

Pierre Moor

**Après une lecture de Benoît Plessix,  
*Droit administratif général***

L'ouvrage qui nous réunit autour de cette table est d'une richesse impressionnante. D'abord d'un point de vue strictement juridique, il expose avec la plus grande clarté les questions que je dirais purement – techniquement – de droit positif, en les éclairant sous un jour qui ne relève pas seulement du droit positif. Il les replace dans leur évolution à partir de leur origine historique – leur « généalogie » comme dit l'auteur ; il y a là une mine d'informations considérable, notamment sur les cheminements parcourus par la jurisprudence et la doctrine. Mais on y lit aussi de très nombreuses analyses des idéologies, voire des mythologies sous-jacentes à l'œuvre dans la constitution de ce qui s'est construit comme droit administratif général. L'auteur ne se contente pas de réfléchir l'état actuel du droit, il réfléchit constamment aussi sur ce droit, dont il ne reproduit pas simplement les configurations positives.

Si un auteur réfléchit, il amène le lecteur à réfléchir lui aussi. Mon intervention ne consistera donc pas à relever des points critiques, des lacunes, des thèses sujettes à discussion. Je préfère poursuivre certaines des réflexions de l'auteur, même si c'est dans une direction à laquelle il ne pouvait pas s'attendre. J'aborderai trois points. Le premier a rapport au droit administratif comparé, le deuxième vise une approche plutôt politologique de l'activité normative, et le troisième concernera la théorie du droit. Cependant, il convient de remarquer préalablement que le droit administratif est une discipline d'excellence pour ces approches, pour au moins deux raisons.

La première est qu'il est impossible de le comprendre réellement en faisant l'impasse sur sa mise en œuvre et la connaissance des terrains sociaux, économiques, écologiques, etc., dans lesquels il doit s'appliquer : c'est là sa matière, et cette matière rétroagit sur sa consistance, parce qu'il est un droit de l'action (ce sur quoi l'auteur insiste à juste titre fréquemment). La seconde raison tient à l'histoire de son développement ; quoique celui-ci ait eu lieu dans la période, dans la théorie du droit, du triomphe du positivisme légaliste, les structures profondes du droit administratif se sont mises en place en dehors de toute codification, essentiellement par l'œuvre conjointe de la jurisprudence et de la doctrine. Nous allons retrouver ces deux raisons dans chacun des points de mon intervention, elles en forment l'esprit.

## **I. QUELQUES MOTS SUR LE DROIT COMPARÉ**

Donc, tout d'abord le droit comparé. Puisque je suis le seul étranger à la Table Ronde, je suppose que vous vous attendez à ce que j'intervienne surtout dans ce domaine. Vous allez être déçus, car je me contenterai à ce sujet de faire quelques

observations générales. En effet, les commentaires que je serais autrement en mesure d'apporter ne concerneraient que des points trop techniques pour être d'un intérêt suffisant dans la présente circonstance.

J'ai été frappé par l'insistance, à de nombreuses reprises, sur le fait de la spécificité du droit français, ou sur la précision apportée aussi souvent qu'il s'agit du droit administratif « français » : « le droit administratif français tient à se présenter comme l'archétype parfait de la discipline juridique autonome, au plan tant de ses modalités que de son mode juridictionnel concret de mise en œuvre » (n° 525). Ou bien : l'interprétation du principe de légalité (réserve de la loi et suprématie de la loi) est « une illustration exemplaire de l'inclination objectiviste du droit administratif français » (n° 486).

