

---

PAUL AMSELEK

Université Panthéon-Assas (Paris II)

paulamselek@gmail.com

---

# COMMENT JE VOIS LE MONDE DU DROIT

---

## *abstract*

*L'expérience juridique se développe, non pas simplement et abstraitement autour du droit, des règles juridiques, mais plus exactement autour du droit positif, des règles juridiques posées: ce sont là deux données fondamentales indissociables qui doivent être clairement prises en compte pour une bonne compréhension de la réalité. L'auteur résume ici, d'une part, les approfondissements ontologiques qu'il a consacrés, à la lueur de la méthode phénoménologique husserlienne, aux règles en général et aux règles éthiques et juridique en particulier, et, d'autre part, les approfondissements pragmatiques qu'il a effectués, à partir de la théorie austinienne des actes de langage, à propos des actes sociaux d'autorité que sont les actes de position des règles juridiques.*

---

## *keywords*

*ontologie des règles, outils mentaux, étalons du possible, lois scientifiques, actes normatifs*

---

*La plus belle chose que nous puissions éprouver, c'est le mystère des choses*  
(Albert Einstein, *Comment je vois le monde*, 1934).

Je tiens, tout d'abord, à remercier très chaleureusement mes collègues et amis Paolo Di Lucia et Lorenzo Passerini Glazel de m'avoir invité à ce séminaire. Je les en remercie d'autant plus que le thème général proposé à nos débats m'enchanté. Voilà maintenant près de soixante ans, depuis la préparation de ma thèse de doctorat soutenue à Paris en 1962, que mes recherches sont focalisées justement, pour l'essentiel, sur les données ontologiques et pragmatiques des règles en général et des règles éthiques et juridiques en particulier.

Mes approfondissements ontologiques ont été effectués à la lueur de la méthode phénoménologique de Husserl, débarrassée toutefois de ses inutiles oripeaux métaphysiques et envisagée comme une méthode de réexamen – de remise à l'épreuve – de nos concepts, classes ou catégories en tant que constructions de notre esprit au contact des choses, et nullement en tant que mystérieux êtres ou entités catégoriels qui se donneraient d'eux-mêmes, naturellement, à notre observation. Husserl a eu un net penchant à hypostasier les productions de l'esprit, professant aussi un réalisme des valeurs à côté de celui des concepts. Mais cela ne prive pas de leur intérêt les directives méthodologiques qu'il a esquissées dans ce dernier domaine. Mes approfondissements pragmatiques ont été, quant à eux, réalisés en prenant appui sur la théorie anglo-saxonne des actes de parole (*speech acts theory*) d'Austin et de Searle, une théorie qui m'a paru d'emblée tout spécialement appropriée pour comprendre les pratiques langagières à travers lesquelles s'exprime la vie du droit.

La conjugaison de ces deux approches m'a conduit à considérer comme indissociables dans l'expérience juridique humaine deux données fondamentales: d'une part, des règles spécifiques, spécifiquement affectées à une gouvernance publique, à la gouvernance de peuples; et d'autre part, des actes d'autorité accomplis par des gouvernants publics pour faire entrer en action et rendre applicable cette réglementation, – ce qu'on appelle couramment des actes normatifs. La réalité, ce n'est pas le droit, les règles juridiques, mais le droit *positif*, les règles juridiques *posées* par les pouvoirs publics, c'est-à-dire rendues par leurs actes, leurs décrets, officiellement applicables dans l'espace social placé sous leur autorité. L'élucidation de l'expérience juridique renvoie ainsi à la fois à un point de vue ontologique, concernant l'être ou l'essence même des règles juridiques, et à un point de vue pragmatique, relatif à leur fonctionnement: il faut féliciter les concepteurs de ce séminaire de l'avoir judicieusement

articulé autour de ces deux axes.

Dans son célèbre ouvrage *Alice au Pays des Merveilles*, Lewis Carroll prête à l'un des personnages cette jolie formule: "Tu ne manqueras pas d'arriver quelque part si tu marches assez longtemps". J'ai marché pendant fort longtemps et mon propos ici sera de vous indiquer, à grands traits, où je suis finalement arrivé après mes patientes et persévérantes pérégrinations dans le monde du droit: je vous exposerai successivement mes vues sur les règles ou normes juridiques, puis mes vues sur les actes normatifs juridiques.

