

EST-IL ENCORE POSSIBLE DE CRITIQUER LE CONSEIL D'ÉTAT ? POUR UN EXAMEN LOGIQUE DE LA VALIDITE
DES « CREATIONS » DU JUGE ADMINISTRATIF. *

Pascal Richard, MC, Université de Toulon

« Les métaphysiciens, quand ils se font un langage, ressemblent à des rémouleurs qui passeraient, au lieu de couteaux et de ciseaux, des médaillons et des monnaies à la meule pour en effacer l'exergue, le millésime et l'effigie. Quand ils ont tant fait pour qu'on ne voit plus sur leurs pièces de cent sous ni, ni Guillaume, ni la République, ils disent : « ces pièces n'ont rien d'anglais, ni d'allemand, ni de français ; nous les avons tirées hors du temps et de l'espace, elles ne valent plus cinq francs ; elles sont d'un prix inestimable et leur cours est étendu infiniment » ». ANATOLE FRANCE, *Le jardin d'Épicure*, (Œuvre complètes illustrées, 1925-1935, T. IX, 1927, pp. 510-511.

Le juge administratif est depuis son origine pour partie créateur du « droit administratif » : il renouvelle régulièrement celui-ci sur la base de « définitions » de « concepts » ou de « notions » ; autant d'éléments qui lui paraissent nécessaires à la réalisation de son office. Conformément à cette réalité contentieuse il se trouve en porte-à-faux entre une légitimation pragmatique liée au réalisme de sa mission et une légitimation induite par le respect de la validité formelle de ces décisions.

Cette dualité manifeste une ambivalence de la validité entendue conformément à une définition classique comme existence [ou comme l'homologue de l'existence dans l'ordre du droit].

Notre propos sera de présenter une perception élargie de la validité dans le but de clarifier cette équivoque² qui fait aller de concert, d'une part, une approche « décisionniste »³ et, d'autre part, une approche « normativiste »⁴.

La construction d'une théorie élargie de la validité devrait offrir la capacité de percevoir que celle-ci doit s'entendre à la fois : de l'acte d'énonciation du juge, de la norme et de l'énoncé lui-même. La validité est

* Pascal RICHARD, MCF-HDR, Faculté de droit de l'Université de Toulon, Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux.

¹ Ce texte se trouve en note de l'étude du professeur A. G. CONTE, « Primi argomenti per una critica del normativismo », 3^e éd. In A. G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, III, *scritti 1995-2001*. Giappichelli éd., 2001, pp. 677-748. La note se trouve à la page 729.

² Cette ambivalence semble résider dans le fait que l'opposition mise en exergue entre « normativisme » et « réalisme » doit être fortement relativisée. Ces deux approches théoriques n'étant pas la manifestation d'une différence de « genre » mais la manifestation d'une différence entre deux « espèces » au sein d'un même genre. Le professeur Conte, dans le texte précité, a admirablement démontré que le normativisme était, si l'on pousse sa logique à l'extrême, fondé sur des décisions judiciaires [« [...] si l'efficacité spécifique au sein d'un ordonnancement d'une proposition prescriptive supérieure consiste seulement dans la médiation qui conditionne la validité de propositions prescriptives inférieures, alors les premières et seules propositions prescriptives qui, dans un système juridique, n'agissent plus comme des conditions de validité des propositions prescriptives inférieures, mais agissent seules, sont les propositions prescriptives inférieures : les décisions judiciaires », *op. cit.*, p. 723] et que le réalisme (qu'il faudrait selon lui avantageusement présenter comme un « décisionnisme ») que le professeur Conte divise en réaliste acritique et réalisme critique se présente sous sa forme critique comme une méthodologie du normativisme [« [...] le décisionnisme critique propose en fait une méthode afin de vérifier les jugements de validité qui portent sur les propositions prescriptives [...], *op. cit.*, p. 737] comme une méthodologie du normativisme.

³ « Réaliste » au sens juridique du terme : justifiant la validité par ses effets.

⁴ Justifiant la validité par son existence *dans et par* l'ordonnancement juridique conformément à une définition récursive de la validité.

donc différente selon ces trois postures. Notre intuition réside en ce que la réduction de la validité à la dimension purement formelle (ou syntaxique) de la norme engendre un piège logique qui interdit la critique de la décision.

Cette clarification nous semble aujourd'hui impérative afin de pouvoir convenablement porter un jugement - ou développer une critique dans le sens noble de ce terme - à l'égard de la jurisprudence du juge administratif et en particulier de celle du Conseil d'État (la remarque pourrait, naturellement, être développée au bénéfice d'autres juridiction ; néanmoins, la Haute juridiction administrative offre un terrain d'analyse spécifique et particulièrement favorable du fait de la nature jurisprudentielle de l'élaboration du droit administratif et ceci dans un contexte culturel dominé par la *Civil Law*). En effet, l'ambiguïté précitée implique : soit une adhésion forcée à ce qui est énoncé comme le « droit positif » lui-même [avec la part d'illusion que manifeste cette tautologie] ; soit une critique qui serait renvoyée à une opposition de valeurs [à une querelle entre des jugements de valeurs : sur le fondement ou sur l'efficacité de la norme proposée].

Pour parvenir à clarifier cette ambiguïté, nous allons donc proposer une extension de la notion de validité en conformité avec une approche sémiotique et analytique de ce terme ; ensuite nous allons tenter une justification de l'action du juge administratif à partir de son inscription dans la réalité du contentieux. Nous verrons que ce qui valide l'action du juge administratif c'est que la forme du droit réside dans son existence même. Que celle-ci rend compte d'une certaine vérité de son énonciation et que cette dernière peut être décomposée de manière logique.

Nous verrons dès lors dans cette étude : comment se manifeste le piège logique rendant vaines certaines critiques [I] ; puis comment il paraît souhaitable d'en sortir par la déconstruction logique inhérente à la vérité du discours du juge [II].

I – La réduction de la validité à la validité formelle : la construction du piège logique.

Les créations jurisprudentielles du juge administratif sont légitimées soit en référence à un « devoir être » et à des valeurs soit à « l'être » même du droit. Nous verrons que c'est dans la logique même de cette légitimation - qui s'apparente à un « choix forcé » - que se mettent en place ces barrières qui interdisent la critique de la validité des créations du juge administratif.

