

Le droit est-il narratif, la narrativité est-elle juridique ?

Otto Pfersmann

DANS **REVUE DROIT & LITTÉRATURE** 2019/1 (N° 3), PAGES 169 À 179

ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 2552-8831

ISBN 9782275065434

DOI 10.3917/rdl.003.0169

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-droit-et-litterature-2019-1-page-169.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Le droit est-il narratif, la narrativité est-elle juridique ?

Otto PFERSMANN,

Professeur à l'École des Hautes Études en sciences sociales

Le courant « Droit et Littérature » a largement promu l'idée que le droit serait une « narration » et que les narrations seraient susceptibles de produire du droit. C'est une erreur, car si l'on peut étudier les textes juridiques avec les méthodes de la critique littéraire, si les normes juridiques ont parfois pour objet des œuvres littéraires et si de telles œuvres peuvent faire fictionnellement exister des univers juridiques ou se référer fictionnellement au droit positif, une succession de faits ne peut en aucun cas, à elle seule, engendrer une norme. S'il existe bien des exemples célèbres de textes narratifs à forte valeur émotive – par exemple – dans des documents constitutionnels, leur valeur normative est faible en l'absence d'indications précises relatives à des actions permises, obligatoires ou interdites. Cela tient à la différence des fonctions de ces textes, souvent ignorées en vue de favoriser une lecture idéologique des textes juridiques.

Le courant « Droit et Littérature » constitue à lui seul aujourd'hui sinon une discipline du moins un champ d'étude vaste et différencié. On y trouve les préoccupations plus classiques concernant le traitement de questions juridiques dans la littérature, le traitement d'œuvres littéraires dans des causes juridiques, l'utilisation de techniques littéraires dans la rédaction de textes juridiques et leur éventuel transfert dans des textes littéraires. Au-delà des simples techniques, il est naturellement possible de traiter un texte juridique *en tant que* texte littéraire et même d'en classifier les genres à l'aide de critères suffisamment précis. La réciproque paraît d'emblée moins évidente, sinon contre-intuitive. Un poème, un roman, une pièce de théâtre n'est pas, sauf situation très particulière, en tant que tel, un acte juridique, mais plusieurs auteurs, comme Robin West¹, soutiennent

NDLR : Les articles de cette section publient les travaux du séminaire de recherche « Droit et littérature » mené dans le cadre du Labex OBVIL (Sorbonne Université) avec le soutien du CRLC (Centre de Recherche en Littérature comparée), du CERDI (Centre d'Études et de Recherches en droit de l'immatériel) et de STIH (Sens, Texte, Informatique, Histoire). Ce séminaire a pour objectif de donner une visibilité aux travaux en droit et littérature et est ouvert à tous ceux qui s'intéressent à ce domaine.

Pour plus de renseignements, vous pouvez vous adresser à ses organisateurs :

annaarouzoumanov@gmail.com, arnaud.latil@gmail.com, judithsl@yahoo.com, danielle.perrot@wanadoo.fr

que les textes juridiques constituent des genres littéraires au sens des théories qui en esquissent des typologies comme celle de Northrop Frye².

Le champ de la narrativité est plus particulier. Il s'agit d'une propriété textuelle qui n'est pas liée à un genre particulier. Elle peut naturellement entrer dans la catégorie déjà évoquée de l'utilisation de techniques littéraires dans le cadre de procédures juridiques ou plus largement dans l'utilisation de ces techniques à des fins juridiques ou même de la nature littéraire de textes juridiques.

Le juriste peut aisément admettre que des narrations peuvent et parfois doivent jouer un certain rôle dans certaines procédures et il peut accorder à la critique littéraire le soin d'en analyser les structures et le fonctionnement. Les faits et leur qualification – ou subsumption – juridique constituent des données juridiquement obligatoires dans la plupart des procédures administratives ou juridictionnelles. Les codes de procédure déterminent les méthodes permettant de les colliger et de les qualifier. Les narrations exposées à cet effet jusqu'à l'exposé *ex post* des faits retenus comme pertinents constituent le corpus qui intéresse ceux et celles qui prennent la peine de lire à la lumière de leurs propres instruments de travail de tels exposés dans des causes plus ou moins célèbres. Monika Fludernik s'intéresse³, à la suite de Brooks à un fameux cas de responsabilité qui doit sa citation continue principalement au fait d'avoir été rédigé par un juge qui était aussi une grande plume et un des lointains pionniers du mouvement *Law and Literature*, Benjamin Cardozo⁴. Et il serait tout à fait instructif, pour un public français de comparer l'exposé des faits dans le cas *Palsgraf v. Long Island Railroad Company* (May 29, 1928)⁵ et le cas Blanco (M. Blanco contre Manufacture des tabacs de Bordeaux), décidé par le Tribunal des conflits, le 8 février 1873⁶. Les deux espèces concernent des accidents causés par des chemins de fer. Le cas français établit une autonomie des normes du droit administratif et une responsabilité spécifique à l'administration sans fondement législatif et est considéré comme un arrêt fondateur de la jurisprudence administrative, le cas américain limite au contraire la responsabilité privée à un manquement à une obligation d'attention (*duty of care*). Mis à part la différence des problèmes juridiques spécifiques à chaque système, la différence de style apparaîtra probablement comme moins importante qu'on ne pourrait s'y attendre, car l'auteur américain utilise un style concis et elliptique par rapport aux détails jugés sans pertinence, tout comme le fait la sobre et anonyme plume du tribunal français.