Il est banal de dire que le droit, c'est de la réglementation, des règles ou normes de conduite. Mais encore, qu'est-ce que ces règles ou normes juridiques? Ou, plus précisément, à quoi correspond le concept – la catégorie – de règle juridique, qu'est-ce qu'il recouvre exactement? Les théoriciens qui ont entrepris de répondre à cette question ont toujours éprouvé des difficultés quasi-insurmontables: "Les juristes cherchent encore une définition à leur concept du droit", constatait ironiquement Kant en 1781 dans sa *Critique de la raison pure*; les choses n'ont pas beaucoup changé depuis, et Kant lui-même d'ailleurs a plutôt contribué à les obscurcir encore davantage! La raison de ces déconvenues me paraît être la suivante: s'atteler dès le départ à rechercher la particularité des règles juridiques, c'est se condamner à une recherche à l'aveuglette, semée d'embûches, dans la mesure où l'on n'a le plus couramment, faute d'approfondissements suffisants, que de faibles lueurs à la conscience sur les catégories plus générales dont à la fois fait partie et se distingue la catégorie des règles de droit. Si l'on veut parvenir à une élucidation correcte de ces dernières, il est indispensable de procéder pas à pas, en commençant par dégager ce que sont les règles en général, ce que recouvre le concept générique de règle, et plus spécifiquement ce que sont les règles de conduite, ce que recouvre le concept de règle éthique.

En explorant ces catégories plus générales en amont du droit, j'ai été amené à faire deux grandes découvertes, qui me sont apparues d'une importance capitale en ce qu'elles commandent toute la suite du processus d'élucidation ontologique des règles juridiques. C'est d'abord cette double découverte que je veux évoquer; je vous montrerai ensuite comment elle permet d'aiguiller, de mettre sur de bons rails la quête de l'être des règles juridiques.

Ce que j'ai découvert, ce sont les deux éléments les plus essentiels de l'ontologie des règles, deux éléments restés très largement occultés, non pris en compte et inexplorés, dans la théorie éthique et juridique; ils sont à mes yeux la clef même, en quelque sorte le sésame, ouvrant les portes du monde des règles.

Le premier élément, c'est ce que j'appellerai la "chosité" des règles. Dans l'expérience que nous en avons, les règles se donnent à nous de prime abord comme des séquences de pensée discursive, des contenus de pensée exprimés en mots, en bref comme du logos, par exemple des maximes morales ou encore des dispositions de lois. Mais les règles ne sont pas pour autant simplement du logos; ce sont des choses, des *res*, – des choses, des *res*, fabriquées avec du logos mais qui ne se réduisent pas à lui, pas plus qu'une maison ne se réduit aux matériaux, aux pierres dont elle est faite. C'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, les règles sont insusceptibles d'être dites vraies ou fausses; et c'est aussi la raison pour laquelle elles ne sont pas soumises aux principes de la logique formelle applicables à la pensée comme le principe d'inférence ou le principe de non-contradiction: les règles ne sont pas de la pensée, du flux de pensée, mais de la pensée *réifiée*, de la pensée intégrée – incorporée – à des choses, à des objets, dont elle constitue la substance.

L'un des mérites les plus importants de la théorie des actes de parole d'Austin a été de dénoncer un travers insidieux traditionnellement répandu jusque-là en philosophie et

## 1. Mes vues sur les règles juridiques

### 1.1.

#### 1.1.1.

consistant justement à traiter comme du pur logos des actes humains intersubjectifs accomplis avec des paroles, ce qu’Austin a appelé des “performatifs”, des actes tels que des remerciements, des félicitations, des ordres, des prières... Le travers ainsi démasqué voilà plus de cinquante ans a été et est encore à l’œuvre dans la philosophie morale et juridique, j’y reviendrai plus loin; mais on aperçoit en plus, dans ces secteurs, que ce travers ne concerne pas seulement des actes, mais aussi des choses, des objets, en l’occurrence des règles. Il y a, en effet, une tendance bien ancrée à réduire les règles éthiques, et en particulier les règles de droit, aux segments de pensée codés en langage dont elles sont faites: cette vue tronquée qui identifie purement et simplement ces artéfacts humains au matériau intelligible, au logos, qui leur sert de texture, c’est ce que j’ai qualifié de “logicisme”. On le voit sévir tout particulièrement dans la logique déontique ou logique des normes, pour laquelle les règles ne sont que des propositions, pleinement éligibles aux exercices de la logique; mais il imprègne plus largement, sous les houlettes emblématiques de Hume, de Kant et de Kelsen, toute la philosophie éthique et juridique, qui considère classiquement les règles comme un certain registre spécifique de pensée discursive, comme de la pensée déontologique en devoir-être ou *Sollen*, par opposition à de la pensée en être ou *Sein*.