Il est vrai qu'il en existe des spécificités. J'aimerais en relever une, qui relève sans doute plus de la rhétorique juridique que de la dogmatique : la référence fréquente, comme à un concept juridique, à la « Nation » ou au « Souverain » (toujours avec une initiale majuscule). Certes, la substance idéologique, voire mythologique de ces deux idées est hors de doute : mais, utilisés comme fondements, ne sont-ils pas juridiquement un peu encombrants, ne sont-ce pas des survivances dont la dogmatique du droit public français pourrait se passer ? En tout cas, il me semble que les droits que j'appellerai par la suite « germaniques » (Allemagne, Autriche, Suisse) n'ont pas recours à ce type de construction conceptuelle. Il y a à cet égard sans doute une analogie à évoquer avec le droit constitutionnel américain : comme en France, on cite des hommes politiques ou des textes législatifs de la fin du XVII<sup>e</sup> siècle ; c'est ainsi qu'on se réfère aussi aux États-Unis aux « Pères fondateurs ». De même, il y a des arrêts « fondateurs » : l'arrêt *Blanco*, l'arrêt *Marbury v. Madison*, auxquels on continue de renvoyer. Peut-être dans l'un et l'autre cas s'agit-il d'établir une permanence historique problématique à partir d'un événement révolutionnaire fondateur, continuité qu'il fallait marquer malgré toutes sortes de bouleversements – discontinuités politiques en France, flux migratoires de masse aux États-Unis et guerre civile (voir les n<sup>os</sup> 363 *sqq.*). Sans doute aussi les autres droits publics n'en ont-ils pas besoin, soit du fait de leur date récente (Allemagne, Italie), soit du fait de l'absence de bouleversements entre l'événement fondateur et aujourd'hui (Suisse). Peut-être aussi, il faut bien le concéder, y a-t-il une autre explication à pareille absence dans ces pays (dont le mien), à savoir qu'on n'est soi-même pas conscient des mythes qui nous constituent...

Autre observation sur les spécificités du droit français. Je ne suis pas toujours persuadé qu'elles soient si spécifiques. Prenons celle à laquelle il est le plus souvent fait allusion, celle de la dualité de juridiction. Elle existe aussi dans les droits germaniques, non pas, il est vrai, sous une forme organiquement aussi caractéristique, mais en tout cas du point de vue fonctionnel. Et alors des problèmes analogues à ceux du droit français s'y posent (par exemple distinction entre droit public et droit privé ; définition du pouvoir d'examen et de celui de décision ; définition des actes attaquables [actes internes ; actes matériels]). La différence réside essentiellement dans le rattachement organique aux organes judiciaires que je dirais ordinaires. Si je prends le cas de la Suisse, il y a des tribunaux administratifs qui statuent en première instance sur le contentieux des actes juridiques de droit public, et qui soit sont organisés de manière séparée des juridictions de droit civil ou pénal, soit constituent une cour ne statuant que sur le contentieux de droit public, par une voie de droit spécifique ; et c'est cette dernière solution qui est retenue pour la dernière instance, le Tribunal fédéral. Il existe donc des voies de droit spécifiques réservées au contentieux de droit public, tout comme le recours pour excès de pouvoir. Y a-

t-il alors, du point de vue de la fonction d'un contrôle juridictionnel une réelle différence ? Certes, l'origine historique de l'institution peut expliquer des différences de jurisprudence ou de régime : ainsi la large définition de la qualité pour agir en droit français par rapport à celle qui exige l'atteinte à un droit en droit allemand. Mais de telles différences peuvent s'effacer : ainsi, en droit suisse, la qualité pour recourir ne dépend plus de l'atteinte à un droit. En d'autres mots : les différences certes considérables dans l'organisation et le statut de la fonction ont-elles un impact substantiel quant à ce que les tribunaux administratifs produisent dans l'exercice de leur fonction, à savoir le droit administratif matériel ?

On pourrait aussi souligner la proximité entre le concept de service public en droit français et celui d'intérêt public dans les droits germaniques. L'« intérêt public » occupe deux fonctions. Tout d'abord, c'est un des critères de distinction entre droit public et droit privé. Ensuite, c'est l'un des critères de légitimation des activités publiques (pour la responsabilité de droit public, voir le critère voisin de tâche publique). Il me paraît que, sous l'un ou l'autre de ces deux aspects, on est très proche de la notion de « service public ».