Tout dépend pourtant d'abord du cadre et des postulats théoriques sous-jacents. Car l'affirmation intéressante et discutable est moins celle d'une simple utilisation de techniques relevant d'un autre domaine dans un certain champ d'objets et dans celui, disciplinaire, de leur étude, que des thèses explicites ou implicites concernant cet objet lui-même.

Sous sa forme la plus radicale, elle consiste dans une affirmation symétrique : 1) le droit est une narration, 2) la narration produit du droit.

1. R. West, *Narrative, Authority, and the Law*, Michigan University of Michigan Press 1993.

2. *Anatomy of Criticism* : Four Essays, Princeton University Press, 1957.

3. M. Fludernik, « *A Narratology of the Law ? Narratives in Legal Discourse* », in : *Critical Analysis of Law. An International & Interdisciplinary Law Review*, vol 1 (2014), pp. 87-109.

4. B. N. Cardozo, *Law and Literature*, New York : Harcourt, Brace & Co. 193.

5. 248 N.Y. 339; 162 N.E. 99; 1928 N.Y. LEXIS 1269; 59 A.L.R. 1253

6. Cet arrêt est accessible sous : <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/getdoc.asp?id=3269&fonds=DTC&item=1>.

Cette thèse est non seulement fautive parce qu'elle ignore une distinction de nature (I), mais aussi parce qu'elle néglige la différenciation des fonctions assignées aux textes (II) et parce qu'elle crée, ainsi et surtout, une illusion naturaliste et idéologique.

I. Distinction de nature

Une première discussion concerne évidemment les concepts utilisés. Le droit sera ici entendu comme un ensemble hiérarchiquement organisé de normes globalement efficaces et assorties de sanctions. La présentation d'une succession de faits ayant un lien global de causalité et où agissent un nombre délimité de personnages à partir d'un point de départ jusqu'à un point d'arrivée sera considérée comme une narration. Une narration peut contenir plusieurs trames ou histoires organisées en vertu d'un point d'arrivée commun.

Le droit est normatif au sens où il ne reflète pas une quelconque réalité empirique, mais un univers alternatif imposé à des destinataires identifiables. Il se distingue d'autres systèmes normatifs et surtout de la morale comme de trois points de vue constitutifs⁷. Contrairement à la morale qui rend obligatoire l'action bonne en soi et indépendamment des obstacles qu'elle peut éventuellement rencontrer pour autant, naturellement, que l'exigence soit possible, le droit constitue un ordre globalement efficace, c'est-à-dire que ce qu'il impose en termes d'obligations, d'interdictions ou ce qu'il permet ou habilite se réalise dans un nombre significatif de cas sans pourtant coïncider avec la réalité empirique. En deuxième lieu, le droit organise normativement sa propre production et destruction et consiste en ce sens en un système dynamique ou hiérarchisé, alors qu'un système moral est donné une fois pour toutes et ne peut être remplacé que par un autre s'il s'avère inadapté aux intuitions de ses fondateurs ou adeptes. Punir un voleur ou récompenser un citoyen méritoire exige juridiquement un acte particulier et non logiquement déductible de la règle générale. Condamner une action immorale ou saluer une action vertueuse résulte au contraire logiquement du principal général une fois posé. En ce sens, la morale est statique et logiquement ordonnée, alors que le droit peut être parfaitement irrationnel. Enfin, le droit comprend des normes de sanction, c'est-à-dire qu'il prévoit des actions de substitution pour les obligations non remplies ou les interdictions violées, imposées à d'autres destinataires que ceux de l'obligation originaires et conçues de telle façon que ces destinataires ne pourront pas s'y soustraire. En morale, en revanche, la peine et la récompense sont incluses dans l'action elle-même.

