

Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques

L'acte de prescription de normes de conduite, et notamment de normes juridiques, est-il un acte « normatif », un simple acte de dire des normes, de prononcer des paroles ayant objectivement, de par elles-mêmes, valeur d'énoncés de normes, et notamment de normes juridiques ? C'est ce que paraît suggérer l'expression même « dire – édicter – le droit », et c'est de fait le point de vue généralement développé par la théorie éthique et juridique. Cette étude montre qu'il y a là une aberration au sens propre du terme, c'est-à-dire un écart par rapport à la réalité.

« La parole du roi, c'est le pouvoir »
(Ecclésiaste 8, 4)

La théorie des actes de langage (*speech acts theory*) constitue probablement l'un des outils dont a le plus besoin la philosophie du droit et, plus généralement, la philosophie de l'éthique. Ce n'est pas un hasard, d'ailleurs, si elle a été conçue précisément sous des auspices juridiques : c'est un philosophe du droit, Adolf Reinach, qui l'a développée une première fois au début de ce siècle, sous le couvert de sa théorie des « actes sociaux »¹ ; c'est encore un philosophe du droit, Herbert Hart,

1. A. REINACH (1883-1917) : *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (Fondements *a priori* du droit civil), 1^{re} éd. 1913 ; réédité en 1953 sous le titre *Zür Phänomenologie des Rechts* (Contribution à la phénoménologie du droit) et en 1989 avec les œuvres complètes de Reinach, *Sämtliche Werke*, Karl Schuhmann et Barry Smith, München. Voir : John CROSBY, « Reinach's discovery of the social acts », *Alethia. An International Journal of Philosophy*, vol. III, Irving, 1983, p. 143 sq. ; Kevin MULLIGAN, *Speech Act and Sachverhalt : Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987.

qui a contribué à sa nouvelle naissance aux côtés du second fondateur qu'a été John Austin, son collègue d'Oxford².

La théorie austinienne, comme on sait, s'est constituée en réaction contre certains excès de la philosophie analytique, telle qu'elle s'est illustrée en particulier dans le néo-positivisme ou positivisme logique, excès consistant à privilégier comme étant seuls sérieux et dignes d'attention les énoncés scientifiques et, plus généralement, les énoncés susceptibles d'être déclarés vrais ou faux à la suite d'une vérification expérimentale, tous les autres – et notamment ceux intervenant dans le champ de l'éthique et du droit – étant considérés comme des énoncés dépourvus de sens, sans référent réel, relevant du domaine de la métaphysique ou, au mieux, de l'émotionnel.

Précisément, c'est sur ce genre d'énoncés autres que du type constatations, descriptions, affirmations, qu'Austin a commencé à faire porter sa réflexion – des énoncés tels que des félicitations, des remerciements, des salutations, des ordres, des souhaits, etc. En s'essayant à développer à leur sujet, selon sa propre expression, une « phénoménologie linguistique », c'est-à-dire une investigation ne se bornant pas à une analyse du langage lui-même mais visant à atteindre à travers lui des réalités, des faits ou phénomènes³, Austin s'est rendu compte que ces mots ou ces phrases que l'on prononce couramment dans nos relations intersubjectives, tels que « bonjour ! », « je vous remercie », « je proteste », etc., ne constituent pas en eux-mêmes et pour eux-mêmes un donné autonome ; on ne peut saisir leur véritable intelligibilité en les considérant abstraitement. Il s'agit, en réalité, d'actes humains ; plus précisément, d'actes sociaux, d'actes accomplis dans le cadre d'une relation sociale entre celui qui parle et celui ou ceux à qui il s'adresse ; plus précisément encore, d'actes de langage ou de parole, c'est-à-dire d'actes humains et sociaux d'un type spécifique accomplis en parlant, à l'aide de paroles, de mots prononcés ou écrits : l'énoncé n'est qu'un élément d'un acte humain

2. Cf. Neil MacCORMICK et Zenon BANKOWSKI, « La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques », in *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, sous ma direction, Paris, P.U.F., 1986, p. 195.

3. AUSTIN, *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 130. Cette revendication, par le philosophe d'Oxford, de l'étiquette « phénoménologique » n'est pas sans rappeler – troublante coïncidence – qu'avant lui déjà Reinach avait été à la fois le premier découvreur de la théorie des actes de langage, mais aussi l'un des pères fondateurs de la phénoménologie aux côtés de HUSSERL (cf. en particulier « De la phénoménologie », trad. Ph. Secretan, *Philosophie*, n° 21, hiver 1989, p. 37 sq. et spécialement p. 47 sq., où le philosophe allemand observe : « Lorsque nous envisageons de faire des analyses d'essence, nous partons naturellement des mots et de leur signification [...] Si nous nous raccrochons à des mots et à des analyses de mots, c'est pour nous laisser conduire aux choses elles-mêmes, qu'il s'agit d'élucider »).

social accompli dans un certain contexte historique intersubjectif. Cet acte comme tous les actes humains comporte, par-delà les paroles mêmes énoncées (ce qu'Austin appelle le *locutoire*, – ce que dit le locuteur), des éléments intentionnels plus ou moins implicites par lesquels le locuteur a entendu assigner, dans le contexte où il se trouvait placé, une certaine fonction conventionnelle à ses paroles (ce qu'Austin appelle l'*illocutoire*, ce que le locuteur veut faire, le type d'acte qu'il veut accomplir en parlant, à travers ses paroles). L'*illocutoire*, c'est ce qui donne en quelque sorte son relief au *locutoire*, sa « valeur » ou sa « force » comme disent Austin et Searle – il me paraît plus significatif de parler de *fonction* ou de *finalité*. Ainsi, lorsque je dis à quelqu'un « bonjour ! » ou « comment allez-vous ? », ce *locutoire* fait partie d'un acte que je veux accomplir en disant ces mots, un acte social de type bien répertorié, un acte de salutation, de manifestation de civilité : en prononçant ces mots, je leur impartis cette fonction, ou mieux, j'exerce cette fonction de salutation. De même, lorsque je dis à quelqu'un « je vous remercie », j'accomplis un autre type d'acte social bien répertorié, j'exerce une autre fonction. Et ainsi de suite. Ces actes sociaux exécutés en parlant, c'est ce qu'Austin a appelé des « performatifs ».

Que le *locutoire* ne soit qu'un élément – en quelque sorte le matériau – d'un acte humain, on le voit par le fait que les mêmes sortes d'actes peuvent être, le cas échéant, accomplis avec des mots ou bien d'une manière non verbale, à l'aide de gestes, de signes appropriés : au lieu de dire « bonjour ! », je peux saluer par un signe de la tête ou de la main ; au lieu de féliciter quelqu'un avec des paroles, je peux lui serrer la main, éventuellement en proférant des sons exclamatifs ou des sifflements admiratifs ; au lieu de donner verbalement l'ordre de sortir à quelqu'un, je peux faire à son adresse un geste du bras lui intimant, de manière muette, cet ordre, etc.⁴ On mesure mieux par là la place à la fois relative et partielle des paroles prononcées.

Austin, au départ, avait opposé les performatifs aux énonciations de descriptions, d'affirmations, de constatations, – ce qu'il appelait les « constatifs ». Mais, finalement, il s'est rendu compte que les constatifs eux-mêmes n'étaient qu'une variété de performatifs, d'actes accomplis en parlant, avec des paroles : tous les dires que nous adressons à autrui se ramènent à des performatifs et donc se placent sous le signe d'une certaine finalité, d'une certaine fonction *illocutoire*. Nous parlons toujours *pour* ; nous émettons, nous nous servons de notre appareil

4. Tous ces actes peuvent être également – et sont couramment – accomplis à l'aide à la fois de paroles et de gestes.

d'émission verbale dans certains buts déterminés, à certaines fins précises, ce qui nous amène chaque fois à assigner en conséquence à notre émission, c'est-à-dire à ce que nous disons, un rôle instrumental spécifique à l'égard du destinataire. Par exemple, on parle pour saluer, pour protester, pour remercier, etc. Chaque fois que nous prenons la parole, nos intentions placent notre parler sous un certain registre instrumental, dans un certain « jeu de langage » comme disait Wittgenstein. Il est d'ailleurs possible de placer successivement notre parler sous plusieurs registres différents : je peux, dans un même flux continu de paroles, tour à tour saluer quelqu'un, le remercier, le féliciter, lui donner un ordre, etc. Nous pouvons même placer simultanément un même parler sous plusieurs registres alternatifs : c'est ce qu'illustrent, par exemple, les passages en italiques entrecoupant les dialogues dans le texte des pièces de théâtre, les formules du type « il sort », « il s'approche près du bureau », etc. Ces formules sont chargées d'une double fonction illocutoire : pour le lecteur, ce sont des indications descriptives le renseignant sur ce que font les personnages pendant les différents moments du déroulement de la pièce ; pour les acteurs, ce sont des prescriptions scéniques de l'auteur, qu'ils doivent respecter. Le même locutoire se voit ainsi impartir deux fonctions différentes selon ses destinataires.