Même observation pour le principe de proportionnalité. Ou pour ce qui est appelé « qualification juridique des faits » en rapport avec le pouvoir d'examen, ce qui est traité en droit suisse sous l'angle du concept de « notion juridique indéterminée » – je reviendrai sur le sujet plus bas. Ou enfin le principe de légalité, qui se subdivise également en un principe de la suprématie de la loi et un principe de la réserve de la loi.

Ces quelques observations m'amènent à la conclusion de cette première partie de mon intervention. Il existe certainement un droit administratif commun d'une partie au moins de l'Europe ; peut-être même existe-t-il des ouvrages qui en traitent. Ce serait en tout cas intéressant de faire figurer les idiosyncrasies de chacun de ces ordres juridiques sur la toile de fond des profondes similitudes de ce que j'appelle un « métatexte » commun, plutôt que, inversement, de trouver des similitudes sur des toiles de fond de différences. (J'appelle « métatexte » cette partie d'un ordre juridique sans portée normative, et qui est composée des notions, concepts, théories qui seules permettent de penser les normes.) Ainsi mises en évidence, les différences pourraient être expliquées en tant que telles, et non pas simplement comme idiosyncrasies nationales.

À cet égard, j'aimerais remarquer que le droit suisse, qui fait partie de l'ensemble germanique, est, pour les juristes français, une porte d'entrée aisée, grâce au simple fait qu'il y a une doctrine francophone.

## II. SUR LA DIFFICULTÉ DE LÉGIFÉRER ET LE DÉCLIN DE LA LOI

Deuxième partie de mon intervention. J'aimerais saluer la très fréquente référence, dans l'ouvrage, au droit administratif comme dirigeant des actions régies par des *finalités*. Et je mettrai cette caractéristique en relation avec les observations qui sont faites sur le déclin de la loi (n<sup>os</sup> 26 *sqq.*, 148). En quoi décline-t-elle, et pourquoi ? L'ouvrage le montre très bien, et je ne fais ici que le plagier.

Je n'ai pas besoin d'insister sur l'incroyable accroissement des interventions de l'État, depuis un demi-siècle, dans une multiplicité de secteurs, ni de m'arrêter sur leurs causes. Mais on doit en relever les impacts sur la technique législative. L'élaboration de la substance des lois obéit de plus en plus à une double détermination, précisément en ce qu'il est un droit des actions et qu'il obéit de ce fait à une logique

que j'appelle de l'action, par distinction de la classique logique conditionnelle qui caractérise (encore ?) le droit privé et le droit pénal. En effet, la substance des législations de droit administratif obéit à deux déterminations qui ne vont pas nécessairement dans le même sens. L'une est la juridique : faire entrer les normes nouvelles dans l'ordre juridique, donner forme juridique aux instruments que le législateur veut mettre en place. L'autre, qui devient de plus en plus importante, est celle qui se déduit des nécessités de cette action telle que l'État veut la mener dans un certain terrain (économique, écologique, financier, social), d'où découlent les instruments jugés propres à atteindre le résultat visé.

Il en résulte quelques conséquences. La première est que les lois sont conçues au premier chef par des spécialistes du terrain – économistes, biologistes, chimistes, urbanistes, etc., qui disposent de l'expertise du terrain. Les juristes servent seulement, disons pour caricaturer, à l'habillage. Et même : ces juristes, le plus souvent, sont eux aussi des spécialistes du domaine, dans la mesure où la compétence juridique requiert la connaissance de ce domaine. Il se développe ainsi des spécialisations juridiques (droits de la consommation, des télécommunications, des médias, de l'énergie, etc.). Le droit administratif se fragmente – ce à quoi la création d'autorités indépendantes contribue (de même que celle de masters spécialisés !), et il devient de plus en plus difficile de maintenir un droit administratif vraiment général.

