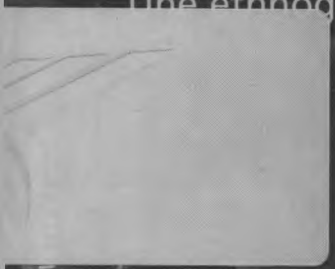
Bruno Latour

0300115666

La fabrique du droit

Une ethnographie du Conseil d'État



Découv

Du même auteur

La Vie de laboratoire, La Découverte, Paris, 1988 (avec Steve Woolgar) (première édition anglaise 1979).

Les Microbes, Guerre et Paix suivi de *Irréductions*, A.-M. Métailié, coll. « Pandore », Paris, 1984, réédition poche La Découverte, Paris, 2001.

La Science en action, La Découverte, Paris, 1989, (première édition anglaise 1987), Gallimard, coll. « Folio », Paris, 1995; La Découverte, Paris, 2005.

Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique, La Découverte, Paris, 1991, 1997.

Aramis, ou l'amour des techniques, La Découverte, Paris, 1992.

Petites Leçons de sociologie des sciences, Le Seuil, coll. « Points », Paris, 1996; La Découverte, Paris, 2006.

Paris ville invisible, La Découverte-Les Empêcheurs de penser en rond, Paris, 1998 (avec Emilie Hermant).

Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie, La Découverte, Paris, 1999, 2004.

L'Espoir de Pandore. Pour une version réaliste de l'activité scientifique, La Découverte, Paris, 2001, 2007 (première édition anglaise, Harvard University Press, 1999).

Jubiler ou les tourments de la parole religieuse, Les Empêcheurs de penser en rond, Paris, 2002.

Iconoclash – Beyond the Image Wars in Science, Religion and Art, ouvrage codirigé avec Peter Weibel, MIT Press, Cambridge, Mass., 2002.

Changer de société. Refaire de la sociologie, La Découverte, Paris, 2006.

L'Économie, science des intérêts passionnés, Les Empêcheurs de penser en rond/La Découverte, Paris, 2008 (avec Vincent Antonin Lépinay).

Sur le culte moderne des dieux faitiches suivi de *Iconoclash*, Les Empêcheurs de penser en rond/La Découverte, Paris, 2009.

Bruno Latour

La fabrique du droit

Une ethnographie du Conseil d'État

UNESP
Faculdade de Ciências
BIBLIOTECA
DE ARARAQUARA
85125

La Découverte / Poche
9 *bis*, rue Abel-Hovelacque
75013 Paris

Cet ouvrage a été précédemment publié en 2002 aux Éditions La Découverte dans la collection « Armillaire ».

340.115
L539t

CSA

Si vous désirez être tenu régulièrement informé de nos parutions, il vous suffit de vous abonner gratuitement à notre lettre d'information bimensuelle par courriel, à partir de notre site **www.editionsladecouverte.fr**, où vous retrouverez l'ensemble de notre catalogue.

ISBN 978-2-7071-4472-0

En application des articles L. 122-10 à L. 122-12 du code de la propriété intellectuelle, toute reproduction à usage collectif par photocopie, intégralement ou partiellement, du présent ouvrage est interdite sans autorisation du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris). Toute autre forme de reproduction, intégrale ou partielle, est également interdite sans autorisation de l'éditeur.

© Éditions La Découverte & Syros, Paris, 2002.
© Éditions La Découverte, Paris, 2004.

Pour Danièle et Michel

« The State should always be rediscovered »
John Dewey, *The Public and its Problems*

Avertissement

Comment maintenir le secret de l'État

Après avoir effectué, grâce à l'introduction de quelques conseillers, une semaine pilote en 1994, j'ai pu assister pendant deux périodes intensives de deux fois six mois aux divers travaux et réunions du Conseil d'État. J'ai pu également participer pendant deux mois aux sessions de formation des futurs juges des tribunaux administratifs. Les années suivantes, je suis retourné régulièrement au Conseil, pour assister aux séances, conduire des entretiens et discuter des conclusions préliminaires de mon étude.

Comment enquêter sur le secret de l'État sans trahir de secret d'État ? Tel est le problème de méthode et de déontologie auquel j'ai été confronté en écrivant ce livre. Les anthropologues connaissent bien ce problème, mais ceux dont ils dévoilent les pratiques lisent rarement leurs ouvrages. Dans le doute, il est toujours possible de passer un pacte avec les informateurs afin de dissimuler les noms et les lieux des initiations ou des rituels dont les étapes se trouvent révélées, sans pour autant que ces cérémonies perdent leur efficace pour ceux qu'elles concernent directement.

Il n'en est pas de même lorsque l'anthropologue doit étudier une institution de son propre pays qui le domine intellectuellement et dont il reçoit, lui aussi, la protection que procure à tous l'État de droit. Je me suis trouvé dans une situation plus inconfortable que lorsque j'étudiais les scientifiques au travail. Si je n'ai jamais hésité à « ouvrir la boîte noire » des sciences, c'est que je savais que les chercheurs, qui partagent avec moi le même souci de l'enquête, la même *libido sciendi*, n'hésiteraient pas à me contredire publiquement. Une « science de la science », cela

peut entraîner des conflits d'interprétation mais pas de contradiction de principe. Or, le droit n'a pas avec la clarté ni avec le savoir la même relation facile : il se peut que le secret lui soit nécessaire. Quel malheur, quelle bévue si l'enquêteur allait, par une volonté de savoir mal placée, mettre fin à l'obscurité indispensable au maintien d'une institution qui lui garantit, en fin de compte, son existence légitime.

La première solution consiste, tout simplement, à ne pas trahir de secrets en ne révélant rien qui soit déplaisant ou dévalorisant pour l'institution. Comme je n'appartiens pas à ces écoles de sociologie critique qui ne se croient savantes qu'en pratiquant la dénonciation et qui ne se croient justes que lorsqu'elles laissent dans leur sillage des ruines fumantes et des secrets éventés, je n'ai pas eu de peine à faire l'apologie du Conseil d'État, au risque d'être accusé de sympathie exagérée. J'ai bien réussi sur ce point, puisque les membres du Conseil qui ont eu la patience de lire les versions préliminaires n'ont rien trouvé dans les pages qui suivent qui puisse mettre en cause leur maison.

Toutefois, certains ont objecté au maintien dans le texte des données de base obtenues par l'assistance régulière, sinon aux délibérations (ce qui m'était bien sûr interdit), du moins à leurs préliminaires (appelés comme on le verra « séances d'instruction »). Ils ont souhaité que je maintienne mes interprétations jugées souvent excellentes mais pas ce que j'interprétais, considéré comme leur secret. Ils ne voulaient pas, en particulier, que l'on vienne placer *verbatim*, dans la bouche de simples humains discutant entre eux autour d'une table devant des dossiers étalés, la lente formation d'un jugement qui ne doit appartenir, par principe, qu'à une voix collective et anonyme.

Nouveau conflit de devoirs : celui de l'ethnologue qui doit prouver ce qu'il avance à partir de données recueillies de première main ; celui du même ethnologue qui doit protéger le souci de ses informateurs de ne pas révéler la source dont proviennent, d'après eux, leurs mystérieux pouvoirs. Comment faire pour respecter à la fois les droits de l'enquêteur qu'on avait introduit dans l'institution précisément pour faire son travail en toute liberté et ceux d'un corps qui se réclame depuis deux siècles d'un total silence sur les cheminements parfois tortueux qui l'amènent à telle ou telle décision ? Comment faire entendre la voix des humains en interaction proférant le droit en bégayant, alors que le droit parle d'une voix impersonnelle et sûre ?

La solution choisie consiste à protéger l'anonymat aussi bien des juges que des justiciables. En effaçant le numéro des affaires, en modifiant tous les noms propres, je me suis assuré qu'aucun fil ne permettrait de remonter d'une discussion particulière à un cas reconnaissable. Protection illusoire bien sûr pour ceux qui connaissent le droit administratif ou qui travaillent au Conseil puisque, par définition, les décisions leur offrent un visage aussi familier que celui de leurs cousins et amis. Mais protection quand même contre tout effet juridique permettant de mettre en cause des jugements rendus. Toutefois, si l'anonymat permet de protéger contre la révélation de tel ou tel secret spécifique protégé par le droit, il ne saurait garantir contre le but même que je recherchais : montrer en détail comment de simples interactions parviennent à fournir en tâtonnant des décisions à la fois fragiles et finales.

J'ai décidé de conserver les échanges mais en les reconstituant de telle sorte qu'ils puissent apparaître comme des *fictions vraisemblables*. Certes, je pèche ainsi contre mes collègues des sciences sociales, puisque j'ai dû abandonner les données brutes, autant que contre mes informateurs, puisque je les peins d'une façon qu'ils trouveront parfois trop véridique, mais c'est la seule solution, certes boiteuse et bricolée, que j'aie trouvée assez ajustée à l'objet particulier de la fabrique du droit. Entre les droits des chercheurs en sciences sociales d'une part et ceux des membres du Conseil d'autre part à exercer leurs métiers respectifs, il y a, me semble-t-il, un intérêt commun : celui de faire comprendre le mieux possible la faible force du droit, ce bien capital dont la nature demeure souvent, pour le public ignorant à la fois du droit et de l'anthropologie, une énigme que nous devons apprendre à chérir.

Paradoxe évidemment que de se réclamer des lumières jetées par une enquête indépendante pour mieux faire ressortir l'obscurité nécessaire à l'achèvement du jugement. Mais comme ce paradoxe est dans la nature de l'objet lui-même, il ne m'a pas semblé, après avoir beaucoup hésité, que je manquais à des devoirs contradictoires en recourant à ce maquillage systématique de données que je crois pourtant aussi fiables qu'éclairantes. N'ayant demandé au Conseil aucun *nihil obstat*, il va de soi que je n'en ai obtenu aucun et que ce livre n'engage donc que son auteur.

Remerciements

La solution retenue m'empêche de remercier nommément tous les membres du Conseil et des services administratifs qui ont bien voulu supporter, au cours de ces années, aussi bien ma présence que mes incessantes et maladroites questions. Mais je peux remercier heureusement sans fard les nombreux collègues qui m'ont aidé à mener à bien ce projet si difficile. Ellen Hertz a bien voulu annoter le manuscrit. Ses conseils m'ont été précieux. Je dois à Frédéric Audren le peu que je sais en théorie du droit : si je n'ai pas su répondre à ses espérances, ce n'est pas faute qu'il ait prodigué ses conseils. Je remercie Marie-Angèle Hermitte, Élizabeth Claverie, Bruno Karsenti, François Saint-Bonnet, Laurent Fonbaustier, Dominique Lindhardt, Alain Pottage de leurs utiles et savants commentaires. Pour amender ce texte, Avril Ventura a bien voulu apprendre infiniment plus de droit administratif et de sociologie de la haute administration qu'elle ne l'aurait souhaité… Qu'elle soit, elle aussi, remerciée. Andrei Mogoutov a prêté ses talents de cartographe des réseaux à la reconstitution des carrières du corps.

❧ Où l'on fait pénétrer le lecteur, pour qu'il se mette en jambe, dans la célébration du deuxième centenaire ❧ dans lequel des pigeons chapardeurs permettent de faire connaissance avec le commissaire du gouvernement, personnage principal de cette histoire ❧ Où l'on découvre l'importance d'une signature oubliée au bas d'un décret et où l'on se familiarise avec les « séances d'instruction » d'une sous-section, sources essentielles de ce travail ❧ Dans lequel une polémique du journal *Le Monde* permet d'introduire la distinction entre droit judiciaire et droit administratif ❧ Dans lequel le lecteur commence à éprouver, grâce à deux exemples contraires discutés en Section administrative, la force particulière du droit ❧ Où l'on présente l'atelier d'écriture des textes de lois en Assemblée générale ❧ Ce qui n'est pas sans causer quelque émotion à l'auteur lorsqu'il monte le grand escalier du Conseil ❧

1

Sous l'ombre de Bonaparte

Deux emblèmes assez malencontreusement choisis

Pour célébrer son deuxième centenaire dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne le 13 décembre 1999, devant les fresques délicieusement kitsch de Puvis de Chavannes, le Conseil d'État s'est choisi un bien curieux symbole : émergeant du vide, une puissante colonne dorique soutient un pan d'architrave servant d'assise au fragment isolé d'une majestueuse corniche dont la pointe se dresse comme la proue d'un navire prêt à fendre les eaux.

Ce dessin, stylisé en bleu, tient son étrangeté de ce que, vu d'en bas, ce bel et émouvant morceau de ruine grecque se tient suspendu dans le vide sans appui, ni assise, comme s'il flottait dans le ciel, tirant de lui-même sa propre force, pilier indispensable à la tenue

d'un monument — s'agirait-il d'un temple ? — dont on ne devine pas la fonction faute d'en avoir une vue d'ensemble et de contempler le paysage qu'il devrait pourtant dominer de sa splendeur. Assis dans les tribunes réservées au public, à la périphérie de l'illustre assemblée, l'ethnographe ignorant ne peut manquer de s'interroger sur le choix d'une telle image pour célébrer l'anniversaire d'une telle institution : quelle idée de désigner les fondements de l'État par cette sorte d'objet volant non identifié ? que signifie ce pilier sans racine et sans appui s'il ne porte qu'une ruine ? pourquoi découvrir chez les antiques Doriens le symbole d'une puissance qui souhaite se projeter dans le XXI^e^ siècle ?

L'étonnement de l'ethnographe ne diminue guère lorsqu'il apprend de son voisin qu'il ne s'agit pas d'une ruine mais de la reprise par le peintre Ernest Pignon-Ernest d'un coin du monument qui sert de clôture à la cour du Palais-Royal où siège en effet la « Haute Assemblée ». Sa surprise s'atténue d'autant moins qu'il ne trouve personne, parmi les quelques conseillers, maîtres des

Figure 1-1

Crédit : Conseil d'État

requêtes, auditeurs[1] ou fonctionnaires avec lesquels, durant la pause, il s'entretient de ce mystère, pour s'en étonner avec lui : « Mais non, voyons, qu'allez-vous chercher là ? » : ce morceau de puissance suspendu dans le vide et vu d'en bas ne requiert, semble-t-il, aucune explication particulière. L'ethnographe, depuis quatre ans, aurait-il si mal fait son travail d'enquête qu'il ne pourrait toujours pas prévoir ce qui devrait étonner les membres de l'institution qu'il a étudiés ?

Ce malaise d'avoir si mal compris son « terrain », comme on dit dans ces métiers, se redouble au jour de l'an lorsqu'il reçoit les vœux de quelques-uns de ceux qui ont eu la patience de le supporter pendant si longtemps. Pour fêter à la fois le passage à l'an 2000 et le début du troisième centenaire de son activité, les autorités du Conseil ont eu l'idée plus curieuse encore de choisir, pour illustrer leur carte de vœux, un tableau où l'on voit Bonaparte en uniforme rutilant de Premier Consul, debout sur une estrade. Devant Cambacérès et Lebrun poliment effacés, l'auteur du coup d'État reçoit les serments enthousiastes des présidents de sections nouvellement nommés, somptueux dans leur uniforme dessiné spécialement par David, pendant que derrière, à contre-jour, les bras levés dans le même geste solennel, l'ensemble du Conseil jure d'une seule voix sa fidélité à la nouvelle Constitution.

Ce choix n'est-il pas d'une maladresse insigne ? se demande notre observateur. Au moment même où l'Europe et son droit prennent une importance de plus en plus grande, voilà que l'on va mettre en avant le fondateur du Conseil d'État, ce Napoléon qui à l'étranger ne passe pas vraiment pour un modèle de démocrate, mais plutôt pour un tyran sanguinaire ! Alors que l'idée même d'un droit administratif distinct et séparé de la juridiction judiciaire suscite toujours dans la presse, auprès des élus, chez les avocats, malaise, ironie ou indignation, voilà que l'on fait parader devant les yeux du public le geste même de la soumission au pouvoir personnel d'un homme qui prétend incarner l'État auquel nul ne saurait s'opposer ? Plus singulier encore : ce même Conseil dont on célèbre les deux cents ans n'a pas cessé, au cours de l'histoire troublée de la France, de jurer solennellement en grand costume sa fidélité totale

1 Comme le droit administratif parle sa propre langue, le lecteur trouvera dans l'index final un renvoi aux pages où les termes les plus techniques sont définis. Les références bibliographiques complètes se trouvent en fin de volume.

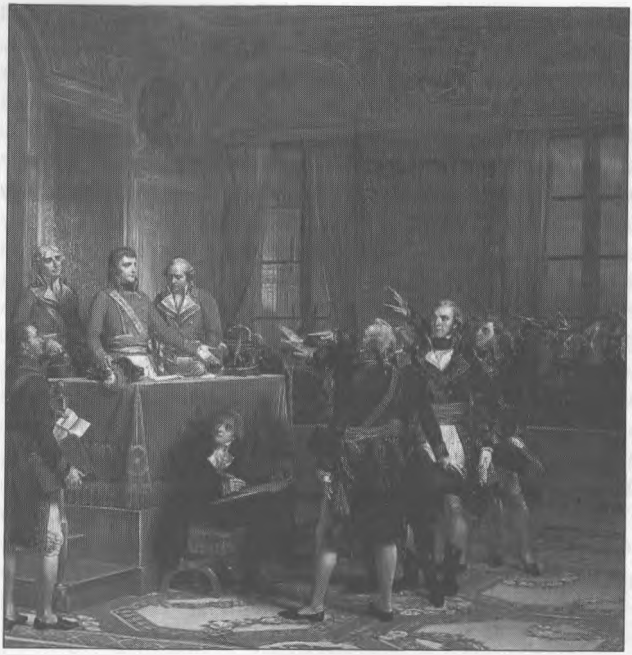


Figure 1-2 Crédit : Conseil d'État

et absolue à des régimes successifs dont chacun, tour à tour, a cherché à le supprimer et auxquels il a toujours survécu, comme la France, mais au prix de certaines palinodies[2]. Est-ce vraiment si habile de mettre ainsi le doigt sur ce geste de la foi jurée que l'on abjurera demain ?

Inutile de le préciser : l'ethnographe là encore est seul avec sa surprise. Pour les membres qui ont eu l'amabilité de lui adresser ce carton, il n'y avait là nulle malice. C'est justement ce qu'il aurait dû comprendre.

---

2 Voir le long chapitre dans COLLECTIF, *Deuxième Centenaire du Conseil d'État* (2001), intitulé « Le Conseil d'État et les changements de régime politique », p. 77-144, pour une utile synthèse. Comme le dit Pierre Legendre, « le Conseil d'État n'est pas admirable, il est. Son développement, la démultiplication de sa fonction et surtout le paradoxe de sa permanence sont l'effet d'une mécanique qui n'a rien d'héroïque ni même de pensé. » Pierre LEGENDRE, *Prestance du Conseil d'État* (1975), p. 633.

Pour dresser le portrait du Conseil d'État, nous allons être obligés de raturer quelque peu le dessin au crayon de Pignon-Ernest. S'il est vrai que le Conseil sert de pilier à l'État, il paraît peu probable, pour des raisons de simple mécanique comme de résistance des matériaux, qu'il puisse s'appuyer ainsi sur le néant. Nous allons donc, à l'inverse du peintre, multiplier les attaches, toutes fragiles, toutes modestes, dont l'enchevêtrement des racines et des radicelles, à force de multiplier les liens faibles, permet pourtant d'expliquer la solidité de l'édifice. Quant à ce monument, loin de le considérer comme un fragment de temple néo-classique flottant mystérieusement au-dessus des citoyens ébaubis, nous allons essayer de lui rendre sa matière, ses couleurs, son grain, son velouté, sa fragilité aussi, son actualité peut-être, et – pourquoi pas ? – son utilité. L'image y perdra quelque peu de sa solennelle splendeur, de son majestueux isolement, mais elle y gagnera cette vascularisation, ces nombreuses connections qui permettent à une institution de respirer.

En nous éloignant de l'architrave et de cet amas ruiné de colonnes doriques, nous allons également nous éloigner de Bonaparte et de cette histoire parfois sulfureuse qui, des Bourbons à de Gaulle en passant par Vichy, a permis au Conseil de se croire toujours le même, aussi immunisé contre le passage du temps que l'Idée platonicienne de la République. Ni la construction de cette histoire inlassablement reprise par les membres du Conseil, ni la révision savante de cette mythologie par les rares historiens de cette institution ne nous intéressent ici[3] : ce n'est pas le chemin

3 La balance n'est pas égale entre le nombre d'ouvrages dédiés à la gloire du Conseil d'État et les travaux sur le Conseil. Même après les publications du deuxième centenaire, volumineuses mais de pure célébration (COLLECTIF, *Deuxième Centenaire du Conseil d'État,* 2001), on ne trouve toujours qu'un seul ouvrage de sociologie vieux de plus de trente ans : M.-C. KESSLER, *Le Conseil d'État* (1968) — un autre livre, plus récent, J.-P. COSTA, *Le Conseil d'État dans la société contemporaine* (1993), ne fait que se frotter à la sociologie —, quelques articles roboratifs de MONNIER *in Deuxième Centenaire du Conseil d'État, op. cit.*, vol. 1, p. 643-647, et quelques recherches sur l'évolution du Corps, par exemple J. DE ROQUEMAUREL, *Les Membres du Conseil d'État et les entreprises* (1997), O. BUI-XUAN, *Les Femmes au Conseil d'État* (2000). C'est tout pour les regards extérieurs jetés sur l'institution. On trouve, en revanche, quelques ouvrages de sciences administratives : J. CHEVALIER, *Science administrative, T. I* (1994), F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif* (1995) et d'excellentes présentations du rôle juridique et administratif du Conseil, du plus efficace B. STIRN, *Le Conseil d'État* (1991) au plus luxueux J. MASSOT, *Le Conseil d'État. De l'An VIII à nos jours* (1999). Tous les autres ouvrages sont avant tout de droit administratif et

des archives que nous allons suivre mais celui de l'observation patiente par quelqu'un qui était au départ tout à fait ignorant des méthodes du droit et qui n'exerce pas la plus petite responsabilité dans l'État. Il se trouve seulement que celui que nous appellerons l'ethnographe — pour des raisons que nous donnerons plus tard (au chapitre 6) — a pu bénéficier pendant une durée de quinze mois étalée sur quatre années d'un accès privilégié aux travaux du Conseil, sorte de stage effectué sous le tutorat de membres éminents de cette maison, qui lui a permis de se retrouver dans cette position que les méthodes nouvelles en anthropologie disent impossible, voire indécente, de « mouche sur le mur », observateur réduit au silence et à l'invisibilité mais pourvu d'un carnet de notes et d'une carte plastifiée d'accès à la bibliothèque…

Une modeste histoire de pigeons

La voix résonne dans la salle aux meubles de bois, polis par les ans :

> Les pigeons peuvent être un enchantement pour les usagers des squares publics. Mais ils sont un fléau pour les cultivateurs de tournesol.
>
> Et c'est le cas de M. Delavallade, qui a vainement tenté, devant le tribunal administratif de Poitiers puis devant la cour administrative d'appel de Bordeaux, d'obtenir une indemnité de 100 800 F de la commune de La Rochefoucauld pour les dégâts causés à ses cultures par les pigeons de cette ville.
>
> Il vous demande aujourd'hui la cassation de l'arrêt du 3 décembre 1991 qui a écarté la responsabilité de la commune, au motif qu'elle n'avait pas commis de faute lourde.

Comme les contes de notre enfance, les « affaires » commencent toujours par l'évocation d'un lieu plus ou moins pittoresque,

---

quand ils font de l'histoire de tel ou tel concept (par exemple H. Le Berre, *Les Revirements de jurisprudence en droit administratif*, 1999) ou de telle ou telle fonction (M. Deguergue, *Les Commissaires du gouvernement et la doctrine*, 1994) un historien aurait quelque peine à y retrouver ses repères. Mais bien sûr les témoignages émus, amusés ou ironiques ne manquent pas — il y a même sur les petits travers du Conseil un exécrable roman : J. Lebon, *Meurtre au Conseil d'État* (1990). On s'amusera de ce trait typique : l'ouvrage du deuxième centenaire comprend des photos de fauteuils, d'estrades, de boiseries, mais pas une seule image d'un humain vivant — seulement à foison des portraits de morts célèbres…

de toponymes rappelant les cours d'histoire et de géographie, les incidents douloureux ou cocasses d'une vie quotidienne à mille lieues de l'ambiance feutrée de la place du Palais-Royal, entre le Louvre et la Comédie-Française. Nous sommes « au Contentieux », l'une des deux branches du Conseil, l'autre formant ce que l'on appelle les « Sections administratives », bien que rien, dans le jeu compliqué des couloirs, des portes dérobées, des escaliers solennels ou obscurs, du jeu contrasté des moquettes, ne permette vraiment de visualiser le bâtiment en ces deux moitiés fonctionnelles qui se mêlent d'ailleurs de cent manières différentes, et dont nous montrerons plus loin l'écologie subtile. L'homme est debout dans une stalle. Il lit à haute voix le document soigneusement rédigé que l'on appelle ses « conclusions » parce qu'il se termine toujours par la formule suivante :

> Et par ces motifs, nous **concluons** :
>
> – à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux ;
>
> – au rejet de la requête d'appel de M. Delavallade, et du surplus de ses conclusions de cassation.

Celui qui parle s'appelle le commissaire du gouvernement. Le terme ne doit pas nous induire en erreur : ce qui caractérise ce personnage avec lequel nous allons passer beaucoup de temps, c'est qu'il n'est justement *pas* le chargé de commission d'un gouvernement quelconque, mais l'un des vingt membres du Conseil auxquels on a confié la tâche d'éclairer la formation de jugement sur ce qui, d'après lui, devrait le plus logiquement être conclu, en fonction de sa propre vision du droit administratif[4]. Bien qu'il soit le seul à se tenir debout, il ne joue aucunement le rôle d'un procureur, puisqu'il ne poursuit pas au nom de l'État, et ne maîtrise aucunement la procédure d'instruction. Bien qu'il parle à la gauche de la formation de jugement, il n'est d'ailleurs pas non plus dans le rôle de l'avocat de la défense. Dans cette assemblée, les avocats ne parlent jamais, sauf exception rarissime, et si un banc leur est

4 Voir sur l'histoire de la fonction, N. RAINAUD, *Le Commissaire du gouvernement près le Conseil d'État* (1996). Le vocable peut d'autant plus troubler que, de l'autre côté du couloir, on appelle « commissaire du gouvernement » des personnages qui remplissent une fonction totalement différente : ce sont les membres des cabinets ou les hauts fonctionnaires chargés de venir défendre leur projet de lois ou de décrets devant les Sections administratives du Conseil.

Figure 1-3 Crédit : Conseil d'État

réservé en face des juges, leur présence reste muette, à l'exception d'une courte révérence, au moment de l'appel de leur dossier lorsqu'ils marmonnent quelque chose comme « Je m'en remets à mes conclusions écrites ». La fonction du commissaire du gouvernement ressemble plutôt à celle d'un universitaire autonome : il y a quelques semaines ses collègues de la sous-section[5] à laquelle il appartient lui ont remis le dossier n° 133-880 sur lequel il conclut aujourd'hui, 25 octobre 1995[6].

Rien ne force toutefois les juges, ses collègues, qui l'écoutent avec plus ou moins d'attention selon l'importance du cas et le prestige du commissaire, à suivre ses conclusions. Il est d'ailleurs libre ou non de les publier, comme le ferait un chercheur, parce qu'elles peuvent conserver leur valeur même si la formation de jugement a finalement penché pour une tout autre solution. C'est dans ces conclusions que les chroniqueurs, les professeurs de droit, les amateurs de contentieux, les justiciables apprennent à scruter, comme des plaisanciers guettant les risées par mer trop calme, les

5 L'une des divisions du Contentieux sur laquelle nous reviendrons et qui permet de répartir le travail des dossiers. Il existe dix sous-sections.

6 Les sources de l'enquête sont de deux sortes : celles publiques que tout le monde peut consulter dans les sources du droit administratif et celles, totalement confidentielles, qui se trouvent dans les séances d'instruction observées par l'enquêteur.

prémices de ce que l'on appelle les « renversements de jurisprudence ». Mais ne nous pressons pas de présenter tous ces termes avec lesquels il faudra peu à peu familiariser le lecteur. Contentons-nous pour l'instant de comprendre que dans cette enceinte du droit administratif[7] personne ne parle jamais publiquement excepté le commissaire du gouvernement : *tout le reste de la procédure se fait par écrit*. Essayons de comprendre la teneur de ce qu'il lit de sa voix neutre qui s'anime parfois d'une très légère pointe d'humour, entraînant chez ses interlocuteurs l'esquisse d'un fin sourire :

> La lutte contre les nuisances occasionnées par des oiseaux entre incontestablement dans les pouvoirs de police municipale, dont l'article L 131-2 du code des communes dispose qu'elle a pour objet « d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique » et qu'elle comprend notamment à ce titre « 8° – le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisants et féroces ». Et le pigeon, dans les conditions sus-rappelés, sans être un animal féroce, est au moins un animal malfaisant[8].

Entre le paragraphe § 1-1 et celui-ci, une importante opération a eu lieu : les pigeons qui enchantaient les squares publics en virevoltant dans le ciel sont devenus au sens « de l'article L.131-2 du code des communes » des « animaux malfaisants » dont le maire a le devoir de se préoccuper, ce qui « incontestablement » autorise M. Delavallade à se plaindre sous la forme d'une requête. Le requérant — nom que l'on donne au plaignant du droit adminis-

7 Nous y reviendrons souvent, mais le lecteur non juriste doit toujours se rappeler que le droit administratif, en France du moins, est une branche du droit entièrement distincte qu'il ne faut donc jamais confondre avec ce que l'on appelle curieusement, par opposition, le « droit judiciaire » ou « le judiciaire » (pénal et civil, public et privé).

8 L'importance de l'acte d'écriture dans les procédures que nous allons étudier est si grande, que nous nous efforcerons de toujours respecter la disposition, la typographie, les tabulations, les interlignes, les alinéas, bref tout ce que l'on appelle le paratexte et qui permet de rendre sensible aux yeux du lecteur la matérialité du texte. Comme nous aurons besoin toutefois d'attirer l'attention sur les passages que nous souhaitons commenter, nous nous servirons des gras. Tous les termes soulignés ou en italiques dans les citations le sont donc aussi dans l'original. Par convention, dans les transcriptions, nous mettons entre parenthèses tout ce qui est sous-entendu dans la situation et que nous pouvons ajouter avec l'assurance de ne pas nous tromper, et nous mettons entre crochets les raccords de sens que nous sommes obligés de faire pour comprendre le document mais pour lesquels nous pouvons nous tromper.

tratif — aurait pu, dans les champs de tournesol, à La Rochefoucauld, chasser les pigeons à coups de fusil pour les rôtir, détester le maire en son for intérieur ou le couvrir publiquement d'insultes, mais à partir du moment où il a revêtu la dignité de requérant en envoyant au tribunal administratif de Bordeaux un morceau de papier timbré dans lequel il a exprimé sa plainte, nous nous retrouvons, en cette froide après-midi d'automne, reliés par un fil qui permet à ses pigeons, son tournesol, ses rancœurs et son maire de « produire du droit » — et il nous faudra tout ce volume pour saisir la nature de ce mouvement si particulier que nous devons nous garder pour l'instant de considérer comme une opération simple et homogène[9].

Le commissaire du gouvernement continue :

> La municipalité n'est pas restée inerte. Mais elle a préféré avoir recours à une méthode « douce » de stérilisation des pigeons, qui n'a pas eu de résultats bien probants.
>
> Curieusement, le requérant n'attaque pas l'arrêt pour une inexacte qualification juridique l'ayant conduit à écarter la faute, mais seulement pour l'erreur de droit ayant consisté à ne rechercher que la présence d'une faute lourde.

Écoutons attentivement le commissaire du gouvernement car les choses vont rapidement se compliquer. D'ailleurs, si elles étaient trop simples, un filtre introduit à l'entrée des requêtes pour éviter la prolifération des recours en cassation eût éliminé ce plaignant procédurier en invoquant, sans qu'il soit besoin de juger plus avant, l'inexistence « de tout moyen sérieux » — nous préciserons plus tard l'usage capital que le droit fait du mot « moyen »[10]. Bien

9 Nous suivons donc en gros les règles de méthode définies dans le sommaire du numéro 7 de la revue *Enquête* consacrée aux « objets du droit » : saisir le droit « en action » ; voir en particulier M.-A. HERMITTE, *Le Droit est un autre monde* (1998).

10 C'est la Commission d'admission des pourvois en cassation qui permet d'éliminer les recours jugés inutiles. Attention, pour le lecteur habitué aux juridictions judiciaires, il convient de se rappeler que le Conseil d'État peut juger selon les cas soit en première instance (c'est le cas par exemple du droit des élections ou des recours contre les décrets), mais aussi en appel et, de plus en plus, en cassation. Les mêmes formations peuvent donc voir varier leurs compétences selon les dossiers. En 1997, le Conseil jugeait 21 % de ses affaires en premier ressort, 11 % en appel, 30 % en cassation et plus de 30 % en renvoi des tribunaux et des cours sur des affaires de compétence (*Rapport public* du Conseil d'État, 1998). Depuis cette date, il passe de plus en plus de temps, au regret de certains membres, sur les seuls dossiers de cassation.

qu'une première instance, puis un appel, aient tous les deux conclu au rejet de la requête, il faut croire qu'il existe un « moyen sérieux » puisque nous nous retrouvons sur les bancs à écouter le commissaire du gouvernement. Les termes techniques vont rapidement se multiplier qui rendent la lecture bientôt opaque aussi bien à l'observateur qu'au requérant, obligé d'ailleurs, à ce stade de la cassation, de recourir aux services de l'un des avocats devant le Conseil d'État[11].

Si l'allusion au § 1-3 du code des communes, qui avait permis d'élever les pigeons au niveau d'animal-malfaisant-dont-le-maire-doit-en-effet-s'occuper, ne posait aucun problème, il n'en est pas de même de ces expressions « qualification juridique », « erreur de droit », « faute lourde ». Un gouffre s'ouvre soudainement devant les yeux de l'enquêteur : fini les codes avec leur claire et élégante certitude, voici que le commissaire du gouvernement, dont la voix se fait plus subtile, entre dans les tissus infiniment plus ténus de l'*interprétation* du droit administratif qui ne repose que sur des *précédents*. Malgré la difficulté de ce qui va suivre, continuons de dérouler le fil du raisonnement :

> En matière de mesures de police la distinction entre l'engagement de responsabilité pour faute simple et son engagement pour faute lourde a longtemps reposé sur le critère opposant les activités « juridiques » ou « de conception », relevant du régime de la faute simple (*Assemblée, 13 février 1942, Ville de Dole, p. 48*), et les activités « matérielles » ou « d'exécution », soumises au seul contrôle de la faute lourde (*Section, 3 avril 1936, Syndicat d'initiative de Nevers* et *Benjamin, p. 453, aux conclusions Detton*).
>
> Mais ce critère, séduisant pour l'esprit, n'avait comme le dit le président Odent dans son cours (p. 1401) « que l'apparence de la facilité ». Il a donc progressivement cédé du terrain devant le critère plus substantiel tenant à la difficulté intrinsèque de la mesure à prendre.
>
> Vous avez ainsi admis qu'il pouvait y avoir des mesures « juridiques » de police suffisamment délicates à concevoir pour que la responsabilité ne soit engagée que pour faute lourde

11 Cet ordre particulier qu'un *numerus clausus* limite à quatre-vingt-dix membres et dont l'histoire remonte à l'Ancien Régime s'occupe également de tous les recours devant la Cour de cassation. *Cf.* J. Massot, *Le Conseil d'État* (1999), p. 148. Nous n'avons pas eu le temps, ce qui est fort dommage, de poursuivre notre enquête dans les cabinets de ces avocats.

(*Assemblée, 20 octobre 1972, Ville de Paris c/Marabout p. 664*, pour les interdictions relatives à la circulation dans Paris). Et symétriquement, que la faute simple pouvait suffire lorsqu'une mesure d'exécution, même prise « dans le feu de l'action » ne présentait pas de difficultés particulières (*Section, 28 avril 1967, Lafont, p. 182* sur la surveillance des pistes de ski). Et on pourrait multiplier les exemples dans ces deux sens, au point d'être tenté de dire qu'aujourd'hui, le critère de la nature de l'acte de police n'est plus pertinent, et qu'il faut se borner au critère tiré du contenu de cet acte (voyez le commentaire des auteurs des « Grands Arrêts » sous l'arrêt du *10 février 1905, Tomaso Grecco, p. 139*).

Nous nous efforcerons par la suite d'éviter les longues citations pour ne pas décourager trop vite le lecteur mais il est indispensable à ce stade de pénétrer dans la matière textuelle si caractéristique du monde qu'il nous faut parvenir à dépeindre, et que nous avons conservée telle quelle. Pour s'encourager à l'effort, que le lecteur se glisse dans la peau d'un jeune énarque sorti dans les premiers de l'École et donc admis à choisir ce corps prestigieux du Conseil d'État, ou qu'il s'imagine être l'un de ces personnages que l'on appelle « tour extérieur » — journaliste, député, ministre, général, médecin — que la faveur du Prince appelle à siéger dans le Conseil à proportion d'un tiers : qu'il soit jeune ou vieux, énarque du tour intérieur ou promu au « tour extérieur », le nouveau venu, ignorant du droit administratif, devra de toutes les façons se trouver un jour ou l'autre en face de ce sabir, apprendre peu à peu à en reconnaître les tours et, bien vite, à en parler la langue en rédigeant lui-même des notes et des projets.

Commençons par le jeu si particulier des références que nous comparerons plus tard au jeu des citations en science. Les longues phrases du droit administratif sont ponctuées par ces rappels de décisions qui marquent en italiques la date, le nom de l'affaire ainsi que la page de l'indispensable recueil *Lebon* où l'on pourra trouver le texte complet de l'arrêt auquel le commissaire du gouvernement fait référence[12]. Tout raisonnement juridique passe ainsi de nom propre en date et de date en nom propre comme un métro d'une station à l'autre, si bien que l'arrêt Benjamin ou Blanco

12 « Le *Lebon* », équivalent local de la Bible, d'une encyclopédie Larousse et d'un Code (inexistant en droit administratif), étale ses volumes dans chacune des salles du Conseil, même si l'informatisation permet aujourd'hui de le remplacer fort utilement pour les recherches documentaires. Pour sa composition voir le chapitre 2.

semble aussi familier à ceux qui l'empruntent quotidiennement que la station Gambetta ou Passy.

Au début de la référence entre parenthèses, on trouve aussi l'expression d'« Assemblée » ou de « Section » qui indique le *niveau* de la décision, sachant qu'une décision d'Assemblée pèse d'un poids plus important qu'une décision de Section, et celle-ci davantage qu'un arrêt de « sous-sections réunies » qui pèse plus lourd à son tour qu'une « sous-section jugeant seule » — nous apprendrons peu à peu la raison de tous ces termes ainsi que la composition de toutes ces formations de jugement à travers lesquelles le même dossier, s'il est un peu épineux, peut transiter de mois en mois, voire d'année en année.

On trouve aussi parfois dans les références cette brève notation « aux conclusions Detton » permettant de citer non pas l'arrêt mais les conclusions d'un autre commissaire du gouvernement, grand ancien prestigieux, tel Léon Blum, dont on aura publié le texte jugé particulièrement éclairant[13]. Et puis, unique et lumineux entre tous, lumière des égarés, « le cours du Président Odent », seule interprétation à ce jour qui permette d'asseoir un raisonnement sur un corps de doctrine un peu solide[14]. Enfin le recueil « des Grands Arrêts », volume incessamment republié et amplifié, auquel on s'efforce toujours, quand le raisonnement se complique, de se rattacher, si bien que les noms de Benjamin, Blanco, Tomaso Grecco, Canal doivent normalement entraîner l'adhésion des opinants comme autant de théorèmes indiscutables. Alors que les productions du judiciaire alignent des textes et des codes, le droit administratif fait résonner le nom souvent charmant, désuet, provincial, antique de ces pauvres gens qui ont eu maille à partir avec l'État et dont les affaires embrouillées ont permis à cette assemblée de faire progresser le droit[15].

---

13 Comme les arrêts se veulent brefs — nous apprendrons plus loin à les décrire — les justiciables les trouvent évidemment obscurs, d'où l'importance de publier parfois les conclusions, qu'elles soient suivies ou non, auxquelles s'ajoutent les chroniques et les commentaires dont l'ensemble forme la doctrine (mais on cite rarement les universitaires, professeurs de droit administratif dont la présence, dans la perspective du Conseil, semble purement explicative, voire parasite).

14 Notons l'humour de la citation « qui n'a que l'apparence de la facilité » dans un raisonnement qui va devenir très vite d'une complexité toute byzantine… Sur l'usage controversé de la doctrine par les commissaire du gouvernement, voir M. Deguergue, *Les Commissaires du gouvernement et la doctrine* (1994).

15 Par exemple : « Un taureau devenu furieux s'étant échappé à Souk el Arbas (Tunisie), la foule s'était lancée à sa poursuite ; un coup de feu fut tiré, blessant

Fort curieusement c'est ce même Bonaparte, ce flamboyant Premier Consul que nous avons vu figure 1-2, qui eut l'ingénieuse perversité d'inventer à la fois le Code qui porte son nom et l'inverse exactement du droit dit « napoléonien » en laissant à son Conseil d'État le soin d'imaginer de toutes pièces, par le seul jeu de ses décisions précédentes et *en l'absence de tout texte écrit*, à la manière anglo-saxonne, une forme de droit *sui generis* à même de protéger l'administré des excès de l'administration. Alors que la Constituante avait interdit au judiciaire de connaître les actes de l'administration sous peine de forfaiture[16], le droit administratif a dû inventer, lentement et douloureusement, un corps de doctrine pour empêcher que « le plus froid des monstres froids » ne fasse périr le citoyen sous le joug de son tyrannique pouvoir. D'où l'expression de « contrôle », que nous retrouvons dans l'extrait ci-dessus, et qui définit l'essentiel de la mission du Conseil. Contrôle âprement disputé — nous y reviendrons souvent — puisqu'il ne doit pas gêner l'action de l'État, et qu'il est exercé par des fonctionnaires particuliers qui paraissent à la fois juges et parties. Or, l'une des formes les plus délicates de ce contrôle porte sur les pouvoirs de police, qui relèvent de mille circonstances périlleuses dans « le feu de l'action ». D'où la distinction entre le contrôle pour faute lourde — le Conseil d'État n'intervient que si l'autorité a vraiment exagéré — et faute légère — le Conseil d'État se permet de censurer rigoureusement les actes, même s'ils apparaissent véniels. Toute la question que le commissaire du gouvernement soulève à propos de cette affaire de pigeons tient donc dans le problème suivant : devons-nous avoir pour la municipa-

---

le sieur Tomaso Grecco à l'intérieur de sa maison. La victime demanda une réparation à l'État en alléguant que le coup de feu avait été tiré par un gendarme et que, de toute façon, le service de police avait commis une faute en n'assurant pas l'ordre de manière à éviter de tels incidents. » Ainsi commencent les Observations dans les Grands Arrêts p. 80 : Conseil d'État. 10 févr. 1905, Tomaso Grecco Rec. 139, concl. Romieu (D 1906.301, concl. Romieu ; S. 1905.3.113 note Hauriou). Il n'est pas indifférent que l'auteur de la note soit Hauriou, qualifié avec respect de « grand commentateur ».