Sans aller plus avant dans le rappel de la théorie des actes de langage, il me paraît important de souligner ce qui constitue, à mes yeux, ses deux apports les plus fondamentaux. Le premier consiste à avoir mis en évidence l'incomplétude du locutoire : le locutoire doit être replacé dans la perspective de la valeur illocutoire que le locuteur, dans la situation particulière dans laquelle il parlait, a entendu lui assigner ; il faut le restituer dans le cadre de la fonction illocutoire que le locuteur a voulu exercer en l'occurrence. C'est dans ce contexte que le locutoire révèle sa véritable nature, son véritable relief ; et en même temps, c'est dans ce contexte qu'il prend son exacte signification et qu'il faut l'interpréter, si l'on veut déchiffrer correctement ce que le locuteur a voulu dire⁵. Pour

5. Il y a là une rupture avec la théorie linguistique de type saussurien qui avait prétendu pouvoir séparer la *langue* et la *parole* et étudier la première « par elle-même et pour elle-même », en faisant abstraction du contexte de sa pratique, comme un système fermé et synchronique de règles fixant le sens de chaque signe linguistique par ses seules relations avec les autres signes. La théorie des actes de langage a montré, au contraire, que le contexte du locutoire permet seul d'éclairer son sens véritable par-delà son sens apparent ou littéral (cf. notamment chez SEARLE, en particulier dans *Sens et Expression*, trad. fr. Joelle Proust, éd. Minuit, 1982, la notion d'assomptions d'arrière-plan inapparentes au niveau de la structure sémantique du locutoire, ou encore la théorie des actes de parole « indirects » ou au second degré tels que les actes d'ironie ou les actes métaphoriques).

reprendre une formule pittoresque, « le contexte d'un message forme une partie intégrale de l'emballage de la communication »⁶.

Un second apport fondamental a été de faire apparaître l'irréductibilité de la fonction illocutoire au locutoire lui-même : la finalité impartie au locutoire lui est transcendante ; elle ne se situe pas au plan du locutoire lui-même, comme un élément inhérent, une propriété du locutoire ; c'est quelque chose de tout à fait extérieur. Sans doute, le locuteur peut-il énoncer expressément la fonction illocutoire qu'il est en train d'accomplir en parlant, il peut indiquer le type d'acte de langage qu'il est en train de réaliser : c'est ce qu'Austin appelait les « performatifs explicites ». Par exemple, pour donner un ordre à quelqu'un, je peux dire « Viens ici ! » ; dans ce cas, j'énonce uniquement le contenu de mon ordre, mais je ne mentionne pas que je suis en train de donner un ordre, encore que l'emploi de l'impératif puisse constituer en l'occurrence une espèce de trace ou indice de la nature de mon acte⁷ : dans cette hypothèse, on est en présence d'un performatif « primaire », implicite ou tacite, qui ne dit pas son nom. Mais je peux aussi m'exprimer ainsi : « *Je t'ordonne* de venir ici ». Dans ce cas, on se trouve en présence d'un performatif explicite : non seulement j'énonce le contenu d'un ordre, mais en outre je précise le type d'acte que j'accomplis, j'en donne l'étiquette. Le locutoire comporte ici, en réalité, deux niveaux de langage, « *Je t'ordonne* » étant un métalangage par rapport au contenu même de l'ordre donné. Mais que la fonction illocutoire puisse être ainsi indiquée dans le locutoire ne change rien à son irréductibilité au locutoire : il reste toujours qu'une chose sont les paroles émises, une autre chose est l'intention qui anime l'émetteur, c'est-à-dire la fonction de l'émission, la finalité du parler, qui imprime aux paroles émises un registre instrumental spécifique. Même lorsque l'énoncé révèle lui-même expressément la fonction de l'énonciation, celle-ci n'en constitue pas moins une donnée transcendante et indépendante qui vient simplement se signaler, pour ainsi dire se refléter, dans l'énoncé (comme elle peut, d'ailleurs, se refléter éventuellement dans d'autres éléments de l'acte d'énonciation tels que l'intonation de la voix, les gestes, les lueurs du regard,...). On peut faire, sur ce point, une comparaison avec un programme de radio émis sur une certaine longueur d'onde : il est évident que la longueur d'onde

6. Thomas SZASZ, *Le mythe de la maladie mentale*, trad. fr. Denise Berger, Paris, Payot, 1986, p. 64.

7. Indice en vérité très relatif, on va y revenir : d'autres éléments du contexte, tels que l'intonation de la voix, peuvent révéler par exemple qu'en réalité j'accomplis un acte de défi et de menace (« Viens ici ! » voulant dire dans cette hypothèse « Viens ici si tu l'oses, et tu verras ce qui t'arrivera »).

Paul Amselek

est quelque chose d'irréductible au programme lui-même, même si ce dernier mentionne la longueur d'onde sur laquelle il est diffusé. Il en va de même pour l'illocutoire par rapport au locutoire : même dans le cas des performatifs explicites, l'illocutoire reste une donnée complètement extérieure au locutoire. Ce n'est pas parce que je dis « j'ordonne que... » que j'ordonne, mais uniquement parce que j'assigne cette fonction à mon acte de parole, cette assignation pouvant parfaitement rester non dite sans que mon acte d'ordonner perde pour autant sa nature. Et, du reste, je peux énoncer « je vous ordonne de venir » sans accomplir ce faisant un acte de commandement mais seulement un acte descriptif, un acte de narration pour raconter un acte de commandement qui a été effectué par moi-même ou par autrui. Ce qui compte au niveau de l'illocutoire, ce n'est donc pas le dit, le locutoire, mais toujours l'intention transcendante et réelle du locuteur qui place son parler sous un certain registre, sur une certaine longueur d'onde.

Par ces deux apports essentiels, la théorie des actes de langage ouvre des voies particulièrement fructueuses pour l'investigation du domaine juridique où la parole tient une place de premier plan⁸. Elle est de nature à éclairer la théorie du droit dans l'approche même et la manière de rendre compte de son objet, les règles ou normes juridiques. Si l'on veut à la fois prendre une vue exacte de ce que sont les règles juridiques et comprendre exactement comment en pratique elles se donnent à nous comme règles juridiques, il ne faut pas s'en tenir uniquement au niveau de leur énoncé, – ce qu'on peut appeler le locutoire juridique ou le dire juridique ; il faut se placer à l'horizon des actes de parole des « jurisdiseurs », des diseurs de droit ou législateurs, – à l'horizon des actes qu'ils accomplissent en édictant du droit, de la fonction illocutoire qu'ils impartissent à leur dire juridique, qu'ils exercent à travers lui.

Tels seront précisément les deux points qui seront examinés tour à tour dans cette étude : dans une première partie, j'évoquerai les impasses des approches ontologiques classiques du droit qui s'en tiennent au seul locutoire juridique, c'est-à-dire aux seuls énoncés des règles juridiques, pour rendre compte du droit ; dans une seconde partie, je montrerai la nécessité de se placer à l'horizon des actes de parole des jurisdiseurs.

*
* *

8. Ainsi qu'en attestent les mots-clefs du secteur juridique : les termes *jus* (cpr. les mots de la même racine : *jurer, juron, injure*, etc.) et *lex* (de *legere*, lire) renvoient à des actes de langage ; il en va de même de tout un cortège de termes tels que *dire le droit, juridiction, édiction, édit, verdict, diktat, prescription, code, parlement, tribunal, promulgation, proclamation...*

I. Les impasses des ontologies classiques qui s'en tiennent au locutoire juridique

Il est un travers couramment répandu chez les philosophes du droit, – une espèce de phénomène collectif d'illusion d'optique : ce travers consiste à croire que ce qui fait qu'un texte ou énoncé soit un énoncé de règle éthique, de règle de conduite, c'est-à-dire un énoncé de règle destinée à guider les adressataires dans leur conduite, et plus précisément encore que ce qui fait qu'il soit un énoncé de règle de conduite *juridique*, – que tout cela fait partie de l'énoncé lui-même, est une propriété de son contenu : autrement dit, les éléments illocutoires qui donnent sa force ou fonction particulière au locutoire juridique, sont réduits à ce locutoire lui-même. Ce réductionnisme, cette espèce d'aplatissement de l'expérience juridique, culmine chez Hans Kelsen qui lui a donné un tour particulièrement systématique et presque caricatural ; mais il correspond à une démarche très générale en philosophie du droit qui consiste à garder les yeux rivés sur le seul locutoire juridique, sur le seul énoncé des règles ou dispositions juridiques.

1) C'est ainsi qu'il est courant, tout d'abord, de rechercher au niveau du locutoire juridique les éléments constitutifs de la normativité elle-même, c'est-à-dire ce qui fait qu'un énoncé juridique est un énoncé de règle, et plus précisément de règle de conduite. Deux thèses sont principalement développées à ce sujet.

• Selon la première, qui est la plus classique, ce qui donne à une disposition juridique sa couleur d'énoncé normatif se trouverait dans la structure grammaticale de cette disposition, et spécialement dans le mode de verbe utilisé ou qui devrait être utilisé : une règle de droit en tant même que règle et pour être règle devrait nécessairement être formulée à l'impératif. Cette thèse a été en particulier développée en France, il y a une soixantaine d'années, par René Capitant dans sa thèse de doctorat restée fameuse et consacrée précisément à *l'impératif juridique* : « l'impératif et l'indicatif, observait Capitant, sont deux modes de la conjugaison des verbes. Ces deux modes traduisent deux notions distinctes que l'on peut dénommer également impératif et indicatif.. L'opposition entre indicatif et impératif est l'opposition entre ce qui est et ce qui doit être. »⁹. Cette position a amené cet auteur à des

9. R. CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, thèse de doctorat en droit, Paris, 1928, p. 1.

développements fort compliqués et laborieux pour tâcher de rendre compte du cas aberrant des règles juridiques énoncées à l'indicatif présent ou futur.

