Document generated on 07/15/2025 6:11 a.m.

Revue générale de droit

Transformer le droit en le décrivant : à propos de la « décriture du droit »

Vincent Forray and Sébastien Pimont

Volume 49, Number 1, 2019

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1062172ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1062172ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Forray, V. & Pimont, S. (2019). Transformer le droit en le décrivant : à propos de la « décriture du droit ». *Revue générale de droit*, *49*(1), 269–290. https://doi.org/10.7202/1062172ar

Article abstract

This text deals with a phenomenon of transformation of law through one of its essential modalities of existence: writing. Legal texts are not only written by legislators or bodies entitled to make legal rules, but also by jurists in their daily activities: interpretation, plead, council, teaching, decision... The texts written by jurists are, for a part, intentionally descriptive. They mean to be an indication of legal rules, accordingly to the structure of rule of law within which jurists do not have power to make law. But in spite of such a descriptive intention, the written descriptions of law accomplish a transformation of it—this is a change of its form. This phenomenon of transformation is what is called 'descripture of law' in this article. It means the continuous realization of legal order through jurists' writings.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2019

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Transformer le droit en le décrivant : à propos de la « décriture du droit »

Vincent Forray* et Sébastien Pimont**

RÉSUMÉ

Ce texte examine un phénomène de transformation du droit à partir d'un questionnement portant sur l'une de ses modalités d'existence : l'écriture. Cette écriture n'est pas seulement le fait d'un législateur ou d'un organe habilité à dire le droit. Les juristes produisent quotidiennement des textes pour les besoins de leurs diverses activités : interpréter, plaider, instrumenter, enseigner, décider… Ces textes sont, pour une part, délibérément descriptifs. Ils visent à indiquer par écrit le droit. Pourtant, en dépit d'une telle intention descriptive, intention par elle-même conforme à l'architecture institutionnelle de l'état de droit, la description écrite du droit transforme celui-ci, lui donne une autre forme. C'est ce phénomène que le présent article appelle « décriture », autrement dit, la réalisation continue de l'ordre juridique par l'écriture des juristes.

MOTS-CLÉS :

Droit, existence, écriture, juristes, formes, décriture.

ABSTRACT

This text deals with a phenomenon of transformation of law through one of its essential modalities of existence: writing. Legal texts are not only written by legislators or bodies entitled to make legal rules, but also by jurists in their daily activities: interpretation, plead, council, teaching, decision… The texts written by jurists are, for a part, intentionally descriptive. They mean to be an indication of legal rules, accordingly to the structure of rule of law within which jurists do not have power to make law. But in spite of such a descriptive intention, the written descriptions of law accomplish a

* Professeur agrégé et directeur du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Faculté de droit, Université McGill. Ce texte est une version écrite et retravaillée de la présentation faite lors de la Journée Germain-Brière du 22 septembre 2018 par Vincent Forray, lequel tient à remercier ici le professeur Vincent Caron pour l'y avoir invité.

** Professeur des Universités à l'École de droit de Sciences Po (Paris).

transformation of it—this is a change of its form. This phenomenon of transformation is what is called 'descripture of law' in this article. It means the continuous realization of legal order through jurists' writings.

KEY-WORDS:

Law, existence, legal writing, jurists, forms, descripture.

SOMMAIRE

Introduction 270
I. En partant de l'écriture : un phénomène 273
A. La production d'une forme juridique 273
B. La formalisation du droit par l'écriture 275
1. Le mouvement de l'écriture 275
2. L'ordre de l'écriture 279
3. La signification de l'écriture (une trahison) 281
II. En allant vers le droit : une théorie 282
A. La décriture est un acte individuel 283
B. La décriture est une activité collective 285
C. La décriture est un fait politique 287
D. Conséquences de la décriture dans le monde du droit 289

INTRODUCTION

La doctrine et la théorie juridiques, la philosophie aussi[1], se sont beaucoup interrogées sur ce qu'est le droit[2]. On a posé, encore et encore, le problème de sa définition, de son essence[3], ou encore celui de son ontologie[4]. Toutefois, la persistance de cette interrogation,

1. Voir l'impressionnant inventaire réalisé par Huntington Cairns et rapporté par Pierre Schlag, « The Aesthetics of American Law » (2002) 115:4 Harv L Rev 1047, traduit par Sébastien Pimont, « L'esthétique du droit : expérience américaine » (2015) 5 Jurisprudence – Revue critique 7 aux pp 40–41.

2. Pour une analyse de la question elle-même, voir Scott J Shapiro, *Legality*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2011 aux pp 1–35.

3. Voir Michel Troper, *La philosophie du droit*, 3e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2011 aux pp 3–8.

4. On pourra lire sur ce point les intéressants développements de Mate Paksy, « Leibniz et les questions de l'ontologie juridique : la science, les règles et le concept du droit » (2018) 19 Astérion (16 novembre 2018), en ligne : <journals.openedition.org/asterion/3573>.

comme l'absence de réponse convaincante qui lui est apportée[5], n'empêche pas les juristes de faire du droit, le législateur d'en produire, les juges d'en décider, les sujets de devoir y obéir et le public de s'y intéresser. Ainsi, le droit *existe* avant d'être *défini* ou même sans être défini; il existe sous de multiples formes : des textes, des règles, des jugements, des discours… Ce qui invite à embrasser d'autres horizons. On peut ainsi se demander non pas ce qu'est le droit, mais *comment il est*[6]; poser, en d'autres termes, la question de ses modalités d'existence et celle des formes qui permettent d'en faire l'expérience.

Une telle question concerne au premier chef les acteurs du droit. Elle n'est pourtant pas l'apanage de l'anthropologie ou de la sociologie juridiques. Les juristes ont la possibilité, à l'intérieur de leur théorie ou de leur pratique, d'enquêter sur ce qu'ils font, sur la littérature qu'ils produisent. Ce genre d'investigation est susceptible, peut-être contre toute attente, de mettre au jour des phénomènes sur lesquels la science juridique garde, jusqu'à présent, le silence. Il nous semble que la *décriture du droit* est l'un de ceux-là[7].

Nous appelons décriture le phénomène de transformation du droit par l'écriture de textes dans lesquels les juristes entendent simplement décrire ce dernier. Une telle activité de description est banale : elle est le fait quotidien d'un enseignant lorsqu'il présente une question à ses étudiants; d'un avocat ou d'un notaire lorsqu'ils rédigent une consultation ou, pour le premier, des conclusions et qu'à l'occasion de la rédaction de ces actes, ils précisent l'état du droit positif; d'un juge lorsqu'il rédige un jugement et qu'il fixe dans un attendu ou un considérant le contenu de la règle de droit à appliquer. Le terme décriture a été imaginé pour indiquer l'irréductibilité d'une telle opération à toute catégorie juridique. Ce mot est un néologisme formé à partir de deux verbes : écrire et décrire[8]. Il désigne l'action d'écrire en ayant

---

5. Là-dessus, directement, voir Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, 2e éd, coll « Clarendon Law Series », New York, Oxford University Press, 1994.