Autre conséquence : la loi fait partie d'un ensemble plus vaste, qu'on qualifie aujourd'hui de « politique publique ». Et elle est évaluée sous cet angle, comme un instrument d'action parmi d'autres, avec une panoplie d'indicateurs, mettant en évidence sur le terrain (en tout cas on le croit) son efficacité, son effectivité, son efficience – bref son taux, pour ainsi dire, de réussite. Le droit administratif obéit ainsi à ce que j'appellerais une « obligation de résultat ». Et il y a un « retour » au législateur, car ainsi sont révélées les insuffisances, les lacunes, les défauts de son œuvre, ce qui provoque évidemment les modifications juridiquement (du point de vue de la stabilité du droit) trop fréquentes dont le législateur attend qu'elles y portent remède.

Encore une conséquence. L'adéquation au terrain, la nécessité de concevoir l'action en fonction de ses caractéristiques concrètes, individuelles exigent que, dans la phase de l'application, une certaine liberté soit laissée à l'administration, liberté sans laquelle il n'est pas possible d'adapter l'action à ce que requiert sa réussite. D'où la pléthore de réglementations et, dans la loi elle-même, de notions juridiques indéterminées, à faible densité normative (par exemple « état de la technique », « coût économiquement supportable », etc.), qui ne prennent sens que dans la phase et au moment de l'application (qu'elle soit réglementaire ou décisionnelle). Il y a inversion normative, le bas déterminant le sens du haut. La pratique administrative et la jurisprudence nove et innove constamment le sens de la norme légale.

À cela, du point de vue des administrés, le seul remède plus ou moins efficace est l'accent mis sur les garanties procédurales, aussi bien – sinon surtout – face à l'administration que dans les instances juridictionnelles.

### III. SUR LES SOI-DISANT « SOURCES DU DROIT »

Dernière partie de mon intervention, elle concerne la théorie du droit. Je partirai du concept de « sources du droit », et je me permets ce développement après avoir lu le n° 9 de l'ouvrage, où est justifié le fait de commencer le livre par l'exposé des

« sources » : si cela doit être expliqué, c'est peut-être précisément que tout cela n'est pas si clair. On notera déjà ici que la jurisprudence en tant que telle n'est traitée que plus bas (aux n<sup>os</sup> 533 *sqq.*), de même que la doctrine en tant que telle (aux n<sup>os</sup> 535 *sqq.*). J'aimerais m'arrêter – trop brièvement – sur ce point. D'ailleurs, je me demande s'il n'y a pas dans l'ouvrage une certaine distance critique, ainsi lorsqu'on lit entre les lignes la phrase à propos du normativisme : « ce courant de pensée qui professe que le droit n'est qu'un système de *production* de normes juridiques » (n<sup>o</sup> 9), ou « le normativisme reste un édifice spéculatif, une idéalisation de la vie juridique », si on entend par « idéalisation » une construction imaginaire qui ne correspond pas à la réalité (n<sup>o</sup> 10). D'ailleurs, à mon sens, le terme même de « production » doit être précisé pour être relativisé : pour le normativisme (et aussi pour le réalisme), il s'agit uniquement de la production formelle, et non de celle des contenus normatifs.

Je m'explique. Le normativisme kelsénien établit bien un système de production des normes jusque et y compris les actes individuels (également normatifs), mais la production y est envisagée uniquement comme un passage d'une compétence à une autre, donc uniquement sous l'aspect formel (le « dynamisme » que Kelsen revendique pour que sa théorie soit « pure »). Les phénomènes de production de sens sont complètement occultés (ils relèveraient de la politique), donc est ignorée la problématique des modalités de la production *matérielle* des normes (comment telle norme reçoit-elle tel sens ?) – la source normative matérielle. Pourquoi dis-je « occultés » ? Parce que l'ordre juridique ne réside pas seulement dans le jeu des compétences normatives culminant dans une « *Grundnorm* » dont, en fin de compte, le seul contenu normatif est qu'il faut obéir, à quoi qu'on obéisse.