16 Par la loi des 16-24 août 1790 et décret du 16 fructidor an III. Son article 13 l'affirme : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, sous peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions », cité dans B. Stirn, *Le Conseil d'État* (1991), p. 14. Le Conseil constitutionnel a repris ces dispositions dans ses décisions des 22 et 23 janvier 1987 en leur donnant une valeur constitutionnelle.

lité de La Rochefoucauld la sévérité du juge qui censure même les fautes légères, ou, eu égard aux difficultés de l'action de police, celle qui ne doit punir que les fautes lourdes ?

Nous allons voir comment le commissaire du gouvernement, avec sa légendaire subtilité, va se tirer d'affaire, mais arrêtons-nous encore un instant sur l'une des plus passionnantes formes d'expression de l'extrait § 1-5, si caractéristique du droit administratif : « *Vous avez* ainsi admis, dit-il, qu'il pouvait y avoir des mesures, etc. » Voilà une formule à première vue bien étrange puisqu'il est matériellement impossible que les membres aujourd'hui présents en 1995 aient également siégé en 1942, 1936, 1972, 1967 et *a fortiori* en 1905 lors du célèbre *Tomaso Grecco* pour rendre leurs décisions. Néanmoins le commissaire du gouvernement, debout dans sa stalle, fait comme s'il s'adressait à un corps immense, toujours présent, composé de mille personnes depuis longtemps disparues dont il ne reste que quelques noms prestigieux, qui a pensé, estimé, voulu, décidé, jugé quelque chose. Il nous faudra beaucoup de temps pour mesurer le poids anthropologique de cette personne morale à laquelle les commissaires du gouvernement s'adressent si solennellement. D'autant que ce « vous » n'a pas le caractère indiscutable et éternel d'un Code, ni celui d'une accumulation progressive semblable à celle du progrès scientifique (voir le chapitre 5), mais manifeste parfois l'opacité, la variabilité, la confusion, la légèreté d'un pauvre cerveau humain que l'on aurait besoin d'éclairer : n'est-ce pas justement ce que dit le président Odent en signalant que « ce critère, séduisant pour l'esprit, n'avait que l'apparence de la facilité et qu'il a donc progressivement cédé du terrain devant un autre » ? Le corps souverain auquel on s'adresse se compose donc à la fois de deux cents années de conseillers agrégés en une unique et majestueuse pensée *ne varietur*, tout en faisant l'effet d'une voix obscure et changeante qu'il faut, comme celle de la Pythie, ne jamais cesser d'interpréter, de sonder, d'éclairer, voire de rectifier. Ce qui est justement le rôle, capital on le comprend sans peine, du commissaire du gouvernement qui continue son exposé — à ne pas confondre avec une plaidoirie — en utilisant des termes moins techniques que tout à l'heure mais néanmoins surprenants :

> Sans entrer dans ce débat de doctrine, il nous semble toutefois que l'ancienne distinction [entre conception et exécution] garde sinon une justification, du moins un intérêt pratique, dans les situations

> où il est possible de distinguer deux opérations de police successives, la première de conception, et la seconde d'exécution. Introduire un distinguo, une gradation dans l'exigence qui pèse sur chacune de ces deux étapes, nous paraît de manière générale, assez opportun. La police est un art d'exécution. Et il est donc équitable de dire, lorsque c'est possible, que l'administration ne s'expose pas aux mêmes rigueurs dans la phase de définition et dans la phase de mise en œuvre.

Le commissaire du gouvernement revient à l'ancienne solution, qui avait pourtant été abandonnée pour des raisons de « pratique », « d'opportunité » et « d'équité » — mots considérables qu'il nous faudra suivre à la trace —, mais il le fait en refusant clairement de rentrer dans des questions « de doctrine[17] » et de « justification ». Voilà qui est assez curieux chez un esprit subtil introduisant en même temps « distinguo » et « gradation » entre la conception d'un acte et son exécution ! Et pourtant, nous retrouverons souvent cette opposition entre, d'un côté, des questions fondamentales dans lesquelles on refusera de s'engager pour ne pas « tomber dans la philosophie » et, de l'autre, la multiplication souvent stupéfiante de distinctions qui paraîtront au lecteur proprement florentines. C'est qu'il y a de nombreuses manières de couper les cheveux en quatre et que celle de la philosophie — qu'est-ce qu'une action ? qu'est-ce qu'une conception ? — ne serait qu'une perte de temps lorsqu'il faut « pour des raisons pratiques » introduire d'autres distinctions, non moins fines, mais aiguillonnées par de tout autres urgences. Disons que le commissaire du gouvernement pratique ici une *subtilité sans exigence de fondements* — même doctrinaux — tout à fait typique du droit alors même qu'elle va constamment surprendre l'ethnographe féru de philosophie[18].

---

17 La doctrine est un terme technique qui joue un rôle difficile dans l'élaboration. Parmi les sens complexes du terme il y a les « universitaires », commentateurs du droit administratif mais qui ne le fabriquent pas et qui ajoutent donc des fondations parfois considérées comme postiches et que les membres du Conseil considèrent le plus souvent comme dénuées d'intérêt.

18 Phrase typique dans le cours de droit administratif donné à Sciences-Po : « Il faut se garder de la vue abstraite des choses et ne pas se demander quels sont les canons abstraits de l'indépendance et de la partialité dans tous les pays et dans tous les temps ; nous au Conseil d'État, ajoute fièrement le professeur, nous l'avons fait sans texte, empiriquement, progressivement, efficacement… » Rien de moins philosophique que cette exigence de « ne pas se casser la tête ». Cette méfiance envers les grands problèmes de fondement n'est pas propre au Conseil

> Pour s'en tenir à la matière qui nous intéresse, c'est-à-dire les animaux errants, vous avez ainsi distingué l'engagement de la responsabilité d'une commune pour faute simple, s'agissant des mesures prévues pour empêcher la divagation de chiens, et pour faute lourde, s'agissant de l'exécution des dites mesures (*27 avril 1962 Sieur de La Bernardie, p. 281*), solution récemment maintenue dans une situation de fait analogue, par votre arrêt du *16 octobre 1987, n°58465 consorts Piallat c/Commune d'Uzès, aux conclusions de B. Stirn.*

Il ne servirait à rien que le commissaire du gouvernement donnât son avis personnel sur une question — malgré le « il nous semble » du paragraphe précédent — s'il ne pouvait aussitôt s'appuyer sur ce que le corpus lui-même a déjà décidé. Le corpus — l'énonciataire du « vous » — se trouve maintenant avoir proféré deux jugements différents : le premier, à la suite du président Odent, qui a fait disparaître toute différence entre conception et exécution, et le nouveau, qui n'est d'ailleurs qu'un retour à l'ancien, que le commissaire du gouvernement trouve plus expédient de réintroduire. Ainsi, affirme le commissaire, je prétends éclairer à nouveau ce que « vous avez distingué », et je propose de le faire en rappelant que « vous » ne l'avez pas seulement fait il y a trente-trois ans mais il y a moins de huit ans dans une situation analogue et que d'ailleurs, en cas de doute, on peut toujours lire les conclusions de Bernard Stirn, membre éminent du Conseil d'État, qui occupait alors ma fonction, avait le même sentiment que moi et siège aujourd'hui avec « vous ». Tous ces fils soigneusement tissés commencent à tirer tous ensemble vers une conviction qui va maintenant s'exprimer dans le premier dénouement de notre affaire :

> C'est la même distinction que nous vous proposons d'appliquer à l'espèce[19] : il y a le principe même de la « dépigeonnisation » et le choix du moyen retenu, qui peuvent engager la responsabilité de la commune pour simple faute. Et il y a le fait d'installer des pièges, des poisons, ou comme ici des aliments contraceptifs, qui est une

d'État : « Une boutade, écrit Atias, en donne une illustration ; il faut, semble-t-il, laisser de côté les inquiétudes doctrinales qui sont trop fondamentales pour être sérieusement discutées. » C. Atias, *Science des légistes, savoir des juristes* (1993), p. 333.

19 « Espèce » n'a rien de péjoratif et ne veut nullement dire que l'on se moque de cette obscure affaire de pigeon ; il s'agit d'un terme technique pour désigner le point de fait ou de droit qui va faire l'objet d'une décision, comme dans l'expression courante « cas d'espèce ».

> tâche plus difficile, et peut, par conséquent, n'être sanctionnée qu'en cas de faute lourde.
>
> Dès lors, en faisant un seul bloc de la responsabilité de la commune, et en ne recherchant que la faute lourde pour l'ensemble du processus de décision et d'exécution, la cour administrative d'appel a, à notre sens, entaché son arrêt d'une erreur de droit.

Le commissaire du gouvernement, en appliquant la distinction du paragraphe précédent, propose donc de censurer le jugement de la cour d'appel, laquelle avait maintenu le jugement du tribunal administratif de première instance, lequel était chargé de contrôler l'administration en l'empêchant de nuire à ses administrés par des mesures de police mal appropriées. De même que le droit administratif contrôle l'exercice des pouvoirs de l'État, le Conseil d'État, juge de dernière instance, contrôle l'exercice de ce pouvoir particulier de l'État qu'est le droit administratif. De même que le maire de La Rochefoucauld aurait pu avoir tort de ne distribuer que des contraceptifs à ses pigeons devenus nuisibles, les juges de la cour d'appel de Bordeaux peuvent avoir eu tort de ne pas condamner le maire pour sa faute — légère ou lourde selon la définition retenue.

À ce moment l'avocat sur son banc, l'agriculteur qui depuis de longues années attend de recevoir l'indemnisation pour des graines de tournesol devenues pigeons dodus et joufflus, peuvent siffloter de soulagement : comme ils ont eu raison d'aller en cassation ! La cour d'appel a bien fait une « erreur de droit ». Ils ont donc enfin gain de cause… Il ne faut jamais perdre confiance dans la justice de son pays.

Que M. Delavallade ne se réjouisse pas trop vite et qu'il n'aille surtout pas richement doter sa fille dans l'espoir de bientôt recevoir le remboursement de tous ses débours. En effet, le droit administratif a cette particularité que le Conseil d'État, cour de cassation, juge aussi bien de la forme que du fond, si bien que, au lieu de renvoyer l'affaire à une autre cour d'appel comme on doit le faire « en judiciaire », il peut vider la querelle à l'instant même. C'est ce que l'on appelle « évoquer l'affaire », terme lui-même évocateur. Que de désillusions ont frappé les requérants assez naïfs pour croire que la cassation d'un jugement d'une cour inférieure allait par là même leur donner raison ! Comme souvent, le commissaire du gouvernement, après avoir impitoyablement proposé de

casser l'arrêt de la cour d'appel, suggère, hélas, de rejeter la requête du requérant persécuté par les pigeons :

> La relative ancienneté du dossier (les événements remontent au printemps 1985)[20], et le fait que les moyens d'appel sont, au surplus, de ceux que même un juge de cassation pourrait connaître, nous font vous inviter à évoquer l'affaire et à statuer sur le fond.
>
> Vous écarterez alors toute faute de la commune de La Rochefoucauld dans la conception de la mesure. Les pigeons ne sont pas des animaux à ce point redoutables que le risque qui fut pris d'une méthode moins performante ne soit pas justifié, par le souci de ne mettre en danger, ni la santé des hommes, ni la santé des autres animaux, ni la sérénité des défenseurs de la nature, très hostiles aux méthodes plus violentes.
>
> Vous écarterez également le moyen fantaisiste tiré de ce qu'une faute aurait été commise en raison de ce que les pigeons auraient été la « propriété » de la commune de La Rochefoucauld. Ce qui vous conduira à rejeter la requête de M. Delavallade, ainsi que les frais irrépétibles qu'il demande en cassation.
>
> Et par ces motifs nous concluons[21]…

Si l'on a cassé le jugement de la cour d'appel parce qu'elle s'était contentée de rechercher une faute lourde alors qu'elle aurait dû également rechercher les fautes légères pour les périodes de conception de l'acte (on juge alors sur la forme et, en tant que cour de cassation, on se prononce seulement sur le vice de forme appelé ici « erreur de droit »), cela ne veut aucunement dire que, lorsqu'on arrive au fond, « dans la réalité » la commune ait fait une quelconque erreur. Brusquement, avec le paragraphe central, le commissaire du gouvernement quitte le terrain du droit et, passant sur celui du fait, ne parle plus que d'évidences ordinaires, de bon sens, de simple politique : les pigeons ne sont pas à ce point redoutables ; la santé des hommes ainsi que celle des autres animaux valent davantage que l'élimination des pigeons ; la sérénité des écologistes est préférable à la fureur de M. Delavallade… Fini les subtilités de l'erreur de droit, les sublimes difficultés du président Odent, les contradictions de ce corps bicentenaire : on est dans le

20. Exemple typique d'humour noir du Conseil d'État : le terme « relativement ancien » — dix années de procédure ! — signifie que beaucoup d'autres affaires sont plus longues.
21. On retrouve alors les conclusions citées p. 17.

fait, on parle le langage des évidences, on touche à l'opinion, presque au Café du Commerce, et l'on découvre alors qu'aucune erreur n'a été commise. Les cours subalternes avaient donc eu raison de rejeter la requête de M. Delavallade ? Oui en fait, mais non en droit puisqu'elles l'avaient rejetée pour de mauvaises raisons juridiques. De même que les médecins préfèrent un patient qui mourra guéri à un autre qui survivra sans que l'on puisse expliquer pourquoi, le commissaire du gouvernement ne veut pas que l'on rejette une accusation d'erreur tout en commettant une autre erreur. Après dix ans de procédure, M. Delavallade est bien rejeté mais, cette fois-ci, dans les règles. La cause est entendue — du moins pour le commissaire du gouvernement —, il n'y a plus rien à ajouter : le mot de « conclusion » dit bien ce qu'il veut dire. La discussion est terminée.

Il ne reste plus au commissaire du gouvernement qu'à se rasseoir et, à la grande surprise de l'observateur, il ne se passe *rien* d'autre. Pas de débat, pas d'éclats de voix, pas d'effets de manche, pas de cris dans les bancs du public, pas de « Silence ! ou je fais évacuer la salle ». C'est dans un calme absolu que le président se contente de dire d'une voix neutre : « Il en sera délibéré », ce qui, la première fois qu'on l'entend, sonne, avouons-le, comme « Renvoyons ces pigeons aux calendes grecques ». La voix frêle d'un greffier appelle une autre affaire, un autre commissaire du gouvernement se lève, parfois le même, et nous voilà partis pour la lecture d'une autre conclusion. Pour l'instant le délibéré nous échappe, ce moment où les juges, à la fin de la demi-journée, en la présence silencieuse des commissaires du gouvernement et des chroniqueurs, parlent à nouveau mais seulement entre eux pour juger si oui ou non on suivra les conclusions du commissaire[22]. Deux mois après, le 5 décembre 1995, le jugement « est lu », ce qui signifie, dans cette institution de culture écrite, que l'on affichera sur un panneau une page-listing d'ordinateur au bas du superbe escalier de marbre sur lequel Napoléon se fit peindre :

> Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. DELAVALLADE n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal adminis-

22 N'étant ni juge, ni énarque, ni stagiaire, il ne nous a pas été possible d'assister aux délibérés proprement dits mais seulement, comme on le verra plus loin, aux séances d'instruction qui les préparent.

tratif de Poitiers a rejeté sa demande tendant à ce que la commune soit déclarée responsable des dommages dont il fait état ;

Considérant que la commune de La Rochefoucauld, n'ayant pas la qualité de partie perdante en cause d'appel, elle ne saurait être condamnée à payer à M. DELAVALLADE la somme de 10 000 F au titre des frais exposés par lui devant la cour administrative d'appel de Bordeaux et non compris dans les dépens :

DÉCIDE

Article 1er : L'arrêt du 3 décembre 1991 de la cour administrative d'appel de Bordeaux est annulé.

Article 2 : Les conclusions de M. DELAVALLADE dirigées contre le jugement du tribunal administratif de Poitiers en date du 12 avril 1989 ensemble ses conclusions tendant à la condamnation de la commune de La Rochefoucauld au paiement de la somme de 10 000F au titre des frais irrépétibles sont rejetées.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête susvisée de M. DELAVALLADE est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à M. Pierre DELAVALLADE à la commune de La Rochefoucauld, au ministre de l'Intérieur et au ministre de la Fonction publique.

La formation de jugement a exactement suivi les conclusions du commissaire du gouvernement, ce à quoi, rappelons-le, elle n'était pas obligée. La cause est maintenant entendue pour de bon. Aucune cour supérieure à celle-ci ne permet de rouvrir le débat. Il n'y a plus moyen de prolonger le mouvement de ces dossiers dont nous suivrons, dans un autre chapitre, le parcours à la trace. M. Delavallade, s'il est encore en vie, recevra un papier recommandé et apprendra, dix ans plus tard, avec le plus grand intérêt, qu'il avait eu raison de relever une erreur de droit dans le jugement des tribunaux administratifs qui ne recherchaient pas de faute légère dans la conduite du premier édile de La Rochefoucauld, mais qu'il avait pourtant eu tort de croire que le maire avait commis une faute quelconque en ne parvenant pas à empêcher les pigeons de se gaver des graines de son cher tournesol.

Un décret controversé

Une jolie salle au troisième étage dont la fenêtre donne sur le plus beau jardin de Paris que les malheureuses colonnes de Buren[23], où les gamins jouent à chat perché en piaillant, ne parviennent pas à saccager tout à fait. Plus d'avocat, plus de greffier, plus de public : c'est que nous ne sommes plus à l'audience mais dans une salle d'instruction dont l'ameublement consiste en une grande table, des fauteuils et une bibliothèque où se trouve serré l'indispensable recueil *Lebon* relié de cuir fauve. Nous retrouvons le commissaire du gouvernement qui fait face au président de sous-section entouré de ses deux assesseurs. À gauche ou à droite du commissaire du gouvernement selon les cas, les rapporteurs sont assis devant d'énormes dossiers qu'ils se dépêchent de consulter pour se rafraîchir la mémoire avant que l'on ne les interroge. Assis à la même table, quelques membres de la sous-section attendant leur tour, un jeune auditeur, sorti de l'ENA depuis peu, qui apprend là son métier en assistant à toutes les séances, un stagiaire venu d'un tribunal administratif boire le droit à la source, et bien sûr l'ethnographe, devenu depuis longtemps invisible puisque, avec son carnet, son costume-cravate, son âge moyen, son air bien élevé, il peut se fondre dans le décor au milieu de ces gens qui, comme lui, annotent des dossiers — à condition bien sûr qu'il n'ouvre pas la bouche, car alors son incompétence se révélerait aux premiers mots ! Dans un coin, une petite table et une chaise où se trouve assise la secrétaire de la sous-section, personnage indispensable dont nous reparlerons à loisir quand nous suivrons la logistique des dossiers, qui entre et sort en fonction des besoins du président.

Nous voici en « séance d'instruction », originalité du droit administratif au cours de laquelle, dans une atmosphère beaucoup plus libre qu'au cours du délibéré, les membres d'une sous-section préparent *en commun* les audiences des semaines suivantes. C'est de ces séances que nous allons tirer la plupart de nos données de terrain, car c'est elles qui présentent un intérêt vraiment décisif puisque, échappant à la procédure écrite, formelle et solennelle de l'expression du droit, elles permettent de comprendre les tenants et les aboutissants des raisonnements qui seront plus tard rédigés publiquement de la manière la plus lapidaire possible. Si nous pénétrons

23 Voir sur cette affaire, N. HEINICH, « Les colonnes de Buren au Palais-Royal. Ethnographie d'une affaire » (1995).

maintenant dans l'une des cuisines de la loi, ce n'est évidemment pas comme un inspecteur qui en vérifierait la bonne hygiène mais comme un gourmet qui voudrait comprendre les recettes des chefs.

Pour donner une première idée du travail effectué, nous allons reconstituer artificiellement une de ces séances. Aujourd'hui, par chance, la séance commence par ce que l'on appelle les « désaccords du commissaire du gouvernement », forme la plus captivante des débats qu'il soit donné de suivre au cours des séances d'instruction. D'habitude, en effet, le commissaire reste muet, écrivant quelques notes à propos d'un dossier dont il prend connaissance en cours de séance et qu'il devra « inscrire à son rôle » dans quelques semaines en rédigeant ses conclusions après une analyse approfondie du dossier. Mais il peut arriver que le commissaire, à la veille d'une audience, prévienne la sous-section que, après avoir étudié l'affaire en toute indépendance, il n'est pas en accord avec la solution retenue par ses collègues. En principe, cela ne devrait pas avoir d'importance puisque, nous l'avons dit, le commissaire du gouvernement, tel un capitaine de navire, n'a de comptes à rendre qu'à sa conscience et à la Loi. Toutefois, par politesse, pour prévenir les objections, pour faciliter le délibéré, pour ne pas prendre ses collègues par surprise, le commissaire du gouvernement a coutume de prévenir la sous-section qu'il va conclure différemment d'elle et que donc, si la formation de jugement le suit au lieu de suivre la sous-section, il faudra que celle-ci ait préparé un autre projet[24].

Avant d'analyser l'un des nombreux extraits des séances d'instruction, un mot d'explication sur la façon dont nous avons décidé de présenter la reconstitution, en partie fictive, de ces dynamiques. Pour que l'observation garde son intérêt, il faut que les extraits soient assez longs, afin de rendre visible la dynamique des raisonnements ainsi que les nombreuses hésitations et changements d'opinion. De trop courts extraits n'auraient pas grand sens. Comme il n'était pas question, bien évidemment, d'enregistrer au magnétophone des séances d'instruction strictement confidentielles, nous ne possédons que des notes prises à la volée. À la technicité des dossiers s'ajoutent donc les incertitudes de la transcription, les obscurités habituelles de l'oral, les allusions lancées par des gens qui se connais-

[24] Soit que l'on donne au brouillon de l'arrêt, rédigé par avance, et qui sert le plus souvent de base au jugement (voir le chapitre suivant qui permet de se repérer dans les différentes matières graphiques).

sent depuis des années et, bien sûr, l'extrême incompréhension de l'observateur. Une dernière difficulté vient s'ajouter aux autres : pour maintenir dans ce livre une stricte confidentialité, il nous a fallu crypter à la fois le numéro de l'affaire, le nom des intervenants, la date, et même jusqu'aux numéros des sous-sections observées, opération qui oblige à rompre la traçabilité des dossiers ainsi que la présentation d'un contexte qui trahiraient tout de suite de quelle affaire il s'agit, ce qui nous met en pleine contradiction avec les exigences de clarté et d'explication… Pour toutes ces raisons la plupart de ces échanges ne sont pas directement compréhensibles. Nous avons donc choisi deux niveaux de commentaires : le premier, dans un corps légèrement différent, accompagne les propos des différents protagonistes en offrant les indications indispensables avant de reprendre, mais toujours après un temps assez long, le cheminement des analyses approfondies. Le lecteur pourra donc choisir à sa guise son mode de lecture, même si nous sommes conscients de n'avoir pu qu'alléger les difficultés d'une enquête qui reste aussi austère que le droit administratif lui-même…

Perrouard (commissaire du gouvernement) : J'ai un sérieux problème avec ce dossier, rapporté par M. Bruyère.

Le rapporteur est celui qui a été chargé d'extraire du dossier une note résumant l'affaire et qui a rédigé un projet de jugement dont on a discuté lors d'une séance précédente. Il est le seul de la sous-section à connaître le dossier à fond, mais, d'un autre côté, le temps ayant passé, il peut ne plus s'en souvenir exactement, tandis que le commissaire du gouvernement a tout relu récemment pour rédiger ses conclusions ;

Bruyère (rapporteur) (expliquant la situation) : Il manque une signature sur un décret de classement ; l'avocat en fait un moyen ; le Conseil d'État a fait un supplément d'instruction ; on a demandé la signature du Premier ministre ; le Secrétariat général du gouvernement[25] (SGG) le renvoie mais toujours sans la signature du ministre et de toute façon c'est pas le bon Premier ministre[26] !

---

25 Rouage essentiel de l'administration, peu connu du grand public, le Secrétariat général du gouvernement est chargé, pour le compte du Premier ministre, de la coordination et du suivi de l'ensemble des travaux du Parlement et du gouver-nement, assurant l'interface entre les ministères et le Conseil d'État. Le secrétaire général, poste très prestigieux et d'une exceptionnelle stabilité — sept secrétaires seulement depuis 1945 ! —, est toujours assuré par un conseiller d'État. Les deux derniers vice-présidents du Conseil ont été aussi secrétaire général du gouvernement.

26 Par son caractère squelettique, la transcription donne l'impression d'un langage peu châtié, haché et à l'emporte-pièce, alors que les conseillers parlent au contraire

À partir du moment où un avocat a transformé un argument en moyen on est obligé d'y répondre ; pour ce faire, la secrétaire a demandé un supplément d'instruction, c'est-à-dire qu'elle a envoyé au Secrétariat général du gouvernement le moyen de l'avocat pour qu'il réplique en produisant[27] le décret attaqué ; malheureusement, cette réponse ne satisfait pas le commissaire du gouvernement ; et bien évidemment, après deux alternances électorales, ce n'est plus le même ministre ni le même Premier ministre ; il n'est donc pas question de régulariser, par des moyens que la morale réprouverait, l'absence de signature ;

Perrouard : L'avocat dit « il n'y a pas de signature » ; l'original n'a que le **cachet** du Premier ministre et demande une signature ; on a le dossier, le document n'est pas détourné du circuit du Secrétariat général ; on croit deviner une signature du ministre de l'Environnement mais pas du Premier ministre ; le deuxième document est une copie certifiée conforme, c'est une attestation que le dossier a été signé mais il ne nous donne pas copie ; le Secrétariat général nous demande qu'on les croie sur parole ;

La copie certifiée conforme d'une attestation que le décret a bien été signé n'est toujours pas la signature du décret lui-même ; le SGG prétend *interrompre* le circuit de l'écriture, la traçabilité qui lui est propre, par un acte oral et par une demande de confiance ; le commissaire du gouvernement doit-il se satisfaire de cette position ?

J'ai téléphoné de façon informelle ; je n'ai pas le droit de faire d'instruction ; le Secrétariat général en a parlé ; ils ont décidé de ne pas communiquer au Conseil d'État les minutes ; que c'était une doctrine constante et ancienne : « on ne fait pas de photocopie des minutes » ;

Comme on ne confie un dossier au commissaire du gouvernement, au cours d'une séance précédente, qu'*une fois* le dossier complété, il n'a pas le droit de reprendre lui-même le travail et doit se contenter de « ce qui ressort du dossier » ; pourtant, au circuit formel du plan d'instruction (envoi de chaque argument d'une partie à l'autre pour qu'elle puisse répliquer afin de respecter la règle absolue dite du contradictoire[28]), s'ajoute le circuit informel des contacts dont on ne parle évidemment que dans ce genre de séances ;

---

comme des livres et se donnent des « monsieur le président » et des « madame le commissaire du gouvernement » gros comme le bras. Nous essaierons plus tard de rendre compte par d'autres moyens de la rondeur et de la solennité des échanges indispensables à la compréhension de l'énonciation juridique.

« Produire » devenu intransitif, comme beaucoup de verbes au Conseil, veut dire envoyer un mémoire en défense ou en réplique : « A-t-il produit ? » veut dire « A-t-il envoyé un document pour contredire ce dont on l'accuse ? ».

Le juge administratif, contrairement au juge judiciaire mais comme en droit anglo-saxon, se contente strictement d'écouter les objections des uns et des autres et

or on doit en droit contrôler l'acte **dans sa substance** ; nous avons l'**entier contrôle** ; l'arrêt Leduff parle des ampliations, ce n'est pas l'acte ; il y a l'autorité de l'ampliation et **nous avons besoin du décret lui-même** ;

L'argument repose sur la conjonction de deux éléments : a) la notion de contrôle que nous avons vue précédemment, cette fois-ci « entier » par opposition à « restreint » ; b) une règle absolue : les décrets doivent être signés par le Premier ministre et tous les ministres compétents de manière *autographe* ; par conséquent c'est la *substance*, la matérialité de l'acte qu'ils doivent pouvoir contrôler ; la bonne foi, la confiance, l'informalité des relations, les photocopies, ne suffisent pas ;

Dorval (premier assesseur) (assis à la droite du président) : C'est désagréable ; le rapporteur peut aller consulter **lui-même** ; c'est un petit peu gênant mais c'est aussi **gênant** d'aller à Matignon consulter l'original alors que le Secrétariat général atteste que le décret a bien été signé par le Premier ministre ;

L'assesseur ne parle pas en droit, comme vient de le faire le commissaire du gouvernement, mais reste dans l'évaluation des rapports de protocole, de confiance, de bonne administration entre ces deux rouages essentiels que sont le Secrétariat général et le Conseil d'État ; il ne parle à ce stade que de « gêne » ; il souhaite que le rapporteur n'insiste plus pour obtenir la pièce, mais aille l'observer *de visu*, après quoi il ne nous restera plus qu'à faire confiance au rapporteur… ; compromis qui permettrait de vérifier toute la chaîne tout en cédant à l'administration ;

Luchon (président de sous-section) : Mais c'est à eux de nous donner la pièce ! On est à front renversé !

Le président contrebalance l'argument de son assesseur, qui parle de gêne et de confiance, avec l'argument de son commissaire du gouvernement, qui parle de droit : son indignation joint deux sources en une seule réaction : le protocole qui fait du Conseil d'État le contrôleur de l'administration — on n'a pas à se déplacer chez eux — et la direction dans laquelle doit circuler la gêne : c'est à eux d'être gênés, pas à nous ; on voit donc que la grande bataille du Conseil d'État pour contrôler l'administration affleure toujours ;

---

ne peut de lui-même, comme le ferait par exemple un juge d'instruction, ouvrir une enquête ou soulever un moyen que l'une ou l'autre des parties n'a pas soulevé — à l'exception toutefois des moyens dits d'ordre public (voir des exemples p. 147). On dit « le contradictoire », « respecter le contradictoire » pour indiquer que le Conseil d'État a bien envoyé tous les arguments à toutes les parties mises en cause.

Perrouard : C'est protégé par quel secret ?

Luchon : Rien, c'est le banal archi-banal, pourquoi faire des nœuds ? On peut imaginer des choses, **en réalité**, **ça n'a pas été signé** ; ou par délégation, **mais pour un décret c'est impossible** ; ou il y a des corrections manuscrites sur le décret, ce n'est pas impossible ; en tout cas, cela ne dispense pas de nous le communiquer ; ça me gène de me déplacer, mais pour la raison que c'**est à eux** de le communiquer ;

> Le commissaire du gouvernement, qui n'a encore jamais pratiqué l'administration active, comme on va le voir dans la passe d'armes suivante, change de registre en interrogeant le président sur la marche pratique de l'administration ; le président comprend la question en utilisant alors son expérience à lui, toute récente encore, de la vie réelle de l'administration : l'administration a dû commettre une bévue, ce n'est ni un secret qui protégerait quelque chose, ni un complot ; puis il rappelle comme une évidence qu'il est impossible de déléguer la signature d'un décret et strictement interdit de le raturer, ce qui signifierait que la version passée devant le Conseil d'État diffère de celle que le ministre aurait approuvée, ou de celle publiée au *Journal officiel* ;

Le Men (deuxième assesseur, assis à gauche) : **On ne peut pas rejeter le moyen**, ils nous renvoient un acte clownesque ; ce n'est pas un cas de secret que l'on se fait communiquer et que l'on ne communique pas aux parties ; d'un autre côté **il nous est difficile d'annuler**, étant donné nos liens avec le Secrétariat général[29] ;

> Le deuxième assesseur reconstruit le dilemme avec une élégance consommée ; l'une des branches est indiscutable en droit : tout moyen soulevé doit faire l'objet d'une réponse, et ce moyen-là est en acier puisqu'il remonte à la pratique d'écriture qui se trouve au fondement de l'État (il faut la signature autographe du Premier ministre sur ce type de décrets) ; la deuxième branche est de qualité entièrement différente, bien qu'elle lui paraisse aussi indiscutable que l'autre, puisqu'elle repose sur l'intérêt de la bonne administration et les liens puissants qui existent entre Conseil d'État et SGG ; devant une telle contradiction, la solution prudente (et cet assesseur est la prudence incarnée) consiste pour le moment à attendre ;

[29] Il faut que le lecteur se familiarise avec ces deux grands termes d'*annuler* ou de *rejeter* qui sont au droit administratif ce que la quarte et la tierce sont à l'escrime. « Vous annulez ou vous rejetez ? » est une question qui revient constamment et qui permet, comme le nord et le sud sur un plan, de savoir où va le raisonnement : si vous rejetez, cela veut dire que vous faites subir à la requête le sort de celle de M. Delavallade ; si vous annulez, cela veut dire que vous donnez suite à la requête et que l'acte de l'administration se trouve censuré.

> **Le président** : Je les appelle, **avec la copie** de l'arrêt Leduff ; je leur dis que **ça nous pose un vrai problème** ; je vais demander conseil à Boulanger.

Suspendons la séance et récapitulons la solution provisoire donnée par le président au cheminement de l'affaire. Comme souvent, il accepte la formulation de son assesseur préféré, Le Men. On ne peut rien faire puisque l'on est pris entre deux tensions d'*égale valeur* bien qu'elles ne soient pas également juridiques, la première étant que l'avocat a raison et que l'on ne peut pas se dépêtrer de son moyen ; la seconde, qu'il s'agit d'une technicalité sans importance réelle et que l'on ne peut mécontenter pour cela le Secrétariat général du gouvernement avec lequel « on a tant de liens ». Nous comprenons déjà l'extrême difficulté du droit administratif qui doit à la fois contrôler l'administration — il s'agit ici d'un plein contrôle qui ne peut reposer sur la parole d'un fonctionnaire, même de bonne foi ; on doit pouvoir toucher de la main la « substance » même de l'acte autographe comme saint Thomas la plaie du Christ ressuscité — mais qui, en même temps, ne doit pas gêner inutilement la bonne marche de cette même administration en lui imposant des contraintes superflues, en la pliant à un « formalisme » exagéré. La virulence du président (« On est à front renversé »), l'intensité des questions de protocole (« c'est à eux de se déplacer, pas à nous »), l'importance de venir expliquer le droit à l'État (« avec une copie de l'arrêt Leduff »), nous montrent avec éclat que l'histoire initiée par Bonaparte continue, deux cents ans après, d'exiger toujours la même énergie et d'aviver les mêmes contradictions : oui, les membres du Conseil d'État sont juges et parties, et néanmoins ils doivent devenir de bons juges. Qu'ils cèdent d'un pouce, l'administration les grignotera ; qu'ils embêtent trop l'administration, elle les ignorera ou les contournera. Nous essaierons de comprendre, tout au long de ce travail, la qualité d'un jugement de droit contraint à la fois d'éviter le formalisme, de répondre aux arguments juridiques et même procéduriers les plus techniques, et d'empêcher que l'administration ne se tire d'affaire en oubliant les règles de droit tout en maintenant avec elle des liens de confiance : jugements aussi subtils que des jugements de goût et pour lesquels il va nous falloir peu à peu devenir des « amateurs » attentifs.

Nous comprenons déjà que ces appréciations seraient incompréhensibles si les séances d'instruction n'ajoutaient pas constamment au raisonnement formel une suite de contacts informels reposant sur la connaissance intime que les membres du Conseil ont de l'administration. Loin de parasiter le travail du droit, ou de le détourner de son chemin rectiligne, c'est la multiplicité de ces liens fragiles qui, au contraire, le font avancer. Si Dorval est « gêné » d'aller demander au SGG à voir le décret en doutant de sa parole, c'est qu'il a lui-même participé à ses travaux et qu'il briserait par là même un lien nécessaire de confiance. Si le président peut imaginer, en réponse au commissaire du gouvernement, ce qui s'est vraiment passé « en réalité », c'est qu'il a connu la fièvre, le désordre, la confusion, le feu de l'action de plusieurs ministères et qu'il peut donc reconstituer sans peine la boulette. Si Le Men ne peut envisager d'annuler le décret « étant donné nos liens avec le SGG », c'est qu'il ne considère pas le Conseil d'État comme un juge dressé de l'extérieur en dehors de l'administration, et qu'il y a pour lui continuité entre la bonne marche de l'État et ses juges. C'est là une particularité du Conseil d'État : comme nous le verrons plus tard, tous les gens qui siègent autour de la table ont été ou seront membres éminents de l'administration active. Au lieu d'occuper à vie, comme dans le judiciaire, la fonction de juge, il faut plutôt les considérer comme des praticiens chargés tantôt d'agir sous le contrôle du juge et tantôt d'exercer ce contrôle. On ne peut pas dire qu'ils sont juges et parties, ce qui jetterait un doute sur leur jugement, mais qu'ils ont tous été l'un et l'autre successivement.

Mais pourquoi le président, ayant décidé de demander son avis à ceux qu'il doit pourtant contrôler (« ça nous pose un vrai problème »), ajoute-t-il pour finir : « Je vais demander à Boulanger » ? Voilà une autre singularité du Conseil avec laquelle il faut tout de suite nous familiariser car elle stupéfie les étrangers qui considèrent l'anthropologue avec la même incompréhension que s'il expliquait la pratique jivaro de réduction des têtes[30]. Dans

30 Tocqueville déjà avouait les difficultés qu'il avait pour présenter le Conseil d'État à l'étranger : « Mais quand je cherchais à leur faire comprendre que le Conseil d'État n'était point un corps judiciaire, dans le sens ordinaire du mot, mais un corps administratif, dont les membres dépendaient du Roi, de telle sorte que le Roi, après avoir souverainement commandé à l'un de ses serviteurs, appelé préfet, de commettre une iniquité, pouvait commander souverainement à un autre de ses

la même institution, dans le même bâtiment, les mêmes couloirs, le même corps, se déploie une activité entièrement différente du Contentieux, celle des Sections administratives chargées de conseiller le gouvernement sur tous les projets de loi mais aussi d'aider à rédiger les décrets dont beaucoup doivent être approuvés par le Conseil[31]. En dehors des jeunes auditeurs, du président et du commissaire du gouvernement trop occupés par leurs tâches respectives, tous les membres présents à cette sous-section siègent aussi dans une Section administrative[32]. Le décret attaqué aujourd'hui par notre courageux avocat a été discuté, quelques années auparavant, par des collègues siégeant dans la Section administrative dite « des Travaux Publics »[33], et qui peuvent fournir des informations précieuses sur les problèmes rencontrés au cours de la discussion. Cette étrange écologie est ainsi faite que le Contentieux peut toujours remonter au dossier des Sections administratives et que, inversement, les discussions des Sections administratives peuvent constamment anticiper le type de contentieux que la rédaction d'une loi ou d'un décret, si elle est malencontreuse, risque d'entraîner. Il est donc, pour le président, tout naturel d'aller consulter Boulanger et de lui demander ce qu'il en pense, d'autant que celui-ci a été secrétaire général du gouverne-

---

serviteurs, appelé conseiller d'État, d'empêcher qu'on ne fît punir le premier ; quand je leur montrais le citoyen, lésé par l'ordre du Prince, réduit à demander au Prince lui-même l'autorisation d'obtenir justice, ils refusaient de croire à de semblables énormités et m'accusaient de mensonges et d'ignorance. » A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* ([1835] 1986), p. 106. On ne doit pas toutefois trop exotiser le Conseil. Aux États-Unis par exemple le circuit des cours d'appel pour le district de Columbia remplit le même rôle que le Contentieux et l'Office of Legal Council celui des Sections administratives. Même chose avec les Law Lords anglais et ce qu'ils appellent « judicial review », l'équivalent de notre requête en excès de pouvoir.

31 Il s'agit alors des décrets dits « en Conseil d'État ». C'est souvent le cas des décrets d'application des lois.

32 Ceci depuis une réforme importante de 1963 exigée par le général de Gaulle à la suite de la violente affaire *Canal* (CE Ass. 19 oct. 1962) au cours de laquelle le Conseil d'État avait fortement mécontenté le Général en l'empêchant de condamner un chef OAS au cours d'un procès militaire devant une cour d'exception qui n'avait pas de voie de recours. Loin de considérer comme anormale l'osmose entre avis juridique et Contentieux, cette réforme n'a fait, au contraire, que la renforcer, en obligeant tous les membres à avoir une double affectation : voir J. MASSOT, *Le Conseil d'État* (1999), p. 84.

33 Comme le nom des Sections date de Napoléon, il n'est pas facile de se les rappeler : chacune sert de mentor à un ensemble de ministères dont la liste change d'ailleurs à chaque nouveau gouvernement par un décret de répartition.

ment quelques années auparavant et qu'il connaît sur le bout du doigt les problèmes pratiques posés par la signature des décrets. Puisque ce système bizarre par lequel le Conseil, considéré dans son ensemble, est bien en effet juge et partie fait la fierté de ses membres tout en horrifiant les observateurs, nous essaierons plus tard d'en saisir la justification.

Maintenant que les enjeux essentiels de la situation ont été esquissés, nous pouvons comprendre le petit moment de violence qui suit, bien révélateur de la différence entre la forme et le fond, ainsi que sur l'opposition tenace entre l'État qui juge et l'État qui gouverne.

Bruyère (reprenant la discussion sous la forme d'un commentaire auquel il n'attache pas d'autre importance) : Mais il y a partout des machines à signer ; un texte non signé n'est pas valable un point c'est tout ; je ne comprends pas leur attitude ; j'aurais été au SGG, vous auriez eu la signature.

Luchon : Il ne faut pas s'habituer !

Perrouard (d'un ton sec) : Nous n'avons pas à encourager ces mauvaises habitudes.

Bruyère (d'un ton patelin et ironique) : Monsieur le commissaire du gouvernement, je crois vraiment qu'il faut que vous preniez un **poste exposé**, préfet de la Guyane ou préfet de la Corse.

Perrouard : Plus j'avance moins je le crois.

Luchon (apaisant et ouvrant la discussion ailleurs) : Les députés n'acceptent pas d'avoir une autre signature que celle du ministre, donc ou bien on passe son temps à signer, ou bien on a une machine.

Perrouard (inébranlable et toujours glacial) : Mais ce n'est pas pour des décrets [la machine à signer], ce n'est pas pareil.

Bruyère (à part au commissaire du gouvernement, continuant sa remarque acide) : Je vous conseille l'Aude, c'est bien aussi comme préfecture exposée !

Perrouard (maintenant plus amusé et jouant le jeu) : Oh ! je serais plus tenace que vous ne croyez…

Entre Bruyère, ancien préfet et tour extérieur, épais, rond, vieux dur à cuire qui a connu le gaullisme, faisant profiter la sous-section de sa sagesse ironique et détachée, et le commissaire du gouvernement, petit, fin, ascétique, qui rappelle les premiers disciples d'Ignace de Loyola, travailleur acharné, énarque bien sûr, le contraste est total. Ce que le premier est prêt à faire au nom de la raison d'État, indigne le second. D'où le conseil, impensable dans

toute autre maison : « Vous, mon jeune ami qui vous scandalisez de mon arrangement, je voudrais vous y voir dans une préfecture, avec des grèves et des catastrophes naturelles, des emmerdeurs de tout acabit, des terroristes comme en Corse, des nationalistes comme en Guyane, ou des viticulteurs enragés comme dans l'Aude. » Et rien n'empêche que, dans quelques années d'ici, le commissaire du gouvernement ne se retrouve, en effet, chef de cabinet, député, ministre, industriel[34].

