

RESUME. — Le droit est un langage qui « dispose » : il déclare ce qui est et, par cette déclaration, le fait être. En philosophie du droit, cette perception des choses juridiques ouvre sur d'importantes réévaluations et de nouveaux concepts d'investigation.

Mots-clés : Énoncés juridiques – caractère déclaratif – caractère performatif – le juridique comme être – théorie du glaive

ABSTRACT. — Law is a language that “disposes”: it states what is and, by this very statement, bring it into being. In jurisprudence, this way of perceiving legal matters opens up the way to essential reassessments and new fields research.

Keywords: Legal statements – declarative characteristic – performative characteristic – legal as being - sword's theory

Trancher. Une sémantique de l'acte de juger

Alain SERIAUX

Professeur à l'Université Via Domitia (Perpignan)

1 – Il faut, ici, partir d'une évidence : le droit appartient à l'ordre du discours. « Le discours, note Aristote, sert à exprimer l'utile et le nuisible, et, par suite aussi, le juste et l'injuste »¹. Mais il s'agit là de bien plus qu'une vocation instrumentale. Le droit, et pas seulement la science du droit, *est* discours. Entre le très ancien droit formulaire des Romains² et les réalités juridiques modernes, il n'existe sur ce point aucune différence notable. « Ce n'est pas le faire mais le prononcer qui est constitutif du droit. [...] En d'autres termes, le fait de dire le droit est inhérent au droit ; le *ius* se manifeste toujours comme dit, formulant le réel », a-t-on justement écrit³.

2 – C'est d'abord vrai du droit dit naturel. Si une tradition plus que bimillénaire veut que le droit se trouve aussi dans la nature physique, assurément il ne s'y trouve pas tel quel. Le livre de la nature demeure hermétiquement clos à qui ne sait pas en comprendre le langage et c'est dans ce *logos* immanent aux choses que le droit naturel puise en définitive la justification de son existence. Il en va de même pour le droit positif. Sa « positivité », il ne la tient pas du seul fait brut d'être accessible aux sens. Le droit ne peut être vu, entendu ou touché, si ce n'est avec le « regard », l'« oreille » ou le « tact » de l'intellect, car c'est au travers de mots qu'il s'énonce. Le droit est ainsi, partout et toujours, un fait de langage.

3 – Les modes d'expression du droit sont multiformes. Certains se logent dans une matière et le langage qu'ils emploient relève alors du symbole : une borne, des haies, la main du gendarme, les panneaux de signalisation routière, la robe du magistrat indiquent, selon les cas, la propriété d'autrui dans laquelle

1 *Politique*, I, 2. En dépit de son projet anti-aristotélicien, Hobbes (*Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État civil et chrétien*, I, 4) fait la même remarque : « L'invention la plus sublime et la plus nécessaire entre toutes reste celle de la PAROLE [...] par quoi les humains fixent leurs pensées [...], et aussi les exposent aux uns et aux autres pour leur utilité mutuelle et la discussion, sans quoi il n'y aurait pas plus de république, de société, de contrat, de paix parmi le genre humain que parmi les lions, les ours et les loups. »

2 Dans ses recherches linguistiques sur les institutions indo-européennes, Émile Benveniste insiste sur le fait que le grec *dikè* a originellement le sens de « montrer verbalement » (*Le Vocabulaire des institutions indo-européennes*, 2. *Pouvoir, droit, religion*, éd. de Minuit, 1969, p. 108). Dès lors, « rendre la justice n'est pas une opération intellectuelle qui exigerait méditation ou discussion. On se transmet des formules qui conviennent à des cas déterminés, et le rôle du juge est de les posséder et de les appliquer » (*ibid.*, p. 109-110). Le latin *ius* a un sens comparable (*ibid.*, p. 114) et le verbe *iurare* signifie quelque chose comme répéter une formule, « prononcer le *ius* » (*ibid.*, p. 118).

3 G. Pieri, « *Ius et iurisprudentia* », *Arch. phil. droit*, t. 30, 1985, p. 56-57.

il n'est pas permis de pénétrer, l'obligation de s'arrêter, la déférence due aux ministres de la justice, etc⁴. L'on peut en dire à peu près autant du droit coutumier. Les coutumes, Thomas d'Aquin l'a bien vu, sont des faits qui parlent d'eux-mêmes : « De même que la raison et la volonté de l'homme se manifestent par la parole pour les choses à faire, ainsi également se manifestent-elles par des actes ; chacun, en effet, semble choisir comme un bien ce qu'il réalise par ses œuvres. [Dès lors] par les actes extérieurs multipliés, on exprime de façon très efficace et le mouvement intérieur de la volonté et la conception de la raison : car, enfin, quand un acte se répète un grand nombre de fois, cela paraît bien émaner d'un jugement délibéré de la raison »⁵. N'est-ce point là le secret de cette *opinio necessitatis*, sur laquelle les juristes fondent le pouvoir d'obliger du droit coutumier ?

4 – D'autres formes d'expression, les plus nombreuses ou en tout cas les plus visibles, supposent un discours davantage élaboré. Les sociétés traditionnelles transmettent le droit de bouche à oreille et, si elles emploient l'écriture, c'est sous la forme d'inscriptions gravées à la main sur des tables de pierre ou des parchemins. Les sociétés modernes ont de préférence recours à l'écrit imprimé dans des codes ou autres recueils, officiels ou officieux, de lois ou de jurisprudence. Même en leur sein, les modes de signification peuvent encore varier. Alors qu'en gros les systèmes dits romano-germaniques ont, depuis le Moyen âge, misés sur la loi, ceux du monde anglo-américain attachent au contraire une importance décisive au droit d'origine prétorienne. Oraux ou écrits, toutes les sociétés connaissent aussi des modes d'expression juridique d'origine privée. Contrats, testaments, promesses de toutes sortes par lesquelles une ou plusieurs personnes engagent leurs biens ou leurs personnes pour un avenir proche ou lointain, en constituent autant d'exemples caractéristiques. Leurs formes ont varié dans le temps ; elles ne sont pas non plus partout les mêmes. Mais elles constituent traditionnellement des hauts-lieux de l'activité juridique, où se manifestent à la fois la libre créativité des gouvernés et la prudence politique de gouvernants qui, d'une part, ne sauraient, par leurs lois, exercer un contrôle trop strict sur la formation de ces actes juridiques et, d'autre part, doivent veiller avec soin à leur exécution ponctuelle par les personnes qui se sont ainsi obligées.

5 – Parmi tous les discours sur ce qui est droit, celui du juge peut être pris pour modèle. L'activité propre du juge a toujours été la juridiction – celle-là même qui consiste à dire le droit (*iuris dictio*). Aristote n'hésite pas à voir en lui une sorte de « justice incarnée »⁶. Seraient-elles prépondérantes dans une société déterminée, toutes les autres « sources » du droit sont susceptibles d'être passées au crible de la raison judiciaire. Lois, coutumes, contrats, testaments, peuvent bien s'imposer en tant que tels par la volonté de ceux qui les ont faits, mais il leur faut tôt ou tard, en cas de litige, voir leur portée réelle soumise à l'interprétation des juges. Ne peut-on en dire autant du droit naturel ? À travers la recherche de ce qui est équitable ou raisonnable dans le

4 Voir : J.-P. Gridel, *Le Signe et le droit. Les bornes, les uniformes, la signalisation routière et autres*, Bibl. dr. privé, t. 157, LGDJ, 1979, préf. J. Carbonnier.