La narration est ici conçue dans un sens très large. Certains auteurs exigent qu'il y ait un problème au départ et une solution à la fin et qu'elle crée du sens pour une communauté. Ces exigences paraissent trop restrictives et elles ne sont en général pas suivies par ceux-là mêmes qui les formulent. Elles confondent par ailleurs l'objet d'une narration avec l'attitude qu'un lecteur ou un autre destinataire d'une narration peut avoir par rapport aux histoires en question. Et elle inclut dans la définition un élément normatif qui peut ou ne peut pas s'y trouver et peut ou ne peut pas

7. Cf. O. Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in : J.-L. Petit (sld.), *La querelle des normes – Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, n° 27 (1995), p. 69-113.

être conçu selon les mêmes termes par tout destinataire. La célèbre thèse de Thomas Pavel selon laquelle le monde de la fiction – sous-entendu : narrative – serait en tant que tel un monde de normes et de biens⁸, rencontre l'objection que la question de savoir dans quelle mesure certaines fictions articulent, suggèrent et promeuvent en effet des normes et des valeurs – et lesquelles – est ouverte et non pas une donnée *a priori* constitutive.

Une narration réfère au monde réel ou fictionnel qu'elle propose⁹. Dans les deux cas, elle est descriptive d'événements. Une norme est en revanche la signification d'un énoncé prescriptif. Elle ne décrit rien, ni le monde empirique réel, ni un monde alternatif, fictionnel et souhaité. Elle ordonne, interdit ou autorise des actions possibles sur le mode conditionnel. Si la formulation d'une norme détaille une action possible dans son déroulement, elle emprunte une telle formulation au langage descriptif, mais ne produit pas une description, parce qu'elle n'a pas pour fonction de rendre compte « de ce qui est le cas »¹⁰. En d'autres termes, le langage en apparence descriptif utilisé en vue de formuler des dispositions normatives n'est pas descriptif. Une succession d'événements mentionnée dans une telle formulation ne constitue pas une narration au sens où serait décrite une succession réelle ou fictive d'événements mettant en jeu des personnages.

Soit par exemple « Le président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres » (art. 13 de la Constitution) ; « L'élection du nouveau Président a lieu vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus avant l'expiration des pouvoirs du président en exercice. » (art. 7, 3^e al. de la Constitution). Ces textes sont formulés de manière en apparence descriptive en utilisant l'indicatif, mais leur signification n'est évidemment pas que M. Macron ou M. Hollande ou Charles de Gaulle prenne un porte-plume et signe une certaine feuille de papier tel ou tel jour de tel mois de telle année ou que X ou Y soit élu entre telle ou telle date. Il s'agit d'un côté de l'obligation de tenir un scrutin, d'un autre d'une condition de validité de l'acte « décret » ou « ordonnance » et son destinataire est le titulaire contingent de la fonction « président de la République » qui n'est évidemment pas, en tant que tel, un personnage de narration.

À l'inverse, la présentation d'une succession d'événements ne constitue pas en tant que telle la formulation d'une norme. « Monsieur X fumait dans la station de métro. Un agent de la sécurité de la RATP lui dit que c'était interdit et qu'il devait éteindre sa cigarette. Mais le fumeur répondit que l'affichage ne mentionnait aucune sanction et que par conséquent, cette interdiction était lettre morte ». Cette brève histoire n'implique aucune norme. Elle raconte qu'une personne s'est référée à une norme du droit français, en l'occurrence le décret n° 2006-1386 du 15 novembre 2006 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif¹¹. Et elle raconte qu'une autre personne a fait une observation de théoricien du droit mal informé du droit positif, puisque selon l'article 2 de ce même décret, l'article R. 3512-1 du Code de la santé publique prévoit en effet l'imposition d'une amende prévue pour les contraventions de la troisième classe. La narration qui pourrait naturellement devenir beaucoup plus complexe, par exemple en présentant une longue altercation entre l'agent et le fumeur amenant une large assistance qui commence ainsi à

8. T. Pavel, *Univers de la Fiction*, Seuil, Paris 1988.

9. Cf. O. Pfersmann, « Les modes de la fiction en droit et en littérature », in : F. Lavocat (dir.), *Usages et théories de la fiction*. Presses Universitaires de Rennes 2004, p. 39-61.

10. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, London Kegan Paul 1922, 1.

11. Cf. le texte sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000818309&categorieLien=id>

nouer des liens de sympathie et d'antipathie jusqu'au moment où le fumeur récalcitrant est emmené de force par une troupe d'agents appelés au secours et où une autre personne, prise d'empathie pour le geste de révolte et le sens de la contradiction et l'esprit d'abstraction du théoricien intoxiqué, suit notre héros dans la détresse. Cela pourrait être le début d'une histoire d'amour ou d'amitié, mais jusqu'ici il serait difficile d'induire une normativité quelconque de cette histoire.