A – *La validité des créations jurisprudentielles du juge administratif par référence au Sein et au Sollen.* Traditionnellement, on estime que le juge administratif joue un rôle moteur dans l'élaboration du droit administratif⁵. Cette fonction se manifeste pleinement dans sa volonté - très régulièrement réaffirmée - de se doter des outils qui lui apparaissent comme les plus pertinents afin de remplir son office. La

⁵ Il est commun d'affirmer à la suite des analyses normativistes que le juge dispose d'un pouvoir de concrétisation de la norme. Initialement, les textes qui régissaient le droit administratif étaient imprécis et finalement assez rares. En ce sens, la fonction normative du juge administratif est logiquement particulièrement développée. Les grandes règles qui concernent ainsi « la responsabilité publique », le « régime des actes administratifs » ont été mises en place sur une base jurisprudentielle. Cette approche est généralement entendue comme permettant de mieux adapter la fonction du juge aux évolutions de la société ; cependant, elle supporte deux critiques classiques : la première concerne la mise en cause de la « sécurité juridique » [cf., J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 16] ; la seconde rend compte du caractère éventuellement embarrassant d'un droit « mouvant » qui serait à ce titre [trop] difficile à saisir. En fait le rôle du Conseil d'État semble aller au-delà de cette fonction normative : il joue de plus en plus le rôle d'organe intellectuel [le professeur Caillosse jouant sur la référence à Gramsci parle « d'intellectuel organique »] de l'État par l'entremise de laquelle il « ravaude » le lien entre l'État et le droit. Cf., J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, Droit et société, « série droit » : 56, LGDJ, 2015, p. 300.

construction de « définitions »⁶, l'élaboration de « concepts »⁷ ou la mise en œuvre de « notions »⁸ se présente presque comme son « ordinaire »⁹. Cette situation est généralement résumée par la doctrine par le constat selon lequel le droit administratif est un droit prétorien¹⁰. Cette tradition française tenant à l'élaboration du droit administratif peut être appréhendée de diverses manières cependant elle manifeste, selon nous, clairement une inclusion au sein de notre tradition juridique d'une approche réflexive du droit selon laquelle s'exprime une forme relativement marquée de réalisme juridique¹¹. Selon

⁶ Le Conseil d'État a été conduit à réaliser certaines définitions essentielles à son office comme celle de « service public », de « travaux publics », de « domaine public » etc. Il convient de noter que ces définitions sont toujours pour partie des tautologies [l'équivalence entre le *definidendum* et le *definiens* : la bonne définition doit être réciproque] et que la définition en elle-même consiste, d'une part, dans la détermination de l'*intension* du terme et d'autre part permet de déterminer l'*extension* du terme. Avec la définition il s'agit de fixer un terme dans un lexique et de permettre ainsi de la différencier sur une base synchronique des autres termes du lexique. La différence est alors inhérente à la langue de spécialité qui est utilisée.

⁷ Les concepts doivent être appréhendés comme des outils mentaux permettant une certaine saisine de la réalité sociale. Avec un concept il s'agit, d'une part, de répondre à une interrogation inhérente à la confrontation d'un sujet avec cette réalité [c'est, à ce titre, que s'analyse la pertinence des concepts]. Il s'agit, d'autre part, de normer [les concepts sont normatifs] la réalité elle-même et donc d'exprimer le fait selon lequel la pensée est *normation* : en les pensant on applique une norme aux choses. On pense à la chose toujours d'une certaine façon à partir de ce qui compte le plus au regard de la pertinence du concept. La définition est l'inscription du concept dans le langage et dans un lexique spécifique. En droit administratif les concepts sont essentiels ils expriment la manière singulière dont le juge appréhende les questions qu'il estime importantes : ils offrent le moyen d'une mise en relation entre le contexte d'apparition d'un concept et l'analyse de la vérité de ce concept. Cette vérité étant appréhendée dans un sens sémantique comme nous le verrons.

⁸ Les notions sont des « enveloppes conceptuelles » qui nous semblent marquées par un caractère vague et imprécis. Une sorte d'impensé du concept. L'usage ordinaire du terme est ici particulièrement révélateur : on associe ainsi généralement le terme vague à celui de notion. Une notion précise serait en ce sens un *oxymoron* et ne dénoterait, en fait, qu'un concept. Dans notre lexique nous récusons ainsi certaines approches qui feraient de la notion le genre et du concept l'espèce. Il y a, selon nous, une différence de structure tenant à l'usage fait de ces termes. C'est ce que présente mais de manière confuse la distinction célèbre entre « notions conceptuelles » et « notions fonctionnelles » du doyen Vedel [G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (la légalité des actes administratifs devant les juridictions judiciaires), JCP, 1948, I, 682]. De même en approfondissant sur la base de la différence d'usage la recherche du professeur Tusseau : « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », RFDA, 2009, p. 641. Plus largement sur ces questions : G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques. Journée d'étude de la promotion d'agrégation de droit public*, 2006, Economica, 2009 et J. P. Benoît, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Peiser*, PUG, 1995, p. 27.

⁹ Ce concept d'ordinaire nous apparaît essentiel car c'est l'ordinaire d'un usage qui donne la signification d'un terme [ce qui est ordinaire c'est le fait que nous ne pouvons pas penser une chose autrement qu'en la pensant : c'est-à-dire dans la mise en œuvre ordinaire de celle-ci dans le monde]. Il y a là une définition pragmatique qui trouve son illustration dans le consensus qui est susceptible de se former sur l'usage d'un mot.

¹⁰ « [Le droit administratif] est, en effet, beaucoup plus que tout autre, tributaire, par les conditions historiques de son élaboration, de l'œuvre du juge administratif et notamment du Conseil d'État dont il ne faut oublier qu'il fut, de l'arrêt Cadot [...] à la réforme de la juridiction administrative opérée par les décrets du 30 septembre 1953, le juge administratif de droit commun », J. L. LACHAUME, *alii*, *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, 17^e éd., Thémis droit, PUF, 2017, p. 1.

¹¹ Le réalisme juridique place l'accent sur le pouvoir créateur de certains opérateurs juridiques. L'idée essentielle est d'être « réaliste » et de constater que le « droit positif » est dégagé par un acte de volonté par les opérateurs juridiques. Ce réalisme se décline habituellement en deux approches qui sous certains aspects apparaissent opposées : le réalisme américain et le réalisme scandinave. Le réalisme américain met en pleine lumière la place et l'influence du juge et appréhende celui-ci comme impliqué dans la société [le risque est l'inclusion du droit dans une certaine sociologie du droit] ; le réalisme scandinave quant à lui s'est attaché à une déconstruction des significations conformément à l'influence de la philosophie du langage. Entre ces deux approches existe une tendance en quelque sorte modérée qu'exprime le réalisme italien [dont on trouve une parfaite illustration avec le professeur Guastini] et le réalisme français contemporain [qui s'est développée sous l'influence du professeur Troper et de l'école de Nanterre] qui est largement tributaire de son homologue transalpin.

cette approche du contentieux la signification de la norme est découverte par un acte de volonté du juge et le droit positif est associé à la figure des opérateurs juridiques et en particulier à celle des juges¹².

Cette approche parfaitement acceptée - et qui semble tout aussi parfaitement assumée - mérite, cependant, d'être analysée sous un aspect différent de celui qui lui est habituellement accordé.

En effet, cette question est régulièrement abordée sous l'aspect de la légitimité du juge (légitimité à engendrer la règle de droit) et dispose comme « arrière-fond » le débat classique entre le « normativisme » et le « réalisme »¹³.