De fait, l'emploi de l'indicatif dans les textes juridiques n'est pas du tout exceptionnel, comme le pensent les tenants de cette thèse ; c'est la règle générale, tandis que c'est l'emploi de l'impératif qui est exceptionnel, convenant davantage à l'exercice oral du commandement dans une relation directe entre le dirigeant et le dirigé qu'à un exercice écrit et médiatisé, beaucoup plus désincarné¹⁰. Certains philosophes du droit de tendance jusnaturaliste ont, d'ailleurs, cru pouvoir tirer argument de cette donnée pour conclure que les textes juridiques n'énonceraient pas de la réglementation, le législateur ne ferait pas œuvre d'édiction de règles : ce serait un simple observateur indiquant ce qui est, décrivant les propriétés naturelles de justice inhérentes aux choses et observables empiriquement avec leurs autres propriétés¹¹. Sans être adeptes des thèmes jusnaturalistes, bien des auteurs expliquent cependant pareillement que, lorsqu'un texte juridique emploie l'indicatif au lieu de l'impératif, il n'énonce pas une règle véritable ou bien il l'énonce sous une forme euphémique, volontairement altérée, atténuée pour ne pas choquer¹². Il est étrange d'imaginer ainsi un législateur ne s'exprimant en pratique que par euphémisme, exerçant en quelque sorte honteusement sa fonction !

En réalité, c'est la tentative de réduire le normatif au mode impératif de l'énoncé qui n'a pas de sens. Le mode impératif peut être utilisé pour formuler des règles de conduite, mais il peut servir à formuler des hypothèses ou suppositions quelconques (« *Chassez le naturel, il revient au galop !* »), ou encore des malédictions, sortilèges ou exécutions (« *Soyez maudit !* », « *Allez au diable !* ») ou, au contraire, des bénédictions, des souhaits de bonheur (« *Soyez heureux et comblés !* »). Inversement, des règles de conduite peuvent être énoncées au mode indicatif, mais aussi au conditionnel (« *Au cas où les circonstances l'exigeraient, telle autorité devrait prendre telles mesures* », « *Il faudrait que vous arriviez dorénavant à l'heure* »), au subjonctif (« *Qu'il vienne* »), ou à l'infinitif (comme il ressort, par exemple, du mode d'emploi des produits

10. L'impératif est, par ailleurs, approprié surtout pour formuler des règles à contenu impératif (articulant des obligations de faire ou de ne pas faire) ; il l'est moins pour la formulation de règles à contenu permissif (articulant des droits ou pouvoirs).

11. Cf. Michel VILLEY, « De l'indicatif dans le droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 19, 1974, p. 33 sq.

12. Cf. Henri MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948, p. 13.

pharmaceutiques ou cosmétiques : « *Agiter la lotion avant de s'en servir* » ; sans parler des pancartes dans les jardins publics : « *Ne pas marcher sur les pelouses* », « *Tenir les chiens en laisse* », etc.) ; des règles peuvent aussi être énoncées sur un mode interrogatif (« *Voulez-vous vous taire ?* », « *Allez-vous cesser de crier ?* »). Wittgenstein avait même justement observé que des règles de conduite peuvent être énoncées sans aucun verbe : il citait l'exemple d'un chantier sur lequel un ouvrier crierait à un autre simplement « *Dalle !* » pour lui signifier de lui apporter une dalle¹³ ; on pourrait évoquer, dans le même sens, les commandements intimés par les douaniers aux voyageurs au passage des frontières « *Halte ! Passeports !* », ou encore d'autres formulations à l'aide d'un simple adverbe (« *Dehors !* », « *Debout !* »), d'une locution adverbiale (« *En avant !* »), d'un adjectif (« *Couché !* ») ou même d'une interjection (« *Eh bien ! Eh bien !* »), etc.¹⁴.

• La seconde thèse est surtout répandue chez les logiciens du droit : un énoncé serait énoncé de règle de conduite lorsqu'il articule des formules telles que « *il faut que* », « *on doit* », « *il est interdit de* », « *on a le droit de* », « *il est permis de* ». Ces formules seraient des *foncteurs* normatifs ou déontiques, donnant à l'énoncé sa fonction même d'énoncé de règle, sa couleur normative. Ces foncteurs seraient, en ce sens, « *créateurs de normes* » comme dit Georges Kalinowski, l'un des tenants les plus représentatifs de cette conception en France¹⁵.

Cette thèse n'est guère plus satisfaisante que la précédente. Ce n'est assurément pas la présence d'une de ces formules ou prétendus foncteurs dans un énoncé qui lui donne par elle-même sa valeur normative : si, par exemple, on m'interroge sur les projets d'untel et que je répons « *il doit partir en vacances demain* », je ne formule évidemment par là aucune règle de conduite ; je décris simplement les projets de l'intéressé, ce qu'il envisage de faire. Je n'énonce pas davantage de règle de conduite lorsque, pour donner la mesure de la fortune de X, je dis qu'« *il peut s'acheter un château* » ; de même que, lorsque je dis d'un invité en retard à une réception qu'« *il peut encore venir* », je ne fais qu'évaluer une éventualité. Dira-t-on, d'ailleurs, que le savant formule des règles de conduite lorsqu'il énonce que « *dans telles ou telles circonstances, tels ou tels comportements – des hommes ou de la nature – peuvent ou doivent se produire* » ?

13. Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigations philosophiques*, trad. fr. Pierre Klossowski, Paris, Gallimard, 1961, p. 122.

14. Cf. Paul RICŒUR, *Philosophie de la volonté*, t. 1, Paris, Aubier, 1950, p. 45.

15. Voir notamment, G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1964, et « *Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi* », *Archives de philosophie du droit*, t. 19, 1974, p. 67 sq.

A l'inverse, les tenants de cette thèse sont bien obligés de reconnaître qu'en pratique, bien souvent, les dispositions juridiques n'articulent pas ces prétendus foncteurs normatifs : on a pu relever, notamment, qu'ils étaient fort rares dans le code pénal français. Devant cette constatation, on voit les auteurs se partager entre deux démarches explicatives, tout aussi peu convaincantes l'une que l'autre. Pour certains, comme Georges Kalinowski, ces dispositions juridiques, bien que dépourvues de foncteurs normatifs, resteraient bien des dispositions normatives ; simplement, le législateur utiliserait une syntaxe inappropriée, la syntaxe des énoncés théoriques descriptifs. C'est donc le comportement du législateur qui serait anormal. Il s'agit là d'une pseudo-explication, car comment peut-on énoncer une norme sans utiliser de foncteur normatif si le foncteur normatif est ce qui fait précisément qu'un énoncé est énoncé de norme ? L'attitude d'autres théoriciens est plus conséquente : elle consiste à dénier toute valeur normative aux énoncés sans foncteurs normatifs émis par le législateur. Ainsi, par exemple, constatant la rareté de ces foncteurs dans l'actuelle Constitution française, un auteur a pu conclure que ce texte n'a pas « un caractère normatif très marqué »¹⁶. Jean-Louis Gardies s'est livré, dans le même sens, à une analyse beaucoup plus subtile en partant du fait que souvent les énoncés juridiques sont complexes, composés non pas d'une seule proposition mais de plusieurs : pour que ces énoncés complexes soient des énoncés de normes, il faudrait, selon Gardies, que chacune des propositions composantes articule un foncteur normatif. Si une seule d'entre elles en comporte, mais non pas les autres, alors on se trouve en présence d'un énoncé « mixte », pour partie énoncé de normes, pour partie énoncé d'indications ou descriptions. Tel est le cas lorsque le législateur émet un énoncé juridique de ce type : « lorsque les circonstances l'exigent (proposition antécédente sans foncteur normatif), telle autorité *doit* prendre telle mesure (proposition conséquente avec foncteur normatif) ». La législation juridique serait ainsi, non pas un système de normes, mais un combiné d'énoncés de réglementations et d'énoncés de descriptions¹⁷. Le caractère insoutenable de cette thèse perce dans l'exemple suivant : supposons que le législateur énonce ces deux propositions « Les propriétaires de terrains doivent élever une clôture. Le non-respect de cette obligation doit être sanctionné par une amende ». Ces deux propositions sont normatives selon Gardies puisque

16. Raymond COULON, « Indicatif présent et socio-sémantique du discours constitutionnel », *Archives de philosophie du droit*, t. 33, 1988, p. 347 sq.

17. J.-L. GARDIES, « Système normatif et système de normes », *Archives de philosophie du droit*, t. 19, 1974, p. 83 sq., et *L'erreur de Hume*, Paris, P.U.F., 1987, p. 13 sq.

flanquées chacune d'un foncteur normatif. Mais le législateur aurait pu formuler la même réglementation sous une forme légèrement différente, sans que cela change grand-chose en pratique, en disant « Les propriétaires de terrains doivent élever une clôture. S'ils ne respectent pas cette obligation, une amende devra leur être appliquée » : dans ce cas, selon Gardies, la deuxième proposition ne serait plus un pur énoncé de règle, mais un énoncé mixte. Et il n'y aurait même plus d'énoncé, même partiel, de règle si le législateur disait, ce qui ne fait pourtant pas davantage de différence : « Si les propriétaires de terrains n'élèvent pas une clôture, une amende leur sera appliquée ». On voit bien, dans cet exemple, combien tout ce raisonnement est artificiel et irréal.

2) C'est également à des impasses que conduisent les démarches, courantes elles aussi, des philosophes du droit qui consistent à rechercher au niveau du locutoire juridique les éléments constitutifs de la juridicité elle-même. Selon la grande majorité des auteurs, en effet, ce qui donne à une disposition sa valeur d'énoncé de règle *juridique* se trouve dans cette disposition elle-même ; elle en fait partie, elle en constitue un élément. C'est notamment en fonction de cet élément caractéristique des dispositions juridiques que l'on pourrait distinguer l'énoncé d'une règle de droit de l'énoncé d'une autre sorte de règles sociales comme les règles morales ou les règles religieuses.