Pourtant, il est évident que des histoires peuvent suggérer une valorisation positive ou négative de certaines actions ou simplement stimuler une interrogation morale de la part du destinataire de l'histoire qui se demande quelle réponse est appelée par une telle situation. Cela suppose cependant l'introduction d'une opération herméneutique dépassant le cadre causaliste des événements rapportés. Mais le fait d'opérer une telle réflexion est parfaitement contingent et il conviendrait de distinguer entre l'effet psychologique d'invitation à une certaine attitude ou de répulsion par rapport à certaines actions et l'articulation plus ou moins consciente, plus ou moins élaborée, plus ou moins différenciée d'une norme dont on considère le texte comme porteur ou que l'on reproche au contraire au texte de ne pas suggérer. Le simple fait que la thèse de Thomas Pavel et de ceux qui ont été inspirés par ses travaux ait constitué quelque chose comme une découverte pour ses lecteurs montre bien qu'elle n'avait rien d'évident et que de nombreux lecteurs de Racine ou de Corneille se contentent d'être émus ou de faire des analyses structurales de *Phèdre* ou du *Cid* sans se demander si ces textes portaient des normes et lesquelles et si, oui ou non, ces normes devaient être acceptées ou rejetées ou reformulées. On peut donc se demander à bon droit comment un texte est construit en vue de produire ce type de sentiment et stimuler ce type d'analyse et de réflexion. On peut admettre que tel ou tel auteur ait voulu suggérer et promouvoir certaines actions comme des modèles. Mais cela suppose une prémisse de volonté auctoriale et d'accessibilité interprétative de cette volonté et cela suppose que la narration proposée soit en tant que telle non pas seulement une valorisation psychologique de certains actes, mais la formulation implicite d'une norme par le biais d'une exemplarité individuelle.

Sous ces conditions qu'il convient de rendre explicites et qui s'ajoutent à la narration *stricto sensu*, on peut effectivement admettre qu'une narration engendre de la normativité. Mais justement, la normativité est en fait une clé de lecture surimposée et superposée, mais nullement nécessaire.

On franchit une autre étape, lorsqu'un texte ne se contente pas de présenter des actions, mais ajoute des jugements de valeurs et les intègre dans des caractérisations axiologiquement chargées, « Le geste courageux d'Alexandre », « le pardon magnanime d'Auguste » et ainsi de suite¹². Dans ce cas, certes assez fréquent, la normativité n'est pas engendrée par la normativité, mais accompagne en la caractérisant la description des événements. Et plus un récit sera normativement accompagné de façon explicite et continue, plus on s'écarte de l'idée de la normativité intrinsèque de la narration. Si elle a besoin d'être normativement déterminée, c'est justement qu'elle ne le serait pas de manière immédiate. Mais naturellement, faute d'autres éléments supplémentaires, même ainsi, on demeure dans le cadre d'une évaluation morale d'une narration exemplaire. La distinction entre les narrations

12. H. Putnam remet en question, après d'autres, la possibilité même de distinguer entre une description axiologiquement neutre et une narration axiologiquement chargée (*The Collapse of the Fact / Value Dichotomy and Other Essays*, Harvard University Press 2004). Cet argument est problématique, mais ne vaut en toute hypothèse que dans les cas où la narration d'une action est en effet axiologiquement chargée, ce qui est le cas dans les exemples proposés par l'auteur.

psychologiquement suggestives et les narrations axiologiquement déterminées et normativement explicites est souvent négligée dans les analyses respectives.

Une telle technique de valorisation explicite peut naturellement être introduite à des fins très diverses et entre autres de légitimation ou de délégitimation de données juridiques.

Prenons un exemple :

« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l’homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Le Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 est un bel exemple de brève et suggestive narration axiologiquement déterminée. Il n’est pas simplement dit que la France fait partie des vainqueurs de la Seconde Guerre mondiale, mais qu’elle a fait partie d’une alliance du bien contre le mal et qu’elle renouvelle son attachement à certains principes normatifs eux-mêmes présentés comme fondateurs. Mais si ce texte proclame ces faits, certes caractérisés, il ne dit pas grand-chose de précis en termes d’obligations, de permissions ou d’obligations. De ce point de vue, il demeure indéterminé. Lorsqu’il a été intégré dans le droit constitutionnel positif (par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juin 1971), cette narration a changé de nature, mais son application concrète comme norme de référence du contrôle de constitutionnalité demeure hautement problématique.