Il ne s'agit pas toutefois d'une simple opposition entre la raison d'État et les exigences du droit, car Bruyère, c'est là tout l'intérêt de l'anecdote, ne nie aucunement la nécessité de la norme formelle qu'exige son jeune collègue (« Un texte non signé n'est pas valable, un point c'est tout »), mais son raisonnement obéit à une logique toute différente : contrairement à celui, solide et efficace, de l'ancien temps, le Secrétariat général actuel est d'une honnêteté qui frôle l'absurde : « Puisqu'il faut la signature du ministre, qu'il l'obtienne par tous les moyens, comme je l'ai fait moi-même. » Et débonnaire, avec un rien de satisfaction à effaroucher le jeune président qui se récrie tout en acceptant sa position (« il ne faut pas s'habituer ! »). Il en faudrait plus pour ébranler la vertu robespierrienne du jeune commissaire du gouvernement, droit sur son siège, qui sent que la provocation lui est destinée mais qui maintient son exigence de rectitude dans la situation délicate imaginée par son mentor « en plein feu de l'action » : « Oh ! je serais plus tenace que vous ne croyez. » On le croit sans peine en effet. S'ils peuvent d'ailleurs se permettre cette discussion, c'est parce qu'ils sont tous convaincus que le moyen de l'avocat est à la fois imparable et purement procédurier. Il est donc à leurs yeux permis d'en discuter puisqu'il faut à la fois maintenir la forme et ne pas s'arrêter non plus à des technicalités sans importance.

Nous verrons souvent revenir ce conflit qui n'oppose pas la forme avec le fond, mais la forme avec *le formalisme*[35]. Bruyère

---

34 Comme nous le verrons plus longuement en étudiant la dynamique du Corps, les commissaires du gouvernement sont plus jeunes et, crème de la crème, se recrutent chez les maîtres des requêtes particulièrement brillants, avant d'être appelés à de plus hautes fonctions et d'occuper, quand ils reviennent au Conseil après quelques mouvements d'aller et retour, des fonctions d'assesseur, de président de sous-section, etc. Le président et les deux assesseurs de cet épisode ont été commissaires du gouvernement.

35 Un autre exemple particulièrement puissant : Le Men : « c'est quand même pas dans nos habitudes de tout faire dépendre d'un simple montage juridique, nous

ne propose pas un faux, ne rompt pas avec le droit, il s'étonne seulement que l'administration manque d'habileté pour obtenir le respect nécessaire des formes ; quant au commissaire du gouvernement, lui aussi s'indigne de l'incapacité de l'administration, mais parce qu'elle a rompu le lien indispensable entre le corps propre du ministre et la page sur laquelle est le décret inscrit. Il s'agit dans les deux cas du respect des formes mais d'une exigence différente imposée aux ministres : Bruyère, en vieux briscard, demande un corps habile qui soit bien entouré (par des gens capables de se dévouer comme il l'a fait lui-même pour son ministre gaullien)[36] ; Perronard, en « prêtre du droit », veut que le ministre possède un corps vertueux. Le président, quant à lui, situe le problème ailleurs, dans l'archaïsme des députés qui exigent toujours des signatures autographes là où la logique voudrait que l'on permette la machine à signer, curieux hybride permettant à la fois la délégation mécanique et le maintien du principe de l'autographie dans la mesure où l'encre coule bien du stylo de la personne autorisée sans être ni photocopiée ni préimprimée[37]. Le seul moyen pour empêcher l'avocat d'interrompre l'efficacité de ce décret de classement attaqué par ses clients, c'est que le lien ne soit pas rompu qui attache physiquement les autorités constituées de la République avec le texte. Plus tard, il faudra que nous comprenions la logique de ces mouvements et de ces attachements ainsi que la forme très particulière de continuité qu'elle permet d'un texte à l'autre.

on est là *pour dire le droit*. Ça ne m'emballe pas. Avant de faire nôtre la solution de la Cassation je crois qu'il *faut hésiter*. » Voir le chapitre 4 pour le rôle clé de ce devoir d'hésitation.

36 En refusant d'être interviewé par l'ethnographe — qu'il appelle d'ailleurs, malgré les dénégations de celui-ci, un « entomologiste » ! — il explique que s'il devait rappeler ce qu'était l'État autrefois « ça leur ferait du mal aux jeunes, il vaut mieux qu'ils ne sachent pas… ».

37 Sur cette histoire de l'acte de signature voir la passionnante enquête historique de B. FRAENKEL, *La Signature* (1992). Comme le suggère Pierre Bourdieu : « Il faut essayer de ressaisir le sens profond de cette série d'inventions infinitésimales et pourtant tout autant décisives, le bureau, la signature, le cachet, le décret de nomination, le certificat, l'attestation, le registre et l'enregistrement, la circulaire, etc., qui ont conduit à l'instauration d'une logique proprement bureaucratique, d'un pouvoir impersonnel, interchangeable et, en ce sens, parfaitement "rationnel" et pourtant investi des propriétés les plus mystérieuses de l'efficacité magique. » P. BOURDIEU, *De la maison du Roi à la raison d'État* (1997), p. 66. Nous verrons dans le dernier chapitre ce qu'il faut penser de cette notion, elle-même magique, de « magie ».

« Un arrêt du tribunal des conflits suscite une vive controverse »

La cafétéria du Conseil a ceci de particulier que l'on y mange bien et pas cher, mais debout : pas de tables plantureuses, pas de fauteuils profonds, mais de simples guéridons où l'on doit poser son assiette en restant digne et spartiate. L'ethnographe y laisse traîner ses oreilles, comme son métier l'exige, lorsqu'il entend un président de sous-section qui s'exclame indigné : « Il y a une offensive contre la justice administrative ; il faut rendre coup sur coup, c'est le seul moyen en matière de communication. » Diable, voilà qui explique le virulent article du *Monde* paru l'avant-veille sur six colonnes, « Un arrêt du tribunal des conflits suscite une vive controverse » :

> L'arrêt rendu lundi 12 mai sous la présidence de Jacques Toubon[38] par le **Tribunal des conflits** dans une affaire de passagers clandestins marocains découverts à bord d'un cargo suscite de nombreuses réactions. Le rapporteur de ce dossier à la Cour de cassation Pierre Sargos, a décidé d'en démissionner[39]. Dans une lettre adressée au premier président de la Cour de cassation, Pierre Truche, il explique que pour mettre fin à ce qu'il appelle « une survivance d'une forme de "**justice retenue**" » le Tribunal des conflits devrait être présidé par le président du Conseil constitutionnel. Jacques Toubon, dans une lettre adressée au *Monde*, conteste l'interprétation qui a été faite de l'arrêt tant par les syndicats de magistrats que par des associations humanitaires. Selon l'Anafé [l'une de ces associations] « Jacques Toubon a aboli l'*habeas corpus* en France ». (*Le Monde* du vendredi 16 mai 1997.)

En quelques phrases se trouvent rassemblées dans une polémique qui va durer plusieurs jours les trois « cours suprêmes » françaises. La légère excitation de la vie au Conseil d'État réside dans ce passage continuel entre des discussions feutrées à l'intérieur de salles closes sur des sujets confidentiels — comme celle que nous venons de voir dans la section précédente —, et l'immense caisse de résonance des médias capables de faire vibrer la France entière à propos de questions qui, d'une certaine façon, engagent toute

38 Garde des Sceaux, ministre de Jacques Chirac alors Premier ministre lors de la seconde période de cohabitation sous la seconde présidence de François Mitterrand.

39 Il n'existe pas dans les annales d'autre cas connu d'une démission publique d'un conseiller, qui, de plus, rompt avec le secret du délibéré.

l'histoire du droit, depuis l'*habeas corpus* inventé par les Anglais jusqu'à cette singulière affaire de « justice retenue ».

En consultant le dossier de presse du Conseil, on se convainc sans peine de l'importance et de la variété des enjeux[40] : le 16 janvier de cette même année le Conseil a rejeté le recours de Bernard Tapie contre le décret mettant fin à son mandat de parlementaire européen : on en parle dans les chaumières ; quand, le 30 du même mois, le Conseil rappelle à l'ordre l'administration sur le droit d'asile parce qu'elle a commis une erreur de droit en refoulant un Libérien, les associations d'aide aux réfugiés y voient une « décision historique » ; le 14 février, c'est le groupe Lagardère qui dépose un recours contre la privatisation de Thomson, ajoutant son grain de sel à une affaire d'importance nationale ; lorsque, le 17, le Conseil refuse d'indemniser le préjudice d'être né trisomique, il intervient cette fois dans une question éthique du plus grand intérêt, « nous ne pensons pas qu'un enfant puisse se plaindre d'être né tel qu'il a été conçu par ses parents », et ne souhaite pas que l'on commence à exiger des médecins une obligation de résultat et non plus de moyens qui bouleverserait leur vie ; lorsque le 22 l'artiste Fred Forest se bat contre le Musée national d'art moderne, cela n'intéresse guère que lui, mais quand, le 3 mars, le Conseil d'État « bloque le redémarrage de Superphénix » en annulant le décret qui autorise la transformation de ce monstre en installation de recherche, on en parle partout ; de même lorsque le 1er avril, en annulant 35 kilomètres de bitume, le Conseil remet en cause la politique du tout autoroute ou quand le 7, par un étonnant revirement, la radio *Ici et maintenant*, condamnée au silence par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour racisme, retrouve brusquement sa voix grâce à une nouvelle décision du Conseil. Au moment même où l'observateur, devant l'ésotérisme d'affaires affreusement techniques, est tenté, suivant l'exemple de quelques conseillers chenus, de s'assoupir sur son siège, brusquement des enjeux considérables le tirent de sa torpeur parce que d'obscurs points de droit se mettent à faire à travers toute la France un grand tintamarre.

40 Quarante ans auparavant, en 1955, Marie-Christine Kessler ne trouvait dans *Le Monde* de l'année que neuf citations faisant référence à la jurisprudence du Conseil d'État ! M. C. Kessler, *Le Conseil d'État* (1968), p. 71. On mesure ainsi l'immense accroissement de visibilité publique des arrêts et avis du Conseil.

Dans l'aile orientale du Palais-Royal se trouve une magnifique salle richement décorée, à l'acoustique détestable, qui, après avoir servi de salle de bal à la duchesse d'Orléans, abrite les rares séances du Tribunal des conflits[41]. Quelle fonction peut bien correspondre à ce terme admirable ? Par définition tous les tribunaux ne sont-ils pas chargés de régler « des conflits » ? Mais en France, nous l'avons dit, il existe depuis Napoléon deux systèmes juridiques entièrement différents : le judiciaire et l'administratif. Le premier règle les disputes des particuliers entre eux — le droit privé — ainsi que des crimes ou des délits — le droit pénal ; le second connaît de tous les conflits avec l'administration[42]. Alors que le judiciaire est dominé, en dernière instance, par la Cour de cassation, le droit administratif est chapeauté par le Conseil d'État (dans sa fonction de Contentieux)[43]. Il y a donc en France deux cours suprêmes parallèles et indépendantes — sans compter, depuis la Constitution de 1958, une troisième, appelée le Conseil constitutionnel, dont les bureaux se trouvent dans l'aile occidentale du Palais-Royal, juste derrière les coulisses de la Comédie-Française, et qui s'occupe principalement de la constitutionalité des lois[44]. Or, il surgit forcément de temps à autre des affaires dont on ne sait pas si elles appartiennent au judiciaire ou à l'administratif[45]. Le malheureux justiciable risque par conséquent de ne pas savoir à quel tribunal se vouer si

41 Il faut avouer que, en dehors de l'escalier d'honneur, l'architecture du Conseil ne correspond guère aux arguments sur la grandeur et la beauté des temples du droit ; ASSOCIATION FRANÇAISE, *La Justice en ses temples* (1992).

42 Cette égalité ne signifie bien évidemment pas qu'ils pèsent du même poids dans la société : on peut considérer, pour simplifier, que le droit administratif, en nombre d'affaires, pèse environ le dixième du judiciaire.

43 Pour une description sociologique de la Cour de cassation, dont l'ambiance feutrée est assez semblable à celle du Conseil mais dont le rôle est tout différent et qui n'est composée, contrairement au Conseil, que de juges à plein temps, voir A. BANCAUD, *Une « constance mobile » : la haute magistrature* (1989).

44 Le terme de « cour suprême » est fort disputé par la doctrine. Pour être complet il faudrait ajouter les deux cours européennes, celle de Strasbourg pour les droits de l'homme et celle de Luxembourg, cour de justice des Communautés européennes. Mais comme il n'existe pas, contrairement au cas des États-Unis, de Cour suprême unique capable d'arbitrer entre toutes ces hiérarchies de normes, il s'ensuit une possible confusion que O. Cayla dans un article virulent n'a pas hésité à qualifier de « coup d'État de droit », le Conseil d'État parvenant à prendre le pas, grâce au célèbre arrêt *Nicolo*, sur toutes les autres cours : voir O. CAYLA, « Le coup d'État de droit ? » (1998).

45 D'autant que le préfet peut contester la compétence d'un tribunal judiciaire sur une affaire relevant du juge administratif — c'est ce que l'on appelle un « conflit positif ».

chacun de ceux qu'il a saisis se déclare à son tour incompétent[46]. C'est pour éviter ce *double bind* que l'on a créé en 1849 un tribunal spécial dont le rôle n'est pas de trancher les affaires au fond, mais de décider laquelle des deux branches du droit sera compétente pour les entendre.

Mais que vient faire là M. Toubon ? Nous trouvons à nouveau le corps physique d'un ministre chargé, non plus, comme tout à l'heure, d'apposer de son stylo sa signature sous un décret, mais de servir par sa présence de départageur. Les deux branches du droit, autonomes et parallèles, ne peuvent siéger dans ce tribunal qu'à égalité, quatre membres venant de la Cassation (amicalement abrégée en « la Cass ») et quatre autres du Conseil. S'il en était autrement, en effet, l'une des branches du droit aurait *préséance* sur l'autre, ce qui ruinerait le difficile exercice imaginé par Bonaparte pour continuer la bataille de la Révolution contre les Parlements d'Ancien Régime : qu'il y ait deux droits et qu'ils soient autonomes. L'admirable mécanique du Tribunal des conflits exige donc l'égalité absolue. Mais il n'existe pas de formation de jugement qui soit fidèle au nombre pair, lequel entraînerait, en cas d'hésitation, l'impossibilité de jamais trancher. À quoi servirait d'avoir créé un Tribunal pour arbitrer des affaires si l'on restait indécis, quatre contre quatre, hésitant comme l'âne de Buridan ? Si la balance de la justice doit être au début équilibrée, indifférente, hésitante, il faut qu'à la fin elle *penche* soit d'un côté, soit de l'autre. D'où l'invention, dans toutes les formations de jugement, d'un départageur, peu importe sa qualité, sorte de n + 1, chargé par addition d'assurer que le nombre des opinants soit toujours impair[47]. Qui peut mieux assurer cette fonction que le garde des Sceaux, ministre de la Justice[48] ? Voilà pourquoi, ce

46. Pour distinguer ce qui appartient au Conseil constitutionnel et au Conseil d'État il n'y a pas besoin d'un Tribunal des conflits car la distinction se fait par la nature des objets de recours : les lois devant le Conseil constitutionnel, les décrets devant le Conseil d'État.

47. Dans les sous-sections aussi il y a un départageur en cas de vote, sans quoi le président, les deux assesseurs et le rapporteur formeraient un nombre pair — le commissaire du gouvernement présent mais silencieux et donc virtuellement absent ne pouvant évidemment voter. On se sert alors du jeune auditeur, voire d'un stagiaire ou d'un fonctionnaire « en mobilité », ce qui permettra de faire pencher la balance.

48. Le garde des Sceaux n'est pas le supérieur hiérarchique du Conseil d'Etat mais seulement des juges du judiciaire, lesquels d'ailleurs, en tant que fonctionnaires, dépendent pour tous leurs conflits internes (nominations, grades, indices) du Conseil d'État puisque celui-ci est aussi juge de l'administration ! De plus, le

12 mai 1997, les membres du Tribunal des conflits, après avoir délibéré sans succès de cette affaire le 13 janvier, durent faire appel pendant quatre heures, malgré ses nombreuses occupations, à la présence réelle et corporelle de monsieur Jacques Toubon en personne.

Mais d'où provient cette expression, apparemment infamante, de « retour à la justice retenue » ? Des rois, de ces lignées de Rois qui ont « fait la France » et auxquelles le Conseil, à la recherche de ses racines, ne craint pas de se rattacher — remontant même, dans certains textes à prétention historique, jusqu'aux conseils des empereurs romains… N'oublions pas que la coupure révolutionnaire n'a pas le même sens en droit administratif qu'en judiciaire puisque l'absence de Code permet aux raisonnements de remonter très loin en deçà de 1804, date de la promulgation du Code civil[49]. De même que « le Roi ne meurt jamais » (*dignitas non moritur*), l'État de périt pas. On peut d'ailleurs trouver des affaires où se trouvent citées, comme si elles appartenaient au même corpus, des décisions de François Ier, de Napoléon III et du dernier ministère de l'Environnement. Or les rois, s'ils confiaient à leur conseil privé le soin de juger, ne lui *déléguaient* pas la justice mais la *retenaient* pour eux-mêmes si bien qu'ils pouvaient, en fonction de leur pouvoir absolu, inverser les décisions de leurs conseilleurs, tenues pour de simples avis[50]. Lorsque Napoléon créa le Conseil d'État — en filiation avec les Conseils du roi — il maintint le principe de cette justice retenue qui rabaissait justement les conseillers au rang de simples *conseillers*. Le Conseil d'État dut subir cette restriction jusqu'au 24 mai 1872, date à laquelle, avec la IIIe République, il devint enfin juge de pleine et entière capacité : le gouvernement ne pouvait plus rien contre lui. De la justice rete-

---

Conseil d'État a aussi pour fonction d'administrer toute la machine du droit administratif.

49 En dehors des « droits d'eau » qui peuvent remonter à plusieurs siècles, on peut encore entendre des commissaires citer l'arrêt de Villers-Cotterêts de 1539, l'ordonnance de Moulins de 1566 ou l'ordonnance de la Marine de 1681…

50 En fait, comme le fait remarquer Élizabeth Claverie (com. pers.), la distinction entre justice déléguée et retenue est particulièrement ambiguë pendant l'Ancien Régime surtout lorsqu'il s'agit du rôle des Parlements : « À strictement parler, aucune de ces pratiques politiques (rendre publiques des remontrances) n'était compatible avec la théorie de l'absolutisme royal qui voyait dans le monarque la seule personne publique, source et principe d'unité au sein d'une société particulariste d'ordres et d'états. » K. Baker, *Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime* (1987), p. 42.

nue, on était enfin passé à la justice déléguée. Aux yeux des journalistes, des publicistes, indignés par l'arrêt du 12 mai 1997, la présence du garde des Sceaux, ministre de Jacques Chirac, comme départageur dans une affaire touchant aux libertés publiques ravale le Conseil d'État au rang de cette ancienne injustice que les rois et les tyrans conservaient pour eux sans oser la déléguer à des juges indépendants qui auraient pu censurer leurs errements[51].

Sous l'injure, les conseillers blêmissent. Dès le 24 mai, sous le pseudonyme de Solon, l'un d'entre eux réplique vertement dans une libre opinion du *Monde* sous le titre étrangement négligé : « Un émoi à côté de la plaque ». L'indignation de la presse n'a d'autre source, d'après l'auteur, que l'ignorance crasse du grand public pour le droit administratif en général et le rôle du Conseil d'État en particulier. On pardonne quelque peu au pékin moyen de ne pas saisir tous les détours des avis du Conseil lorsqu'on lit la prose de Solon, qui n'a pas conservé de son éponyme grec la transparence attique :

> 1°) Le Tribunal des conflits n'avait pas, le 12 mai, à se prononcer sur le **fond** de l'affaire, mais seulement sur la question de savoir qui avait à connaître de la légalité (en effet contestable) de la mesure d'interdiction de débarquer : le juge judiciaire ou le juge administratif ? En désignant le juge administratif, le Tribunal des conflits n'a nullement **soustrait** les faits de l'espèce au contrôle juridictionnel. Il a seulement **pointé** le juge compétent.
>
> 2°) Les règles de répartition des compétences en matière de police administrative sont **claires** : c'est le juge administratif qui doit intervenir, **sauf** s'il y a une « **voie de fait** », c'est-à-dire un agissement administratif **non susceptible** de se rattacher à un pouvoir de l'administration et **gravement dolosif** à l'égard d'une liberté fondamentale. Le Tribunal des conflits a estimé que la première de ces

[51] Rappelons que le judiciaire n'est toutefois pas exempt du même conflit : « L'attitude française est au contraire la confusion des pouvoirs. On retrouve ce trait culturel de part en part du système juridique français : dans le statut si particulier du Conseil d'État, à la fois juridiction et conseil du gouvernement, et dans lequel d'ailleurs hommes politiques et hauts fonctionnaires passent de l'un à l'autre dans un silence quasi total de statut ; dans le rôle dévolu au président d'audience qui instruit "à charge et à décharge"; dans le statut de magistrat qui regroupe autant les magistrats du parquet que les juges du siège, lesquels sont issus d'ailleurs de la même école. » A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire* (1997), p. 165.

> conditions n'était pas remplie (ce qui n'implique, faut-il le répéter, aucune bénédiction de la mesure contestée).
>
> C'est à juste titre que la voie de fait a été écartée dans la circonstance : l'extension indéfinie de cette notion conduirait en effet, à **transférer**, à terme, au juge judiciaire l'**essentiel du contentieux** de la légalité des actes administratifs, pour peu qu'une liberté soit en cause (ce qui est peu ou prou **toujours** le cas). (*Le Monde*, samedi 24 mai 1997.)

Nul doute que Solon soit conseiller d'État : il en parle la langue. Nous comprenons sans peine le premier paragraphe : contre ce qu'il appelle « les approximations diabolisantes et les éclats mélodramatiques », Solon, après avoir admis que le refus de débarquement posait un grave problème de légalité, souligne que le tribunal n'a fait que résoudre de simples problèmes de compétence. La procédure ne fait que commencer. D'après lui, le public même ignare peut tout de même faire la différence entre fond et forme. Mais son texte se complique au deuxième paragraphe. Il n'est pas sûr que la règle qu'il rappelle soit si « claire » pour le lecteur du *Monde* à moins que celui-ci ne sache, en consultant le *Dictionnaire de droit administratif*, la définition d'une voie de fait : « atteinte particulièrement grave portée par l'administration au droit de propriété ou à une liberté fondamentale ». Au lieu de dire qu'il s'agit d'un acte de police grossièrement illégal, ce qui serait plus direct, Solon cite le pathos d'un célèbre arrêt[52] pour conclure que, dans ce cas d'espèce, le Tribunal n'a pas reconnu l'existence d'une voie de fait.

La raison qu'il en donne au troisième paragraphe est tout à fait étonnante et s'explique par l'indignation de ce président de sous-section que nous avons rencontré plus haut, qui voulait que l'on rende « coup sur coup » dans « cette offensive contre la justice administrative ». L'argument que donne Solon pour justifier que l'on ait écarté la voie de fait ne se fonde plus du tout sur le droit, mais sur le danger que représenterait le « transfert du contentieux » d'une branche à l'autre du droit. Si le geste de la police des frontières, refusant à deux passagers marocains embarqués clandestinement sur le cargo *Felix*, en août 1996, de débarquer à Honfleur afin qu'ils ne puissent pas demander à bénéficier du droit d'asile, était qualifié de voie de fait, alors, d'après Solon, par une exten-

52 Conseil d'État 18 nov. 1949, *Carlier*, RDP 1950.172, concl. Gazier.

sion indéfinie, le juge judiciaire se mettrait à grignoter tout le droit administratif.

« Et alors ? s'écrient de concert les juges et les associations humanitaires, où serait le drame ? » L'existence de deux systèmes judiciaires autonomes et parallèles n'est-elle pas une survivance surannée qui n'existe plus qu'en France et dans quelques autres pays ? Les clandestins marocains doivent-ils être refoulés simplement pour que se proroge quelque temps encore cette anomalie historique que Napoléon a héritée de l'Ancien Régime sous prétexte que, selon l'adage, « le Roi ne peut mal faire » et que, en conséquence, tout policier, petit délégué du roi, ne peut être censuré que par un juge spécial ? Le Syndicat de la magistrature — de gauche — y voit « une volonté politique de restreindre le pouvoir des magistrats de l'ordre judiciaire dans leur mission constitutionnelle de garants des libertés individuelles ». Quant à l'Association professionnelle des magistrats — de droite —, elle demande que l'on réfléchisse « à la disparition des deux ordres de juridiction, une curiosité dans le paysage judiciaire européen » (*Le Monde*, vendredi 16 mai 1997)[53].

Pour défendre cette « curiosité », Solon, probablement mandaté par ses collègues, transforme la question en une autre qui semble en effet plus raisonnable :

> La vraie question est de savoir si le juge administratif est doté d'**outils aussi puissants** que le juge judiciaire pour se porter en urgence au secours d'une liberté illégalement menacée par l'administration. Beaucoup a été fait depuis quelques années dans ce sens (...). Il faut aller plus loin. Le référé administratif existe, mais sauf exception (*référé liberté* dans le cadre de légalité des actes des collectivités territoriales), il n'a pas **la force** du référé judiciaire. Là est le débat. (...) Éthique de la responsabilité d'un côté, éthique de la conviction (ou de l'exhibition ?) de l'autre... La division n'est pas nouvelle. Elle déterminera, dans les années à venir, l'évolution de la démocratie française.

[53] Le Syndicat de la juridiction *administrative* n'est pas en reste qui, répliquant vertement, « estime que les réactions suscitées par la décision du Tribunal des conflits jette "une fois de plus, de façon sournoise, le discrédit sur l'indépendance de la juridiction administrative", dont les magistrats "n'ont de leçon à recevoir de personne". » (*Le Monde* du 17 mai.)

On voit que la polémique publique n'a pas que des inconvénients. Après avoir agité l'*habeas corpus* et l'histoire troublée de la justice retenue, il s'agit maintenant de permettre « l'évolution de la démocratie française » en distinguant le camp des agités qui s'exhibent devant les médias et ceux qui, comme Solon, comme le Conseil d'État, s'efforcent, par une éthique de la responsabilité, d'améliorer toujours davantage l'outillage du droit au service des libertés publiques. Fort honnêtement, notre auteur reconnaît que, en l'absence d'une procédure de référé efficace[54], le droit administratif est en effet « plus faible » que le judiciaire et qu'il faudra tôt ou tard remédier à cette situation. Qu'est-ce en droit qu'un « outil puissant », qu'un référé « plus faible » ? Il va nous falloir saisir ce que signifient ces liens plus ou moins solides reliant entre eux des douaniers, des clandestins, des associations humanitaires, des journalistes, des chroniqueurs, des professeurs de droit, des juges, des avocats ; liens encore assez mystérieux qui forment sur toute la France comme un réseau caché de lymphe dont la présence est à la fois invisible tant qu'aucune affaire ne vient l'exprimer, et constamment à l'œuvre, même lorsque nulle controverse n'en vient montrer le transport obstiné.

Quel est le poids de cette formule « voie de fait » qui, dès qu'un avocat la prononce, doit figer le policier dans son acte délictueux (« manifestement non susceptible d'être rattaché à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration ») ? S'agit-il, comme dans *Le Mystère de la Grande Pyramide* de E.P. Jacobs, d'une formule magique comme ce « Par Horus demeure ! » qui transforme Olrik en pantin désarticulé ? Ou faut-il au contraire y voir une précieuse ressource que les avocats possédaient autrefois et qu'ils ont perdue depuis cet arrêt décisif du 12 mai 1997 ? Dans son édition 1999 du *Dictionnaire de droit administratif*[55], les auteurs, fidèles à cette intertextualité particulière au droit et sur laquelle nous reviendrons plus tard, ont intégré l'événement bruyant en indiquant par leur commentaire les modifications survenues dans ces multiples rapports de force. Elles reviennent sur « une jurisprudence récente,

54 C'est parce que le référé administratif restait faible, comparé au référé judiciaire, qu'une loi récente du 30-6-2000, rapportée par le député François Colcombet, ancien juge à « la Cass », a récemment cherché à combler la différence ; F. Colcombet, *Rapport relatif au référé devant les juridictions administratives* (1999).

55 A. Van Lang, G. Gondouin *et al.*, *Dictionnaire de droit administratif* (1999), p. 289-290.

selon laquelle une exécution forcée irrégulière n'est pas constitutive de voie de fait si elle ne traduit pas l'absence *manifeste* d'habilitation légale » :

> L'arrêt Préfet de police de Paris c/TGI Paris (TC 12 mai 1997, RFDA 1997.514, concl. Arrighi de Casanova) **confirme cette tendance**, en même temps qu'il traduit une conception **restrictive** de la voie de fait, **revenant** ainsi sur la jurisprudence Eucat (TC 9 juin 1986, *Rec.* 301). L'application de la **théorie** de la voie de fait **entraîne** une importante **dérogation** au principe de *séparation des autorités administratives et judiciaires*[56] : le juge judiciaire est en effet pleinement compétent pour constater l'irrégularité des actes ou agissements dont résulterait la voie de fait (...). Cette attribution de compétence à l'ordre judiciaire est souvent justifiée par l'idée de « dénaturation » : la **gravité** du vice qui entache l'acte en cause le **priverait** du même coup de sa nature administrative. En outre, elle trouve un **fondement** dans le principe qui fait du juge judiciaire le gardien du droit de propriété et de la liberté individuelle. La théorie n'a pas manqué de susciter des **critiques**, sa **disparition** a même été prônée (concl. Fournier sur Conseil d'État 19 juill. 1965, Voskresensky, AJDA 1965.605). Toutefois, elle ne connaît actuellement nul déclin, mais au contraire une **faveur renouvelée** auprès des requérants, dont la **propension** à l'invoquer devant le juge judiciaire correspond à une **certaine faiblesse du contentieux** administratif dans le domaine des procédures d'urgence — particulièrement le *référé*[57].

Oui, l'expression de force n'est pas mauvaise pour désigner l'enregistrement fait par les commentateurs de toutes les petites modifications entre les diverses *tensions* qui donnent force au droit : l'arrêt qui nous occupe « confirme une tendance », cette tendance « traduit une conception restrictive » et affaiblit une jurisprudence précédente. Par conséquent, depuis 1997, quand un avocat voudra s'emparer du moyen « voie de fait » il ne pourra plus autant qu'avant convaincre un juge judiciaire mais se verra opposer par celui-ci son

56. Ne pas confondre la séparation des autorités administratives et judiciaires avec la séparation des pouvoirs puisque le judiciaire n'est pas vraiment un pouvoir mais une autorité en France — question qui, comme on dit, « agite toujours la doctrine » ; le droit administratif, quant à lui, se trouve tout entier du côté de l'exécutif puisqu'il appartient à l'administration.

57. Rappelons que nous avons mis en gras les termes que nous souhaitions souligner dans le commentaire qui suit l'extrait, alors que les italiques et les termes soulignés correspondent à la typographie originale des citations.

incompétence, tant du moins qu'il n'y aura pas « absence manifeste d'habilitation légale » : on lui demandera de s'adresser au tribunal administratif d'en face. Un moyen a perdu de sa force. Une théorie « critiquée » voulait que le judiciaire, gardien des libertés, se saisisse d'une affaire dès que l'illégalité était si criante qu'elle ne pouvait plus passer pour une production de l'État. Renouvelant l'expression traditionnelle de la monarchie anglaise « le Roi ne peut mal faire », il y avait exclusion *logique* entre ces deux phrases : « c'est un acte de l'administration/c'est un acte illégal », principe de non-contradiction original pourtant mis en cause par les conclusions du président Fournier en 1965 qui voulait affaiblir la théorie jusqu'à la faire disparaître… Néanmoins, comme le droit administratif souffre d'une « certaine faiblesse », ce moyen, qui devait s'atténuer depuis l'arrêt *Préfet de police de Paris contre TGI*, se renforce au contraire et jouit même d'une « faveur renouvelée ». Il nous faudra comprendre la nature exacte de ce tissage variable et chatoyant qu'une mystérieuse Pénélope remet tous les jours sur le métier, faisant et défaisant son travail, obligeant des équipes de commentateurs à ravauder la toile de tous ces textes interreliés dont il leur faut pourtant maintenir la cohérence.

Pas de doute en tout cas, malgré les ors du palais, la confiance en eux des conseillers d'État, l'onctuosité de leur démarche, l'assurance de leur parole, l'autorité de leurs avis, il faut croire que les dangers qui les menacent affleurent assez rapidement à travers les interstices de leurs dossiers. Non seulement, comme nous l'avons vu dans la section précédente, ils doivent toujours exiger de l'administration ce respect qu'ils ont dû conquérir par une lutte de deux siècles, mais l'existence même de cette branche du droit, séparée du judiciaire, si difficile à saisir pour le vulgaire, se trouve remise en cause dès que des affaires de liberté publique viennent jeter la suspicion sur la vertu des juges. Pourtant, les menaces de l'administration rétive, celles du judiciaire hégémonique, ne sont rien à côté de celles du droit européen dont l'obscurité propre, très anglo-saxonne, doit fort peu à l'opacité de la tradition napoléonienne capable d'inventer simultanément un droit codifié — le judiciaire — et un droit non codifié — le droit administratif. Loin de se complaire à relever dans son terrain les traits d'arrogance, il faudra donc que l'ethnographe soit plus attentif aux signes de fragilité qui ne peuvent manquer de parcourir l'institution dont il doit dresser le portrait. Cette colonne majestueuse seule au milieu du vide, emblème du bicentenaire par lequel nous avons commencé ce chapitre, ne symbo-

tise-t-elle pas une sourde inquiétude beaucoup plus digne d'intérêt que la légendaire suffisance d'un corps planant au-dessus de toute contingence ? En même temps que la texture particulière du droit, il nous faudra saisir la *prestance* propre au Conseil d'État[58].

La loi est flexible, mais c'est la loi

La disposition des lieux est assez inhabituelle : malgré les boiseries, la taille imposante, les peintures solennelles, il ne s'agit pas exactement d'une salle d'audience. Malgré les bibliothèques où trône l'inévitable *Lebon*, nous ne sommes pas, comme tantôt, dans une salle d'instruction. La table, beaucoup plus grande, en forme de rectangle, occupe presque tout l'espace. À chaque place se trouve un petit casier de cuir marqué au nom d'un conseiller. C'est en effet le seul « bureau » dont disposent au Conseil ceux qui voient s'entasser sous leurs yeux les volumineux dossiers des projets qu'ils ont à rapporter. La qualité des fauteuils correspond à la dignité des membres qui prennent place selon un rang strictement fixé par l'ordre du tableau dont nous expliquerons plus tard les subtilités dans le chapitre 3. Le plus majestueux et le plus profond des fauteuils, devant la cheminée, sur le petit côté du rectangle, est celui du président de Section, l'un des sept personnages vraiment considérables du Conseil[59]. Au centre de la pièce, l'immense table laisse en son milieu un grand rectangle rempli de chaises, un peu comme pour un examen où les impétrants seraient cernés par un impressionnant jury d'environ trente personnes. Et c'est bien d'une salle d'examen qu'il s'agit, puisque les projets de lois et de décrets précieusement ravaudés, proposés par le gouvernement après des négociations douloureuses entre syndicats, ministères, cabinets, députés, vont être soupesés avec soin par le jury constitué des membres de la Section administrative qui va le plus souvent les réviser, les rayer, les raturer, bref en faire de la charpie.

Rappelons en ce point que la faveur incontestable du Conseil d'État pour une certaine obscurité fait que l'on désigne du même vocable de « commissaire du gouvernement » ces malheureux

58. Selon la belle expression de P. LEGENDRE, *Prestance du Conseil d'État* (1975).
59. À ne pas confondre avec le président de sous-section, lequel ne « vaut » si l'on ose dire qu'un dixième d'un président de Section administrative. En effet tout le Contentieux ne forme qu'une seule Section divisée en dix sous-sections.

dont on va réécrire impitoyablement la copie et ceux qui sont chargés, en toute indépendance d'esprit, au Contentieux, de dire la loi en éclairant leurs collègues. La différence entre les deux réside dans le fait que les commissaires du gouvernement au Contentieux ne sont pas *du tout* les commissaires du gouvernement, tandis que les commissaires du gouvernement des Sections administratives sont bel et bien les commissaires et même les commissionnaires du gouvernement ! Le ministre les envoie au Conseil d'État avec leurs textes pour qu'ils subissent le contrôle-qualité, enregistrent les modifications et reviennent ensuite avec leur document qui sera soumis aux députés s'il s'agit d'une loi ou publié au *Journal officiel* s'il s'agit d'un décret. Qu'à quatre mètres de distance des centaines de gens emploient vingt fois par jour le même terme pour désigner deux fonctions absolument différentes sans avoir pu inventer, en deux cents ans, de mots distincts, prouve à quel point nous savons peu de choses en matière de socio-linguistique… À chaque fois, pourtant, le contexte clarifie sans ambiguïté le sens, selon la salle où l'on se trouve. Ne pouvant transporter ce contexte dans un livre, nous appellerons *commis* du gouvernement les vrais commissaires pour les distinguer des *commissaires du gouvernement* du Contentieux.

L'épreuve est rude en effet pour les envoyés des ministres qui attendent dans le couloir, mal assis dans un réduit sans autre beauté que la vue par enfilade sur la pyramide du Louvre, soupirant contre le retard en vérifiant de temps à autre l'horaire punaisé sur une feuille de liège ; ils attendent pour subir l'examen qu'un huissier les autorise à entrer dans la salle, puis les fasse asseoir au beau milieu des conseillers qui les cernent des quatre côtés et les assaillent de questions plus ou moins acerbes. Heureusement, les commis du gouvernement ont, comme Daniel dans la fosse aux lions, un appui dans leur ordalie : le rapporteur des Sections administratives qui les a rencontrés plusieurs fois auparavant, qui a vérifié que les différents ministères concernés par le texte s'étaient mis d'accord entre eux grâce à un petit document que l'on appelle le « bleu de Matignon » (accord souvent laborieux tant il est difficile d'obtenir de l'État qu'il agisse comme un seul homme) et qui a rédigé son propre texte dit « projet du rapporteur », déposé dans une chemise devant chacun des membres de la Section, côte à côte avec le « projet du gouvernement » souvent très différent, ainsi que la documentation nécessaire — voir le chapitre suivant sur le parcours des dossiers. La séance débute alors par la lecture de la

note du rapporteur, souvent très détaillée, et qu'il garde ensuite par-devers lui ; après quoi le président ouvre la discussion. Commence alors ce qu'il faut bien appeler un « atelier d'écriture » puisque c'est ligne à ligne que l'on se met collectivement à lire le texte et à le corriger, en retenant tour à tour soit le texte du rapporteur, soit, lorsque les commis des ministères se plaignent trop fort, le texte du gouvernement — le rapporteur jonglant avec les brouillons et les ratures pour essayer de garder trace des modifications.

Comme pour les séances d'instruction, nous ne disposons que de notes prises au fil des réunions et qu'il nous faudra commenter par le même procédé, en nous efforçant de ne pas briser la continuité d'extraits assez longs pour rendre la dynamique de jugement essentielle à notre travail d'interprétation tout en reconstituant, de façon fictive, des séances[60]. L'anonymat est ici plus difficile à maintenir dans la mesure où les membres des Sections administratives, étant spécialisés, se reconnaissent plus aisément au genre de dossier qui leur est confié.

Ce jour-là, il est question d'une affaire de classement de forêt. Après que le rapporteur, M. Bienaimé, spécialisé dans ce genre de décrets, a lu sa prose cicéronienne et conclu que, excepté quelques broutilles dues aux difficultés de l'enquête d'utilité publique et à la multiplicité des propriétaires de bois, il fallait donner un avis favorable au décret, le président, qui a relu l'ensemble du dossier avant la réunion, exprime son désaccord[61].

Avant cette minute, à l'exception des commis du gouvernement, assis quelque peu inquiets au milieu de l'arène, aucun des membres présents n'a entendu parler de la question : en quelques phrases, ils vont devoir se forger une opinion sans autre éclairage que la note et la discussion — nous nous intéresserons plus tard en grand détail à ces procédures étranges qui permettent d'obtenir un complet désintéressement. Il est vrai que cette éminente assemblée accumule à elle seule 560 homme-années d'expérience du Conseil

60. Rappelons encore une fois que la transcription hache les phrases et enlève l'onctuosité, la politesse, la rondeur des membres qu'il est impossible de restituer sans enregistrement au magnétophone.

61. Les Sections n'ont pas le même rôle de conseil selon qu'elles donnent leur avis sur la qualité d'un projet de loi — dont le gouvernement peut faire ce qu'il veut — et selon qu'elles doivent discuter du texte des décrets dont la loi précise qu'ils doivent être « approuvés en Conseil d'État ». Alors que, dans le premier cas, la Section joue son rôle de simple conseil juridique de l'État, dans le second le texte finalement promulgué doit être exactement celui qui sort des mains du Conseil.

d'État (six d'entre eux sont au Conseil depuis plus de quarante ans !) auxquelles il convient d'ajouter environ 300 ans d'homme-années de droit administratif et de haute administration pour les nommés au tour extérieur — ministres, préfets, juges, députés, militants politiques, dirigeants d'entreprises publiques ou privées, etc. —, sans compter que vingt d'entre eux continuent à siéger le reste de la semaine dans les sous-sections du Contentieux où ils ont donc parfois, le plus rarement possible, à annuler des décrets pris par des Sections administratives du Conseil[62]. C'est ce système étrange, par lequel un immense capital d'expériences vient tomber sur un texte rédigé par des administrations que beaucoup ont dirigées ou réformées, qui explique en partie la rapidité avec laquelle les membres présents peuvent se former un jugement. Rappelons-nous que, contrairement au Contentieux qui peut se permettre d'avancer avec une sage lenteur mais qui a toujours le dernier mot, les Sections administratives doivent simplement conseiller mais que, pour ne pas bloquer l'immense machine gouvernementale, elles travaillent toujours dans l'urgence, si l'on ose dire en « flux tendus ».

> **Le président Lebrun** : Il y a quand même un problème juridique, il y a L 411-5 du code forestier il faut y réfléchir ; il renvoie à L.411-3 sur la définition du dossier d'enquête, or il y a bien le cadastre, le tableau parcellaire, etc. ; mais M. Bienaimé vient de nous le dire, il y a une **erreur** sur le tableau parcellaire ; 77 hectares comptaient pour 67 ares, n'importe qui aurait rectifié, on ne peut pas confondre ; bon, mais il y a plus embêtant, il y a 24 hectares sur le plan qui ne sont **pas** sur l'état parcellaire ; il y a ensuite des parcelles qui n'ont pas la bonne couleur ;
>
> > Les difficultés pratiques de ces opérations sont telles que l'on peut pardonner un certain nombre d'erreurs, c'est d'ailleurs ce que propose le rapporteur, mais le président veut soumettre à la discussion la question de savoir à partir de quel point de petites erreurs finissent par en faire une si grande qu'un problème de légalité va finir pas se poser ;
>
> notre avis c'est de donner au gouvernement le **minimum de risque contentieux**, mais si c'est illégal **il faut le dire** quand même ; tout le monde peut soulever le moyen, même si le risque contentieux est infinitésimal ; ça **ne change pas** le risque juridique ;

62 Chiffres de 1999 compilés sur le tableau pour l'une des Sections administratives choisie au hasard.

Le contrôle-qualité prévoit en effet qu'au Contentieux, de l'autre côté du couloir, on risque de recevoir dans quelques mois un requérant qui aura eu l'idée d'attaquer le décret en « soulevant le moyen »[63] révélé par le rapporteur : il y a 24 hectares qui ne sont pas sur le parcellaire ; le devoir de la Section est donc d'éclairer l'administration en ne lui faisant prendre aucun risque qu'elle n'ait elle-même choisi : or, dans ce cas, il existe un risque infinitésimal ; si le gouvernement passe outre il faut que ce soit en toute connaissance de cause ;

Le commis du gouvernement : C'est un énorme travail de l'administration, il y a 20 000 parcelles ; il y a eu informatisation, le format d'échange était différent entre le géomètre et les services de l'État ;

L'envoyé du gouvernement ne veut pas prendre de risque juridique mais son raisonnement n'est pas de droit : il met en balance le pinaillage du président — lequel prélude, grâce à une expérience de pensée, au pinaillage possible d'un requérant virtuel — et l'énorme travail que le ministère a dû accomplir pour convaincre des milliers de propriétaires de s'associer, de faire arpenter leurs bois, d'accepter sans rouspéter le classement ; et l'on arrêterait tout pour une simple erreur technique due à l'informatisation ratée d'un géomètre ?