La question peut s'analyser de la manière suivante : le juge administratif sur une base prétorienne découvre régulièrement de nouvelles entités juridiques¹⁴. Il manifeste, de la sorte, un pouvoir créateur qui exprime un certain rapport à l'égard de la « norme juridique »¹⁵. Celle-ci se déduit, généralement, de la présence d'un texte [interne ou externe] qui fait l'objet d'une interprétation par un acte de volonté¹⁶. Il arrive également que le juge se détache de cette exigence d'un texte afin de s'attacher à l'interprétation d'une situation sociale¹⁷. Naturellement, cette action est bien souvent masquée par une certaine confusion volontaire entre les causes et les raisons¹⁸. Dans l'argumentation qui est propre à la

¹² Pour une critique de cette réduction des opérateurs juridiques à la figure du juge : cf., E. MILLARD, « Qui sont les opérateurs juridiques de R. Guastini », *Analisi e diritto*, 2014, pp. 103-113.

¹³ Sur les limites de cette opposition : cf. l'étude classique du professeur A. G. CONTE ; « Primi argomenti per una critica del normativismo », in A. G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, III, studi 1995-2001, G. Giappichelli éd., Torino, 2001, pp. 677-748. Dans cette étude le professeur de Pavie démontre que le normativisme porte logiquement une théorie qui paraît lui est irrémédiablement opposé : le décisionnisme (c'est-à-dire le réalisme). Le normativisme par le biais de la concrétisation des normes privilégie dans l'ordonnement juridique : les décisions. Sur cette question également : A. G. CONTE, « In margine all'ultimo Kelsen », *Filosofia del linguaggio normativo*, I, studi 1965-1981, Giappichelli éd., Torino, 1981, pp. 17-30. Pour une traduction française et une approche raisonnée de l'œuvre de A. G. Conte, *Anthologie des textes du professeur A. G. Conte : recherches sur la philosophie du langage normatif*, dir. P. RICHARD et A. PASSERINI-GLAZEL, à paraître 2019.

¹⁴ Nous nous contenterons de ne citer que certaines créations liées à ce que la philosophie contemporaine appréhende comme de l'ontologie sociale : « le contrat administratif » ; « l'intérêt à agir » ; « les droits fondamentaux » ; « les principes généraux du droit » ; les objectifs à valeurs constitutionnels » ; « le principe de sécurité juridique » ; « le principe de solidarité ».

¹⁵ Ce terme est en lui-même équivoque et mérite d'être précisé : au-delà de la métonymie qui joue parfois entre la norme et son véhicule, différentes conceptions de la norme sont possibles : la norme peut être présentée ainsi comme « énoncé déontique » [c'est l'objet de la métonymie précitée], « proposition déontique » [N. Bobbio], « énonciation déontique » [G. Ledig], « status déontique » ou un « noème déontique » [A. G. Conte], un « outil mental » [P. Amselk] ...

¹⁶ Sur cette question : P. BRUNET, « Les juges européens au pays des valeurs », in *la vie des idées*, juin 2009, ISSN : 2015-3030.

¹⁷ Cf., les classiques études suivantes : R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chron. P. 99 ; J. P. Chaudet, « Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse, LGDJ, 1967 ; J. Rivero, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, chron. P. 23. Il est à noter que le terme « règle générale de procédure » semble avoir disparue au bénéfice de celui de « principes généraux du droit ». Le professeur Chapus pouvait observer dans son manuel *Droit du contentieux administratif*, 20 éd., Domat droit public, Montchrestien, p. 103 : « les règles générales de procédure [...] s'appliquent dans le silence des textes ». Naturellement, comme le note la doctrine réaliste « modérée » précitée l'intervention du juge ne se fait pas dans une situation de vide : la décision va intervenir généralement dans un domaine qui a déjà fait l'objet d'un travail cognitif par la doctrine ou par d'autres juridictions qui auront déjà travaillé le concept. En ce sens, le juge aura pour option soit de décider une solution totalement nouvelle (mais il ne pourra utiliser en ce cas un argument justificatif dans le travail cognitif réalisé par les autres opérateurs juridiques) soit choisir sa solution dans la liste des solutions qui sont préalablement énoncés par les divers opérateurs juridiques (en ce dernier cas sont pouvoir n'est plus arbitraire mais discrétionnaire).

¹⁸ Sur cette inversion régulièrement présente cf., les recherches de J. BOUVERESSE, par exemple : *Wittgenstein : la rime et la raison, science éthique et esthétique*, collection « critique », Les éditions de minuit, 1973. En particulier le chapitre

justification de ces créations, on laisse ainsi entendre que cette activité jurisprudentielle est engendrée *causalement* par certains éléments alors que ceux-ci ne sont que les raisons inhérentes à la décision et donc non pas des éléments *justificatifs a priori*, mais une justification *rationnelle a posteriori*. Celle-ci, naturellement, n'est pas absolue et il existe des contraintes qui sont soit « référentielles »¹⁹ [par exemple la pluralité des interprètes et les rapports réels entre les systèmes juridiques] soit « inférentielles »²⁰ [par l'intermédiaire d'une sorte de « holisme conceptuel »²¹ qui fait que lorsque je mobilise un concept je vais nécessairement mobiliser tous ceux qui sont en lien avec celui-ci].

B – L'aporie d'une validité par le Sollen : derrière la revendication idéologique au Sollen, la relation logique au Sein. Cette situation semble pouvoir être légitimée, conformément à cette approche réaliste du juge administratif, en relation avec un certain *Sollen* [sur le paradoxe apparent cf. l'affaiblissement logique de la distinction entre réalisme et normativisme]. Pouvant ainsi par un acte de volonté engendrer un état de choses normatif : le juge justifie cette création par sa conformité à des valeurs partagées²². Il y aurait ainsi une intentionnalité du juge orientée conformément à la recherche de certaines valeurs sociales ou au bénéfice de certains choix de société... Ses jurisprudences ne seraient que l'expression de valeurs.

Il y a là un rapprochement de l'ordre juridique tel qu'il est engendré par le juge administratif avec un « devoir-être » [sur la base selon laquelle le juge engendre le droit, car il dégage la signification de la norme il y aura d'une certaine manière non pas une pyramide normative qui serait préalable, mais une hiérarchisation des normes engendrée par l'action du juge avec comme le démontre la jurisprudence une hiérarchie axiologique mobile car faisant l'objet de pondération qui se réalise au cas par cas].

Cette justification par le *Sollen* se présente d'évidence sous un aspect idéologique. À ce titre, elle apparaît comme indécidable : comment, en effet, opérer un choix « rationnel » entre différentes idéologies, entre divers paradigmes ? Le choix sera un choix arbitraire rendant compte de la liberté de l'interprète, la rationalité ne se construisant qu'à l'intérieur d'un paradigme et jamais entre deux paradigmes.

En outre - et de manière purement logique - on sait que ce n'est pas parce qu'une chose « doit être » qu'elle « est »²³. Il y a là un saut délicat à réaliser et ceci particulièrement dans la perspective de l'équivalence entre validité et existence.