5 *Somme théologique*, Ia-IIae, q. 97, art. 3.

6 *Éthique à Nicomaque*, V, 4 : « Lorsque quelque différend se produit entre les hommes, ils ont recours au juge. Aller trouver celui-ci, c'est aller devant la justice, car le juge entend être, pour ainsi dire, la justice incarnée. »

cas qui lui est soumis, tout juge devient, dans une large mesure, l'interprète autorisé de ce qui correspond à la « nature des choses ». L'objection selon laquelle l'activité judiciaire ne nous livre du droit que son aspect pathologique ne paraît guère recevable. Saisi d'un litige, le juge énonce le droit tel qu'il est, afin de déterminer dans quelle mesure il a été enfreint. « S'il n'y avait pas d'injustice, on ignorerait jusqu'au nom même de la justice », observait Héraclite⁷. Le droit est donc « ce qu'approuve le juge »⁸, non qu'il ne puisse se tromper, mais parce que, tout bonnement, l'activité même du juge est de dire le droit entre les justiciables.

6 – Tout juge est un répartiteur : il fait des parts et les attribue aux parties en litige⁹. Une chose – l'objet du litige – se trouve revendiquée par chacun des adversaires et c'est l'affaire du juge que de l'attribuer à l'un plutôt qu'à l'autre ou pour partie à l'un, pour partie à l'autre. Dans nos sentences modernes, cet acte de répartition se trouve tout entier concentré dans cette partie finale d'un jugement que l'on nomme le dispositif. L'autre partie, les motifs, où le juge rappelle les circonstances du litige, détermine les prétentions des parties et formule ses propres considérations juridiques, importe paradoxalement beaucoup moins. Une sentence resterait une sentence même si elle n'était pas motivée¹⁰. Que serait, en revanche, un arrêt qui n'arrêterait rien ? Juger, c'est disposer : dans les dispositions du juge se loge la quintessence du jugement. Le juge n'est pas seul à procéder ainsi. Des lois, on dit qu'elles disposent, qu'elles contiennent une ou plusieurs dispositions ou mettent en place un dispositif. Sont encore qualifiés d'actes de disposition les contrats dont l'objet est de répartir à nouveaux frais, entre les cocontractants, la propriété de leurs biens. Il en va de même pour cet acte de législation privée qu'est un testament, dont les dispositions (les clauses qu'il contient) ont d'ailleurs pour objet principal de permettre au testateur de disposer de ses biens pour le temps où il ne sera plus. « Disposer » est l'acte même du droit. Les dispositions, qui sont à la fois l'expression et le résultat de cette activité, récapitulent en elles tout le contenu

⁷ *Fragments*, 23.

⁸ A. d'Ors, *Une introduction à l'étude du droit*, PU Aix-Marseille, 2e éd., 2001, n° 10. Voir aussi : « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1989, vol. 10, p. 51 s.

⁹ Il s'agit là d'une typique opération de distribution, qui relève à ce titre de la justice distributive. Cf. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, IIa-IIae, q. 63, art. 4, ad. 1, qui observe qu'un juge peut sans doute être amené à statuer sur des questions relevant de la justice commutative, mais que formellement, « même dans le domaine propre de la justice commutative, [il] ôte à l'un ce qu'il donne à l'autre, et cet acte relève de la justice distributive ».

¹⁰ De fait, la nécessité d'une motivation des décisions de justice ne s'est imposée que fort tard, dans le souci de contrôler le bien-fondé des sentences rendues par les juges. Cette exigence suppose un net recul de l'autorité des magistrats, qui ne sont plus considérés comme des dieux, mais comme des hommes faillibles. Chez nous, les lois se passent davantage d'un exposé des motifs et le caractère laconique des arrêts que rend notre Cour de cassation tient en réalité au fait que, constitutionnellement placée plus près de la loi, dont elle fournit l'interprétation authentique, elle participe davantage de l'autorité de celle-ci. L'intérêt pour la motivation a aussi un caractère scientifique. Pour ceux qui étudient le droit, il est bon de connaître les raisons du juge : pour se former, pour les approuver ou pour les critiquer. Le reproche d'une motivation insuffisante, souvent adressé à la Cour de cassation, a donc une portée à la fois politique et scientifique. Pour une histoire, limitée à la France, de la motivation des actes juridictionnels : P. Texier, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La Motivation*, Travaux de l'Ass. Henri Capitant, Journées nationales, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 5 s.

juridique d'un document quelconque, qu'il soit oral ou écrit, légal ou coutumier, public ou privé.

7 – Le juge qui tranche un litige quelconque réalise une opération complexe par laquelle il met tout à la fois un terme au conflit, précise quelle est désormais la position respective des parties et attribue à chacune ce qui lui revient. Il s'agit là, certainement, d'une mission pacificatrice ; mais elle ne se conçoit que dans et par l'acte de dire le droit. Cet acte peut être décrit par deux traits. Il a tout d'abord un caractère *déclaratif*. Dans son dispositif, le juge n'impose rien : il déclare ce qui revient à chacun. La question de savoir si son jugement sera ou non suivi d'effets, si la partie condamnée déférera ou non à sa condamnation, n'importe pas à ce stade ; elle ne constitue nullement une condition de la validité du jugement. Mais, simultanément, cette déclaration possède une dimension qui dépasse largement la simple imposition d'un comportement aux justiciables : elle est constitutive d'une réalité nouvelle. Par son dispositif, le juge établit les justiciables dans leurs droits et dans leurs devoirs respectifs. Sa déclaration dit ce qu'elle fait et le fait en le disant ; elle a, en d'autres termes, un caractère *performatif*. Approfondir ces deux caractères, n'est-ce pas se donner le moyen de dégager, au sein de tout énoncé juridique, ce qui en constitue l'irréductible essence ? C'est là ce que, chemin faisant, nous tâcherons de montrer.