Cet élément caractéristique de la juridicité varie, au demeurant, selon les auteurs, ce qui est déjà significatif de la faiblesse même de ce type de démarche. En gros, les thèses développées à ce sujet peuvent être ramenées à deux catégories. Selon une partie d'entre elles, la juridicité d'un texte résiderait dans une particularité de la matière de son contenu : ainsi, pour les uns, un texte de règle juridique serait un texte présentant la particularité de prévoir des actes de contrainte à titre de sanction des obligations qu'il énoncerait par ailleurs ; c'est une thèse qui s'illustre en particulier chez Kelsen¹⁸. Pour les autres, les dispositions juridiques seraient des dispositions relatives au « *for externe* », au comportement extérieur des hommes, à la différence des normes morales ou religieuses qui concerneraient essentiellement les comportements intérieurs, le *for interne*. La seconde variété de thèses situe la juridicité d'un texte dans une particularité de l'articulation formelle de son contenu : selon certains auteurs, les dispositions juridiques seraient des dispositions à structure conditionnelle du type « si..., alors... » ; en

18. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. fr. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 85 sq.

Paul Amselek

d'autres termes, elles articuleraient des impératifs hypothétiques, à la différence des énoncés moraux formulant des impératifs catégoriques, inconditionnels. Pour d'autres, la coloration juridique des textes de droit résiderait dans la structure dualiste de leur contenu, en ce sens que ces textes articuleraient des couples complémentaires d'obligations à la charge de certaines personnes et de droits corrélatifs au profit d'autres personnes : par cette particularité formelle, les énoncés juridiques se distingueraient des énoncés moraux à structure purement moniste, articulant seulement des obligations¹⁹.

Ces diverses approches de la juridicité sont tout à fait inappropriées et inefficaces : la valeur juridique ne se situe pas au niveau de l'énoncé même des règles. Il serait facile de citer bien des textes juridiques ne présentant pas les prétendues caractéristiques alléguées : il est des textes juridiques qui concernent le for interne, comme l'article 371 du code civil français selon lequel « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » ; il est, de même, des textes juridiques qui n'articulent pas de sanction en complément des obligations qu'ils fixent. Prétendre avec Kelsen que de tels textes n'énoncent pas vraiment du droit, parce qu'ils ne sont pas conformes au modèle *a priori* que l'on se fait des textes juridiques, s'apparente assez curieusement aux démarches jusnaturalistes que le maître autrichien a justement voulu combattre. Inversement, des énoncés peuvent contenir les prétendus attributs de la juridicité sans être pour autant des énoncés de droit : le père qui ordonne à son fils de manger sa soupe sous peine de recevoir une fessée énonce-t-il du droit ? On voit bien ici que la juridicité, comme la normativité elle-même, ne se situe pas au plan du locutoire juridique.

II. La nécessité de se placer à l'horizon des actes de parole des jurisdiseurs

La théorie des actes de langage permet d'échapper aux impasses des analyses classiques mais simplistes des théoriciens du droit : elle nous livre une clef, une méthode d'approche appropriée des choses. Elle vient nous rappeler opportunément que les énoncés de règles juridiques ne sont pas une réalité complète et indépendante, que l'on pourrait étudier en elle-même et pour elle-même. Ces dires juridiques ne sont qu'un morceau ou fragment d'une réalité plus vaste, un fragment d'actes

19. Cf. par exemple : Ernest ROGUIN, *La science juridique pure*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1923, p. 81 ; Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 39 sq.

humains, d'actes de parole, d'actes accomplis à l'aide de paroles par les jurisdiseurs dans certaines conditions socio-historiques. Pour comprendre pleinement le sens et la nature de ces direx juridiques que reproduisent nos codes, il faut les replacer dans le contexte des actes de langage ainsi effectués, et surtout dans le contexte des éléments intentionnels qui, dans les circonstances où les jurisdiseurs ont agi, ont accompagné et éclairent ces actes : quel type d'acte social le jurisdiseur a-t-il voulu accomplir en disant ce qu'il a dit, quelle fonction a-t-il entendu donner à ses paroles ou, ce qui revient au même, quelle fonction a-t-il entendu exercer en les émettant, dans quel registre instrumental s'est-il placé ? C'est à ce niveau performatif, et plus précisément au niveau des éléments intentionnels de ce performatif, que se situent la normativité et la juridicité des énoncés juridiques : il ne s'agit pas d'éléments appartenant au locutoire lui-même, immanents à lui ; il s'agit de fonctions illocutoires correspondant aux intentions transcendantes du locuteur, aux finalités qu'il a imparties à son dire. Ce sont ces intentions et les conditions socio-historiques dans lesquelles elles ont été conçues qu'il faut sonder et analyser pour comprendre en quoi les énoncés émis sont des énoncés de règles de conduite, destinées à encadrer des conduites humaines, et plus précisément en quoi ces énoncés sont des énoncés de règles juridiques.

Les théoriciens du droit auraient dû s'en apercevoir depuis longtemps. Ils disposent, en effet, d'un atout majeur qu'ils ont, malheureusement, eu tendance à négliger complètement : dans les sociétés politiques actuelles, de civilisation développée, les jurisdiseurs ne se contentent pas d'énoncer des règles juridiques ; c'est tout leur acte de langage qui fait – et qui doit faire, selon le droit lui-même en vigueur – l'objet d'une extériorisation verbale, l'objet d'un dire. En d'autres termes, les jurisdiseurs ne disent pas seulement de la réglementation juridique ; ils disent aussi ce qu'ils sont en train de faire, ils disent – avec plus ou moins de détails – leurs actes d'édiction de droit : c'est ce qu'on appelle couramment des « actes juridiques ». L'acte juridique, c'est tout ce que dit le jurisdiseur lorsqu'il édicte du droit. Et ce sont ces actes juridiques qui sont publiés au Journal Officiel ou dans d'autres recueils officiels ; à cet égard, il faut bien distinguer les codes juridiques, qui sont des recueils de dispositions juridiques, d'énoncés de règles juridiques abstraits des actes juridiques, et les publications du type du Journal Officiel qui sont des recueils des actes juridiques complets émis par les jurisdiseurs. Les actes juridiques, en effet, en dehors de leur dispositif même qui énonce de la réglementation juridique et est donc constitué de dispositions juridiques, comportent toute une série d'autres mentions qui, elles, ne sont pas des énoncés

de règles mais des indications relatives à l'acte même de langage accompli par le jurisdiseur. Ces mentions consistent normalement, dans leur modèle le plus achevé, d'abord en un intitulé général renseignant immédiatement sur la nature même, la date et l'objet de l'acte (par exemple : *Décret du... relatif à...*); en second lieu, un préambule énonce les qualités d'autorité publique de l'auteur, éventuellement les références des dispositions juridiques sur le fondement desquelles il agit, qui fondent sa compétence (les « visa »), éventuellement aussi les raisons qui le déterminent à agir comme il agit (les « motifs »), ainsi que la nature de son acte (*Le Premier Ministre, Vu l'article... de la loi du..., Considérant que..., Décrète :*); suit le dispositif, c'est-à-dire les dispositions juridiques articulées généralement par articles, éventuellement classées sous des parties, des chapitres, des sections, etc.; enfin, viennent la mention du lieu et de la date de l'acte et la signature de l'auteur, par laquelle il authentifie son acte à la manière dont un peintre authentifie son œuvre (*Fait à Paris le..., Le Premier Ministre...*).

Il y a ainsi, aujourd'hui en tout cas, dans les édictons de droit des jurisdiseurs, en réalité deux séries d'éléments locutoires: du dire juridique proprement dit, des énoncés de règles de droit (le dispositif), et du dire exposant ce que le jurisdiseur est en train de faire, la nature de son acte de parole, et les conditions dans lesquelles il agit. C'est précisément grâce à ces indications métajuridiques qu'il est possible, en pratique, de reconnaître qu'on se trouve en présence d'actes d'édition de droit, de règles juridiques. Il n'y a là aucun mystère, contrairement à ce que pensent généralement les philosophes du droit, il n'y a aucun problème de « reconnaissance » des règles de droit méritant les constructions souvent très compliquées qu'ils développent: c'est qu'ils oublient tout simplement que les actes d'édition de droit sont des performatifs explicites, pour reprendre la terminologie d'Austin, et même des performatifs explicités de façon particulièrement détaillée et édifiante (sous les réserves qui seront exposées plus loin); ce qui explique, d'ailleurs, qu'en fait les différents acteurs de l'expérience juridique (praticiens, particuliers, professeurs de droit, étudiants en droit,...) n'éprouvent aucune réelle difficulté à identifier les énoncés de règles juridiques, ni à savoir où les chercher, où les découvrir. Ce n'est pas leur consistance même qui nous renseigne sur leur nature: dès avant d'aborder et de connaître le dispositif des actes juridiques, nous savons déjà, par les mentions qui précèdent, que nous allons nous trouver en présence de l'énoncé d'une réglementation juridique.

C'est parce qu'ils ont le regard exclusivement braqué sur les dispositifs ou énoncés de règles juridiques, et non sur l'ensemble des actes

juridiques contenant ces dispositifs ou énoncés, c'est par cette vue tronquée que les philosophes du droit se créent de faux problèmes, s'engagent sur de fausses routes. L'exploitation des précieuses informations contenues dans les actes juridiques leur éviterait ces égarements, encore que ces performatifs explicites ne soient pas dénués, on va le voir, de certaines ambiguïtés et incertitudes.

1/ Les actes juridiques, performatifs explicites

Performatifs explicites, les actes juridiques contiennent deux séries d'informations particulièrement significatives.