- 1.1.2.** Le dévoilement de la chosité des règles m’a conduit à découvrir, dans son prolongement, un second élément essentiel de leur ontologie: leur nature d’outils, d’objets *techniques*. Les règles, la réglementation, c’est de l’outillage fabriqué et utilisé par les hommes, qui s’inscrit dans la vocation générale et caractéristique de l’être humain – celui que Bergson appelait *homo faber* – à créer sans cesse des outils en tous genres pour être en prise et pouvoir agir sur le monde. Cette essence technique des règles est restée, elle aussi, largement occultée dans la théorie de l’éthique et du droit. Elle transparaît pourtant dans la terminologie même couramment employée, en particulier dans l’expérience juridique: on parle de “pratiquer” ou “appliquer” des règles, de “pratique”, “usage” ou “mise en œuvre” des règles, ce qui renvoie bien implicitement aux idées d’outils et d’utilisation. De même le droit est vaguement ressenti et catalogué comme une “technique”, une “technique de contrainte” selon les courants positivistes, une “technique de contrôle social” ou “d’ingénierie sociale” selon l’école sociologique du droit américaine. Et surtout, l’étymologie elle-même est tout à fait édifiante: les termes latins *regula* et *norma* – issu du grec *gnômon* – désignaient originellement des outils matériels, physiques, donnant la mesure de la droiture des lignes ou des angles et servant à réaliser ou à contrôler des tracés rectilignes ou des angles droits. Le mot français *règle* a, du reste, conservé ce sens concret à côté du sens abstrait qui en est dérivé; il en va de même des termes italiens *regola-regolo*, comme le rappelle fort à propos la règle à calcul imprimée en filigrane sur le programme de ce séminaire. Précisément, si s’est accomplie cette dérivation du concret à l’abstrait, c’est parce que les règles de conduite se sont vues reconnaître intuitivement, par une fulgurance de l’esprit, la même nature fondamentale d’outils que les règles et équerres matérielles.

Il s’agit sans doute d’outils d’un type spécial, d’outils mentaux, constitués avec de la pensée codée en langage et qu’on ne peut donc toucher ou prendre en main. Elles ne sont ni des observables, ni des existants qui se tiendraient en dehors de nous dans le monde extérieur. Elles font partie de l’univers intérieur immanent à notre esprit, ce qu’on appelle le monde intelligible: c’est là qu’elles sont créées, c’est là qu’elles sont utilisées, c’est là qu’elles résident à tout jamais, sans aucune possibilité d’en sortir. Elles circulent seulement en sautillant en quelque sorte, comme à saute-mouton, d’esprit à esprit, catapultées par des signes ou signaux sensibles, perceptibles, oraux ou scripturaux, paroles proférées ou écrites: la personne émettrice, le législateur par exemple, envoie de tels signaux codant la pensée dont est faite la réglementation présente dans son esprit, et le receveur, après avoir capté ces signaux avec

son appareil sensoriel, les décode mentalement pour reconstituer dans son propre esprit la teneur de cette réglementation et pour pouvoir éventuellement l'utiliser. Contrairement à nos façons courantes de parler, les codes juridiques qui peuplent nos bibliothèques ne sont pas des recueils de normes juridiques, mais des recueils de convoyeurs ou transbordeurs de normes. On connaît le célèbre tableau figuratif de Magritte *La Trahison des images* représentant une pipe et sur lequel ce peintre-philosophe averti (qui se définissait "peintre de la pensée") a inscrit cette mise en garde "Ceci n'est pas une pipe": je propose pareillement d'apposer sur chaque disposition normative imprimée la mention "Ceci n'est pas une norme". Les choses, qu'elles soient de texture matérielle ou idéelle, ne doivent pas être confondues avec les représentations que nous en donnons. Les normes ne sont ni les signes scripturaux perceptibles, ni le texte révélé par le premier déchiffrement qu'est la lecture; elles sont le sens du texte, la pensée codée en lui et dégagée par un second déchiffrement, correspondant à la compréhension du texte, à la saisie de ce qu'il veut signifier à notre esprit. Si les normes étaient le texte lui-même, comme le prétendent certains, il n'y aurait pas lieu à interprétation ou exégèse. Ces particularités n'enlèvent, en tous cas, rien à la similitude profonde de ces outils mentaux avec les outils du monde physique, ni à l'importance considérable du rôle qu'ils jouent en tant que tels dans les sociétés humaines à côté de ceux-ci.

Je veux maintenant souligner la valeur heuristique qui s'attache à cette double découverte que je viens d'évoquer: la chosité et, plus précisément, l'essence technique des règles permettent de mettre sur les bonnes voies la suite du processus d'élucidation de l'ontologie des règles juridiques. Un outil, en effet, c'est un quelque chose *qui sert* à, auquel une intention humaine sous-jacente inapparente, transcendante à sa substance, a imparti une certaine vocation instrumentale, qu'elle a affecté à rendre certains services particuliers; comme dit Heidegger, tout outil est "outil pour". C'est cet être *pour*, le ce à quoi il est destiné à servir, son utilité, qui constitue l'essence de l'outil; c'est ce qui permet d'identifier une chose comme un outil d'un certain type. Par exemple, un cendrier est un outil pour recueillir les cendres des fumeurs, un parapluie est un outil pour se protéger de la pluie, etc. En conséquence, après avoir aperçu que les règles sont des outils, les bonnes questions à se poser sont celles-ci: "À quoi ça sert? Comment ça fonctionne?". C'est dans cette direction qu'il faut résolument orienter la recherche: se focaliser sur la substance des règles, essayer de découvrir dans la teneur ou contenu des règles leur nature même de règles, revient à se fourvoyer complètement, à s'engager sur des voies de garage qui ne mènent nulle part. La lumière se trouve du côté de l'arrière-plan intentionnel qui sous-tend ces outils.

