

**ROBERT A. FERGUSON, *PRACTICE EXTENDED: BEYOND
LAW AND LITERATURE*, NEW YORK, COLUMBIA
UNIVERSITY PRESS, 2016**

*Sabrina Tremblay-Huet**

L'approche « droit et littérature » est peu mobilisée au Québec. En effet, ses classiques sont surtout américains¹ et, en matière francophone, les ouvrages sur le sujet nous parviennent majoritairement de l'Europe². Aux États-Unis, une revue scientifique y est même entièrement consacrée, soit la revue *Law and Literature*³, basée à la Benjamin N. Cardozo School of Law. Le dernier ouvrage de Robert A. Ferguson, qui s'intitule *Practice Extended: Beyond Law and Literature*⁴, a donc pour titre la proposition de penser au-delà du courant, signe que l'approche est maintenant bien ancrée dans l'univers de la recherche juridique américaine. L'auteur enseigne à la Columbia Law School depuis plus de 25 ans, où il est titulaire de la distinction George Edward Woodberry Professor Emeritus in Law, Literature, and Criticism⁵.

En quoi consiste l'approche droit et littérature ? François Ost et Laurent Van Eynde considèrent qu'elle se manifeste autour des questionnements « que peut apporter la littérature au droit ? » et « que gagne la littérature à comprendre la présence du droit dans ses œuvres ? »⁶. On peut ainsi distinguer deux courants, soit celui du droit comme littérature et du droit dans la littérature⁷. Dans *Practice Extended: Beyond Law and Literature*, le professeur Ferguson mobilise les deux formes.

Practice Extended: Beyond Law and Literature consiste donc en une exploration du droit comme littérature et du droit dans la littérature, accompagnée de réflexions inspirées de plusieurs autres disciplines des sciences humaines, telles que l'histoire, la science politique et la philosophie antique. La plupart des chapitres ont été publiés préalablement sous forme d'articles par l'auteur⁸. L'ouvrage est divisé en quatre sections : la première, sur les éléments littéraires au sein de l'imagination

* Candidate au doctorat en droit et chargée de cours à l'Université de Sherbrooke.

¹ Voir par ex Richard A. Posner, *Law & Literature*, 3^e éd, Cambridge, Harvard University Press, 2009; Richard H. Weisberg, *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, New York, Cambridge University Press, 1992.

² Voir par ex Philippe Gérard et al, dir, *Lettres et lois : Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 [Gérard] et Christine Baron, dir, *Transgression, littérature et droit*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2013.

³ « Law and Literature », en ligne : Cardozo Law <www.cardozo.yu.edu/faculty-intellectual-life/journals/law-and-literature>.

⁴ Robert A. Ferguson, *Practice Extended: Beyond Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 2016 [Ferguson].

⁵ Columbia Law School, « Robert A. Ferguson », en ligne : Columbia Law School <web.law.columbia.edu/faculty/robert-ferguson>.

⁶ Gérard, *supra* note 2 à la p 7.

⁷ Richard Weisberg, « Le droit "dans" et "comme" littérature : la signification autogénérée dans le "roman de procédure" » (2007) 27 *Raisons politiques* 37.

⁸ Soit huit chapitres sur onze, ainsi que l'épilogue.