Un deuxième exemple montre une délégitimation par narration axiologiquement déterminée : le préambule de la Déclaration d’indépendance des Treize colonies américaines. Ce texte célèbre est connu pour ses premiers paragraphes¹³ qui ne sont justement pas narratifs – ou fort peu, en comparaison de ce qui suit – et qui, comme le Préambule français énoncent des principes indéterminés s’appuyant sur la condamnation narrative des faits qui suivent.

Ce genre de texte implique incontestablement une forte dimension sinon parfois une rédaction exclusivement narrative. Le point est que leur narrativité affaiblit ou annule leur normativité, car elle est tellement indéterminée qu’aucun ensemble précis d’actions ne se trouve déontiquement modalisé. En fait, ces textes ne sont la plupart du temps pas conçus pour être proprement juridiques ou ne le sont pas parce que le degré suffisant de normativité déterminée leur fait défaut. La transformation de leur statut par des actes postérieurs vise à tirer profit de cette indétermination qui permet à ceux qui s’en prévalent d’élargir considérablement leur champ de compétence. Mais cela ne prouve naturellement rien en ce qui concerne la nature de ces textes.

Il convient de ne pas confondre le fait que certains textes soient intégrés dans des documents constitutionnels ou législatifs et leur statut effectif. Le simple fait d’apparaître dans un document

13. Déclaration d’indépendance du 4 juillet 1776: “*When in the course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the laws of nature and of nature’s God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation. We hold these truths to be self-evident: That all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; that, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness...*”

qualifié de la sorte n'en fait pas à lui tout seul une donnée juridiquement normative. L'utilisation de textes narratifs axiologiquement chargés, mais pragmatiquement indéterminés pose simplement des problèmes parfois inextricables à l'interprète, soit constitue indirectement une attribution excessive de pouvoir discrétionnaire aux organes chargés de leur application.

II. Différenciation des fonctions

Mais même au sein des textes ayant une fonction juridique au sens large, il convient d'en distinguer clairement les aspects.

Le fait qu'il y ait des textes relatant des événements juridiquement pertinents constitue une évidence. Afin de pouvoir appliquer une norme, il convient d'identifier les faits qui pourraient correspondre à l'élément conditionnel de la formulation de la norme : *si certains événements se produisent, alors certaines actions sont obligatoires (permises, interdites)*. Mais ces faits sont pertinents parce que la norme les constitue comme tels. Si l'on considère en revanche que ce soit le récit qui engendre une norme, on commet un sophisme naturaliste, contrevenant à la loi de Hume. C'est pourtant ainsi que semblent raisonner certains théoriciens du droit comme de la littérature dont les conceptions convergent quant à la valorisation du récit comme source normative. Il conviendrait naturellement de leur consacrer une étude beaucoup plus détaillée qu'il n'est possible de le faire en ce lieu où nous nous contenterons d'en esquisser les principaux éléments.

La thèse fondamentale de ces conceptions consiste dans l'affirmation que la narration est constitutive de la réalité culturelle humaine et par conséquent de la réalité juridique.

L'un des textes initiaux est sans doute dû à la plume de Robert Cover¹⁴ pour lequel l'univers normatif qui nous entoure est de nature narrative. L'auteur analyse des exemples de discours normatifs visant à donner des fondements à une communauté, principalement dans l'Ancien Testament. Cependant, les prémisses de ce raisonnement sont problématiques. Tout d'abord, Robert Cover part de l'idée qu'il existe un « univers normatif » et que nous y « habitons ». Mais un univers normatif n'est autre chose qu'un ensemble de propositions prescriptives par rapport auquel on détermine son propre comportement, mais non un *habitat*. L'usage du terme « habiter » constitue un abus de métaphore visant à propager l'idée que les normes seraient un milieu de vie en un sens quasi-biologique. En second lieu, cette « maison normative » est vue comme narrative. Or, mis à part les difficultés concernant la première affirmation, il aurait fallu, concernant la seconde, montrer que les récits engendrent en tant que tels des normes qui constitueraient notre milieu de vie. Et même si nous acceptions l'interprétation des textes invoqués par Robert Cover, il n'en résulterait nullement qu'ils constitueraient un habitat normatif tel que cet auteur semble l'imaginer.

14. R. Cover, "Nomos and Narrative", in : The Supreme Court 1982 Term, *Harvard Law Review* 97 (1983), pp. 4-5: "We inhabit a nomos – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. The student of law may come to identify the normative world with the professional paraphernalia of social control. The rules and principles of justice, the formal institutions of the law, and the conventions of a social order are, indeed, important to that world; they are, however, but a small part of the normative universe that ought to claim our attention. No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for each Decalogue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live."