Je propose ici à nouveau d'aller pas à pas, du général au particulier, de passer progressivement du concept générique de règle au concept particulier de règle juridique.

À quoi servent, tout d'abord, les règles en général? Quel est le dénominateur commun des services rendus par toutes les règles de toutes sortes? Leur fonction commune est de servir d'étalons, de *mesures*: dans l'expérience juridique on dit bien "prendre des mesures" lorsque l'on adopte des règles; *adottare misure*, dit-on pareillement en italien. Les règles entrent ainsi – devraient entrer – dans le champ de la *métrologie* ou théorie de la mesure, bien que celle-ci soit en pratique quasi-exclusivement centrée sur les outils matériels de mesure.

Plus précisément, et c'est là que réside leur trait typique le plus essentiel, il s'agit d'outils de référence donnant la mesure du possible: une règle, c'est très exactement un fixateur de la marge ou degré de possibilité pour certaines choses d'avoir lieu, de survenir. À cet égard, on retrouve à l'œuvre dans toutes les règles, de quelque sorte qu'elles soient, les trois grands degrés que comporte l'échelle bipolaire du possible: le degré maximum de possibilité (100%, qui est en même temps à l'inverse, de l'autre bout de l'échelle, le degré 0 d'impossibilité), c'est

l'obligation ou nécessité absolue d'avoir lieu; le degré minimum (0%, qui est aussi le degré de 100% d'impossibilité), c'est la non-possibilité absolue d'avoir lieu; et le degré intermédiaire (entre 100% et 0% de possibilité, et corrélativement entre 0% et 100% d'impossibilité), c'est à la fois la possibilité d'avoir lieu ou de ne pas avoir lieu. Cette marge intermédiaire est elle-même quantifiée dans le cas des règles dites probabilistes, qui indiquent des sous-degrés de possibilité, et corrélativement de non-possibilité, d'avoir lieu compris entre 0% et 100%. Il y a, on le voit, de la mathématique dans toute règle, pas seulement dans les lois scientifiques mais aussi dans les règles éthiques et juridiques.

Plus précisément encore, les règles appartiennent à la catégorie qualifiée en métrologie "étalons de capacité": à la différence des étalons concrets (tels que, par exemple, les prototypes industriels ou les appartements-témoins) qui doivent être reproduits à l'identique par les choses qu'on y rapporte, les étalons de capacité correspondent à des formes qui doivent être exactement remplies, épousées, par les choses avec lesquelles elles sont corrélées. C'est le cas, dans le monde sensible, des "formes" – comme on les appelle précisément – utilisées par les chapeliers et les bottiers et qui leur donnent la mesure des chapeaux et chaussures à confectionner, ou encore des "patrons" qui indiquent aux tailleurs la mesure des vêtements à couper; c'est aussi le cas des récipients comme les pintes ou les barils qui donnent la mesure de certaines quantités standard de liquides ou de grains commercialisées; mais c'est également le cas des règles-outils matériels qui permettent d'attribuer la valeur de droiture aux lignes qui se tiennent à l'intérieur de leur marge, qui épousent exactement la forme de leur bordure. Justement, si on est passé, par dérivation métaphorique, de ces outils physiques aux règles-outils mentaux, c'est parce que ces dernières sont des étalons fondamentalement du même type, fonctionnant selon le même principe, mais qui opèrent sur le plan de l'intelligible et ont la nature de formes à remplir logiques et non matérielles: elles fixent les marges du possible à l'intérieur desquelles doivent se tenir les survenances des choses concernées, en particulier s'agissant des règles éthiques les conduites humaines qu'elles visent. Comme pour les autres étalons de capacité, le rapport de conformité des survenances ou avoir lieu aux étalons-règles n'est pas un rapport d'identité, mais de correspondance, d'accordance, d'exact remplissement; le terme *conforme* dénote littéralement un accord avec une forme. Une conduite conforme à une règle, ce n'est pas une conduite identique à une règle, ce qui n'a strictement aucun sens: c'est une conduite qui rentre dans la marge de possibilité fixée par la règle, qui ne s'écarte pas de cette marge, ni en deçà par manquement, ni au-delà par excès.

- 1.2.2.** Des règles en général, je descends maintenant à un premier niveau de concrétisation ou particularisation. À l'intérieur du genre "règles", en effet, on doit distinguer deux grandes variétés ou sous-catégories: les règles éthiques ou règles de conduite, que j'appellerai ici "règles pratiques", et les règles théoriques, connues plus couramment sous l'appellation "lois scientifiques". On répugne traditionnellement à parler de "règles" à propos des lois scientifiques et à les faire entrer dans la même famille générale que les règles de conduite; il est d'usage de les assimiler à du simple discours prévisionnel, à de simples assertions conjecturales, hypothétiques. Il s'agit bien pourtant de deux espèces de *règles*, qui se situent sur un même arbre généalogique comme deux rameaux distincts se développant en prolongement d'un tronc commun. Elles fixent bien les unes et les autres, et c'est en ce sens qu'elles sont des règles, la mesure de la possibilité pour certaines choses d'avoir lieu. Mais elles se différencient par la vocation instrumentale plus spécifique, plus pointue, qui leur est respectivement assignée.