juridique⁹; la deuxième, sur la nature de la décision judiciaire¹⁰; la troisième, sur les utilisations publiques de l'éloquence¹¹; et la quatrième, sur les échecs du droit¹². L'ouvrage se conclut par une réflexion sur la façon de lire un roman juridique («*courtroom novel*»)¹³. L'objectif du livre apparaît être celui d'un plaidoyer de la pertinence de l'approche droit et littérature, autant que celui d'un regroupement d'exemples illustrant de quoi devrait être constituée l'approche. En effet, le professeur Ferguson offre plusieurs déclarations quant à ce que le courant est ou n'est pas, ainsi que relatives à ce que le courant prétend être opposé à ce que ce dernier se devrait d'être. Par exemple, l'auteur ne croit pas que la littérature permette de concevoir le droit différemment, ou de mener à l'adoption d'une perspective plus empathique de la vie. En ce sens, il affirme que le courant droit et littérature a pour tendance d'attribuer trop de pouvoir à la littérature¹⁴. La littérature imaginative est nécessaire, toutefois, pour contrer l'inadéquation d'une expertise hermétique de la profession juridique, considérant les problèmes majeurs auxquels est confronté le droit¹⁵. Les textes de cet ouvrage abordent donc plutôt des questions relatives à des «*situations where the law, for whatever reason, needs to be reminded of what it does best and what it can do better*»¹⁶.

Le chapitre premier s'intitule «*The U.S. Constitution as Literature*»¹⁷. Il s'agit d'une analyse de droit comme littérature portant sur le texte maître et sacré des États-Unis, la Constitution de 1787. L'auteur propose qu'une conscience informée de ce texte, ainsi que de la façon dont il fut adopté, est nécessaire eu égard à l'incapacité, selon lui, du peuple américain contemporain de réussir à nouveau un tel tour de force¹⁸. Au deuxième chapitre, «*The Place of Mercy in Legal Discourse*»¹⁹, l'auteur analyse l'épineuse problématique morale de la clémence dans le contexte de la justice criminelle. Il s'appuie notamment sur des classiques de l'approche droit et littérature, soit *Le Marchand de Venise*, *Mesure pour mesure* et *La Tempête* de William Shakespeare²⁰. La pertinence d'une telle analyse est entre autres fondée sur le fait qu'il n'existe aucune cohérence sur la question au sein des jugements de la Cour Suprême des États-Unis²¹. Le troisième chapitre, «*Immigration Law : An Answer to Intractability*»²², tombe à point en cette période d'une nouvelle présidence

⁹ Ferguson, «*Literary Components in the Legal Imagination*», *supra* note 4 aux pp 11–84.

¹⁰ *Ibid.*, «*The Nature of Judgement*» aux pp 85–149.

¹¹ *Ibid.*, «*The Public Uses of Eloquence*» aux pp 151–210.

¹² *Ibid.*, «*When Law Fails*» aux pp 211–64.

¹³ *Ibid.*, «*Coda – How to Read a Courtroom Novel*» aux pp 265–78.

¹⁴ *Ibid.* à la p 7.

¹⁵ *Ibid.* à la p 15.

¹⁶ *Ibid.* à la p 9.

¹⁷ *Ibid.* aux pp 17–34.

¹⁸ *Ibid.* à la p 34.

¹⁹ *Ibid.* aux pp 35–64.

²⁰ En effet, les œuvres de Shakespeare font souvent l'objet d'une analyse «*droit et littérature*». Voir par ex Leif Dahlberg, «*The Menace of Venice, Or Reading and Performing the Law in/of The Merchant of Venice*», dans Karen-Margrethe Simonsen et Ditlev Tamm, dir, *Law and Literature: Interdisciplinary Methods of Reading*, Copenhagen, DJØF Publishing Copenhagen, 2010, 33.

²¹ Ferguson, *supra* note 4 à la p 57.

²² *Ibid.* aux pp 65–84.

américaine dont la politique d'immigration peut être qualifiée, au mieux, de contentieuse. Ici, comme dans les autres chapitres dans lesquels cela est plus subtil, la neutralité n'est pas de mise : « *When does the assumed right to welcome also imply a power to exclude, and if so, who gets to exclude and why? Subliminal national processes are at work here*²³ ». L'analyse est particulièrement intéressante, puisque le terme « *alien* » (dont la traduction littérale est extraterrestre) est utilisé dans le langage juridique (et populaire) aux États-Unis pour identifier une personne n'ayant pas la nationalité américaine. Le professeur Ferguson propose une réflexion sur la constitution identitaire de ces personnes en parallèle à la culture populaire liée aux extraterrestres, représentant l'envahissement et la menace. Il met de l'avant l'argument selon lequel la « *[n]arrative structure in alien movies thrives on racial claims that comport with the history of discrimination in immigration law*²⁴ ».