I. – LE CARACTERE DECLARATIF DES ENONCES JURIDIQUES

8 – Il est assez classique de nos jours de présenter l'intervention du juge en deux propositions complémentaires empruntées à la glose médiévale : « *Da mihi factum, dabo tibi ius* », « donne-moi les faits, je te donnerai le droit ». Les faits – ces circonstances qui ont donné lieu au litige – sont ici l'affaire des justiciables, qui doivent les prouver ; dire le droit appartient en revanche au juge, chargé de trancher le litige. Quelque chose de cette division subsiste, on le sait, dans notre actuel Code procédure civile qui, d'un côté, paraît réduire l'activité des parties à la preuve des faits allégués à l'appui de leurs prétentions (art. 6) et, d'un autre côté, donne pour tâche principale au juge de « trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » (art. 12, al. 1^{er}). Il est tout aussi classique de souligner le caractère lacunaire d'une telle présentation. Le droit est aussi l'affaire des parties qui, même dans leurs prétentions les plus sommaires, invoquent toujours des arguments juridiques à l'appui de celles-ci. Cette argumentation peut être implicite, comme dans le jugement de Salomon où chacune des femmes revendique sa maternité en se prévalant au fond de la règle selon laquelle la mère est celle qui accouche ; mais elle est partout présente. Quoi qu'il en soit, c'est bien le juge qui a la maîtrise du droit. Ni les qualifications retenues par les parties, ni les arguments présentés par celles-ci ne le lient. En droit, « les parties proposent, le juge dispose ». Le procès se présente ainsi comme une structure dialogique, où des faits dûment établis ou tenus pour tels conduisent à une déclaration sur ce qui est juste – ou tenu pour tel.

9 – Ne peut-on en dire autant des formulations du droit par les lois ou par les règlements ? Dans l'article 1382 du Code civil, par exemple, le dommage, la faute, le lien de causalité entre la faute et le dommage constituent les faits ; le droit est la conséquence qu'on en tire : l'obligation de réparer le dommage, en

l'occurrence. C'est dans cette conséquence que loge la partie proprement dispositive de l'article 1382, celle sans laquelle ce texte n'aurait pas même eu besoin d'être écrit. Certes, le législateur se prononce dans l'abstrait, par voie de dispositions générales et impersonnelles, comme on dit, alors qu'un jugement statue sur des faits concrets, à propos desquels il retient également une solution déterminée. Mais cette différence de niveau d'analyse n'est pas, ici, une objection, car au bout du compte ces deux niveaux se rejoignent : le juge abstrait des faits leur dimension juridique par le biais des qualifications, tandis qu'à l'inverse, le législateur imagine, sous les qualifications qu'il emploie, ces situations concrètes à propos desquelles il éprouve le besoin de légiférer¹¹. Tous deux s'inscrivent en définitive « dans cette zone intermédiaire de généralisation relative et concrète qui constitue l'atmosphère où évolue l'homme de droit »¹². Les actes juridiques privés sont susceptibles des mêmes observations. Les conventions, les testaments engagent leurs auteurs sous certaines conditions, qu'ils fixent explicitement ou auxquelles ils se réfèrent implicitement. Tout l'art de leurs rédacteurs consiste à appréhender ces conditions dans leur diversité concrète, mais par des formules suffisamment abstraites. La seule différence notable entre, d'un côté, les sentences des juges et, de l'autre, les actes juridiques publics ou privés, tient à ce que, dans le procès, les fonctions sont réparties : les faits sont présentés par les parties à travers les termes de leur litige et le droit par le juge qui tranche ce litige. Ailleurs, au contraire, c'est la même personne qui énonce à la fois les faits et le droit. Si elle jouit par là d'une plus grande souveraineté, la structure de son raisonnement reste néanmoins la même.

10 – Si tel est bien le lot de tous les documents juridiques, il faut en tirer les conséquences sémantiques. La plupart de ceux qui ont étudié ces questions voient dans les énoncés en cause une variété de jugements hypothétiques, dont la première partie fixerait les conditions (ou le domaine) et la seconde les effets (ou le régime) qui s'y trouvent attachés. Comme il ne s'agit assurément pas de jugements descriptifs du type « si A est, B est », il reste que nous aurions affaire à des jugements prescriptifs dont la conséquence requiert d'être formulée en termes de « devoir être » ou de sanction : « si A est, B doit être »¹³. Nombre de dispositions se prêtent à cette analyse. Ainsi, une formule comme celle de l'article 1382 de notre Code civil peut être lue comme prescrivant une obligation de réparer à quiconque a, par sa faute, causé un dommage à autrui. L'on peut en dire autant des dispositions d'un code pénal. Leur objet n'est-il pas d'imposer telle ou telle peine aux personnes qui remplissent certaines conditions – les « éléments constitutifs » de l'infraction ? Cette conception se heurte cependant à une difficulté qui nous paraît rédhitoire.

11 Retrouver ces faits à travers les qualifications employées est, à notre sens, le secret de toute interprétation correcte des lois ou des règlements. Cf. A. Sériaux et M. Bruschi, *Le Commentaire de textes juridiques. Lois et règlements*, 2e éd., Ellipses, 2007.

12 A. d'Ors, « *La mentalidad jurídica* », in *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, CSIC, Rome-Madrid, 1973, p. 35 s. C'est nous qui traduisons.

13 Cette doctrine, on le sait, s'alimente de toute une conception du droit comme « impératif », qui apparaît dans l'école dite du droit naturel moderne, est relayée par Kant et trouve au XX^e siècle son parachèvement chez Kelsen. Une telle vue des choses est partagée par beaucoup de juristes. Ainsi, par exemple, chez H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, 1948, p. 18 s., qui s'inspire lui-même de Stammler.

Si, comme on vient de le voir, le droit se loge dans le seul dispositif, l'énoncé proprement juridique ne saurait prendre la forme d'un jugement hypothétique ; le jugement de droit ne peut tout bonnement pas être une conclusion tirée de prémisses conditionnelles. Sa formulation inclut sans doute des conditions, mais celles-ci ne sont que les faits à propos desquels le droit est dit. Un tel jugement tient alors tout entier dans ce qu'il déclare et sa formulation peut s'énoncer ainsi : « B est (à certaines conditions A) ». Il s'agit en fin de compte d'une pure déclaration, qui porte toujours sur « l'effet » et seulement en tant que de besoin sur les conditions auxquelles cet effet se trouve suspendu. Ainsi, l'article 1382 doit-il se lire : « une réparation est due (B est) par celui qui a causé par sa faute un préjudice à autrui (conditions A) ».

11 – La nouveauté de ce point de vue conduit, en théorie du droit, à d'importantes réévaluations. Elle rend en premier lieu assez insignifiant le débat instauré voici quelques années autour de la tournure, indicative ou impérative, des énoncés législatifs¹⁴. Indicatif présent ou futur, prescriptif : ces formes verbales sont d'ordinaire, tour à tour et presque indifféremment, employées dans nos lois et il paraît impossible de conclure dans un sens plutôt que dans l'autre. Si, comme nous le soutenons, le caractère de tout énoncé juridique est de déclarer quelque chose, l'on conçoit aisément que le style de la déclaration ne réponde pas à une forme canonique, mais varie en fonction de ce que l'on veut dire. Dans bon nombre de situations contemplées par le droit, c'est un comportement vis-à-vis d'autrui qui est attendu : autrui n'a pas ce qui lui est dû, l'essentiel est de le lui donner ou de le lui rendre. Un énoncé en termes de devoirs aura alors plus de force. D'autres fois, nous avons affaire à des questions de répartition de biens ou de compétences : un énoncé à l'indicatif sera mieux venu, dans la mesure où il permet d'englober à peu de frais à la fois des droits et des devoirs. Ainsi, dans la Constitution de la V^e République : « Le Président de la République préside le Conseil des Ministres », « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation » (art. 20), « La loi est votée par le Parlement » (art. 34), etc. Il peut aussi arriver que le législateur, surtout, combine tous les styles en consacrant certaines dispositions à définir, classer, répartir, puis d'autres à fixer peu ou prou les régimes juridiques correspondants avec leur cortège de formules prescriptives. Au-delà, tout dépend encore du génie de chaque langue et, plus encore, du rédacteur de la disposition. Pourvu qu'elle corresponde au style propre aux déclarations n'importe quelle formulation peut être ici retenue.