La norme administrative découverte par le juge serait ainsi valide à l'intérieur de l'ordonnement administratif par référence à la validité de celui-ci et telle qu'elle est élaborée à partir de sa valeur

5 : « Les causes, les raisons et les mythes » : « [...] ce n'est pas parce que les phénomènes recèlent un sens caché nous pouvons les interpréter, c'est parce que nous les interprétons qu'ils ont un sens caché », p. 211.

¹⁹ La logique de la dénotation ou de la référence implique la présence de contraintes qui sont réelles. Sur cette question il serait utile de croiser cette analyse avec la théorie des contraintes juridique telle qu'elle est envisagée par l'école de Nanterre.

²⁰ Il existe également des contraintes qui se manifestent comme inférentielles comme cherche à le démontrer R. Brandom. Cf. pour ne citer que cet ouvrage qui se présente comme une synthèse de sa pensée : R. BRANDOM, *L'articulation des raisons : introduction à l'inférentialisme*, Collection « passages », éd. Cerf, 2009.

²¹ Il est net que l'usage d'un concept infère dans un espace d'échange la maîtrise de tous les concepts qui sont associés à celui qui est mobilisé dans une argumentation. En ce sens, c'est bientôt toute la langue qui est mobilisée dans cet échange. La contrainte est donc de maîtriser l'usage de ces éléments et leur articulation. Pour Brandom la sémantique inférentielle est nécessairement holiste : « *on ne peut pas avoir de concepts du tout à moins d'avoir beaucoup de concepts* ». Cf. R. BRANDOM, *L'articulation des raisons, op. cit.*, p. 23. Bourdieu ne disait finalement pas autre chose : « *[c'est en raison du fait selon lequel les juristes] ont un capital de mots, un capital de concepts qu'ils peuvent à ce titre contribuer à la construction de la réalité* » : P. BOURDIEU, *Sur l'État, cours au Collège de France, 1989-1992*, Seuil Paris, 1992, p. 523.

²² Dans le domaine de l'affirmation des « principes » ou des « principes généraux du droit » cette posture est évidente : « *les principes généraux du droit apparaissent dès lors comme des normes jurisprudentielles créées par le juge – administratif le plus souvent mais aussi le cas échéant par la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel – à partir des conceptions idéologiques de la conscience nationale et/ou d'une masse de textes constitutionnels, internationaux ou législatifs [...]* » : cf. P. -L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Domat droit public, LGDJ, 10 éd., p. III.

²³ Conformément à la Loi de Hume.

effective²⁴. Il y a là un pragmatiste qui s'enracine dans un jugement de valeur sur l'action du juge administratif à l'égard de la société mais qui manifeste un raisonnement circulaire.

La « politique jurisprudentielle » du juge administratif ne serait ainsi que « politique » et « politique des valeurs » ?²⁵

Cette réponse nous semble particulièrement dangereuse, car il apparaît alors délicat pour la doctrine de critiquer l'action du juge administratif : le risque, en effet, est : soit de se voir opposer un « confit de valeurs »²⁶ ; soit de s'enfermer dans une critique purement formelle dans laquelle, finalement, ce qui fonde le droit positif c'est la décision judiciaire. Ce faisant, une telle approche nous apparaît empêcher la doctrine - en tant que discours sur le droit - de jouer son rôle [descriptif et non prescriptif]. Il est alors impératif de trouver d'autres sources de justification de l'action créatrice du juge et de la validité de cette action. Pour parvenir à cet objectif nous devons clarifier ce que nous entendons par validité.

II – Le développement de la validité formelle à la validité sémantique et à la validité pragmatique : la logique comme sortie du piège.

Pour parvenir à sortir de ce piège logique il est nécessaire de percevoir que la forme du droit se trouve dans les modalités spécifiques de son « existence ». Celles-ci se manifestent sous la forme de la validité conformément à trois espèces qui ne sont pas réductibles à un même genre. La validité exprime ainsi trois dimensions de l'être du droit : ses énonciations [les actes déontiques], ses énoncés [les syntagmes déontiques], ses propositions [les états de choses déontiques]. Par ces trois dimensions le droit forme la réalité et engendre dès lors une relation spécifique avec la vérité qu'il énonce. Traditionnellement seule la validité sémantique, celle qui découle des syntagmes, se présente comme assimilable ou l'*analogon* de la vérité classique. Cependant, cette vérité est parfaitement récursive et n'offre pas « en soi » une piste pour appréhender une sortie du piège logique que nous avons mis à jour. Il sera donc nécessaire d'envisager d'autres réponses. La plus pertinente nous apparaît résider dans l'idée selon laquelle la forme du droit logeant dans son existence c'est l'être même de l'acte d'énonciation qui est susceptible de donner consistance à la vérité de la création jurisprudentielle : cette création manifeste (ou non) un accord non pas sur un concept mais sur des critères logiquement antérieurs à celui-ci.

²⁴ Sur cette évolution du droit et en particulier du droit administratif : P. MOOR, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Bruylant, LGDJ, 2010, pp. 135-162. Pour le droit administratif : *Droit administratif*, vol. 1 et 2, Berne, Stampfli, 3^e éd. Pour le volume 1 avec A. Fluckiger et V. Martenet, 2012 ; et pour le volume 2 avec E. Poltier, 2011 ; *Perméabilité du système juridique : essais sur le droit de l'État de droit*, PUL, 2016. Le droit administratif selon P. Moor a fait l'objet de trois « moments » qui s'articulaient et apparaissaient comme « réciproquement nécessaires ». Un « droit administratif de police » a été remplacé par « un droit administratif de gestion » et ce dernier cède aujourd'hui la place à « un droit administratif de redistribution ». Ce dernier a pour objet la prise en compte d'intérêts nouveaux – une sorte de redistribution des « communs » : l'environnement, l'éducation, l'énergie. Traditionnellement, ce droit était davantage le droit de l'État que l'affirmation de l'État de droit et se manifestait sous une forme politique. Sa rationalité n'était pas simplement de stabiliser les attentes normatives de comportement, mais d'apporter une légitimité au discours juridique par la voie législative. Ce paradigme apparaît actuellement en crise et la dimension politique de légitimité est concurrencée par le sous-système économique. Les intérêts publics ne se développent plus parallèlement et ne se hiérarchisent plus sous la légitimité du politique, mais se chevauchent et s'offrent à une logique de pondération ; l'universalité et la précision de la norme cèdent la place à la prise en compte « du terrain » et à une mise en œuvre engendrant une inversion de la pyramide des normes par la concrétisation de celles-ci ; les règles reculent devant l'empire des principes.

²⁵ Une source de la validité des normes entendue comme existence spécifique se trouve dans la philosophie de Rudolph Hermann Lotze, dans le néo-kantisme et dans la philosophie des valeurs (en particulier chez Heinrich Rickert, Wilhelm Windelband, Bruno Bauch, Emil Lask), en axiologie (pour laquelle je renvoie au plus éminent des représentants en philosophie contemporaine, Robert Schirokauer Hartman).