Lebrun : On n'est pas là pour dire si vous avez **bien** fait ou non, ce n'est pas un **jugement de valeur** ;

Le président rectifie le jugement du commis du gouvernement, lequel balançait l'énorme travail de son administration contre de simples broutilles, mais en se trompant de plateaux : si vous nous demandez un avis juridique on vous le donne, indépendamment de la qualité de votre travail : n'importe qui peut soulever le moyen au Contentieux ; la seule question est donc de savoir si vous changez votre texte *maintenant* en anticipant notre objection, ou si, épuisé par le travail accompli, vous allez de l'avant et croisez les doigts en espérant que *plus tard* personne ne s'apercevra de ce petit bogue ; en tout cas ne comptez pas sur nous pour vous simplifier la tâche car nous savons que les avocats des requérants, eux, ne vous épargneront pas sous prétexte que vous avez tous beaucoup et bien travaillé !

[63] Les moyens, sur lesquels nous reviendrons au chapitre suivant, sont dotés dans le langage du droit d'une vie riche et pittoresque : on les « soulève », ils « prospèrent », ils ont des « embranchements » et même des « sous-embranchements », on peut les « accueillir », leur faire « donner du fruit », certains sont « opérants » alors que d'autres « ne sauraient prospérer » et sont par conséquent « rejetés »…

Guénié : Sur le plan du risque contentieux, c'est quand même un peu dangereux, d'accord tout va bien mais qu'est-ce qu'un particulier va dire ? Ils ne sont pas d'accord ;

Lebrun : Est-ce que l'on doit dire : il y a une erreur mais on adopte parce qu'il n'y **a pas de risque** ? D'autant que j'ai reçu la visite du Président Besançon et il m'a montré une Déclaration d'utilité publique pas très bonne et les études d'impact discutables et l'avis de la Section disait « c'est pas très bon mais **ça passe** » ; alors maintenant je **fais attention** ;

Voilà qui éclaire admirablement l'écologie du Conseil d'État : le bouclage entre ces deux fonctions principales est très rapide ; le président de sous-section qui a récemment été obligé d'annuler une déclaration d'utilité publique au Contentieux est venu rendre une visite de courtoisie au président de la Section qui avait avalisé le décret ; ce n'est jamais agréable pour un président de Section administrative de se faire annuler son décret et toujours délicat pour un président de sous-section de venir marcher sur les plates-bandes de l'un des sept membres les plus importants du Conseil d'État[64], d'autant que Besançon, un puits de science administrative, lui met sous les yeux le texte de l'avis précieusement conservé dans les archives (que la sous-section seule a le droit consulter) et qui signalait que, malgré les petites erreurs, la Section acceptait de fermer les yeux, solution que propose à nouveau aujourd'hui le rapporteur ; nous retrouvons les curieux rapports de force de tout à l'heure : selon la pression du Contentieux relayée par Besançon, le président Lebrun fait « davantage attention » et ne peut plus si facilement conseiller à l'administration de passer outre sous prétexte que le risque contentieux réel est « infinitésimal » ;

Guénié : Ce n'est pas notre métier, nous ne pouvons pas changer de métier c'est à l'administration de prendre le risque nous on dit « c'est pas bon », à l'administration de décider, pas à nous ;

Le rapporteur Bienaimé : On remet en cause si on induit le public en erreur, mais là ce n'est **pas** le cas ; les propriétaires ont des mouchoirs de poche, ils ne **vont pas** protester ; les économistes sont contents ; bon, on franchit peut-être un **seuil** dans les erreurs, mais enfin il y en a eu **d'autres** ;

Le rapporteur ne conteste pas la définition du « métier » de conseiller d'État donné par le préopinant, mais il défend son projet qui est aussi par hybridation celui du gouvernement ; devenu plus proche de l'administration par le long travail d'écriture préalable, il est plus

64 Voir d'autres exemples, p. 168.

enclin à quitter le droit pour la pratique qu'il connaît bien et n'hésite pas à attribuer une psychologie au requérant de base qui, propriétaire d'un mouchoir de poche, pourrait certes protester mais « ne le fera pas » ; il s'appuie d'autre part sur les précédents, qui eux ne sont pas légaux mais pratiques : « on a été coulant sur d'autres cas, pourquoi ne pas l'être là ? », tout en soulignant un point fondamental de droit : dans le cas d'espèce, on n'induit pas le public en erreur — point qui sera repris par la suite ;

De Servetière : Je suis de l'avis du rapporteur, ce qu'il ne faut pas c'est que l'arrêt final soit inexact ;

Le Men : Je ne crois pas que nous ayons à tenir compte **de cette façon** du risque contentieux : la question est de savoir s'il y a des irrégularités **substantielles**, et il faut rédiger la note pour le contentieux **éventuel** de cette façon, « les erreurs ne sont pas susceptibles d'entraîner, etc. » ;

C'est ce même genre de note que le président Besançon est venu apporter au président ; quand la Section fait trop d'objections à un texte, elle accompagne le brouillon raturé d'une note au gouvernement qui fait part des problèmes et qui reste au dossier, signalant que la Section a, comme on dit, « *vu* le problème » et qu'elle a donc fait son travail de contrôle-qualité, le gouvernement étant toujours libre de prendre ses responsabilités ;

Boulanger : C'est comment un tableau parcellaire ? (Bienaimé lui passe la pièce du dossier) ;

Ici, comme souvent quand on hésite, on retourne à l'information élémentaire pour approfondir la question du précédent opinant : est-ce que l'erreur est substantielle et doit donc être censurée au risque que l'administration ait tout à reprendre, ou bien est-elle vénielle et par conséquent pardonnable comme l'affirme le rapporteur[65] ?

Guénié : Pour venir au secours du rapporteur, je dirais que l'enquête n'est pas destinée à une théorie du bilan[66], c'est une enquête pour

65 Pendant les séances de cette Section, les pièces du dossier, plan, photo aérienne, circulent souvent pour que l'on se rende compte « par soi-même », moment référentiel rapide mais essentiel à la formation du jugement ; les documents importants sont punaisés sur un grand tableau de liège auquel commis et rapporteurs se réfèrent souvent du geste (voir le chapitre 5 sur la comparaison science et droit et en particulier les figures 5-2a et b).

66 Construction juridique propre au Conseil d'État et dont il est très fier qui, dans les années soixante-dix, a permis de balancer les avantages et les inconvénients des projets de l'administration à partir d'une comparaison systématique des avantages et des inconvénients pour la collectivité. Grâce à cette comptabilité originale, un simple changement de chiffre dans l'addition finale et voilà le bilan qui

savoir ce qui va arriver à sa parcelle ; puisqu'il n'y a pas de théorie du bilan, que l'on se soit trompé ou non cela n'entraîne pas d'erreur **substantielle** ; l'erreur ne modifie pas l'utilité publique ; ce n'est pas une déclaration d'utilité publique, donc c'est différent ;

Avec cette intervention, le mot « substantiel » change de sens : il ne signifie plus grave ou léger, comme dans la langue courante, mais prend une signification juridique précise : si nous avions affaire à une Déclaration d'utilité publique alors la théorie du bilan aurait pu amener, par simple arithmétique, à ce que 24 hectares en plus ou en moins fassent pencher la balance : sans utilité publique démontrable, il n'y a pas d'autorisation possible ; mais comme dans le cas présent on n'établit pas ce type de calcul précis, Guénié opine en direction du rapporteur et de son collègue Servetière : on n'a pas induit le public en erreur ; c'est ce qui lui paraît le plus important ;

Lagouat (indigné) : On est laxiste, j'ai été préfet de l'Allier, je m'écarte du rapporteur quand il félicite la Direction départementale de l'agriculture pour son excellent travail [ce qu'il a fait en effet longuement dans sa note], je voterai contre ;

Intervention d'un membre situé assez bas dans l'ordre des fauteuils et du tableau, dont l'avis toujours coupant n'entraîne pas toujours l'adhésion mais dont l'appel au vote rappelle au président que l'indécision de la Section doit bientôt être tranchée[67] ;

Lebrun : Oui, on va voter ; ce n'est jamais **agréable** pour l'administration ;

Le président sent donc que la balance commence à pencher vers le refus du texte ; en même temps, en tant qu'ancien administrateur, il se met à la place des malheureux commis du gouvernement qui commencent à pâlir, et sent bien que la différence qu'il a introduite auparavant entre jugement de valeur et jugement de droit ne va pas atténuer le choc ;

Boulanger : Il y a quand même eu une accumulation d'erreurs, il faut **marquer le coup ;**

Comme le Conseil d'État est à la fois le conseiller et le censeur de l'administration, les membres, à force d'alterner entre ces deux fonc-

---

de positif devient négatif, entraînant l'impossibilité de déclarer le projet d'utilité publique. Voir *Ville nouvelle Est* 28 mai 1971, concl. Braibant, M. Long, P. Weil *et al.*, *Les Grands Arrêts* (1999), p. 641.

67 Comme les commis du gouvernement se trouvent devant le président, dès qu'ils se font interroger par des conseillers de rangs moins élevés ils attrapent d'horribles torticolis pour leur répondre, ce qui ajoute à l'impression de cruauté de l'exercice.

tions, endossent également le rôle d'éducateur du gouvernement ; Boulanger prend donc le relais de Lagouat — « on est trop laxiste » — et s'oppose justement aux précédents invoqués par le rapporteur — « on franchit un seuil, mais il y en a eu d'autres » — ; par l'expression brutale d'un rappel des seuils, ce qui est, après tout, le rôle toujours fluctuant du droit : « il faut marquer le coup » ;

Renault : Je me figure comment je ferais au Contentieux, si j'avais à **répondre** au moyen, c'est quand même une erreur de 25 % ; pendant l'enquête, personne ne savait où était l'erreur, maintenant on sait ;

Le Men : C'est aussi mon **sentiment** ; on aurait **envie** de **sauver** l'administration, mais il faut penser aux **autres** dossiers d'enquête publique ; la **tendance** c'est de **renforcer** la qualité, c'est quand même difficilement concevable, ce n'est quand même pas très bon pour la notion d'enquête publique ;

Bienaimé : Mais c'est l'administration qui s'est aperçue de l'erreur ; l'IGN [l'Institut géographique national] n'est pas fiable, les cadastres ne sont pas fiables ; si l'administration n'avait pas **rectifié** l'erreur, vous ne vous en seriez pas aperçus !

Le commis du gouvernement (presque suppliant) : Vous risquez de mettre le gouvernement en situation **difficile**, vous allez **discréditer** le travail fait sur les autres dossiers [de classement qui sont en cours d'achèvement] ;

Deux définitions entièrement différentes de la « tendance » sont à l'œuvre : d'un côté Le Men et Renault qui, en se mettant dans la peau des sous-sections, veulent que l'on améliore dorénavant la qualité des enquêtes publiques à partir d'un coup d'arrêt aux dérives des bureaux ; de l'autre le rapporteur et le commis du gouvernement qui, *pour les mêmes raisons*, soulignent l'extrême qualité de l'administration et la nécessité de protéger son travail ; chacun veut garantir la qualité des interventions de l'État, mais selon des critères opposés ;

Lebrun : Nous sommes là pour **dire le droit ;** le gouvernement peut passer outre mais il **prend ses risques** ; ce ne sera pas la première fois ; nous ne **jugeons pas** là le travail de l'administration, c'est presque [au contraire] un exemple intéressant de bon fonctionnement de l'administration ;

Rappel des différences de métier et des deux types de contrôles-qualité : d'un côté, un excellent fonctionnement de l'administration, et pourtant, de l'autre, un dysfonctionnement grave en droit, auquel il faut mettre un coup d'arrêt ; le gouvernement prend ses

responsabilités ; maintenant, du moins, il connaît les enjeux ; le Conseil d'État a fait son métier ;

Rallou : L'avis ne remet pas en cause l'administration ; j'ai des souvenirs précis, ça a été très difficile, au contraire, il faut retourner l'argument et notre avis doit assurer tout le monde dans la Région que le travail a été bien fait ;

Propos d'un politique, ancien ministre, tour extérieur mais très élevé dans le rang des fauteuils, qui, en faisant usage de ses souvenirs personnels, voit comment « retourner la situation » et permettre sur le terrain aux élus et à l'administration de se féliciter d'un si bon travail, pourtant censuré par le Conseil d'État… acrobatie difficile, bien dans la ligne d'un politique que la question de droit intéresse moins que le travail sur le terrain ;

Lebrun : On vote ? pas de majorité sur le projet ? M. Bienaimé vous maintenez votre projet ?

Bienaimé : Oui, avec une note pour dire que l'on a **vu** le problème ;

Le rapporteur n'est nullement tenu de voter comme sa Section, selon le principe de stricte autonomie individuelle du Conseil ; la catastrophe serait qu'un contentieux surgisse et que la Section n'ait pas « vu » le problème, prouvant ainsi qu'elle n'a pas fait son travail de contrôle-qualité : voilà l'un des fameux *checks and balances* dont l'efficacité est assurée par la note jointe au dossier.

Les commis du gouvernement s'en vont la tête basse, le rapporteur sort vivement les rejoindre dans l'antichambre afin de les consoler, expliquant le vote de ses collègues et les conseillant sur la façon de s'y prendre pour représenter le texte la prochaine fois. Un autre groupe de commis, chargés de leurs lourds dossiers, pénètre alors dans la salle pour passer à leur tour sous les fourches caudines.

En insistant sur leur « métier », sur leur fonction de « dire le droit », sur la « bonne façon d'évaluer le risque contentieux », sur la différence entre « jugement de valeur » et « risque juridique », sur la position des « seuils » et des « coups d'arrêt », la Section vient à la fois de s'éduquer elle-même, de rappeler à l'ordre l'administration, d'élever le niveau d'exigence des procédures de classement, d'accroître le coût de l'application de l'article L.415 du code forestier, de renforcer son poids vis-à-vis des présidents de sous-sections chargés du contentieux, de juger enfin de la qualité du travail du rapporteur mis ici en minorité. C'est l'ensemble de tous ces petits ajustements, de ces micro-tensions dont la direc-

tion vient d'être inversée, qui va nous permettre plus tard de définir le travail du droit. Qu'on ne croie pourtant pas qu'il s'agisse toujours d'opposer la dure exigence de la loi au travail de l'État. Si *dura lex sed lex* avait toujours triomphé, le Conseil n'aurait jamais rempli la fonction voulue par le Premier Consul. L'intérêt pour nous de cet épisode va s'éclairer par contraste avec un autre, plus court, où la même Section va, par un raisonnement exactement inverse, « sauver l'administration » en lui inventant, grâce à une fiction juridique aussi fine qu'un cheveu, un moyen d'éviter l'horreur du « vide juridique[68] ».

Un bref rapport au Premier ministre envoyé par un fonctionnaire du ministère de l'Équipement signale avec quelque horreur que la concession accordée pour un aérodrome d'un territoire d'outre-mer est caduque depuis le 1er janvier 1994 alors que nous sommes en mai de cette même année… Les commis du gouvernement proposent aussitôt un projet de décret rectificatif qu'ils envoient de toute urgence au Conseil d'État pour un passage rapide en atelier d'écriture.

> Diverses adaptations devront être apportées aux dispositions du cahier des charges de la concession du 7 janvier 1964.
>
> Ce travail qui est en cours nécessite cependant encore une mise au point significative, avant que la nouvelle concession puisse être adoptée par décret en Conseil d'État.
>
> Il en résulte que l'échéance de l'actuelle concession a créé une situation **de vide juridique** qui pourrait se révéler **préjudiciable** en termes de contentieux éventuels par des tiers, usagers ou occupants de l'aérodrome.
>
> Le projet de décret et son annexe ci-après visent donc, par voie d'avenant au cahier des charges initial, à **éviter** de tels **désagréments** en prorogeant le régime actuel pour une durée de deux ans. (Extrait de la note du ministère.)

Le mot « désagrément », on le comprend, doit sonner comme un euphémisme : le droit, comme la nature, a horreur du vide, et le vide juridique pour un aérodrome signifie que toutes les mesures prises depuis six mois, les contrats, les marchés, les embauches,

[68] Cette expression devenue populaire n'a pas de sens juridique puisque, par définition, le droit ne connaît pas le vide. Il peut y avoir des inadaptations du droit, des illégalités, mais pas de trou. Nous reviendrons au dernier chapitre sur la nature particulière de ce tissu sans couture.

pourraient être annulées en Contentieux. Si par malheur un accident survenait, un avocat fouineur pourrait s'emparer de l'affaire et démontrer par un brillant effet de manche que, légalement, depuis des mois, cet aéroport n'existe pas : il a disparu dans le triangle des Bermudes d'une absence de droit… Mais les commis du gouvernement vont tomber sur un autre désagrément. Le président de la Section, peut-être pressé, a fait l'erreur de confier le dossier à un rapporteur élevé dans le tableau mais quelque peu ronchonneur qui, au lieu de faire tout son possible pour aider l'administration à se sortir de ce mauvais pas, rédige une note encore plus catastrophiste :

> Le Conseil d'État **n'a pu donner** un avis favorable à ce texte. En effet, la concession et le cahier des charges dont elle est assurée, octroyée pour une durée de trente ans à compter du 1er janvier 1964, sont arrivés à expiration le 31 décembre 1995. L'approbation d'un avenant de prolongation portant sur des dispositions devenues caduques n'étant **pas possible**, il appartient seulement au gouvernement d'engager les procédures nécessaires à la reprise des biens (…).

Consternation des commis du gouvernement — d'autant que le conseiller conclut son rapport en expliquant froidement :

> Il faut que les **turpitudes** du passé, que le vocabulaire actuel appelle « dysfonctionnement » soient censurées ; je refuse l'avis favorable ; la concession est expirée, il n'y a pas eu d'approbation avant le 1er janvier 1995, et donc **on ne peut rien faire**.

Tout à l'heure, dans l'épisode précédent, on parlait aussi de « donner un coup d'arrêt », de respecter la « tendance » à l'amélioration de l'État, de franchir ou non « des seuils », mais on cherchait justement à faire *progresser* les textes en les empêchant de tomber du Charybde du relâchement au Scylla du formalisme. Il fallait que la chose, cet être mystérieux dont nous voulons comprendre la nature, cette licorne, la justice, le droit, le sens, *passe* et circule au mieux. Or, ce rapporteur utilise bien les mêmes termes, mais pour conclure selon ce principe si peu napoléonien : « on ne peut rien faire ». Chose révélatrice, ses collègues (qui connaissent ses manies jusqu'à l'opposition, très *Figaro magazine,* des mots « turpitudes » et « dysfonctionnements »[69]…) ne vont pas une seconde discuter sa position — contrairement au cas précédent de Bienaimé, rapporteur éminent

69 À moins, l'ethnographe ne peut le décider, qu'il s'agisse d'un terme technique comme dans l'adage juridique « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

qui, bien que mis en minorité, ne perd évidemment rien de leur prime. Sans attacher aucune importance à la position du rapporteur, fausse par construction puisqu'elle aboutit à l'impuissance et maintient le vide juridique, la discussion reprend pour trouver *à tout prix* une solution. Après quelques atermoiements, on la découvre en regardant attentivement la photocopie du décret original dont l'article 43 dit : « La durée de la concession est fixée à trente ans à dater du 1er janvier **qui suit** l'octroi de la concession » :

Le président Lebrun (après un silence) : On est **embarrassé**, j'ai essayé de voir si on pouvait **sauver** l'affaire en jouant sur « à dater du 1er janvier qui suit l'octroi de la concession » ; on pourrait **tirer par les cheveux**, c'est une solution…

Renault : C'est déplacer un vide juridique dans un autre vide juridique ! ?

Boulanger : Je me permets de signaler une petite contradiction dans la position du rapporteur[70] : il y a une année irrégulière, bon mais est-ce 1964 ou 1994 ? Je dirais dans **l'intérêt de la bonne administration** que c'est celle qui est derrière nous !

Le Men (après un temps d'arrêt suivi d'une brève illumination) : Non, non, mais il n'y a **aucun** problème, du 1er janvier 1964, si l'on démarre au 1er janvier 65, trente ans cela donne 1er janvier 95 !

Le rapporteur (sans grande conviction) : Ça me choque affreusement.

Lebrun : On sauve l'administration par les cheveux, d'accord ;

Le rapporteur : Surtout que l'administration avait admis que la concession était caduque, si elle s'est trompée, il faut changer le rapport au Premier ministre [voir p. 66] ;

Lebrun : La concession est de trente ans mais, en fait, non elle est entre trente et trente et un ans, un juge s'arracherait les cheveux, en tout cas c'est tiré par les cheveux, c'est une **astuce totale** ! (fins sourires ;) [S'adressant au commis du gouvernement :] Qu'est-ce que vous **voulez** ? 1995 ça me paraît bien court, aurez-vous le temps (pour renouveler la concession) ?

Le rapporteur : Oui ils disent que, à cause du Conseil d'État, ça met longtemps…

70. Côte à côte depuis des années dans les fauteuils comme dans le rang du tableau qu'ils franchissent inexorablement — voir chapitre 3 —, les deux conseillers sont à l'opposé du spectre politique, d'où la politesse extrême et légèrement sardonique qu'ils expriment l'un vis-à-vis de l'autre.

Lebrun : C'est facile, ils mettent six mois et nous quinze jours, le Conseil d'État a bon dos[71].

Bien sûr, il s'agit d'une « astuce totale », oui c'est tellement « tiré par les cheveux » qu'« un juge se les arracherait », oui on « sauve l'administration », mais enfin on se tire de « l'embarras », c'est-à-dire justement de l'embourbement, de ce petit « on ne peut rien faire » où le rapporteur voulait nous bloquer, sans rien proposer d'autre. Au risque de déplacer, comme les Shadoks, « le vide juridique dans un autre vide juridique », il faut que le droit passe. De même que le président avait fait son travail en soulevant des difficultés juridiques alors que son rapporteur offrait de fermer les yeux sur les petits bogues de la pratique (p. 60), de même le président invente maintenant une solution qu'il reconnaît bancale, contre l'avis de son rapporteur qui voit un insurmontable obstacle dans une simple difficulté juridique. Dans les deux cas, et dans l'« intérêt de la bonne administration », on a fait avancer quelque chose *d'autre* que la stricte application d'une règle.

Naturellement, tout le monde en est d'accord, si la concession est caduque on ne peut rien faire. Mais est-elle caduque ? Non, il *suffit* de lire le texte original en le sollicitant quelque peu : la concession n'a commencé qu'au 1er janvier 1965 et donc en mai 1994 elle n'est plus caduque, par conséquent les commis du gouvernement n'ont plus à rédiger leur décret rectificatif, il suffit qu'ils renouvellent la concession dans les temps *comme prévu*. Il n'y a même pas à supposer, chose quelque peu extravagante, que 1964 avait été l'année d'un vide juridique inaperçu… La mince passerelle d'une *fictio legis* a permis de s'extirper de l'embarras, de sortir de l'impasse[72]. Tout se passe maintenant normalement. Le vide est redevenu le plein. Les avions se posent en toute légalité sur cet

71 L'une des nombreuses piques sur la lenteur du Conseil. Rappelons que, par définition, les Sections administratives travaillent dans l'urgence puisqu'elles doivent réécrire les textes avant les échéances toujours serrées du calendrier législatif — Conseil des ministres, session parlementaire, etc. Elles ne peuvent se permettre d'adopter le train de sénateur du Contentieux.

72 Le mot de « fiction » ne suppose ni cynisme, ni irréalité mais l'invention d'une solution pour faire « passer » le droit. Pour s'en convaincre voir le magnifique article de Y. THOMAS, *« Fictio Legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales » (1995).

Figure 1-4 Crédit : Conseil d'État

comport tropical sans risquer de disparaître dans un trou noir. *Mollis lex, sed lex,* la loi est flexible[73], *mais c'est quand même la loi.*

Quel étrange atelier d'écriture

On dit toujours qu'il ne faut jamais se lancer à plusieurs dans l'écriture d'un texte difficile et qu'un chameau est un cheval dessiné par un comité… Que se passe-t-il donc dans cette grande salle, aux riches boiseries, vaste amphithéâtre dont les travées viennent buter sur une sorte de tribunal où siègent des personnages dont la considérable importance semble se transmettre à la dimension de leurs fauteuils ? Au-dessus de l'estrade, comme pour symboliser l'incertitude des conseillers bloqués dans leur discussion ainsi que la perplexité de l'observateur, s'étale la fresque d'un vieillard en costume fin de siècle, plongé dans de tels abîmes de réflexion qu'il se tire la barbichette au milieu d'une forêt obscure, de l'air de quelqu'un qui a perdu ses clefs[74]. Décidément, le Conseil choisit étran-

73 Allusion bien sûr au livre classique de J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (1998), le « sans rigueur » du sous-titre s'appliquant à la sociologie de l'auteur autant qu'au droit.

74 Le cycle de fresques dû à Henri Martin (1860-1943) et intitulé « La France laborieuse devant le Conseil d'État » ne semble pas avoir trouvé de meilleure façon de représenter « le travail intellectuel » après avoir figuré les paveurs de la place de la Concorde, les moissons et le port de Marseille…

gement ses symboles. Nous sommes un jeudi matin à l'Assemblée générale du Conseil d'État[75], dans un vaste atelier d'écriture pour adultes.

La voix tonne : « Ici on fait du droit ! » C'est la voix du vice-président, personnage aussi impressionnant que l'estrade d'où il s'exprime et le siège monumental où il trône[76] :

> **Le commis du gouvernement** (un peu suppliant) : Monsieur le Vice-Président, le gouvernement **tient beaucoup** à ce terme de « contrat » qui a fait l'objet de beaucoup de **négociations** : cela permet la responsabilisation des acteurs à l'intérieur de l'hôpital ; ce n'est **pas le sens juridique pur**, mais un engagement des parties, ce n'est pas **très juridique**, c'est une règle générale ; ces mots ont une **valeur forte**.
>
> **Le vice-président** (ferme et tapant sur la table) : C'est la tyrannie des mots ! Ici on **fait du droit** ; on a laissé passer « accréditation » mais « contrat » a un sens juridique.
>
> **Lebrun** : Oui « contrat » ici n'a aucun sens, le DE ne passe pas de « contrat » avec le ministre.
>
> **Le commis du gouvernement** : Le texte du gouvernement disait, si je peux me permettre, « mettre en œuvre la contextualisation ».
>
> **Le vice-président** : C'est encore plus **laid** comme français !

Quelles sont ces drôles de phrases qui doivent avoir une « valeur forte », auquel le gouvernement « tient beaucoup », qui ont fait l'objet « de beaucoup de négociations » et qui pourtant n'ont pas de « sens juridique » et sont « laides » en français ? Alors que les commis du gouvernement ont un pied dans les difficultés de l'administration active, qu'ils entendent encore la voix des syndicats, les difficultés des maires, qu'ils anticipent les objections des députés, les arguties des sénateurs, ils doivent donner à des mots forts la force supplémentaire du droit.

---

75 Ne pas confondre avec l'Assemblée du Contentieux qui est la plus haute formation de *jugement*. Ici, il s'agit de *conseil juridique*.

76 Étrangement, le personnage le plus important du Conseil, premier de l'administration dans l'ordre protocolaire, alors qu'il est environné de présidents (de Section, de sous-section, anciens ou en exercice), est le seul qui porte le titre, plus modeste, de « vice-président », le Premier ministre ayant officiellement le titre de « président du Conseil d'État ». Impossible, il va de soi, de garantir l'anonymat du vice-président. Nous nous sommes contenté, pour conserver la confidentialité, de prélever dans nos notes des interactions assez banales pour ne pas porter à conséquence et qui concernent deux vice-présidents successifs.

Notons l'extrême inconfort de cet atelier d'écriture. Sur l'estrade, bien assis, nous trouvons au centre le vice-président, premier personnage de l'administration, flanqué de chaque côté par les présidents des Sections administratives auxquels s'ajoute le président de la Section du Contentieux. Devant eux, debout, leur tournant le dos et, par conséquent, se tordant le cou à chaque intervention, le rapporteur qui a rédigé, après des discussions en réunion de Section administrative comme celle que nous venons de suivre, son propre projet de texte et qui s'adresse à ses collègues, tous membres éminents du Conseil rangés selon l'ordre strict du tableau. Derrière eux, en désordre, les commis du gouvernement, quelques stagiaires, quelques jeunes membres qui n'ont pas le droit de prendre part au vote mais passent prendre l'air en fonction de l'intérêt des affaires, et bien sûr l'indécollable ethnographe qui a eu quelque peine à pénétrer dans ce saint des saints et que l'on a repoussé le plus loin possible en haut des bancs. Un huissier aveugle règle le volume des micros en fonction des tours de parole, personnage haut en couleur dont les propos de poissard tranchent avec l'uniforme solennel. Pour les textes importants, le passage par l'Assemblée générale est la dernière épreuve avant que les textes soient soumis au Conseil des ministres puis à nouveau déchiquetés et démembrés par l'Assemblée et le Sénat. Bien que les débats soient enregistrés, et fassent l'objet de minutes qui restent au dossier, la discussion est strictement confidentielle, au même titre que celle d'un homme d'affaires avec ses conseillers juridiques. En ce jeudi matin, nous avons pénétré dans le Conseil privé des Princes : les textes que l'on discute, les ministres eux-mêmes ne les ont pas encore lus.

Le travail va consister, comme dans un atelier d'écriture, à améliorer collectivement la qualité du texte, en comparant deux brouillons, l'un de couleur rose dit « texte du gouvernement » défendu par les commis du gouvernement, et l'autre, de couleur blanche, dit « texte de la Section » défendu par le rapporteur. Comme toujours au Conseil, à l'épreuve explicite des affaires et des rédactions s'ajoute l'épreuve plus subtile, continuelle, diffuse mais d'autant plus impitoyable, subie par les conseillers eux-mêmes devant tous les autres : ont-ils bien fait leur travail ? Ont-ils anticipé les difficultés ? En même temps que les rapporteurs, on juge aussi de la qualité de la Section administrative qui a préparé l'Assemblée quelques jours auparavant : a-t-elle bien vu les contradictions juridiques ou pratiques ? Le brouillon du rapporteur est-il un bon brouillon ? Si tel n'est pas le cas, on peut faire perdre

des heures à une Assemblée qui va se trouver dans la situation impossible de rédiger dans l'urgence, à trente-cinq[77], des textes d'une complexité souvent ahurissante.

Il faut que le lecteur s'imagine l'ensemble des conseillers plongés dans leurs dossiers, comparant les versions fort peu synoptiques des différents brouillons, jonglant avec la documentation, annotant et raturant, enregistrant les versions qui viennent d'être approuvées, et attrapant des torticolis à force d'écouter les explications jetées derrière eux par les commis du gouvernement, pendant qu'ils font de grands signes pour que le vice-président, Jupiter tonnant, leur donne la parole. Cette opération de transsubstantiation des textes juridiquement faibles en des textes juridiquement forts reste encore mystérieuse. Pour l'instant, contentons-nous de remarquer qu'elle fait l'objet d'un constant tâtonnement, comme on le voit dans cet échange lors de la discussion d'une autre grande loi :

> **Le VP** : Pourquoi mettre « le 1.1.1998 », vous n'allez pas recruter à la Saint-Sylvestre, c'est ridicule !
>
> **Un commis du gouvernement** (très calme) : Oui c'est une **supercherie** ; les syndicats ont dit 1998 et le gouvernement a dit « le 1er janvier » ; on a gagné douze mois ; ils ont mis quinze jours à s'en apercevoir ; c'est un peu ridicule [je le reconnais].
>
> **Un autre commis du gouvernement** : En **pur droit** ce n'est pas nécessaire de le redire, de le répéter ; mais c'est **le cœur politique** du projet ; si le personnel ne **voit** pas cette disposition [dans le texte], c'est très gênant ; on doit le rappeler ; **nous y tenons** beaucoup ; ce n'est pas une précision inutile (...).
>
> **Robinet** : Je crois qu'il aurait fallu donner **sur le plan juridique** un coup de chapeau à l'article 12 ; il y a des raisons **d'opportunité**.
>
> **Guénié** : **Chacun son métier** ; si le gouvernement veut, il peut le rajouter ; **ce n'est pas au Conseil d'État** de le faire ; du point de vue juridique, la position de la Section est imparable.
>
> **Le VP** : On vote ? Chacun son métier ; nous nous essayons de faire des textes **convenables** ; c'est au gouvernement de prendre ses responsabilités pour des raisons d'opportunité politique.

Une fois de plus, l'aveu des arrière-fonds politiques et même des petites supercheries de la négociation ne modifie en rien l'obli-

77 Trois fois plus lorsqu'il s'agit de l'Assemblée générale *plénière*.

gation de dire le droit, ce que le vice-président, modeste, appelle « essayer de faire des textes convenables ». Certes, le texte se déforme sous la pression des syndicats et des politiques, les obligations d'affichage, la nécessité d'être « vu » par les négociateurs, mais il ne se rompt pas. Le gouvernement tient à ses formulations périlleuses ; le Conseil d'État continue à devoir faire du droit. Le texte final portera la trace de ces différentes contraintes reconnues ici comme la distinction entre l'« opportunité politique » et le « plan juridique » : « à chacun son métier ».

Parfois la tension est beaucoup plus vive, comme lors de la discussion, quelques années plus tôt, d'une autre grande loi à forte connotation politique :

Le VP (après avoir entendu la lecture du préambule) : On n'est pas au Rwanda ! C'est déraisonnable de faire approuver au Parlement un préambule où l'on dit que le droit n'est plus appliqué ! Ça veut dire que le ministre est incapable d'affecter son personnel ; nous avons une Constitution ! Il y a la séparation des pouvoirs ! Si on laisse voter cela, cela veut dire que tout le monde va se sentir non protégé et trouver le droit de prendre les armes pour protéger sa propriété ; c'est catastrophiste !

Un conseiller : [Oui.] Nous sommes dans un État de droit démocratique, nous en avons discuté en Section.

Autre conseiller : C'est une déclaration **politique** ; cela fait partie d'une déclaration au Parlement ; il n'y a pas à **transposer** ce genre de choses dans l'exposé des motifs ; si j'étais parlementaire je pourrais proposer des amendements ; or ce **ne sont pas des textes normatifs**, c'est de la **littérature** ! ce serait du laxisme ; [je propose] le rejet pur et simple !

Le rapporteur (approuvant) : On ne peut pas rentrer très avant dans ce genre d'exercice. Il faut procéder à une **ablation** massive ! (...)

Mme Répons : Le laxisme s'étend ; c'est de la programmation ; il y a des annexes pour ça ; il est temps que l'on **mette un coup d'arrêt** ; on va encombrer le Parlement de textes qui ne le concernent pas ; il y aura les parties normatives et d'énormes annexes et il finira par oublier ce qui est normatif.

Troisième conseiller : Le Conseil d'État, ce n'est pas dans sa coutume, on approuve pas l'exposé des motifs.

Quatrième conseiller (en désaccord) : Non, c'est **important** ; j'ai quelqu'un dans mon immeuble dont la fille de quatorze ans a été violée ; c'est important, il faut faire **attention** ; on doit faciliter le

passage de cette annexe ; quand cela n'arrive qu'aux autres, oui, mais quand cela arrive aux proches, c'est différent ! (...)

Mme Répons : Ni nous, ni le Parlement, ni personne, ne sait ce que nous approuvons, d'où notre **incertitude**.

Le secrétaire général[78] : Si nous nous lançons dans la réécriture par le Conseil d'État des annexes, cela nous entraînerait **trop loin**. Le gouvernement a simplement pris note [de la discussion ou du désaccord] de l'Assemblée.

En quelques secondes, on passe d'immenses considérations sur l'« État de droit » ou la « séparation des pouvoirs » à des propos de bon sens sur le viol d'une jeune fille, en passant par des arguments sur la différence entre l'idéologie politique, les « textes normatifs » et la « littérature », pour finir par des arguments sur la façon de réécrire des textes, sur les coutumes du Conseil d'État et sur la meilleure manière de répartir les arguments entre les annexes, les préambules et les déclarations générales. Tous ces éléments épars doivent se fondre dans un texte qui demeure à l'état de brouillon. Il faut « mettre un coup d'arrêt », « faire attention », ne pas se laisser « entraîner trop loin », c'est-à-dire écrire des « textes acceptables » qui ne se trouvent pas aussitôt démantelés par le Parlement, attaqués par les requérants, annulés par le Contentieux : des textes capables de résister à toutes les épreuves[79].

Le lecteur aura maintenant compris que le Conseil a deux rôles différents mais complémentaires : celui de juge administratif au Contentieux, celui de conseiller en rédaction de tous les textes de lois et de décrets de l'exécutif. Dans le premier rôle, il ne connaît que du droit administratif et ne se met en action qu'*a posteriori*,

78 Le secrétaire général du Conseil d'État siège dans ces Assemblées générales à gauche dans la salle, dans un box à part d'où il suit la marche d'ensemble de la procédure. Il administre également l'ensemble de la maison.

79 Nous ne posons pas ici la question délicate de l'utilité de ces pratiques de réécriture. « En réalité, écrivait M.-C. Kessler en 1968, le domaine d'influence du Conseil d'État est très limité car il se situe dans une zone intermédiaire entre les problèmes mineurs sur lesquels l'administration le consulte le plus volontiers et les problèmes politiques sur lesquels son avis n'est guère écouté. » M.-C. KESSLER, *Le Conseil d'État* (1968), p. 302. Difficile d'apprécier si, en trente ans, l'écoute par le gouvernement s'est améliorée ou non. S'il faut en croire les bruits de couloir, on dira volontiers que « le niveau baisse ». Inversement, un conseiller n'hésitera pas à dire : « J'ai eu beaucoup plus de pouvoir en Section administrative que comme ministre » (entretien 24-06-96) à cause de l'absence, au Conseil, de hiérarchie, de tension et d'autocensure.

ne fois qu'un requérant, ému, choqué, indigné, blessé, se sera mis en branle et aura cherché, le plus souvent avec l'aide de son avocat, la faille dans une décision quelconque de l'administration afin de la faire annuler. Toute la difficulté du second rôle provient de ce que les conseillers agissent *a priori* sur le contrôle-qualité des décrets que personne n'a encore attaqués et des lois que les députés n'ont pas encore assaillies. Loin de se limiter au seul droit administratif, ils ont à connaître *toutes* les branches du droit — d'où la nécessaire distinction en différentes Sections, chacune spécialisée dans la production juridique de plusieurs ministères. Alors que les moyens soulevés par les requérants guident la réflexion du Contentieux et même se doivent de la contenir[80], les Sections administratives doivent pratiquer un exercice de divination plus périlleux grâce à la multiplication des expériences de pensée par lesquelles leurs membres soumettent par avance le texte des lois à tous les embêtements, obstacles, épreuves, inconvénients possibles. Le Conseil travaille un peu comme un institut de normalisation où l'on soumet les produits destinés au grand public à toutes sortes d'épouvantables tribulations avant de leur donner le label de qualité qui autorisera leur mise sur le marché. Pour donner aux pauvres mots la force de résister à toutes ces contraintes, on doit donc par avance *penser à tout* : au droit bien sûr, mais aussi au français, à la faisabilité des mesures prises, à l'organisation du travail, voire à l'opportunité politique de tel ou tel texte[81]. La solennité de l'occasion, l'autorité des voix, la grandeur de la salle ne doivent pas dissimuler toutefois que, contrairement au Contentieux, nous ne sommes là qu'en formation de *conseil* et que le gouvernement, après s'être bien fait retravailler sa copie, peut choisir en fin de compte de présenter son propre texte[82]. Ici, dans cette

80. Rappelons qu'en dehors des moyens dits d'ordre public que le Conseil peut soulever d'office, les contraintes du contradictoire l'obligent à s'en tenir strictement aux arguments développés par les requérants, à moins que l'on ne décide, mais c'est toujours risqué, de « faire un effort » (voir p. 112).

81. Ce processus de contrôle-qualité par anticipation peut avoir des ratés, comme on le voit dans l'exemple récent de la censure, par le Conseil constitutionnel, de l'allègement de la CSG pour les bas salaires prévu dans la loi de finance 2001. Comme le dit navré l'un des hauts fonctionnaires chargés du texte : « On s'attendait à des critiques sur certains points mais pas à une invalidation pure et simple. Ni le Conseil d'État, ni le SGG *ne nous avaient alertés sur ce risque* (souligné par moi) », *Le Monde*, jeudi 21-12-2000.

82. Le gouvernement peut soit maintenir son texte initial, soit adopter celui du Conseil, mais il ne peut mélanger les deux sans quoi il s'agirait d'un autre texte qui devrait

enceinte, contrairement aux salles que nous avons visitées dans l'autre aile du palais, les conseillers, aussi impressionnants soient-ils, n'ont pas le dernier mot.

Avant de quitter l'Assemblée du jeudi, profitons-en pour nous familiariser encore une fois avec les pratiques d'écriture, et le travail si particulier d'amélioration collective des textes dont nous aurons tant besoin dans le prochain chapitre :

Lebrun (président de la Section qui présente le texte à l'Assemblée) : Le texte est sinon monstrueux du moins compliqué, la Section n'a pas **vu d'objection de droit**, qui empêche le gouvernement de faire son projet.

Un conseiller (fouillant dans son dossier) : Où est l'étude d'impact[83] ?

Le président de la Section des Travaux Publics : C'était trois pages bâclées, inutiles, on ne l'a pas distribuée.

Le vice-président (grondeur et solennel) : Il faut que le Secrétariat général du gouvernement et le Premier ministre en tirent les conséquences ; (il ne faut pas) faire de singerie ; je suis sceptique.

Le rapporteur (apaisant) : Nous aurions besoin d'étude d'impact si nous colonisions la planète Mars, mais là nous savons quand même de quoi il s'agit (lisant son texte[84]) :

« Article premier

L'alinéa 3°) de l'article L.313 (...) est remplacé par les dispositions suivantes :

"3°) élabore, dans l'intérêt commun, des **recommandations** aux associés aux fins mentionnées au 2°)" »

---

faire l'objet d'un nouveau passage au Conseil. Comme le disent encore les auteurs d'un livre récent, c'est ce qui rend la question de l'efficacité du Conseil « un sujet délicat », J. Massot, *Le Conseil d'État. De l'An VIII à nos jours* (1999), p. 77.

83 De même qu'il y a des études obligatoires sur l'impact que peut avoir une installation quelconque sur l'environnement, il y a maintenant une obligation légale de faire pour tout nouveau texte de loi une étude sur l'impact qu'il peut avoir sur tous les autres textes. Un peu comme si le droit formait un « maquis », voire une jungle, en tout cas une seconde nature, dont les transformations sont aussi difficiles à prévoir que dans l'autre — d'où le caractère parfois bâclé des prévisions.