La deuxième section ouvre sur le chapitre quatre, « *Holmes and the Judicial Figure*²⁵ ». Ce chapitre porte sur Oliver Wendell Holmes Jr., qui fut juge à la Cour suprême des États-Unis au début du siècle dernier et qui produisit des ouvrages phares de la doctrine juridique américaine. Selon l'auteur, ces ouvrages « *reveal Holmes in full appreciation of the judge's literary powers*²⁶ ». Une maîtrise des mots à l'œuvre permet, selon Holmes, figure judiciaire mythique aux États-Unis, de ne considérer aucun cas comme étant difficile²⁷. Le chapitre cinq aborde « *The Opinion as Literary Genre*²⁸ ». L'auteur explore deux décisions de la Cour suprême des États-Unis des années 1940 relatives au drapeau américain²⁹ en utilisant la théorie des genres textuels. Au sein de ces décisions, nous trouvons le « *judicial language at its most engaged*³⁰ ». Outre le formalisme juridique et le ton déclaratif, le mode interrogatif y est déconstruit, menant à une réflexion sur le caractère rhétorique de celles-ci. Ces éléments de genre textuel résultent en une aura d'inévitabilité autour de la décision judiciaire³¹. La conclusion porte sur le pouvoir des mots dans leur contexte : « *Courts use words to secure shared explanations and identifications; they also use them as weapons of control*³² ».

Le sixième chapitre, « *Ulysses in Government Hands*³³ », explore la censure de livres, à travers la décision *United States v One Book Called "Ulysses"*³⁴ de 1933, et conséquemment le droit relatif à l'obscénité. Il s'agirait également du jugement ayant mené à la naissance du courant droit et littérature. Puisque le juge de cette affaire avait décidé à l'avance qu'il souhaitait assouplir le droit relatif à l'obscénité en

²³ *Ibid* à la p 66.

²⁴ *Ibid* à la p 69.

²⁵ *Ibid* aux pp 93–114.

²⁶ *Ibid* à la p 102.

²⁷ *Ibid* à la p 114.

²⁸ *Ibid* aux pp 115–29.

²⁹ *Minersville School District v Gobitis*, 310 US 586 (1940) et *West Virginia State Board of Education v Barnette*, 319 US 624 (1943).

³⁰ Ferguson, *supra* note 4 à la p 116.

³¹ *Ibid* à la p 125.

³² *Ibid* à la p 129.

³³ *Ibid* aux pp 130–49.

³⁴ *United States v One Book Called "Ulysses"*, 5 F Supp SDNY 182 (1933).

vigueur à l'époque, et qu'il accomplit de sérieuses déviations juridiques pour en arriver à la fin désirée, le professeur Ferguson pose la question : « *When [...] do the ends justify the means in a judicial opinion?*³⁵ ». Cette réflexion mène également à en aborder une sur la question de la vérité, posant au lectorat un paradoxe inévitable avec lequel jongler : « *A majority of observers will admit that lies and deceit abound in contemporary life, and yet many of the same observers have difficulty admitting there is such a thing as "truth"*³⁶ ».