Première série d'informations : des informations sur la nature générique de l'acte accompli par le jurisdiseur ou, ce qui revient au même, de la fonction exercée par lui.

a) L'acte de parole du jurisdiseur, acte de commandement ou acte prescriptif

Ordre, ordonnance, loi, décret, arrêté, instruction, directive, etc. Toutes ces étiquettes, par lesquelles le jurisdiseur qualifie l'acte qu'il accomplit en parlant, sont parfaitement éclairantes quant à la nature de cet acte : il s'agit d'un acte d'autorité, d'un acte de commandement, d'un acte de direction de conduite, par lequel le jurisdiseur veut diriger la conduite de celui ou de ceux auxquels il s'adresse en leur donnant, au moyen de paroles, des règles ou normes de conduite aux fins qu'ils les observent, qu'ils les respectent, que les lignes de conduite déterminées par leur volonté se tiennent à l'intérieur des marges de possibilité qu'elles fixent. C'est parce que et en tant que partie de cet acte de commandement que les dispositions juridiques se donnent comme des règles de conduite, des règles servant à encadrer la conduite. Il s'agit d'une finalité instrumentale qui ne leur est pas inhérente ; elle leur vient des intentions du jurisdiseur, de ce qu'il a voulu faire en disant ces paroles, et donc de la fonction qu'il leur a impartie : il a voulu, en parlant, diriger, exercer une fonction dirigeante et donc il a assigné à son dire juridique la fonction de prescrire l'observance d'une réglementation, de communiquer aux adressataires des règles à mettre effectivement en application, sur lesquelles ils devront ajuster leurs faits et gestes, les déterminations et les accomplissements de leur volonté. Pour que des dispositions juridiques m'apparaissent comme des énoncés de règles de conduite, il faut que je perçoive (ou que je présume) cette intention transcendante du jurisdiseur derrière ces dispositions elles-mêmes ; il faut que je

Paul Amselek

remonte en pensée à l'acte même accompli par lui : je ne peux m'en tenir au seul niveau de ces dispositions juridiques. C'est ce que reconnaît au fond le célèbre aphorisme latin *jus est quod jussum est* : le droit, c'est ce qui a été ordonné, ce qui a fait l'objet – de la part des jurisdiseurs – d'un acte de commandement, de prescription de règles. Ou, comme disait Hobbes, *auctoritas facit legem*.

b) La confusion courante du *normatif* et du *prescriptif*

La donnée précédemment dégagée amène à dénoncer un contresens fortement ancré dans la théorie juridique (et plus largement, d'ailleurs, dans la théorie éthique), contresens directement en rapport avec l'erreur d'optique qui a été évoquée dans la première partie : *édicter des règles juridiques* signifierait *dire des règles juridiques*, proférer ou écrire des énoncés se donnant objectivement, et par eux-mêmes, comme des énoncés de règles ou normes de conduite. L'acte prescriptif du législateur est conçu en ce sens, suivant une expression couramment usitée, comme un acte « normatif » (ou « normateur »), c'est-à-dire un simple acte d'émission ou formulation de normes : l'acte du jurisdiseur – l'acte juridique – est réduit par là à un simple prononcé de son dispositif, un prononcé de paroles pour ainsi dire désincarné, éthéré, sans aucune épaisseur performative. Cette vision tronquée de la réalité des choses a, en même temps, donné naissance à un embarrassant problème qui a abondamment alimenté la littérature philosophico-juridique : quand un théoricien du droit ou encore un conseil juridique répète (ou paraphrase avec les mêmes « foncteurs normatifs ») un énoncé de règle juridique édictée par le législateur, ne fait-il pas la même chose que ce dernier, ne *dit-il* pas lui aussi une règle ? Et cependant, il est évident qu'il n'est pas assimilable à un législateur : comment le même dire de normes juridiques peut-il ne pas être un acte authentiquement normatif ou prescriptif ?

Il s'agit évidemment là d'un faux problème : l'acte d'édiction de droit accompli par le législateur ne consiste pas à formuler des énoncés qui auraient d'eux-mêmes, intrinsèquement, la valeur d'énoncés de règles de conduite ; il s'agit d'un acte d'autorité, d'un acte de *mandement* ou *commandement* consistant à mettre en vigueur, à l'adresse de certains destinataires, des règles ayant un certain contenu. *Prescrire, édicter, poser, établir* des règles, c'est mettre des règles en service, les placer en état ou position de fonctionnement potentiel, d'applicabilité, leur « donner force » comme on dit ; ou en d'autres termes, c'est les communiquer aux

adressataires, les leur *mettre en main*²⁰ pour qu'ils s'en servent, à charge pour eux d'en faire application, de régler sur elles leur conduite effective. La métaphore de l'injonction est encore plus suggestive : il s'agit d'atteler intérieurement la volonté des adressataires à des règles, de la placer sous leur joug (*in jungere*, c'est littéralement *intimer un joug, ancrer un attelage*), – métaphore à laquelle fait écho dans la pensée juridique latine l'idée d'*attache ou lien de droit (vinculum juris)*. Le droit « posé » ou « positif », ce n'est pas – contrairement aux clichés édulcorés et aseptisés répandus par le positivisme juridique dans un souci excessif de séparer le juridique du politique – de la réglementation simplement formulée, émise, extériorisée, mais mise en vigueur : il s'inscrit dans le cadre d'actes de direction des conduites²¹. Et il n'y a à cet égard, aucune difficulté à distinguer le tambour de ville, le théoricien du droit ou le conseil juridique du législateur, même lorsque les premiers ne font que redire ou paraphraser les dispositions édictées par ce dernier : derrière la similitude du locutoire, les fonctions exercées et les actes de parole accomplis ont une nature tout à fait différente ; on se trouve en présence, non pas d'actes de commandement, mais d'actes de diffusion, de lecture, d'information visant à porter à la connaissance des adressataires le contenu des règles juridiques prescrites, et non pas à leur prescrire ces règles dans le cadre de l'exercice d'une fonction dirigeante.

Mais il faut aller plus loin : assimiler les actes prescriptifs à des actes « normatifs », à des actes de dire des règles de conduite – du locutoire ayant lui-même une propriété normative –, non seulement revient à

20. Le verbe latin *mandare*, d'où dérivent mandement et commandement, correspond étymologiquement à la contraction de *manum dare* : cf. A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 382.

21. Originellement le concept de « jus positivum », tel qu'il s'est dégagé dans la théorie canoniste médiévale, désignait toutes les lois mises en vigueur par un acte de commandement humain ou divin (« Toutes les lois dont l'origine remonte à un acte législatif comme, par exemple, les commandements que Dieu donna au peuple juif par la bouche de Moïse ou les lois civiles et les canones » : KUTTNER, « Sur les origines du terme droit positif », *Rev. hist. du dr. fr. et étranger*, 4^e série, XV, 1936, p. 728), par opposition au « jus naturale » conçu, dans une perspective aristotélicienne, comme un droit naturellement en vigueur, naturellement à l'œuvre, inhérent à la nature des choses et du monde.

Il est à relever, au passage, que l'exercice de la fonction de commandement peut faire l'objet en pratique d'une division du travail, d'une décomposition en plusieurs phases faisant successivement intervenir des autorités différentes. C'est le cas traditionnellement en France pour les commandements législatifs : le Parlement a pour tâche d'arrêter les dispositions des lois à mettre en vigueur, mais c'est le Président de la République qui procède à cette mise en vigueur par la voie de décrets de promulgation. Dans ce cas, au lieu d'un acte d'autorité unique, il en intervient deux, un acte de fixation du contenu des règles à prescrire et un acte de prescription des règles ainsi fixées.

occulter leur nature d'actes d'autorité, mais aboutit à donner une vue absurde de la réalité des choses. Sur ce point, un malentendu doit être clairement dissipé. Tout le monde admet qu'un objet du monde sensible ne peut être dit : on ne dit pas une chaise ou une automobile ; on peut seulement en parler, on peut dire – montrer par la parole – de la pensée sur des objets matériels. Mais ne peut-on pas dire une règle de conduite dans la mesure où, précisément, il s'agit d'un objet mental, de texture intelligible, constitué par de la pure pensée ? En réalité, les choses ne sont pas aussi simples : lorsque l'on parle couramment d'*énonciation de règle* (ainsi que je l'ai fait moi-même dans les lignes précédentes), on utilise par là une expression elliptique qui désigne très exactement l'*énonciation de la teneur d'une règle*, du contenu de pensée qui en constitue, si l'on peut dire, le matériau. Sans entrer ici dans les détails, il faut rappeler qu'une règle de conduite est un contenu de pensée auquel est assignée la vocation instrumentale de servir à diriger la conduite humaine, à encadrer les initiatives de la volonté humaine ; sa fonction est de servir de support ou de guide à la volonté, de fixer une marge à l'intérieur de laquelle doivent se tenir les lignes de conduite tracées par elle, à l'instar des réglettes matérielles qui nous servent de support pour le tracé, dans leur marge, de lignes droites. On peut dire, formuler la teneur de la règle, le contenu de pensée dont elle est faite, mais la règle ne se réduit évidemment pas à ce contenu de pensée : pas plus qu'un outil du monde sensible ne s'identifie à sa seule substance, à sa seule consistance matérielle apparente, la règle outil mental ne se limite pas à sa consistance intellectuelle. On ne saurait faire abstraction, en effet, de cela même qui fait de ce contenu de pensée un outil, de ce qui lui donne sa réalité d'outil, c'est-à-dire son utilité, le ce-à-quoi-il-sert, en d'autres termes l'intention ou finalité instrumentale dont il est le dépositaire. Mais, précisément, l'énoncé du contenu de pensée qui constitue le fond ou matériau de la règle, ne fait pas apparaître par lui-même l'élément formel qu'est la fonction instrumentale impartie à ce contenu de pensée²² : le pur énoncé de la teneur d'une règle, non seulement n'est pas un énoncé de règle, mais encore est insusceptible

22. On peut en dire autant pour les outils matériels : j'aurai beau contempler un objet-cendrier, examiner toutes les apparences qu'il me renvoie, je ne décèlerai sa réalité d'outil que lorsque j'aurai saisi, reconstitué dans mon esprit, par-delà les attributs constitutifs qu'il donne à voir, son utilité, c'est-à-dire la destination qui lui a été assignée par une intention humaine extérieure et inapparente en tant que telle. C'est en ce sens que Karl POPPER fait de tous les outils humains, y compris les outils matériels, des ressortissants du « Monde 3 » (*La quête inachevée*, trad. fr. Renée Bouveresse, Paris, Calmann-Lévy, 1981, p. 266).

de se donner par lui-même comme énoncé d'un contenu de pensée à fonction directive, à fonction de règle de conduite. Cette fonction ne lui est pas immanente et ne peut lui venir que des intentions illocutoires transcendantales qui animent (ou sont présumées animer) le locuteur, que ces intentions soient ou non explicitées linguistiquement par ailleurs. C'est parce que le jurisdiseur a entendu exercer une fonction dirigeante et accomplir un acte de commandement, de mise en service d'une réglementation, que le contenu de pensée qu'il a formulé (dispositif de l'acte juridique) apparaît comme la teneur d'une réglementation.