84 Le rapporteur ne présente plus, comme dans les épisodes étudiés dans le précédent sous-chapitre, sa propre opinion. Il parle maintenant au nom de la Section administrative tout entière même s'il n'en partage nullement la solution. Cela fait partie de ces subtiles épreuves d'objectivation dont nous ferons la liste au chapitre 5.

Besançon (interrompant et venant de lire l'autre version) : Je dois dire que le projet du gouvernement avait le mérite de la **clarté** [tous s'y réfèrent dans un ballet de feuilles saumon rapidement tournées] ; (lisant :)

« 3°) élabore dans l'intérêt commun des recommandations aux fins mentionnées au 2°). Ces recommandations ne peuvent déroger ni à la réglementation, ni aux dispositions des conventions prévues au 2°). »

Le VP : « Recommandation », mais tout le monde peut faire des recommandations ; ce n'est pas du droit privé. La décision exécutoire, oui c'est du droit public.

Un autre président de Section (parlant donc de l'estrade vers la salle) : Si on utilise « recommandation » dans un sens aussi **banal**, ce n'est pas la peine de le mettre.

Le troisième président de Section : Si c'est une recommandation il faut qu'elle ait une certaine **force**, sans cela ça ne sert à rien.

Le rapporteur (tournant le dos aux préopinants) : Oui il y a un article qui dit « recommandations qui doivent être respectées » et alors là il y aura un **contentieux** possible.

Lebrun (parlant au nom de sa Section administrative) : Dans notre esprit « recommandation » avait le sens que lui donne le vice-président, aucune force obligatoire ; l'économie sociale a une certaine légitimité à en donner, comme la CNIL [Commission nationale informatique et liberté] en donne à ses membres ; mais le rapporteur… ceci dit, je **n'y avais pas pensé avant**, mais il y a **une contradiction** car ces recommandations, l'Union a le droit les faire respecter, qu'est-ce que le commissaire du gouvernement avait **derrière la tête** ?

Le VP : Monsieur le commissaire du gouvernement ?

Le commis du gouvernement : Vous avez raison, monsieur le vice-président, c'est la bonne interprétation, dans les recommandations, l'État n'est pas partie prenante, c'est du droit privé, les conventions sont contraignantes, les recommandations, non ; mais néanmoins, nous voulons savoir ce qui se passe ; c'est de la remontée d'information, **il n'y a pas de sanction**, c'est du contrôle ; on ne sanctionne que les manquements graves ; c'est pour **marquer les limites**.

Le VP : On attache une certaine **qualité juridique** aux recommandations, qui, si elles sont violées de manière grave et répétée, entraînent une sanction ; ce n'est plus une simple recommandation ; c'est un peu **hybride** comme acte juridique ; seule, la recommandation n'est rien ; ensemble, à elles toutes, elles forment quand même…

Besançon : Attention nous sommes en train de créer, mutatis mutandis, quelque chose comme l'arrêt *Orcibal*.

Le VP (cassant) : Laissons M. d'Orcibal où il est ! Ce n'est pas notre problème.

Besançon (obstiné) : Mais c'est du droit privé dans lequel nous intervenons ; il faut **revenir** au texte du gouvernement !

Un conseiller (ancien président de Section) : C'est un texte de droit privé, il doit s'incliner devant les réglementations en vigueur, je ne vois pas à quoi ça sert de le dire.

Le VP : Qu'en pense la Section ?

Lebrun : On n'en a **pas** discuté ; je m'aperçois maintenant du problème et je suis peut-être en train de **changer d'avis** ; la Section n'avait peut-être pas pris tout à fait **conscience** de ce problème.

Un quatrième président de Section : On a anticipé sur l'article 5, mais je garderais le sens très banal de « recommandation » ; c'est une erreur de **donner une valeur juridique** à une simple recommandation.

Lebrun : On verra donc quand on discutera de l'article 5 qui porte sur les sanctions ; **il faut être cohérent** ; on sursoit donc ; si l'on accepte des sanctions sur cet article, il faut changer le sens de l'article 2 dans un sens ou dans l'autre.

Tous les jeudis, les conseillers membres de l'Assemblée, les plus élevés dans l'ordre du tableau, les présidents de Section et le vice-président se retrouvent ainsi et se testent mutuellement. On peut s'imaginer la pression, courtoise mais néanmoins puissante, qui s'exerce sur chacun d'eux par les objections des collègues. On mesure bien cette surveillance mutuelle qu'ils exercent les uns sur les autres aux excuses que le président Lebrun doit formuler pour n'avoir pas « vu » le problème dans sa Section — « On n'en a pas discuté ». Le président de la Section doit reconnaître qu'il « prend conscience » de la difficulté sous la pression de l'Assemblée générale, et qu'il est en train de « changer d'avis »[85]. C'est là que le

85 Cette douce violence se retrouve dans tout le travail des Sections, Renault s'excusant pour n'avoir pas vu qu'il s'agissait d'une Déclaration d'utilité publique : « Je suis navré de ne pas avoir vu le problème avant. — Le président Le Brun (paternel mais enfonçant quand même le clou) : Mais non, mais non… » ; ou plus tard, dans la même affaire, Bienaimé suavement à l'adresse d'un cher collègue : « Le rapporteur cite le "Guide du rapporteur" qui propose des tirets, mais je n'aurai pas la cruauté de citer ce qu'il dit : "Le tiret cache un déficit de la pensée !" »... C'est ainsi que les conseillers se dressent mutuellement à la vigilance.

double système d'enceinte — les Sections puis l'Assemblée générale — trouve sa justification : grâce à lui les chances de survie du texte ainsi échenillé, ou « débogué » comme on dit dans l'informatique, ont augmenté. Dans le cas présent, l'erreur est minuscule mais, comme toujours, derrière chaque incertitude des textes se profile l'énorme risque du contentieux : si le petit mot « recommandation » prend une « valeur juridique », alors il y aura des « sanctions » possibles et donc des recours ; si le texte de loi aujourd'hui discuté n'est pas clair, il peut être retoqué par les députés, frappé par le Conseil constitutionnel, ou, pire encore, entraîner une confusion des normes entre le droit privé et le droit administratif — c'est ce que suggère Besançon, encyclopédie vivante du Conseil, malgré la vive réplique du vice-président impatienté.

En montant l'escalier d'honneur

« Comment est-ce possible ? N'y a-t-il vraiment rien de plus élevé que ces infinitésimales discussions sur des mots et des textes dans cette cour dite *suprême* ? » se demande l'ethnographe en ajustant sa cravate, en redressant sa taille au bas de l'escalier solennel, en s'efforçant de marcher avec gravité afin de mimer, autant qu'il lui est possible, l'allure d'un conseiller d'État, en tournant sept fois sa langue dans sa bouche dans le vain espoir d'apprendre à parler comme eux. « N'y a-t-il vraiment rien au-dessus des lois ? » C'est donc ainsi, dans ce palais tout de guingois, par ces escaliers dérobés, grâce à ces huissiers assoupis, sur ces moquettes usées, dans ces piles de papier et ces volumes reliés, à travers ces discussions interminables, ces aveux si candides de préjugés et d'ignorance, cette compilation archaïque par copier/coller de textes obscurs, que s'établit le règne du droit ?

Naïvement, il regarde le plafond, tourne ses regards vers le beau trompe-l'œil qui orne l'escalier d'honneur (encore un symbole curieusement choisi pour honorer la grandeur des juristes…), comme s'il avait raté quelque chose, comme s'il existait *au-dessus* du Palais-Royal quelqu'un d'autre de plus grand que ces énarques, une déesse Justice (mais non, se dit-il, les fresques mêmes ont la désespérante banalité des mythologies les plus fades), un autre bureau peut-être (mais il les a tous visités), un autre corps peut-être (impossible, il a dressé des statistiques complètes sur tous les membres), une réserve de savoir (non, dans la cave on ne trouve que les archives ; dans les combles d'autres bureaux, d'autres

archives), une source de certitude absolue qui lui aurait échappé (le *Lebon* alors ? mais il en a ouvert les volumes et ce ne sont que des pages reliées à d'autres pages), un président au-dessus du vice-président (mais non, c'est le Premier ministre, qui jamais ne siège au Conseil), un trésor caché de commentaires assurés (impossible puisque la doctrine des universitaires et des glossateurs n'entraîne ici qu'une indifférence amusée) ? Il faut s'y faire : il n'y a pas d'autre moyen de dire le droit, de clore la dispute, d'avoir le dernier mot que de s'arrêter à ces dossiers épais, ce lent travail de réécriture, ces incessantes reprises de documents, ces précédents cherchés dans la poussière du passé, ces avis demandés à des collègues en costume cravate dont l'assemblage tranquille et terne ressemble plutôt à un club anglais du siècle dernier. Pour avoir le dernier mot, l'humanité n'a rien trouvé de plus fort, de plus moderne, de plus argumenté, de plus grandiose, de plus majestueux. Au-dessus de la cour suprême, rien qui soit supérieur. Au-dessus de cette institution quelque peu dérisoire, rien qui soit meilleur, plus rapide, plus efficace, plus rentable — rien surtout qui soit plus juste.

Laissons à d'autres le triste rôle de se plaindre de l'arrogance du Conseil — les conseillers d'ailleurs s'amusent assez fréquemment d'eux-mêmes, moquant leurs mœurs et leurs manies[86]. Tout bien considéré, c'est plutôt de l'émotion que ressent l'ethnographe en marchant vers son terrain, revêtant peu à peu, comme une toge, les habitudes corporelles de ceux qu'il étudie afin d'être mieux à même de ressentir le lieu et de se fondre dans le paysage. Oui, avouons-le, l'analyste trouve plutôt touchant cet agencement périlleux, ce château de cartes, ce palais des lois, cette montagne de papier, dont la fragilité assure seule, sans autre ressource, sans autre appel, sans autre réserve, la force du droit. « Que nul n'entre ici s'il croit à la transcendance du droit », voilà ce qu'il faudrait inscrire en haut de ce trop solennel escalier. Ni ange, ni démon, ni surhomme : d'ordinaires énarques, sans aucun autre instrument que des textes et des mots. Ici toute la qualité du travail tient dans les corps, dans la bouche et la voix, dans l'écriture et dans l'archivage, dans la conversation régulièrement entretenue, dans l'engraissage méticuleux des dossiers sous chemises grises ou jaunes. On comprend que les Romains aient été stupéfiés par la grandeur

86 Comme on peut s'en convaincre en lisant certaines rubriques de la revue *Contact* réalisée par le Secrétariat général.

de cette immanence-là, si totalement différente des passions suivantes, des enthousiasmes religieux ou politiques, des haines vivaces, des risques foudroyants de la stratégie. Un ravaudage, un tricotage, un grignotement incessant, patient, obstiné, piétonnier : une grisaille tellement plus belle et surtout tellement plus juste que les couleurs vives de la passion.

❧ Dans lequel le lecteur, de plus en plus inquiet, se met à suivre l'auteur qui se passionne pour la destinée des dossiers du Conseil d'État comme s'il s'agissait là de la chose la plus importante au monde ❧ Où l'on découvre, heureusement aidé par quelques photographies, l'environnement matériel, textuel et graphique du Conseil ❧ Où l'on se plonge dans l'établissement des cotes et des chemises afin de comprendre le travail juridique ❧ Où l'on visite le « poste de travail » des conseillers et le difficile labeur par lequel ils établissent des écrits à partir d'autres écrits ❧

2

Savoir faire mûrir un dossier

Les tribulations d'une cote

Quoi de plus grisâtre, de plus poussiéreux, de plus méprisable que des piles de dossiers ? Pourtant l'ethnographe n'a pas le choix : ne connaissant pas le droit, il lui faut, pour en suivre le mouvement propre, découvrir une matière qui soit visible, étudiable et assignable. Or, il existe un traceur qui organise toute l'activité du Conseil, qui fait l'objet de tous les soins, de toutes les conversations, qui permet d'aller sans solution de continuité depuis la plainte la plus marticulée jusqu'aux plus sublimes points de doctrine — et même à cet ersatz de vie éternelle que procure le *Lebon* : c'est le *dossier*. Toute affaire, du moins dans nos pays de droit écrit, a pour enveloppe corporelle une chemise cartonnée liée par des élastiques. Bien que l'on ne lui reconnaisse dans les théories du droit aucune place, c'est en parcourant la maison à la suite de ce furet que nous allons faire connaissance avec tous les métiers du Palais-Royal[1]. Si l'eth-

1 L'étude des dossiers occupe toutefois une place importante à la fois dans les sciences cognitives et dans les sciences administratives. *Cf.* A. Cambrosio,

nographe veut obtenir ce mélange instable de proximité — que seule procure l'étude de terrain — et de détachement — qui permet de ne pas reprendre d'emblée des concepts ternis par un trop long usage —, il lui suffit de substituer aux vagues propos sur le droit, la loi et la normativité une enquête méticuleuse sur les dossiers — gris, beiges ou jaunes, étiques ou gras, faciles ou complexes, anciens ou nouveaux — et de voir où ils nous mènent. Oui, commençons le droit par le commencement, c'est-à-dire par les tampons, les élastiques, les trombones et autres agrafeuses — l'outillage indispensable des affaires. Les juristes parlent toujours des textes, mais rarement de leur matérialité[2]. C'est à elle qu'il faut nous attacher.

Figure 2-1

Crédit : B.L.

C. LIMOGES *et al.*, « Representing Biotechnology : an Ethnography of Quebec Science Policy » (1990), J. GOODY, *La Logique de l'écriture* (1986), P. ROQUEPLO, *Regards sur la complexité du pouvoir* (1990), T. RICHARDS, *The Imperial Archive* (1993) et bien sûr le travail pionnier de B. FRAENKEL, *La Signature* (1992).

2 Sauf évidemment dans les travaux de Pierre Legendre. Voir en particulier P. LEGENDRE, *Leçons I* (1998) ; *Sur la question dogmatique en Occident* (1999), mais il s'agit d'un texte transformé en mythe du Livre. On trouve dans D. BOURCIER, P. MACKAY, *Lire le droit* (1992) et D. BOURCIER, C. THOMASSET, *L'Écriture du droit* (1996), de nombreux articles sur les textes juridiques où leur textualité — au sens de la sémiotique — est bien reconnue, mais on a perdu l'oral, indispensable à la saisie des textes, ainsi que le dossier, au sens très matériel, dont la circulation seule permet de qualifier la trajectoire juridique. Sur l'acte d'écriture juridique, à propos de la loi sur l'environnement, voir F. CHARVOLIN, *L'Invention de l'environnement en France* (1993).

Tout dossier qui entre au Conseil, par la porte basse du courrier et non par la porte solennelle donnant sur le grand escalier, commence par une *requête introductive d'instance* qui peut se rédiger sur papier libre. Une simple lettre postée à l'adresse du Palais-Royal ou même envoyée par fax peut suffire. Si aucun avocat n'a introduit dans la requête le langage du droit, on y ressent parfois encore l'écho étouffé de la plainte : fureurs, indignations, scandales, quelque chose de la matière psychologique, anthropologique, sociologique qui a créé quelque part en France de la colère, de la peine, mais une colère, une peine qui ne s'expriment pas seulement en violence et en larmes, en cris et en coups, mais qui, par une mutation plutôt mystérieuse, décident de se transformer en dol et en grief, bref en écrit plus ou moins bien argumenté adressé à un tribunal administratif[3].

Il y a loin du râle, du grognement, de la protestation, du sentiment profond d'injustice à l'envoi d'une requête[4]. Aucune statistique n'existe pour comparer, à l'immense masse de décisions administratives qui se déroulent sans histoire, les quelques pour cent qui suscitent un conflit plus ou moins violent, ni pour mesurer parmi celles-ci la portion infinitésimale de fureur ou d'indignation qui va se trouver transformée en requête en bonne et due forme. Cinquante-neuf millions de Français se plaignent journellement de l'État : il n'empêche que cela ne produit qu'à peine plus de cent cinquante mille affaires par an[5]. Aucune statistique n'est assez fine pour expliquer les raisons de ce passage à l'acte. Un

3 Il faut bien sûr toute une histoire de l'espace public pour que la plainte confuse devienne un droit articulé. Voir par exemple, sur le cas emblématique des blasphèmes, la belle étude de É. CLAVERIE, *Sainte Indignation contre indignation éclairée* (1992) et sur le nouvel outillage permis par le droit romain l'exemple inégalé de A. BOUREAU, *La Loi du royaume* (2001), en particulier le chapitre V sur le moine Thomas de Marlborough à la cour papale.

4 Un exemple entre mille dans *Libération* du 12 juillet 2000 : « Pourtant on l'a vu, le procès verbal du jury de baccalauréat n'est pas aussi clair. Mais le recours gracieux introduit en novembre par Daniel Escuirola, 20 ans, a été rejeté par le recteur. Ensuite, *écœuré*, Daniel a *laissé filer* l'affaire, et n'a *pas* engagé de recours contentieux au tribunal administratif. "De toutes façons, indique-t-on au rectorat, le TA ne lui aurait pas donné le bac. Il aurait peut-être simplement augmenté son indemnisation, au bout de quatre ans de procédure" » (souligné par nous).

5 En 1997, les tribunaux administratifs ont reçu 101 590 affaires, les cours administratives d'appel 14 477 et le Conseil 7 193. Les tribunaux en ont traité 96 367, les cours d'appel 7461 et le Conseil 11 173. À cette date, il en restait en instance devant les tribunaux 188 653, devant les cours 24 016 et devant le Conseil 10.385 (*Rapport public* du Conseil d'État, 1998).

conseiller juridique peut avoir lancé l'idée de cette mise en affaire : « Mais cela se plaide, cher monsieur » ; le requérant peut avoir lui-même une vaste culture juridique et ne pas rechigner devant une procédure qu'il sait longue ; il peut s'agir d'une association de défense d'un site, d'un environnement, d'un quartier, depuis longtemps rompue au droit administratif, et qui espère ainsi obtenir ce que les autres formes d'action publique ou de persuasion lui refusent[6] ; ce peut être un candidat battu de quelques voix à une élection trouble et qui veut retrouver par des élections propres le siège qu'il a, d'après lui, injustement perdu ; un syndicat de fonctionnaires s'est peut-être lancé dans l'attaque d'un arrêté défavorisant l'un de ses membres ; un préfet se convainc que s'il ne fait pas appel de telle ou telle décision de ce tribunal administratif, sa marge d'appréciation se trouvera réduite pour toujours. Bref, lorsque la première requête arrive au Palais-Royal, elle a déjà subi une longue histoire qui échappe pour la plus grande partie aussi bien à l'ethnographe qu'aux conseillers mais dont les traces se reconnaissent au premier coup d'œil dans le type de papier à entête, dans la présence et dans le nom de tel ou tel cabinet d'avocat célèbre et coûteux, dans la façon d'écrire et dans l'étalage plus ou moins grand des connaissances juridiques, textes des lois et des décrets, mots savants empruntés à Molière[7].

Quelle que que soit la gravité de cette histoire — qu'elle implique les essais nucléaires dans le Pacifique contestés par l'association Greenpeace ou une sordide histoire de redressement fiscal —, le courrier se trouve enveloppé, dès son arrivée, dans une *chemise* cartonnée de couleur grise et se voit donner un *numéro*, tiré de la main courante, solennellement tamponné par le service du greffe. Ce numéro d'ordre va servir de repère à l'affaire jusqu'à la fin des temps. On le retrouve aussi bien dans ARIANE, la base informatique SKIPPER que dans le *Lebon*. Pour toujours, la modeste lettre ou le volumineux courrier envoyés par la poste et accueillis dans une chemise ont reçu le numéro tant. C'est ce numéro qui va

6 Voir par exemple l'association TOS rompue à la procédure telle qu'elle est étudiée par Christelle GRAMAGLIA, *Numéro Anniversaire* (2002).

7 Différences bien visibles dans la montée en généralité de toutes les « affaires », comme l'a bien montré L. BOLTANSKI, « La dénonciation » (1984). En même temps, les dossiers d'affaire qu'il a étudiés, s'ils accumulent les arguments, ne parviennent pas pour autant à produire des moyens de droit, fautes d'être reçus par les réseaux capables de transformer les plaintes en requêtes.

donner des sueurs froides aux responsables du Conseil qui, l'œil fixé sur les délais, vont mesurer grâce à lui les retards parfois vertigineux qui s'accumulent : « Mais enfin c'est un numéro 154 000, on ne peut quand même pas le renvoyer à la cour d'appel ! » dira tel conseiller ; tel président s'indignera : « Nous avons encore des numéros 120 000 en souffrance » et tout le monde comprendra qu'il faut accélérer les choses et résorber les stocks. Pour l'instant, ce numéro est la seule chose que le requérant reçoive en échange de sa lettre : un accusé de réception et un rang dans une queue dont il ne sait pas la vitesse ni, bien sûr, la destination.

Qu'on n'accuse pas le service du greffe d'indifférence ou de dureté de cœur. Non, l'histoire tragique ou menue, passionnelle ou calculatrice, qui a entraîné le déclenchement de la plainte se continue et, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, accompagne constamment le cheminement du dossier. Mais elle doit maintenant être présente sous la forme de pièces jointes que l'on appelle des *productions*. Voici par exemple un bien triste dossier choisi au hasard parmi tant d'autres : un jeune homme s'est tué en faisant du ski sur le territoire de la commune de B. « Il n'est pas besoin d'insister, écrit l'avocat, sur la douleur du requérant, déjà veuf et plusieurs fois cruellement frappé par le destin, pour

Figure 2-2 Crédit : B.L.

comprendre l'importance du préjudice subi par la perte de celui qui était, à raison de l'acharnement du sort, son seul descendant. » Ce dossier demande au tribunal administratif « de bien vouloir condamner la commune de B. à payer [au père] en réparation de ses préjudices moral et matériel la somme de 306 492, 19 F avec intérêt au taux légal à compter du jugement à intervenir ».

Quelle que soit la douleur qu'un père éprouve à perdre son fils, il faut maintenant qu'il *prouve* que le maire a commis une faute en ne fermant pas sa station, et le faire par des pièces qui à la fois réfèrent à des états de choses *extérieures* au dossier et *fassent foi*, c'est-à-dire transportent des formes quasi juridiques de confiance. C'est le cas des nombreux procès-verbaux de gendarmes ou d'huissiers, attestations, copies certifiées conformes, témoignages, certificats et justificatifs qui tous portent la marque d'autres institutions situées en amont et déjà capables de produire du droit ou, en tout cas, de donner à des éléments de preuve empirique un formatage juridique. Sans ces innombrables institutions, aucun dossier ne pourrait enrichir la requête de productions crédibles. Bien que notre but ne soit pas ici de les suivre, n'oublions pas leur rôle dans le jugement final. Quand on dit « le Conseil d'État a jugé », il n'a fait que se prononcer sur un dossier, composé de pièces déjà profilées pour être « jugeables ». Il ne fait qu'ajouter son minuscule travail à un immense labeur de *mise en forme* qui seul a rendu sa tâche efficace. La France entière, si l'on accepte de la regarder ainsi, produit inlassablement et, pour ainsi dire, sécrète par tous ses pores des documents innombrables qui peuvent se transformer d'un seul coup, si les circonstances l'exigent, en preuves utilisables dans une affaire.

Pour nous en rendre compte, compulsons les feuillets de cette chemise. On trouve parmi les productions un procès-verbal de gendarme recueillant le témoignage d'un passant qui a expertisé les skis et les vêtements de la jeune victime ; un autre procès-verbal d'un skieur qui témoigne de l'absence de toute signalisation interdisant l'usage des pistes malgré le mauvais temps ; plusieurs lettres des différents médecins du CHU ayant examiné et soigné le corps du patient ; une longue déposition du malheureux père recueillie par un inspecteur de police à la demande du procureur de la République ; une lettre sur papier libre de l'association organisatrice de la sortie et qui explique l'ensemble de l'événement dans son propre langage ; un certificat du médecin de famille attestant de la bonne santé de la victime toute sa vie

durant ; plusieurs procédures d'enquête préliminaire de la gendarmerie nationale ; un dossier très fourni dressé par la gendarmerie et qui permet, grâce à des cartes d'état-major et même des photos de la piste, de se faire une idée des lieux ; une attestation de la météorologie nationale rappelant le bulletin pour cette fatale journée (facturée 70 FF) ; un certificat d'hérédité dressé par la mairie prouvant le lien du père et du fils, avec signature de deux témoins ; une facture fort modeste du curé de la paroisse pour les obsèques du malheureux garçon ; les factures des pompes funèbres justifiant l'un des éléments de dépense avancés dans la demande en dommages et intérêts ; la réponse négative de l'assureur de la commune, ayant tiré assez d'informations du dossier pour prouver que, d'après les témoignages recueillis, l'accident n'a pas eu lieu à l'endroit dangereux mais plusieurs centaines de mètres plus bas : « la signalisation et la non-fermeture de ce passage sont donc sans relation avec l'accident ». On le voit, un quadrillage inlassable d'enquêteurs et de témoins, de formulaires et de cartes, de tampons, de signatures et d'instruments, de professionnels et de responsables a seul permis de nourrir le dossier de preuves assez complètes.

Enlevons ces institutions, ces services de gendarmerie, de police, de météorologie, d'hôpital, d'assurance, mettons fin à cette vigilance continuelle des passants, des gens de l'art et des élus, et rien, absolument rien n'aurait pu être versé au dossier, sinon la douleur d'un père absent lors de la mort de son fils, qui verserait des larmes sans rien comprendre à ce qui l'a tué, sinon des propos en l'air et des récits de seconde main — même pour prouver qu'il est le seul ayant droit de son fils, il lui faut encore un certificat d'hérédité… Notons que ces documents, s'ils permettent le jugement, ne sont pas tous juridiques par nature : en effet, sans la mort de ce jeune homme devenue plainte articulée, aucun de ces papiers épars, certificats, plans, bulletins météo, factures, n'eût compté comme élément de preuve au sens juridique. Dispersés ou archivés, ils n'auraient été que de l'information perdue. C'est donc par l'aspiration de la plainte et à cause de l'accident que ces éléments de routine ont pris rétroactivement la forme du droit. Mais s'ils ont pu si facilement se couler dans les dossiers, c'est qu'ils avaient été préformés, prépliés pour répondre à ce genre de contestation. Qui décrira ce quadrillage et ce repérage ? Qui aura la magnanimité de reconnaître, dans la solidité que l'on prête si souvent au droit, la multitude de ces actions de surveillance et de vigilance

effectuées par d'humbles brigadiers, enquêteurs, secrétaires de mairie, météorologues et facturiers — tant d'obscurs techniciens grâce auxquels nous pouvons disposer, en cas de conflit, de documents indiscutables pour articuler nos griefs ? Avant de rejoindre les costumes trois pièces, la prononciation impeccable, le menton assuré, l'onctuosité savante de nos conseillers d'État, saluons la multitude de ces pandores méprisés, de ces acolytes obscurs dont les requérants comme les juges dépendent pour chaque feuillet de leurs dossiers.

Avant de recevoir l'onction d'un conseiller, le dossier va d'ailleurs résider encore quelque temps entre les mains des obscurs et des sans-grade. C'est que le Conseil d'État, s'il compte environ deux cents membres en activité au Palais-Royal (voir le chapitre suivant), dépend du travail de soute effectué par plus de trois cents personnes dont les tâches sont également réparties en fonction du parcours des dossiers[8]. Pour l'instant, la chemise est encore au greffe qui la passe au Service des analyses. Celui-ci examine la requête et, en fonction de ses propriétés générales, la fait rentrer dans des catégories d'ensemble (par exemple, degré d'urgence : Normal ; Nature de contentieux : Excès de pouvoir ; Saisine : Cassation). Il peut aussi, de sa propre initiative, regrouper des requêtes arrivées en désordre mais portant sur un objet semblable, ou renvoyer un dossier mal aiguillé vers une autre juridiction. Le Service des analyses ajoute également au dossier la liste des précédents et commence à étoffer la chemise en demandant par un ensemble de courriers les pièces manquantes (confirmation de pouvoirs, communication du dossier de première instance, etc.). Après son passage par le Service des analyses, l'affaire possède un numéro, une chemise de couleur[9], un formulaire informatique classant le dossier et précisant le mode de saisie (si l'on se trouve en

8 Aux membres du Corps (voir le chapitre suivant) s'ajoutent 56 personnels administratifs de haut niveau (dit de catégorie A, en particulier les indispensables secrétaires de Section), 57 de niveau moyen (dit de catégorie B, assurant le secrétariat), auxquels il faut ajouter 138 personnels administratifs de catégorie C ainsi que 53 personnels de service (tous ces chiffres sont valables pour l'année 1997, année de référence).

9 Comme les couleurs changent en fonction du type d'affaire — bleu pour le fiscal, orange pour l'électoral, etc. — on peut à l'œil constater l'évolution du Conseil. En 2001, par exemple, on dit dans les couloirs que « le Conseil jaunit en ce moment » du fait de la multiplication des référés-suspension soigneusement emballés dans des chemises jaunes.

Figure 2-3

Crédit : B.J.

première instance, appel, cassation[10]), le tout résumé dans une fiche requête informatique qui va servir de carte d'identité à l'affaire.

Une fois passés au Service des analyses, les dossiers se rapprochent alors des conseillers (et comme ils pèsent souvent déjà lourd, il ne s'agit pas seulement d'une opération mentale mais d'un pesant

10 Contrairement au judiciaire le Conseil d'État remplit en effet, nous l'avons vu, selon le type d'affaire les trois rôles, si bien que chaque dossier, à l'audience, doit préciser la fonction juridique de la même Assemblée : « Vous êtes bien compétent en appel » ou au contraire « En tant que juge de la cassation » ; « Vous êtes bien compétent en premier ressort » mais la compétence peut varier au cours de la même séance, de même que le type de contrôle, « Vous exercez un contrôle restreint » ; le commissaire du gouvernement affirme qu'il a donc bien vérifié au nom de quoi et pourquoi « vous » jugez ; « Votre contrôle est bien complet puisque M. X est citoyen de la CEE » ; ou « M. Tenager attaque le Premier ministre, vous êtes juge en premier ressort ». Signalons qu'on ne communique jamais au président de la République.

transfert qui requiert porteurs, diable à roulette et monte-charge) pour être répartis entre les différentes sous-sections en fonction de leur charge et de leurs spécialités par un méticuleux travail de triage qui prend en compte les spécialités des sous-sections, l'état des stocks, l'obligation d'éviter l'« abattage » en spécialisant par trop les conseillers, le tout aiguillonné constamment par l'obsession de respecter le contradictoire tout en allant aussi vite que possible pour diminuer les stocks. Les dossiers arrivent alors dans les mains de ces personnages essentiels, souvent remarquables, les secrétaires de sous-section : chevilles ouvrières du Conseil, presque toutes des femmes, elles assurent l'énorme travail de suivi logistique et juridique des dossiers de leur naissance à leur mort — ou plutôt à leur archivage car les dossiers, comme le roi, ne meurent jamais… Commence alors le véritable travail juridique illustré par une feuille informatisée laissée vide jusque-là et que l'on appelle le plan d'instruction, d'abord écrit à la main par le plus jeune auditeur de la sous-section, et qui va permettre au secrétaire de repérer le mouvement si particulier, si essentiel au droit, du contradictoire. En effet, les pièces versées au dossier le sont par l'une des parties, celle qui initie la requête. Une fois communiquées à la partie mise en cause, que ce soit l'État — préfet, ministre, maire, voire Premier ministre — ou, à l'inverse, un particulier, une association, une personne morale que l'État met en cause en contestant la décision d'un tribunal administratif dont le jugement leur a été défavorable, les pièces du dossier doivent être « communiquées » au requérant pour que celui-ci « produise en réplique » (verbes sans complément d'objet direct selon l'usage du Conseil). Hors de ce jeu de ping-pong, rien n'est visible, rien ne *doit* être visible dans le dossier. C'est aux parties de répondre aux moyens qu'on leur oppose. Si la partie adverse ne réplique pas, réplique mal ou hors des délais, le juge en principe n'y peut rien.

Date	Événement	Qualité	Acteur	Délai	Réponse	NP
13/04/1999						

Figure 2-4

Crédit : B.L.

Malgré un air de famille, le dossier que nous suivons à la trace ne ressemble pas à ceux que nous établissons tous dans nos bureaux pour chercher en vain à réparer du désordre l'irréparable outrage. Ceux-là, nous pouvons les ouvrir, les fermer, les dépareiller, les regrouper, peu importe, personne n'y trouvera à redire. À l'inverse, depuis qu'il est entré au greffe, toute opération sur le dossier devenu juridique peut entraîner, comme on dit, des « effets de droit » ; on le surveille donc comme du lait sur le feu. Si l'on a laissé le service du greffe et des analyses le travailler, le préparer, l'enrichir, c'est parce que justement aucune de ses interventions ne pouvait modifier en quoi que ce soit la position respective des arguments. Jusqu'ici les opérations étaient en quelque sorte automatiques ou en tout cas de routine, et n'engageaient pas la discussion. Il suffisait de les faire bien. À partir de maintenant, elles vont engager les parties et chaque opération ratée ou réussie pourra

« faire grief », suscitant un nouveau contentieux branché sur le premier : perdre une pièce, ne pas demander le mémoire en réponse, ne pas soulever les moyens d'ordre public, ne pas mettre en demeure les ministères de répondre en défense, tous ces petits détails du plan d'instruction, qui sont de la responsabilité du secrétaire de sous-section et d'un membre le plus souvent jeune auditeur, font pénétrer cette fois-ci plus avant le dossier dans la sphère du droit. Le passage entre l'automatique et le juridique, entre l'incontestable et le contestable, entre la routine et l'initiative se marque d'ailleurs à ce trait que, dorénavant, tous les courriers doivent s'effectuer en recommandé et non plus par courrier simple — les formulaires roses de la Poste étant dûment conservés dans le dossier pour pouvoir répliquer si jamais des questions de délais se trouvaient contestées. On comprend qu'entre les mémoires, ampliations, expertises, traces diverses, bordereaux et récépissés, le plan d'instruction se noircisse rapidement et la chemise se mette à sérieusement gonfler…

De même que nos grands-mères faisaient lentement mûrir — et parfois pourrir — leurs pommes pendant l'hiver sur des claies de bois, de même les secrétaires de sous-section font alors rougir — et parfois surir ! — les dossiers sur des étagères de bois dont chaque travée correspond à un moment dans l'activité complexe qui va commencer. Comme le dit de façon charmante l'un des

Figure 2-5 Crédit : B I

Figure 2-6

Crédit : B.L.

secrétaires[11] : « Le dossier est comme un fruit ; au début il est vert ; ensuite il est "en l'état" ; on peut travailler dessus. » Les étagères servent de mémoire visuelle, de technologie intellectuelle qui offre une certaine redondance en permettant de repérer d'un simple coup d'œil les stades que l'on pourrait suivre également, mais avec moins de facilité, sur l'ordinateur[12]. En plus des différentes piles, en attente de pièces (il faut laisser aux ministres et à leur bureau le temps de répondre, aux requérants celui de répliquer, aux experts désignés celui de rendre leurs expertises), une pile nous intéresse plus particulièrement, celle des dossiers « bons pour le rappor-

11 Comme le Conseil se refuse à féminiser les termes, *toutes* les secrétaires de sous-section se désignent au masculin.

12 Ne pas oublier que malgré le caractère archaïque de toutes ces technologies de papier, il est quand même possible, grâce au logiciel SKIPPER, pour le président du Contentieux de suivre à la trace l'avancement de tous les dossiers.

teur ». La figure 2-6 nous montre justement le stade de la « cueillette » d'un dossier mûr : un conseiller vient prendre le dossier que le président de sous-section vient de lui accorder en fonction de ses compétences, de ses intérêts, de son absence d'implication dans l'affaire traitée (sans cela, il serait obligé de « se déporter »), de ses « statistiques », c'est-à-dire du nombre de dossiers que chacun doit effectuer pour recevoir sa prime de productivité[13], et des demandes plus ou moins pressantes du président de sous-section qui doit gérer les stocks. Trop de spécialisation et les sous-sections comme les rapporteurs, usés par les tâches répétitives, commencent à ne plus pouvoir juger mais à « faire de l'abattage » ; trop peu de spécialisation et les membres, obligés d'apprendre à chaque fois un nouveau canton du droit administratif, ralentissent leur cadences et font perdre du temps aux requérants qui s'impatientent et téléphonent sans répit aux secrétariats des sous-sections qui pratiquent une sorte de soutien psychologique informel venant compenser par un peu d'oral la dure discipline de l'écrit. « Qu'arrive-t-il à ma requête ? » Patience, elle est maintenant mûre pour être travaillée, non plus par un employé, par un technicien, par un greffier, par un huissier, par une secrétaire, mais par un juge.

Un fragile pont de textes

Pourquoi parler de tous ces détails sordides, comme si l'ethnographe avait la myopie d'une souris papivore ? Parce que pas une seconde, en suivant la lente fabrication d'un dossier, nous ne quittons les fondements intellectuels et cognitifs du droit. Si l'observateur est myope, le droit est procédurier : œil pour œil, dent pour dent… En suivant obstinément nos chemises cartonnées, en remarquant comment elles se chargent, se plissent et se nourrissent, en notant les placards, bureaux, couloirs, caves, fauteuils ou chaises sur lesquels on les fait vieillir, nous repérons les différents métiers du Conseil. Cette fois-ci, pour la première fois la plainte

13 Cette prime de rendement est modulée en fonction du rendement effectif des conseillers et peut représenter jusqu'à 30 % du traitement de base. Qu'on ne s'étonne pas de voir des personnages aussi considérables être payés à la pièce comme la plupart des ouvriers spécialisés ne le sont plus. « Nous sommes les derniers travailleurs aux pièces », dit une conseillère (entretien 19-4-96), bien que le travail, parfois ennuyeux et souvent répétitif, ne puisse se comparer à celui des ouvriers rétribués au rendement…

Figure 2-7

Crédit : B.L.

est entendue par un juge, ou plutôt les pièces contradictoires vont être lues par un rapporteur dans le silence de son cabinet, le plus souvent discutées dans le capharnaüm feutré des salles du Conseil. Nous voici en effet arrivés devant le *poste de travail* des conseillers d'État dont l'aspect ne va pas manquer de nous surprendre (voir figure 2-7). Pour comprendre l'originalité de cette institution, il suffit de considérer ces grandes salles où des personnages tous égaux en droit bien que d'âges différents disparaissent en commun derrière d'immenses piles de dossiers aux prises avec les innombrables difficultés de l'intertextualité. Fort démocratiquement, les membres sont tous installés dans des salles sans partition[14], anciens salons, salle à manger et salles de bal, le Conseil se trouvant, par

14 Sauf pour les présidents de sous-section et les commissaires du gouvernement qui disposent de bureaux, bizarrement situés, l'un derrière un placard, l'autre sous un comble, le troisième au détour d'un escalier dérobé.

pénurie de locaux, en avance de plusieurs décennies sur l'aménagement paysager des grandes firmes qui cherchent à favoriser le « re-engineering », la « synergie » et la « mobilité » de leurs cadres supérieurs. Le travail, à partir de maintenant, est à la fois totalement solitaire et totalement collégial, sans aucune marque de hiérarchie, les plus jeunes et les plus chenus se trouvant dotés exactement des mêmes ressources. Vingt fois par jour, on peut se lever, une pièce à la main, pour demander à tel ou tel collègue qui planche à côté ou qui fume à la bibliothèque (au désespoir du conservateur) son avis sur la façon de résoudre telle difficulté ou de ciseler telle formule.

À première vue, le poste de travail donne une assez grande impression de misère si l'on songe que l'on trouve ici rassemblée la crème de l'ENA : pas de secrétaire particulière, pas d'assistant, pas de stagiaire (on voit des ministres apprendre à taper à l'ordinateur, des préfets découvrir les joies du bâton de colle UHU, d'anciens députés faire leurs photocopies avant de les découper au ciseau pour procéder à un périlleux montage digne d'une épigraphe reconstruisant le texte des manuscrits de la mer Morte) ; d'un autre côté, les conditions de travail sont plus luxueuses que dans la plupart des laboratoires ou des industries puisque, à tout moment, on peut piocher pour se sortir d'affaire dans cet immense troupeau de cerveaux, ces cinq mille homme-années de droit administratif et d'exercice de l'autorité[15] qui vivent là dans une sorte d'Académie ou de Prytanée — on ne s'étonnerait pas de les voir vêtus de toges, discutant gravement comme dans une fresque de Puvis de Chavannes… Par une fantaisie de l'architecture aussi bien que de l'histoire, ces grandes salles de travail collectif aux postes tous semblables, sans division des rôles, que l'on voit d'habitude servir de cadre aux tâches subalternes de l'administration — tri du courrier, caisse de sécurité sociale, recette des impôts —, servent ici à organiser les missions du premier corps de l'État[16].

C'est en ces lieux, sur ces bureaux, dans ces salles ornées, que les feuilles du dossier vont se trouver reliées, par le truchement du rapporteur, au vaste *corpus* des arrêts du Conseil et aux innombrables documents consignant les textes des lois, traités, décrets,

15 Voir les statistiques rassemblées au chapitre 3.

16 Sur la sociologie du travail administratif, pour une comparaison voir J.-M. Weller, *L'État au guichet* (1999).

arrêtés et règlements dont la compilation occupe toute la bibliothèque — le *Lebon* bien sûr, mais aussi tous les codes, et l'indispensable base ARIANE qui recueille sur informatique l'ensemble des arrêts du Conseil. Le rapporteur ne fait rien d'autre (mais c'est un exercice périlleux) qu'extraire de la pile embrouillée du dossier les moyens pour le relier à d'autres textes. Du point de vue de la méthode de suivi des actes graphiques qui est la nôtre pour ce chapitre, il établit la connexion, il fait le va-et-vient, entre deux types d'écrits : d'une part les documents *ad hoc* contradictoires, produits pour l'occasion et par l'occasion, mémoires et productions diverses et, d'autre part, des textes imprimés, autorisés, votés, reliés, soigneusement rangés dans les rayonnages de la bibliothèque.

La figure 2-7 permet de définir la tâche de façon encore plus matérielle : devant nous, les documents épars, raturés et soulignés, tout pleins encore des plaintes et du bouillonnement des oppositions et, de l'autre côté, les textes fichés, établis, admis, référencés, assurés ; les premiers sont épars, posés *à plat* sous chemise jaune ; les autres reliés, rangés *verticalement*, sous couverture de moleskine ou de cuir. Tout le travail consiste à établir la relation entre les deux ensembles d'écrits. Le conseiller doit trancher (mais que veut dire « trancher » ?) en reliant les premiers (mais comment ?) aux seconds. Entre ces deux corpus, un pullulement de photocopies, de brouillons, d'essais, de copies de code, qui permettent de superposer visuellement (mais par quelle opération de reconnaissance ?) les documents pris dans l'un des tas et ceux pris dans l'autre.