Les idées de Robert Cover cristallisent un ensemble de conceptions cherchant à rendre plausible l'idée que la normativité serait intrinsèquement narrative. Comme le résume par exemple Jane Baron, « *The legal discourse we observe, create, and participate in is already ordered into narratives. It is just that some are more visible than others* ». Et Julia Epstein complète dans un autre article: « *It can be argued that all human understanding is finally organized by and achieved through narrativity, that narrative can be said to underpin all Western epistemologies* »¹⁵. Pour ces auteures, comme pour d'autres, tout texte juridique est juste une histoire ou s'il y a combinaison, une narration. Les partisans de cette conception fondent leur thèse sur une théorie non-fondationnaliste en épistémologie, c'est-à-dire que l'objectivité est, pour elles, un but certes méritoire, mais inaccessible et chaque prétention de vérité est inéluctablement incorporée dans des conditions sociales et politiques de production qui lui confèrent un biais insurmontable. Plus précisément, les acteurs formulant des textes juridiques seraient, pour les partisans de cette position, axiologiquement déterminés par des éléments externes non maîtrisables et par conséquent incapables d'accéder à un point de vue objectif, quel que soit le degré d'effort ou de prétention en sens contraire.

Cette thèse est erronée et ses conséquences désastreuses. Elle ne tient pas compte de la différence de statut et de fonction des textes en question et elle s'enfonce dans un relativisme auto-contradictoire.

En effet, si l'on était attentif à la différence des genres littéraires, il conviendrait de distinguer au moins quatre types de textes pouvant apparaître dans des contextes juridiques : la description de faits, la formulation de normes, l'interprétation motivante d'une décision, l'analyse doctrinale.

Le genre qui semble le plus attractif pour le « narratologue » est évidemment la présentation des faits d'une affaire judiciaire. Elle peut à son tour se subdiviser en plusieurs genres : les faits narrés par un témoin, par un expert, l'exposé des faits dans une décision juridictionnelle. Les deux premiers genres sont plus strictement descriptifs et événementiels, alors que le troisième est préfiltré par l'évaluation normative qui va suivre. Le témoin, surtout lorsque sa déposition est recueillie dans son immédiateté est rarement stylistiquement et axiologiquement élaborée, même si elle peut être axiologiquement chargée parce qu'il ou elle ne sait pas bien distinguer les faits stricts de leur appréciation qui ne lui appartient et que le juge se réserve. L'expert le sait en général bien mieux et cherchera à ne dire que ce qui peut directement être subsumé sous telle ou telle disposition normative. C'est ce que fera de manière plus ou moins concise le juge lui-même qui présente en quelque sorte rétrospectivement les événements qu'il apprécie ensuite d'un point de vue juridique, mais qu'il a en général préalablement dégraissés en vue de ne retenir que ce qui sera strictement pertinent à cet effet.

Il peut toutefois y avoir de fortes différences selon que le juge lui-même cherche à opérer une présentation *rhétorique* de ces événements, c'est-à-dire suggérant certaines appréciations et utilisant, au moins discrètement des appréciations non encore techniques déjà orientées vers un certain résultat. Il appartiendrait à la doctrine juridique de déjouer ces stratagèmes et au littéraire de lui apporter son concours plutôt que de chercher avec enthousiasme dans la narrativité une normativité intrinsèque.

15. J. B Baron, J. Epstein, « Is Law narrative? », in : *Buffalo Law Review*, vol. 45 (1997), pp. 141-187; publié également en tant que Temple University Legal Studies Research Paper, accessible sous : <https://ssrn.com/abstract=1974720>.

Car ces textes sont substantiellement et procéduralement déterminés par des normes juridiques, à savoir les codes de procédure qui intiment l'obligation de présenter les faits séparément de leur appréciation.

Une tendance du mouvement « Droit et Littérature » consiste à se demander ce qui est tu ou ce qui manque dans ces exposés en tant que parole minoritaire ou opprimée. Une telle interrogation n'est certainement pas pertinente au regard du droit. Les faits s'apprécient au regard des normes qui les régissent et non d'autres histoires, aussi intéressantes ou importantes soient-elles d'un point de vue littéraire ou moral.

La question de savoir si quelque chose est passé sous silence dans un récit et que cet élément est lié à une position opprimée dans un contexte social et politique est certes intéressante, mais n'apporte rien à l'analyse juridique. Si, en revanche, des éléments sont passés sous silence qui auraient dû faire l'objet d'un récit, alors il s'agit d'une violation des règles de procédure visant à établir les faits pertinents au regard des normes applicables. Il peut s'agir d'un faux témoignage ou d'une fausse expertise et si cela est effectivement établi, ces silences sont passibles de sanctions. Il est certes possible qu'au regard d'une normativité morale extra-juridique, la situation soit appréciée de manière tout à fait différente, mais l'hypothèse invoquée était justement qu'il s'agissait d'un problème juridique et non moral.