6. Et à condition qu'il s'agisse bien de la première question que l'on pose. Hans Kelsen posait la question du comment après celle de l'essence ou de l'ontologie, ce qui change tout : « La théorie pure du droit […] se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est », *Théorie pure du droit*, 2e éd, traduit par Charles Eisenmann, Paris et Bruxelles, LGDJ et Bruylant, 1999 à la p 9.

7. À propos de ce phénomène et de la théorie qu'il est possible d'en tirer, voir Vincent Forray et Sébastien Pimont, *Décrire le droit… et le transformer. Essai sur la décriture du droit*, coll « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2017.

8. Le mot rappelle à lui la relation étymologique entre écriture et description. « Décrire » suppose le fait d'« écrire » (*scribere*) : *descrire,* c'est « d'après écrire » (*de / scribere*).

l'intention de décrire le droit; il indique aussi le résultat de cette description : le texte écrit. Par ailleurs, il permet d'insister sur l'effet propre de l'écriture, terme qui offre sa consonance au mot *décriture*.

Évidemment, le fait que la science du droit ne dise rien d'un tel phénomène ne signifie pas qu'il n'existe pas. Il est simplement difficile à appréhender. La difficulté vient de ce que, pour le dire vite, en employant nos mots, c'est-à-dire ceux du droit et de sa science, en respectant la discipline juridique, nous réinstaurons sans cesse ce que nous voulons contourner, discuter, critiquer. Les catégories de notre savoir, les termes par lesquels nous désignons les éléments du droit font obstacle à la perception de certains phénomènes qui participent pourtant à son existence. Ainsi, coincés entre sources du droit et méthodes d'interprétation, entre droit et science du droit, entre énoncé de droit et énoncé juridique, entre prescription et description, entre acte de volonté et acte de connaissance, nous sommes désarmés pour saisir ce que l'écriture fait au droit alors même qu'elle n'est employée que pour le décrire.

Toutefois, si nos théories sont silencieuses à propos d'un tel phénomène, les juristes, eux, peuvent en avoir l'intuition, à partir d'un certain niveau de concentration sur l'activité consistant à écrire pour décrire le droit. Il suffit pour cela de considérer les textes, non pas du point de vue de leur contenu, de leur sens, si l'on préfère, mais du point de vue de leur constitution formelle, de leur structure. Il faut voir les textes! Effectivement, le sens d'un texte nous rapproche de ce que celui-ci décrit — son objet, disons — tandis que sa structure ou sa forme, en tant que modalités qui assurent la communication du sens, nous en éloignent, nous mettant ainsi en présence d'autre chose que de l'objet décrit : des signes disposés dans un certain ordre, un « être concret »[9]. S'attachant à cet aspect du texte, on suspectera qu'il est autre chose que ce qu'il décrit et que la production de cette chose a ses propres conséquences.

Pour pouvoir passer de l'intuition à la représentation du phénomène de décriture du droit, il faut d'abord porter notre attention sur l'écriture elle-même. Car le phénomène en cause n'est rien d'autre qu'un type d'effets produits par la répétition du geste d'écrire. Autrement dit, pour prendre conscience de la transformation du droit par la production des textes le décrivant, il faut d'abord comprendre ce que l'écriture

9. Sur ce point, voir Claude Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962 à la p 32.

fait, en général, au droit. Après cela (I), nous tâcherons de présenter les grandes lignes d'une théorie de la décriture du droit (II).

I. EN PARTANT DE L'ÉCRITURE : UN PHÉNOMÈNE

Le phénomène de décriture peut être appréhendé une fois éclaircis les effets de l'écriture sur le droit. Or, il faut distinguer entre l'écriture entendue comme la fixation du discours dans un texte et l'écriture entendue comme le mode de production d'une littérature, c'est-à-dire de l'ensemble des textes écrits[10]. Dans le premier cas, l'écriture consiste à fabriquer une forme juridique singulière (A); dans le second, elle consiste à formaliser le droit dans l'ensemble, elle confère au droit sa forme écrite (B).

A. La production d'une forme juridique

Écrire le droit, c'est consigner une volonté (comme celle d'un « législateur »), une interprétation (comme celle d'un juge) ou une compréhension (comme celle d'un professeur) dans un texte. Il s'agit donc, en tout premier lieu, de fabriquer une chose : l'écriture n'est pas seulement une technique d'expression, mais aussi de fixation sur un support physique. On la définit volontiers comme la représentation graphique de ce qui est dit. Par suite, écrire le droit consiste à faire advenir la parole, la pensée ou l'intention juridique en tant que choses[11]. De ce point de vue, l'écriture met, en quelque sorte, le droit au monde, puisque, sans elle, le droit n'aurait pas d'existence au-delà de l'instant.

Si l'on accepte de prendre en considération cette opération de l'écriture, la perception du droit change. Avant d'être des règles, des jugements ou des interprétations, le droit apparaît sous la forme de textes qui, là, devant nos yeux, le placent dans le monde vécu. Or, le texte est aussi le signe d'une transformation du droit : d'immatériel, celui-ci est devenu matériel, tangible, tombant sous les sens. Transformer, cela veut dire donner une autre forme. L'écriture a donc pour effet d'entraîner le droit vers un mode d'existence particulier qui est la *forme*[12].

---

10. Alain Viala, « Littérature » dans Paul Aron, Denis Saint-Jacques et Alain Viala, dir, *Le dictionnaire du littéraire*, coll « Quadrige/Dicos poche », Paris, Presses universitaires de France, 2014, 349.

11. Ce que Hannah Arendt appelle le processus de réification dans *Condition de l'homme moderne*, traduit par Georges Fradier, Paris, Pocket, 2008 aux pp 140–41.

12. Sur l'importance de la forme comme mode de reconnaissance du droit, voir Philippe Jestaz, « Définir le droit… ou l'observer » (2017) 4 RTD civ 775.

Avoir une forme implique, en particulier, d'être doté des qualités qui inscrivent l'objet dans un rapport au *sensible* — le texte juridique tombe sous les sens — et à l'*intelligible* — le texte juridique est identifiable par l'intelligence. On peut dresser un inventaire rapide de ces qualités. La forme se caractérise par la présence d'un élément matériel; elle établit symboliquement ce dont elle parle; elle constitue une structure; elle est un médium, au sens d'un intermédiaire corporel et elle dispose d'une puissance évocatrice, c'est-à-dire qu'elle éveille le sentiment du droit. On pourrait dire pour résumer que l'écriture confère au droit des qualités esthétiques[13].