²⁶ Cette approche explique l'usage dans le cadre du contentieux administratif de la technique du balancement des principes. Il est à noter qu'il s'agit finalement là d'une transposition de la distinction entre règles et principes si les règles impliquent une acceptation ou un refus de la proposition normative qu'elles véhiculent les principes quant à eux serait dépositaire d'un poids qui devraient être mis en balance lorsque le principe s'oppose à un autre principe. Naturellement cette technique d'usage fréquente offre un ultime intérêt au bénéficiaire du juge : elle lui accorde encore plus de possibilité de créer du droit.

A – *La pluralité logique du concept de validité*. Il est donc nécessaire, préalablement, d'avoir une vision nette de ce concept juridique²⁷.

La validité semble pouvoir se décliner de la manière suivante²⁸ : il peut s'agir d'une validité qui se présente comme soit « formelle », soit « matérielle », soit « axiologique ».²⁹ On comprend que la validité au sens « juridiquement traditionnel » du terme se manifeste avec la « validité formelle ».

S'opposent ainsi une validité qui serait appréhendée à partir de ses causes (les valeurs : validité axiologique) ou de ses effets (l'effectivité : validité matérielle) et une validité qui est sérieusement prise pour ce qu'elle « est » : l'existence de la norme dans l'ordre du droit (validité formelle). Celle-ci [l'existence] n'est pas alors un attribut de la validité, mais se trouve être la validité elle-même. Cependant, cette validité formelle se referme logiquement sur la norme qui la concrétise la décision judiciaire.

Comme l'a démontré - selon nous de manière définitive - le professeur Conte, cette approche, pourtant classique, de la validité sous la forme de trois « espèces » appartenant à un même « genre » suscite une embarrassante illusion. En fait, il s'agit de trois « genres » différents et non de trois « espèces » d'un même genre. En effet, ces trois approches de la validité se prédisent de façon assez nette d'objets différents. Par exemple, si à partir d'un énoncé normatif il est possible de mettre en œuvre une analyse conforme aux termes de la « validité formelle » il sera impossible de dégager sur les mêmes prémisses une analyse selon les termes de la « validité axiologique ».

En ce sens, clairement, les trois approches rendent compte de trois « genres » différents qu'il faut distinguer : il y a là, ce que le professeur Conte présente comme une approche « syntagmatique », « sémantique » et « pragmatique » de la validité.

Cette approche théorique nous apparaît être d'un intérêt extrême, non seulement dans la perspective théorique de la construction d'une phénoménologie de la validité, mais aussi et peut être surtout afin de clarifier les diverses manifestations de l'action du juge dans sa découverte de nouvelles entités juridique.

La validité telle qu'elle est habituellement prise comme argument pour légitimer en droit positif l'existence d'une norme prend la forme de la validité formelle. Cette approche de la validité se manifeste comme syntagmatique. C'est cette approche qui est utilisée comme argument par le juge administratif. Il serait, en effet, surprenant au regard de sa recherche nécessaire de légitimité que le juge affirme « ouvertement » qu'il décide sur la base de valeurs ou de la reconnaissance de l'effectivité de diverses règles déjà présentes dans une société – et cela même si c'est bien souvent ce qu'il semble faire au-delà de la rhétorique judiciaire classique³⁰.

La ligne argumentative officielle du juge réside donc dans sa volonté de s'ancrer dans une validité syntaxique alors que bien souvent - *de facto* - ce qui est réalisé c'est : soit la référence à un acte (libre pas nature), soit une référence expresse à un énoncé linguistique qui supporte une norme (par nature sans signification préalable). La dimension formelle et syntaxique offre ainsi de masquer les aspects

²⁷ La validité est la modalité d'existence de la norme dans l'ordre du droit selon la formule célèbre de Kelsen. Celui-ci énonce l'équivalence entre validité et existence dans *Recht und Logic* de 1965. Il observe la validité c'est l'existence c'est l'existence spécifique des propositions prescriptives. Sur cette question cf. le texte précité du professeur Conte qui mène une étude serrée de cette question : A. G. CONTE, « In margine dell'ultimo Kelsen », *op. cit.*

²⁸ Il faut également distinguer la validité *de* l'ordre juridique et la validité *dans* l'ordre juridique : les deux éléments sont naturellement liés.

²⁹ Sur ces distinctions : A. G. CONTE, « Minima deontica », *filosofia del linguaggio normativo*, II, *op. cit.*, pp. 357-407. Également l'entrée « validité » dans *Novissimo Digesto italiano*, Torino, UTET, vol. XX, 1975, pp. 418-425. Nous nous appuyons dans ce point 3 sur les analyses du concept de validité dans ces différentes dimensions sur les analyses opérées par le professeur Conte qui nous apparaissent comme la référence à l'égard de l'analyse logique des différentes implications du concept.

³⁰ Le besoin de trouver une référence textuelle à ses créations se présente comme de plus en plus comme une contrainte argumentative.

pragmatique et sémantique de l'action du juge administratif. Il y a là une sorte de déni volontaire, à l'égard du réel³¹, de son action au bénéfice de la forme du droit³².

Lorsque le juge par un « acte de langage déontique » engendre un « *status* juridique » [un « état de choses » juridique ou déontique] il met en œuvre une validité qui est pragmatique et lorsqu'il découvre la signification d'un énoncé linguistique par rattachement à ce qui existe dans le monde il opère une action sémantique qui ne peut être appréhendée que par une approche elle-même sémantique de la validité.

La validité formelle ou syntaxique, quant à elle, ne s'attache qu'à l'analyse des *status* juridiques (qui sont engendrés par des actes performatifs déontiques) à l'intérieur de l'ordre juridique.

Clarifions les choses : le juge administratif réalise des actes de discours qui engendrent des *status* déontiques qui font l'objet d'un examen propre à une validité formelle (syntaxique) et qui peuvent être apprécié sémantiquement sur la base d'un rapport entre l'énoncé déontique et la réalité du *status* déontique.

Cette clarification est nécessaire car ce qui dans le discours dominant justifie l'action du juge administratif dans son œuvre de création - est qui est généralement reconnue comme une qualité par les divers commentateurs - c'est le réalisme d'un juge qui « juge de l'administration » connaît celle-ci et ses besoins et apparaît alors comme doté d'un grand pragmatisme et réalisme au regard de sa mission.

Ce qui légitime son rôle c'est donc sa capacité à engendrer des « schémas d'actions » et des « schémas d'interprétation » pertinents. C'est sa capacité à être dans le monde et à agir sur lui. Ce qui valide l'action créatrice du juge administratif c'est le fait qu'il soit capable de rendre l'action possible ou intelligible et qu'il offre certaines explications valides à l'égard du monde de l'administration. On retrouve là, d'une certaine manière, la distinction célèbre du professeur Amselek entre la norme comme instrument de mesure du possible et le commandement (ce qui est mis dans la main afin que celui qui se voit doté de la chose puisse prêter l'oreille à ce qu'elle évoque comme mesure).

