



HAL
open science

La réception d'un texte en histoire du droit : théorie littéraire et systématisations juridiques

Laurent Kondratuk

► **To cite this version:**

Laurent Kondratuk. La réception d'un texte en histoire du droit : théorie littéraire et systématisations juridiques. *Revue historique de droit français et étranger*, 2011, 89 (1), pp.1-16. hal-01343536v2

HAL Id: hal-01343536

<https://hal.science/hal-01343536v2>

Submitted on 14 May 2019

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

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

La réception d'un texte en histoire du droit : théorie littéraire et systématisations juridiques

« [...] Il existe trop de différences entre les œuvres littéraires et les actes du pouvoir législatif pour que l'analogie entre interprétation littéraire et interprétation législative soit très fructueuse ».

(Richard A. POSNER)¹

Résumé. – Tout lecteur, dans l'acte même de lire, effectue un travail tant de compréhension que d'interprétation du texte. Il doit « déjouer » les pièges du texte et des acteurs pour affiner son interprétation. La présente étude tente de mettre au jour nombre de difficultés auxquelles sont confrontés les historiens du droit, lorsqu'ils ont à lire puis à interpréter un texte, notamment les systématisations juridiques. Aux méthodes d'interprétation de l'historiographie juridique, souvent centrées sur les critiques textuelles, peuvent s'ajouter les questionnements issus des travaux de théorie littéraire. Des universitaires, parmi lesquels Michel Foucault, Roland Barthes, Hans-Georg Gadamer, Jacques Derrida, Umberto Eco, Antoine Compagnon ou encore Michel de Certeau, ont souligné la complexité du travail interprétatif sur les textes. Que peut-on effectivement savoir d'un auteur, de son intention, du travail d'écriture lui-même ? Qu'est-ce qu'un lecteur, comment le texte parvient jusqu'à lui et quel usage il en fait ? Autant d'interrogations abordées ici de manière pragmatique, en articulant la réflexion autour d'une conception triadique du texte (*intentio auctoris – intentio operis – intentio lectoris*).

MOTS-CLÉS : SYSTÉMATISATIONS JURIDIQUES ; MÉTHODOLOGIE HISTORIQUE ; THÉORIE LITTÉRAIRE ; HERMÉNEUTIQUE.

La réception est l'acte de lecture d'un texte² et l'interprétation qui lui est inhérente. Cette lecture est le fait d'un individu ou d'un groupe d'individus ; elle est contemporaine à la publication du texte ou s'effectue complètement décontextualisée³.

[2] L'historien du droit est un lecteur-récepteur, un interprète de textes, hors des contextes rédactionnel et immédiat de réception. Il est confronté à des textes dont il ne peut se représenter aucun satellite de manière nette puisqu'il parle en un lieu qui n'est ni celui de l'auteur, ni celui du lecteur. Ce qui le lie à ce moment historique qu'il

¹ Richard A. POSNER, *Droit et littérature*, traduction par P. JOUARY, Paris, PUF, 1996, p. 253.

² Par « texte », nous entendons dans la présente étude, un document écrit (quel qu'en soit le support), de nature juridique (législatif et jurisprudentiel), argumentative (essai) ou narrative. Nous postulons l'existence d'un « auteur » qui souhaite voir son « texte » rencontrer un « lecteur ».

³ Je tiens à remercier les Professeurs Yannick Courtel, René Heyer, Roland Sublon (Université de Strasbourg) et Jean-Louis Halpérin (ENS-Ulm) pour leur relecture attentive et critique de cet article.

ambitionne de comprendre, peut n'être qu'un morceau ou un bloc de papier saturé de mots.

L'historien dans son acte de lecture doit composer avec un paradoxe et une tension : il voudrait marginaliser l'auteur, se concentrer sur le texte voire le lecteur, tout en admettant qu'il ne saurait faire sans lui.

Il prend toute la mesure de l'inconnaissable avec l'auteur qui est tout d'abord un individu qui ne se laisse pas forcément saisir : les sources le concernant, si elles sont rares, rendent toute biographie improbable. Ensuite, le rapport d'attribution est complexe à établir : le texte qu'on lit est-il bien de l'auteur auquel il est communément attribué ?

De l'inconnaissable de l'auteur, l'historien passe immédiatement à l'inconnaissable de l'intention, puisqu'il n'y a pas « [...] d'équation logique nécessaire entre le sens d'une œuvre et l'intention de l'auteur »⁴ : ce qui est lu ne correspond pas forcément à ce que l'auteur souhaitait réellement transmettre, et transmettre à qui d'ailleurs, à quel type de lecteur ?

À son tour le lecteur est inconnaissable tout en étant nécessaire. Quel lecteur est touché par l'auteur ? Comment a-t-il transformé le texte par son acte de lecture ? Comment l'a-t-il récrit pourquoi pas ?

Une fois ces questions posées, à l'égard de l'auteur et du lecteur, ne resterait-il alors que le texte ? Effectivement, entre l'auteur et le lecteur, seul demeure ce référent commun. On peut dire aussi que le texte ne peut certainement pas se passer de ces deux acteurs, aussi anonymes soient-ils et malgré la complexité des analyses s'y rapportant.

Pour mener à bien l'étude d'un ouvrage, y compris juridique, il nous semble nécessaire de n'omettre aucune des trois instances que sont l'auteur, le texte et le lecteur.

L'auteur rédige un texte qui est reçu et interprété par un lecteur. Ce lecteur peut, bien que ce ne soit pas systématique, récrire l'ouvrage en effectuant une traduction ou un commentaire⁵. Il devient auteur après être passé par le stade de lecteur empirique. Le texte qu'il traduit ou commente contient d'autres sens, dus à un accident de traduction, ou qui sont en adéquation avec l'objectif à atteindre (relevant de telle ou telle

⁴ Antoine COMPAGNON, *Le Démon de la théorie. Littérature et sens commun*, Paris, Seuil (coll. « Points-essais », 454), éd. 2001, p. 92.

⁵ En histoire du droit, l'exemple des commentateurs (ou post-glossateurs) est le plus caractéristique. Le *Corpus iuris civilis* (le texte) a fini par être occulté par les commentaires de Bartole de Sassoferrato ou Balde degli Ubaldi (le métatexte), qui furent l'objet d'une réelle vénération.

idéologie). C'est donc un texte nouveau, modifié par erreur ou manipulation, qui est mis en circulation, du fait duquel le lectorat se trouvera renouvelé.

L'acte de lecture est à la fois décodage et encodage, cet événement vaut modification du sens, réécriture et production d'une nouvelle circularité qui, [3] tout en étant différente de la circularité précédente et de celle qui lui succédera, est forcément conditionnée par la première et condition de la suivante.

Comment se traduit, de manière pragmatique, pour l'historien, l'adoption de cette conception triadique du texte ? Il faut tout d'abord tâcher d'identifier l'auteur, puis comprendre d'où il parle, ce qu'il entend dire et, bien que cet aspect soit abordé avec l'*intentio lectoris*, déterminer le lecteur qu'il modélise (*intentio auctoris*). La deuxième dimension est le texte même dont il faut conduire une critique externe et interne (*intentio operis*)⁶. Puis il faut se placer du côté du lecteur, se demander comment le texte lui parvient matériellement, quelles lectures il en fait et quelles transformations textuelles peuvent être effectuées par cet acte de lecture (*intentio lectoris*).

1. *Intentio auctoris*

L'auteur est une création moderne. Né avec l'humanisme renaissant, il est peut-être également enfant de l'imprimerie. Effectivement, le développement des centres d'impression en Europe à partir de 1500 n'a-t-il pas contribué à l'inflation de l'écrit ? Tout homme lettré pouvait publier son ouvrage dès lors qu'il était en mesure de le financer, seul ou avec le soutien d'un mécène.