Il faut alors remarquer que cette forme détermine l'expérience du droit dans la société[14], du moins au sein de notre culture qui en est une de l'écrit. Nous voulons dire par là que le texte juridique fait éprouver la loi, le jugement ou la compréhension du droit à ceux à que le droit concerne, qu'il s'agisse de lui obéir ou simplement d'en prendre connaissance. Par exemple, le juriste qui renseigne son client, ou le professeur qui prépare un cours, utilise les matériaux qui lui sont familiers (recueils de lois, de jugements, dictionnaires, traités et manuels…), afin de permettre au public d'appréhender le droit dont il parle. La mise en forme de la loi dans un code constitue un dispositif similaire, à ceci près qu'il s'agit de prescrire en même temps que d'informer. La même remarque peut être faite à propos des formes les plus simples du droit et qui pullulent dans le monde vécu : affiches qui informent, panneaux d'interdiction, contrats, testaments…

Il apparaît donc que la forme juridique est une façon d'envisager le droit de telle manière qu'il devienne le matériau de construction d'une expérience adéquate pour le public, ou la masse de ceux qu'on appelle sujets de droits. Cette expérience consiste à ressentir la *présence concrète* du droit.

On pourrait objecter que cette expérience du droit est souvent moins intellectualisée. Dans une prison, un hôpital, une entreprise, le droit s'exerce sur le corps; on peut dire qu'il se vit. Il faut cependant se demander ce qui, dans de tels cas, autorise à parler d'expérience du droit. Or, il sera difficile de répondre sans recourir à un texte. En fait, c'est impossible. Dans notre culture de l'écrit, la certitude de la

---

13. Voir Desmond Manderson, *Songs Without Music: Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Berkeley (Calif), University of California Press, 2000.

14. Sur le rapport entre forme et expérience, voir John Dewey, *L'art comme expérience*, traduit par Jean-Pierre Cometti et al, Paris, Gallimard, 2005 à la p 193.

qualification d'une expérience juridique dépend d'un texte et, donc de la mise en forme du droit par l'écriture. C'est pourquoi on peut affirmer que celle-ci commande *toute* possibilité d'éprouver le droit.

Jusqu'à présent, dans l'argumentation ici développée, cette écriture qui met en forme a été envisagée comme un acte singulier : la production d'un texte. Pourtant, à son horizon se trouve l'univers des autres formes juridiques que le texte rejoint dans le moment de son écriture[15]. Il y a une pluralité des formes qui doit être prise en considération. En somme, l'écriture du droit, c'est la totalité des textes écrits; c'est l'écriture en train de se faire, les textes liés les uns aux autres dans ce qu'il convient d'appeler une littérature[16]. Le droit trouve donc aussi une forme dans son *déploiement littéraire*. On ne saurait comprendre pleinement ce que l'écriture fait au droit sans évoquer les effets de ce déploiement : la formalisation du droit dans l'ensemble.

B. La formalisation du droit par l'écriture

Il s'agit ici de saisir l'écriture comme une opération globale, génératrice d'une totalité; ce que désigne bien le terme littérature. Cette opération consiste en un mouvement continu (1); elle consiste aussi à doter le droit de deux attributs de l'écriture : un ordre (2) et une signification (3).

1. Le mouvement de l'écriture

Le mouvement qui caractérise la formalisation du droit par l'écriture est d'abord celui d'une *répétition*. En effet, l'inscription du droit dans un texte est un geste constamment répété, plusieurs fois par jour, au gré des motifs variés qui conduisent à écrire : juger, plaider, enseigner, légiférer… et ceci dans chaque cas. Ce fait de la multiplication des formes conduit d'abord à faire le constat d'une augmentation de la masse matérielle du droit. Il y a là le signe d'une activité juridique qui ne connaît pas d'interruption, comme si le droit ne pouvait jamais être fixé une fois pour toutes. Qu'il s'agisse d'un code, d'une constitution,

15. Dans *La fabrique du droit*, Bruno Latour avait insisté sur la constitution de cet « univers textuel » : Bruno Latour, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004.

16. Sur l'intertextualité, il faut mentionner ici deux importantes sources utilisées pour ce travail : Julia Kristeva, *Σημειοτιχη* [Recherches pour une sémanalyse], Paris, Seuil, 1969; Gérard Genette, *Palimpsestes. La littérature au second degré*, Paris, Seuil, 1982.

d'une consultation juridique, d'une indication quelconque, aucune forme ne réalise pleinement le droit, dans la mesure où son expression est sans cesse repoussée dans le texte à venir. Il est donc irréductible à une forme unique ou un type de forme. Le droit prend, sous l'effet de l'écriture, une forme totale et infinie, faite de toutes ses formes.

En outre, la répétition du geste d'écrire contribue à assurer la continuité du droit; son évolution, si l'on veut. Car toute forme juridique, quoiqu'elle dispose de sa propre cause, comporte une part qui rappelle à elle l'état du droit dans lequel elle intervient. *Elle se situe dans l'univers formel du droit*. Prenons un exemple très simple, soit un jugement de la Cour suprême. Il signale à l'attention les formes qui le précèdent : en indiquant qu'il est rendu en appel du jugement de telle ou telle cour, il vise une institution antérieure, productrice de la forme (sorte de cause formelle); il rappelle aussi au texte les arguments des parties qui sont les formes juridiques des intérêts en cause; il mentionne le numéro de dossier, qui sous-entend la production des autres jugements; il cite les textes (lois et jurisprudence) qui déterminent la solution et qui sont des formes juridiques par excellence, etc. L'écriture du jugement donne à l'ensemble une consistance nouvelle. Il rappelle les éléments dont il confirme, à sa propre échelle, la permanence; et il montre un texte juridique nouveau, ce texte par lequel la solution se dit. L'état du droit se trouve alors subtilement modifié par le fait de la répétition. L'écriture, toujours recommencée, participe à la transaction continuelle entre permanence et mutabilité du droit[17].

Ce qui conduit à voir que le mouvement de l'écriture consiste aussi en une *différenciation*. En effet, tout texte constitue une représentation complète et autonome de son objet, et diffère donc toujours d'un autre texte, quand bien même il ne ferait qu'en reproduire l'image (comme dans le cas de l'affichage d'une même règle de droit dans des lieux différents). Cependant, la modalité même de sa différenciation le met en relation avec ce dont il se différencie : un peu de la manière dont l'espèce renvoie à une autre espèce en s'en différenciant, la forme renvoie aux autres formes[18]. Elle suppose, ce faisant, la totalité du monde

17. Sur le thème, voir H Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5e éd, Oxford (R-U), Oxford University Press, 2014, voir spécialement l'idée de « présence changeante du passé » à la p 23.