12 – Toute déclaration est une affirmation. Comme telle, elle devient incontournable : elle est « à prendre ou à laisser », comme on dit. Le droit s'affirme et, ce disant, il clôt le débat. Tout énoncé proprement juridique possède ainsi une texture nécessairement fermée provenant pour l'essentiel des conditions qu'il fixe pour son application. Voilà qui est clair pour les sentences judiciaires. Sinon, pourrait-on dire du juge qu'il a tranché le litige ? Il en va de même pour les actes juridiques privés : une fois conclus, ils enferment leurs auteurs dans un réseau de dispositions contraignantes. Pour les lois et les règlements, en revanche, Herbert L. A. Hart a défendu, dans un ouvrage

14 Cf. M. Villey, « De l'indicatif dans le droit » ; G. Kalinowski, art. précité ; J.-L. Gardies, « Système normatif et système de normes », in « Indicatif et impératif juridiques. Dialogue à trois voix », *Arch. phil. droit*, 1974, vol. 19, p. 33 s. M. Villey tient pour l'indicatif, G. Kalinowski pour le prescriptif et J.-L. Gardies pour les deux à la fois.

célèbre, la thèse bien connue de leur « texture ouverte »¹⁵. Conçue dans le contexte typiquement anglo-américain des débats opposant « réalistes » et « formalistes »¹⁶, cette thèse ne convainc guère. Certes, comme l'observe Hart, le législateur humain n'est pas Dieu, il ne peut tout prévoir et, poussé par la nécessité d'édicter des normes permanentes, il lui faut employer un vocabulaire sciemment général, susceptible de s'appliquer à un nombre indéterminé de circonstances plus ou moins inédites. Conscient de ses limites, il doit encore se contenter souvent de fixer des standards et de laisser à l'administration ou aux tribunaux le soin d'en préciser dans chaque cas le contenu. Mais de tels procédés portent en eux-mêmes leur fermeture. Un législateur qui, par exemple, se réfère à des standards, définit lui-même, au moins de manière élémentaire, les critères dont le juge devra se servir et limite par là son pouvoir d'appréciation. Une diligence « raisonnable » n'équivaut pas exactement à une diligence « nécessaire » et, en ce sens, il n'est tout simplement pas vrai que les justiciables n'apprendront qu'après leur transgression ce que la loi « exigeait d'eux en termes d'actions ou d'abstentions spécifiques ». Ce que le législateur abandonne à la discrétion du juge constitue au fond un appel à cette détermination judiciaire qui achèvera de fermer l'énoncé juridique. Les standards connaissent d'ailleurs des limites que les « cas difficiles » contribuent à révéler. À elle seule, l'existence de ces cas est la preuve de la fermeture de l'énoncé légal : y aurait-il, sinon, matière à s'interroger sur ce qui va au-delà du potentiel régulateur de la loi ?

13 – Toute déclaration s'énonce pour le présent et engage simultanément l'avenir. Elle se meut, pour ainsi dire, dans un perpétuel présent. Une fois faite, elle demeure telle à jamais : identique et immuable. Ce caractère définitif des énoncés de droit n'est pas contredit par la possibilité d'exercer contre eux des voies de recours. La confirmation, comme l'infirmité, par un juge hiérarchiquement supérieur, de la sentence d'un juge inférieur dicte seulement à nouveaux frais ce qui est droit, avec le même caractère définitif que l'énoncé de la sentence soumise à examen. Il n'est pas contredit non plus par la possibilité que détient souvent l'auteur de la déclaration de modifier plus tard, par une nouvelle disposition, ce qu'il a initialement déclaré. « Définitif » ne veut pas dire « éternel », ni même « perpétuel », au sens où l'auteur de l'énoncé juridique se lierait pour toujours les mains et celles de ses successeurs. L'idée a été nettement perçue par Alexandre Kojève. « Tout Droit authentique, écrit-il, est immuable ou "éternel" en principe. [...] Le Droit en tant que Droit ne reconnaît pas sa nature temporelle et temporaire. Une règle de droit donnée est valable "pour tous les temps (à venir)" : elle ne change jamais. Si le Droit

15 *Le Concept de droit* [1961], Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, VIII, 1.

16 Soucieux de se démarquer à la fois de la thèse défendue par les positivistes « réalistes », pour lesquels le droit n'est rien d'autre que ce qu'impose discrétionnairement le juge aux justiciables, et de la thèse des « formalistes », en vertu de laquelle le juge se borne à appliquer les lois aux cas qui lui sont soumis par l'effet d'un simple syllogisme, Hart concède aux premiers contre les seconds que, dans les cas difficiles, la seule application syllogistique de la loi ne suffit pas. Plusieurs interprétations également raisonnables sont alors possibles, aucune ne découle nécessairement des termes employés par le législateur. Dans ce genre de situation, le juge récupère sa plus entière liberté : il tranche discrétionnairement, comme le veulent les réalistes. Ce caractère discrétionnaire des sentences judiciaires n'est possible, selon Hart, que parce que le droit possède une texture ouverte.

change, c'est qu'une règle de droit a été remplacée par une autre. Mais aucune de ces règles ne peut varier en elle-même »¹⁷. L'explication qu'il en donne nous paraît cependant discutable. Pour lui, la perpétuité d'un énoncé juridique ne vaut qu'autant qu'il est en vigueur. Avant, il n'est qu'un projet ; après, ce n'est plus qu'un souvenir. Avant ce n'est pas encore du droit, après ce ne l'est déjà plus¹⁸. Mais la vigueur d'une règle juridique ne règle au mieux que la question de son application dans le temps ou dans l'espace. Quels que soient le moment et le lieu où elle produit ses effets, ses dispositions sont acquises par le seul fait d'avoir été convenablement édictées. En ce sens, le « Droit passé » a bien été et reste encore, même après son abrogation, du droit, alors que le « Droit à venir », exprimé pour l'heure sous la forme d'une proposition de loi, n'est pas encore du droit et, s'il demeure en cet état, jamais il ne le sera. La perpétuité du droit repose ainsi sur le fait de sa déclaration.