L'auteur pose de multiples problèmes, à commencer par l'individu auquel il peut être ramené. L'historien devrait pouvoir s'essayer au genre biographique et attribuer un texte à un auteur. Seulement, cette tâche s'avère particulièrement complexe, surtout pour les périodes antique et médiévale, compte tenu des accumulations d'hypothèses, de récits mythiques et la pauvreté, lorsque ce n'est pas l'absence, des fonds archivistiques⁷.

⁶ Cet aspect ne sera pas abordé ici. La *critique externe* est l'analyse des caractéristiques formelles du texte. Elle consiste, entre autres choses, dans la datation documentaire, la mise au jour des sources utilisées par l'auteur, l'analyse de la structure d'ensemble du texte, de son articulation, etc. Une fois effectuée la critique externe, l'historien a à analyser le texte dans ce qu'il dit. La *critique interne* n'est pas, comme on peut le lire parfois, la recherche de l'intention auctoriale dans la lettre du texte : l'historien dans la phase de critique interne se limite à décrire ce qu'il lit. Sur cette question : Robert MARICHAL, « La critique des textes », Charles SAMARAN (dir.), *L'Histoire et ses méthodes*, Paris, Gallimard (coll. « Encyclopédie de la Pléiade », 11), 1961, p. 1247-1366.

⁷ À titre d'exemple, nous pouvons renvoyer aux questionnements multiples sur Gratien, auteur de la *Concordia discordantium canonum* ou *Décret* (vers 1140) : fut-il moine, évêque ou pourquoi pas nom collectif ? Pour un point sur les théories biographiques : Jean WERCKMEISTER, *Le Traité du mariage de*

L'auteur n'est devenu identifiable et identifié qu'à partir de la Renaissance, c'est-à-dire lorsqu'il devint nécessaire de déterminer la paternité d'un texte soumis à la censure institutionnelle (qu'elle fût royale ou ecclésiastique). Ainsi, jusqu'à une période très récente, l'auteur fut le résultat d'un consensus dans la mesure où le rapport d'attribution était approximatif. Le consensus ou la difficile attribution d'un texte à un auteur ne signifie pas qu'on ne l'envisagea pas ou qu'elle importait peu, avant la période moderne. Michel Foucault rappelle ainsi que saint Jérôme (IV^e-V^e siècles) dans son *De viris illustribus*⁸ établit [4] certains critères afin de s'assurer de l'authenticité d'une paternité : « Si, parmi plusieurs livres attribués à un auteur, l'un est inférieur aux autres, il faut le retirer de la liste de ses œuvres (l'auteur est alors défini comme un certain niveau constant de valeur) ; de même, si certains textes sont en contradiction de doctrine avec les autres œuvres d'un auteur (l'auteur est alors défini comme un certain champ de cohérence conceptuelle ou théorique) ; il faut également exclure les œuvres qui sont écrites dans un style différent, avec des mots et des tournures qu'on ne rencontre pas d'ordinaire sous la plume de l'écrivain (c'est l'auteur comme unité stylistique) ; enfin, on doit considérer comme interpolés les textes qui se rapportent à des événements ou qui citent des personnages postérieurs à la mort de l'auteur (l'auteur est alors moment historique défini et point de rencontre d'un certain nombre d'événements) »⁹.

Ces critères de classification appellent plusieurs remarques. Peut-on, tout d'abord, affirmer que la pensée d'un auteur est inflexible, et ne peut varier d'un ouvrage à un autre ?¹⁰ L'auteur, ensuite, considéré comme « moment historique » pourrait être un critère acceptable, encore faudrait-il être en mesure de le situer dans le temps : saint Jérôme donne ce critère mais, paradoxalement, les historiens seraient bien embarrassés s'ils devaient rédiger la biographie ou donner les dates de ce Père de l'Église. Enfin, l'auteur comme « unité stylistique » peut s'avérer pertinent dans une certaine mesure. Effectivement, le nom d'auteur, selon Michel Foucault, assure une fonction classificatoire et suffit à déterminer un contenu¹¹. Mais aussi, à l'inverse, un contenu peut rapporter à un nom. L'auteur n'est pas uniquement un « individu parlant qui a prononcé ou écrit un texte », il est également un « principe de groupement du discours,

Gratien, thèse de doctorat d'État en théologie catholique sous la direction de Marcel METZGER, II, Strasbourg, 1997, p. 1199-1247. Sur la question de l'identification de l'auteur, voir encore Robert MARICHAL, « La critique des textes », *op. cit.*, p. 1306-1312.

⁸ *PL* 23, col. 601-726.

⁹ Michel FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », *IDEM, Dits et écrits*, I, Paris, Gallimard (coll. « Quarto »), 2001, p. 829-830.

¹⁰ Sur cette question : Peter SZONDI, *Introduction à l'herméneutique littéraire*, traduction par Mayotte BOLLACK, Paris, Cerf, 1989, p. 89s.

¹¹ Michel FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », *op. cit.*, p. 826.

[...] unité et origine de leurs significations, [...] foyer de leur cohérence »¹². Ainsi, certains textes, en fonction de leur style, du vocabulaire, plus rarement de leur genre littéraire d'affiliation, ou enfin du discours qu'ils diffusent seront rangés dans une catégorie donnée, attribués à un auteur ou à une école de pensée s'en revendiquant.

Toutefois, tous les critères évoqués précédemment sont-ils pertinents pour l'étude des systématisations juridiques¹³ ?

« L'écriture est destruction de toute voix, de toute origine. L'écriture, c'est ce neutre, ce composite, cet oblique où fuit notre sujet, le noir-et-blanc où vient se perdre toute identité, à commencer par celle-là même du corps qui écrit »¹⁴, ces propos valent pour la théorie littéraire comme pour l'histoire du droit : la systématisation juridique, lieu théorique de transcription, peut également [5] constituer plusieurs lieux de transgression¹⁵, ou pathologies, parmi lesquels l'anonymisation auctoriale et normative. Qu'est-ce que cela signifie ?

Dans les systématisations ou autres documents juridiques, le signataire du texte est rarement l'auteur. Une systématisation juridique est généralement une œuvre collective. Il existe plusieurs modes opératoires possibles, mais partons de celui, classique, de la commission constituée par le titulaire du pouvoir législatif (le législateur suprême) pour assembler le droit en un *corpus* unique. Un collaborateur, membre d'une commission, est chargé de rédiger un projet sur une question donnée. Il remplit des cases à partir de sources (*source X*) dont il a connaissance et qu'il sélectionne avec soin (1^{ère} étape). Le président de la commission, voire directement le législateur suprême, a pour fonction principale de sélectionner parmi les projets qui lui sont soumis ceux qui constitueront la loi. Il retouche parfois les projets après examen (c'est l'opération tant de censure que de rectification) pour parvenir à un objectif : respecter la cohérence du système et assurer l'unité doctrinale (2^{ème} étape). Enfin, le titulaire du pouvoir législatif (roi, empereur, pape) promulgue la systématisation et en assume la paternité (3^{ème} étape). Les étapes peuvent être schématiquement résumées comme suit :

←... || *Source X* || *Rédacteur* || *Censeur* || *Signataire* || ...→

¹² Michel FOUCAULT, *L'Ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971, p. 28.