18. C'est la même structure que celle de l'œuvre d'art dont parle Hegel :
L'œuvre d'art doit être conçue […] comme un tout organisé en soi; et cependant c'est un organisme dont les divers éléments […] deviennent des membres individuels dont chacun est en soi un tout indépendant et à ce titre peut représenter la totalité des formes

des formes, comme l'espèce suppose le genre. Ainsi, l'écriture de textes juridiques constitue le droit dans la différence des formes. Elle confirme, chaque fois qu'elle se produit, l'existence d'une multitude formalisée et formalisante.

On le verra plus facilement apparaître dans un exemple concret de texte. L'extrait suivant d'une décision célèbre de la Cour suprême comporte des parties descriptives qui visent exclusivement à représenter le droit tel qu'il est, en dehors de la décision proprement dite. Le texte fixe l'état du droit qui le précède, dans lequel il s'inscrit et auquel il doit aussi sa propre existence. Il mobilise certaines formes juridiques; il les suppose, alors, toutes.

> [32] La notion de bonne foi est profondément enracinée dans le droit des contrats et elle imprègne un bon nombre de ses règles. Néanmoins, la common law anglo-canadienne a refusé de reconnaître une théorie élargie et indépendante relative à l'exécution de bonne foi des contrats. Il en résulte [TRADUCTION] « des règles de droit controversées et incohérentes » élaborées de façon « fragmentaire » et qui demeurent « difficiles à analyser » : Commission de réforme du droit de l'Ontario (« CRDO »), *Report on Amendment of the Law of Contract* (1987), p. 169. Cette approche est incompatible avec le droit civil du Québec et avec celui de la plupart des États américains et entraîne des résultats non conformes aux attentes raisonnables des parties commerciales.
>
> [33] À mon avis, le temps est venu de prendre deux mesures progressives en vue de rendre la common law moins incertaine et fragmentaire et plus cohérente et équitable. La première mesure consiste à reconnaître que l'exécution de bonne foi des contrats constitue un principe directeur général de la common law en matière de contrats qui sous-tend et détermine les diverses règles où la common law, dans diverses situations et divers types de relations, reconnaît l'existence des obligations d'exécuter les contrats de bonne foi. La deuxième mesure consiste à reconnaître, comme manifestation supplémentaire

---

successives de l'art. Au fond, l'ensemble de ces diverses manifestations forme bien un tout unique; mais comme c'est dans l'apparence visible qu'elles se réalisent, l'idéal se sépare dans ces moments distincts et leur donne une existence indépendante, quoiqu'ils conservent leur rapport mutuel et ne puissent se compléter qu'à cette condition.

Friedrich Hegel, *Esthétique*, t 2, traduit par Charles Bénard, revu et complété par Benoît Timmermans et Paolo Zaccaria, Paris, Le Livre de Poche, 1997 à la p 9.

> de ce principe directeur de bonne foi, l'existence d'une obligation en common law, applicable à tous les contrats, d'agir honnêtement dans l'exécution des obligations contractuelles […].
>
> [35] La doctrine de la bonne foi tire ses origines du droit romain et a été retenue dans le passé dans le droit anglais des contrats. Par exemple, Lord Northington écrivait ce qui suit dans l'arrêt *Aleyn c Belchier* (1758), 1 Eden 132, 28 ER 634, p 138, cité dans *Mills c Mills* (1938), 60 CLR 150 (H.C.A.), p 185 : [TRADUCTION] « Il est on ne peut plus clairement établi qu'une personne en position d'autorité doit exercer son pouvoir d'agir de bonne foi dans le but visé, sinon ce pouvoir est corrompu et nul. » Dans le même ordre d'idées, Lord Kenyon écrivait ce qui suit dans l'arrêt *Mellish c Motteux* (1792), Peake 156, 170 ER 113 : [TRADUCTION] « […] s'agissant de contrats de toutes sortes, il est d'une importance capitale que les cours de justice rendent l'honnêteté et la bonne foi obligatoires » : p 113–114. Dans l'arrêt *Carter c Boehm* (1766), 3 Burr 1905, 97 ER 1162, p 1910, Lord Mansfield affirmait que la bonne foi constitue un principe qui s'applique à tous les contrats; voir aussi *Herbert c Mercantile Fire Ins. Co* (1878), 43 UCQB 384 (Ont); R Powell, « Good Faith in Contracts » (1956), 9 *Curr Legal Probs* 16.
>
> [36] Or, la jurisprudence ultérieure a limité l'application de la plupart de ces énoncés généraux à des catégories de contrats et de relations spécifiques, par exemple les contrats d'assurance, ce qui rendait incertain le rôle du principe général de bonne foi dans le droit anglo-canadien moderne des contrats : *Chitty on Contracts* (31e éd 2012), t I, *General Principles*, par 1-039; W P Yee, « Protecting Parties' Reasonable Expectations: A General Principle of Good Faith » (2001), 1 OUCLJ 195, p 195; […][19].

Nous avons là une forme autonome et complète, le jugement, dont les éléments constitutifs sont façonnés par l'écriture pour s'assembler les uns avec les autres. Mais on voit clairement que cette forme n'est rien sans le monde des formes juridiques qu'elle rappelle à elle au gré des références, explicites ou implicites, et sans la totalité du droit qu'elle suppose pour s'y insérer. Les formes juridiques se tiennent dans une relation qui les fait apparaître, non plus chacune comme un tout, mais comme les éléments d'un ensemble qui fait sens précisément comme ensemble.

19. *Bhasin c Hrynew*, 2014 CSC 71 aux para 32-33 et 35-36.

Il faut, en dernier lieu, remarquer l'*infinité* du mouvement de l'écriture : formaliser le droit n'a ni début ni fin[20]. En effet, toute mise en forme suppose quelque chose de non formel (une substance, disons) qui lui préexiste, mais que la forme ne peut véhiculer autrement que dans la forme. On peut songer, par exemple, à la manière dont le testament rapporte une volonté (substantielle) qui demeure, du fait même d'être écrite, insaisissable comme volonté. L'écriture accomplit donc une transformation perpétuelle de l'origine du droit. Dans notre exemple, la volonté, seule à pouvoir revendiquer la véritable origine des dispositions testamentaires, est transformée par l'écriture qui la fait être. Cette transformation qui accompagne nécessairement l'écriture s'oppose à l'idée même de source (le point d'origine) et à la positivité du droit que celle-ci véhicule. L'écriture formule elle-même une origine et enfouit alors à jamais le droit dans sa vérité propre. De ce point de vue, il n'y a pas de source du droit. Le droit, parce qu'il est mis en forme, est toujours déjà passé. À l'égard de son écriture, il n'est jamais non plus, positif : il n'y a que des traces de droit positif; des formes qui l'éloignent à la mesure du corps qu'elles lui donnent. La formalisation provoque une substitution des origines du droit au profit de l'écriture de celui-ci. Du point de vue de l'existence, le droit est une littérature.