Et la même observation peut être faite pour tous les autres types d'actes de parole à l'intérieur desquels prend place l'énoncé d'un contenu de règle : c'est parce que – et dans la mesure où – le tambour de ville, le théoricien du droit ou le conseil juridique sont perçus comme exerçant leurs fonctions, c'est-à-dire comme accomplissant des actes de publication ou d'information relatifs à la teneur des règles juridiques mises en vigueur, que les contenus de pensée qu'ils formulent apparaissent comme des contenus de règles, comme des dispositifs normatifs. Cette coloration provient des intentions – exprimées ou non – qui sont aperçues comme sous-tendant leurs actes de parole. Et il en va encore de même dans tous les cas où l'on formule des contenus de pensée à titre d'exemples imaginaires de règles de conduite, ou à titre d'exemples comparatifs ou de rappels historiques, ou à titre de projets ou de fixation de règles à prescrire, etc. : chaque fois, la nature de dispositif normatif de ces contenus de pensée leur vient de la compréhension de ce que fait le locuteur, et généralement à la lumière de ce qu'il dit explicitement faire.

En d'autres termes, le seul énoncé abstrait du contenu n'est qu'un donné partiel de la réalité, un donné incomplet qui ne se suffit pas à lui-même : c'est dans le contexte de l'ensemble de l'acte de parole effectué par le locuteur et dans lequel elle s'intègre, que la partie du locutoire qui énonce la teneur d'une règle se donne comme telle, chargée de cette mission ; c'est au niveau illocutoire qu'apparaissent tout à la fois la fonction exercée par le locuteur et la finalité normative dont est investi le contenu de pensée énoncé par lui. En fonction de ce contexte, un même énoncé peut être énoncé de la teneur d'une règle ou énoncé d'autre chose, – comme il peut d'ailleurs être énoncé de la teneur d'une règle de conduite ou règle pratique destinée à guider la volonté humaine en encadrant ses accomplissements ou bien énoncé de la teneur d'une loi scientifique ou règle théorique destinée à guider l'intelligence humaine en quadrillant les accomplissements du réel.

Cette mise au point permet, au passage, de redresser une manière de voir bien inadéquate qui a cours. Il peut arriver, en effet, qu'un jurisdiseur énonce, à titre de dispositifs normatifs, des contenus de pensée totalement ou partiellement inaptes à encadrer et diriger la conduite de ceux auxquels il s'adresse ; on en relève de nombreux exemples dans la législation française de ces dernières années, à tel point que le Premier Ministre a même été amené, par plusieurs circulaires, à rappeler à l'ordre les ministres pour que les projets de loi préparés par eux soient mieux conçus²³. On peut citer, à titre particulièrement caractéristique, l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1977 : « L'architecture est une expression de la culture » ; ou l'article 1^{er} de la loi du 9 janvier 1985 : « La montagne constitue une entité géographique, économique et sociale dont le relief, le climat, le patrimoine naturel et culturel nécessitent la définition et la mise en œuvre d'une politique spécifique de développement, d'aménagement et de protection » ; ou encore l'article 26-I de la loi du 19 janvier 1983 : « Il est institué, au profit de la caisse nationale d'assurance-maladie, une cotisation perçue sur le tabac et les boissons alcooliques *en raison des risques que comporte l'usage immodéré de ces produits pour la santé* » ; ou bien encore l'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 1987 : « *En vue d'améliorer la qualification et de faciliter l'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi rencontrant des difficultés particulières à l'emploi, notamment des chômeurs de longue durée et des chômeurs cumulant les situations de précarité les plus graves, l'État prend en charge...* ». Généralement, on parle à propos de telles dispositions ou fragments de dispositions de « dispositions non normatives », comme si une disposition était en elle-même et par elle-même, objectivement, énoncé de norme ou énoncé d'autre chose. En réalité, de même que n'importe quel objet peut être constitué en siège pourvu qu'il permette effectivement de s'asseoir, de même n'importe quel contenu de pensée peut être constitué en règle de conduite pourvu qu'il permette effective-

23. Voir notamment la circulaire du 14 juin 1983 relative à l'élaboration des projets de loi : « Il faut éviter d'introduire dans les projets des dispositions sans contenu normatif, généralement consacrées à des déclarations de principe ou à la présentation de la philosophie du texte. En effet, les lois ont pour objet d'autoriser, d'ordonner, d'introduire, de créer des droits et des obligations. Les raisons pour lesquelles elles sont soumises au Parlement, l'esprit dont elles procèdent, les objectifs qu'elles se fixent, relèvent de l'exposé des motifs, des explications à fournir au Parlement ou au public, voire des commentaires que les ministres responsables doivent en donner après leur promulgation, notamment dans les circulaires » (cpr. circulaire du 25 mai 1988 relative à la méthode de travail du Gouvernement). Cf. Christian ATIAS, « Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé », *Rev. Rech. jur.*, 1982, 2, p. 219 sq. ; Jean-Paul RICHARD, « Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs », *Rev. Rech. jur.*, 1989, 4, p. 785 sq. (tout le numéro est consacré à ce thème).

ment d'encadrer la conduite humaine, de servir de point d'appui aux déterminations de la volonté humaine. Il n'y a pas de contenu normatif ou non normatif, mais des contenus susceptibles ou non de recevoir avec succès et de remplir utilement la fonction de règle. En l'occurrence, on se trouve en présence d'énoncés faisant partie d'un acte officiellement prescriptif (d'un acte législatif dans les exemples cités), donc d'énoncés ayant officiellement reçu fonction de communiquer des règles à observer ; mais l'acte ainsi accompli est, sur le plan pragmatique, un acte manqué, raté, une action non réussie : en donnant aux règles prescrites une teneur impropre à satisfaire leur utilité même, à se prêter à la mission officiellement assignée d'encadrement de la conduite humaine, le jurisdiseur a mal exercé sa fonction dirigeante, – de même d'ailleurs qu'il l'exerce de manière défectueuse lorsqu'il énonce des teneurs de règles vagues, incompréhensibles, incomplètes ou contradictoires. Cet échec pragmatique est dû, en l'espèce, à une inconséquence de la part du jurisdiseur : sous le couvert affiché de diriger les conduites, il s'est laissé aller à faire autre chose, et donc à conférer sourdement une autre destination à tout ou partie de son dire (justifier sa politique, décrire sa philosophie,...) ; c'est en raison de cette dérive ou déphasage illocutoire que ce dire se trouve être inapproprié à sa vocation directive officielle.

Deuxième série d'informations : des informations sur la nature spécifique de l'acte accompli par le jurisdiseur ou, ce qui revient au même, de la fonction exercée par lui.

Parlement, Président de la République, Premier Ministre, Ministre, Préfet, Maire, etc. : les actes juridiques indiquent, par cette mention expresse de leur qualité officielle, que les jurisdiseurs sont des autorités *publiques*. Les actes d'édition de droit correspondent à l'exercice d'une fonction sociale spécifique dont sont investis les jurisdiseurs : la fonction de commandement public, de direction publique des conduites, c'est-à-dire littéralement la fonction de gouvernement de peuples, de direction d'ensemble, synchronisée, des conduites de ceux qui vivent en population. Contrairement aux prétentions du positivisme juridique, le juridique est inséparable du politique : l'expérience juridique repose, en effet, sur cette donnée que les hommes sont des animaux sociaux, qui vivent en peuples ou populations et qui ont, de ce fait, besoin d'une co-ordination, c'est-à-dire d'un règlement harmonisé de leurs conduites respectives. De là, partout, l'institution de procédures visant à la satisfaction de ce besoin, en particulier sous la forme de l'établissement d'autorités spécialisées à la tête des peuples humains, spécialement chargées de la fonction pastorale de les diriger, spécialement investies

du pouvoir ou puissance publique ; même dans les sociétés archaïques apparemment sans instance spécialisée de direction publique, on relève une forme d'expérience juridique consistant dans la pratique coutumière d'un ensemble de règles de vie commune héritées d'autorités publiques ancestrales par voie de tradition orale, ou encore fixées et prescrites d'un commun accord par tout ou partie des membres du groupe faisant, en l'occurrence, office occasionnel de dirigeants publics (à la manière de nos actuelles procédures de démocratie directe ou semi-directe).

Comme l'écrivait il y a quatre siècles Jean Bodin, « la loy n'est autre chose que le commandement du souverain usant de sa puissance »²⁴. Reconnaître un énoncé comme étant un énoncé de règle *juridique* (de teneur de règle juridique), c'est précisément reconnaître ou présumer que cet énoncé fait partie d'un acte de langage spécifique qui a été accompli par une autorité publique dans et pour l'exercice de sa fonction de direction publique des conduites ; c'est à cette fin que ce dire juridique a été prononcé et c'est par elle qu'il est un dire juridique, un énoncé de teneur de règle de droit : il ne l'est pas par lui-même. Si je prononce un dire identique, il ne prendra une coloration juridique que si je joue à contrefaire un dirigeant public, à édicter du droit « pour rire », ou bien encore si mon acte de parole est perçu, non comme un acte de prescription de règle, mais comme un acte de lecture du contenu d'une réglementation prescrite par un dirigeant public. Et de la même façon, d'ailleurs, le commandement qu'un dirigeant public, par exemple le Président de la République, adresse à un serveur dans un bar ou un restaurant n'aura pas la coloration d'une prescription de règle juridique parce qu'il aura été accompli par cette autorité en dehors de l'exercice de ses fonctions officielles et de sa puissance publique, dans le cadre de sa vie *privée*, en tant que simple client d'établissement voulant se faire servir un repas ou des boissons²⁵. On voit bien ici combien sont vaines les tentatives de recherche de la juridicité au plan de l'analyse morphologique et sémantique des dispositions juridiques.