14 – Toute déclaration, enfin, se caractérise par une certaine solennité. Déclarer, c'est indiquer avec emphase, affirmer avec une force particulière, normalement dans un acte écrit plus ou moins officiel ou par des paroles prononcées devant témoins. Le déclarant engage sa parole, il prononce son dernier mot, quand bien même il ne fait pas sa déclaration « sous serment ». Nous touchons là un point crucial. L'essence de la déclaration ne réside pas dans ce que l'on dit, mais dans la manière de le dire – ce que la linguistique moderne nomme la « force illocutoire » du langage¹⁹. Serment, aveu, poignée de mains, *carta partita*, signature, paraphe, datage d'un document, olographe, écriture, écritures, formules d'avertissement (« lu et approuvé », « bon pour »), déclaration par devant notaire ou autres témoins qualifiés... : le droit est une réserve inépuisable de ces « actes de langage », où la formule « B est » peut être avantageusement remplacée par « B doit être » au sens de « *amen*, qu'il en soit ainsi ». Chacun d'eux mériterait une étude à part. Nous voudrions seulement insister sur l'un d'entre eux, qui fait difficulté : la promulgation des lois. Promulguer eut longtemps le sens de publier. Il en était ainsi en droit romain et c'est encore ainsi que l'entendait, au Moyen âge, saint Thomas d'Aquin, quand il faisait de la promulgation l'un des éléments constitutifs de la notion même de loi²⁰. À partir du Consulat, cependant, le droit constitutionnel français s'efforça de dissocier promulgation et publication, faisant de la première, sous le contrôle du chef de l'État, l'acte de naissance des lois préalablement votées par les représentants du pouvoir législatif, et cantonnant la seconde à la

17 *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, Première section, § 16.

18 *Ibid.* : « Si [la règle] s'applique à un cas, elle s'appliquera à tous les autres cas identiques à celui-ci, tant qu'elle reste ce qu'elle est, c'est-à-dire une règle *de droit en vigueur*, et non un *souvenir* de ce qui a été une règle de droit un jour. Ce *souvenir* n'a rien de juridique, tout comme n'a rien de juridique l'*évolution* du Droit. Le Droit *passé* (loi abrogée) est tout aussi peu un *Droit* que le Droit *à venir* (projet de loi). Et le Droit *présent*, le Droit qui a une présence réelle dans le monde, ne varie pas ».

19 L'idée est développée par J. L. Austin (*Quand dire, c'est faire* [1re éd. 1962], Le Seuil, 1970, Huitième conférence), mais il a des prédécesseurs : A. H. Gardiner, *Langage et acte de langage. Aux sources de la pragmatique* [1re éd. 1931], Presses Universitaires de Lille, 1989. L'on a pu ainsi remonter jusqu'au XIII^e siècle (cf. I. Rosier, *La Parole comme acte. Sur la grammaire et la sémantique au XIII^e siècle*, Vrin, 1994).

20 *Op. cit.*, I, 1-11ae, q. 90, art. 4.

seule activité de divulgation de la loi déjà promulguée²¹. Quelle que soit la valeur politique de cette dissociation²², force est de constater qu'elle n'a pu s'opérer qu'en mettant en lumière un aspect occulté jusque-là : qu'une loi doit, comme tout acte juridique, être déclarée telle. « Acte par lequel le président de la République atteste l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi »²³, la promulgation correspond ainsi typiquement à la dimension déclarative inhérente à tout dispositif juridique. L'on peut d'ailleurs en dire autant, à l'autre extrême, de l'abrogation, cet acte de décès des lois.

II. – LE CARACTERE PERFORMATIF DES ENONCES JURIDIQUES

15 – L'emphase avec laquelle il est déclaré constitue déjà l'indice précieux de ce que l'énoncé juridique n'entend pas se borner à une simple description. Dans leurs dispositifs, les lois, les contrats, les sentences des juges ou des arbitres, ne décrivent pas : ils effectuent. S'ils disent ce qu'ils font, ce n'est ni pour en informer d'autres personnes, ni même pour se justifier, mais pour le faire. Le juge qui, par exemple, condamne un délinquant, rend celui-ci coupable de tel délit et passible de telle sanction ; sauf réhabilitation, qui repose elle-même sur un jugement, le voici une fois pour toutes condamné. Le message implicite du juge n'est pas : « Regardez, je suis en train de faire ce que je dis », mais : « Écoutez, voici ce que je suis en train de dire, telles sont les paroles que je prononce ici et maintenant. Ce ne sont pas que des paroles, car, si elles ont bien été prononcées, elles sont décisives – après elles, les choses ne seront plus comme avant. » Tout énoncé juridique institue ainsi quelque chose de neuf dans la réalité elle-même. Il *informe* celle-ci, avec toute la force créatrice que, dans la tradition philosophique héritée d'Aristote, il est permis d'accorder à ce terme. Le propriétaire qui dispose de son bien imprime à celui-ci une direction jusque-là inédite. Par le seul énoncé de ce qu'il fait, il assigne à nouvelle résidence cela même dont il dispose. Sa propriété elle-même, il ne la tient que de ce qu'un beau jour, lui ou l'un de ses ancêtres s'est trouvé fondé à dire : « ceci est à moi ». Et ainsi de suite : un engagement unilatéral d'acquitter une obligation naturelle « nove » celle-ci en obligation civile, tout comme l'énoncé de quelques paroles devant un officier d'état civil fait le mariage ou la filiation. Le droit, a-t-on pu écrire, est « un discours qui change le monde »²⁴. L'on reconnaît là ce que John Langshaw Austin fut le premier à identifier et à nommer un énoncé « performatif »²⁵.

21 Cf. G. J. Guglielmi, « Distinguer la promulgation de la publication », in *Le Titre préliminaire du Code civil* (dir. G. Fauré et G. Kouby), Economica, 2003, p. 59 s. La dissociation est nette dès le Code civil de 1804, art. 1^{er}.

22 Dont on peut dire qu'elle assure à la fois une certaine hégémonie du Président de la République et une collaboration hautement symbolique des pouvoirs législatifs et exécutifs dans le gouvernement de la République. Sur ces questions, voir : G. J. Guglielmi, art. précité, II. À notre sens, le droit de promulguer appartient aux activités proprement régaliennes du chef de l'État, telles que le droit de grâce ou, moins connu, le droit de lever un interdit de mariage pour inceste (art. 164, C. civ.).

23 CE 8 fév. 1974, *Commune de Montory*, JCP 1974 II 17703 (2^e esp.), note G. Liet-Veaux.

24 E. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 64.

25 C'est l'apport le plus notable de *Quand dire, c'est faire* (*How to do things with words*). Le terme est particulièrement bien choisi, puisque, comme le relève Austin (p. 41-42), il