La théorie kelsénienne, en fondant la validité des normes uniquement sur la compétence de leur auteur et non sur leur conformité matérielle aux normes supérieures, laisse une question ouverte : comment savoir si une autorité est valablement compétente sur la base d'une norme supérieure, sans interpréter le contenu de celle-ci ? Si, par exemple, une autorité n'est compétente que pour le contentieux des marchés publics, elle sera bien obligée d'interpréter la notion de « marché public » correctement pour être valablement compétente ; on ne peut donc évacuer la conformité matérielle de la validité.

Le normativisme porte toute son attention sur l'interprétation des normes, et non sur l'application, dont il néglige de faire la théorie. La théorie des sources occulte le passage de l'abstrait au concret en quoi consiste l'application : comment, par exemple, arrive-t-on à dire de manière convaincante que tel comportement concret au sens de l'article 1240 du Code civil est en relation de causalité adéquate avec le dommage ou constitue une faute ? que tel ensemble architectural est une « perspective monumentale » ? J'appelle application, pour faire bref, l'établissement de la mineure du (pseudo-)syllogisme juridique. Cette occultation empêche même d'ailleurs d'avoir une idée claire de ce qu'est la norme et de la différenciation à établir entre elle et son texte.

Pour reprendre le même exemple de la responsabilité civile : le texte n'a pas changé, mais la norme, elle, n'est certainement plus la même qu'en 1804. On peut mentionner aussi les revirements de jurisprudence, qui font changer la norme sans que le texte ne change, ainsi que certains arrêts célèbres dans le droit français : l'arrêt *Privatisations* du Conseil constitutionnel (n<sup>o</sup> 56), ou celui sur l'interprétation des causes de nullité du mariage, ou encore celui sur le dommage écologique.

On dit bien que la norme et son texte sont deux niveaux séparés, mais on s'arrête à la proposition énonçant que la norme est le sens du texte (ou de l'acte de

volonté qui adopte le texte pour créer la norme). Mais dire que la norme est le sens du texte ne revient pas à autre chose qu'à reformuler le texte original pour un autre, censé reproduire le « vrai » sens de la norme mieux que le premier. Et encore le « vrai » ne l'est que relativement, c'est-à-dire pour l'interprète autorisé à reformuler (le réalisme a raison sur ce point).

Et on peut observer que, souvent, les normes les plus essentielles sont celles qui ne prennent leur plein sens que particularisées en un ensemble de normes secondaires, produites individuellement par la jurisprudence, et cela même quand elles sont écrites. Cela est aussi bien vrai des normes constitutionnelles (y compris les droits fondamentaux, et parmi eux ceux fondés sur la CEDH) que pour celles qui valent à titre de principe général (bonne foi) ou sectoriel (ceux de droit administratif) et, en fin de compte, que pour certaines normes de droit privé (l'article 1240 du Code civil).

« Source » est une métaphore, et il faut se méfier des métaphores, car elles ont leur propre logique, qui n'est pas toujours la bonne. En l'espèce, elle conduit à identifier la naissance de la norme (c'est-à-dire l'adoption de son texte original) avec la norme elle-même. Je m'explique en utilisant la même métaphore, mais en la filant jusqu'au bout. Le Rhône a sa source en Suisse, dans le massif du Gothard : c'est la naissance du fleuve. Mais il est clair que le Rhône, à son embouchure dans la Méditerranée, contient bien d'autres eaux que celles qui sont issues du glacier : toutes celles de son bassin hydrographique – à tel point que son nom est en fait une figure de style, ou une commodité toponymique (je crois savoir que, par convention, les fleuves portent le nom du plus long des cours d'eau qui les alimentent). Si on compare, à quelque moment de son application, une quelconque norme à un fleuve, on doit bien observer que sa substance, comme celle du Rhône, a subi toute une histoire : elle a reçu des affluents, et l'article de loi qui a été adopté pour faire entrer la norme dans l'ordre juridique (la « source glaciaire ») est une référence métonymique pour désigner ce qu'elle est par la suite devenue grâce à tous les enrichissements qu'elle a reçus ; la norme devient de plus en plus riche au fur et à mesure de son histoire, elle est en constante expansion.