La troisième section débute avec le chapitre sept, « *Lawyer Lincoln : The Making of Eloquence*³⁷ », Abraham Lincoln, qui fut avocat et président des États-Unis, représentant le « *gold standard in American political discourse*³⁸ ». Ce chapitre explore ses performances oratoires dans des cours de justice, ainsi que ses particularités relatives à l'écriture de discours. Cela culmine vers ses paroles sur l'abolition de l'esclavage, l'un de ses combats majeurs. Lincoln a, lors d'un discours au Congrès en 1862, présenté cette pratique comme étant le « centre émotionnel » de tous les autres problèmes nationaux³⁹, et a réussi, par prouesse du langage, à joindre « *the vexed issue of freeing slaves to a general call for citizens to free themselves from bondage to the convention-ridden and now discarded past*⁴⁰ ». Le très court huitième chapitre, « *Memorialization and the Spirit of Law*⁴¹ », aborde le devoir de mémoire suite à des traumatismes de société et le rôle du droit et de l'art en ce sens. La commémoration visuelle nous servirait de rappel que, pour reprendre les termes de Jean-Paul Sartre, « l'enfer, c'est les autres⁴² ». Lorsque confrontés aux atrocités du passé, l'horreur ressentie ne peut qu'être accentuée lorsque le droit « *– protection we often regret when it confines us – stands aside, vanishes, or, so much more painfully, aids the worst in us*⁴³ ». Il s'agit là d'un plaidoyer, lorsque l'auteur affirme :

*Where today are people unprotected by law and therefore absolutely vulnerable? The ultimate goal in all of the marble, concrete, copper, bronze, inscriptions, and paint on canvas in memorialization has to be prevention*⁴⁴.

Le chapitre neuf, « *Precision in Persuasion*⁴⁵ », fait usage de l'expérience du professeur Ferguson en enseignement d'un séminaire conjoint en droit et littérature, ouvert aux étudiantes et aux étudiants en droit ainsi qu'en études littéraires. L'auteur se questionne notamment sur l'accessibilité du langage juridique, et fait ainsi la promotion d'un effort de précision à cette fin. Pour ce faire, il fait entre autres appel au raisonnement appliqué par Richard A. Posner, non seulement le théoricien du droit

³⁵ Ferguson, *supra* note 4 à la p 132.

³⁶ *Ibid* à la p 147.

³⁷ *Ibid* aux pp 159–87.

³⁸ *Ibid* à la p 159.

³⁹ *Ibid* à la p 185.

⁴⁰ *Ibid* à la p 187.

⁴¹ *Ibid* aux pp 188–95.

⁴² *Ibid* à la p 188.

⁴³ *Ibid* à la p 189.

⁴⁴ *Ibid* à la p 194.

⁴⁵ *Ibid* aux pp 196–210.

le plus cité du siècle dernier, mais également l'un des auteurs les plus connus du courant droit et littérature. Ici aussi, l'auteur présente l'une de ses positions sur l'avenir du droit :

*The vitality of law is not contingent on everyone reading and understanding it, but it does require that anyone who wants to read and understand should have a clear path to do so, and that is particularly important when the law is news*⁴⁶.

« *The Somers Mutiny and the American Ship of State*⁴⁷ » est le premier chapitre de la quatrième et dernière section. Celui-ci aborde un procès du milieu du XIX^e siècle dans lequel des enjeux de sécurité nationale furent mobilisés pour justifier des actions illégales, procès qui inspira un roman non complété, *Billy Budd, Sailor (An Inside Narrative)*⁴⁸. La décision fut l'une des premières à générer une question qui demeure irrésolue et majeure aujourd'hui : « *when in a democratic culture should a claim of national security be allowed to override an accusation of crime against a government official?*⁴⁹ ». On décèle bien le refus de l'hermétisme juridique de l'auteur lorsqu'il affirme qu'au final, malgré la politisation de tels procès, cela est le cas pour tous les procès (« *[e]very trial is political*⁵⁰ »).

Le dernier chapitre, « *Invading Panama: Circumstance and the Rule of Law*⁵¹ », est la seule partie de l'ouvrage spécifiquement consacrée au droit international. Le chapitre considère l'histoire alternative à celle racontée lors d'un procès, dans ce cas-ci « *United States of America v Noriega*⁵² », celle du procès étant nécessairement teintée par une admiration du passé⁵³. L'ouvrage se clôt sur l'épilogue « *Coda: How to Read a Courtroom Novel*⁵⁴ ». Il semble que ce texte tire son inspiration d'une mise en garde :

*By reducing visual courtroom performance to the simplifying page, the courtroom novel distorts these iconographic aspects for its own purposes, usually ones of protest. The reader interested in law should know how these manipulations actually work*⁵⁵.