Il se pourrait, ensuite, que certaines discriminations juridiquement pertinentes n'aient pas été mentionnées et se trouvent par conséquent exclues de l'appréciation normative. Il s'agirait alors d'un vice de procédure et en conséquence d'une erreur de droit (le jugement ne tient pas compte d'une discrimination qui aurait dû être relevée) et c'est en tant que telle qu'elle devra être critiquée. S'il s'agit au contraire de dire que telle ou telle norme n'est pas juste parce qu'elle ne relève pas telle ou telle injustice, c'est à nouveau à un autre type de texte de s'en emparer et non de l'exposé des faits dans une espèce donnée.

En d'autres termes, l'analyse de la qualité littéraire d'un exposé des faits est d'abord subordonnée à celle de sa pertinence juridique et uniquement selon les critères de droit positif prévus à cet effet.

L'interprétation est un exercice en principe détaché de la factualité et qui vise à restituer la signification des textes formulant les normes applicables à l'espèce. Mais il décompose en fait en deux éléments souvent confondus : l'interprétation proprement dite et les arguments de choix d'une des solutions possibles. Et l'interprétation proprement dite peut devoir inclure des éléments factuels et narratifs parce qu'elle concerne la signification d'un point de vue descriptif. La reconstruction des circonstances et du contexte de l'élaboration d'un texte seront souvent pertinents en vue de l'identification de sa signification. Il peut en naître une tentation de biais narrato-axiologique qui devrait être au contraire éliminée et critiquée et qu'il sera souvent difficile de saisir avec précision.

Il sera par exemple dit que le constituant a voulu certaines choses dans un certain contexte historique. De la sorte on cherche à introduire une constitution derrière la Constitution qui serait la véritable Charte fondamentale¹⁶. On n'interprète pas le texte, mais des prétendues volontés qui ne se sont finalement pas formalisées dans le texte.

16. Cf. O. Pfersmann, "The only constitution and its many enemies", in Andras Sajó, Renata Uitz (éd.), *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International Publishing Utrecht 2010, pp. 45-68 ; et, du même auteur, « Unconstitutional constitutional amendments : a normativist perspective », in *Journal of Public Law/Zeitschrift für öffentliches Recht* Volume 67 (2012), pp. 81-113, Doi : 10.1007/s00708-012-0130-x.

Les textes formulant des normes ne sont pas narratifs et si des documents constitutionnels ou législatifs sont narratifs, ils ne sont pas juridiquement normatifs. Les préambules ne sont pas des contre-exemples. Car en vue de les intégrer dans le système normatif, il faut les recomposer de telle façon que des éléments narratifs soient lus comme des normes. Un exemple particulièrement problématique est donné par le Préambule de la Constitution française de 1946¹⁷ qui a été interprété comme instituant un principe de dignité humaine à l'instar de l'article premier de la Loi fondamentale allemande aux termes duquel « La dignité humaine est inviolable », disposition également problématique, mais pour d'autres raisons¹⁸.

Assurément, les textes ont une histoire et sont adoptés et modifiés au cours de l'histoire, mais ils ne *sont* pas pour autant des histoires et leur signification ne naît pas simplement de leur contexte, puisqu'un texte normatif vise à imposer un monde souhaitable contre le contexte factuel.

Un autre genre de texte, tout à fait différent, est donné par le travail doctrinal, c'est-à-dire la discipline dont la tâche consiste à analyser, à expliquer et à présenter le droit positif de manière systématique. Ces textes ne sont donc pas normatifs, mais explicatifs de normes, en d'autres termes ils sont descriptifs dans le meilleur sens du terme. Ils décrivent et analysent le droit à certain moment de référence. Comme pour le juge, il s'agit d'interprétation au sens strict et comme pour le juge, l'histoire pourra servir l'interprétation pour autant que des données factuelles historiques permettent d'identifier le sens d'un texte. En revanche, un exposé doctrinal qui ne chercherait qu'à promouvoir une certaine vision partielle du texte à partir d'un objectif partisan ne serait pas un travail doctrinal correct. La tâche de la doctrine consiste, entre autres dans la dénonciation de l'utilisation narrato-axiologiquement biaisée de techniques oratoires et non dans leur valorisation.