Les entités engendrées par le juge administratif doivent, dès lors, se conformer d'une certaine manière à la réalité au sein de laquelle elles doivent jouer : c'est ce qui fonde le caractère pertinent de la création conceptuelle du juge administratif.

L'exemple de la construction de l'acte décisoire. Prenons un exemple afin de rendre compte des diverses dimensions de cette approche complexe de la validité : lorsque le juge administratif cherche à caractériser l'existence d'un acte décisoire³³. Il va développer ce « concept » en faisant jouer son « extension ». Il estime, ainsi, que l'acte décisoire est un acte individuel et qu'il a un caractère décisoire qui se manifeste dans le fait que la volonté de l'administration est susceptible d'engendrer une modification dans l'ordre juridique. L'enveloppe conceptuelle, comme toujours, est dans notre exemple singularisée par deux dimensions : la « compréhension » du concept (les attributs de celui-ci) et « l'extension » de celui-ci (les actes qui sont susceptibles d'être inclus dans cette enveloppe conceptuelle et ceci conformément à la compréhension du concept). Ces deux dimensions sont inversement proportionnelles : plus la compréhension est développée moins l'extension est forte et moins la compréhension est développée plus l'extension est grande. Lorsque le juge décide, au fil de sa jurisprudence, d'affiner sa définition du concept : il réalise plusieurs actions simultanées qui se présentent comme pragmatique, syntaxique et sémantique.

³¹ La conception sémantique de la vérité sémantique que nous recherchons se distingue d'une vérité sémantique qui serait appréhendée comme *consensus* [une conception pragmatique de la vérité sémantique] ou comme *cohérence* [une conception syntaxique de la vérité sémantique].

³² L'embarras semble ici se manifester dans l'oubli du fait selon laquelle la forme spécifique du droit c'est son existence.

³³ « La décision administrative donnant à l'administration le privilège du préalable règle fondamentale du droit public est au sein des actes unilatéraux une décision qui modifie l'ordre juridique existant, confère des droits aux particuliers ou met des obligations à leur charge », In J. MORANT-DEVILLER, P. BOURDON, F. POULET, *Droit administratif*, LGDJ, 15 éd., 2017, p. 392.

L'énonciation³⁴ de la décision juridictionnelle, elle-même, qui décide de réduire ou de développer le concept est un acte. Plus précisément encore c'est un acte qui engendre la présence d'un *status* juridique (d'un état de choses). Lorsque, par exemple, le Conseil d'État juge que les mises en demeure de l'administration ne sont pas constitutives de décision lorsqu'elles se présentent comme de simples invitations et qu'il en va autrement lorsqu'elles sont assorties de sanctions ou qu'elles fixent un délai dans lequel l'intéressé devra se conformer à ce qui lui est demandé [cf., CE, 25 janvier 1991, *Confédération nationales des associations familiales catholiques*] il produit un *status* déontique. Il produit une situation juridique. La validité de cet acte ne pourra logiquement être appréciée qu'en termes de validité pragmatique [l'acte devra nécessairement être conforme à son concept ou il devra être conforme à une éventuelle norme hypothético-constitutive].

Par exemple : il est propre au concept même de la décision judiciaire de trancher un litige comme il est inhérent au concept de promesse de ne pas être prometteur pour le passé etc.

Ce que l'acte engendre c'est un *status* qui va être posé par l'énoncé. La validité syntaxique (ou formelle) va prendre à ce moment le relais. Les énoncés peuvent être déontiques proclamatifs ou déclaratifs.

L'énoncé *pose* un « état de choses normatif » qui devra être valide au sens formel du terme. Il sera ainsi nécessaire de trouver une norme d'un degré supérieur permettant de valider l'existence de l'énoncé et de la proposition qu'il supporte. Il faudra ainsi trouver des normes d'habilitations offrant au juge et à l'administration le cadre de son pouvoir. Il sera alors nécessaire de se reporter aux textes qui concernent par exemple les circulaires ou les directives³⁵, etc. de même il sera nécessaire de se reporter aux textes qui définissent l'office du juge³⁶. C'est à ce niveau que joue pleinement l'idée selon laquelle l'existence de la norme est *dans* et *par* le système juridique et ceci conformément à une définition de la validité qui est largement récursive.

B – *La tautologie exprimée par la validité sémantique.* L'inscription revendiquée de la fonction réaliste et pragmatique du juge dans le monde se manifeste régulièrement par l'affirmation selon laquelle le juge rend compte et élabore la « vérité judiciaire ». Celle-ci se dégage d'une certaine perception de la validité sémantique dont elle est l'*analogon*. La validité sémantique n'étant dès lors que la vérité de l'énoncé déontique.

Traditionnellement, on appréhende cette vérité de l'énoncé dans la conformité à la dénotation comme rendant compte de la présence d'un objet du monde [le mot chat par exemple dénote un animal etc.].

Par exemple : l'énoncé « perspective monumentale » se réfère ou dénote une certaine avenue avec une certaine qualité de vue³⁷.

Cette approche classique de la dénotation est cependant délicate à mettre en œuvre dans le cadre du droit et en particulier du droit administratif car les concepts juridiques engendrent bien souvent la réalité sur laquelle ils portent. C'est ce que démontrent les travaux inhérents à ce qu'on présente comme se rapportant à l'ontologie sociale.

³⁴ Il s'agit d'un acte de production d'un énoncé. L'énonciation comme acte de production linguistique s'oppose dans le cadre de la linguistique à l'énoncé qui est le résultat de cette production. En ce sens, l'énonciation peut apparaître comme l'actualisation des phrases dans le cadre d'une situation spécifique

³⁵ Sur ces questions : B. DEFOORT, *La décision administrative*, LGDJ, 2015 ; G. KOUBI, *Les circulaires administratives*, Economica, 2003...

³⁶ Cf., *Code de procédure administrative, code des relations entre le public et l'administration*, Lexis Nexis, 2018, 2 éd..

³⁷ Naturellement le piège serait de croire que c'est la chose en soi que va saisir le juge dans son œuvre de qualification juridique mais c'est la chose en tant qu'elle est appréhendée dans une certaine thématique comme nous le verrons par la suite.

En outre, au-delà même de cette absence de dénotation, certains auteurs estiment qu'il n'est pas possible de déterminer la « vérité » d'énoncé prescriptifs³⁸. La réfutation est possible mais elle impose soit d'accepter l'idée d'une réalité déontique soit une définition tautologique de la dénotation.

Il nous paraît souhaitable de répondre à ces deux questions en notant, d'une part, que l'objet de la dénotation est (dans une perception contemporaine de la vérité sémantique) un autre langage différent de celui de l'énoncé dont on recherche la vérité (en ce sens la vérité en droit est non *de re* mais *de dicto*) et, d'autre part, que l'énonciation performative d'un énoncé déontique prescriptif produit thétiqument (il pose) le status déontique exprimé par l'énoncé déontique prescriptif et engendre par cela même la vérité *de dicto* de cet énoncé. Pour reprendre la formule du professeur Passerini les normes vraies sont ainsi des vraies normes. Cette vérité est donc tautologique.