2. *L'ordre de l'écriture*

Toute mise en forme est une mise en ordre[21]. Toute écriture, donc, établit un ordre du texte. Sans entrer ici dans trop de détails, on peut citer quelques-uns des éléments constitutifs de cet ordre.

Il y a d'abord la *liaison historique entre les textes* que réalise l'écriture. Celle-ci institue des lignées de documents juridiques; elle établit une continuité entre les solutions légales ou judiciaires; elle découpe une famille d'énoncés qui forment le discours juridique et assure la tradition de certaines règles. C'est cette intertextualité qui fait que l'on parle volontiers de corps du droit[22]. À ce propos, il faudrait, dit-on :

---

20. Yan Thomas a développé l'idée dans son article « Idées romaines sur l'origine et la transmission du droit » (1986) 5 Rechtshistorisches J 253.

21. « Il ne faut qu'une médiocre attention pour reconnaître que l'idée de la forme se confond avec l'idée de l'ordre », Antoine Augustin Cournot, *Traité de l'enchaînement des idées fondamentales dans les sciences et dans l'histoire*, Paris, Hachette, 1861 aux pp 1–2.

22. Savigny montre bien le rapport entre le travail des glossateurs et la constitution matérielle du *corpus iuris civilis* comme réunion des « sources » dans un « corps », Friedrich Karl von Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, t 3, traduit par Charles Guenoux, Paris, Charles Hingray, 1839 aux pp 363–77.

> [À] chaque observateur de l'institution occidentale la vision de cette unité particulière du *Corpus Juris*, réceptacle du discours de la puissance, pour bien comprendre le phénomène de transmission ininterrompue par le truchement d'un objet mythique, le livre contenant les textes, où se trouve signifiée la loi[23].

En bref, l'écriture établit des relations en liant les formes du droit dans le temps, et l'ordre est bien une affaire de relations entre les choses.

Il y a aussi un *ordre du discours du droit* établi par le texte. Il résulte d'abord d'un art de l'arrangement et de l'intégration — l'art de la dogmatique juridique. Songeons, pour l'illustrer, au maillage de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine dans un manuel ou un traité et, dans un passé plus lointain, à l'entrelacs du texte romain et de sa glose, de la glose et de la post-glose, de la philosophie, de la poésie et du droit romain dans les ouvrages de l'école du droit naturel. Le texte juridique informe, depuis toujours, une sorte de synthèse entre les sources du droit et l'interprétation des juristes. Il constitue le lieu où se noue, entre les choses du droit qui sont dites, un rapport intelligible[24].

L'ordre du discours résulte aussi d'une grammaire, c'est-à-dire d'un art d'écrire conformément aux principes qui gouvernent l'énonciation du droit. Ce dernier, on le sait, se dit selon un certain langage, et les juristes ont aussi le leur. Cette discipline du langage garantit au lecteur que c'est bien de droit dont on parle. Elle contribue aussi à l'édification d'un système de signification du droit. On verra, à titre d'exemple, apparaître cette double dimension grammaticale dans un texte comme celui-ci, emprunté à un manuel de droit, et qui traite de la certitude du préjudice dans le droit de la responsabilité :

> [C]elui qui allègue un préjudice doit en outre en établir la matérialité ou l'effectivité, le doute profitant sur ce point au défendeur à l'action. Mais en réalité, la condition de certitude du préjudice ne doit pas se comprendre exactement ainsi, mais plutôt en ce sens qu'on ne saurait réparer un préjudice dont la réalisation est hypothétique[25].

---

23. Pierre Legendre, *L'amour du censeur : essai sur l'ordre dogmatique*, nouvelle édition augmentée, Paris, Seuil, 2005 à la p 92.

24. Comme le dit Bergson : « d'une manière générale, la réalité est ordonnée dans l'exacte mesure où elle satisfait notre pensée », Henri Bergson, *L'évolution créatrice*, édition critique dirigée par Frédéric Worms, coll « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2013 à la p 224.

25. Philippe Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4e éd, Paris, LexisNexis, 2016 à la p 123.

Enfin, l'ordre du discours résulte de la logique du texte. L'écriture opère comme une condition de rationalité du droit, car elle *est* une forme de rationalité. Ainsi, c'est par l'écriture que la raison juridique se fait jour[26]. Par exemple, tel ouvrage se charge de faire « comprendre les différents ressorts » du droit des successions pour permettre d'en « donner une interprétation raisonnable »[27]; tel autre envisage les « aspects de droit privé du commerce international » dans leur « ordre logique »[28]. On pourrait, bien entendu, collecter d'autres signes de la logique des textes, depuis leurs structures (par exemple, des oppositions : motifs / dispositif, faits / droit, *de lege lata* / *de lege ferenda*, I / II…) jusqu'aux modes de raisonnements tels qu'ils sont décrits (syllogisme, *a contrario* / *a posteriori* / *a fortiori*, déduction, introspection…). Il s'agit d'opérations logiques, autant que de techniques d'écriture.

3. La signification de l'écriture (une trahison)

Voici un effet central de l'écriture sur le droit qui est aussi le plus intuitif : l'écriture produit une signification. Un article du Code civil, un jugement de la Cour d'appel, un fascicule de droit immobilier contribuent, à l'évidence, à manifester, à indiquer le droit dont ils parlent. Toutefois, le sentiment de cette évidence doit être quelque peu tempéré. Il ne s'agit pas de s'intéresser à la construction du sens, mais bien à celle de la signification[29]. L'idée est que, l'écriture mettant en forme, elle met aussi *en signes*[30]. Bien sûr, le sens et l'opération d'attribution de celui-ci — l'interprétation — sont liés au signe. Ils en sont une conséquence. Mais on entend insister d'abord, non pas sur cette opération herméneutique, mais sur l'effet formalisant de l'écriture. Nous

---

26. Parmi une foule d'exemples possibles des techniques de rationalisation, on peut citer les « théories générales », les « constructions juridiques » ou même les « principes », tels qu'ils procèdent de la plume des juristes; voir là-dessus, notamment, Christophe Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée » (2010) 51 Droits 137. Voir aussi Mikhaïl Xifaras, « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme » (2008) 47 Droits 77; Sébastien Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales? » (2009) 3 RTD civ 417.

27. François Terré, Yves Lequette et Sophie Gaudemet, *Droit civil : les successions – les libéralités*, 4e éd, Paris, Dalloz, 2013.

28. Jacques Béguin et Michel Menjucq, dir, *Droit du commerce international*, 2e éd, Paris, LexisNexis, 2011.

29. C'est-à-dire « l'acte qui unit le signifiant et le signifié, acte dont le produit est le signe », Roland Barthes, *L'aventure sémiologique*, Paris, Seuil, 1985 à la p 47.