¹³ Par *systématisation juridique* il faut entendre « un ensemble de textes juridiques classés selon un ordre chronologique ou systématique et concernant soit la totalité du droit d'un pays ou d'une société, soit une matière particulière ». (Guy BRAIBANT, « Codification », *Encyclopædia Universalis*, corpus 6, Paris, 1995, p. 39.). Cette systématisation peut provenir du détenteur du pouvoir législatif ou être le fruit d'une initiative privée.

¹⁴ Roland BARTHES, « La mort de l'auteur », IDEM, *Le Bruissement de la langue. Essais critiques IV*, Paris, Seuil (coll. « Points-essais », 258), 1993, p. 63.

¹⁵ Gérard TIMSIT, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits. Revue Française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 24/1, Paris, PUF, 1996, p. 83-93.

S'il est entendu qu'un article de loi doit sa rédaction à Untel, ce que l'on nomme le rapport d'attribution nécessite toutefois une investigation de la part du lecteur, car le législateur tait l'identité des auteurs. La systématisation juridique (*Code* ou *Corpus*) n'a qu'un auteur, en bout de chaîne : le *performateur* qui n'est autre que le titulaire du pouvoir législatif¹⁶. L'identité des rédacteurs ou du président de commission peut être évoquée dans quelque préface ou prologue qui rappellerait le processus rédactionnel, mais l'auteur de l'article de loi est anonymisé à l'heure de la publication de la systématisation¹⁷.

Il existe, si l'on continue de tirer le fil, une autre forme d'anonymisation, certainement plus fâcheuse : celle de la source elle-même¹⁸. Les auteurs de la [6] loi compilent des textes, des sources ; sources qui elles-mêmes puisent ailleurs et ainsi de suite. Le texte est un intertexte, un « tissu nouveau de citations révolues. Passent dans le texte, redistribués en lui, des morceaux de codes, des formules, des modèles rythmiques, des fragments de langages sociaux, etc., car il y a toujours du langage avant le texte et autour de lui. [...] L'intertexte est un champ général de formules anonymes, dont l'origine est rarement repérable, de citations inconscientes ou automatiques, données sans guillemets »¹⁹. Il peut arriver que le législateur révèle les références (la *source X*) se rapportant aux articles, en notes ou en-tête de ces mêmes articles, mais est-ce seulement systématique ? Les sources peuvent être maintenues dans l'obscurité. Une fois retrouvé le rédacteur, il faut « déconstruire l'hétérogénéité discursive » qui

¹⁶ Le *performateur* est celui qui, par une certaine légitimité, fait que la *parole* vaut *acte* (« La séance est ouverte », par le Président de l'Assemblée nationale » ; « je vous déclare mari et femme », par l'officier d'état-civil ; « je te baptise au nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit », par le prêtre ou par quiconque en cas de danger imminent). Voir John Langshaw AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970.

¹⁷ Voir sur cette question de la paternité et de l'anonymisation auctoriale dans le processus de codification, en l'occurrence napoléonien : Jean-Louis HALPÉRIN, « L'histoire de la fabrication du code. Le code : Napoléon ? », *Pouvoirs*, 107, 2003, p. 11-21.

¹⁸ On lira encore à ce sujet : Rémy CABRILLAC, *Les Codifications*, Paris, PUF, 2002, p. 90-96. Nous mentionnons la question de l'anonymisation des sources mais, à l'inverse, leur publicité peut aussi poser problème à l'historien. Le fait de vouloir vendre un ouvrage, ou de demeurer dans la sphère du pouvoir, a pu longtemps expliquer la considérable production d'apocryphes et un recours permanent à tel ou tel Père de l'Église ou auteur antique plutôt que tel autre (« Augustin dit que... », « Cicéron dit que... »). La citation a été et demeure un art rhétorique. Nombreux sont les auteurs qui font l'objet d'une marginalisation parce qu'ils ne citent pas la littérature orthodoxe ou, pis encore, usent dans leurs travaux d'ouvrages censurés par le pouvoir. Soit l'auteur, s'il veut demeurer indépendant et intègre, se résigne à l'isolement ; soit, s'il veut planifier sa carrière ou tout simplement nourrir sa famille, accepte le jeu de la prosternation voire de la malhonnêteté intellectuelle.

¹⁹ Roland BARTHES, « Texte (théorie du) », *Encyclopædia universalis*, 15, Paris, éd. 1975, p. 1015 col. 3.

constitue le texte²⁰, mettre en lumière les textes qui lui fournissent la matière puisque l'auteur de la loi ne parle pas de nulle part.

Prenons deux exemples pour illustrer notre propos. Le premier tiré du Code de droit canonique de 1917, le second du Code civil Français de 1804. Le président de la commission de codification du droit canonique, le cardinal Pietro Gasparri a bien essayé de donner les références se rapportant aux canons, en notes²¹, et d'en publier les textes par la suite²². Il a toutefois laissé tout un pan de sources dans l'obscurité : la doctrine. Ainsi, les textes des Pères de l'Eglise ne peuvent être retrouvés que de deuxième main. Connaître les auteurs scolastiques, modernes, voire contemporains utilisés par le codificateur nécessite la consultation des *vota* rédigés par les divers consultants²³ : le *Codex iuris canonici*, tel qu'il a été publié, ne renseigne pas sur le fait que la partie matrimoniale est en grande partie redevable aux traités matrimoniaux de Tomás Sánchez (1602-1605) et de Pietro Gasparri (1891), ou que les auteurs de la partie pénale se reportèrent principalement au *Die Kirchlichen Strafgesetze* (1899) de Joseph Hollweck²⁴.

Le Code Civil Français de 1804 ne fait pas exception concernant le problème de l'anonymisation des sources. Nous pourrions demander à un étudiant, en première année de droit, de dire quelles sont les sources de la partie relative au contrat de louage (III.8, art. 1708-1831). Se limitant très probablement à la lecture d'une édition contemporaine, l'étudiant serait de fait incapable de dire que le législateur s'est principalement appuyé sur la *Coutume d'Orléans*²⁵, [7] le *Traité du contrat de louage* de Robert Joseph Pothier (1699-1772)²⁶, et enfin le *Corpus iuris civilis*²⁷.

²⁰ Jean-François CHASSAY, « Intertextualité », Paul ARON, Denis SAINT-JACQUES et Alain VIALA (dir.), *Le Dictionnaire du littéraire*, Paris, PUF (coll. « Quadrige »), 2004, p. 317.

²¹ Ces références sont citées comme suit : *Corpus iuris canonici* (*Décret* de Gratien puis *Décrétales*) ; conciles ; papes (hors *Corpus iuris canonici*) ; congrégations romaines ; tribunaux romains (Rote romaine et Signature apostolique).

²² Petri GASPARRI, Iustiniani SERÉDI, *Codicis iuris canonici fontes*, Romæ, 1923-1939, 9 vol.

²³ Ces *vota* sont conservés aux archives du Vatican, ainsi qu'à l'Università del Sacro-Cuore (Milan) où ils sont microfilmés, à l'initiative de Giorgio Feliciani.

²⁴ Sur le processus de codification du droit canonique, on consultera Carlo FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, II, *Il Codex iuris canonici (1917)*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 691-804.

²⁵ Titre XIX - La coutume d'Orléans fut unifiée en 1509, avec révision en 1583. Mentionnons le fait qu'une édition de Pothier, qui connut de multiples impressions, fut en usage durant toute la fin du XVIII^e siècle : Robert-Joseph POTHIER, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux [...]*, Orléans, chez J. Rouzeau Montant, 1760.