La thèse de Baron et Epstein constitue en ce sens une immunisation contre un tel examen critique. Si tout est inéluctablement biaisé, on est naturellement fondé à raconter et à promouvoir la vision qui convient le mieux à l'interprète, précisément parce que l'interprète est sensé en toute hypothèse une vision tendancieuse des faits.

Il n'en demeure pas moins qu'un usage orienté de la présentation de faits est très fréquent. Et sa technique rhétorique suit un schéma assez particulier, surtout dans les pays de Common Law dont la France fait partie sans le savoir¹⁹. Dans ces pays prévaut en effet, la technique de transmission du savoir juridique disciplinaire par des précis, manuels ou traités qui présentent des cas – dont la succession suggère une avancée vers le bien et du bien vers le meilleur. Aux États-Unis, le cas *Dredd Scott vs Sanford*²⁰ du 6 mars 1857, nie le droit d'un esclave à l'émancipation par le séjour dans un territoire non-esclavagiste. Il est considéré comme une des causes immédiates de la guerre de Sécession. Mais en même temps, c'est la deuxième fois après 1803 que la cour procède

17. « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'Homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

18. Le Préambule de la Constitution de 1946 (note précédente) a été considéré par le Conseil constitutionnel comme instituant un principe de dignité de la personne humaine dans la décision bioéthique de 1994 (Déc.343-344 DC).

19. À condition que l'on considère comme constitutif d'un tel système que les normes juridiques sont principalement produites par les juridictions et non les organes législatifs institués à cet effet.

20. *Dred Scott vs. John F. A. Sandford* : 60 U.S. 393 (1856).

à une annulation d'une loi fédérale (le compromis du Missouri) pour inconstitutionnalité et à ce titre, elle fait partie d'une histoire victorieuse. Plus près de nous, les décisions de la Cour suprême que la doctrine américaine qualifie de « grandes » sont des arrêts qui se situent à la limite sinon au-delà des compétences de la Cour. L'abolition de la ségrégation raciale, de l'interdiction de l'avortement ou de la contraception sont très difficilement déductibles de la Constitution américaine. Mais c'est parce qu'elles sont juridiquement problématiques et moralement progressistes que ces décisions sont considérées comme *grandes*²¹ et comme s'inscrivant dans une histoire dont le juriste a la mission de fournir la narration.

En France, le Conseil constitutionnel intègre, par une célèbre décision du 16 juillet 1971, le Préambule de la Constitution de 1958²² dans le corps du droit constitutionnel formel et ouvre ainsi la voie à une jurisprudence protectrice des droits fondamentaux. D'un point de vue moral et politique, personne ne s'y opposera. Mais d'un point de vue strictement juridique cette décision est inconstitutionnelle et même révolutionnaire puisqu'elle intègre des données dans la Constitution qui sont externes à la Constitution.

La présentation doctrinale joue alors sur deux tableaux incompatibles. Elle insistera d'un côté sur le caractère novateur, audacieux, voire *révolutionnaire* de cette décision²³, d'un autre côté, elle présentera l'affaire comme l'accomplissement de données qui se seraient trouvées depuis toujours dans la Constitution, mais qu'il fallait consacrer. Ce genre d'analyse doctrinale est effectivement narratif et narrato-axiologique. Il présente la jurisprudence comme un exercice à la fois en rupture et en continuité, et réussit à ne pas créer l'impression d'une contradiction pourtant manifeste. La casuistique qui pense la norme à partir du cas et non le cas à partir de la norme valorise une attitude révolutionnaire ou putschiste qui est inaccessible pour le simple mortel qui ne participera jamais à un tel renversement inaperçu. Le droit dans son évolution paradoxale demeure ainsi valorisé comme une donnée inaccessible.

L'identification abusive de la normativité et la narrativité constituent ainsi une entreprise fondée sur une confusion théorique fondamentale, celle entre les faits et les normes. Elle constitue une variante de naturalisme. Son objectif est idéologique. Il s'agit de promouvoir la modification du droit en dehors des voies juridiquement prévues à cet effet en dévalorisant la recherche de l'objectivité dans le travail doctrinal. Elle doit être combattue.



21. Cf. O. Pfersmann, "Legal Globalisation as a Municipal American Problem" : *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi* 2017, pp. 475-498.

22. « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004... ». Le préambule a lui-même été modifié afin d'intégrer la référence à la Charte de l'environnement.

23. Cf. O. Pfersmann, « Révolutions constitutionnelles, analyses doctrinales et justifications jurisprudentielles », à paraître in : Olivier Cayla, Jean-Louis Halpérin (sld.) *Néorétro constitutionnalisme*, Paris Mare & Martin 2018.