30. Là-dessus, voir Ernst Cassirer, *La philosophie des formes symboliques, t 1 : Le langage*, Paris, Minuit, 1972 à la p 27.

dirons donc que les formes dont celle-ci accouche sont des *signifiants* du droit. Comme telles, ces formes participent à l'action du signe consistant à mettre quelque chose à la place de quelque chose d'autre (*aliquid stat pro aliquo*)[31] : le droit qu'un juriste, un législateur, un juge veut exprimer. C'est inévitable : l'intention de dire le droit ou de dire en droit doit emprunter le canal de la forme. Ceci n'est pas neutre, car le fruit de l'intention est alors livré à la plénitude de l'action du signe qui est de transformer le sens : *la production d'une signification est toujours une trahison de l'intention*. Telle est la fatalité du signe : il ne saurait représenter l'objet dont on veut parler, par exemple une description du droit, dans son exacte singularité sans libérer en même temps un potentiel de signification différent[32]. C'est ainsi que toute forme livre l'intention à une dérive plus ou moins importante du sens que l'auteur voulait lui attacher et cela quelle que soit la manière dont l'auteur entend garantir contre, ou au contraire assumer, les divergences d'interprétation auxquelles son texte peut donner lieu. L'écriture, en tant que mode de formalisation du droit, désigne donc aussi une vaste entreprise de transformation de ce dernier et une transformation hors d'atteinte de la volonté des auteurs.

Ainsi, lorsque les juristes décrivent l'état du droit dans leurs textes, cet état du droit diffère de ce qu'ils voulaient en dire et, par conséquent, toute activité juridique descriptive qui recourt à l'écrit transforme le droit indépendamment de l'intention de l'auteur. C'est ce phénomène que nous appelons la *décriture du droit*.

II. EN ALLANT VERS LE DROIT : UNE THÉORIE

La décriture peut être modélisée comme un processus de production d'une forme du droit. Au commencement, il y a l'acte individuel d'écrire exécuté par chaque juriste, plusieurs fois par jour : la volonté de décrire le droit et son exécution par l'écriture. Par suite, dans la théorie de la décriture, cet acte est saisi lorsqu'il est accompli par une multitude de juristes, lorsqu'il est répété. Une telle *réitération continue* des descriptions du droit par les juristes est fondamentale. Elle fait apparaître l'ordre juridique, touche après touche, à coup de descriptions sans cesse recommencées; elle lui donne corps; elle en est *la*

31. Umberto Eco, *Le signe : histoire et analyse d'un concept*, traduit par Jean-Marie Klinkenberg, Paris, Le Livre de Poche, 2015 à la p 40.

32. Ce que Derrida appelle la « différance ». Voir en particulier Jacques Derrida, *La voix et le phénomène*, Paris, Presses universitaires de France, 2009 aux pp 57–58.

modalité d'existence : par l'action scripturale d'une communauté interprétative, celui-ci prend la forme de textes liés les uns aux autres (une forme intertextuelle). Par une sorte de choc en retour, une telle production de textes descriptifs a des effets sur l'objet que les juristes veulent décrire : sur le droit lui-même. Sa description lui offre des qualités, une autorité, qu'il n'avait originellement pas. Ce premier dessin appelle des distinctions. Trois éléments composent la théorie de la décriture : elle est un acte individuel (A); elle est une activité collective (B); elle est un fait politique (C). Leur mise au jour permet de poser un problème auquel la théorie de la décriture apporte finalement deux réponses (D).

A. La décriture est un acte individuel

Théoriser la décriture, c'est d'abord étudier un acte individuel. L'acte dont la finalité est la communication de la signification juridique d'un ou plusieurs énoncés de droit par le *médium* de l'écriture. Il s'agit alors de répondre à la question de savoir comment, à partir de textes, on parvient à décrire des normes, c'est-à-dire des énoncés exprimés dans le langage du droit (*les énoncés juridiques premiers*); et à produire de nouveaux textes : des énoncés descriptifs, exprimés dans le langage juridique (*les énoncés juridiques seconds*). Afin d'aller des premiers au second, la théorie de la décriture isole deux séquences : la déhistoricisation des énoncés premiers (1) prépare l'imputation de cet énoncé à la littérature juridique par l'énonciation de l'énoncé juridique second (2).

(1) La *dé-historicisation* est une séquence qui consiste à élire un point de vue, à procéder à un choix disciplinaire ou épistémologique. Dans un premier mouvement, le texte à décrire est ainsi propulsé dans l'univers du droit[33]. Telle est l'intention de l'auteur de la description : décrire juridiquement l'énoncé premier. Il s'agit, à proprement parler, d'isoler l'énoncé à décrire du contexte de sa production, d'en occulter les causes réelles, de limiter toutes les recherches qui portent sur ce point[34]. Le plus souvent, la situation d'énonciation de l'énoncé premier

33. On pourrait parler, à l'image de Jean-Louis Sourioux et Pierre Lerat, de « l'univers de discours juridique », *Le langage du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1975 à la p 57.

34. Hans Kelsen, *supra* note 6 à la p 78, souligne que « le droit — et c'est une originalité extrêmement importante qu'il présente — règle lui-même sa propre création et sa propre application »; sur ce point, voir aussi Pierre Bourdieu, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique » (1986) 64 Actes de la recherche en sciences sociales 3 à la n 2.

sera alors repeinte aux couleurs d'une causalité idéalisée et particulière : la théorie des sources du droit. Il importe alors peu de savoir qui a / dans quelles circonstances a été réellement formulé l'énoncé. On sait par exemple, que dans un travail universitaire, de tels éléments servent à nourrir une introduction, des notes de bas de pages : ils sont relégués aux marges du texte. La dé-historicisation est un préalable à l'insertion de l'énoncé premier dans l'univers du droit.

(2) L'imputation est la *seconde séquence*, la séquence essentielle de l'acte individuel de décriture. L'imputation est plus précisément l'opération qui consiste à placer l'énoncé dé-historicisé dans l'ordre juridique, à l'attribuer au droit après l'avoir soustrait à tout autre discours. Il s'agit d'établir des liens conformes à la logique juridique qui uniront l'énoncé à décrire et d'autres énoncés premiers et seconds. Le texte est ainsi imputé au droit, c'est-à-dire à l'ensemble des textes juridiques. On peut encore dire qu'il s'agit d'établir une relation référentielle (citations, plagiats, allusions) entre un texte et la littérature juridique. Par suite, cette littérature s'enrichit sans cesse. Elle prend forme aussi : partant d'un texte à décrire, l'imputation lui offre une cohérence, un aspect systématique et une continuité. On peut donner une illustration d'une telle imputation à la littérature juridique par l'énonciation d'un énoncé juridique second dont l'auteur aurait l'intention de décrire l'article 1195 du *Code civil* français :

> ***Énoncé premier***
>
> L'article 1195 du *Code civil* dispose que « si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant ».
>
> ***Énoncé second***
>
> Cet article (*énoncé premier à décrire*) précise la portée (*établissement d'un lien conforme à la logique juridique*) des articles 1193 et 1194 (*autres énoncés premiers*) en admettant en droit privé une théorie (*établissement d'un lien conforme avec la logique juridique*) proche de celle de l'imprévision (*énoncé second*) admise par le juge administratif depuis l'arrêt Gaz de Bordeaux (*énoncé premier*); il limite ainsi le principe (*lien conforme avec la logique juridique*) de force obligatoire du contrat (*énoncé second*).