²⁶ Robert Joseph POTHIER, *Traité du contrat de louage selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris/Orléans, 1764, XVI + 488 p. Pour un travail synoptique Code civil-Pothier : Pierre-Antoine FENET, *Pothier analysé dans ses rapports avec le code civil, et mis en ordre sous chacun des articles de ce code*, Paris, impr. Alex-Gobelet, 1826, VII + 729 p.

Les codes édités actuellement en France, résultent d'une mutation du code due au genre littéraire du commentaire de code de type exégétique, dont le *Cours de droit civil* (à partir de 1838) de Charles Aubry (1803-1882) et Charles-Frédéric Rau (1803-1877) est le prototype moderne. Ces codes en usage dans les facultés de droit et les tribunaux ont gommé l'ensemble des références historiques pour ne rapporter que la jurisprudence et la doctrine, qu'introduisaient déjà en note de bas de page les deux juristes français. Ce gommage date du XX^e s., on trouvait encore à la fin du XIX^e s. des éditions des codes napoléoniens qui mentionnaient les sources pré-révolutionnaires des articles²⁸.

La systématisation juridique est la négation par excellence de la tradition ou, si elle ne la nie pas, elle la récrit à sa manière pour rendre un texte non comme « fragment historique » lié à un contexte précis, par exemple moderne, médiéval ou antique, mais sur un « mode intemporel et mathématique »²⁹.

Il est possible d'appliquer à l'opération de systématisation, par analogie, des propos que Michel de Certeau tenait sur la traduction et l'édition critique de textes. La systématisation juridique n'est-elle pas également une opération de manipulation des sources, d'éléments éclatés ? « Une manipulation de ces éléments éclatés, les collations, les concordances, l'empilement de connaissances de toute origine dans les lieux obscurs ou douteux recomposent une unité textuelle à partir de cette dispersion. Des procédures techniques compensent la perte. L'édition ou le commentaire critique [ou la systématisation] décrit donc à la fois une tradition *défaite*, mise en pièces par l'histoire, et le travail présent qui en *fait* un livre. Les "sources" qui *autorisent* la fabrication d'un texte critique sont prises dans l'opération qui, faisant feu de tout bois, comble leurs lacunes. Du *corps* vécu de la tradition, on passe à un *corpus* qui est le produit d'un travail. Une révolution se cache dans la minutie fourmilière de la critique : la tradition, ça se fabrique »³⁰.

Effectivement, que l'on prenne des éditions du *Codex iuris canonici*, du Code civil Français, voire certains commentaires desdites systématisations juridiques, on ne mesure pas forcément la répercussion du travail éditorial sur la transmission du savoir : « il n'est pas de texte hors le support qui le donne à lire, pas de compréhension d'un

²⁷ Concernant le processus de codification napoléonien : Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827s., 15 vol. ; ainsi que Jean-Etienne-Marie de PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil. Précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification*, Caen, Presses universitaires de Caen, éd. 2010, 203 p.

²⁸ Voir, par exemple, Auguste ROGER et Alexandre SOREL, *Codes et lois usuelles*, Paris, Garnier, plusieurs éditions à partir des années 1860.

²⁹ Pierre LEGENDRE, *L'Amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, 1974, p. 91.

³⁰ Michel de CERTEAU, « Christianisme et "modernité" dans l'historiographie contemporaine », *IDEM, Le Lieu de l'autre. Histoire religieuse et mystique*, Paris, Gallimard-Seuil, 2005, p. 31-32.

écrit, quel qu'il soit, qui ne dépende des formes [8] dans lesquelles il atteint son lecteur »³¹. L'éditeur peut fabriquer la tradition bien entendu, il est possible de couper le lecteur de la source normative, et c'est ainsi tout un pan de l'histoire juridique occidentale qui est retranché des programmes universitaires.

L'auteur et la source peuvent être des notions fort relatives lorsqu'on étudie un texte rédigé collectivement ou par un auteur difficilement identifiable. Ce constat fait la part belle à nombre de courants de théorie littéraire (*Nouvelle critique*, poststructuralisme, *New criticism*, courant textualiste américain affilié au *Critical Legal Studies Movement*)³² qui suppriment la biographie, proclament la « mort de l'auteur » comme individu, le limitent au mieux à une « fonction » et invitent à concentrer l'attention sur le texte et le lecteur. Deux problèmes sont posés ici : le premier est, on le voit, l'existence du « relativisme » biographique, l'anonymisation auctoriale ou des sources ; le second est qu'il est difficile de connaître l'intention de l'auteur par le biais du texte.

Peut-on effectivement admettre l'idée selon laquelle le texte serait la représentation physique de la pensée d'un auteur, que l'*actio* serait forcément en adéquation avec l'*intentio* ?³³ Mettre au jour l'intention de l'auteur, notamment dans une systématisation juridique, est une gageure si l'on a à l'esprit que la publication est conditionnée par une approbation ne dépendant pas de la simple volonté de l'auteur.

Ce dernier peut être dans l'obligation de renier ses convictions afin d'obtenir la permission de publication. En posant la question « que pense l'auteur ? », ne dit-on pas également « qui parle ? ». Est-ce le Législateur suprême qui s'exprime, usant de l'auteur comme d'un porte-plume, d'un simple scribe ? Est-ce l'auteur lui-même, mais alors lequel : le professeur de droit, le notable de la cité, le patriote, le poète, l'amoureux éconduit ? Les motivations de l'auteur tout comme les états d'âme traversés dans le temps de l'écriture peuvent être multiples : elles sont presque toujours inconnaissables.

³¹ Roger CHARTIER et Christian JOUHAUD, « Pratiques historiennes des textes », Claude REICHLER (dir.), *L'Interprétation des textes*, Paris, Éditions de Minuit, 1989, p. 59.

³² Pour une présentation succincte de ces divers courants : Francesco VIOLA, Giuseppe ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 241-251. Concernant plus spécifiquement le mouvement des CLS on se reportera à la traduction par Françoise Michaut de textes de Robert W. Gordon, William W. Fisher III et Jack N. Rakove publiés initialement dans la *Stanford Law Review* : Françoise MICHAUT, *Ecrire l'histoire du droit. Réflexions méthodologiques*, Paris, l'Harmattan (coll. « Logiques juridiques »), 2005, 223 p.

³³ Bien que l'on s'appuie principalement ici sur des travaux de théorie littéraire, il faut rappeler que le statut du document fut questionné par les sciences historiques, notamment par les *Annales* et la *Nouvelle histoire* qui se formèrent autour d'une contestation de l'histoire positiviste : Marc BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*, Paris, Armand Colin, éd. 2004, p. 87s. ; Roger CHARTIER, « Positiviste (histoire) », Jacques LE GOFF, Roger CHARTIER et Jacques REVEL (dir.), *La Nouvelle Histoire*, Paris, Retz-CEPL, 1978, p. 460-462.

Le fait de souscrire à un certain positionnement antiintentionnaliste³⁴ ne nous dispense pas de porter un regard critique sur les thèses qui déboucheraient, [9] à terme, sur un anticontextualisme³⁵, option difficilement tenable pour l'historien.

Le stylisticien Michael Riffaterre avance par exemple l'idée que la seule signification valable d'un texte est à chercher dans celle que lui donnent ses premiers lecteurs : cela équivaut à croire que le texte est fermé et que les Lecteurs Empiriques coïncident parfaitement avec les Lecteurs Modèles³⁶. De plus, pour ce même auteur, le texte se suffirait à lui-même et ne référerait à aucune extériorité (thèse de la *referential fallacy*). L'étude se limiterait à retrouver l'intertexte sans considérer l'inscription du texte dans l'histoire, dans un contexte-source et de réception³⁷. Il y a là un antiintentionnalisme et un anticontextualisme poussés à l'extrême, qui dispensent de recourir à l'histoire pour interpréter le texte mais qui nous y renvoient paradoxalement si le texte contient des indices contextuels.