2/ *Les actes juridiques, performatifs imparfaitement explicites*

On vient de voir l'intérêt qu'il y a à se souvenir que les performatifs juridiques sont des performatifs explicites : ils contiennent les étiquettes

24. J. BODIN, *Six livres de la République*, 1576, l. 8.

25. De même que les ordres, instructions et circulaires que les dirigeants publics adressent à leurs agents dans l'exercice, non pas de leur puissance publique, mais de leur pouvoir hiérarchique sur des personnels affectés à leur service pour les aider à remplir leur mission, n'ont pas la couleur de prescriptions de règles juridiques, mais de simples « mesures d'ordre intérieur ».

conventionnelles des actes socialement répertoriés ainsi accomplis par les jurisdiseurs²⁶. Mais, à la vérité, les étiquettes mentionnées ne sont pas toujours claires, appropriées, dépourvues d'équivoque : autrement dit, les performatifs juridiques ne sont pas toujours, en pratique, complètement et parfaitement explicites. C'est là à la fois le reflet d'un état de confusion conceptuelle dans les esprits et un facteur d'entretien de cet état. Quelques illustrations peuvent être tirées de l'expérience juridique française.

a) C'est ainsi que l'on peut relever, tout d'abord, dans les actes d'édition de droit en France, l'insuffisance d'explicitation de leur nature d'acte de commandement au sens strict ou d'acte de recommandation. Il existe, en effet, deux variétés d'actes de direction des conduites (de commandement au sens large) et, corrélativement, deux variétés de règles de conduite, que l'on retrouve dans le secteur de la direction publique des conduites et des règles juridiques : d'une part, les commandements au sens strict qui consistent à mettre en vigueur des règles à suivre impérativement et en quelque sorte aveuglément, coûte que coûte, sans accommodement possible, et, d'autre part, les recommandations qui consistent à mettre en service des règles conçues comme seulement à tâcher de suivre, sous réserve d'éventuels écarts qui pourraient paraître opportuns aux intéressés selon leur propre évaluation des circonstances. Les premiers sont des actes de direction dure ou rigide des conduites, les seconds des actes de direction souple ou flexible ménageant aux dirigés une faculté d'appréciation en dernier ressort et fixant à leur volonté un encadrement qu'elle reste libre de déborder : il s'agit (telle est l'idée même de *re-commandation*) de diriger la conduite au second degré, pour ainsi dire en contrepoint, à travers et par-dessus le pouvoir de commandement laissé à l'intéressé sur lui-même ; c'est donc une autorité fortement diluée qui est ainsi exercée. Les actes juridiques des jurisdiseurs ne font pas toujours apparaître en pratique s'ils sont des actes de commandement au sens strict ou seulement de recommandation : dans le domaine du droit international, la distinction est marquée assez nettement, particulièrement dans l'expérience des organisations internationales ; il n'en va pas de même en droit interne, – en droit français en tout cas : sous les mêmes étiquettes officielles « loi », « décret », « ordonnance », « directive », etc.,

26. Il est à souligner que ces étiquettes dénotent les types d'actes dont il s'agit, mais n'en donnent pas par eux-mêmes une définition ni une description : d'où la nécessité de prolonger la phénoménologie du langage par des phénoménologies sectorielles correspondant à l'investigation ontologique des différents domaines d'activité humaine concernés.

les jurisdiseurs édictent aussi bien des règles-commandements que des règles-recommandations, et parfois des règles des deux types dans le même acte juridique²⁷. Dans cette mesure, le performatif juridique apparaît comme un performatif explicite mais insuffisamment explicite : de sorte que, pour connaître la nature exacte de l'acte d'édition juridique en question, il faut se reporter à d'autres données du contexte éclairant sur les fonctions exactes que le jurisdiseur a exercées, des données comme les travaux préparatoires ou encore l'analyse en profondeur des textes juridiques fondant la compétence du jurisdiseur et en vertu desquels il a agi.

b) Les performatifs juridiques sont encore insuffisamment explicites à un autre égard : derrière les mêmes étiquettes « loi », « décret », « arrêté », etc., les actes accomplis par les jurisdiseurs ne se ramènent pas tous à prescrire des règles de conduite d'une certaine teneur, à les mettre en vigueur. Les actes d'autorité sont, en réalité, beaucoup plus variés qu'on ne le croit, et c'est ce que révèlent justement l'expérience juridique et l'exercice de l'autorité publique.

D'une part, à côté des actes de mise en vigueur (ainsi d'ailleurs que de maintien ou remise en vigueur) de règles juridiques, il y a aussi des actes de mise hors vigueur, hors service, temporairement ou définitivement ; ou encore, des actes de modification de la réglementation en vigueur qui sont des actes contractant à la fois une mise hors vigueur des dispositions modifiées dans leur teneur initiale et une mise en vigueur d'un dispositif nouveau dans la teneur résultant de la modification apportée²⁸. Exercer une fonction institutionnelle de commandement ou direction de conduites, ce n'est pas simplement faire entrer en vigueur des règles, mais plus exactement déterminer à l'adresse des dirigés le champ – l'espace ou tissu – de règles en vigueur, qu'ils ont à observer, à mettre en pratique dans leurs conduites effectives. Il reste que la différence n'apparaît pas dans l'étiquette des performatifs juridiques entre ces deux variétés d'une même espèce : sous la même étiquette « loi » ou « décret », et souvent dans le même acte, le

27. Cf. à ce sujet mon étude sur « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Rev. Dr. Publ.*, 1982, p. 287 sq.

28. Cette double nature apparaît bien dans les modifications tacites consistant à édicter simplement un nouveau dispositif abrogeant implicitement, sans le viser expressément, un dispositif antérieurement prescrit avec lequel il est incompatible.

jurisdiseur tout à la fois met en vigueur certaines règles et modifie ou abroge purement et simplement d'autres règles²⁹.

D'autre part, et toujours sous les mêmes étiquettes performatives, les jurisdiseurs accomplissent couramment des actes de parole qui ne sont ni de mise en service ni de mise hors service d'une réglementation : il suffit de penser aux actes juridiques tels que ceux portant consentement, accord, approbation, ratification ou acceptation, ou bien refus de consentement, désaccord, veto ou rejet ; déclaration, proclamation, reconnaissance ou constatation (déclaration d'état de guerre, d'état de siège ou d'état d'urgence ; déclaration d'utilité publique ; déclaration de conformité ou de non-conformité, notamment à la loi ou à la Constitution ; déclaration d'ouverture ou de clôture d'une session parlementaire, d'une opération d'emprunt public ou d'enquête publique, d'un concours ; proclamation des résultats d'un scrutin ou d'un concours ; reconnaissance d'État ou de gouvernement étranger ; constatation de l'état de catastrophe naturelle ou déclaration de zone sinistrée,...) ; classement, déclassement, inscription, radiation (d'une personne, d'un bien, d'un site, etc.), ou, plus généralement, attribution ou retrait d'une qualité ou qualification (nomination, affectation, avancement, révocation d'agents publics ; homologation ou validation, et notamment attribution de la valeur de lois à des prescriptions d'autorités administratives ; naturalisation, retrait de ou réintégration dans la nationalité française ; attribution ou retrait de distinctions honorifiques ;...). Dans tous ces cas, on se trouve en présence d'actes de langage qui ne sont pas prescriptifs de règles de conduite, mais plus exactement – et ainsi que les baptisent les philosophes du langage – « déclaratifs »³⁰ : on désigne par là des actes de parole ayant objet, non pas de mettre en service ou hors service de la réglementation, mais de placer un cas particulier sous l'empire ou hors de l'empire d'un certain statut ou régime prédéterminé découlant de règles en usage. Notre vie courante est jalonnée de tels actes (exemples : acte par lequel le commissaire-priseur dans une vente

29. Ce syncrétisme se retrouve au niveau de la théorie juridique elle-même qui tend très généralement à assimiler les actes de mise hors vigueur des règles à leur contraire, c'est-à-dire à des actes prescriptifs de règles (voir, par exemple, chez Charles EISENMANN l'analyse de ces actes comme des actes qui édicteraient des « normes négatives » ou « normes d'annulation de normes », les actes prescriptifs étant conçus par symétrie bien artificielle comme édictant des « normes positives » : *Cours de Droit Administratif*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 352 et 417 sq.).