Au fur et à mesure du développement que connaît une norme dans son application, elle parcourt différentes étapes, passe d'une application à l'autre, chaque étape constituant une source. La norme elle-même – qu'il ne faut pas confondre avec son texte, comme on se plaît à le répéter, mais sans aller jusqu'au bout – continue sa « vie » propre dans son application même ; elle s'enrichit de toutes les normes particulières qui, adoptées par le juge, généralisent les solutions qu'il apporte à la solution des cas individuels (par exemple, qu'est-ce qu'un « acte fautif » dans les professions médicales ? etc.) et alimentent ainsi ce qui est issu de la source. Cette histoire est l'encyclopédie de la norme – par opposition à l'« interprétation », laquelle consiste à donner une (autre) formulation au texte lui-même, au même niveau d'abstraction (logique du dictionnaire) (j'emprunte cette distinction à Umberto Eco). Et cette œuvre judiciaire confère à l'exercice de cette fonction une dimension micro-politique, dans la mesure où les normes particulières ne sont pas nécessairement toujours déjà contenues dans la norme générale telle qu'elle a été imaginée au moment de l'adoption de son texte.

Cette encyclopédie est constituée par toutes les mineures qui ont été élaborées en référence au texte lui-même. Elles entrent dans l'encyclopédie (par opposition à un « dictionnaire ») de la majeure, comme un cas, et non seulement comme une concrétisation de ce qui aurait déjà existé comme abstraction. Dire, par exemple, que tel comportement est un « acte fautif » ne concrétise pas seulement la notion



de faute, mais ajoute quelque chose de nouveau à la norme – la « remplit », en quelque sorte : c'est une « découverte », au sens de trouver quelque chose de nouveau, et non pas de révéler quelque chose qui était simplement caché à la vue. Autre exemple, si la législation de protection des sites a été adoptée aux alentours des années 1900, les normes particulières qui ont protégé les constructions industrielles du XIX<sup>e</sup> siècle sont bien postérieures.

Cela mène à une tout autre conception de ce qu'est le droit. Non pas seulement un amas de textes normatifs, plus ou moins organisé – cet amas fait partie du droit, il n'est pas tout le droit, sinon il suffirait de savoir lire pour les mémoriser toutes les législations pour se prétendre juriste. Bien que certains en doutent encore, la jurisprudence fait partie du droit comme « source » en œuvrant à son expansion – comme déterminant de manière créative ce que la norme laisse dans l'indéterminé.

Cela me mène à la doctrine, dont il n'est question qu'assez bas dans l'ouvrage (n<sup>os</sup> 450, 535, 536 : peu de pages, en fait). Pourquoi ne pas en faire une source du droit ? Jalousie de la part des théoriciens pour leurs collègues, souvent plus prestigieux, de branches de droit positif ? Mais qui organise toutes les normes en un ensemble, qui en fait autre chose qu'une juxtaposition, voire un amoncellement de textes, sinon la doctrine ? Qui en fait un « ordre » ? Qui commente, synthétise, rationalise les séries d'arrêts ? Comment apprend-on le droit – en lisant les textes de lois et de jugements ou en suivant un cours et en lisant les manuels, traités, articles, etc., de la doctrine ? Le droit administratif serait-il ce qu'il est si on disposait uniquement du *Journal officiel* et du *Recueil Lebon* ? Tous les praticiens répondront, je pense, par la négative. Et je comprends, dans la doctrine, j'aimerais le souligner, toutes les divergences, contradictions, opinions dissidentes qui s'y expriment et qui font la vie et le développement (et l'intérêt !) du droit.