Tout en admettant qu'on puisse se limiter à l'interprétation textuelle, il semble évident que les dispositions juridiques renvoient presque toujours à un intertexte qui est tributaire d'un événement historique (la disposition étant une solution à un problème posé) ; de plus, ces mêmes dispositions sont formulées dans un contexte bien particulier et le sens des mots peut varier d'une époque à une autre : un texte est incompréhensible sans une « [...] maîtrise des "codes" [de référence] qui régissent les modes de production de ses significations »³⁸.

C'est en cet endroit précis que réside toute la difficulté d'interprétation, pour l'historien comme pour le juge. Richard Posner donne un exemple fort intéressant non

³⁴ L'*intentionnalisme* (ou *essentialisme*), en littérature, a connu son heure de gloire au XIX^e siècle, notamment avec Lanson et Sainte-Beuve. La posture intentionnaliste, courante aujourd'hui encore, consiste à penser que l'écriture n'est ni limitée, ni orientée, ni parasitée : le lecteur aurait donc sous les yeux la transcription d'une pensée non travestie. Les intentionnalistes attachent une importance certaine aux aspects biographiques et arguent que le texte est la fidèle transcription de la pensée de l'auteur, qu'il suffirait de le lire dans le détail afin de connaître ses positionnements doctrinaux, idéologiques : Sur cette question : Antoine COMPAGNON, *op. cit.*, p. 51-110.

³⁵ Précisons que nous entendons par *contextualisme* le fait de considérer le contexte-source ou contexte de réception d'une loi, mais que nous ne l'assimilons pas, comme nombre d'auteurs, au *pragmatisme juridique*. Par opposition, l'*anticontextualisme* est donc pour nous le refus d'envisager les contextes de la loi.

³⁶ Michael RIFFATERRE, *La Production du texte*, Paris, Seuil, 1979, p. 105.

³⁷ Sur les thèses de Michael Riffaterre : Antoine COMPAGNON, *op. cit.*, p. 126s. ; Jean-Marie SCHAEFFER, « Littérature et intentionnalité », Jean BESSIÈRE (dir.), *Littérature et théorie. Intentionnalité, décontextualisation, communication. Conférences du séminaire de Littérature comparée de l'Université de la Sorbonne Nouvelle et du Centre de Recherche sur les Arts et le Langage*, Paris, Honoré Champion, 1998, p. 36-40.

³⁸ Terry EAGLETON, *Critique et théorie littéraires. Une introduction*, Paris, PUF, 1994, p. 78.

seulement de complexité d'interprétation mais aussi de possible usage d'une interprétation normative pour répondre à une problématique actuelle : le huitième amendement de la Constitution des États-Unis qui interdit l'application par un gouvernement fédéral de « châtimens cruels et inhabituels »³⁹. L'analyse de cet amendement dans une perspective intentionnaliste chercherait à déterminer ce que les auteurs de la Constitution entendaient par « châtimens cruels et inhabituels » ; il y aurait donc lieu de s'interroger sur les peines couramment infligées à la fin du XVII^e siècle pour les délits les plus graves, car bien que cet amendement fut ratifié en 1791, les termes sont extraits du *Bill of Rights* (1689). Deux problèmes sont posés ici. Tout d'abord, ne remarquons-nous pas que le huitième amendement est déjà en soi un article [10] de loi décontextualisé qui reprend des termes dont le sens pouvait être fort différent dans la pensée des juristes de la fin du XVII^e siècle ; sommes-nous sûrs, d'autre part, que le législateur de 1791 avait justement une conception précise de ce que pouvait être un châtiment cruel et inhabituel ? Les abolitionnistes ont compris qu'ils pouvaient s'insérer dans la brèche de l'indétermination de la loi et, par le jeu de l'anticontextualisme, affirmer que l'amendement s'oppose à la peine capitale. Le problème est insoluble si l'on n'abroge pas le huitième amendement : soit on affirme que le législateur n'estimait pas que la peine de mort fût cruelle, pour ne pas remettre en question la peine capitale (ce qui vaut disqualification du mouvement abolitionniste) ; soit on met en avant un argument moral et le fait que les sociétés contemporaines tendent à abolir la peine de mort, pour affirmer que les juges doivent écarter l'exécution capitale du catalogue des peines⁴⁰.

Il pourrait exister un autre type d'antiintentionnalisme exprimé cette fois dans nombre de travaux de Jacques Derrida, Michel Foucault, ou encore Stanley Fish⁴¹.

Jacques Derrida, par exemple, dont les écrits ont pu influencer certaines options du mouvement des *Critical Legal Studies*⁴², devrait-il être classé parmi les

³⁹ « *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted* ».

⁴⁰ Voir Richard A. POSNER, *op. cit.*, p. 259s. ; ainsi que l'article de Patricia Roy, relatif à la peine de la chaise électrique : Patricia ROY, « Not So Shocking. The Death of the Electric chair in Georgia at the Hands of Georgia Supreme Court in Dawson v. State », *Mercer Law Review*, 53/4, 2002, p. 1695-1716.

⁴¹ Stanley FISH, *Respecter le sens commun. Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, traduction par Odile NERHOT, Diegem/Paris, Story scientia/L.G.D.J., 1995, 309 p. Stanley Fish concentre son attention sur la question de l'indétermination de la norme. Il répond particulièrement à Owen M. Fiss (cf. Owen M. FISS, « Objectivity and Interpretation », *Stanford Law Review*, 34/4, 1982, p. 739-763) et à Ronald Dworkin (sur la question de la métaphore du « roman à la chaîne » : cf. *Revue internationale de philosophie*, « Dworkin avec ses réponses », Bruxelles, 2005/3, n° 233, 156 p.).

⁴² Sur la critique du droit derridienne : Julie SAADA, « Théorie critique et déconstruction. Derrida critique du droit », Hourya BENTOUHAMI et al. (dir.), *Le souci du droit. Où en est la théorie critique ?*, Paris, Sens et Tonka, 2009, p. 119-133.

antiintentionnalistes⁴³ ? La réponse est nuancée. Derrida doutait certainement que l'on pût limiter, encadrer l'interprétation et que l'écriture donnât « lieu en dernière instance à un déchiffrement herméneutique, au décryptage d'un sens ou d'une vérité »⁴⁴. N'ait-il pour autant qu'un auteur ne souhaitât dire, transmettre tel message plutôt que tel autre à un lecteur, quel qu'il fût ? Jacques Derrida n'avait-il aucune intention en publiant ses ouvrages et comment justifier les réponses à ses détracteurs : n'était-ce pas justement pour dévoiler ses intentions et à plus forte raison pour corriger une signification qu'il estimait erronée ?

Il faut distinguer la thèse de l'inexistence d'une conscience d'intention auctoriale dans l'acte même d'écrire, de la thèse de son inefficience. Effectivement, un auteur peut souhaiter écrire *a*, mais écrire *b* (inadéquation de l'intention auctoriale avec l'écriture). Le lecteur ensuite peut bien lire *b* tout en comprenant *c* (inadéquation des significations lectoriale et auctoriale) ; un autre lecteur lire *b* et comprendre *d*, etc. Quelle que soit l'*intentio auctoris* (consciente ou inconsciente), on ne peut jamais être assuré que le lecteur est capable de [11] coopérer à l'actualisation textuelle, « d'agir interprétativement comme lui, l'auteur, a agi générativement »⁴⁵. La position derridienne est plus extrême que celle de la *Nouvelle critique*, puisqu'il estime que le texte donne lieu à une interprétation sans limite. Certes l'auteur et le lecteur existent physiquement, un temps donné, mais ils ne survivent pas au texte, qui lui-même devient « trace », est fondu dans un autre texte et ainsi de suite. On ne se soucie plus des intentions, des textes et de leurs circonstances de production : tout disparaît, rien ne demeure, il ne reste que des traces⁴⁶.