16 – Dans cette sorte d'énoncé, dire et produire, c'est tout un, et tout le faire se concentre dans les paroles énoncées « à haute et intelligible voix ». Mais l'expérience des juristes révèle qu'il existe une autre sorte de discours performatif, où le dire se trouve tout bonnement inclus dans le faire. Plus éloquent que tous les discours, voici le langage du « fait accompli », où « faire, c'est dire » et « ce disant (en le faisant), le faire »²⁶. La transformation d'une obligation naturelle en obligation civile peut tout aussi bien résulter de son exécution spontanée ; le droit canonique a longtemps considéré que le mariage s'induisait de la cohabitation stable d'un homme et d'une femme ; en droit civil, une donation peut se réaliser tant par acte authentique conclu devant notaires que par transfert de la main à la main – le don manuel ; etc. Un tel langage anime encore le « fait » coutumier et, plus largement, toutes ces pratiques adoptées par des groupes déterminés, professionnels, culturels, confessionnels ou autres. Cette performativité inhérente au fait accompli se trouve également au cœur de la notion de droit naturel. *Logos* immanent aux choses, le droit de la *physis* s'énonce en étant ; mieux, il s'énonce *par et dans* « l'étant »²⁷, par la nécessité même de notre « être-au-monde ». Au premier

dérive du verbe anglais *perform*, qui indique que produire une énonciation c'est exécuter une action. E. Benveniste (« La philosophie analytique et le langage », in *Problèmes de linguistique générale*, Gallimard, 1966, vol. 1, p. 271, note 4) fait remarquer que le verbe anglais *perform* vient lui-même de l'ancien français *parformer*. Contrairement à une idée parfois avancée (cf. O. Cayla, « V° Austin », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques* dir. O. Cayla et J.-L. Halperin, Dalloz, 2008), Austin paraît bien être l'inventeur du performatif. Avant lui, l'on a bien pu s'intéresser aux « actes de langage », mais dans la perspective – très différente – de l'efficacité communicationnelle du langage. Austin, on le sait, s'est lui aussi finalement orienté vers cette perspective. *How to do things with words* est l'histoire d'un échec « en direct » où l'auteur, après avoir consacré le tiers de l'ouvrage à décrire le performatif, s'acharne pendant les deux tiers restant à montrer qu'il n'existe pas de critère fiable permettant d'isoler ce type d'énoncés. Nous n'entreprendrons pas ici de reconstituer en détail les raisons de cet échec. Disons simplement qu'il aurait largement pu être évité si le professeur de philosophie morale d'Oxford avait accepté de dépasser l'analyse linguistique des énoncés – le « dire », pour passer au plan de ce qu'ils entendaient réaliser – le « faire ». Il est à cet égard dommage qu'Austin n'ait pas su ou pas voulu frayer davantage avec deux domaines fertiles en performatifs : le droit et la théologie. Austin n'était pas juriste ; ses références au droit ne sont qu'accidentelles et sporadiques. Du moins soupçonna-t-il qu'une exploration du langage juridique pouvait être de quelque utilité (Cf. 2^e conférence, p. 53). Austin n'était pas non plus un théologien, alors que la réalité qu'il décrit sous le nom de performatif correspond très exactement à la conception que la théologie catholique s'est toujours faite des sacrements, signes sensibles qui « produisent ce qu'ils signifient » – la grâce, elle-même conçue comme une réalité spirituelle créée par Dieu. Selon une doctrine pluriséculaire, cette production s'opère « *ex opere operato* » : par la seule vertu de paroles accompagnées de gestes, prononcées dans certaines circonstances et selon le rite requis, par une personne dûment autorisée. Il n'est pas sans intérêt de relever que les deux premiers exemples de performatifs qu'Austin offre à la sagacité de ses auditeurs de l'époque sont bel et bien, pour un regard chrétien, deux sacrements : le mariage et le baptême (1^{re} conférence, p. 41). Par profession, juristes et théologiens prennent les performatifs au sérieux : pour les uns comme pour les autres, c'est la parole qui produit le vrai.

26 Il y a sans doute là la base d'une herméneutique de l'action, dans la ligne dégagée par Paul Ricœur. Voir : *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Le Seuil, 1986, p. 205 s.

27 Cf. M. Heidegger, *Introduction à la métaphysique* [1952], Gallimard, 1967, I, p. 26 : « Que dit le mot $\varphi\nu\sigma\iota\varsigma$? Il dit ce qui s'épanouit de soi-même (par ex. l'épanouissement d'une rose), le fait de se déployer en s'ouvrant et, dans un tel déploiement, de faire son apparition, de se tenir dans cet apparaître et d'y demeurer, bref il dit la perdominance perdurant dans un s'épanouir. »

chapitre de la *Genèse* se déploie, presque sous nos yeux tant le récit est suggestif, l'activité créatrice du Tout-puissant. Rituellement énoncée au long de ces six jours pouvant tout aussi bien être des millénaires, la parole de Yahvé y crée toutes choses²⁸. Ne tenons-nous pas là la clé théologique du caractère performatif des énoncés de droit naturel ? Le *logos* divin constitue d'ailleurs un performatif par excellence, où le faire n'est rien moins qu'une production *ex nihilo*.

17 – Qu'il soit humain ou divin, l'énoncé performatif suppose toujours un *acteur* ou, pour mieux dire, un *auteur*, car « seules les personnes peuvent effectuer des actions »²⁹. Par définition, le performatif est un acte institutionnel : il institue quelque chose en l'énonçant. Aussi paraît-il essentiel que cet auteur ait la compétence requise pour agir ainsi. « Un énoncé performatif n'a de réalité que s'il est authentifié comme *acte*. [...] Il n'a d'existence que comme acte d'autorité. Or, les actes d'autorité sont d'abord et toujours des énonciations proférées par ceux à qui appartient le droit de les énoncer », observait Émile Benveniste³⁰. Peu importe qu'il parle pour lui-même ou pour d'autres ; mais il faut qu'il parle *par lui-même* : le locuteur, identifiable, doit être à même d'assumer l'effectuation en vertu d'un pouvoir proportionné à l'effet inclus dans ce qu'il énonce. C'est là, semble-t-il, le sens originel du mot *autorité*³¹. En termes plus modernes, l'on dira que l'institution appelle l'institution³². Inutile d'y insister : le droit pivote constamment autour de questions de compétences, qui recouvrent tout aussi bien la formation des actes juridiques privés (contrats, testaments...) que celle des actes juridiques publics (jugements, lois...). Ces questions appellent par nature un traitement hiérarchisé : toute compétence est attribuée par un organe supérieur à celui qui est appelé à l'exercer. La théorie du droit en a fait ses choux gras, depuis Thomas d'Aquin et sa hiérarchie des lois, jusqu'aux règles de reconnaissance de Hart, en passant bien sûr par le système kelsénien des normes de validation.

28 *Genèse*, 1, 1 « Au commencement Dieu créa le ciel et la terre. [...] Dieu dit : "Que la lumière soit", et la lumière fut. » La diction performatrice de Dieu n'est précédée d'une délibération avec soi-même que lorsqu'au sixième jour, il est question de créer l'homme. Cette interprétation du premier verset du livre de la *Genèse* est communément reçue en Israël. Cf. *Psaumes*, 33, 6-9 : « Par la parole de Yahvé, les cieux ont été faits [...] ; car il dit, et ce fut, il commanda, et tout surgit. »

29 J. L. Austin, *op. cit.*, Cinquième conférence, p. 84.

30 *Op. cit.*, p. 273. Parmi les différentes conditions de « procédure » requises pour la « réussite » d'un performatif, Austin lui-même souligne d'emblée que certains mots doivent être énoncés « par de certaines personnes dans de certaines circonstances. De plus, il faut que, dans chaque cas, les personnes et les circonstances particulières soient celles qui conviennent » (*Op. cit.*, Deuxième conférence, p. 49).