J'ajouterais enfin le « métatexte », grâce auquel le juriste peut « penser » le droit et les textes normatifs qui entrent dans l'ordre juridique.

Ce que j'appelle « métatexte », c'est le répertoire de tous les concepts, notions, mises en relations de notions et de concepts que le juriste emploie pour rédiger ses textes normatifs. Ce n'est pas un ensemble organisé et cohérent, une « science du droit » (au sens des n<sup>os</sup> 535 et 536), mais un répertoire, une encyclopédie. « Contrat », « responsabilité », « autorisation », « prescription », « juge », « droit privé », « droit public » en sont des exemples. Ils font aussi partie des sources du droit, bien qu'ils n'aient aucune portée normative ; mais le juriste les utilise couramment pour *penser – lire et écrire* – le droit avant de rédiger quelque norme que ce soit (plus précisément son *texte*), et ils ont existé dans sa pensée avant que le Code civil ou une loi quelconque leur donne une apparence écrite dans une norme. Il y a dans l'ordre juridique une idée du « contrat », de la « responsabilité », etc., antérieure à son écriture dans un texte légal. Ce métatexte est aussi une « source ». « Administration » est un autre exemple typique – ce qui autorise de légitimer la difficulté à le définir selon une logique du dictionnaire. Les concepts du métatexte sont constitués comme une encyclopédie des divers sens qu'ils peuvent revêtir, une description de leurs contextes normatifs, les problèmes qu'ils posent quand ils sont concrétisés dans une norme du droit positif. Ils sont polysémiques afin de pouvoir être utilisés dans le droit positif en fonction de la configuration juridique dans laquelle ils sont investis.

#### IV. SAVOIR ET POUVOIR

Quelques mots en guise conclusion. Benoît Plessix fait allusion à plusieurs endroits à la dialectique entre pouvoir et savoir, et c'est pourquoi je conclurai en en disant quelques mots.

Il ne s'agit pas ici de rejeter le positivisme, mais de le dépasser. La question est : peut-on vraiment rejeter le savoir en dehors du pouvoir (ou du jeu des compétences) ? En fait, les normativistes comme les réalistes ont pour axiome que l'adoption de toute norme est acte de volonté, légitimé par la compétence de l'adopter (pour autant que, soit dit en passant, que le concept de « volonté » ait un sens propre, non métaphorique lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une fonction). Ce qu'ils laissent dans l'ombre, c'est que le droit est une activité de connaissance et de production de connaissance – c'est le moment de rappeler l'œuvre de Chaïm Perelman. Si tel n'était pas le cas, on ne s'expliquerait pas que l'activité des juristes consiste pour l'essentiel à convaincre le destinataire de leur discours du bien-fondé de ce qu'ils avancent. On ne s'expliquerait pas non plus pourquoi on enseigne le droit autrement qu'un ensemble de règles de compétences ou qu'un compendium de dispositifs de jugements, On ne voit enfin pas non plus pourquoi les juges doivent motiver leurs jugements – obligation plus récente qu'on ne le pense, mais qui est un élément essentiel de l'État de droit. Ce qui fait que notre droit – « notre », c'est-à-dire tel qu'il s'est historiquement construit à notre époque et dans nos systèmes politiques – est le droit d'un État de droit, n'est-ce pas que, précisément, il n'est pas seulement un ensemble normatif, pour la constitution duquel il suffit d'en avoir le pouvoir, mais qui se construit dans une exigence permanente de rationalité (de « raisonnabilité », dirais-je plutôt, « *Vernünftigkeit* ») à tous les niveaux ? Donc un pouvoir conjugué à des savoirs ? Pour une telle vision, il faut évidemment abandonner l'idée du monopole des définitions de « savoir », de « science » et de « raison » que l'idéologie scientifique positiviste a imposées pendant longtemps.

Pierre Moor

▮ Pierre Moor est professeur à l'Université de Lausanne