Finalement, des griefs peuvent être adressés aux uns, intentionnalistes à l'excès, pour qui le texte dirait tout de la pensée de l'auteur, y compris ses états d'âme, ou qui postulent encore que la biographie justifierait l'œuvre ; mais aussi aux autres, dans une

⁴³ Jean-Marie SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 17-18.

⁴⁴ Jacques DERRIDA, « Signature événement contexte », IDEM, *Marges de la philosophie*, Paris, Éditions de Minuit, 1972, p. 392.

⁴⁵ Umberto ECO, *Lector in fabula. Le rôle du lecteur ou la Coopération interprétative dans les textes narratifs*, Paris, Livre de poche, s.d., p. 68.

⁴⁶ « Écrire, c'est produire une marque qui constituera une sorte de machine à son tour productrice, que sa position future n'empêchera pas principiellement de fonctionner et de donner, de se donner à lire et à réécrire. Quand je dis "ma disparition future", c'est pour rendre cette proposition plus immédiatement acceptable. Je dois pouvoir dire ma disparition tout court, ma non-présence en général, et par exemple la non-présence de mon vouloir-dire, de mon intention-de-signification, de mon vouloir-communiquer-cesti, à l'émission ou à la production de la marque. Pour qu'un écrit soit un écrit, il faut qu'il continue à "agir" et être lisible même si ce qu'on appelle l'auteur de l'écrit ne répond plus de ce qu'il a écrit, de ce qu'il semble avoir signé, qu'il soit provisoirement absent, qu'il soit mort ou qu'en général il n'ait pas soutenu de son intention ou attention absolument actuelle et présente, de la plénitude de son vouloir-dire, cela même qui semble s'être écrit "en son nom" ». (Jacques DERRIDA, *op. cit.*, p. 376).

moindre mesure toutefois, anticontextualistes et antiintentionnalistes pour qui le texte seul et l'usage que pourraient en faire les lecteurs ont quelque intérêt, comme si finalement le texte était posé là, sans auteur, venant on ne sait d'où.

Puisqu'il n'est pas possible d'adopter l'une ou l'autre posture en histoire du droit, quelle pourrait être alors la voie consensuelle, où l'on tâcherait de cerner tant les stratégies textuelles que l'intention auctoriale ?

Il est intéressant de mettre en lumière l'appartenance à un réseau idéologique ou les liens tissés entre un auteur et ses contemporains (auteurs eux-mêmes parfois). Lorsqu'on peut avoir connaissance d'éléments biographiques plausibles, ou disons fiables, il faut alors les exploiter, sans toutefois tout attendre d'eux.

Le *paratexte* (ou *péritexte*) peut très bien remplir cet office, à la fois de renseigner sur les affinités idéologiques, et sur l'intention auctoriale⁴⁷. Par analyse paratextuelle, nous entendons l'étude tant des titres, sous-titres, formats des ouvrages⁴⁸, que des préfaces et autres épîtres [12] dédicatoires⁴⁹. Ce paratexte oriente la lecture et a pour fonction d'inscrire le texte dans une tradition, de le « labelliser », et d'assurer une protection à l'auteur. La préface peut contenir le motif de la publication, sa justification, fournir quelques éléments de compréhension de l'intention auctoriale. L'analyse de l'épître dédicatoire (très présente à partir de la Renaissance) peut permettre, quant à elle, de cerner l'appartenance de l'auteur à un réseau idéologique. Le dédicataire (aujourd'hui ce pourrait être le préfacier) est choisi en fonction du lien d'amitié qui l'unit à l'auteur et, plus généralement, en raison de son autorité, de sa place dans la hiérarchie institutionnelle. L'auteur installe le dédicataire dans une position de protecteur « de type féodal » (G. Genette), de caution morale, de garant de l'orthodoxie des idées énoncées dans l'ouvrage.

⁴⁷ Nous écartons la question de la critique génétique qui ne nous semble guère possible avant les XVIII^e-XIX^e siècles. La *critique génétique* consiste en l'étude des manuscrits, des brouillons, des journaux qui précèdent l'impression du texte et rendent compte à proprement parler du processus scripturaire : Jean-Maurice ROSIER, « Génétique (critique) », Paul ARON, Denis SAINT-JACQUES et Alain VIALA (dir.), *op. cit.*, p. 255-256.

⁴⁸ Le format de l'ouvrage détermine son prix et, par voie de conséquence, le lectorat visé : « Du folio aux petits formats, une hiérarchie existe qui lie le format du livre, le genre du texte, le moment et le mode de lecture. [...] Une telle hiérarchie est d'ailleurs directement héritée du temps du livre copié à la main, lequel distingue le livre de banque, qui doit être posé pour être lu et qui est livre d'université et d'étude, le livre humaniste, plus maniable en son format moyen, qui donne à lire textes classiques et nouveautés, et le livre portable, le *libellus*, livre de poche et de chevet, aux utilisations multiples, aux lecteurs plus nombreux ». (Roger CHARTIER et Christian JOUHAUD, *Art. Cit.*, p. 65).

⁴⁹ Pour l'étude de référence sur le paratexte : Gérard GENETTE, *Seuils*, Paris, Seuil, 1987, 388 p.

2. *Intentio lectoris*

Après nous être longuement intéressé à l'auteur et son intention, nous évoquerons à présent la question du lecteur. Qu'est-ce qu'un lecteur ? Comment le texte lui parvient-il ? L'auteur peut-il l'envisager lorsqu'il écrit ? Possède-t-il, ce lecteur, une capacité interprétative illimitée ?

« Pour qui écrit-on ? » s'interrogeait Jean-Paul Sartre. « À première vue cela ne fait pas de doute : on écrit pour le lecteur universel ; [...] l'exigence de l'écrivain s'adresse en principe à *tous* les hommes. Mais les prescriptions qui précèdent sont idéales »⁵⁰.

Elles sont idéales car non seulement l'auteur envisage toujours un lecteur lors de l'écriture mais, de plus, son texte lui échappe au moment de la publication, tombe entre des mains non anticipées. Il existe ainsi deux types de lecteurs : le Lecteur Modèle, et le Lecteur Empirique ou Universel.

Intéressons-nous tout d'abord au Lecteur Modèle⁵¹. Tout auteur modélise, prévoit un lectorat dans son acte d'écriture, lorsqu'il ne souhaiterait d'ailleurs le circonscire⁵². Cela est encore plus vrai au sein d'une institution, lorsque l'auteur s'adresse au monarque, au censeur, à l'inquisiteur. On peut dire alors qu'il y a comme une prise en charge des événements possibles et que les textes ne sont pas aussi « ouverts » qu'il y paraît. Qu'est-ce à dire ?

L'auteur cherche à écrire ce que le lecteur théoriquement visé veut lire, tout comme il sélectionne scrupuleusement les sources orthodoxes. Il choisit une **[13]** cible, « [...] et une cible, dit Umberto Eco, ça coopère très peu : ça attend d'être touché »⁵³.

Dans le travail sur le texte l'historien, ou tout lecteur, ne doit pas omettre cet aspect : un auteur, qui écrit aux abords d'un lieu de pouvoir, s'adresse prioritairement au censeur. Il met en place des stratégies afin de publier son texte tout d'abord ; pour se faire bien voir du monarque s'il vise une promotion, ensuite.