Les règles pratiques, ainsi que l'indique ce qualificatif, sont des outils pour l'action des hommes, pour leur action créatrice, "fabricatrice". À l'image des réglettes et équerres matérielles qui ont pour fonction fondamentale de permettre à leurs utilisateurs de tracer

des lignes droites ou des lignes en angle droit, de servir de supports de référence guidant leur main dans la réalisation de ces tracés, les règles de conduite servent à guider ceux à qui elles sont destinées dans la fabrication de leur agir, de leurs faits et gestes: elles leur indiquent ce qu'ils peuvent, ne peuvent pas ou doivent accomplir, faire survenir (permissions, interdictions, obligations). Elles servent à diriger leur conduite d'eux-mêmes, à encadrer les déterminations de leur volonté. Leur caractéristique est d'être des règles "à suivre", "à observer", par leurs destinataires.

Ces règles pratiques, pour l'agir humain, se distinguent des lois scientifiques ou règles théoriques, qui sont aussi des outils et non de la pensée assertée susceptible d'être dite vraie ou fausse, des outils pour l'entendement et non pour l'action. Elles ont pour vocation instrumentale spécifique d'éclairer, de guider notre intelligence, de lui servir à se repérer dans l'écheveau complexe des productions du réel en lui indiquant les marges ou degrés de la possibilité d'avoir lieu des différents types de phénomènes en fonction des données circonstancielles: "dans telles circonstances, tel type de phénomènes doit, ne peut pas ou peut – ou encore, dans le cas des lois probabilistes, a tant de chances de – se produire".

De cette différence de vocation instrumentale spécifique découle la conséquence suivante: lorsqu'il y a discordance entre une règle pratique et la conduite effective de son destinataire, ce dernier apparaît être en faute, il ne s'est pas comporté comme il aurait dû selon la règle qu'il avait à observer; sa conduite se montre entachée d'invalidité au regard de cette règle. Par contre, lorsqu'il y a discordance entre une règle théorique et ce qui se produit réellement, la réalité ne s'affiche pas frappée d'invalidité: la nature n'avait pas à se conformer à la loi scientifique en cause; c'est celle-ci qui se trouve disqualifiée, qui apparaît dépourvue de valeur pragmatique, inapte à rendre les services qu'on en attend, inapte à permettre de se repérer efficacement.

Si l'on veut descendre à un second niveau de concrétisation et déterminer les traits typiques qui singularisent les règles *juridiques* par rapport aux autres règles éthiques ou pratiques, c'est une erreur de centrer cette recherche, ainsi qu'on le fait couramment, sur la substance ou teneur des règles, sur les dispositions dont elles sont faites. Il est ainsi prétendu que les règles juridiques se distingueraient par le contenu matériel caractéristique de leurs dispositions, un contenu sanctionnateur, assortissant certaines conduites de sanctions, spécialement de sanctions physiques, corporelles ou patrimoniales; ou encore, elles se distingueraient par la structure formelle caractéristique de leurs dispositions, notamment une structure de type hypothétique ou conditionnelle: "si..., alors...". Toutes ces démarches apparaissent par avance parfaitement vaines, pour la bonne raison que je peux moi-même imaginer toutes sortes de dispositions normatives présentant les caractéristiques alléguées, ou n'importe quelles autres d'ailleurs: elles n'apparaîtront pas juridiques pour autant et personne ne me considèrera sérieusement comme un créateur ou découvreur de droit! C'est par sa fonction qu'un outil se définit, et en toute logique c'est aussi par des particularités fonctionnelles qu'un outil se distingue des autres outils rentrant dans une même catégorie générale que lui et qu'il correspond à une catégorie plus spéciale d'outils.

En l'occurrence, les règles juridiques se différencient des autres règles pratiques en ce qu'elles ne servent pas seulement à diriger les conduites humaines, mais à diriger plus particulièrement les *peuples humains*, les conduites d'hommes vivant en population. L'être humain est par nature un être social (*zôon politikon*, comme disait Aristote), un être qui ne vit pas isolé; il fait naturellement partie de peuples, de formations collectives amenées spontanément à se structurer, à se différencier en gouvernants et gouvernés et à constituer ainsi des sociétés politiques. C'est précisément au moyen des règles de droit qu'ils édictent que les dirigeants ou gouvernants publics, placés à la tête des peuples humains, assument leur

1.2.3.