Ce faisant nous avons certes la possibilité d'envisager cette vérité sémantique mais celle-ci étant récursive elle ne nous offrira rien d'autre qu'une tautologie : absolument vraie mais vide de connaissance.

Cette approche sémantique de la vérité ne semble pas ainsi susceptible de légitimer l'action du juge administratif.

C – Le recours à une validité pragmatique. Ce que démontre cette analyse de la « validité sémantique » c'est que le droit participe à la création de ce sur quoi il porte. En ce sens, la relation à la vérité, peut-être la plus pertinente doit être recherchée dans un réalisme philosophique soucieux, sans métaphysique, de penser convenablement ses relations à la réalité (c'est-à-dire au caractère élaboré de celle-ci) et à l'objectivité (en récusant de la sorte un certain relativisme). Si la forme du droit réside dans son « être » et dans son « existence » il faut accepter l'idée selon laquelle il est à lui-même la norme de la réalité qu'il engendre. S'agissant de l'objectivité, elle se présente dans l'acceptation de l'idée selon laquelle on ne peut penser que ce qu'on est « capable » de penser. Il s'agit d'entendre ici le fait selon lequel je ne pense que dans une situation donnée - qui est le « format » de ma pensée. Si la pensée n'accède pas à la chose mais l'engendre, il ne m'est pas possible alors de penser à la chose sans cette architecture de pensées³⁹. Cette réalité est objective même si les formats peuvent être relatifs⁴⁰.

Dans l'invention du juge au sein de l'espace contentieux deux aspects se manifestent : le sens de sa décision qui est la manière spécifique dont il va se saisir du problème et la signification de celle-ci [ce qu'elle dénote] qui se présente comme le format spécifique dans lequel le problème est apparue comme

³⁸ Comme le professeur L. Passerini Glazel le démontre il est possible à la suite des travaux du professeur A. G. Conte de distinguer la situation suivante : deux concepts du vrai se manifestent [vérité *de dicto* et vérité *de re*]. La vérité *de dicto* est celle qui se prédique d'énoncés alors que la vérité *de re* se prédique quant à elle de choses. La thèse répandue selon laquelle les normes ne peuvent être appréhendées comme vraies ou fausses portent sur la vérité *de dicto* des normes. Cette thèse est cependant niée par Kalinowski et par Conte. Pour Kalinowski il existe une réalité déontique qui existe avant les normes. L'analyse de Conte, quant à elle, ne repose pas sur l'existence d'une telle réalité déontique : selon lui, les normes sont des énoncés qui se vérifient eux-mêmes sur la base d'une sorte de performativité rétroactive. L'énonciation performative d'un énoncé déontique prescriptif produit thétiqument (il pose) le status déontique exprimé par l'énoncé déontique prescriptif et engendre par cela même la vérité *de dicto* de cet énoncé. Cf., A. PASSERINI GLAZEL, *Atto, norma, tipo : tra pragmatica e ontologia del diritto*, Aracne éd., 2012 et plus spécifiquement « norme vere, vere norme », pp. 211-219.

³⁹ Cf., Sur ces questions la réflexion très riche développée sur le concept de normes constitutives et ceci aussi bien dans le cadre de la philosophie classique depuis Kant en passant par Wittgenstein que dans le domaine du droit : Johannes Thomae (1840-1921) ; Edmund Husserl (1859-1938) ; Max Weber (1864-1920) ; Ferdinand de Saussure (1857-1913) ; Ernst Mally (1879-1944), le premier des inventeurs de *deontisch* et de la *Deontik* ; Hans Kelsen (1881-1873) ; Czeslaw Zna Mierowski (1888-1967) ; Ludwig Wittgenstein (1889-1951) ; Antonino Pagliaro (1898-1967) ; Alf Ross (1899-1979) ; John von Neumann (1903-1957) et Oskar Morgenstern (1902-1977) ; Max Black (1909-1988) ; Georg Henrik von Wright (1916-2003) ; John Rawls (1921-2002).

⁴⁰ Il est évident que la vérité suppose la réalité mais que la réalité ne suppose pas la vérité.

important. Dans et par le « sens » d'une décision quelque chose est atteint qui se tient au-delà de la pensée : la « signification » de la décision.

Le « sens » d'une disposition - découverte ou inventée par le juge - serait ainsi sa visée intentionnelle. La manière particulière dont l'opérateur juridique est conduit à penser la relation juridique dans une situation donnée avec pour objectif de parvenir à rendre une décision. Conformément à cette analyse, la dénotation (à la différence du sens) pourrait se présenter non pas comme un objet du monde que la norme va instituer au titre d'un état de choses mais comme le cadre de référence dans lequel la question est amenée à se poser : son horizon singulier d'apparition et d'énonciation.

La norme exprimée par le juge manifeste cette réalité découverte par la philosophie selon laquelle la pensée exprimée par le langage n'accède à aucune réalité « vraie » mais norme dans la réalité ce qui compte dans un contexte donné et permet de nous orienter et de mesurer ce qu'il est possible de faire. Je ne peux penser que la chose « telle qu'elle » est pensée⁴¹. Le juge dans son activité normative réactive cette idée selon laquelle chaque situation implique sa propre mesure [et donc sa propre norme apte à saisir ce qui est important : ce qui compte dans cette situation].

Le format est la manière dont va être thématifiée la création jurisprudentielle : cette thématisation se réalise par l'acquiescement sur les *critères* de ce qui est important.

Dans le cadre du contentieux nous ne manifestons, de fait, que des désaccords, en quelque sorte, périphériques ou marginaux sur les critères de ce droit⁴². Les évolutions conceptuelles et les revirements de jurisprudence et les créations inhérentes à ceux-ci expriment cette prééminence du *critère* sur le *concept*. Le désaccord sur les critères offre la possibilité de remettre en cause la pertinence du concept.

Il convient de noter que les critères ne permettent pas tant de nous doter d'une certitude sur la réalité d'une chose que d'identifier ce qu'est cette chose afin de mieux « nous repérer ».

En ayant recours aux critères, on ne cherche pas à expliquer, ou à *prouver* le fait que nous nous sommes accordés entre nous dans les mots (et donc dans des formes de vie). On *décrit* seulement autrement le même fait ; ou plutôt, il y a un recours possible lorsque l'accord est menacé, ou perdu. Nous avons recours aux critères officiels lorsqu'il faut établir des jugements de valeur ; mais nous avons recours aux critères tels qu'ils sont appréhendés par Wittgenstein lorsque « nous ne savons pas où nous en sommes », lorsque nous sommes perdus par rapport à nos mots, et au monde qu'ils anticipent. Nous cherchons alors à nous retrouver nous-mêmes en découvrant et en déclarant les critères sur lesquels nous sommes en accord.⁴³ L'attention portée sur l'ordinaire du contentieux serait à même de faire apparaître ce que le quotidien du contentieux occulte : il s'agit de la manifestation d'une tendance sceptique [au sens de la philosophie américaine] propre au langage qui implique qu'avec l'usage quotidien de celui-ci se manifeste un pouvoir de répudiation de sa capacité à dire le monde « tel qu'il est ». En ce sens, qui n'a jamais été ainsi surpris en redécouvrant l'étrange capacité heuristique d'une étymologie au bénéfice de sa compréhension du monde ? Le droit comme langage de spécialité exprime parfaitement cette réalité langagière : les « règles constitutives », par exemple, expriment clairement cette occultation. Le droit serait, par l'entremise de ces dernières, capable d'engendrer la réalité sur

⁴¹ Sur ces questions : J. BENOIST, *L'adresse du réel*, Vrin, 2017.