Cette exploration littéraire par un grand spécialiste du droit est une lecture fort intéressante pour quiconque est fan de romans juridiques, plusieurs y étant d'ailleurs abordés.

Le courant droit et littérature évacue souvent le vocabulaire technique du droit. L'assertion de l'auteur relative au fait que cet ouvrage soit adressé à un

⁴⁶ *Ibid* à la p 210.

⁴⁷ *Ibid* aux pp 217–40.

⁴⁸ Herman Melville, *Billy Budd Sailor (An Inside Narrative)*, Londres, The University of Chicago Press (Chicago and London), 1924.

⁴⁹ Ferguson, *supra* note 4 à la p 218.

⁵⁰ *Ibid*.

⁵¹ *Ibid* aux pp 241–64.

⁵² *United States of America v Noriega*, 746 F Supp SD Fla 1506 (1990).

⁵³ Ferguson, *supra* note 4 à la p 244.

⁵⁴ *Ibid* aux pp 265–78.

⁵⁵ *Ibid* à la p 265.

auditoire général, en introduction⁵⁶, se révèle confirmée. Certes, l'auteur élargit la sphère généralement conçue comme étant l'approche droit et littérature, d'où le titre *Practice Extended: Beyond Law and Literature*. Il est à noter que l'utilisation de formulations directives, dont le ton est un jugement implicite de ce qui est bien ou mauvais⁵⁷, peut faire sursauter un lectorat sensible à la neutralité axiologique.

Les explorations des convergences entre le droit et les formes artistiques sont de plus en plus fréquentes et permettent à plusieurs types de lectorats de s'intéresser à l'expression juridique. Elles permettent également des avenues d'épanouissement intellectuel pour les juristes souhaitant s'échapper du carcan du droit positif. Les possibilités sont infinies, et les manifestations en droit international se font nombreuses. Un exemple intéressant est celui de l'ouvrage récent *Literature and the Law of Nations, 1580-1680*⁵⁸. Contribuant aux recherches opérant une convergence entre les arts outre la littérature ainsi que le droit, Jean d'Aspremont et Eric de Brabandere ont récemment publié un chapitre portant sur les peintures ornant les pages couvertures d'ouvrages en droit international⁵⁹. Le Centre de droit international de l'Université Libre de Bruxelles y consacre même un projet depuis janvier 2013, « "Culture pop" et droit international⁶⁰ ». Le fait que l'auteur de l'ouvrage recensé s'y intéresse dans le cadre de l'un des chapitres (« *Invading Panama – Circumstance and the Rule of Law* ») dans le contexte d'un ouvrage généralement intéressé par des enjeux de droit national participe à la pertinence d'un titre tel que *Practice Extended*, le droit international s'imposant de plus en plus aux juristes œuvrant au sein d'une mondialisation sans cesse accélérée.

⁵⁶ *Ibid* à la p 9.

⁵⁷ Voir par ex Ferguson, *ibid* à la p 91 où, en référant à un juge, l'auteur affirme : « *Woolsey has the right result* ».

⁵⁸ Voir notamment Christopher N. Warren, *Literature and the Law of Nations, 1580-1680*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

⁵⁹ Jean d'Aspremont et Eric de Brabandere, « The Paintings of International Law » dans Jessie Hohmann et Dan Joyce, dir, *International Law's Objects: Emergence, Encounter and Erasure through Object and Image*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁶⁰ Centre de droit international, « *Culture pop* » et droit international, en ligne : Université Libre de Bruxelles <cdi.ulb.ac.be/culture-pop-et-droit-international/>.