fonction de direction ou gouvernance. Dirigeant public, je le rappelle, signifie littéralement “dirigeant de peuple”, – *publicus* en latin c’est originairement l’adjectif de *populus*: ce qui est public, c’est ce qui est relatif à un peuple. Les règles juridiques s’inscrivent en ce sens dans l’exercice du pouvoir public et servent à gouverner les peuples humains, en donnant à chacun la mesure de ses possibilités d’agir, en délimitant de manière coordonnée, dans une perspective synchronique ou combinatoire, les espaces respectifs de liberté d’agir de chacun. Voilà très exactement en quoi consiste la singularité des règles juridiques. Tel était bien, du reste, le sens originaire du *jus* et des *jura* dans la langue latine; et c’est également ce qu’exprime la célèbre formule des *Institutes* de Justinien: “*suum cuique tribuere*”, attribuer à chacun le sien. Les règles juridiques se distinguent des autres règles éthiques en tant qu’outils de direction publique des conduites. Il s’agit d’un outillage qui a partie liée avec la vie en peuple, ainsi que le souligne un autre éclairant aphorisme romain bien connu: “*ubi societas, ibi jus*”.

### 2. Mes vues sur les actes normatifs juridiques

Le droit, tel qu’il est expérimenté dans les sociétés humaines, n’est pas un droit à l’état pur, éthéré, mais un droit *positif*, “posé” ou “édicte”. L’expérience juridique ne se développe pas uniquement au moyen de règles ou normes, mais aussi par le biais d’actes accomplis par les dirigeants publics en vue de faire entrer ces normes en action, en application, – ce qu’on appelle couramment des “actes normatifs” ou “normateurs”. On a généralement une vue assez brouillée, approximative, insuffisamment approfondie de ces actes. Je voudrais évoquer ici, au moins brièvement, les traits les plus essentiels qui les caractérisent à mes yeux: ce sont, d’une part, des actes d’autorité, qui ont, d’autre part, la nature d’actes mentaux.

- 2.1. Des actes d’autorité, tout d’abord: c’est un aspect dont la théorie positiviste du droit, Kelsen en tête, a eu beaucoup de mal à rendre compte. Les actes normatifs seraient des actes d’édiction de normes au sens d’actes de *dire* des normes, d’émettre ou communiquer verbalement des normes: c’est à cela que correspondrait l’antique formule romaine “*jus dicere*”. Il a fallu attendre la théorie austinienne des actes de langage pour y voir plus clair et prendre pleinement conscience qu’on se trouve en présence, non pas simplement de paroles proférées, mais d’actes sociaux accomplis à l’aide de paroles proférées, et plus précisément d’actes d’autorité, d’actes de commandement manifestés verbalement par des dirigeants à l’adresse de dirigés. C’est le sens authentique qu’avaient, d’ailleurs, dans l’expérience juridique romaine les formules “*jus dicere*” et “*jurisdictio*”: édicter du droit, *jus dicere*, ce n’est pas exprimer des dispositions normatives, mais exercer une fonction de commandement, décider impérativement de ce qui revient à chacun, accomplir des actes d’autorité. On comprend mieux par là la différence, qui a causé beaucoup de souci aux positivistes, entre le législateur et ceux qui “disent” les mêmes choses que lui, qui répètent les dispositions qu’il a édictées, mais qui ce faisant ne sont pas du tout assimilables à des législateurs: c’est qu’ils exercent, à travers ce qu’ils disent, des fonctions sociales, non pas de commandement, mais d’information ou d’étude, comme c’est le cas du tambour de ville à l’égard de la population locale ou du conseil juridique à l’égard de ses clients.

Il faut surtout souligner, par ailleurs, qu’en ramenant les actes normatifs à des actes de dire des normes, on les réduit du même coup à un seul et même type d’actes, de structure identique, de constitution uniforme; or les actes d’autorité dont il s’agit sont, au contraire, de nature très variée. Schématiquement, je propose d’introduire parmi eux une double distinction.

- 2.1. Première distinction: les actes de mise en vigueur et les actes de mise hors vigueur de règles. Sous ce même concept d’actes d’édiction de normes, la théorie du droit range synchrétiquement



deux sortes d'actes tout à fait différents et qu'on ne doit justement pas confondre. Une partie de ces actes consiste bien à établir officiellement dans un certain espace social des normes à respecter, à les mettre autoritairement en vigueur, à les faire entrer d'office en service, en état d'applicabilité, c'est-à-dire en état d'être obligatoirement à appliquer. Ce qui ne veut pas dire, du reste, que ces règles seront immédiatement applicables dès l'accomplissement de l'acte, dès son prononcé ou sa signature: le plus souvent, on le sait, la réglementation juridique prévoit des mesures de publicité et des délais avant que l'acte produise tous ses effets et que son dispositif devienne effectivement applicable; l'acte lui-même peut aussi contenir, le cas échéant, des dispositions spéciales relatives à l'entrée en vigueur effective de tout ou partie de ses autres dispositions.