⁴² Comme l'énonce Wittgenstein : « Nous jugeons une action d'après son arrière-plan dans la vie humaine [...]. L'arrière-plan est le train de la vie », WITTGENSTEIN L. (1980), *Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie*, I et II, éd. G.E.M. Anscombe et G.H. von Wright, Oxford, Blackwell, tr. fr. par G. Granel, Mauvezin, TER, 1989, 1994. §§ 624-625.

⁴³ S. CAVELL S. (1979), *The Claim of Reason*, New York, Oxford University Press, 1979, tr. fr. par S. Laugier et N. Balso, *Les Voix de la raison*, Paris, Le Seuil, 1966, p. 71. Pour une analyse typiquement juridique de cette différence entre le poids ontologique des normes constitutives et des normes régulatrices : W. ELANIEC, « Sull'idea stessa di regola costitutiva », in *Ontologia sociale, Potere deontico e regole costitutive*, P. DI LUCIA (dir.), Quodlibet, 2003, pp. 155-179. Cette analyse est d'une particulière importance pour le droit administratif et ses évolutions contemporaines telles qu'elles ont été mises en perspective dans la note n° 24. Cette approche offre une grille d'analyse qui nous apparaît comme pertinente à la mise en œuvre des normes techniques qui prolifèrent au sein du droit administratif.

laquelle il porte. Cependant, même avec ces règles dites constitutives le support ontologique de ce qui est institué reste toujours présent - et plus ou moins déterminant. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple même un système quasiment autoréférentiel comme un jeu [par exemple les échecs] doit supposer un objet susceptible d'endosser le rôle engendré par la règle constitutive. Les règles, par nature [par nécessité grammaticale] doivent être suivies dans le monde et vis-à-vis de celles-ci se manifeste une échelle d'influence du support ontologique de la norme qui fait que certaines règles [celles qui sont dites techniques ou régulatrices] sont fortement influencées par le support ontologique alors que les règles dites constitutives ont un support ontologique plus maigre. Cependant, à chaque fois, le lien avec le monde et avec une certaine forme de vie dans laquelle le droit et les règles sont mis en œuvre se manifeste : comment pourrait-il en être autrement.

Il s'agit ainsi pour les opérateurs juridiques avec le contentieux, essentiellement, de critiquer des conventions, des règles... et finalement, principalement les « concepts » qui permettraient jusqu'à présent de conforter - ou de réassurer - notre accord dans le langage juridique. C'est la cohérence des concepts et des critères préalables sur lesquels nous nous accordons qui souvent reste ordinairement invisible.

Parfois cet accord, du fait du caractère tautologique du droit positif, nécessite d'être réinterprété et cette action de renégociation ne pourra intervenir que de l'intérieur du schème conceptuel adopté. Ce qui se présente, dès lors, à l'examen dans le cadre du contentieux, c'est la difficulté inhérente à notre participation véritable à cette « conversation de justice »⁴⁴ et cependant essentielle au regard de notre accord social⁴⁵ telle qu'elle a été parfaitement analysée par Cavell sur la base des travaux de Rawls⁴⁶. On comprend que la validité et l'effectivité du droit positif résident dans cette dimension pragmatique et dans la possibilité, pour le droit, de pouvoir répéter ainsi inlassablement sa réalité.

Au total ce que nous fait apparaître cette clarification à l'égard de la validité et cette réflexion sur la possibilité de développer une critique sur le rôle du juge c'est que l'ordinaire d'une « forme de vie » a toujours le pas sur la raison juridique. Si une décision porte à la discussion et que cette dernière se développe c'est bien souvent que le « schéma », le « format », le « thème », choisit par le juge et le « concept », le « sens », la « prise cognitive », qui est sur cette base réalisée par le juge est une violence faite par celui-ci non pas à la réalité mais à la forme de vie à laquelle il participe et au cœur de laquelle il est censé placer son énonciation déontique. C'est finalement que l'acte pragmatique susceptible de générer un status juridique par le caractère thétique de l'énoncé est invalide soit à l'égard du concept qu'il développe soit de la norme hypothético-constitutive qui devrait légitimer son action.

On peut être déçu d'une telle conclusion au regard de l'appareil mobilisé pour y parvenir et certains diront qu'il ne s'agit là que de « bon sens »⁴⁷ encore faut-il en faire bon usage c'est tout le défi d'une validité pragmatique.

⁴⁴ Sur cette question : S. CAVELL, « La conversation de la justice : Rawls et le théâtre du consentement », in *Qu'est-ce que la philosophie américaine*, Paris, Gallimard, coll. Folio essais, p. 369.

⁴⁵ Sur cette question les travaux importants de S. LAUGIER à partir de l'œuvre de S. Cavell sur conversation et démocratie. Nous nous contenterons de citer le chapitre IV de l'ouvrage *Recommencer la philosophie : Stanley Cavell et la philosophie en Amérique*, Vrin, collection Philosophie du présent, 2014, pp. 147-178. Également D. LORENZINI, *Éthique et politique de soi ; Foucault, Hadot, Cavell et les techniques de l'ordinaire*, Vrin, coll. « Problèmes et controverses », 2015.

⁴⁶ S. CAVELL, « La conversation de justice... », *op. cit.*. L'idée qui se dessine est celle qui sera reprise ensuite dans l'étude des comédies de remariage. « Ce qui projette l'idée que ce qui constitue un mariage ne se trouve pas, pour ainsi dire à l'extérieur du mariage (dans l'Église, l'État, la satisfaction sexuelle, ou la promesse d'une progéniture) mais dans la disposition à répéter la reconnaissance de sa réalité, comme si tout mariage authentique était un remariage ». *Op. cit.*, p. 374.

⁴⁷ « Le bon sens est la chose la mieux partagée car chacun pense en être si bien pourvu, que même ceux qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose, n'ont point coutume d'en désirer plus qu'ils en ont. En quoi il n'est pas vraisemblable que tous se trompent ; mais plutôt cela témoigne que la puissance de bien juger, et de distinguer le vrai d'avec le faux, qui est proprement ce qu'on nomme le bon sens ou la raison, est naturellement égale en tout homme ; et qu'ainsi la diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverses voies, et ne considérons pas les mêmes choses. Car ce n'est pas assez d'avoir l'esprit bon, mais le principal est l'appliquer bien. »