Plus précisément, le processus conduisant à l'énonciation juridique seconde repose, d'une part, sur une opération de compréhension : une

mobilisation des *préjugés* du droit; dans notre exemple, il s'agit de projeter des catégories (p. ex., notion de contrat ou d'obligation), des principes (p. ex., force obligatoire du contrat) et des théories du droit des contrats (p. ex., imprévision) sur l'énoncé juridique premier afin de le lier à d'autres énoncés[35]. D'autre part, ce processus d'énonciation repose sur une opération de communication de la compréhension : une extériorisation du sens. Elle consiste notamment en l'application d'une rhétorique : un art de la composition (p. ex., on parle de ceci avant de parler de cela, du plus simple au plus compliqué, des idées communes avant d'exposer ses idées personnelles, etc.).

Finalement, mobilisant la théorie des actes de langage[36], on pourrait être tenté de ranger l'énoncé juridique second dans la catégorie des énoncés performatifs (énoncés qui réalisent l'action qu'ils nomment en premier). Pour autant, il ne s'agit pas de l'acte de langage de celui qui, disposant du pouvoir de dire le droit, a l'intention de prescrire une norme. Il n'y a pas d'intention performative. Cela ne veut toutefois pas dire que cet acte ne produise pas un effet sur l'objet qu'il décrit. S'agissant de la décriture, dire une chose peut être considéré comme en produisant une autre. Pour le comprendre, il faut concevoir la décriture comme un phénomène collectif.

B. La décriture est une activité collective

La théorie de la décriture considère aussi l'activité de description comme une activité collective. Elle s'intéresse à la somme des actes d'écriture de femmes et d'hommes appartenant au groupe des juristes[37], des actes qui concourent par leur répétition et leur combinaison (fruit de leur imputation à la littérature juridique) à un résultat commun : offrir spontanément une forme rationnelle au droit écrit. La forme que l'action collective de la décriture confère inlassablement au droit assure la génération de l'ordre juridique, c'est-à-dire la production

35. À propos de « l'énonciation juridique » sous l'angle de la théorie du langage (les spécificités linguistiques de l'énonciation du droit), voir Emmanuel Didier, *Langues et langages du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990 au nº 114.

36. Sur lesquels on pourra consulter John Langshaw Austin, *Quand dire, c'est faire*, traduit par Gilles Lane, Paris, Seuil, 1970; John R Searle, *Les actes de langage : essai de philosophie du langage*, traduit par Hélène Pauchard, coll « Savoir », Paris, Hermann, 1972; Émile Benveniste, « La philosophie analytique du langage » dans Émile Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, t 1, coll « Tel », Paris, Gallimard, 1966 à la p 267.

37. Sur les juristes comme « acteurs du droit », voir Jacques Commaille, *À quoi nous sert le droit?*, Paris, Gallimard, 2015 à la p 94.

d'une image du droit comme un ensemble d'énoncés premiers et seconds ordonnés, cohérents et en cohésion.

Dans sa forme la plus achevée, l'ordre juridique pourrait ainsi correspondre à une sorte de relation d'intertextualité entre tous les énoncés juridiques (les textes de loi, celui des arrêtés, des circulaires, des encyclopédies techniques, des revues savantes, des décisions de justice…) : une toile de liens embrassant la totalité des énoncés premiers et seconds. Cette relation n'apparaît toutefois jamais dans sa totalité, dans son achèvement. Le réseau de textes qui dit ce qu'est le droit est toujours imparfait, sans cesse complété et corrigé. Il est à un instant donné une chaîne d'écriture précaire et toujours perfectible. L'ordre juridique apparaît ainsi comme un réseau de textes ayant des qualités propres (1), produit par un groupe de techniciens qu'il faut essayer de qualifier (2).

(1) Un tel réseau de textes est *un corps évolutif*. Dès qu'un législateur ou un juge prend une décision juridique, celle-ci est décrite par les juristes, saisie par l'action de description (dé-historicisation et imputation). Ainsi, sans que le droit perde les qualités que lui confère l'écriture (destinée à durer), il s'inscrit dans un processus continu de reformulation et de réfection (mise en récit, modélisation) qui lui assure une sorte de positivité évolutive (celle de l'écriture et de la réécriture). D'un certain point de vue, la numérisation des supports sur lesquels l'exposition du droit est disponible accentue la perception d'un tel processus. En l'absence d'impression, qui interromprait l'évolution des formes, le texte écrit se métamorphose au fur et à mesure que le temps passe, que le droit évolue.

Ajoutons que la formalisation du droit par la décriture n'est pas un processus délibéré. Ce qui est produit n'est pas un ordre voulu. Il est le fruit spontané de l'activité nécessaire de description du droit par la collectivité des juristes. Un modèle théorique proche de cette qualité de l'ordre juridique est celui de la main invisible[38] ou celui de l'ordre spontané[39]. La forme du droit est dotée d'une vie propre et autonome par rapport aux juristes qui, eux aussi autonomes, par leur travail la composent. L'ordre du droit a ainsi un dynamisme (celui des textes qui

38. Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, traduit par Germain Garnier, révisé par Adolphe Blanqui, Paris, Guillaumin, 1843 aux pp 31–63.

39. Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, traduit par Raoul Audouin, coll « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2007 à la p 175.

disent ce qu'il est) qui fait échapper son évolution à la conscience de ceux qui, chacun à sa place, le produisent.

(2) L'ordre juridique peut ainsi être présenté comme le produit d'une énonciation sans cesse recommencée, à chaque fois qu'un juriste prend la parole ou la plume afin de dire ce qu'est le droit à propos d'une question donnée. L'un des facteurs de cohérence d'une telle énonciation multiple tient à l'existence d'une « communauté de culture et de formation »[40], d'une *communauté interprétative*[41] : les juristes forment une telle communauté. Il faut, sur ce point, souligner le rôle de l'enseignement du droit. Appartenant à la même communauté (ils appliquent la même grammaire, la même discipline pour comprendre et formuler le sens du droit), partageant le même « moi », les juristes sont en quelque sorte le prolongement de leur communauté. Ils sont les agents individuels d'une décriture collective reposant sur une sorte de division du travail d'énonciation.