31 Cf. E. Benveniste, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, 2. *Pouvoir, religion, droit*, *op. cit.*, p. 148 s. : « On qualifie de *auctor*, dans tous les domaines, celui qui "promeut", qui prend une initiative, qui est le premier à produire quelque activité, celui qui fonde, celui qui garantit, et finalement l'"auteur". [...] Toute parole prononcée avec l'*autorité* détermine un changement dans le monde, créé quelque chose ; cette qualité mystérieuse, c'est ce que *augeo* exprime, le pouvoir qui fait surgir les plantes, qui donne existence à une loi. »

32 C'est la raison pour laquelle certains auteurs font des « faits sociaux » ou des « actes institutionnels » le critère de délimitation des énoncés performatifs : J. R. Searle, *Les Actes de langage. Essai de philosophie du langage* [1969], Hermann, 1972, p. 91 s. ; Ch. Grzegorzczak, « Le rôle du performatif dans le langage du droit », *Arch. phil. droit* 1974, vol. 19, p. 229 s., [p. 237 s]. Ce critère paraît trop restrictif. Le vœu que l'on fait à soi-même ou en la seule « présence » de Dieu n'est-il pas un énoncé performatif ?

Bornons-nous ici à observer que seule une conception qui place une personne au sommet de cette hiérarchie est pleinement en accord avec la performativité inhérente aux dispositions juridiques. Dieu et sa loi éternelle, plutôt qu'une très anonyme norme fondamentale, en somme.

18 – Comme auteur, l'acteur doit avoir en outre l'intention de faire ce qu'il dit³³. Cette exigence ne saurait signifier que l'énoncé n'est que « le signe extérieur et visible d'un acte intérieur et spirituel », se ramenant ainsi à « la description, *vraie ou fausse*, d'un événement intérieur »³⁴. Mais l'erreur ou la parodie de l'acteur ne se limitent pas non plus, contrairement à ce que soutient Austin³⁵, à rendre abusif l'énoncé performatif. En droit, un contrat ou un mariage conclu à la suite de ce que l'on qualifie parfois une erreur-obstacle ou par l'effet fortuit d'une simple coïncidence est radicalement nul. C'est que l'intention est ici l'élément unificateur de l'acte de langage. Coupée de celui qui l'institue par ses paroles ou par ses faits et gestes, la réalité instituée n'est plus animée de l'intérieur ; elle est proprement *insignifiante*³⁶. Lorsque l'énoncé à vocation performative s'exprime verbalement, le sérieux de l'intention de son auteur peut fort bien résulter de ce que, par la suite, il s'est comporté conformément à ses dires. Mais il ne s'agit là tout au plus que d'un moyen de preuve³⁷. La validité d'un énoncé performatif ne saurait dépendre de comportements adoptés après-coup, puisqu'il est d'ores et déjà par lui-même

33 Cf. J. L. Austin, *op. cit.*, Deuxième conférence, p. 49 : « Lorsque la procédure – comme il arrive souvent – suppose chez ceux qui recourent à elle certaines pensées ou certains sentiments, lorsqu'elle doit provoquer par la suite un certain comportement de la part de l'un ou l'autre des participants, il faut que la personne qui prend part à la procédure (et par là l'invoque) ait, en fait, ces pensées ou sentiments, et que les participants aient l'intention d'adopter le comportement impliqué. »

34 *Ibid.*, Première conférence, p. 44.

35 *Op. cit.*, Deuxième conférence, p. 50 : « L'acte *est* accompli – même si l'accomplir en ces circonstances (par exemple dans le cas où nous ne serions pas sincères), c'est abuser de la procédure. [...] Nous parlons de notre acte malheureux comme d'un acte "purements verbal" ou "creux" plutôt que "prétendu" ou "vide" ; et nous le tenons pour non exécuté, ou non consommé, plutôt que pour nul et non avvenu, ou sans effet. »

36 Cf., à propos des sacrements, Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, III^a, q. 64, art. 8 : « Quand un être est capable de plusieurs réalisations possibles, il faut faire intervenir un principe de détermination qui le limitera à l'œuvre unique qu'il s'agit de produire. Les actions sacramentelles peuvent avoir une portée multiple ; ainsi l'ablution de l'eau, dans le baptême, peut avoir pour raison d'être la propreté ou la santé corporelle, le jeu, etc... Il faut donc faire intervenir l'intention de celui qui fait l'ablution pour déterminer celle-ci à un seul effet, qui sera celui du sacrement ; et cette intention est exprimée par les paroles prononcées dans l'administration des sacrements, telles que : "Je te baptise au nom du Père, etc". [...] Dans l'instrument inanimé, il n'y a pas d'intention à l'égard de l'effet ; ce qui en tient lieu c'est le mouvement que lui imprime l'agent principal. » Axée sur la matière du sacrement – l'eau du baptême dans l'exemple –, la réflexion de saint Thomas pourrait laisser croire que l'intention de l'agent n'est requise que pour donner sens et mouvement aux aspects matériels du rituel performatif. Mais il en va exactement de même, quoiqu'à un degré moindre, pour les paroles prononcées, qui peuvent être celles d'un fou ou d'un menteur, quand bien même elles seraient apparemment conformes au rituel.

37 Comp. : J. L. Austin, *op. cit.*, Deuxième conférence, p. 49, qui, parmi les conditions de réussite du performatif inclut, pour l'auteur de l'énoncé, le devoir de « se comporter ainsi, en fait, par la suite » (T. 2). L'inexécution d'une promesse déjà faite ou le non-respect par un juge ou un législateur de leurs propres sentences ou lois sont sans doute des cas de déloyauté ou d'incohérence, mais ils n'entament en rien, pas même sur le plan de sa licéité, la valeur intrinsèque de l'acte qu'ils violent.

pleinement effectif. Qui est marié le demeure, même si par la suite il ne se comporte jamais en homme marié.

19 – Il reste cependant vrai que l'énoncé performatif se présente comme autosuffisant. À l'instar des sacrements, tout performatif vit de matière et de forme. Ces signes sensibles peuvent être pris pour argent comptant par ceux qui en sont les destinataires ou les témoins, sans qu'ils aient toujours à vérifier si l'auteur possédait la compétence et l'intention requises. Les paroles prononcées expressément ou tacitement fonctionnent comme une garantie de la réalité qui est en train de s'effectuer. Nous sommes ici au cœur de la notion d'apparence, qui joue un rôle si important en droit. Les faits y parlent volontiers d'eux-mêmes. Si, par exemple, « la possession vaut titre », n'est-ce pas parce que posséder une chose est d'ores et déjà l'*indice*³⁸ de son appropriation ? Les actes aussi y parlent d'eux-mêmes. Les jugements rendus par un esclave ayant usurpé une charge judiciaire sont-ils nuls et nonavenus ? Il a paru plus judicieux, comme l'ont fait les juristes romains, de maintenir lesdites sentences, dès lors que tout un chacun pouvait légitimement croire en la compétence de ce prêteur de carnaval. Aujourd'hui encore, celui qui dispose d'un bien qui, en réalité, n'est pas le sien, se trouvera malgré tout traité comme propriétaire parce qu'à l'égard des tiers de bonne foi son acte signe son droit de disposer. En droit, comme au théâtre, l'acte importe en définitive davantage que l'acteur ; ce qui est dit vaut toujours mieux que celui qui le dit.