30. Cf. John SEARLE, *op. cit.*, p. 32 et 56 sq. ; François RÉCANATI, *Les énoncés performatifs*, Paris, ed. Minuit, 1981, p. 179 sq. Voir à ce sujet mon étude sur « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, sous ma direction, Paris, Economica, 1986, p. 326 sq.

publique aux enchères déclare un objet « adjugé » ; acte par lequel le président d'une assemblée déclare la séance ouverte ou, au contraire, levée ; acte par lequel l'arbitre d'une compétition sportive déclare que tel incident de jeu a eu lieu ; acte par lequel les dirigeants d'une association quelconque prononcent l'admission ou l'exclusion d'un membre, etc.). Mais ils s'illustrent tout spécialement dans le cadre de l'expérience juridique. L'entrée en jeu et la cessation de jeu des régimes fixés par la réglementation juridique en vigueur peuvent, en effet, selon cette réglementation, découler automatiquement de la survenance objective de certaines circonstances (par exemple, l'atteinte de l'âge de dix-huit ans fait automatiquement sortir l'intéressé du champ du régime juridique des mineurs pour le placer sous le statut juridique des majeurs ; de même, la commission d'un acte dommageable pour autrui place automatiquement son auteur sous le régime juridique de la responsabilité civile) ; mais il est fréquent que le déclenchement ou la cessation du jeu des régimes qu'elle fixe soit subordonnée par la réglementation à une formalité verbale, à un acte de parole, et notamment à une déclaration d'une autorité publique : ainsi, pour que s'applique dans un cas donné le statut de l'état de siège ou celui de la fonction publique, il faut qu'intervienne, de la part d'une autorité publique, un acte de déclaration de l'état de siège ou un acte de nomination à un emploi public. Ces actes de parole sont effectués dans le cadre de l'application même de la réglementation en vigueur pour instaurer une situation juridique, c'est-à-dire pour placer une situation sous un certain régime ou statut prédéterminé par cette réglementation, ou pour mettre fin à une situation juridique.

La nature déclarative de ces actes des autorités publiques ne s'éclaire, en pratique, que par référence au type même de compétence exercée, à la lumière des dispositions juridiques que ces actes mettent en œuvre, et non pas des étiquettes performatives qu'ils affichent et qui sont celles des actes proprement prescriptifs. Cette identité d'étiquetage est source de confusion, incitant fâcheusement la théorie du droit à ne pas distinguer ces actes déclaratifs des actes prescriptifs, d'autant que le même acte est souvent à la fois pour partie déclaratif, pour partie prescriptif. Il est vrai que les actes déclaratifs sont eux aussi des actes d'autorité ; on peut les analyser, d'une certaine manière, comme équivalents à des actes directifs au second degré : en proclamant l'état de siège, par exemple, l'autorité publique fait entrer en action un ensemble de règles dont l'application, précisément, se trouve juridiquement subordonnée à une manifestation de sa volonté établissant cette situation d'exception ; ceux auxquels ces règles s'appliquent vont devoir

s'y conformer désormais ; l'autorité publique dirige bien par là, indirectement, leur conduite en commandant le jeu même de la réglementation en vigueur. Ce faisant, cette autorité ne prescrit pas elle-même des règles, mais son acte produit en quelque sorte un « résultat directif » comparable à une prescription de règles proprement dite : la conduite d'individus va se trouver placée, par la volonté de cette autorité, sous l'empire d'un régime juridique que ces individus n'étaient pas astreints à suivre auparavant. Il n'en demeure pas moins que les performatifs des jurisdiseurs sont incorrectement explicités dans la mesure où ils ne font pas apparaître sous des étiquettes distinctes ces deux variétés d'actes d'autorité, malgré tout fort différentes dans leur essence même en dépit de leur analogie.

c) On peut évoquer, pour dernière illustration, les actes juridiques qu'on appelle « jugements » et qui émanent des organes publics particuliers que sont les tribunaux ou juridictions. Cette appellation courante que l'on donne à ces actes juridiques, et qui est en même temps en France leur appellation officielle – expressément mentionnée par eux – au moins lorsqu'il s'agit d'actes émanant des juridictions inférieures (ceux émanant des juridictions supérieures et suprêmes ayant, en principe, l'étiquette officielle d'« arrêts »), est, en effet, tout à fait inadéquate. Elle laisse penser que les organes juridictionnels ne sont pas des autorités publiques, qu'ils n'accomplissent pas d'actes d'autorité, mais qu'ils se livreraient seulement à un acte de monstration d'une opération intellectuelle, à un acte d'énonciation d'un jugement de valeur : ils se contenteraient, après avoir confronté les conduites suivies par les justiciables aux règles juridiques en vigueur, de constater que ces conduites sont ou non en conformité avec ces règles, qu'elles sont ou non juridiquement régulières ou correctes. Or, si telle est l'image classique des tribunaux véhiculée par la théorie du droit, ce n'est assurément pas à elle que se réduit la fonction juridictionnelle : ainsi que l'a bien vu Kelsen³¹, les « juges » sont des jurisdiseurs à part entière, au même titre que les autorités législatives ou administratives (ce que traduit, d'ailleurs, l'idée classique de *pouvoir judiciaire* en tant que branche du pouvoir public à côté des pouvoirs législatif et exécutif). Le plus généralement, ils prescrivent à l'adresse des parties l'observance de règles de conduite : ils sont principalement chargés, en effet, de régler des litiges ou contestations, c'est-à-dire de les résoudre en fixant et en mettant en vigueur un règlement. Simplement, ici, le dispositif de ces

31. Cf. notamment KELSEN, *op. cit.*, p. 27 et 318 sq.

actes d'édition de droit est précédé d'un exposé des motifs (ce qu'on appelle couramment les « attendus » pour les jugements des juridictions judiciaires et les « considérants » pour les jugements des juridictions administratives) dans lequel le tribunal examine la conformité ou la non-conformité des comportements des parties aux règles juridiques applicables et, en conséquence de ces évaluations ou jugements proprement dits, il prescrit à l'adresse des intéressés telles ou telles dispositions, telles ou telles règles de conduite à observer. Dans d'autres cas, les jugements sont des actes de mise hors vigueur de règles antérieurement prescrites (cas des jugements annulant les prescriptions d'autorités juridictionnelles inférieures ou d'autres autorités publiques, d'autorités administratives par exemple). Il arrive, enfin, que le dispositif de certains jugements énonce simplement que X est coupable de tels faits, ou que tel acte qui a été accompli est conforme ou non conforme au droit en vigueur : mais, dans ces cas également, on se trouve en réalité en présence d'actes d'autorité, en l'occurrence d'actes déclaratifs destinés à déclencher l'entrée en jeu d'un certain statut juridique prédéterminé (par exemple, la déclaration par le Conseil Constitutionnel de la non-conformité à la Constitution d'une loi votée par le Parlement va avoir pour conséquence juridique d'empêcher la promulgation de cette loi).

Qu'ils soient des actes de mise en vigueur ou hors vigueur de règles juridiques ou des actes d'instauration ou d'abolition de situations juridiques, dans la mesure où ils se présentent officiellement comme de simples « jugements », les actes juridictionnels apparaissent ainsi comme des performatifs explicites mal explicités, – dont l'étiquette conventionnelle est d'ailleurs, là encore, une source constante de confusion dans la théorie du droit.

*
* *

En conclusion, l'on voit combien il est illusoire de traiter les énoncés de règles juridiques comme des réalités autonomes, alors qu'il s'agit d'éléments locutoires faisant partie d'actes humains et sociaux spécifiques, d'actes de prescription de règles de conduite accomplis par les jurisdiseurs dans l'exercice de leurs fonctions directives. La réalité première dans le champ de l'expérience juridique, ce sont ces actes prescriptifs eux-mêmes – qui ne sont, au demeurant, qu'une partie des actes d'autorité effectués par les jurisdiseurs – et non les énoncés de réglementation, qui sont seulement des abstractions, des abstractions ne prenant leur plein relief que replacées dans ce contexte performatif historique.

Il est, sans doute, normal que les juristes dogmaticiens concentrent leur attention sur les dispositifs des actes juridiques prescriptifs, c'est-à-dire sur le droit positif dont la teneur constitue leur objet même d'étude. Il est moins normal qu'ils prétendent développer dans le même horizon limité une réflexion ontologique sur le droit et les règles juridiques de conduite, réduits à de purs et simples contenus de pensée dits par le législateur. Cette tendance à une vision désincarnée et à l'oubli des actes d'autorité dont les énoncés de règles juridiques ne sont que des fragments³² est, il est vrai, encouragée – en dehors même du courant d'idées positiviste – par divers facteurs structurels. En particulier, l'introduction de l'écriture dans l'expérience juridique et la généralisation du caractère purement écrit des actes de prescription des règles juridiques a abouti à dissocier cette prescription de son contexte socio-historique ; la personne même des jurisdiseurs et les aspects concrets de l'accomplissement de leurs fonctions tendent à s'estomper derrière les textes juridiques qu'ils émettent et qui finissent par acquérir une réalité propre, autonome, aux yeux des juristes³³. Il y a là une grande différence avec les expériences prescriptives orales, et particulièrement avec celles prenant place dans le cadre d'une relation directe et personnelle – d'un face-à-face – entre un commandant et un commandé. Au contraire, l'expérience juridique des sociétés à forte population d'aujourd'hui se caractérise par des relations plus ou moins lointaines et médiatisées entre les jurisdiseurs et ceux auxquels ils s'adressent ; notamment, elle fait une part considérable, non seulement à l'écrit, mais à la prescription de règles à caractère général, impersonnel et permanent, qui continuent de s'appliquer même longtemps après leur mise en vigueur, et après la disparition du prescripteur, tant qu'elles ne sont pas abrogées : c'est là un facteur supplémentaire de vision vaporeuse des règles juridiques et d'occultation des actes de commandement dont elles sont, en réalité, inséparables et dont elles tirent leur constitution même de règles juridiques.

Paul AMSELEK

32. Les juristes ne travaillent, d'ailleurs, dans l'ombre de leurs cabinets d'étude ou des bibliothèques, que sur des copies ou duplicata de ces fragments d'actes humains de parole, à travers les recueils qui les reproduisent, et non sur les originaux authentiques, ce qui les éloigne encore davantage de la réalité.

33. Sur cette tendance de la parole écrite à se détacher du locuteur, voir les travaux de Hans-Georg GADAMER, (*Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1976, p. 239 sq.) et de Paul RICŒUR (*Du texte à l'action*, Paris, Seuil, 1986, p. 111 sq.).