⁵⁰ Jean-Paul SARTRE, *Qu'est-ce que la littérature ?*, Paris, Gallimard (coll. « Folio-essais », 19), éd. 2001, p. 75.

⁵¹ Umberto ECO, *Lector in fabula. op. cit.*, p. 61-83.

⁵² La frontière entre la modélisation et l'imposition est rapidement franchissable. Pour n'être lu que par un certain lectorat, pour écarter toute une frange de la population du savoir (jugée inapte à la lecture et afin de la garder sous contrôle), il suffit non seulement d'user d'un lexique particulier, d'un jargon, d'écrire dans une langue, un *idiolecte* ou un *sociolecte* peu enseignés, mais surtout de se réserver la transmission de l'ensemble de ces « codes ». L'Église catholique manifesta ainsi beaucoup de méfiance, voire d'hostilité, à l'égard de la traduction biblique en langue vulgaire (ce jusqu'au XX^e siècle). L'apparition, contrôlée, d'une pédagogie religieuse par les textes (littérature catéchétique ou de piété), aux XVI^e et XVII^e siècles, ne se fit que dans une logique de reconquête dans un « marché religieux » devenu fortement concurrentiel : c'est la Contre-Réforme.

⁵³ Umberto ECO, *Lector in fabula. op. cit.*, p. 70.

Ce que nous disons là est lié à la question de l'intention auctoriale. L'auteur qui collabore à un processus d'unification du droit, au sein d'une commission, peut voir son texte censuré, il s'inscrit dans une chaîne mais n'en est pas le dernier maillon : c'est au Législateur Suprême que revient ce rôle.

Le Législateur, à l'instar de n'importe quel type d'auteur, a-t-il besoin de modéliser un lecteur ?

Une systématisation juridique, promulguée officiellement n'est pas un texte ouvert. Là n'est pas son rôle et c'est bien ce qui la distingue du roman ou du poème. La systématisation juridique doit s'appliquer inconditionnellement. Le Législateur attend du lecteur qu'il soit en mesure de comprendre le texte législatif, mais ce dernier n'a pas à l'interpréter librement, ni à lui donner des significations autres que celles voulues par le législateur, ce qui mettrait en péril et la cohérence de l'ensemble et les autres sujets de droit. En bref, *intentio lectoris* et *intentio auctoris* doivent absolument concorder.

La systématisation juridique, promulguée officiellement et devant être appliquée sur un territoire donné, ou par une catégorie d'individus, peut envisager un Lecteur Modèle qui serait là où on l'attend, sans agir. Autant dire que ce type de lecteur complice est impensable en littérature car il correspondrait en quelque sorte à un Lecteur Modèle qui aurait réussi. Dans le meilleur des cas, le lecteur modélisé par le législateur est un idéologue suiveur qui n'est pas caractérisé par son esprit critique et il peut n'être pas même lecteur, attendant qu'une tierce personne ou institution corrige un écart à la loi.

Le lecteur qui est sujet de droit, peut tout à fait ne pas faire sienne l'intégralité de la loi, cependant son pouvoir de critique est limité à la sphère privée et toute transgression doit envisager la possibilité de la sanction. Nous dirons qu'à l'inverse, celui qui adhère pleinement à la loi, peut appliquer « à la lettre » (encore faudrait-il s'entendre sur ce qu'est la lettre de la loi)⁵⁴ ou avec zèle le contenu de la systématisation, mais sa lecture n'est guère plus ouverte, en tout cas elle ne doit pas être teintée de négativité.

⁵⁴ Le législateur, s'il cherche l'expression appropriée, la lexicographie la plus minimaliste pour rendre l'article de loi intelligible, ne peut pas évacuer tout l'implicite, le flou (*fuzzy law*) ou, en définitive, encadrer voire empêcher l'interprétation du droit. Certains articles peuvent nécessiter une interprétation du législateur lui-même, du pouvoir judiciaire, voire d'un tiers (recours à l'expertise). Pour s'en convaincre, nous renvoyons à l'art. 48 du *Code pénal suisse*, relatif à l'atténuation de la peine : « Le juge atténue la peine si : l'auteur a agi en cédant à un **mobile honorable**, dans une **détresse profonde**, sous l'effet d'une **menace grave** [...], si l'auteur a agi en proie à une **émotion violente** que les circonstances rendaient excusable ou s'il a agi dans un état de **profond désarroi** [...], si l'auteur a manifesté par des actes un **repentir sincère** [...] ». Les expressions que nous avons mises en gras nécessitent toutes une interprétation, explicitation, évaluation par le juge et laissent une latitude certaine aux avocats ou au procureur.

[14] Après le Lecteur Modèle, qui est un lecteur cible, voire un lecteur passif dans le cas de la systématisation juridique officiellement promulguée, il y a lieu d'évoquer le Lecteur Empirique ou universel, lorsque le texte est simplement reçu et que l'anticipation cède la place à la contingence interprétative.

Une fois acquise l'idée que la lecture implique des conditions de compréhension, un patrimoine lexical et culturel commun avec l'auteur, qu'elle peut s'encadrer, on peut effectivement se demander s'il peut s'y édifier un espace de liberté. La *nouvelle critique* et le *poststructuralisme* ont répété à l'envi que la lecture est le lieu de l'ouverture d'un espace incontrôlable par l'auteur : « La lecture, ce serait là où la structure s'affole »⁵⁵. Effectivement, l'auteur peut guider la lecture, destiner son texte à tel ou tel individu, mais la réception signifie bien un changement de mains : le texte est un objet glissant.

« Le lecteur, dit Jean Starobinski, est [...] tout ensemble (ou tour à tour) celui qui occupe le rôle du récepteur, du discriminateur (fonction *critique* fondamentale, qui consiste à retenir ou à rejeter), et, dans certains cas, du producteur, imitant, ou réinterprétant, de façon polémique, une œuvre antécédente »⁵⁶.

Le lecteur exerce son droit à l'interprétation, le texte est ouvert. Seulement, l'acte de lecture trouble bien souvent la frontière entre *interprétation* et *utilisation*, entre jouissance du texte et récupération stratégique, sachant que l'une ne va pas sans l'autre. Un texte peut être récupéré, détourné à des fins qui ne correspondent en rien à l'intention de l'auteur. Il peut aussi se traduire par une réécriture⁵⁷ : la tradition est remodelée et le texte sert, pourquoi pas, de support pour développer un discours idéologique.

Il y a probablement autant de réceptions que de lecteurs, toutefois gardons à l'esprit qu'une étude de réception devrait, dans l'idéal, considérer le récepteur passif et ne pas se limiter à la production littéraire : l'écrasante majorité des lecteurs demeurent des entités anonymes.

Peut-on individualiser le lecteur dans une étude de réception ? On peut tout au plus retracer le circuit de diffusion du texte reçu (s'il s'agit d'un livre), comme on suivrait

⁵⁵ Roland BARTHES, « Sur la lecture », IDEM, *Le Bruissement de la langue*, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁶ Jean STAROBINSKI, « Préface », Hans Robert JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, Paris, Gallimard (coll. « tel », 169), éd. 2005, p. 13.

⁵⁷ « La réécriture se décrit comme une relation unissant un texte B (hypertexte) à un texte antérieur A (hypotexte) sur lequel il se greffe d'une manière qui n'est pas un simple commentaire ou une copie, mais une appropriation et un détournement ». (Eric BORDAS, « Réécriture, réécriture », Paul ARON, Denis SAINT-JACQUES et Alain VIALA (dir.), *op. cit.*, p. 520).

une marchandise, de son lieu d'impression au présentoir du libraire ou vers d'autres presses, en endossant en quelque sorte le costume de l'historien du livre et de l'édition.