20 – Cette préférence accordée aux apparences ne fait pas pour autant du droit un système voué au mensonge. Tout est mis en œuvre pour l'éviter et, s'il survient, son auteur devra tôt ou tard assumer la responsabilité de ses dires. Voilà qui met en tout cas le droit au diapason non du bien qui est à faire, mais du vrai qu'il faut simplement vérifier. L'essence du juridique est d'être, non de devoir être. Le performatif institue toujours du vrai, même si ce vrai n'a parfois pour lui que les vertus de l'apparence. Jusqu'à plus ample informé, la vérité du droit loge alors dans ce qui apparaît, dans cela même qui est manifesté. Elle rejoint la vérité tout court, telle que les Grecs la conçurent quand ils la baptisèrent *Alétheia*³⁹. Ce vrai est le fait du langage. La parole divine crée l'univers ; c'est le monde de Dieu. La parole de l'homme crée son propre monde, presque aussi vrai que celui de ce Dieu « à l'image et ressemblance » duquel l'homme lui-même a été créé⁴⁰. Son langage, l'homme l'inscrit dans tout ce qu'il produit à partir d'une matière – c'est l'art, siège de la *techné*⁴¹. Mais la

38 Du latin *indicium*, indication, révélation, dénonciation. Le mot, et le verbe dont il dérive, sont typiquement des déclaratifs-performatifs.

39 Cf. M. Detienne, *Les Maîtres de la vérité dans la Grèce archaïque* (1967). L'auteur insiste d'ailleurs (III) sur le lien existant entre *Alétheia* et *Diké*, la justice. Dire le vrai est l'œuvre du poète qui, par une parole efficace, institue ce qui est juste lorsqu'il chante la gloire des héros. Sur le sens originel d'*Alétheia*, voir aussi : M. Heidegger, *op cit.*, IV, 2 (« Être et apparence »).

40 *Genèse*, 1, 26.

41 L'art est *techné* dès lors qu'il façonne à partir d'un matériau préexistant. Cela vaut pour la technique, mais aussi pour la création artistique. La poésie a pour matériau le langage lui-même. Mais le coffre de l'artisan, le pont de l'architecte, la statue du sculpteur, la pièce du dramaturge ne sont pas de simples modifications d'un matériau préexistant ; l'artisan, le bâtisseur, le sculpteur, l'auteur transforment le réel en le performant. L'on peut, à cet égard, méditer ces mots du compositeur Igor Stravinsky : « La musique est le seul domaine où l'homme réalise le présent. Elle nous est donnée à seule fin d'instituer un ordre entre

réalité même du droit dévoile l'existence d'une autre production, proprement spirituelle. Quand il juge et tranche, l'homme produit du vrai, rend vrai. Tel est son verdict (*vere dictum*).

21 – Nous voici confrontés à l'image du glaive. Parmi les allégories de la justice, elle n'est pas la plus ancienne. Elle ne se généralise qu'à partir du XVI^e siècle, avec la connotation de la force au service du droit⁴². C'est d'ailleurs bien ainsi que l'entend Hobbes, qui y voit le symbole du pouvoir coercitif qui « tient tous [les sujets] en respect » et qui concentre en lui le pouvoir de faire la guerre, celui de déterminer, par ses lois, ce qui revient à chacun et celui « d'entendre et de trancher », par l'intermédiaire de ses magistrats, « toutes les controverses »⁴³. « Trancher », est-ce bien cela ? Une autre piste s'offre. L'antique glaive était une épée courte à double tranchant ; il pénétrait les chairs pour les disjoindre et sa blessure était réputée incurable. Le langage biblique le met volontiers en relation avec la langue et les méfaits qu'elle produit⁴⁴. La parole y devient glaive, elle est ce glaive qui transforme, pour tout embrouiller, les réalités les plus simples. Le Nouveau Testament ne l'entend pas ainsi. Par un curieux retournement, le glaive devient symbole de la parole de Dieu, « plus affilée qu'un glaive à double tranchant », qui « pénètre jusqu'à la séparation de l'âme et de l'esprit, des jointures et des moelles »⁴⁵. À l'instar du glaive, la Parole est l'instrument de la plus haute justice et de la plus haute vérité⁴⁶. L'*Apocalypse* clôt la Révélation judéo-chrétienne en montrant le Christ, juge des vivants et des morts, comme la Parole divine incarnée, de la bouche de qui sort une épée à double tranchant⁴⁷. Instrument de guerre destiné à « frapper les nations »⁴⁸, le glaive devient ainsi le dire et le faire de la justice absolue et définitive. N'est-ce point là le vœu secret de toute disposition juridique ?

alain.seriaux@univ.perp.fr

¹ l'homme et le temps. On ne saurait mieux préciser la sensation produite par la musique qu'en l'identifiant avec celle que provoque en nous la contemplation du jeu des formes architecturales. Goethe le comprenait bien qui disait que l'architecture est une musique pétrifiée. Quand les gens auront appris à aimer la musique pour elle-même, quand ils l'entendront d'une autre oreille, leur jouissance sera d'un ordre plus élevé... ».

42 Cf. R. Jacob, *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen-Âge à l'âge classique*, p. 224 s., qui relève que les premières traces du glaive aux côtés de la balance n'apparaissent qu'à partir du XIII^e siècle.

43 *Éléments de la loi naturelle et politique*, II, I, 7 et s.

44 Cf. *Psaumes*, 64, 3-4 : « Dérobe-moi au complot des malfaisants, au déchainement de ceux qui font le mal, qui aiguisent leur langue comme un glaive [...] » ; *Proverbes*, 12, 18 : « Tel parle inconsidérément qui perce comme un glaive, mais la langue des sages guérit ».

45 *Hébreux*, 4, 12.

46 Cf. *ibid.*, 4, 13 : « Elle [la Parole de Dieu] juge les pensées et les intentions du cœur. Et il n'est pas de créature invisible devant elle : tout est à nu et mis à découvert aux yeux de Celui à qui nous devons rendre compte ». V. aussi : *Éphésiens*, 6, 17, où il est question du « glaive de l'Esprit, qui est la parole de Dieu ». R. Jacob (*op. cit.*, p. 225) remarque incidemment que l'attribut du glaive, avant d'être celui de la justice, fut plutôt celui de la Vérité, l'une des quatre filles de Dieu (Miséricorde, Vérité, Paix, Justice) selon le Psaume 85.

47 *Apocalypse*, 1, 16 : « De sa bouche sortait une épée acérée à double tranchant ». V. aussi : 2, 12.

48 *Ibid.*, 2, 16 : « Je leur ferai la guerre avec l'épée de ma bouche » ; 19, 15 : « Et de sa bouche sort une épée acérée, pour en frapper les nations. »