On pourrait dire que le rapporteur dresse ainsi une passerelle de textes, aussi fragile qu'un pont de lianes jeté au-dessus d'un abîme, entre ces deux types de feuillets : ceux dont les parties ont nourri le dossier, ceux qui sont archivés dans la bibliothèque et les jurisclasseurs. Ce petit pont s'appelle, nous le savons, une *note*, à laquelle le rapporteur ajoute, avant de rendre son dossier au secrétariat, les *visas*, éléments essentiels, objets d'un scrupule incessant, d'une vigilance d'autant plus grande que l'austérité de l'exercice défie souvent l'attention la plus acérée[17]. Les visas, comme le nom l'indique, signalent la totalité des textes auxquels s'accroche très littéralement le projet ainsi que les documents qui ont

17 Apparemment, on peut viser un principe général du droit par définition non écrit comme on le ferait d'un texte. G. BRAIBANT le signale dans un passage de *Le Droit administratif français* (1992), p. 222. Cela prouve que l'expression « viser » ne suit pas exactement la seule matière textuelle.

servi, de l'autre côté, à inclure la requête dans le réseau des textes de droit. En lisant les visas, le lecteur de l'arrêt possède donc les deux extrémités de la passerelle, les deux points d'ancrage, comme on peut le voir par cet arrêt de Section que nous allons prendre quelque temps pour exemple :

> Vu la requête et les mémoires complémentaires, enregistrés au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État les 24 mars, 12 juillet 1993 et 25 juin 1996, présentés par Mme Dominique PARREL demeurant (...) ; Mme PARREL demande que le Conseil d'État annule :
>
> 1°) le jugement en date du 19 janvier 1993 par lequel le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a rejeté sa demande tendant à la rectification pour erreur matérielle du jugement de ce même tribunal en date du 20 octobre 1992 ;
>
> 2°) le dit jugement en date du 20 octobre 1992 rejetant sa demande tendant à l'annulation de la décision du préfet de la Haute-Loire lui refusant le bénéfice du supplément familial de traitement ;
>
> Vu les autres pièces du dossier ;
>
> Vu la loi n°63-809 du 6 août 1963 pour l'amélioration de la production et de la structure foncière des forêts françaises ;
>
> Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;
>
> Vu l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n°53-984 du 30 septembre 1953 et la loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Loi, Code, ordonnance, à une extrémité ; requête, mémoire, jugements attaqués, pièces du dossier à l'autre. Reste à dresser entre ces deux points d'ancrage ce que l'on appelle en pontonnerie le tablier et que l'on désigne ici du nom de *dispositif* : une sorte de plancher de considérants emboîtés les uns dans les autres jusqu'au dénouement, c'est-à-dire la décision proprement dite. Il faut prendre très littéralement le terme de « dispositif ». On a disposé par un travail de tissage, que nous allons devoir suivre dans les chapitres suivants, les deux types de littérature, qui sont comme la trame et la chaîne, l'une fournissant les éléments venant de l'affaire — tout ce qui « ressort du dossier », les quelques termes, arguments, écrits qui demeurent de la plainte plus ou moins inarticulée d'autrefois —, l'autre fournissant les éléments de texte, articles de loi, de code, qui permettent à la fin de décider, de disposer de la requête : rejet ou annulation. La note ayant eu pour but, par une prose devenue beaucoup plus technique, de forcer les

FACULDADE DE CIENCIAS E LETRAS-UNESP-CAr 85125

premiers et les seconds à s'imbriquer les uns dans les autres[18]. Les *moyens* occupent exactement la position intermédiaire, d'où peut-être leur nom, car pour moitié ils appartiennent à l'affaire ayant déclenché la requête et pour moitié ils ont revêtu la robe du droit employant les mêmes mots que l'un des textes publiés. L'articulation progressive de l'affaire, depuis le bureau de l'avocat jusqu'à l'affichage du jugement, consiste à faire parler le cas comme un texte, en n'ayant plus que des moyens, de mieux en mieux regroupés, de plus en plus juridiques.

On voit bien cette progression du dispositif si nous continuons à lire le même projet : le premier considérant rappelle encore des éléments du dossier, certes nettoyés et stylisés mais toujours présents, le second rapporte à ces faits épurés un texte de code cité *in extenso*.

> Considérant que Mme PARREL a demandé par lettre au président du tribunal administratif de Clermont-Ferrand que soit corrigé, sur le fondement de l'article R.205 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 20 octobre 1992 rejetant sa demande dirigée contre une décision du préfet de la Haute-Loire lui refusant le bénéfice du supplément familial de traitement au motif que cette allocation ne pouvait être cumulée au sein d'un couple d'agents de la fonction publique ;
>
> Considérant que l'article R.205 du code des TA et des cours administratives d'appel dispose que « lorsque le président du tribunal administratif constate que la minute d'un jugement ou d'une ordonnance est entachée d'une erreur ou d'une omission matérielle, il peut y apporter, par ordonnance rendue dans le délai de deux mois à compter de la lecture de ce jugement ou de cette ordonnance, les corrections que la raison commande. La notification de l'ordonnance rectificative rouvre le délai d'appel contre le jugement ou l'ordonnance ainsi corrigée » ;

18 Rappelons que la note est lue oralement en séance d'instruction mais qu'elle disparaît ensuite. En fait, elle sert de base indispensable aux conclusions des commissaires du gouvernement qui s'en servent pour rédiger leurs propres conclusions. Ce qui ne va pas parfois sans quelque aigreur des rapporteurs qui voient leur travail approprié par d'autres. En cherchant à justifier l'existence hybride du commissaire du gouvernement, Massot et Girardot écrivent : « À cet égard, le commissaire apparaît comme un dédoublement fonctionnel du rapporteur », J. Massot et T. Girardot, *Le Conseil d'État* (1999), p. 169.

Reste maintenant la pointe du dispositif, ce qui en fait la puissance, ce qui entraîne la décision, le dénouement. À force d'avoir intriqué des éléments de la requête dans des textes, d'avoir tissé les moyens en les rapprochant de plus en plus des lois et décrets, le pont est maintenant établi et, pour filer la métaphore, quelque chose va maintenant pouvoir *passer* d'un côté à l'autre, soit dans un sens, et c'est l'annulation, soit dans l'autre, et c'est le rejet. La tâche de l'ethnographe consiste à capturer ce qui passe ainsi d'un texte à l'autre, comme un écureuil sautant de branche en branche. Ou bien en effet la requête est autorisée à cheminer pour aller rompre l'un de ces textes — arrêtés, décisions, règlements, décrets — qui forment l'immense nappe des imprimés, c'est l'annulation ; ou bien, à l'inverse, il y a quelque chose dans ces textes imprimés qui a tellement de force qu'il se transporte d'un côté vers l'autre et vient bloquer définitivement la progression de la requête, c'est le rejet. Au lieu de prospérer, les moyens sont non fondés[19]. Dans notre exemple, le Conseil frappe des deux côtés, il annule le jugement du tribunal administratif comme le demandait la requérante, mais il frappe celle-ci d'un argument indiscutable : « il y a tardiveté ».

> Considérant que les dispositions précitées ont pour effet d'attribuer au président du tribunal administratif un pouvoir propre de correction du jugement ; que, lorsqu'il lui est demandé de faire usage d'un tel pouvoir, il ne lui appartient pas de prendre une décision juridictionnelle pour écarter une telle demande, **qui n'a pas le caractère d'une requête** ; qu'il en résulte d'une part, qu'en statuant pour écarter la demande de Mme PARREL, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a excédé les limites de sa compétence et que son jugement en date du 19 janvier 1993 doit, par suite, être annulé et, d'autre part, que la demande présentée par Mme PARREL n'a pu prolonger le délai d'appel contre le jugement du 20 octobre 1992 ;
>
> Considérant qu'**il ressort des pièces du dossier** que Mme PARREL a reçu notification du jugement attaqué du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, en date du 20 octobre 1992, le 10 novembre 1992 ; que sa requête n'a été **enregistrée** au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État que le 24 mars 1993 ; que dès lors, sa requête a été présentée tardivement et n'est, par suite, pas recevable[20] ;

19 À ne pas confondre avec des moyens *inopérants*, lesquels peuvent être fondés et vrais, mais sans incidence sur la requête.

20 Il ne suffit pas de constater la tardiveté en s'apercevant que du 20 octobre au 24 mars il y a plus de deux mois, encore faut-il expliquer pourquoi la requête de

DÉCIDE :

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 19 janvier est annulé.

Article 2 : Le surplus de conclusion de la requête de Mme PARREL est rejeté.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à Mme Dominique PARREL et au ministère de l'Intérieur.

Le rapporteur a fait son office. Il a noué la requête avec les textes et proposé, par ce rapprochement, un dénouement possible. Le pouvoir de lier et de délier que l'on attribue souvent au droit n'aurait aucune espèce de sens sans ce travail de rapprochement, puis de tissage, puis de fusion, enfin de déflagration : la puissance d'un moyen brisant un texte imprimé ou, à l'inverse, un texte ayant assez de force pour dresser devant le moyen un obstacle insurmontable — comme ici la tardiveté. De même que l'on ne comprend rien à la science si l'on dresse de loin des mots en face des choses, de même on ne comprend rien au droit si l'on cherche à passer directement, sans cette modeste accumulation de papiers d'origines diverses, de la norme aux faits de l'espèce[21]. L'ethnographe ne fait d'ailleurs ici que rappeler, par la photographie et le *ralenti* d'une description vue de l'extérieur, ce que l'on trouve dans tout manuel de procédure administratif. *Procéder pas à pas*, c'est le droit même. Le pouvoir du droit, comme celui d'une chaîne, est exactement aussi fort que son plus petit maillon et l'on ne saurait détecter celui-ci qu'en le parcourant maillon après maillon sans en omettre un seul.

Mme Parrel n'a pas fait « courir les délais » : parce que, justement, ce n'était pas une requête. Les deux décisions d'annulation et de rejet sont donc liées, chinoiserie qui a justifié le passage de cette affaire apparemment de peu d'intérêt pratique (sauf pour la requérante) en Section. « Ces dispositions, lit-on dans les analyses de jurisprudence, ayant pour effet d'attribuer au président du TA un pouvoir propre de correction du jugement, il ne lui appartient pas, lorsqu'il lui est demandé de faire usage d'un tel pouvoir, de prendre une décision juridictionnelle pour écarter une telle demande, qui n'a pas le caractère d'une requête. » Le juge a donc le droit d'user de son pouvoir pour rectifier l'erreur en faisant usage de sa raison, mais il n'a pas celui de mettre le droit en marche.

21 Le lecteur familier de W. JAMES, *Pragmatism* (1907 [1975]), aura peut-être compris que nous essayons dans ce chapitre un type de « déambulation » qui reprend un mode de description utilisé pour suivre les médiations propres à la référence savante ; B. LATOUR, S. WOOLGAR, *La Vie de laboratoire* (1988), B. LATOUR, *L'Espoir de Pandore* (2001). Voir le chapitre 5.

S'il était vrai que le travail du droit consiste à qualifier un événement par une règle de droit, la tâche serait accomplie[22]. Or elle ne fait que commencer. Rien ne prouve en effet que le rapporteur ait raison. Son projet n'est justement qu'un *projet*, pas encore un arrêt ; quand il rapporte au secrétariat de la sous-section le dossier, enrichi de la note et du dispositif, il sait que l'affaire n'est pas close. Selon la difficulté, le dossier va maintenant mûrir plus ou moins longtemps sur sa claie, les affaires en sous-section jugeant seule prenant évidemment moins de temps que les affaires de Section ou d'Assemblée soigneusement revues par le président du Contentieux. Ce personnage considérable, en contact continuel avec les présidents de sous-section, tisse, en dehors des séances, un réseau informel d'avis et de suggestions, de conseils et de coups de pouce, accélérant ou ralentissant un dossier en fonction de son caractère plus ou moins épineux. Le rapporteur n'ayant fait que proposer une qualification, il reste l'opération essentielle : l'éprouver en *hésitant collectivement à son propos*, ce qui ne peut se faire qu'en tirant de toutes les manières possibles sur les différents éléments du dispositif afin de faire émerger d'autres connexions entre d'autres aspects du dossier et d'autres textes. C'est le rôle des séances d'instruction avec lesquelles nous avons déjà fait connaissance et dans lesquelles il est temps de nous replonger[23]. Le lecteur nous pardonnera peut-être de lui imposer ce pensum, s'il se rappelle que cette lenteur, cette lourdeur, ces hésitations continuelles, forment précisément la matière première du juste, de ce qui le protégera peut-être, lui ou ses proches, quand il devra se battre, un jour, hélas, contre le plus froid des monstres froids.

L'effeuillage d'un dossier

Une fois que le rôle de ses séances est prêt, le président de sous-section va confier le dossier, quelques jours auparavant, à un réviseur qui va reprendre tout le dossier en éprouvant le tramage effectué par le rapporteur et en augmentant ainsi progressivement la proportion relative de droit par rapport au fait. On lui demandera

22 Sur l'importance de ce terme si problématique de « qualification », voir O. Cayla, *La Qualification* (1993).

23 La reprise, en judiciaire, de l'ensemble des faits sous la conduite du juge à l'oral n'a pas d'autre but selon A. Garapon, *Bien juger* (1997), p. 63.

en particulier de reprendre oralement le chapelet des moyens pour les éprouver une fois encore en les rapprochant autant que possible des textes réglementaires. C'est au cours de la séance d'instruction, nous le savons, que le commissaire du gouvernement prend connaissance du dossier. Quelques semaines plus tard, après avoir rédigé ses conclusions, il l'inscrira au rôle de l'une ou l'autre des audiences publiques. La manipulation collective du dossier est essentielle à cette alchimie complexe par laquelle les morceaux de faits incessamment triturés, feuilletés, repris, oubliés, redécouverts, se trouvent enfin collés, agrafés, juxtaposés à des éléments de texte. En effet, le dossier a une propriété capitale bien connue des ergonomes et des anthropologues de la cognition : tout y est à la fois présent et celé[24]. Les feuillets se couvrent l'un l'autre, si bien qu'en demeurant, comme on dit, « dans les limites du dossier », chacun peut dire à son propos des choses très différentes. La bonne métaphore pour comprendre ce travail n'est plus celle d'une passerelle, mais plutôt celle des lits fluidisés des grandes chaudières industrielles où une violente et continuelle agitation des matières combustibles permet seule d'obtenir une oxygénation assez complète. L'instruction collective — révision, discussion, conclusion, délibéré — assure qu'il n'y avait pas d'autre façon de traiter, de triturer, de concasser le dossier et qu'il a été mis en contact, grâce à cette agitation continuelle et ces violentes épreuves, avec tous les textes de droit auxquels ont pu penser les conseillers saisis successivement de cette affaire. La qualification ne signifie rien si elle n'a pas été collectivement éprouvée.

Pour nous rendre compte du travail quasi corporel de l'intertextualité, nécessaire à la fabrication matérielle du jugement et à l'engagement physique des juges dans l'affaire, suivons une séance d'instruction portant sur une autre cote en nous intéressant plus particulièrement à l'acte de consultation, d'effeuillage et de compulsation collective des feuillets, sans essayer de suivre tous les dédales de cette affaire de déclaration d'utilité publique (DUP) contestée et, d'ailleurs, passablement obscure.

---

24 C'est tout le problème de l'ergonomie cognitive, E. HUTCHINS, *Comment le cockpit se souvient de ses vitesses* (1994), L. SUCHMAN, *Plans and Situated Actions* (1987) et des sociologues de l'action intéressés par la compréhension de la familiarité, L. THÉVENOT, *Essai sur les objets usuels* (1993).

Le rapporteur Bruyère[25] lit la note à propos de la commune de Valjoli, une affaire de tout-à-l'égout, problème de déclaration d'utilité publique de travaux provisoires, après annulation de la DUP ; il se trouve que le tribunal administratif de Versailles a annulé l'arrêté préfectoral *ultra petita* ; le ministère fait appel ;

> Un tribunal peut errer en jugeant trop large (*ultra petita*) ou trop court (*infra petita*) ; il a pris prétexte d'une DUP annulée, pour annuler par voie de conséquence d'autres arrêtés qui, d'après le ministère, sont parfaitement légaux ; d'où la requête en appel du ministère contre le jugement du tribunal administratif ;

Le président (pendant la lecture de la note) : **Passez-moi le dossier** je vais trouver le plan, comme cela je ne vous dérange plus, ce n'est pas agréable quand on lit une note ;

> Le président fouille dans le dossier et déplie la carte qui va jouer un rôle essentiel dans la discussion, puisqu'on y voit nettement les parcelles empiétées par la DUP alors que les requérants prétendaient que la liste précise des parcelles n'était pas annexée à l'arrêté du préfet ; la question est donc de savoir ce que peut signifier « être ou ne pas être annexé » au dossier ;

(Puis, jouant ce jour-là le rôle de réviseur :) Bruyère a fait un excellent travail ; le tribunal administratif a annulé par voie de conséquence ; il s'est trouvé **mal à l'aise** car il y a une jurisprudence sur l'indépendance des législations et comme il avait annulé la DUP il a cru qu'il fallait lier et annuler les mesures provisoires d'accès ; il faut **faire un effort** d'abord sur la compétence du Conseil d'État[26] ;

> « Faire un excellent travail », pour un rapporteur, consiste à extraire les moyens à partir d'un dossier confus et accélérer ainsi le travail de la sous-section. L'expression capitale « faire un effort », constamment répétée dans les séances, marque le petit coup de pouce à donner pour qu'un moyen soit acceptable ou pas, c'est-à-dire pour faire rentrer un élément tortueux du monde extérieur à l'intérieur de l'une ou l'autre des possibilités offertes par les textes ; ici, le Conseil d'État aurait pu se reconnaître incompétent ;

---

25 Pour éviter au lecteur, bombardé de noms trop nombreux, le symptôme des romans russes, j'ai maintenu les mêmes pseudonymes pour des personnages qui correspondent en fait à plusieurs personnes.

26 Rappelons encore une fois qu'il ne s'agit pas de transcription mais de minutes — correspondant de plus à plusieurs affaires différentes — ; il manque donc l'impeccable français, le sens des formules, l'urbanité polie sous laquelle perce l'ironie parfois mordante : le lecteur n'a malheureusement sous les yeux que le squelette des échanges.

(…) le **contexte jurisprudentiel** est intéressant ; il y a en 1892 la loi sur l'occupation temporaire [pendant le temps des travaux] qui n'est pas une servitude mais une prérogative de puissance publique ; donc ce que la jurisprudence regarde de très près c'est « y a-t-il ou non travaux publics », elle ne regarde pas s'il y a DUP ou non ; et les mentions de l'article N. sont obligatoires sous peine de nullité ; **la jurisprudence est énorme** ; il faut que l'on sache de quelle parcelle il s'agit **très précisément** ; c'est un contentieux de pleine juridiction[27] (il cite une masse d'arrêts) ; il existe une jurisprudence abondante sur l'indépendance des législations, les moyens sont inopérants dans beaucoup de situations ; tout cela est **dans la note** et les **documents joints** ;

> Le mot « contexte », notons-le, a ici son sens étymologique de « cotextes » : le président brosse à grands traits le paysage intertextuel en matérialisant l'abondance de la jurisprudence, en pointant les documents joints à la note, les « fascicules jaunes », dont certains ont été procurés par le Service de documentation, chargé, à la demande du réviseur, de photocopier tous les textes de lois ou les arrêts précédents du Conseil d'État ; la photocopie joue un rôle essentiel dans le feuilletage des dossiers dans la mesure où elle permet de rapprocher encore davantage les textes et les pièces en les formatant à des tailles idoines ; elle permet ainsi de mieux saisir synoptiquement leurs ressemblances ;

Passons aux moyens de fond des parties, car le tribunal administratif s'est trompé ; nous avons l'autre jour, pendant les précédentes séances d'instruction, annulé les jugements annulant la DUP, du coup **elles revivent** ; et du coup la décision du tribunal administratif qui disait « j'ai annulé la DUP, j'annule cet arrêté-là » ne vaut plus rien ! donc nous avons annulé l'annulation et nous pouvons faire une économie d'argument par un « **en tout état de cause** » ;

> On mesure souvent le rapprochement de plus en plus important entre les textes et les pièces du dossier par la multiplication, à l'oral, de formules écrites, comme si les membres citaient déjà des considérants qu'ils sont en train de rédiger mentalement[28] ; le langage formulaïque, comme les photocopies, comme les citations, témoigne

27 On touche ici au droit de propriété, le Conseil exerce donc un contrôle encore plus complet sur les décisions de l'État que l'entier contrôle puisqu'il vérifie par une théorie du bilan qu'il y a bien balance entre l'intérêt général et le trouble imposé aux propriétaires. Sur la notion de contrôle, voir le chapitre 1.

28 On peut lire dans le jugement final : « l'appel contre le jugement annulant l'arrêté […] est en *tout état de cause* inopérant dès lors que la légalité de cet arrêté doit s'apprécier à la date à laquelle il a été pris ».

du degré de fusion entre les deux types d'écrit ; les conseillers finissent par parler comme des livres, ou du moins comme le *Lebon* ;

On a fait revivre la DUP ; nous devons donc examiner les moyens des requérants ; il y a l'argument tiré de la méconnaissance de l'article 3 de la loi de 1892 faute de mention des parcelles concernées ; le rapporteur veut annuler ; **j'hésite**, je n'annulerais pas ; **on a bien référence** à des plans dans l'article 1 de l'arrêté, les parcelles sont bien définies ;

Le réviseur pointe avec l'index les documents déployés sur la table devant nous ; le rapporteur avait conclu que les parcelles n'étaient pas là et qu'il fallait donc annuler un arrêté manifestement illégal au regard de l'article 3 de la loi de 1892 ; du même dossier, on peut tirer soit la présence soit l'absence des parcelles annexées à l'arrêté du préfet ; toute la séance va se dérouler dans cette incertitude ; sans cette hésitation commentée en temps réel et éprouvée en commun, il n'y aurait ni jugement, ni justice ;

Je trouve qu'annuler pour cela c'est être un peu **formaliste** ;

Bruyère (grand geste de la main) [l'air de dire « ah bon, si l'on veut, **je n'en ai rien à faire** »] ;

Le président : Oui, oui, je sais **c'est discutable** je reconnais ;

Trois réactions aussi fugitives que passionnantes : la première rappelle la différence entre formel et formaliste ; on est bien dans la forme puisqu'il s'agit de savoir si oui ou non l'article 3 de la loi s'applique à ce cas de DUP, mais on doit éviter le formalisme qui censurerait l'administration pour une erreur sans importance ; ensuite, le rapporteur marque par un geste cet état complet d'indifférence qui témoigne du désintéressement dans lequel il se trouve alors même que l'on conteste sa note et son projet (voir le chapitre 5) ; enfin, le président réitère d'un geste d'apaisement la nécessité et même l'obligation de l'hésitation et de la discussion qui permettent d'assurer, d'après lui, la qualité du jugement ;

Sur les pistes de raccordement, je suis d'accord avec le rapporteur, on **ne les voit pas** sur les plans ; mais **il n'y a pas un mot sur ce moyen dans les mémoires** ; nous irions inventer un moyen alors qu'il n'est pas présenté ? !

Rappel du principe du contradictoire : le juge arbitre entre les moyens présentés par les parties ; le rapporteur a vu le moyen (le plan n'indique pas clairement les voies de raccordement qui empiètent sur les parcelles), mais ce moyen-là n'est pas soulevé par les parties, ce que le réviseur a vérifié en s'assurant que les mémoires n'ont pas « un mot » là-dessus ; la dernière phrase est interrogative car il y a toujours, on vient de le voir, la possibilité de « faire un effort » et de

faire apparaître un moyen si cela est vraiment important pour éviter « le formalisme » ;

Ils ont demandé l'annulation par voie de conséquence, on **n'a pas à le leur donner** ; c'est **discutable**, je suis pour ne pas annuler, il n'y a pas de scandale ; bon ensuite il y a le moyen de M. Dumoulin, il n'a pas d'intérêt pour agir, bon, on peut en discuter, c'est surtout je crois qu'il **en dit très peu** ; la jurisprudence exige que ce soit « clos de mur » et je suis **incapable de vous dire** s'il y a mur ou pas ; cela tient **en deux lignes**, on ne peut pas accueillir un tel moyen ; moi je n'hésite pas à rejeter le moyen…

Le commissaire du gouvernement : Qu'est-ce que dit l'administration, on n'a pas fait **d'instruction** supplémentaire ?

Le président : Ça a été communiqué, le ministère de l'Environnement a répondu **en quatre pages** ; l'administration a répondu ; (compulsant le dossier) non, en gros, elle n'a pas répondu, on pourrait annuler en disant l'administration **ne répond pas**, le moyen est soulevé, on annule, mais je ne suis pas d'accord ; les moyens n'ont pas **le même poids** ;

Bruyère : Je me demande **s'il n'y a pas** dans le dossier une publicité où l'on dit « c'est clos de mur » [il fouille dans l'énorme pile] ;

Le président : Oui c'est possible, mais il n'y en a **pas assez** dans le dossier ; on peut aller chercher dans les placards, les photos, mais j'avoue que **je n'ai pas regardé** ;

À partir de ce moment, le rapporteur fouille dans le dossier pour trouver s'il existe ou non une preuve que la parcelle était close de mur ; on voit qu'ici le moyen est soulevé explicitement, mais pas avec assez de force ou de clarté (« en deux lignes ») ; rien d'automatique dans l'expression d'un moyen même accompagné de pièces jointes que l'on peut ou non ne pas regarder attentivement ; c'est tout le problème du dossier dont l'épaisseur même rend difficile de distinguer physiquement ce qui s'y trouve, d'autant que dans ce cas l'administration n'a pas produit en défense ;

Le commissaire du gouvernement : Je comprends votre attitude, ils nous lancent des moyens c'est à eux de **faire la preuve**, d'accord ; mais là ça peut être un moyen, on peut faire un supplément d'instruction ;

Comme toujours, si c'est vraiment un moyen, il faut que l'autre partie puisse répondre avant que le juge ne prenne position ; même en séance où ce va-et-vient doit normalement être terminé, le dossier peut très bien repartir au secrétariat pour un supplément d'instruction ;

Le président : Ah non, non, je ne propose pas cela ;

Le commissaire du gouvernement : Mais on ne peut pas annuler, on est au milieu du gué, je n'ai pas envie…

Le président : Si vous faites un supplément d'instruction, n'y comptez pas pour la séance du 19-1 ! (dit avec un petit rire ;)

Le commissaire du gouvernement : Oui (sur le même ton) ça me ferait hésiter !

Bascule dans l'humour et dans la question (clairement désignée comme non juridique) de la gestion du stock de dossiers à résorber et dans l'organisation interne du flux d'affaires[29] ; le traitement se déroule alors sur deux plans différents, celui des stocks à gérer et celui du contenu de la requête ; le commissaire du gouvernement marque bien l'ambiguïté de la situation en utilisant ironiquement le verbe hésiter (chargé des scrupules du droit) pour lui faire signifier un simple souci de gestion de sa charge de travail ;

Dorval (assesseur) : Ça paraît évident que le jugement du tribunal administratif est irrégulier, ce n'est pas ce que tu penses ?

Le président : Non, c'est un argument de plus, mais en fait c'était par voie de conséquence ; il était **gêné** (le tribunal administratif) par la jurisprudence ; il n'a pas le droit de faire cela normalement ; et il a **tourné** la chose autrement ;

On se replace maintenant dans la situation d'écriture des juges de première instance en s'efforçant de comprendre leurs motivations ; l'intertextualité s'étend jusqu'à la psychologie des auteurs de jugements ;

Dorval (lisant le jugement du tribunal administratif) : On peut avoir **une autre** interprétation !

Le Men (en ayant écouté la lecture par Dorval du jugement) : Le tribunal administratif soulève un autre moyen d'office mais ce n'est pas là-dessus qu'il décide, il « annule par voie de conséquence » ;

On passe de longues minutes à écouter la lecture des pièces du dossier, ici le jugement du tribunal administratif, pour reprendre les arguments, la séance d'instruction permettant justement de mêler les avantages de l'oral à ceux de l'écrit : la capacité à multiplier les interprétations, ce qui, à ce stade, est l'effet recherché ;

Bruyère : Mais vous annulez ?

Le président : Oui mais sur un autre **terrain**, nous avons annulé l'annulation de la DUP ;

---

29 Encore que de récentes décisions de la Cour européenne aient donné un sens juridique à cette question puisqu'un procès, pour être équitable, ne doit pas dépasser des délais raisonnables.

Bruyère (ironique) : La finesse de raisonnement du Conseil d'État m'étonnera toujours… je veux dire dans le bon sens !

Bien qu'il s'agisse de parcelles et d'enclos, le mot « terrain » ne signale pas ici la présence d'un domaine agricole mais celui d'un autre texte auquel on pourrait aussi rattacher les moyens ; on voit là tout l'avantage de la révision, puis de la discussion collective : non seulement les moyens sont présents ou non selon l'effort que l'on fait, mais ils peuvent se relier à tel ou tel texte en fonction du terrain choisi ; la légère ironie du rapporteur marque le léger vertige qui prend l'honnête homme (et aussi parfois l'ethnographe) devant la flexibilité des solutions que permettent ces deux sources d'incertitude ; flexibilité, hésitation, vertige, qualité de l'instruction, tout cela va ensemble [30] ;

Dorval : Bon sur le fond j'hésite, que dit la jurisprudence ?

Formule magique prononcée dans tout moment de trouble, après un silence plus ou moins prolongé ; le Conseil, nous le savons, a construit son propre droit, il faut donc, pour se sortir d'une difficulté, se rapporter à l'un ou l'autre des arrêts prononcés depuis deux cents ans par ce corps collectif ; pas d'autre solution que de compulser le dossier de documentation annexé à la note ou de se lever soi-même pour aller potasser le *Lebon* rangé dans l'armoire ;

Le président : On **peut hésiter**, si on ne précise pas les parcelles, c'est annulé ; et ensuite, **comme toujours**, il y a une jurisprudence qui nuance ; si on sait quand même où sont les parcelles, ça marche ; on se situe au milieu, est-ce qu'en l'espèce **c'est assez précis** ?

Bruyère (lit l'article de la loi de 92 concernant l'occupation temporaire[31]) : Or l'arrêté attaqué n'annonce rien, il renvoie à un autre arrêté où il y a des pièces annexes ; est-ce que ça veut dire qu'il a fait son travail ou non ? j'ai **retrouvé** de la jurisprudence [il lit], en 1967, bon, c'est déjà un peu lointain.

Le président : Oh la date ne fait rien, c'est très bien ; la jurisprudence s'est surtout attachée à dire si les parcelles sont connues, or là on **les a** !

Bruyère : Oui mais ailleurs !!

Le président : Oui, c'est là où il faut **faire un effort** ; on les **a là mais ailleurs**, l'arrêté les nomme (ces pièces) **quand même** ;

---

30 D'autant qu'il y a une différence entre faire valoir et faire preuve. Faire valoir consiste seulement à mettre en lumière quelque chose qui est présent, mais encore invisible. Faire preuve rend indiscutable la présence. Par exemple à propos d'une reconduite à la frontière : « M. Z a *fait valoir* qu'il avait deux enfants et une concubine, mais il n'a pas apporté *de preuves* de cette paternité, donc rejet. » E. LANDOWSKI, « Vérité et vérédiction en droit » (1988).

Toujours la question de savoir si le plan des parcelles est présent dans l'arrêté du préfet ou non, alors que physiquement il n'y est pas ; en fonction de la pression exercée par la jurisprudence on va éprouver toute la gradation entre présence indiscutable et absence indiscutable ; les plans peuvent, par exemple, être absents mais nommés ; notons l'ironie du « comme toujours » du président signalant l'ambiguïté d'une jurisprudence très claire mais parfois obscure et encombrée ; notons également le classement du flot de jurisprudence en fonction de la date, les arrêts pouvant soit s'abîmer en vieillissant, soit au contraire se bonifier comme les grands vins ;

Le Men : C'est le **seul point délicat**, il y a le problème des voies d'accès, il n'est pas soulevé, on ne peut pas l'inventer ; ensuite clos de mur, le préfet dit « ce n'est pas clos de mur » (en lisant le dossier) ;

Le président : Tu as **vu** cela ? où ? alors oui **en effet** ;

Le deuxième assesseur, pendant que la discussion continuait, est tombé, en compulsant le dossier, sur une preuve qui ferme la discussion sur un des points précédents (le domaine de M. Dumoulin n'est pas clos de mur) ;

Le Men : Je suis d'accord pour faire un effort, **il faut juger**, il faut préciser l'arrêt N, **ce n'est pas jugé, ni dans un sens ni dans l'autre** ;

Le deuxième assesseur fait soudain basculer la discussion vers une autre tâche du Conseil : non plus appliquer le droit mais le modifier par un arrêt ; s'ils hésitent aujourd'hui pour décider ce que la loi de 1892 veut dire par « annexés à l'arrêté », c'est parce que le droit, ce droit administratif qu'ils ont eux-mêmes secrété au cours des âges, n'a jamais jugé « ni dans un sens ni dans l'autre » ; la question n'est donc plus de qualifier un fait en faisant référence à un étalon, mais de modifier l'étalon ; le vertige de l'ethnographe s'accroît d'autant ;

Dorval (en lisant l'arrêté du préfet) : Il est moins ferme que ne dit M. Bruyère, je **m'excuse** ; or là en l'espèce, il n'y a rien ;

Au cours de la discussion, l'assesseur aura donc relu à peu près toutes les pièces importantes du dossier, se refaisant une opinion et s'autorisant de nouveau à entrer en désaccord avec le rapporteur ;

Le commissaire du gouvernement : De toute façon les plans sont **énormes**, ils sont à la préfecture, on ne **peut pas** les transporter,

31 Alinéas 2 et 3 de l'article 3 de la loi du 29 décembre 1892 : « Cet arrêté indique d'une façon précise les travaux à raison desquels l'occupation est ordonnée, les surfaces sur lesquelles elle doit porter, la nature et la durée de l'occupation et la voie d'accès. Un plan parcellaire désignant par une *teinte* les terrains à occuper est *annexé* à l'arrêté, à moins que l'occupation n'ait pour but exclusif le ramassage des matériaux. »

donc cela ne change rien à l'accès (qu'on formule d'une façon ou d'une autre) ;

Retour sur la matérialité du dossier : il ne sert à rien de se plaindre que l'arrêté du préfet n'ait pas le plan des parcelles en annexe puisque ces plans sont impossibles à déplacer ;

Le président : Il **faut juger**, la question à juger est la question de savoir si l'annexion d'un plan peut être faite **par connexité** ; c'est la **seule question** ; ça, ça **se vote.**

Voilà, la discussion est arrivée à sa fin naturelle : on connaît maintenant le point de droit à trancher. On peut passer à l'affaire suivante. Le président a suivi le deuxième assesseur : la discussion a porté ses fruits, on ne parle maintenant plus que le langage du droit ; un plan peut être présent en annexe sans l'être vraiment physiquement, par simple connexité, fiction juridique, intermédiaire original entre l'absence et la présence, catégorie ontologique nouvelle, qui permet de réconcilier la lourdeur physique des plans actuels avec la loi de 1892 et ses exigences. Les affreuses complications de l'affaire se résument maintenant à « une seule question », assez pertinente, assez fine dans le langage du Conseil, pour faire l'objet d'un vote dans le cadre de la séance d'instruction et, chose plus importante, au cours du délibéré qui va suivre. On a basculé de la plus extrême incertitude au soulagement et à la décision ; la lumière s'est faite : « ça se vote », « ça se juge ».

Si nous pouvions comprendre par quelle alchimie on passe, au cours de la séance, de la multitude des détails rappelés dans la note du rapporteur, encore présents dans le dossier que les assesseurs compulsent obsessivement, à la question de droit qui concentre enfin l'attention, suscite l'intérêt et se présente aux yeux de tous comme quelque chose de votable, c'est-à-dire de décidable, nous aurions compris une grande partie du travail du droit, de sa forme si particulière de véridiction. Il y a de la chimie dans cette alchimie, comme celle qui permet aux récepteurs cellulaires, du fait de leur intrication, de multiplier les chances d'interaction avec leurs catalystes. La discussion a porté ses fruits, le travail collectif a payé, la combustion complète a eu lieu, on sait maintenant très exactement quels moyens sont soulevés, quels sont ceux qui vont prospérer, quel terrain il faut choisir pour y répondre et quelle question nouvelle, grâce à cette affaire dont les détails pratiques sont déjà presque oubliés (« on travaille pour la jurisprudence », dira d'ailleurs le rapporteur d'un geste blasé), on va pouvoir juger.

Le dossier peut maintenant être inscrit au *rôle* et être soumis aux feux des conclusions du commissaire du gouvernement, puis aux scrupules supplémentaires d'une autre sous-section exprimés au cours du délibéré.

Pour préparer cette audience, les autres membres ne reçoivent pas tout le dossier — dont ils ne prendront connaissance qu'oralement en écoutant les conclusions du commissaire — mais seulement, lorsque l'affaire remonte jusqu'à l'Assemblée du Contentieux, une brève *fiche verte* débarrassée de toutes les scories matérielles de l'affaire. Ces fiches vertes sont comme le diamant extrait de la gangue, la pointe acérée justifiant à elle seule tout le travail antérieur, la seule raison pour laquelle on se rappellera plus tard du nom du dossier.

L'affaire Parrel, que nous avons suivie plus haut, se résumera à une seule ligne : « (...) dans le cas de l'article R.205 du code de

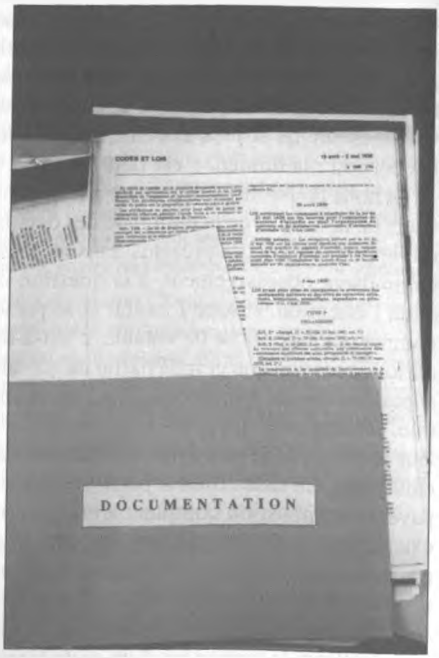


Figure 2-8

Crédit : B L

procédure une partie peut-elle saisir le juge afin qu'il procède à une rectification d'erreur matérielle ou le juge agit-il d'office ? » À l'occasion de la plainte, ce point qui n'était pas jugé le devient. Voici, par exemple, la fiche verte remise aux juges à propos d'une autre affaire de reconduite à la frontière. Tout un dossier d'une centaine de pages se trouve résumé de la façon suivante :

> L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la protection de la vie familiale peut faire obstacle à ce que l'administration refuse le séjour à un étranger qui entretient des liens familiaux étroits avec des personnes résidant en France.
>
> Le moyen tiré de la violation des stipulations de cet article demeure-t-il opérant à l'encontre d'un refus de titre de séjour, lorsque le titre en question n'est accessible qu'aux étrangers qui remplissent une condition spécifique (carte de séjour en qualité d'étudiant, certificat de résidence délivré aux commerçants algériens, etc.) et que l'administration refuse le titre parce que le demandeur ne remplit pas cette condition ?
>
> [Suit un bref dossier de Jurisprudence Section 10 avril (...) textes de lois ; photocopies des annexes article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 5b de la convention franco-algérienne ; ordonnance de 1945.]

Juger au Conseil, nous y reviendrons, n'est jamais seulement juger une affaire, mais toujours aussi *juger le droit* lui-même, en se servant de l'affaire pour le préciser, voire le modifier en cas de « revirement de jurisprudence ».

« On ouvre les portes ; les décisions sont lues », formule magique qui permet, au début d'une séance publique, de communiquer, au bas de l'escalier d'honneur, les décisions des affaires précédentes — lesquelles, malgré l'expression, ne sont jamais lues à haute voix. À partir de la fin du délibéré, le dossier a subi une transformation radicale. Le projet, s'il est admis par la formation de jugement, devient, après adjonction des visas, une *minute*, soigneusement relue et visée par le secrétaire de la sous-section, le rapporteur et, enfin, le président de la séance de jugement. Après quoi le jugement est passé au greffe et le dossier transmis au Service des notifications qui le « dépouille » soigneusement. Le logiciel SKIPPER, qui avait assuré la logistique du dossier jusqu'ici, est relayé par un autre logiciel, au nom tout aussi significatif de SILLAGE, pour assurer que la dactylographie du texte ne risque pas d'altérations supplémentaires, lesquelles, comme on l'a vu dans

l'affaire Parrel, pourraient, à leur tour, faire grief. Après avoir gonflé au-delà de toute mesure, voici que la chemise s'allège de tout le superflu. On ne garde que les mémoires. On renvoie les pièces annexes. On archive la cote d'abord à l'étage pour les deux années en cours, puis à la cave du Palais-Royal et enfin à Fontainebleau, aux Archives. Jusqu'à une date récente, le rapporteur récupérait sa note qui n'était pas archivée ; le commissaire du gouvernement, quant à lui, conserve ses conclusions qu'il est libre de publier ou non. Le requérant reçoit la notification de l'arrêt. L'affaire est close ; le dossier refermé[32].

Non, pas tout à fait, car la requête subit maintenant une transfiguration, voire une résurrection de la chair : si l'affaire n'est pas de pure routine, si elle a ébranlé, d'une façon ou d'une autre, l'immense toile d'araignée du droit administratif, le *texte* de l'arrêt se sépare du corps mortel du dossier et de la notification, pour devenir maintenant un élément de jurisprudence en allant enrichir le corpus des décisions du Conseil. De même qu'il y a pour les âmes l'enfer, le purgatoire et le paradis, il y a pour les arrêts le renvoi dans l'oubli total, l'accès à la catégorie B que l'on appelle aussi « les tables » (« cette décision sera *mentionnée* au recueil *Lebon* ») et enfin l'empyrée, la catégorie A (« cette décision sera *publiée* au recueil *Lebon* »)[33]. Les opérateurs de cette transmutation sont trois jeunes gens triés sur le volet, que l'on appelle les responsables du Service de documentation et qui ont la charge, depuis 1953, après avoir assisté en observateurs au délibéré, de classer les arrêts par ordre d'importance, en les rangeant par indexation dans un Plan de classement et en enchaînant par des abréviations qui permettent de former des chapelets de référence, selon

32 Fin pour les conseillers, juges de dernière instance, mais l'affaire continue pour les parties soumises à la décision de l'arrêt qui doivent maintenant passer à l'acte : rembourser des indemnités injustement perçues, réécrire un arrêté litigieux, republier de nouveaux décrets, démolir des immeubles construits à l'abri d'un Plan d'occupation des sols devenu illégal, etc. Longtemps indifférent à ces petits « détails d'application », le Conseil suit maintenant de plus près la réalisation des effets du droit.

33 La totalité des arrêts rentre de toute façon dans la base ARIANE, c'est en ce sens qu'une affaire, grâce à l'informatique, ne meurt jamais, mais seules les catégories A et B font l'objet d'une analyse de jurisprudence dans la même base. Les jeunes, habitués à l'informatique, sont d'ailleurs critiqués par leurs aînés, habitués du *Lebon* papier, pour le manque de discernement qu'ils font des éléments de jurisprudence qu'ils mettent tous sur le même plan comme si les affaires étaient toutes aplaties par le nivellement des bytes.

que les arrêts se confirment, s'épaulent, s'infirment, se contredisent ou s'interfèrent : *Cf.* pour à confirmer, *Rapp.* pour à rapprocher, *Comp.* pour à comparer, et les plus rares : *Ab. jur.* (renverse une ancienne jurisprudence) ou même *Inf.*, infirmation en appel ou en cassation d'une solution adoptée jusqu'ici. Sans le plan de classement, inlassablement entretenu par les chroniqueurs, aucun doute n'est possible : l'arrêt serait perdu à jamais. Si l'affaire de Mme Parrel montée jusqu'en Section conserve sa part d'éternité, c'est parce qu'on la trouve brièvement chroniquée dans l'une des catégories du plan sous la forme suivante (comme d'habitude nous reproduisons strictement le paratexte) :

> Parrel Analyse de jurisprudence
> Section 1996-07-26
> 146448
> A
> Mme Parrel
> M. Gentot, pdt.
> Mme. Touraine-Reveyrand, rapp.
> M. Sanson, c. du g.
> PROCEDURE
> POUVOIR ET DEVOIRS DU JUGE
> QUESTIONS GENERALES (...)
> 54-07-01, 54-08-01-01-03
> (...) Par suite, d'une part, un tribunal administratif statuant par jugement sur une demande tendant à obtenir, sur le fondement de l'article R.205, la correction d'une décision juridictionnelle excède les limites de sa compétence, et, d'autre part, la présentation d'une telle demande ne peut prolonger le délai d'appel contre la décision dont la correction est demandée.