Du fait de la décriture, qui réalise une médiation permanente entre une pensée systématique du droit et la réalité juridique, la communauté des juristes apparaît finalement comme *une instance de formalisation du droit* : l'organe qui métamorphose le droit, un ensemble d'énoncés premiers et seconds, en un système. La théorie de la décriture permet ainsi de faire une distinction et de concevoir une relation entre le droit et l'ordre juridique. Le droit est une addition d'énoncés juridiques premiers et seconds à un moment donné, tandis que l'ordre juridique est le fruit de l'interaction de chaque sujet décrivant avec l'objet décrit ainsi que des sujets décrivant entre eux. Finalement, la communauté des juristes, plus exactement l'action continue de son écriture descriptive, est la modalité d'existence du droit comme un ordre.

C. La décriture est un fait politique

Procédant à l'ordonnancement continu et spontané de l'ordre juridique, la décriture est aussi un fait politique. L'idée est simple : l'inscription d'un énoncé premier dans un texte ayant pour objet de le décrire lui donne une positivité (un corps, une réalité) nouvelle. Ce qui n'est pas sans conséquence. Comme nous venons de le suggérer, la décriture touche alors mécaniquement les décisions juridiques (loi,

40. Christian Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, 2e éd, Paris, LexisNexis, 2014 à la p 16.

41. Stanley Fish, *Quand lire, c'est faire. L'autorité des communautés interprétatives*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007.

jugement) : elle les insère continûment dans l'ordre du texte qui dit ce qu'est le droit. Produite par une cohorte de juristes désireux de communiquer le sens du droit, l'écriture juridique occulte sans cesse l'évènement fondateur de ce dernier, n'en conservant que la trace. Elle enfouit cette origine en même temps qu'elle produit le texte disant ce qu'est le droit; sans heurt ni contestation, toute décision se métamorphose, trouvant corps dans une écriture ordonnée, se déliant de ses « auteurs vains et incertains »[42].

Un tel jeu entre l'ordre du texte descriptif et la décision politique décrite produit des conséquences concrètes à la périphérie du droit, en dehors des questions de création, de validité ou de détermination du sens de la norme décrite. Dans un mouvement continu, la décriture contraint la volonté politique qui commande la validité et le contenu des normes : elle est un motif dans la décision juridique (2). Surtout, elle offre aux normes dont elle se saisit un supplément normatif, une densité additionnelle, ajoutant du texte au texte et de l'autorité à l'autorité (1).

(1) L'écriture du droit apparaît ainsi comme un instrument de *densification normative*[43]. Elle offre à la norme une épaisseur qu'elle n'avait pas : plus de mots et surtout, plus d'autorité. Lorsque la norme décrite devient l'objet d'un énoncé second, tout en demeurant distincte de ce texte, elle acquiert certaines propriétés qui en accentuent l'autorité. L'inscription d'une norme en un texte dans lequel l'ordre juridique s'incarne offre à ce dernier l'autorité de la raison, celle de la logique du texte dans lequel une telle norme s'inscrit. Plus précisément, les modalités de cette densification correspondent, trait pour trait, aux séquences de la décriture : dé-historicisation; imputation.

Brièvement, disons que la dé-historicisation, qui organise une oblitération du rapport au monde, permet de *soustraire* le contenu de l'énoncé premier à l'échange d'arguments autres que juridiques et finalement, pour cette raison, au débat public. Les non-techniciens sont exclus de la controverse. De plus, comme elle emploie un langage technique, elle lui donne une forme de légitimité savante. Par ailleurs, l'imputation de l'énoncé premier à la littérature juridique conduit à

42. Michel de Montaigne, *Les Essais en français moderne*, Livre 3 : « Sur l'expérience », adaptation par André Lanly, coll « Quarto », Paris, Gallimard, 2009 à la p 1283.

43. Plus largement, sur un tel processus, voir Catherine Thibierge et al, *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013.

une rationalisation de la forme du droit, ce qui le rend calculable. Grâce à la décriture, la confiance donnée au droit s'accentue. Celle-ci porte sur ce qui permet de la concevoir comme vraie. En instituant l'ordre juridique, la décriture corrige continûment le désordre du droit positif; elle assure la supériorité de la raison juridique et des qualités formelles du droit sur le chaos des mobiles conduisant à la décision.

(2) La décriture peut aussi pénétrer le processus de décision juridique. La prise en compte de la future description du droit peut en effet apparaître comme l'un des mobiles d'une telle décision. Cela sera le cas dès lors qu'un juge ou un législateur, afin de faire produire plein effet à sa volonté politique (afin de maximiser son pouvoir), anticipera la réception de sa signification par la communauté des juristes en choisissant les mots formant l'énoncé juridique premier en fonction de la place qu'ils prendront dans l'ordre juridique. Dans une approche réaliste de l'interprétation, la décriture apparaît donc comme une contrainte[44].

D. Conséquences de la décriture dans le monde du droit

Dans une société démocratique, affirmer que le corps des juristes exerce une fonction politique pose un problème : le droit politique ignore la puissance de la communauté juridique. Il ne la canalise donc pas. Afin d'y parvenir, la théorie de la décriture propose deux solutions de nature différente et d'inégale importance. L'une est juridique (1); l'autre est morale ou éthique, elle concerne chaque juriste individuellement (2).

(1) Une théorie de la décriture peut contribuer à enrichir ce qu'on nomme la théorie des sources du droit en faisant apparaître la communauté des juristes comme une *instance de formalisation du droit*. Il s'agirait d'une nouvelle autorité du droit; elle s'ajouterait à celle que retient habituellement la doctrine (jurisprudence et doctrine)[45]. Elle pourrait en quelque sorte se loger entre les sources du droit (décrire le droit n'est pas le créer) et les interprètes du droit (donner forme au sens n'est pas déterminer le sens).

---

44. Comparer avec Michel Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation » dans Michel Troper, *La théorie du droit , le droit, l'État*, coll « Léviathan », Paris, Presses universitaires de France, 2001, 69; Michel Troper, « La contrainte en droit » dans Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, coll « Léviathan », Paris, Presses universitaires de France, 2011, 7.

45. Là-dessus, voir Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, coll « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 2004.

(2) En tant qu'acte individuel, la décriture fait de chaque juriste un agent de l'ordonnancement juridique, le rouage silencieux de la machine du pouvoir. Or, la prise de conscience d'un tel fait politique appelle une réflexion sur la responsabilité de chaque juriste — sur notre responsabilité. Compte tenu de ses effets, l'acte d'écrire pour décrire le droit est politique; il correspond à l'exercice d'un pouvoir individuel. Celui-ci mérite d'être assumé par celui qui l'exerce. Des stratégies discursives peuvent être appliquées alors qu'il n'est question que de décrire le droit. Il est toutefois possible de re-historiciser la description juridique. Il est aussi envisageable d'imputer le texte à décrire à une autre littérature que celle du droit.