On range également sous l'étiquette "actes d'édiction ou position de normes", à côté des actes de mise en vigueur de règles, des actes en réalité contraires, des actes de mise hors vigueur, hors service, temporairement ou définitivement: des actes suspendant l'applicabilité de normes antérieurement édictées, ou bien des actes annulant *ab initio* ou abrogeant sans effet rétroactif, en tout ou partie, des édictions antérieures de règles; à quoi il faut ajouter les actes de modification de réglementations antérieurement mises en vigueur, actes réalisant à la fois une mise hors vigueur des dispositions en cause dans leur teneur initiale et une mise en vigueur d'un dispositif nouveau dans la teneur résultant de la modification apportée. En baptisant aussi ces actes d'actes d'édiction de règles, on est amené à des analyses totalement extravagantes, comme on le voit notamment chez Kelsen: les actes d'annulation de normes seraient en réalité, nous dit-il, des actes d'édiction de normes d'un type spécial, des "normes négatives", des "normes d'annulation de normes"; on serait en présence d'un "législateur négatif", accomplissant des "actes de législation négative". Tout cela est pur verbiage et pervertit jusqu'à l'idée même des règles de conduite en impliquant qu'elles pourraient régir, non pas seulement des conduites humaines, mais des règles, qu'elles pourraient être par elles-mêmes directement en prise sur d'autres règles, être des règles de règles! Il convient, en réalité, de bien prendre conscience que la fonction de commandement ne consiste pas uniquement à édicter, à faire entrer en vigueur des règles, mais plutôt à moduler à l'adresse des dirigés le champ ou tissu de règles en vigueur, qu'ils ont à observer; cette modulation ne se réduit pas à un accroissement continu; les actes d'autorité déployés procèdent à des aménagements et ajustements de la réglementation bien plus nuancés.

Une seconde distinction doit être opérée au sein des actes d'autorité accomplis par les dirigeants publics. À côté des actes de mise en vigueur ou hors vigueur de normes, ces dirigeants exécutent une autre variété d'actes juridiques, qui correspond à ce que les théoriciens des actes de langage qualifient d' "actes déclaratifs", comme par exemple les actes par lesquels le président d'une assemblée déclare la séance "ouverte" ou "levée", ou par lesquels dans une vente aux enchères le commissaire-priseur déclare un objet "adjugé", ou encore par lesquels les dirigeants d'un club déclarent admise ou, au contraire, exclue telle ou telle personne. Des actes déclaratifs du même type sont fort nombreux dans le champ juridique de la part des autorités publiques, même s'ils ont peu retenu l'attention des théoriciens du droit (comme Herbert Hart, par exemple, avec son concept *d'ascription*): actes de déclaration de guerre, ou d'état de siège, d'état d'urgence, d'état de catastrophe nationale; actes de déclaration de conformité ou de non-conformité d'un acte juridique à la Constitution ou à la loi; actes divers portant classement ou déclasserement, inscription ou radiation (d'une personne, d'un bien, d'un site, etc.); actes de nomination ou de révocation, de naturalisation ou de retrait de la nationalité; actes portant approbation ou acceptation, actes portant rejet ou refus; etc.

Ces actes déclaratifs ne consistent pas à instituer ou destituer, retirer, des normes; leur dénominateur commun est de mettre en activité ou, au contraire, en sommeil des régimes

### 2.1.2.

ou statuts prédéterminés par la réglementation en vigueur. Il est fréquent, en effet, que la réglementation subordonne le déclenchement, le maintien ou la cessation du jeu des régimes qu'elle fixe à une formalité verbale, à un acte de parole, et notamment – ce qui nous intéresse ici – 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.

Bien que se distinguant des actes de mise en vigueur ou hors vigueur de normes, ces actes déclaratifs sont en pratique très généralement confondus avec eux. On y est incité, il est vrai, par le fait qu'il s'agit d'actes d'autorité par lesquels, en définitive, les pouvoirs publics dirigent pareillement les conduites, sont en prise sur elles: on ne perçoit pas, parce que c'est sans grand intérêt pratique, la différence entre mettre impérativement en service une nouvelle réglementation à respecter et faire entrer en activité et obliger à s'y conformer désormais des régimes ou statuts préfixés par la réglementation en vigueur; c'est toujours une fonction de commandement qui est ainsi exercée et pour les intéressés le résultat est strictement le même. Souvent, en outre, le même acte, la même loi, le même décret contient à la fois des dispositions déclaratives et des dispositions prescriptives de normes.