Le jugement est devenu commentaire de lui-même. C'est par la main des chroniqueurs que s'établit, que se dresse, ce palais virtuel ajouté aux murs du Palais-Royal, ce *corpus* dans lequel le corps des conseillers d'État réside et qui n'a pas d'autre lieu d'établissement, d'autre instantiation, d'autre présence que ce corps lui-même, que ces postes de travail où, jour après jour, se tricotent les décisions, fil de chaîne et fil de trame, fil de fait et fil de loi, incorporation des textes mangés et mâchés par des corps, corps dédiés à des textes. Dorénavant, à moins qu'un autre chroniqueur,

Crédit : B.L.

Figure 2-9

dans cinq, dix ou cent ans d'ici, ne vienne ajouter un *Ab. jur.* à ce commentaire, chaque avocat, justiciable, juge, professeur de droit, étudiant préparant ses commentaires d'arrêt, pourra se référer à l'arrêt PARREL et en faire la même interprétation en tirant les mêmes conclusions de ce jugement devenu analyse. Bien involontairement, Mme Parrel a donné, sinon son corps à la science, du moins son nom et sa peine à une minuscule pierre du vaste édifice du droit administratif. Étrange palais que celui-là, ossuaire virtuel, colombarium gigantesque, dont chaque aspérité, chaque niche, chaque loge, chaque anfractuosité, porte le nom charmant ou désuet, acronyme inusité, patronyme étranger, d'une des parties à l'instance, comme si tous les troubles, tous les malheurs et les déboires, tous les calculs et les indignations des justiciables, finissaient, après une lente et difficultueuse sédimentation, par devenir le texte du droit qui sert à leur rendre justice. Étonnante transsubstantiation qui finit par produire, en l'absence de tout code, à partir de la matière des affaires réclamant justice, la forme même grâce à laquelle on va finir par les juger !

« Dans lequel, après avoir suivi le parcours des dossiers, on se repose du droit en faisant un peu de sociologie de la haute administration » Où l'on fait connaissance, fort classiquement, avec les membres de ce corps prestigieux » Où l'on mesure, grâce à quelques statistiques, l'égalitarisme de ce corps d'élite » Dans lequel on repère les différents profils de carrière de ces juges qui sont aussi de hauts fonctionnaires » Où le lecteur découvre que le droit administratif acquiert surtout son influence grâce aux différents postes et métiers occupés par le corps en dehors du Palais-Royal »

3

Un corps dans un palais

« Rendez-vous salle des casiers »

Plusieurs fois par jour, pour recouvrer leur volumineux courrier, les membres du Conseil utilisent une forme particulière de technologie intellectuelle : un meuble banal qui sert en même temps de rappel disciplinaire, d'organigramme incarné dans la menuiserie et de simple boîte à courrier. Ce meuble de bois se trouve situé à un endroit stratégique : devant la salle de l'Assemblée générale où l'on peut accéder par une porte dérobée ; entre le fumoir où s'étalent journaux et revues et la bibliothèque où se consultent textes et documents, lois et traités qui forment la matière de toutes les décisions et avis ; proche des bureaux du Secrétariat général ; à quelques pas enfin des téléphones et des toilettes. Tous les rendez-vous se donnent dans cette salle dite « des casiers ». On dira qu'il n'y a rien d'étonnant à aligner des boîtes aux lettres en bois sur lesquelles sont inscrits les noms de chacun des membres : toute administration, toute Poste, tout bureau connaît de ces trieuses que l'anglais désigne du mot poétique de « trous à pigeon ». Certes, mais aucun de ces meubles que l'on peut rencontrer partout n'a la

Figure 3-1 Crédit : B.J

particularité de lister les conseillers, non pas selon le banal alphabet, mais selon l'« ordre du Tableau ». En haut à gauche les plus élevés dans le rang du corps (sauf bien sûr le vice-président et les présidents de Section qui ont leur propre service de courrier), en bas à droite les plus jeunes entrants, énarques frais émoulus de l'École. Du fait de la répartition particulière de ces casiers, en allant chercher son courrier, chacun des membres, selon qu'il se penche ou se dresse sur la pointe des pieds, selon qu'il se dirige vers la droite ou vers le centre, se trouve littéralement « rappelé à son rang », enregistrant à chaque fois la position de ceux qui sont au-dessus et au-dessous, depuis la rangée de casiers supérieurs (cruellement surnommée « l'allée du cimetière ») jusqu'à la plus récente promotion. Lorsqu'ils étudient les sociétés de singes, les primatologues se donnent un mal fou pour dresser la relation d'ordre qui lie les individus, les familles et les clans selon des hiérarchies plus ou moins stables. Ici, au Palais-Royal, un chef-d'œuvre d'ébénisterie permet de matérialiser sans contestation possible le rang de tous les membres des « sages du Palais-Royal ».

Ne croyons pas toutefois que l'ordre du tableau ressemble à ce *pecking order* que l'on retrouve dans les sociétés animales ou humaines et qui fait de chaque subalterne le maître de celui qui le suit, le serviteur de celui qui le précède. Au contraire, ce meuble qui range le corps des conseillers d'État dans une relation d'ordre

lui donne aussi sa prestance particulière en garantissant la stricte égalité de ses membres. En effet, le mot « hiérarchie » n'est pas exact, car s'il y a bien des auditeurs, des maîtres des requêtes et des conseillers (les trois grades reconnus dans le corps), tous les casiers sont de même taille et faits du même bois, et s'ils se déplacent du bas à droite vers le haut à gauche c'est, comme leurs propriétaires, avec une vitesse que rien, absolument rien, ne peut accélérer — sauf la nomination aux fonctions directionnelles de président de Section administrative ou de sous-section[1]. En retrouvant chaque jour leur position dans l'ordre du Tableau, les membres ne vérifient pas leur état de grandeur ou de petitesse relative, comme si l'on passait par degré de sergent à général, de trône à domination, de chérubin à archange, mais vérifient, au contraire, que personne, par privilège, n'a pu prendre le pas sur eux et modifier, ne fût-ce que dans des proportions infinitésimales, la stricte égalité de ce lent mouvement d'ascension. Ce que ce meuble manifeste aux yeux de tous, c'est l'inamovibilité d'un corps de juges dont la carrière échappe à l'influence de quiconque et que personne, fût-il président de la République ou vice-président, ne peut altérer[2]. De même que le code d'Hammourabi a plus d'allure une fois taillé dans le basalte noir, de même l'inamovibilité du corps des conseillers d'État a plus de force une fois manifesté dans l'ordre des casiers. S'il avait des rudiments d'arithmétique, le nouvel arrivant pourrait calculer, à l'année près, le temps qu'il lui faudrait pour aller jusqu'en haut : à peu près cinquante ans[3]. On comprend

1 En dehors de l'ascension plus rapide aux fonctions de président, la seule exception au strict parallélisme des carrières vient des membres en disponibilité dont l'ascension dans le rang est suspendue, ce qui permet à ceux restés en activité au Conseil, ou en détachement, de leur passer devant.

2 Curieusement d'ailleurs, comme les membres du Conseil d'État ne sont pas des juges mais des fonctionnaires de l'exécutif, ils demeurent révocables comme tout fonctionnaire. Leur inamovibilité est donc le fruit d'une tradition, non d'un texte. Loin de marquer la séparation des pouvoirs, elle en marque au contraire l'intrication, cette intrication qui stupéfiait Tocqueville, voir note 30, p. 39-40.

3 Le calcul est facile à faire : entre 1986 et 1996 il va de 2,2 rang/année pour ceux qui ont profité de longues périodes de disponibilité — le compteur de rang s'arrête alors pour eux — à 12 pour le vice-président ! En dehors de ces foudroyantes accélérations, la moyenne est de 6,34 rang/année… Il faut donc en moyenne cinquante ans pour passer du bas du casier vers le haut. La mise en disponibilité d'une partie du corps permet toutefois de couvrir cette distance en à peu près 45 ans. On voit que le mot « tableau d'avancement » n'a pas le même sens que, par exemple, à l'armée, puisqu'il ne fait que ranger les membres par ordre d'âge sans indiquer aucun choix possible.

sans peine que la perspective d'une carrière si réglée et si lente apaise considérablement les appétits de pouvoir. Inutile d'écraser les collègues par de longues cabales ou de les faire chuter par d'habiles crocs-en-jambe : on n'avancera jamais plus vite que de six casiers par an… C'est à se demander à quoi sert de contracter la folie des concours et de se donner un mal de chien pour passer dans la botte de l'ENA.

Le terme « inamovibilité » ne doit toutefois pas nous tromper comme si régnait dans cette assemblée l'ennui mortel de ceux qui, doucement, vieillissent ensemble. En effet les casiers changent constamment de place. Certes, le rang respectif ne peut se modifier, mais la retraite, l'appel à d'autres fonctions ou les démissions creusent des trous qu'il faut remplir par un jeu de taquet d'autant plus compliqué que d'anciens membres reviennent au Conseil après l'avoir quitté plus ou moins longtemps, pendant que d'autres le quittent provisoirement. Ajoutons à ces déplacements la nomination, aux échéances prévues par la loi, de ce que l'on appelle les « tours extérieurs » qui viennent s'insérer dans la danse avant de grimper inexorablement dans le rang comme ceux qu'ils viennent de rejoindre. Si c'est le rôle du Secrétariat général de gérer le Tableau qui fait l'objet, chaque année, d'une publication attendue et en partie confidentielle, c'est celui des huissiers de déplacer les casiers de bois pour mettre constamment à jour la matérialisation de la partie du corps dite « en activité au Conseil d'État », c'est-à-dire ceux sur qui l'on peut vraiment compter pour les tâches de juge et de conseil — environ 200 sur un effectif total de 300. Comme les entrées et les sorties sont incessantes, en fonction des besoins des administrations, des renversements politiques, de l'attraction variable du secteur privé, le Tableau se voit constamment raturé et les huissiers restent fort occupés à déplacer leurs boîtes en bois — ce qui a pour effet de compliquer encore la tâche de l'ethnographe ou du nouveau venu. La dépose d'une lettre dans le casier d'un conseiller peut prendre de longues minutes car il faut intégrer à chaque fois tous les paramètres du corps, l'âge du conseiller, s'il a fait l'ENA ou non, s'il est tour extérieur, s'il est devenu entre-temps président de sous-section, se rappeler la forme du siège qu'il occupe en Section administrative… et ainsi, par tâtonnements successifs, on finit par trouver la bonne case qui demain peut-être aura glissé vers la gauche ou vers le haut.

Un corps doucement agité

Grâce aux chapitres précédents, le lecteur aura déjà compris la principale particularité de ce corps : les juges n'en sont pas ou ne brûlent que de cesser de l'être ; les conseillers viennent de la politique ou de l'administration ou n'ont de cesse que d'y retourner — à moins que, épuisés par les aléas de la vie publique, les duretés du monde des affaires ou la hiérarchie écrasante de l'administration, ils souhaitent retrouver l'atmosphère feutrée, l'absence de chefs et la charge moins stressante du Conseil. Les juges du judiciaire sont juges toute leur vie ; lorsque, par exception, ils passent de la justice à la politique ou au business, ils ne reviennent que rarement à leur ancienne fonction[4]. Les conseillers d'État, quant à eux, sont juges et conseillers par intermittence et vivent au Palais-Royal comme sur une vaste plate-forme d'envol ou d'atterrissage en direction et en provenance d'autres fonctions. Ceux qui ont appris, après des années de dur labeur, l'austère métier de juge au Contentieux administratif, le quittent pour occuper des métiers tout différents ; inversement, vont se trouver nommés au tour extérieur des élus politiques, des conseillers, des militaires, des journalistes sans connaissance aucune du droit administratif, pour exercer la fonction de juge qu'ils doivent apprendre, le plus souvent, de A jusqu'à Z. Loin d'affaiblir l'objectivité ou la vertu de juge et de conseiller, c'est ce mouvement de systole et de diastole, ce turn-over, qui fait, d'après les membres du Conseil, la principale qualité de leur institution. Pour comprendre cette dynamique si importante aux missions du Conseil, pour évaluer en quoi elle importe à la construction du droit, nous allons radioscoper le corps en nous servant des treize derniers « Tableaux » auxquels nous avons ajouté les données, accessibles à tous, du *Who's Who* et du *Béquet*, guide indispensable dans le maquis des fonctions administratives. Nous avons choisi de commencer en 1986 — date de la première cohabitation de Jacques Chirac, Premier ministre lorsque François Mitterrand était président — car c'est lors des grandes alternances électorales que l'agitation au Conseil est la plus visible, les équipes montantes arrachées à la quiétude du palais

4 Autre différence évidente : la pyramide des âges beaucoup plus effilée, naturellement, au Conseil que, par exemple, à la Cour de cassation. Tous les entretiens signalent l'importance de ce brassage, de cet amalgame, entre de jeunes auditeurs et des conseillers vieillis sous le harnois.

croisant les équipes descendantes de l'autre bord politique, qui vont reprendre leurs austères fonctions, après un court intermède de vacances bien méritées (on reconnaît d'ailleurs sans peine les perdants à leur bronzage !).

Prise dans son ensemble, la dynamique du corps est d'une grande simplicité : il s'accroît lentement, passant de 262 en 1986 à un peu plus de 300 en 1999. On y entre soit directement à partir de l'ENA, comme auditeur, soit par le tour extérieur, lequel permet d'accéder au grade de maître des requêtes ou à celui de conseiller. En 1996, année que nous avons choisie comme référence, on trouve 206 membres du corps et 90 tours extérieurs nommés (pour moitié au grade de maître, pour moitié à celui de conseiller)[5]. Toutefois, la règle d'un tiers d'extérieurs pour deux tiers venus directement du corps minimise la part de l'École nationale d'administration : comme trente-trois de ces tours extérieurs ont quand même fait l'ENA sans avoir pu à l'époque intégrer directement le Conseil dans « la botte » (la plupart ont dû servir dans les tribunaux administratifs pendant de longues années)[6], la proportion d'énarques s'élève en fait à 80 %. Sans contestation possible, le Palais-Royal est une maison de l'ENA. Si le poids des années n'efface pas tout à fait les subtiles distinctions entre les deux sous-types d'énarques (ceux qui sont « du corps » et ceux qui ont dû attendre longtemps pour rejoindre enfin leurs anciens condisciples), rien n'efface les innombrables différences de carrière, d'habillement, de façons de

5 Il faut leur ajouter, pour faire bonne mesure, onze membres extraordinaires, nommés en fin de carrière, qui viennent prendre place dans le tableau pour deux années, mais qui ne sont pas réellement des tours extérieurs car ils sont déjà à la retraite et ne peuvent donc entrer dans le corps proprement dit. Ils viennent en principe apporter les compétences de professions qui manquent au corps, médecin, général, universitaire, chef d'entreprise. Un certain nombre de fonctionnaires dits « en mobilité » (15 en 1996) participent pendant quelques années aux tâches du Contentieux et du Conseil, ce qui leur permet à la fois de décharger les conseillers de certaines tâches et de perfectionner leurs connaissances du droit administratif, ce qui leur sera fort utile une fois réintégrés dans leur administration. Sous l'extrême politesse des rapports, s'exprime sans peine l'immense différence de rang entre les « en mobilité » et les véritables conseillers.

6 Il existe en fait deux types de tours extérieurs : l'un qui est réservé aux tribunaux administratifs — un tour extérieur de maître des requêtes sur quatre et un de conseiller sur six — et un second dit « du gouvernement » qui peut venir de n'importe quel métier et qui, par tradition, est plus politique. C'est ainsi que des membres de cabinet, des ministres, des conseillers de la Présidence, peuvent se retrouver au Palais-Royal.

parler, d'humour entre l'ensemble des énarques et les autres, les véritables *extérieurs*[7].

D'où viennent ces cinquante-sept étrangers sur un corps de trois cent six ? On ne peut pas dire qu'il s'agit exactement du tout-venant. C'est le monde de la politique, du droit et de l'État. On y trouve cinq ministres, sept préfets ou sous-préfets, huit magistrats, deux députés, sept militaires, quatre professeurs d'université, quelques administrateurs civils, deux avocats ; les cabinets ministériels ne sont pas un mauvais moyen de pénétrer au Palais-Royal (sept) et en particulier la présidence de la République qui a donné huit conseillers… On ne trouve qu'un ingénieur, qu'un journaliste et qu'une personnalité venue des affaires. La proportion de femmes est raisonnable pour la France puisqu'elle s'élève à environ un sixième (52 sur 306). Même si l'on est encore loin de la fameuse parité, dix ans auparavant, en 1986, elle n'était que de 10 % (27 femmes sur 262 membres)[8]. Bien que le monde des juges et des conseillers ait participé de près à l'administration active et même à la politique, on ne peut pas dire qu'il donne une image fidèle des catégories socio-professionnelles de la France. Aussi n'est-ce pas son but.

Ce n'est pas toutefois par ses modes d'entrée que le corps est intéressant, mais par la possibilité donnée à ses membres de quitter le Conseil pour des durées plus ou moins longues avant de revenir occuper les fonctions de juge et de conseiller. De même que Rome n'est pas dans Rome, le Conseil pour une proportion importante (de 24 % en 1986 jusqu'à 36 % en 1996) ne siège pas au Palais-Royal mais occupe d'autres fonctions parfois fort différentes. Le Tableau distingue trois grandes rubriques correspon-

7 Bien que cette différence entre modes de recrutement soit constamment déniée, elle saute aux yeux de l'ethnographe. Deux camarades de l'ENA que séparent quelques points au concours de sortie et dont l'un se retrouve dans un tribunal administratif pendant que l'autre intègre directement le Conseil : le premier dit du second, avec un sourire amer et ironique : « Oui mais vous comprenez, il est tellement plus intelligent… » La distinction des deux recrutements est d'ailleurs avouée sans fard par cette phrase de Massot et Girardot : « La professionnalisation se manifeste aussi par le fait que les plus importantes fonctions au sein du Conseil sont en presque totalité confiées à des membres qui y sont entrés comme auditeurs. » J. MASSOT, T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État* (1999), p. 37. Qu'on se rassure donc : les tours extérieurs ne viennent pas déprofessionnaliser le Conseil…

8 Les femmes tendent à être plus stables au Conseil que les hommes. Sur les femmes de 1996 la moyenne de présence au Conseil est de 8,5 années contre 3 dans les différents types de détachement et 0,7 en disponibilité (indice de présence 1,5 au lieu de 1,8). Voir O. BUI-XUAN, *Les Femmes au Conseil d'État* (2000).

dant chacune à des degrés divers d'éloignement : la première, qui s'intitule d'ailleurs « en fonction au Conseil d'État », permet à des conseillers de remplir des rôles prévus par la loi. C'est le cas des présidents de tribunaux administratifs, des secrétaires au Secrétariat général du gouvernement, des directeurs de cabinet. Il y a ensuite ceux qui sont détachés (environ 67 selon les modes de calcul pour notre année de référence 1996) afin de pouvoir occuper d'autres fonctions comme celles de députés ou de sénateurs (huit membres), pour servir dans les grandes administrations publiques, voire dans le secteur public concurrentiel[9]. Il y a enfin ceux qui ont choisi de se mettre en disponibilité (trente-huit) pour occuper les métiers les plus divers dans la haute finance, le conseil juridique, ou, plus rarement, pour convenances personnelles. Au bout de dix années de disponibilité, les membres du corps sont rayés du tableau, mais jusque-là, s'ils stagnent dans le rang, ils peuvent reprendre leur place quand ils le souhaitent[10].

Au renouvellement extérieur au corps (par arrivée des jeunes énarques et des tours extérieurs et par départ à la retraite, décès

9 Il faudrait pour être complet ajouter le statut des hors-cadre, forme légèrement moins favorable du détachement qui oblige à attendre pour réintégrer sa place et son rang au Palais-Royal qu'un poste se libère. Comme nous ne cherchons pas à faire ici de la science administrative, nous avons le plus souvent regroupé dans les calculs ces subtilités parfois byzantines.

10 Il est très difficile de mesurer la charge de travail réelle des conseillers. En dehors des membres qui sont débutants et doivent donc apprendre le métier, de ceux qui sont présidents de sous-section, commissaires du gouvernement, secrétaires généraux et chroniqueurs — et pour ceux-là il s'agit d'un plein temps, ce qui n'empêche d'ailleurs pas ces bosseurs-nés de participer à un grand nombre d'autres activités — il semble que la charge oscille entre un gros tiers-temps et un petit mi-temps. Si l'on prend ARIANE comme « mouchard » on s'aperçoit que le nombre de dossiers par personne et par an, au Contentieux, varie considérablement : de 25 à 150 dans une même sous-section prise au hasard. Mais la difficulté des dossiers peut expliquer les différences. Il n'en reste pas moins, et c'est un des charmes du Conseil, que l'on peut moduler doucement sa charge de travail, quitte à abandonner sa prime de rendement, en restant à une trentaine de dossiers, ou pousser le stakhanovisme jusqu'à soixante-dix affaires difficiles, voire à enchaîner cent cinquante affaires dont le contentieux se ressemble. C'est le président de sous-section qui, dans sa grande sagesse, répartit les points et semonce ceux qui exagèrent quand même un peu. Si la charge de travail n'est pas écrasante, il est faux de dire, comme on le faisait du temps de Stendhal, qu'il s'agit d'une sinécure. Quant au traitement, il n'est pas si déplaisant puisqu'un jeune maître des requêtes après sept ans de service (indice 693) gagne 53 000 € (primes comprises) et qu'un président de Section, après presque quarante ans de service dans le corps (échelle F), gagne 94 000 € (chiffres fort honnêtement fournis par les auteurs de J. MASSOT, T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État* [1999], p. 39).

ou démission) il faut donc ajouter le turn-over *intérieur* au corps par départ ou retour. C'est ainsi que, en 1996, quarante et un membres avaient changé de fonction par rapport à l'année précédente (ils étaient partis ou revenus de détachement ou de disponibilité) et que quinze allaient encore changer de fonction l'année suivante[11]. S'il est vrai que le turn-over est plus important dans les années d'alternance électorale, il n'en reste pas moins qu'en ajoutant les deux sources interne et externe de renouvellement on peut évaluer le taux à environ 17 % pour 1996. Certes, l'agitation n'est pas frénétique, mais la vie au Palais n'est pas tout à fait comme celle d'un couvent : on est assuré de ne pas se retrouver cinq ans de suite toujours avec les mêmes têtes assis à la même table aux mêmes Section et sous-section — et les huissiers ont la certitude de devoir remuer souvent les boîtes à courrier de la salle des casiers…

Il est possible, à partir du Tableau, de reconstruire avec assez de précisions l'*éventail des possibles* (voir carte 3-2)[12]. Cette carte est obtenue à partir de la totalité des carrières des membres présents de 1980 à 1999 et sur la totalité de leur carrière, le sens des flèches indiquant les mouvements les plus habituels d'une position à l'autre, les embranchements marquant les choix de carrière ouverts aux membres, pendant que l'épaisseur des traits indique l'importance relative de ces choix rapportée à l'ensemble du corps. Il ne s'agit ni plus ni moins que de la projection ramassée des trajectoires individuelles des conseillers, à la façon dont un myrmicologue pourrait tracer les déplacements, cumulés sur une longue période, de fourmis autour de leurs nids. La carte se lit à partir du bas à droite : les trajectoires commencent soit à la sortie de l'ENA pour la plupart, soit, nous le savons, par le tour extérieur, lequel est nourri par des membres venant de la politique, de l'adminis-

11 Pour l'année 1987, par exemple, les chiffres sont de 38 et 11 sur un total plus faible de 264 membres. Nous ne comptons pas bien sûr les nombreux changements de fonction à l'intérieur du Conseil d'État, comme ceux de commissaire du gouvernement ou de président, d'assesseur, de secrétaire général, etc.

12 Les cartes de ce chapitre ont été dressées par Andrei Mogoutov que je remercie vivement de sa patience et de ses indispensables lumières. La méthode qu'il emploie et qu'il a développée, Réseaux-Lu™, est expliquée en détails dans A. Mogoutov, « Données relationnelles en sciences sociales : essai de minimalisme méthodologique. Pratiques de formation » (1998). Cette méthode a l'incomparable avantage de permettre l'élaboration de catégories tout en conservant la variété des relations individuelles puisqu'elle n'est pas fondée sur un calcul statistique mais sur la pondération relative de liens entre des êtres très divers.

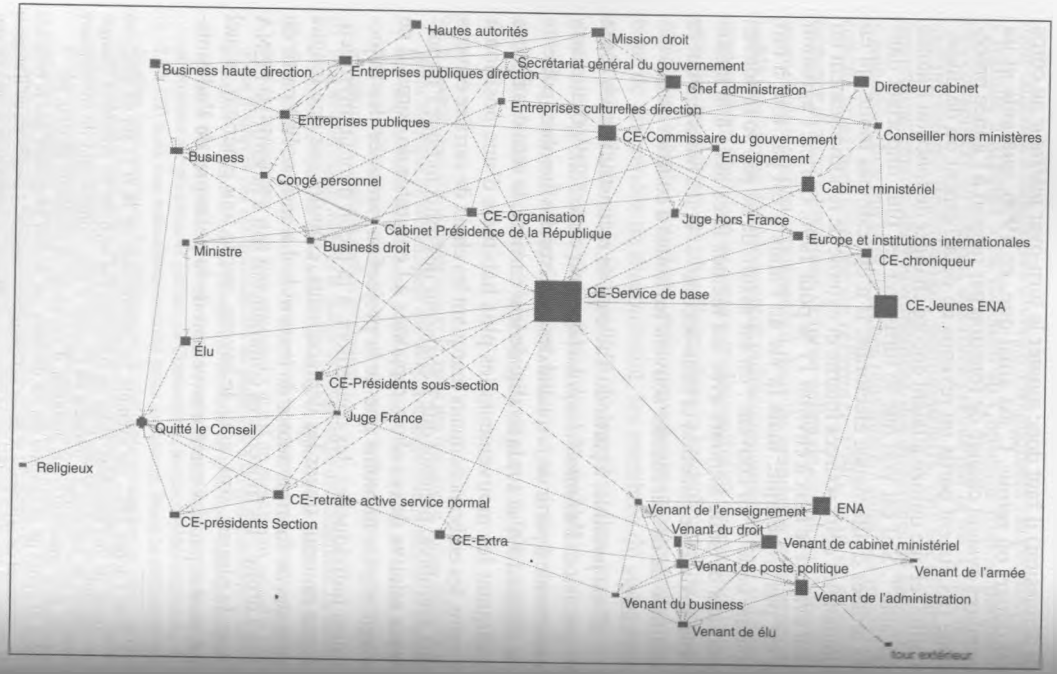

Hautes autorités
Mission droit
Business haute direction
Entreprises publiques direction
Secrétariat général du gouvernement
Chef administration
Directeur cabinet
Entreprises culturelles direction
Entreprises publiques
CE-Commissaire du gouvernement
Conseiller hors ministères
Business
Enseignement
Congé personnel
Cabinet ministériel
CE-Organisation
Juge hors France
Cabinet Présidence de la République
Europe et institutions internationales
Ministre
Business droit
CE-chroniqueur
CE-Service de base
CE-Jeunes ENA
Élu
CE-Présidents sous-section
Juge France
Quitté le Conseil
Religieux
CE-retraite active service normal
Venant de l'enseignement
ENA
CE-présidents Section
Venant du droit
CE-Extra
Venant de cabinet ministériel
Venant de poste politique
Venant de l'armée
Venant de l'administration
Venant du business
Venant de élu
tour extérieur

Figure 3-2

tration, des tribunaux administratifs, des cabinets ministériels, plus rarement de l'armée ou du privé — c'est le cas en particulier des membres en service extraordinaire.

Au centre de la carte, on trouve le « nid » des conseillers, c'est-à-dire le service de base d'où les membres peuvent rayonner vers un ensemble de fonctions diverses : en haut à droite, les postes de conseiller dans les cabinets ou de chargés de mission ; en haut, les postes de directeurs des services de la haute administration ainsi que le centre névralgique qu'est le Secrétariat général du gouvernement ; toujours au centre, en haut, la fonction cruciale de commissaire du gouvernement, laquelle mène, on le voit au nombre de ses embranchements, à beaucoup de positions convoitées. En haut à gauche, on trouve les fonctions de direction dans les grandes entreprises publiques ainsi que des rôles importants dans ce qu'on peut appeler les hautes autorités, dont le nombre et l'intérêt se sont multipliés au cours du temps. D'autres embranchements, certes moins nombreux, sont possibles vers les entreprises privées d'une part ou les fonctions électives d'autre part. Enfin, dans le quart de gauche en bas, les conseillers les plus chenus et les plus férus de droit et d'administration parviennent aux grandes carrières à l'intérieur même du Conseil, les seules, on l'a vu, qui viennent briser la rigoureuse égalité des membres — président de section, de sous-section, des cours d'appel des tribunaux administratifs. On peut noter même le cas unique — mais respecté néanmoins par la carte — d'un conseiller devenu moine…

S'il est parfois difficile, devant l'écrasante austérité des affaires traitées, de comprendre pourquoi la crème des énarques se bat pour parvenir au Palais-Royal, cet éventail des possibles l'explique aisément : les cheminements sont grands ouverts, la diversité extrême et les retours au nid central et chaud toujours bien acceptés, si bien que l'on peut à la fois bénéficier de l'excitation des cabinets, des risques du business, de l'autorité de la haute administration, du feu roulant des élections, et néanmoins revenir à tout moment ou presque prendre sa place dans le travail immuable qui assure la pérennité de l'État et de ses missions.

Aucune organisation normale ne résisterait à un mouvement d'entrée et de sortie aussi important. C'est que les tâches de contentieux ou de conseil ont l'énorme avantage, comme nous l'avons vu lors du chapitre sur les dossiers, d'être *discrètes*, non pas au sens usuel de la discrétion, mais au sens mathématique de quantités discontinues. Tout le travail s'organise en effet autour de

dossiers numérotés qui constituent chacun un petit monde, et qui, une fois refermés, s'éteignent avec lui. Il est par conséquent très facile d'entrer et de sortir d'un cours d'action tant que l'on arrive ou que l'on part en respectant le rythme d'ouverture et de fermeture des dossiers. Les seuls problèmes de coordination, nous les avons rencontrés plusieurs fois, se posent lorsqu'un commissaire du gouvernement abandonne son dossier avant de déposer ses conclusions ou que le rapporteur ayant rédigé sa note a depuis longtemps quitté le Conseil. Il faut alors qu'un autre plonge dans ses écrits et recompose la ou les solutions retenues. Mais là encore, la mémoire du groupe (sous-section ou Section administrative) qui avait discuté de l'affaire permet, sans grande difficulté, de reprendre pied dans le flux de dossiers. Sans ce grain particulier du Conseil — qui facilite aussi le travail de l'ethnographe, lequel a pu sans peine prendre et quitter le train en marche sans rien perdre d'essentiel aux cours d'action —, jamais le Palais-Royal ne pourrait servir ainsi de base arrière pour tant de plans de carrière sans vider de sa substance le travail du droit. Le mouvement de tissage que nous avons suivi au chapitre précédent, cette lente macération qui permet de rapprocher certains états de fait de morceaux épars de textes, serait impossible sans ce va-et-vient si typique du Conseil et qui paraît, vu de l'extérieur, si curieux.

Arrêtons-nous quelques instants sur cette expérience multiforme qui explique nombre des qualités que les conseillers s'attribuent et qui leur permet parfois de regarder de haut les juges « du judiciaire » isolés pour leur vie entière dans des fonctions de jugement sans avoir jamais mesuré les difficultés et les tensions de l'action politique, militante ou administrative. Si l'on calcule, pour l'ensemble du corps en 1996, le nombre d'années pendant lesquelles les membres en ont fait partie — ce qui est facile en consultant soit le BQ soit le Tableau — on s'aperçoit que le corps bénéficie à tout moment de l'expérience cumulée d'environ 5 000 homme-années. On comprend sans peine le cliché journalistique sur « les sages du Palais-Royal » : lorsqu'ils siègent en Assemblée du Contentieux ou en Assemblée générale, les membres du Corps mobilisent cinq millénaires d'expériences accumulées[13].

13 3606 années pour les énarques du corps, 520 pour les tours extérieurs maîtres des requêtes ; 173 pour les tours extérieurs conseillers. Il faudrait en bonne logique ajouter à cette expérience collective les longues carrières, souvent prestigieuses

Certains, comme le président Braibant, ont siégé plus de 38 ans au Conseil ! Or, pendant presque 40 % de ce temps, les conseillers ont exercé des fonctions en dehors du palais (2047 homme-années) soit en détachement, soit en disponibilité[14]. Proportion considérable expliquant cet inépuisable réservoir d'expériences dans lequel, au cours du jugement comme du conseil, les membres du Corps puisent pour se former une opinion, convaincre leurs collègues ou éduquer les commis du gouvernement aux devoirs de la bonne administration. Pas étonnant que les arguments d'opportunité politique, de bonne administration, d'équité, de faisabilité, viennent si souvent pondérer la connaissance des textes et le jeu des précédents. Même une fois intégrés au Corps, les opinants n'ont passé que 60 % de leur temps dans l'atmosphère feutrée du Palais. Pour eux, le droit ne réside pas seulement dans le droit, mais également dans le contexte d'application qu'ils ont vu de leurs propres yeux et auquel ils ont pu parfois violemment se heurter.

Cette capacité d'aller et de venir explique la diversité des carrières que nous allons chercher à caractériser, ce qui n'est pas facile tant elles sont diverses, mais que l'on peut toutefois regrouper dans quelques profils[15]. Aux deux extrêmes, on trouve par exemple Jean Marc Simon qui sur ses vingt-six années de présence dans le corps (toujours avec 1996 pour l'année de référence) n'en a passé que quatre au Conseil avant de se trouver quelques années en détachement dans un ministère, puis, après une brève présence d'un an au Contentieux, s'est fait mettre en disponibilité pour occuper de hautes fonctions dans une entreprise, jusqu'à finale-

effectuées avant d'entrer dans le corps par les membres nommés au tour extérieur. Nous ne comptons ici que les années où ils se sont frottés au droit administratif.

14 Respectivement 672 h/a pour la première rubrique, 1079 h/a en détachement et 296 h/a seulement en disponibilité.

15 On retrouve à peu près les mêmes dans M.-C. KESSLER, *Le Conseil d'État* (1968). Signalons que du corps tel qu'elle l'a étudié en 1966, 45 membres étaient toujours au Conseil en 1996 ! On peut quantifier les différents types de carrière grâce à un indice de présence au palais (durée totale divisée par le nombre d'années effectives en poste dans les murs) : une centaine de membres, donc un tiers, correspondent à l'indice 1 (tout le temps passé dans le corps l'a été au Palais-Royal, ce qui est, rappelons-le, le cas des tours extérieurs et des jeunes auditeurs), une cinquantaine forment les météores (l'indice monte jusqu'à 12, 5 ! pour Michel Dupuch qui a fait toute sa carrière sauf une petite année en dehors du Conseil d'État) ; le reste (de 1,3 à 2,5) donne le profil typique avec aller et retour pour un peu moins ou un peu plus de la moitié du temps (moyenne totale de l'indice pour tout le corps 1,89).

ment être considéré comme démissionnaire[16]. Pour ceux-là, le Conseil n'a été qu'une longue grande école préparant à d'autres carrières. À l'inverse, Nicole Questiaux a siégé 43 ans au Conseil sans discontinuer sinon pour occuper brièvement la fonction de ministre de la Santé après l'élection de François Mitterrand en 1986[17]. Elle est représentative de ceux que l'on peut appeler les virtuoses du droit administratif comme, par exemple, l'étonnant Bruno Genevois, capable de citer de mémoire des centaines d'arrêts avec la date, la page du *Lebon* et le nom du commissaire de l'époque, et qui, même lorsqu'il fut détaché dans l'administration active, le fut encore pour remplir des fonctions strictement juridiques[18].

Au milieu, on trouve des carrières typiques de grand commis de l'État comme celle de Jacques Fournier qui, en 46 ans de présence dans le Corps, a siégé 15 ans seulement au Conseil, allant et venant des fonctions de commissaire du gouvernement à la mise hors cadre, puis revenant occuper ses fonctions au Conseil, repartant en détachement, redevenant commissaire pour quelques mois, appelé en 1981 à la Présidence de la République puis au Secrétariat général du gouvernement, puis en détachement à la SNCF comme directeur avant de revenir siéger à la Section administrative des Travaux Publics et se retrouver à la « retraite active » pour ne quit

16 Comme tous les documents sur lesquels nous établissons ces profils sont publics nous avons suspendu pour ce chapitre la règle du strict anonymat qui n'aurait en aucune espèce de sens.

17 Si l'on prend la moitié supérieure du Corps (les cent cinquante premiers rangs) la carrière moyenne est en gros de 15 années au Conseil, 7,5 années en détachement et 1 année en disponibilité (la moyenne de la moitié inférieure est de 5,7 années au Conseil, seulement 2,3 à l'extérieur et 1 en disponibilité). Mais ces moyennes restent assez peu informatives. Rappelons que les jeunes auditeurs ne peuvent quitter le Conseil avant la fin de leur auditorat (en moyenne de 4,7 années avant de devenir maître des requêtes), qu'ils devront patienter en moyenne 15,5 années avant de passer conseiller.

18 « Purs juristes » ne doit toutefois pas nous induire en erreur ; on ne trouve en tout et pour tout que deux professeurs de droit venus de l'Université. Le dédain pour « la doctrine » est universel au Conseil, sauf quand elle vient des anciens classiques comme le cours déjà cité de Chapus. La coupure quasi totale avec l'Université et le monde en général de la recherche — sciences sociales, sciences politiques, sciences administratives et camérales — est l'une des sources d'étonnement continuel pour l'observateur (voir le dernier chapitre sur la position de l'enquête) même si elle est vigoureusement niée par les conseillers. Il suffit de considérer le nombre de doctorats passés par les conseillers ou de compter le nombre de mémoires et de doctorats étudiant le Conseil — en dehors des matières strictement juridiques — pour se convaincre de la coupure.

au Conseil qu'en 1999[19]. Typique également la carrière d'Olivier Schramek, d'abord commissaire, ensuite directeur de cabinet, puis au ministère de l'Enseignement supérieur, qui redevient commissaire deux années, avant de retourner comme directeur de cabinet au ministère de l'Éducation avec Lionel Jospin pour revenir enfin deux ans au Contentieux et se retrouver ensuite, après cinq ans de détachement au Conseil constitutionnel, directeur de cabinet du Premier ministre, jusqu'à sa chute en mai 2002.

Ces carrières de grand commis de l'État se distinguent autant de celles des juristes purs que de celles des météores à la recherche de contacts (comme par exemple Jacques Attali qui n'a siégé que cinq ans au Contentieux entre l'aventure politique avec François Mitterrand et celle du consulting). Mais elles se distinguent également de celles, assez singulières, des élus qui reviennent au Conseil lorsqu'ils ont été battus et en repartent quand ils ont retrouvé des forces ou une majorité. C'est le cas par exemple de Cazin d'Honincthun qui, après quelques années en détachement, revient occuper sa place au Contentieux, la laisse pour occuper un fauteuil d'élu, la retrouve pendant trois ans, l'abandonne à nouveau pour devenir député et, une fois battu, se fait mettre en disponibilité pour devenir avocat en gardant toutefois la possibilité de revenir si les affaires tournent aussi mal que la députation. Le Conseil joue alors le rôle d'abribus ou d'assurance tous risques. Heureusement qu'il y a les tours extérieurs dont la carrière déjà faite entraîne, une fois qu'ils ont atteint le havre du Palais-Royal, une beaucoup plus grande stabilité[20].

Qu'on ne croie d'ailleurs pas que ces allers et retours soient mal considérés. Au contraire, dès sa fondation par Napoléon, le Conseil devait servir de vivier pour diverses missions dans l'État,

---

Pour ne pas se priver de ces trésors d'érudition et d'expérience que représentent les anciens conseillers, et surtout les anciens présidents de Section administrative, le Conseil appelle les retraités à rester encore en fonction jusqu'à 68 ans, sans qu'ils puissent toutefois occuper les rôles de président.

Il y a des exceptions célèbres, comme celle de Régis Debray qui a raconté ses déboires dans *Loués soient nos seigneurs* (1996) et celle moins célèbre de Jean-Pierre Aubert qui n'a tenu qu'un an au Conseil avant de se faire mettre en disponibilité pour diriger une banque (mais il est quand même revenu en 1999 pour reprendre sa place au Contentieux avant l'épuisement de ses droits à la disponibilité). La carrière moyenne des tours extérieurs, toujours pour 1996, est de sept années au palais, de deux en détachement et de 0,1 en disponibilité. On voit qu'ils sont donc beaucoup plus stables, ce qui est logique puisque leur carrière est en partie derrière eux.

comme le sait tout lecteur de Stendhal. Si vous passiez sept ou huit ans au Conseil, sans bouger, comme auditeur puis comme maître des requêtes, l'on s'inquiéterait de vous voir rester au Palais-Royal sans tenter votre chance ailleurs ou sans faire l'objet de la convoitise des ministres, des administrations centrales, des entreprises publiques voire du business. La carrière typique d'un énarque du corps, après l'auditorat, suppose un appel rapide à d'autres fonctions[21].

Un métier d'import-export

On comprend dès lors l'intérêt de l'ethnographe pour le droit administratif, si atypique par ailleurs : les trajectoires des conseillers interdisent de le prendre pour une sphère à part. Rien de moins autonome que ce droit-là : il faut l'accompagner jusque dans les activités les plus reculées pour qu'il garde son efficace, il faut pour le produire le confronter sans cesse aux problèmes pratiques que l'on a rapportés d'activités diverses. Ce mouvement d'exportation des méthodes et principes du droit, d'importation des problèmes et des préoccupations, que nous venons de voir à l'échelle du corps, se perçoit plus nettement encore en prenant au hasard une sous-section et en regardant avec un zoom plus puissant les mouvements d'échange suscités par l'agitation des membres. Prenons une sous-section que nous appellerons la treizième. Si elle se réunissait au complet pour traiter un dossier elle bénéficierait de l'expérience accumulée par ses membres dans la Préfectorale, au SGG, à l'État-major de l'Armée de l'air, au Commissariat du Plan, au cabinet de plusieurs ministères, à la SNCF, au Parlement comme député puis comme ministre de l'Intérieur, aux Affaires étrangères, aux DOM-TOM, en science fondamentale ; mais, inversement, le départ provisoire de ses membres pour d'autres fonctions aurait fait profiter de l'expérience de la sous-section dans le traitement des dossiers plusieurs administrations, une circonscription électorale, la Caisse nationale de la santé.