Il s'agit alors d'effectuer un essai d'inventaire de la production imprimée de telle ou telle systématisation juridique dont on veut étudier la réception. La fréquence de publication reste un indicateur fiable de la popularité d'un ouvrage puisque les imprimeurs-éditeurs travaillent à flux tendu⁵⁸. Nous parlons là de [15] statistique mais d'autres renseignements sont donnés par l'inventaire éditorial. Que peut signifier par exemple l'absence d'impression ou, à l'inverse, l'inflation éditoriale d'une systématisation juridique dans un pays et à une période donnés ? Comment interpréter le recours à la copie ou la contrefaçon de telle édition plutôt que de telle autre ? Comment interpréter enfin, au moment d'effectuer la critique externe du document, les suppressions de gloses marginales ou interlinéaires lors de rééditions ou de « recopiations » d'ouvrages par des éditeurs ou des imprimeurs ?

De l'inventaire *éditorial*, passons à l'inventaire *commercial*. Allons de l'imprimerie à la bibliothèque. Ne faut-il pas se méfier des inventaires de bibliothèques, privées ou publiques ? La présence d'un ouvrage dans un inventaire *post mortem* de bibliothèque nous informe sur sa popularité mais pas forcément sur une effective réception : la présence matérielle ne signifie nullement que l'ouvrage ait été lu et, par voie de conséquence, que le possesseur du livre en ait rendu le contenu efficient⁵⁹ :

Conclusion

Regardés avec suspicion dans les facultés de droit, lorsque ne sont pas manifestés répulsion et dédain à leur égard, les travaux de théorie littéraire, d'histoire du livre et de l'édition, soulèvent des problèmes fondamentaux pour l'historien du droit. Il y a de l'inconnaissable dans les études de réception.

⁵⁸ On veillera toutefois à bien distinguer *édition* et *impression*. Un ouvrage peut être édité de multiples fois sans connaître autant d'impressions. Un ouvrage peut paraître avec des pages de titres, des années de publication différentes tout en n'étant imprimé qu'une fois. La popularité se mesure aux impressions recensées et aux contrefaçons qui circulent.

⁵⁹ « Moins heureux que les psycho-sociologues d'aujourd'hui, libres d'interroger à leur guise un échantillon représentatif de vivants, les historiens ne sont, par ailleurs, jamais assurés de comprendre les lectures que leurs ancêtres faisaient d'un texte donné en un environnement qu'il est pour le moins difficile de reconstituer. De ces documents susceptibles de nous informer sur les lecteurs d'autrefois, les inventaires après décès sont les plus prolixes. Ils permettent de connaître, non point les lectures des défunts, mais au moins, le nombre et souvent les titres des volumes que ceux-ci détenaient au jour de leur trépas ». (Henri-Jean MARTIN, *Histoire et pouvoirs de l'écrit*, Paris, Albin Michel, éd. 1996, p. 322).

Le travail biographique est fragilisé par l'absence de sources archivistiques autant que par l'accumulation d'informations contradictoires. L'auteur est effacé au profit du signataire, non certes lors du processus de codification mais à l'heure de la promulgation ; il est parfois cantonné à la fonction de scribe d'un supérieur hiérarchique, ce qui conduit au relativisme biographique comme à l'incertitude de la connaissance de l'intention auctoriale. Ensuite, les sources utilisées par l'auteur pour bâtir les dispositions juridiques et les assertions définitives ne sont pas toujours mentionnées, sont souvent retravaillées, réécrites.

D'autres difficultés surviennent si l'on ambitionne de mettre au jour l'intention lectoriale : le lecteur ou récepteur passif est anonyme dès lors que sa lecture n'est pas suivie d'une production littéraire (commentaire, glose, traduction) ; on doit se demander pour qui écrit idéalement l'auteur et qui lit réellement le texte ; il faut cerner les motifs de popularité (ou d'impopularité) du texte.

Enfin, bien que nous ne l'ayons évoquée qu'en filigrane, la question de la contextualisation doit aussi être envisagée dans une étude de réception. Par contextualisation, nous entendons le rapport aux lieux de production (contexte-source [16] ou contexte rédactionnel) et de reproduction du discours (contextes successifs de réception), mais aussi, dans une certaine mesure, l'incidence du temps sur la compréhension de ce même discours.

Pour le seul contexte-source, l'historien du droit a à composer avec un contexte juridique et politique, c'est certain, mais également religieux. Ainsi, les systématisations civiles et canoniques publiées dans la seconde moitié du XVI^e siècle (Bodin, Corras, Lancellotti, Althusius), sont à lire tant à la lumière de l'humanisme juridique, que de la Réforme catholique ou de la Réformation, ou encore d'une philosophie politique tendant à émanciper les monarques et à plaider en faveur de systèmes juridiques souverains.

Toute étude de réception devrait envisager l'ensemble des contextes de la vie matérielle du texte. Après l'analyse du contexte-source qui est le contexte rédactionnel du texte, viennent les contextes successifs de réception. Le texte peut connaître des périodes différentes de publication, en des lieux tout aussi divers. La question de la contextualisation nous fait nécessairement toucher du doigt le problème de la résistance de la systématisation, voire du système juridique lui-même, au travail du temps. Quels peuvent être les caractères qui en assurent la survie ? L'on doit, dans la mesure du possible, tâcher de comprendre ce qui justifie la popularité ou l'impopularité d'une systématisation ; que vont y puiser celles et ceux qui se l'approprient, alors que le

législateur ou le juriste qui en serait l'auteur n'est plus là pour en assurer l'actualisation, l'interprétation authentique (qui peut coïncider avec la signification auctoriale), ou en faire respecter l'application ? Dans quelle mesure le texte, même lorsqu'il inaugure un genre littéraire, ne peut-il être anticipé, ne rassemble-t-il pas toutes les propriétés pouvant en assurer la fortune, ce que Hans Robert Jauss nommait l'*horizon d'attente* (*Erwartungshorizont*) d'une œuvre ?⁶⁰

Autant d'interrogations qui incitent à nous libérer de la croyance qu'un texte serait un objet saisissable dans son intégralité, et que ses acteurs livreraient sans résistance leur stratégie, à la fois d'écriture et de lecture : retenant la leçon d'Antoine Compagnon, nous pensons que l'historien du droit devrait affirmer devant le parcours du texte, à l'instar du littéraire, que « la perplexité est la seule morale admissible »⁶¹.

Laurent KONDRATUK
Université de Franche-Comté - Besançon

⁶⁰ « Même au moment où elle paraît, une œuvre littéraire ne se présente pas comme une nouveauté absolue surgissant dans un désert d'information ; par tout un jeu d'annonces, de signaux (manifestes ou latents), de références implicites, de caractéristiques déjà familières, son public est prédisposé à un certain mode de réception. Elle évoque des choses déjà lues, met le lecteur dans telle ou telle disposition émotionnelle, et dès son début crée une attente de la *suite*, du *milieu* et de la *fin* du récit (Aristote), attente qui peut, à mesure que la lecture avance, être entretenue, modulée, réorientée, rompue par l'ironie, selon des règles de jeu consacrées par la poétique explicite ou implicite des genres et des styles ». (H. R. JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, Paris, Gallimard (coll. « tel », 169), p. 55.).

⁶¹ Antoine COMPAGNON, *op. cit.*, p. 312.