- 2.2. Les actes normatifs sont des actes d'autorité, mais ils sont aussi, en second lieu, des actes mentaux. Par les paroles écrites ou orales qu'il émet, le locuteur transmet, à ceux à qui il s'adresse, un acte que son esprit accomplit à leur égard. À côté de nos actions physiques comme marcher, fumer ou couper du bois, nous accomplissons couramment dans nos relations intersubjectives des actes mentaux, des actes qui se déploient dans le monde intelligible, et non dans le monde sensible, par le canal des circuits mentaux du locuteur et des adressataires: des actes tels que des demandes, des exhortations, des avertissements, des défis, des menaces, des promesses, etc. Il s'agit littéralement d'*actes dits*, d'actes de l'esprit *montrés par la parole*. Bien que mentaux, bien qu'agissements de l'esprit, ces actes n'en sont pas moins dans leur essence des actes authentiques, c'est-à-dire des initiations ou provocations de choses dans le cours du réel, des productions ou engendremens intentionnels d'effets, amenant – poussant – certaines choses à survenir, à avoir lieu, en l'occurrence dans le contexte social environnant: c'est cette idée d'être moteur ou instigateur d'un quelque chose qu'exprime originairement le verbe latin *agere*, "pousser devant soi", "faire sortir", et par suite "être l'auteur de..." (*augere*, *auctor*, *auctoritas*, sont des dérivés de *agere*). Les actes mentaux, à l'instar des actes physiques, sont des agissements sur la réalité qui nous sont imputables, des interventions de notre propre fait sur l'état des choses du monde.

Mais les actes d'autorité présentent, parmi les autres actes mentaux, une particularité remarquable: ils sont, pour ainsi dire, doublement mentaux, mentaux à un double égard. Par ses paroles, en effet, le dirigeant communique aux dirigés – à leur esprit – un acte mental leur enjoignant de respecter des règles, c'est-à-dire aussi des objets mentaux dont il fixe lui-même la teneur ou auxquels il renvoie (dans le cas des actes déclaratifs). L'étymologie est, à nouveau, très édifiante: *commander* dérive de l'ancienne expression latine *manum dare*, "mettre en mains", "donner", d'où sont issus par contraction les verbes *mandare* et *commandare*. Commander, c'est littéralement donner aux adressataires des règles à observer, les leur mettre en mains pour qu'ils y ajustent leur conduite. Tout se passe ainsi d'esprit à esprit: l'esprit du dirigeant agit sur l'esprit du dirigé en vue de l'amener à initier lui-même, de l'intérieur, des comportements conformes aux règles qui lui sont données à observer.

3. Il est plus que temps pour moi de conclure. Transgressant les usages académiques les mieux établis, c'est dans cette partie finale de mon propos, et non dans l'introduction, que j'ai choisi

de m'expliquer sur le titre que j'ai donné à mon rapport: "Comment je vois le monde du droit". Ce clin d'œil au célèbre ouvrage d'Albert Einstein ne procède pas, de ma part, d'un excès d'immodestie, de la prétention dérisoire de me comparer à l'illustre physicien et penseur. C'est un tout autre parallèle que j'ai voulu évoquer. Il y a toujours eu une fascination exercée sur nous par le monde extérieur, l'univers physique, par la déconcertante étrangeté, le mystère et l'infinie poésie qu'il offre à notre regard naïf, débarrassé de nos préoccupations et de nos œillères du quotidien; Einstein s'en fait magistralement l'écho dans son livre, à la fois ébloui par la beauté du "mystère des choses" et profondément étonné, nous dit-il, que "le monde soit compréhensible". Mais c'est une semblable fascination que devrait, je crois, exercer sur nous l'univers intérieur – plus discret il est vrai – des choses de l'esprit, et tout particulièrement, quand on prend la peine de s'y arrêter et d'y poser un regard naïf, le monde de l'expérience juridique des hommes. Il s'agit pareillement, même si l'on n'y prête guère attention, d'un monde étrange, mystérieux et poétique; on y aperçoit toute une ingénierie souterraine, invisible et silencieuse, à l'œuvre pour réguler les sociétés humaines au travers d'outils et d'actes mentaux opérant en nous-mêmes, sans jamais sortir de nous: les signaux verbaux échangés et les comportements extérieurs, les gesticulations en tous genres, induits par cette ingénierie ne sont, si l'on ose dire, que la partie visible, émergée, de l'iceberg enfoui dans les profondeurs de nous-mêmes. Cette manière, qui nous est propre, d'être au monde et de vivre avec nos congénères devrait nous surprendre bien davantage que toutes les fictions les plus inventives, les plus débridées, produites par notre imagination.

Le plus étonnant peut-être, c'est que cette expérience d'ingénierie sociale soit possible et fonctionne tant bien que mal en dépit de la cacophonie, des divergences de décodage que risque d'engendrer cette circulation indirecte des outils juridiques, en dépit aussi du paradoxe sur lequel repose en fin de compte le principe de l'autorité sur des êtres dotés de la faculté particulière et irréductible de s'autodéterminer, de se conduire du dedans d'eux-mêmes: pour que le dirigeant puisse diriger de l'extérieur la conduite du dirigé, encore faut-il que ce dernier consente à se laisser diriger et à prêter l'oreille, à "obéir" (*ob-audire*) aux règles qui lui sont prescrites; l'autorité du dirigeant passe toute entière par le sas de la volonté du dirigé, le recours à la violence n'est lui-même qu'une sollicitation de l'assentiment du dirigé. Tout cela est, à mes yeux, aussi fascinant et énigmatique que le monde quantique ou cosmique.