres littéraires des juristes et nature du droit*, 2012, p. 9-36.

[48] Ce n’est pas un hasard si ce sont des théologiens qui réfléchissent, au Moyen Âge, sur les actes de langage efficace, sur les énoncés performatifs et les modalités de cette performativité : voir là-dessus Irène Rosier-Catach, *La Parole efficace. Signe, rituel, sacré*, Paris, Le Seuil, 2004. Au demeurant, Paolo Napoli distingue la parole vive selon Gerson des actes de langage performatifs (art. cité, p. 149).

[49] Dans l’article déjà cité (« Micro-history : social relations vs cultural models », p. 35), et même s’il n’y est question d’action que dans le sens de la sociologie, Simona Cerutti formule le problème posé par la prise en charge des catégories et du langage des acteurs en précisant ce que recouvre dans son travail d’historienne la notion d’*emic* : non pas le *contexte* immédiat des objets étudiés, mais une *méthode* de travail qui part des acteurs pour s’écarter progressivement et emprunter les chemins que suggèrent au chercheur ses champs de compétence.

[50] Alexandre Tarrête, « Les arrêts en robe rouge de Guillaume du Vair (1606) », *L’Écriture des juristes*, p. 259-276 (p. 260). La première partie de l’article situe la publication de Du Vair dans une « tradition récente » où l’on trouve aussi Guillaume de Lesrat, président au

parlement de Bretagne (1581), et François-Théodore de Nesmond dont le fils publie les arrêts prononcés en robe rouge (1617) après sa mort, ce qui souligne la place que peut tenir une telle publication dans la construction d'une dignité de magistrat, dignité qui s'étend à son lignage.

[51] Dinah Ribard, « L'écriture de la doctrine, xvii^e -xviii^e siècles », *L'Écriture des juristes*, p. 111-127.

[52] Étudiés par Stéphan Geonget, voir *supra*. Et A. Tarrête, *ibid.*, p. 261 pour la comparaison entre Papon et Du Vair.

[53] *Ibid.*, p. 267-272.

[54] Ce qui explique qu'il y ait des *Œuvres* publiées de Du Vair : A. Tarrête, « Les arrêts en robe rouge de Guillaume du Vair (1606) », p. 260 en particulier.

[55] Voir Robert Descimon et Elie Haddad (dir.), *Épreuves de noblesse. Les expériences nobiliaires de la haute robe parisienne (xvi^e-xviii^e siècles)*, Paris, Les Belles-Lettres, « Histoire », 2010.

[56] Sur ce point, et pour un exemple précis, je me permets de renvoyer à « Communiquer exemplairement l'histoire. Autour de la *Vita* de Jacques-Auguste de Thou », *XVII^e siècle*, 2010 / 2, p. 271-289.

[57] Tel peut être le sens de ce qu'Anne Teissier-Ensminger appelle *jus littérature* : non une mystique du droit s'étendant à tout l'espace de l'écriture, mais la tentative de nobles robins pour construire leur dignité face à au second ordre.

[58] R. Descimon, « L'écriture du juriconsulte Charles Loyseau (1564-1627) : un modèle d'action rhétorique au temps d'Henri IV ? », *L'Écriture des juristes*, p. 294. Cette expression d'*effet*-rhétorique pourrait être glosée comme l'illusion d'action que produit l'écriture informée par la rhétorique de Loyseau, l'image d'une efficace produite par le recours à la rhétorique, mais qui ne saurait être assimilée à l'action ou aux actions de cet écrit.

[59] Sur cette question, voir Fanny Cosandey (dir.), *Dire et vivre l'ordre social sous l'Ancien Régime*, Paris, Éd. de l'ehess, 2005.

[60] Quoiqu'il y ait pendant plusieurs siècles une immense production de l'explication du droit.

[61] D. Ribard, « L'écriture de la doctrine, xvii^e -xviii^e siècles », *L'Écriture des juristes*, p. 126.

[62] Sur le rôle de la création des chaires de droit français en 1679 dans l'histoire de l'enseignement du droit, et la carrière des professeurs de droit, voir encore du même auteur, « La création des chaires de droit français (1679). Stratégies, événement et histoire sociale », dans D. Ribard et N. Schapira (dir.), *On ne peut pas tout réduire à des stratégies. Pratiques d'écriture et trajectoires sociales*, Paris, puf, 2013, p. 71-92.

[63] « Pouvoir des formes, écriture des normes. Sur l'action normative des formes brèves en droit, littérature, philosophie, histoire (Moyen âge – Temps modernes) », colloque organisé

par L. Giavarini et Fr. F. Martin, à Dijon en juin 2013. Les actes sont en ligne sur le site du centre Chevrier : <http://tristan.u-bourgogne.fr/CGC/m...> Un volume collectif sur cette question est à paraître.

[64] Fr. F. Martin, « Jean Bodin et les formes », art. cité.

[65] Jean Bodin, *Les six livres de la républiques*, III, 2, cité par Frédéric F. Martin, *ibid.*, p. 252.

[66] Fr. F. Martin, « Jean Bodin et les formes », art. cité, p. 253.

[67] Sur le rôle de Jean Bodin, sinon dans la construction absolutiste, du moins dans sa théorisation, voir Fanny Cosandey et Robert Descimon, *L'Absolutisme en France. Histoire et historiographie*, Paris, Le Seuil, « Histoire », 2002, p. 41 *sq.*

[68] R. Descimon, « L'écriture du juriste Charles Loyseau (1564-1627) : un modèle d'action rhétorique au temps d'Henri IV ? », art. cité, p. 292.

[69] Sur ce sujet, F. Cosandey, « Ordonner à la Cour. Entre promotion du sang et célébration de la personne royale », dans Michel de Waele (dir.), *Lendemain de guerre civile : réconciliations et restaurations en France sous Henri IV*, Québec, université de Laval, 2011, p. 221-244.

[70] Hélène Fernandez, *Les Procès du cardinal de Richelieu. Droit, grâce et politique sous Louis le Juste*, Seyssel, Champ Vallon, « Époques », 2010.

[71] Ainsi faudrait-il réfléchir au temps propre du grand texte de Gabriel Naudé sur les « coups d'État » (*Considérations politiques sur les coups d'État par G.N.P.*, Rome, 1639) par rapport aux différents « coups » politiques qui précèdent sa publication (restreinte à douze exemplaires, semble-t-il) ou lui sont postérieures. La publication du livre de Naudé pourrait d'ailleurs elle-même être considérée comme un « coup » politique, sinon « d'État ».

[72] Cette perspective est évidemment très sensible dans les travaux de Wigmore et Cardozo, cités *supra* dans la note 1. Les premières lignes de l'article de Cardozo, « Law and Literature » sont intéressantes à cet égard : « Des amis me disent parfois qu'une opinion judiciaire n'a pas à se préoccuper d'être de la littérature. L'idole doit être laide, sinon on pourrait la prendre pour un être humain ordinaire. [...] » (trad. citée, url : <http://www.cliothemis.com/Benjamin-...>).

[73] Pour une présentation du colloque, voir le site du grihl, l'url suivant : <http://www.ehess.fr/grihl/Textes/Gi...>