Une Section administrative, comme celle des Travaux Publics, peut donner une bonne idée de cette respiration si particulière au

21 Pour le Corps tel qu'il était en 1996 seuls deux membres y avaient passé plus de dix années depuis l'ENA sans avoir quitté le palais. Encore l'un d'eux a-t-il des fonctions électives — les mandats locaux étant compatibles avec une fonction au Conseil.

Conseil. Quand elle prend en main un projet de loi ou de décret, c'est 800 ans d'homme-années (h/a) qui vont s'appliquer en séance. 38 h/a de cabinets ministériels, 62 h/a comme commissaire de gouvernement, la plus technique des fonctions, comme nous l'avons vu ; 88 h/a de la carrière de ses membres désignés au tour extérieur se sont déroulées comme juge dans les tribunaux administratifs, d'autres tours extérieurs ont été préfet, responsable de grandes villes, militant politique, ministre, responsable de services importants ; tous les membres du Corps ont participé à la gestion de l'administration (22 h/a), ont eu des fonctions électives, présidé des tribunaux administratifs. Les membres qui siègent en 1999 ont usé leurs costumes dans cette même Section pour un total de 121 h/a, quatre d'entre eux y étaient déjà en 1989 et deux siègent depuis plus de quatorze ans.

Est-il possible de rendre plus précise l'extraction des profils de carrière de façon à donner au lecteur une idée non plus cette fois de l'éventail des possibles mais des choix effectués par tous les membres à la fois ? Les statistiques, là encore, seraient peu intéressantes étant donné la diversité des embranchements et l'importance de repérer les carrières atypiques en même temps que les profils caractéristiques. Nous avons demandé à Réseaux-Lu™ de classer en 5 clusters les membres qui faisaient partie du Corps aussi bien en 1980 qu'en 1989 — de façon à raccourcir la liste en ne prenant en compte ni les entrées, ni les sorties[22]. Pour tous ces membres, nous avons reconstitué la totalité des positions occupées depuis leur sortie de l'École jusqu'en 1999, y compris pour ceux qui étaient encore au Conseil à cette date, et nous avons simplement compté le nombre d'années pleines passées dans chacune de ces positions. Il était facile ensuite d'extraire automatiquement les profils de carrière les plus différenciés tout en conservant, grâce à la procédure, les individus qui appartiennent à un ou deux clusters à la fois — le sens de la flèche allant du groupement auquel ils appartiennent le plus vers celui auquel ils appartiennent le moins, les flèches doubles marquant l'appartenance exclusive à un seul cluster.

22. Pour cette carte nous avons laissé de côté les tours extérieurs dont les carrières sont souvent derrière eux — en tous cas les maîtres des requêtes et les conseillers — pour nous concentrer, avec quelque injustice, uniquement sur les énarques sortis dans la botte de l'ENA.

La figure 3-3 projette d'un coup l'ensemble du Corps retenu, offrant donc la géographie complexe mais pourtant lisible des parcours de tous les membres co-présents jusqu'en 1999. Pour chaque cluster, les noms en gras soulignent ceux des membres qui sont les plus représentatifs de leur type. Des enveloppes circulaires regroupent ceux qui, à cheval entre deux clusters, partagent le même profil atypique[23].

Quelques profils contrastés apparaissent nettement : c'est d'abord, occupant toute la droite, ce que nous avons appelé le « service de base » au Conseil, c'est ensuite en haut à droite le petit groupe des « élus » et, à gauche, celui dit des « entreprises privées ». On trouve ensuite un profil bien caractérisé, celui, en bas à gauche, de ceux qui, après un passage plus ou moins long dans la haute administration, occupent, à l'intérieur du Conseil, des fonctions de présidence. Deux profils plus confus — on le voit au nombre d'individus qui appartiennent en même temps à d'autres clusters — regroupent l'un ceux qui occupent des postes importants dans les entreprises publiques[24], l'autre ceux qui ont été commissaires du gouvernement et qui participent à de nombreuses fonctions, de juge en particulier, hors de France ou dans la diplomatie.

Rappelons qu'il s'agit de positions relatives et non pas d'une appartenance stricte à une catégorie, chaque individu étant lié davantage à un ou deux clusters en fonction de l'appartenance de tous les autres : il suffit d'enlever quelques noms pour que les clusters se réarrangent ; de ce fait, les étiquettes générales données aux regroupements sont forcément artificielles. Du point de vue sociologique, cependant, la carte représente une vision plus exacte des répartitions puisque c'est probablement ainsi, par ensembles flous, que les membres se positionnent les uns par rapport aux autres[25]. À voir cette carte, on comprend sans peine que le droit

23 Afin de ne pas se perdre dans ces cartes, il faut se souvenir que seuls les traits et leurs relations sont porteurs d'information, les distances ne sont pas pertinentes et ne sont choisies que pour des raisons de lisibilité.

24 Étant donné le balancier subtil sur 20 ans entre nationalisation et dénationalisation, il ne faut pas attacher trop d'importance à la distinction entreprises privées/entreprises publiques. Dans le doute, nous avons considéré que la mise en disponibilité, au lieu du détachement, signalait le franchissement de la barrière floue entre public et privé. Sur tous ces points, voir J. DE ROQUEMAUREL, *Les Membres du Conseil d'État et les entreprises* (1997).

25 Une publication séparée approfondira toutes ces questions de sociologie administrative qui alourdiraient ici la recherche du droit en action.

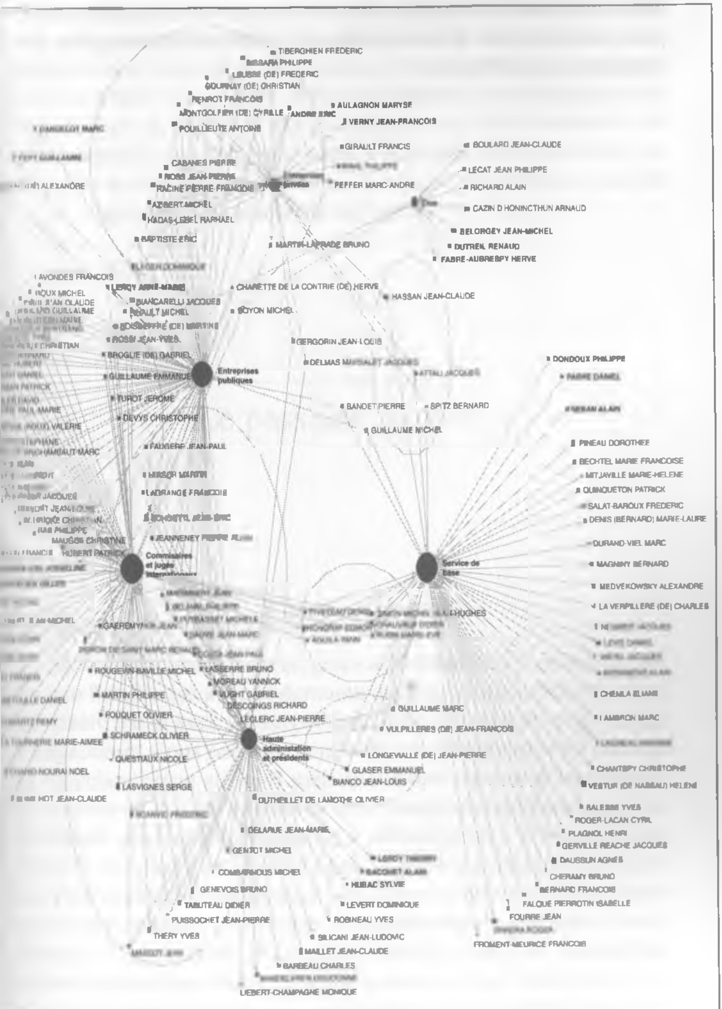

Entreprises publiques
Commissaires et juges internationaux
Service de base
Haute administration et présidents
TIBERGHIEN FREDERIC
LIUSSE (DE) FREDERIC
GOURNAY (DE) CHRISTIAN
PENROT FRANCOIS
MONTGOLFIER (DE) CYRILLE
POUILLIEUTE ANTOINE
AULAGNON MARYSE
VERNY JEAN-FRANCOIS
GIRAULT FRANCIS
BOULARD JEAN-CLAUDE
LECAT JEAN PHILIPPE
RICHARD ALAIN
CAZIN D HONINCTHUN ARNAUD
BELORGEY JEAN-MICHEL
DUTREIL RENAUD
FABRE-AUBRESPY HERVE
CABANES PIERRE
RACINE PIERRE-FRANCOIS
PEFFER MARC-ANDRE
AZIBERT MICHEL
HADAS-LEBEL RAPHAEL
BAPTISTE ERIC
MARTIN-LAPRADE BRUNO
AVONDES FRANCOIS
ROUX MICHEL
CHARETTE DE LA CONTRIE (DE) HERVE
HASSAN JEAN-CLAUDE
BIANCARELLI JACQUES
ROSSI JEAN-YVES
GERGORIN JEAN-LOUIS
BROGLIE (DE) GABRIEL
DELMAS MARSALET JACQUES
DONDOUX PHILIPPE
GUILLAUME EMMANUEL
ATTALI JACQUES
TUROT JEROME
BANDET PIERRE
SPITZ BERNARD
DEVYS CHRISTOPHE
GUILLAUME MICHEL
FAUGERE JEAN-PAUL
PINEAU DOROTHEE
BECHTEL MARIE FRANCOISE
MITJAVILLE MARIE-HELENE
QUINQUETON PATRICK
LABRANGE FRANCOIS
SALAT-BAROUX FREDERIC
DENIS (BERNARD) MARIE-LAURE
MAUGUE CHRISTINE
HUBERT PATRICK
DURAND-VIEL MARC
MAGNINY BERNARD
MEDVEDOWSKY ALEXANDRE
LA VERPILLERE (DE) CHARLES
GAEREMYNCK JEAN
ROUGEVIN-BAVILLE MICHEL
LASSERRE BRUNO
MOREAU YANNICK
MARTIN PHILIPPE
DESCOINGS RICHARD
GUILLAUME MARC
FOUQUET OLIVIER
LECLERC JEAN-PIERRE
VULPILLERES (DE) JEAN-FRANCOIS
SCHRAMECK OLIVIER
QUESTIAUX NICOLE
LONGEVIALLE (DE) JEAN-PIERRE
GLASER EMMANUEL
BIANCO JEAN-LOUIS
CHANTEPY CHRISTOPHE
LASVIGNES SERGE
DUTHEILLET DE LAMOTHE OLIVIER
ROGER-LACAN CYRIL
PLAGNOL HENRI
DELARUE JEAN-MARIE
GERVILLE REACHE JACQUES
GENTOT MICHEL
DAUSSUN AGNES
COMBARNOUS MICHEL
CHERAMY BRUNO
HUBAC SYLVIE
BERNARD FRANCOIS
GENEVOIS BRUNO
TABUTEAU DIDIER
LEVERT DOMINIQUE
FALQUE PIERROTIN ISABELLE
PUISSOCHET JEAN-PIERRE
ROBINEAU YVES
FOURRE JEAN
THERY YVES
SILICANI JEAN-LUDOVIC
FROMENT-MEURICE FRANCOIS
MAILLET JEAN-CLAUDE
BARBEAU CHARLES
LIEBERT-CHAMPAGNE MONIQUE

Figure 3-3

n'est que l'une seulement des dimensions du Conseil. Mais pour suivre les autres, il faudrait chercher à faire une sociologie de la haute administration, ce qui n'était pas notre but. Nous laisserons donc les conseillers à leurs diverses et passionnantes aventures pour nous attacher à la seule histoire, infiniment plus grise, des dossiers et des affaires.

❧ Dans lequel les choses se compliquent terriblement pour le lecteur obligé d'absorber beaucoup plus de droit qu'il ne le désirerait ❧ Où l'on s'intéresse de près aux petits drames créés par la vie turbulente des « moyens » soulevés par les requérants ❧ Où une affaire d'expulsion d'étranger permet de peser le rôle respectif des préjugés et des lois ❧ Dans lequel un requérant récalcitrant ouvre une affaire d'État et montre l'étrange puissance des textes ❧ Qui permet, grâce à un renversement de jurisprudence, de saisir le rythme particulier des formations de jugement ❧ Où l'on récapitule le transfert des objets de valeur afin de mieux ressentir le vif passage du droit ❧

4

Le passage du droit

Un brutal mouvement de terrain

Maintenant que le lecteur, grâce aux chapitres précédents, s'est un peu familiarisé avec le domaine quelque peu exotique du droit administratif et avec les singulières manipulations de dossiers qui l'engendrent, nous pouvons pénétrer plus avant dans le vif du sujet et chercher, grâce au suivi méticuleux des séances d'instruction, à préciser ce que les membres du Conseil veulent dire quand ils affirment que leur métier consiste à « dire le droit ». L'ethnographe, c'est là son seul avantage, n'a pas, comme les juristes, les juges, les philosophes ou sociologues du droit, à supposer le problème résolu pour ensuite l'expliquer, le commenter, le réformer, l'améliorer ou l'approfondir. Il peut donc prendre toutes les précautions nécessaires afin de saisir ce qui se passe tout en s'efforçant de ne *pas* le comprendre trop vite. Autrement dit, le voilà qui peut faire bon usage de sa lourde incompétence en ne distinguant pas trop vite l'essentiel de l'accessoire.

Dans les épisodes détaillés qui vont suivre, nous allons chercher à reconstituer pas à pas le *raisonnement* des acteurs sans nous intéresser pour autant exactement à sa forme logique ou rhétorique[1]. L'observateur n'est ni rhéteur, ni psychologue, ni cognitivien et ne possède bien sûr aucun moyen de pénétrer dans les états mentaux, dans les branchements neuronaux de ceux qui discutent devant lui : pas d'imagerie médicale, pas de scanner, pas de reconstruction 3-D des zones du cerveau. D'ailleurs, s'il se livrait à ce genre d'étude, il est probable que la complexité des matières juridiques gênerait considérablement l'extraction des raisonnements dans toute leur pureté ; pour dégager les formes de la pensée, mieux vaut se contenter de tâches plus simples que les arcanes du droit administratif dans lesquels le psychologue se perdra plus vite que son cobaye[2]. Rien ne prouve d'ailleurs que les juges — bien que pour la plupart anciens élèves de l'ENA — manifestent des formes de réflexion spécialement brillantes. Nous ferons pour les juristes la même hypothèse que l'anthropologie des sciences fit naguère pour les savants : laissons provisoirement de côté la dimension proprement mentale pour nous intéresser à la *matière* de leur activité, en faisant la supposition que ce n'est pas la forme de ce qu'ils pensent mais plutôt le *contenu* qui explique probablement leur façon particulière d'avoir raison[3]. La seule différence avec les sciences, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, vient de ce que la matérialité sur laquelle travaillent nos conseillers n'a pas l'épaisseur de celle d'un laboratoire : il faut se donner un peu plus de mal pour la faire toucher du doigt au lecteur non juriste. En anthropologie des sciences, la matière était trop visible et les textes pas assez ; en anthropologie du droit, c'est l'inverse, les textes sont omniprésents, leur matérialité invisible.

---

1 Voir pour cela les excellents travaux de C. PERELMAN, *Traité de l'argumentation* (1968), plus récemment de S. MCEVOY, *L'Invention défensive* (1995).

2 Dans un très beau livre, E. HUTCHINS, *Culture and Inference* (1980) avait montré que l'on se trompait en attribuant des capacités ou des incapacités cognitives aux Trobriandais : c'était leur droit foncier, d'une affreuse complexité, qui faisait dire aux colons ignorants (et aux premiers anthropologues) que ces « malheureux sauvages » « pensaient » de façon fautive. Avant de se prononcer sur les modes de pensée, suggérait Hutchins, mieux valait reconstituer leur droit. En règle générale, le contenu des raisonnements compte toujours infiniment plus que le fort banal contenant.

3 Pour une justification de cette hypothèse, voir B. LATOUR, *La Science en action* (1989), E. HUTCHINS, *Cognition in the Wild* (1995), L. SUCHMAN, *Plans and Situated Actions* (1987).

Commençons par suivre une affaire banale, reconstituée artificiellement comme les autres, à partir de plusieurs interactions, et qui va nous permettre de repérer ce que les sémioticiens appellent, lorsqu'ils font l'analyse de la dynamique d'un roman, la circulation ou le transfert des *objets de valeur*[4]. Bien que les raisonnements soient invisibles à l'observateur équipé d'un simple carnet, il existe néanmoins dans les phrases prononcées par les membres des marques *explicites* du changement de leurs positions vis-à-vis de la nature des dossiers auxquels ils ont affaire et dont chacune indique le passage, le mouvement, la métamorphose d'une force particulière dont il nous faut reconstituer la dynamique. Ce sont ces traces plus ou moins reconnaissables qui vont nous servir de prises empiriques et qui nous permettront d'assurer notre commentaire sur une base qui ne sera pas trop fragile, le lecteur pouvant toujours vérifier par lui-même si nous surinterprétons les documents ou non. Nous allons chercher à saisir ce que les conseillers font *passer* à travers leurs interactions, qui leur permet de qualifier la valeur de leur travail. Pour reprendre une expression de la théorie des actes de langage : à quels signes reconnaissent-ils les *conditions de félicité* ou *d'infélicité* de l'énonciation juridique ?

Parmi les légères tensions qui parcourent le Conseil, il y a d'abord cet examen permanent que chacun passe devant tous les autres au cours des séances d'instruction et de délibération afin de prouver à ses collègues la qualité de son travail. Cela commence mal aujourd'hui, en cette chaude journée de juin, pour le rapporteur (tour extérieur politique) qui subit une légère diminution de son autorité lorsque, chose très inhabituelle, il se fait interrompre au milieu de la lecture de sa note par le réviseur qui s'adresse à la sous-section en disant : « Ça dérape là, car il y a un moyen qui n'est pas cité. » Notons ce dérapage, et comptons comme le premier de nos objets de valeur le poids, l'*autorité*, d'un membre, son aptitude à parler sans être interrompu, à emporter l'adhésion de ses collègues quand il opine. Cet « objet » particulier, le poids d'un membre vis-à-vis de ses collègues, va se modifier de séance en séance, et pendant toute la durée de la vie au Conseil, en fonction

4 « Le discours narratif se présente souvent sous la forme d'une circulation d'objets de valeur : son organisation peut alors être décrite comme une suite de transferts de valeurs. » A. J. Greimas, J. Courtès, *Sémiotique* (1979), p. 415.

des affaires et des dossiers, à cause de ce continuel brassage, drossage et concassage des avis frottés les uns contre les autres, usés comme des meules, polis comme des galets par des gens qui se voient constamment, siègent côte à côte par demi-journées entières et finissent par se connaître avec ce mélange de respect, d'égalité, d'indifférence et d'autonomie de moines dans un couvent collaborant sans hiérarchie marquée à la même tâche intellectuelle.

Dorval (après avoir interrompu la lecture) : Pour gagner du temps à la sous-section, je dois dire que je suis en **désaccord** avec le rapporteur : il y a un moyen qu'il n'a pas vu et qui me paraît fondé ;

Comme nous l'avons déjà vu, ces fameux moyens n'ont pas toujours une extrême clarté : on peut les regrouper, les faire émerger, ou, comme c'est le cas ici, ne pas les voir, même s'ils ont été pourtant mis en exergue par les avocats ;

(Résumant l'affaire à la place du rapporteur au lieu de le faire, comme d'habitude, après lui :) Ce sont des experts-comptables ; il y a eu publicité illicite sur minitel ; 14-1-1989 décision de classement par la chambre régionale de discipline ; décision **qui n'est pas** au dossier je le signale ;

Être ou ne pas être au dossier, telle est toujours la question, puisque c'est ce qui fournit la preuve d'une affirmation ; dans le cas présent, il s'agit soit d'une erreur du plan d'instruction (la sous-section n'a pas fait son travail), soit d'une mauvaise réponse de l'une des parties qui n'a pas bien argumenté son cas ;

M. Huntel a fait appel ; Sofinomel a été condamné par un blâme avec une inscription au dossier ; Sofinomel vous défère dans les délais en cassation, alors que le conseil de l'ordre des experts comptables vous demande de **rejeter** la requête ;

Le Conseil sert de juge à une multitude d'organisations professionnelles, ordres des médecins, des experts-comptables, etc. ; la situation de jugement est maintenant clairement ouverte avec les deux parties face à face : l'une qui demande l'annulation de la décision punitive de l'ordre, et l'ordre qui demande le rejet de la requête ; l'expression « dans les délais » rappelle que les affaires ne peuvent se mettre en route que dans des délais rigoureux, généralement de deux mois[5] ;

Les rapporteurs successifs vous rejettent tous les moyens, mais sans **répondre** sur le **seul** moyen fondé ; il y a un **problème** d'interpré-

5 Faute de quoi on dit qu'il y a « tardiveté » et l'on renvoie l'affaire qui n'a même pas à être examinée. Cette rigueur dans les délais, malheureusement, ne s'applique pas au jugement lui-même qui peut traîner des années…

tation de la requête, c'est explicitement soulevé, il est **moins clair** dans l'ampliatif ;

> Comme cette affaire a traîné, elle a eu plusieurs rapporteurs successifs ; aucun n'a été vraiment compétent, d'après le réviseur ; « ampliatif » signifie que le requérant a fait suivre sa requête d'un nouveau document écrit ; rappelons-nous que le juge ne peut soulever que les moyens explicitement argués par les parties ; or, toute la discussion va porter sur la question de savoir si ce moyen-là, visible dans un document mais obscur dans l'autre, a été soulevé ; le travail d'interprétation, ce que l'on appelle un « effort », est admissible mais dans certaines limites, lesquelles sont toujours définies à chaud ;

Le 8 avril 1992, dans sa requête initiale, la société fait valoir que la chambre de discipline a pris une décision irrégulière en **statuant en séance non publique** ;

> Derrière ce minuscule point de droit, tous les conseils de discipline professionnels français tremblent car de plus en plus d'instances de jugement ne remplissent pas les conditions requises par le droit européen concernant « un procès équitable[6] » ;

Ce qui n'est **pas discuté** ;

> L'expression ne veut pas dire que c'est vrai, mais que la partie adverse ne l'a pas contredit et donc, d'après le dossier, on peut considérer cet élément de dossier non contesté par la partie adverse comme un *fait établi*[7] ;

J'estime que le moyen est soulevé dans l'ampliatif de 1994 : on ne peut pas dire que le moyen soit **abandonné**, bien que Paridole (l'avocat) **noie** le moyen dans une série d'arguments (Dorval lit l'ampliatif) ;

> Le réviseur a toujours le problème de faire émerger le moyen malgré sa présence quasi subliminale, et l'effort de son avocat pour le « noyer » ; en règle générale, les avocats à la Cour ont plutôt mauvaise réputation et sont toujours accusés de ne pas faire correctement leur travail — bien que l'extraction des moyens ait déjà été faite par eux et qu'ils ne soient pas avares, en retour, de plaintes sur le travail des conseillers… ;

Voir par exemple une affaire plus récente en Section M. DIDIER, 19-11-1999 à propos d'un jugement de la commission disciplinaire de la COB jugé peu équitable (décision, là encore, de rejet).

Nous reviendrons longuement dans le chapitre 5 sur cette étonnante définition du fait, qui n'a qu'un rapport d'homonymie avec le sens scientifique du terme : ici est un fait pour le juge ce qui, en suivant le contradictoire, n'a pas entraîné de réplique.

En plus, en 1994, nous n'avions **pas** rendu notre décision Maubleu[8] ;

Cet arrêt d'Assemblée, donc d'un poids maximum[9], rejetait un appel semblable d'un requérant qui voulait mettre l'ordre des avocats en infraction avec la Convention européenne des droits de l'homme ; depuis sa lecture, le 14 février 1996, il devient plus facile aux avocats de formuler le moyen dont l'évidence logique s'est par conséquent *renforcée* ; le rapporteur veut dire que, si la sous-section n'acceptera plus de faire *aujourd'hui* un effort pour discerner un moyen même obscur dans une requête embrouillée (puisque l'avocat n'a plus maintenant qu'à « faire du Maubleu »), l'indulgence se justifie pour un cas datant de 1994 : le moyen était là en pointillé, pas encore dégagé par « notre décision » ;

Éclairé par la formulation initiale du moyen (il lit la première requête) **même s'il n'est pas articulé explicitement** sur la Convention européenne des droits de l'homme, **dans la ligne** de Maubleu 14-2-96 vous avez déjà annulé pour non-publicité des débats… (il cite une affaire de dentiste, puis une autre, puis une troisième) ;

Le réviseur, emporté par son enthousiasme, fait de l'arrêt Maubleu un usage rétrospectif en essayant de rendre cohérent le jugement de 1996 avec la plainte exprimée en 1992, en supposant dans celle-ci une demande non exprimée mais déjà présente ; il ne s'agit pas tant de faire rentrer le cas dans un type que, ayant modifié le type, de faire changer les cas ;

Le président de sous-section Luchon : Attends ? tu dis ? (il note les arrêts) ;

Le président a la redoutable charge de vérifier l'écriture de tous les textes qui sortent de sa sous-section ; il est donc important, même s'il n'est pas réviseur, qu'il puisse vérifier les précédents pour se préparer à l'approbation finale du jugement rédigé, une fois passé la phase du délibéré pour laquelle on se prépare aujourd'hui ;

Dorval : On a, vous avez annulé dans tous ces cas d'ordre professionnel ;

Les cas sont comme on dit « topiques » puisqu'ils concernent des ordres professionnels qui ont un air de famille avec le cas présent ;

---

8 Assemblée 132.269, 1996-2-14, M. Marchand rap. M. Sanson, c. du g.

9 Rappelons que l'Assemblée du Contentieux réunit les présidents des six sections du Conseil d'État en présence du vice-président. Par ordre d'importance décroissante, on trouve ensuite la Section (le Contentieux seul mais avec tous les présidents de sous-section), ensuite les sous-sections réunies, puis la sous-section jugeant seule, enfin le président de section jugeant par ordonnance.

Le seul **obstacle** c'est le texte du décret de 1945 sur l'ordre des experts-comptables ; on dit (lisant) « les séances des chambres de discipline ne sont **pas** publiques » ;

Il y a maintenant un « obstacle » à son interprétation pour extraire le fameux moyen à peine mentionné et cet obstacle l'empêche d'avancer : c'est un texte parfaitement explicite de 1945[10] ; la requête de 1994 est donc prise entre un faisceau de textes venant de 1945 qui obligent au rejet, un ensemble de précédents qui obligent à annuler, et le poids rétroactif de Maubleu en 1996 qui pousse à l'annulation bien qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet[11] ; le suspense est donc de savoir si le réviseur va réussir à affaiblir l'ordonnance de 1945 qui bloque son interprétation ;

Mais il faut **écarter** ces dispositions comme **vous** l'avez fait pour la Chambre des chirurgiens-dentistes, pour (il cite plusieurs décisions) ; il faut l'écarter (l'ordonnance de 1945) car le pouvoir réglementaire est **tenu** au respect des traités ; donc **pas de discussion** pour moi ; j'ai **refait** le projet ;

Argument massue : un texte de 1945 ne peut pas supposer une illégalité constituée par un traité international même plus tardif[12] ; donc, l'obstacle de l'ordonnance de 1945 s'est volatilisé, et la discussion est terminée, pour le rapporteur du moins qui, dans la foulée, a réécrit un projet[13] complètement différent de celui du rapporteur ;

(il lit son dispositif :) « L'article 6 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; méconnu par l'article du décret en Conseil d'État de 1945 » ; dès lors annulation, renvoi à l'instance, condamne la Chambre à 10 000 F[14].

---

10 Les ordonnances (forme particulière de lois ne demandant pas l'accord du Parlement) de 1945 ont un poids considérable puisqu'elles refondent l'État après l'effondrement, la parenthèse, de Vichy.

11 Les arrêts qui font évoluer la jurisprudence sont souvent des arrêts de rejet. « En fait on s'attache à juger en équité et ensuite on bâtit une solution adaptée ; ou inversement, peu importe la décision, nous sommes indifférents à la solution, et nous sommes uniquement intéressés au droit, c'est pourquoi nous aimons tant les grands arrêts de rejet, c'est contradictoire » (Entretien commissaire du gouvernement). N'oublions pas que le rejet et l'annulation organisent tout le raisonnement comme la droite et la gauche, ou le nord et le sud.

12 Rappelons que depuis le célèbre arrêt *Nicolo*, le Conseil d'État a modifié la hiérarchie des normes : les traités internationaux priment sur les lois françaises, même postérieures, et, bien sûr, priment sur les ordonnances antérieures. Nous reverrons ce problème de hiérarchie dans l'affaire suivante.

13 Dans le projet — qui est rappelons-le un brouillon de l'arrêt tel qu'il peut sortir de la future séance de jugement si la sous-section est suivie — on appelle dispositif l'ensemble des considérants (voir chapitre 2).

14 Il n'y a aucune difficulté à annuler une décision qui s'appuie sur un texte de 1945 rendue caduque par un texte signé trente années plus tard ; les juristes pratiquent

La discussion est donc terminée, le moyen extrait, les obstacles levés, l'annulation de la décision attaquée projetée dans le dispositif, les précédents d'annulation alignés les uns les autres comme les cailloux du Petit Poucet dans la forêt obscure. Nous venons d'assister à un petit drame au cours duquel un deuxième objet de valeur, le *sort de la requête* que des rapporteurs malhabiles et des avocats incompétents avaient malencontreusement étouffée, mais qui s'est retrouvée heureusement sauvée, exprimée et recueillie par le réviseur, après avoir failli périr à cause du texte de l'ordonnance de 1945 que la puissance de « notre arrêt Maubleu », bien que postérieure, a heureusement annihilé. Au projet du rapporteur qui obéissait à une autre intrigue, s'est maintenant substitué celui du réviseur qui mérite en effet bien son nom. Couronnement final : le projet n'a plus qu'à être approuvé par la sous-section puis accepté tel quel en séance de jugement[15].

Et pourtant, en quelques secondes, les choses vont se gâter pour le réviseur comme il les avait gâtées pour le rapporteur interrompu de façon brutale dans sa lecture. Pour comprendre la véritable passe de jiu-jitsu qui va suivre, il faudrait pouvoir dresser le portrait du second réviseur, assis à la gauche de la présidente. De même que, dans *Le Parfum* de Süskind, Grenouille extrayait, à partir des chevelures de toutes les filles qu'il avait sacrifiées, la fragrance impérissable de la Femme, de même ce réviseur précipite en un seul personnage, en un ton de voix, en un corps, la tonalité particulière au Conseil d'État. Parvenir à le décrire, ce serait portraiturer toute l'institution. Après que le premier réviseur a fini de parler, Le Men, d'un ton poli, prévenant, patelin, méfiant, sûr de lui, modeste, prend la parole, le buste légèrement penché en avant, l'air gourmand, interrogatif :

> **Le Men** : Le projet est orthodoxe ;...mais, c'est amnistié cela ? la loi de 1995 est passée, c'est un non-lieu (qu'il faut faire) ;
>
> **Dorval** (arrêté net) : Je me suis posé la question... (très embêté) mais comme on donne raison aux requérants... ;

---

un art de l'anachronisme impossible aux historiens et sur lequel il faudra plus tard nous interroger. Le temps, pour eux, ne passe pas comme pour les autres professions.

15 Rappelons que pour les affaires simples on reste en « sous-section jugeant seule » : ce sont donc exactement les mêmes conseillers qui instruisent et qui délibèrent ; la seule différence, c'est qu'ils auront à discuter de nouveau entre eux, mais après avoir écouté le commissaire qui, à l'instruction, ne fait que prendre des notes en silence.

Le Men (plus ferme) : Ah non, non, le non-lieu **prime**, c'est l'amnistie là ; un blâme c'est **typiquement** ce qui est amnistié ;

En un quart de seconde, le terrain a complètement changé : pas la peine d'aller chercher aussi loin que dans la Convention européenne : une loi toute proche se charge de tous les blâmes et fautes vénielles ;

Le président Luchon : C'est intéressant ça ;

Nouvel et troisième objet de valeur. L'intérêt n'est pas dans l'histoire du requérant — blâmé injustement ou justement peu importe puisqu'on ne va même plus avoir à examiner la requête — mais dans la *dynamique* même du raisonnement qui a fait passer la sous-section en si peu de temps d'un terrain à un autre ; le petit mot « c'est intéressant » fait toujours briller l'œil des conseillers sensibles au drame intellectuel du changement de terrain : plus il y a d'obstacles à lever, de dérapage et de renversement, mieux c'est ; que les deux réviseurs puissent dire simultanément, mais pour des raisons totalement différentes, « pour moi, il n'y a plus de discussion », voilà qui éveille localement l'*intérêt* ;

Prenons les choses dans l'ordre. Le non-lieu ? (cherchant dans sa tête et se tournant vers la secrétaire assise dans le coin :) vous voyez ce que je veux dire, à quel dossier je pense ?

La secrétaire de Section (avec la rapidité d'un double clic) : C'est « Commission bancaire »[16] !

Luchon : Ah merci, il faut juste récupérer le cas ; vous pouvez le trouver ? (la secrétaire sort de la salle pour aller le chercher) ; c'est un moyen d'ordre public, on va le rédiger en séance ;

Le poids du second réviseur est tel, par rapport à celui du premier, que le président passe aussitôt avec armes et bagages, ou plutôt secrétaire et dossier, à la solution qu'il propose ; comme on vient récemment de traiter un cas semblable dont le nom lui est soufflé par sa secrétaire, on va directement *recopier* le dispositif de l'un pour écrire le nouveau ; « pas la peine de s'embêter, on va le faire sur-le-champ » ; les moyens d'ordre public sont les seuls que le juge peut soulever *lui-même* alors même qu'aucune des parties ne les a soulevés ; au lieu de se lancer dans un travail compliqué pour mettre 1992 en accord avec « Maubleu 1996 », on va revenir à la routine du copier/coller… : l'affaire qui pataugeait va brusquement pouvoir avancer très vite ;

16 Quand l'article avant une affaire disparaît c'est que l'on cite un de ces précédents connus amicalement par leur petit nom : « Commission bancaire » comme tout à l'heure « Maubleu » ou « Chambre des vétérinaires ».

Le Men : Il faut **quand même** que ce ne soit pas « contraire à l'honneur et à la probité » ; comme c'est un blâme, ce n'est pas très grave ; je vois ça **souvent** ailleurs[17] ; le blâme pour publicité est toujours amnistié ; le requérant n'a pas organisé un système frauduleux ? l'amnistie c'est fait pour cela ;

Aucun triomphalisme dans la voix du réviseur qui se fait à lui-même une objection toute en rondeur et, comme toujours au Conseil, mêle une définition juridique (« c'est le but de l'amnistie »), un jugement sur l'importance des choses (le « blâme » prouve que la faute est légère et que le requérant n'a pas fraudé gravement) et un témoignage vécu dans sa propre expérience hors du Conseil (« je vois ça souvent ») ;

Dorval (lit le jugement attaqué avec les détails du montage minitel) ;

Rien dans son attitude, nous y reviendrons au chapitre suivant, n'indique qu'il ait souffert d'avoir été mis aussi vivement en contradiction ; lui aussi, sans coup férir, est passé sur le terrain de son collègue et ne fait que vérifier que l'affaire est bien vénielle et donc couverte par l'amnistie ;

Luchon : On **s'arrête là,** on verra si le dossier « Commission bancaire » fonctionne ; je veux bien faire une ordonnance ; on a plein de choses en sous-section jugeant seule, ce n'est pas la peine **d'encombrer** ;

L'ordonnance permet au président de sous-section, pour les affaires sans importance, de les décider seul ; « fonctionner » veut dire que le précédent est tellement semblable qu'il n'y a qu'à changer les noms des plaignants, qu'on est là dans un automatisme.

Nous rencontrons là, dans le souci soudain du président de ne pas « encombrer » ces sessions avec une affaire qui a complètement changé d'importance depuis l'intervention éclair du second réviseur, un quatrième objet de valeur, celui dont les présidents de sous-section et de Section administrative doivent se préoccuper constamment : le flux des dossiers qui doivent passer comme de simples stocks et qui exigent des compétences de gestion et d'organisation comme celles de tout directeur d'usine ou autre

17 Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, en plus de leurs activités dans le Conseil, les membres siègent ès qualités dans un nombre immense de positions officielles (près de quatre cents). Ces positions ne doivent pas être confondues avec toutes les activités poursuivies privément : cours, conférences, associations, etc. Voilà un bon exemple de ces retours d'expérience qui assurent un lien toujours plus serré entre les faits et le droit.

responsable des « flux tendus ». Comment éviter les pertes de charge, répartir également le travail, empêcher des délais d'attente vraiment trop scandaleux, obtenir ce qui est le but de tout organisateur : le zéro défaut — sinon le zéro délai ? Une réunion régulière des présidents de sous-section avec le président de la Section du Contentieux permet de faire le point sur l'engorgement des sessions, le rôle des différents commissaires du gouvernement, les « statistiques » de chacun des membres qui permettent d'ajouter une prime à leur rémunération. Mais ces réunions n'engagent pas de fonctions proprement juridiques, il s'agit plutôt de bien administrer le fonctionnement régulier et sans heurt des flots de dossiers. Nous sommes là dans la *logistique*. Bien évidemment, c'est le président de sous-section qui en parle le plus car c'est lui qui a la charge de cette gestion aussi lisse que possible de l'institution.

Continuons l'échange jusqu'à la fin de l'épisode pour voir comment se mêlent les trajectoires des différents objets de valeur que nous venons de distinguer :

Luchon : Sur l'article 6-1 (de la Convention européenne) est-ce que c'est fondé ? est-ce que le requérant le soulève ? On va être plus d'accord sur le premier point [l'amnistie] que sur le second ;

Le rapporteur : Moi, je ne me suis **pas senti autorisé** à recueillir le moyen ; c'est nous qui le soulevons ; ils parlent bien de la Convention des droits de l'homme, mais sur la liberté d'expression ;

> Le rapporteur, en position de faiblesse, avoue son infériorité relative par rapport au réviseur, Dorval, qui était prêt à faire avancer la jurisprudence en enfonçant le clou de l'arrêt Maubleu ; lui, à l'inverse, ne s'est pas « senti autorisé », ce qui en dit autant sur la force relative du conseiller que sur la puissance du moyen « soulevé » puis « noyé » par l'avocat ; le conseiller fort est justement celui qui se « sent autorisé » à « recueillir » un moyen abandonné ; les moyens sont bien des objets de valeur qui ont besoin d'adjuvants et de multiples soutiens au cours de leurs longs périples afin de prospérer ;

Le Men : Oui mais c'était avant Maubleu ;

Luchon : Oui, on l'a utilisé trois fois, mais si le moyen n'est pas soulevé, la sous-section va être **divisée** (il regarde la requête réinterprétée par Dorval) ; généralement, la jurisprudence de la sous-section c'est que si un moyen n'est pas repris dans l'ampliatif, il n'est **pas** soulevé ;

> « Jurisprudence » est ici métaphorique puisqu'il désigne les habitudes de chaque sous-section, qui a ses petites manies et qui peut en changer au besoin, comme le rappelle l'adverbe « générale-

ment » ; le président s'appuie sur la tradition particulière à la « jugeant seule » ; la « division » de la sous-section renvoie aux désaccords qu'il sent inévitables entre Dorval et les autres sur la question de savoir si oui ou non le moyen a été soulevé ;

Le Men : Surtout quand il y a un cabinet d'avocats, comme Paridole, très compétent ; d'habitude il y a dix moyens ; à mon avis ils l'ont abandonné **clairement** ; ils ont vu que la jurisprudence ne **passerait** jamais (avant Maubleu) ;

Comme il y a des avocats, qu'ils sont compétents, que eux aussi ont leurs petites habitudes bien connues du Conseil (des moyens par treize à la douzaine), tout cela pousse à dire que le moyen n'a pas été soulevé, que les avocats ont senti qu'il ne « passerait pas », qu'il ne franchirait pas l'obstacle, et que donc, pour une deuxième raison, le réviseur se trompait ; on mêle alors ici le sort des moyens avec l'autorité respective des avocats et des réviseurs qui ont subi dans l'épreuve une légère modification ;

(...) **Luchon** (après la pause devant le dossier) : On **recopie** la COB (dossier demandé à la secrétaire) ; j'ai rédigé le moyen d'ordre public ; je n'aurais pas signé l'ordonnance seul ; on en a parlé en instruction, **c'est bien** ;

Travail de clôture, auto-évaluation par le président de son propre jugement avec une reconnaissance du rôle toujours capital de la discussion entre pairs (« c'était trop délicat pour que je le fasse seul »), même si, en l'espèce, on aboutit à une ordonnance signée par lui seul. Cette sorte de contrôle-qualité, que surveille du coin de l'œil, pendant toute la discussion, le président, indique la présence d'un autre objet de valeur, la qualité du débat lui-même, qui doit faire l'objet d'une grande vigilance.

Reconnaissons que ces petits drames, ces micro-saynètes, ces opéras de poche, ont peu de spectateurs et ne pourraient passionner les foules. Pourtant, il s'agit bien de drames : rien n'y manque, en effet, ni les héros, ni les épreuves, ni les adjuvants, ni les opposants, ni les traîtres, ni, en fin de compte, les triomphes. Faisons la somme très provisoire des objets de valeur que nous venons de voir avancer à travers les épreuves :

a) à l'*autorité* variable des membres qui change en fonction de leur succès à faire progresser les affaires, ajoutons :
b) le *cheminement* de l'affaire, dont les moyens prospèrent ou sont rejetés, en fonction de l'action continuelle des avocats, rapporteurs, réviseurs et juges, dont les uns poussent pendant que les autres tirent,

c) l'*organisation* des flux de dossiers pris en main par la gestion des présidents de sous-section et qui doivent faire l'objet d'une gestion rigoureuse,
d) les modifications de l'*intérêt* qui permettent aux membres de qualifier, en temps réel, la dynamique de leur propre évolution, les cas « sans intérêt » étant ceux de pure routine, et les cas « très intéressants », nous en verrons plus tard quelques-uns, ceux qui obligent à juger quelque chose de nouveau,
e) le *poids* variable de la jurisprudence qui subit, de dossiers en dossiers, selon qu'une solution est reprise ou non, soit une relégation progressive, soit au contraire une élévation et un renforcement, comme ici « Maubleu »,
f) enfin le *contrôle-qualité*, exercé en permanence par les membres, mais surtout par les présidents, qui leur permet de sentir si la discussion est honnête, la justice rendue, l'instruction close[18].

Dans cet ensemble de subtiles transformations, il ne s'agit pas exactement, on le comprend aisément, de raisonnement, comme si un flot d'idées homogènes s'enchaînaient plus ou moins logiquement. Il ne s'agit pas non plus d'un corps régulier de textes qu'il suffirait de coudre ensemble pour en produire un autre. Il ne s'agit pas non plus du passage hésitant d'un texte étalon « appliqué » à un élément de fait, comme si l'on cherchait à identifier, à partir d'un Atlas des oiseaux de France, la catégorie « canard » à partir de telle vision fugitive d'un plumage filant sur un étang. Le passage du droit se manifeste d'abord par la modification que subissent, à travers les tribulations de l'épreuve, tous ces objets de valeur dont la circulation se trouve accélérée ou ralentie. Au cours de ce petit épisode, toute une série de tenseurs, de vecteurs, de courants, de pressions, se trouvent légèrement réarrangés. Les sujets prennent ou perdent de l'intérêt, les réputations se font et se défont, les réviseurs, rapporteurs, avocats et présidents gagnent de l'assurance et de l'autorité ; on dérape ; on franchit des

18 Greimas a bien vu cette particularité du droit dans l'explicitation continuelle de son processus : « La pratique juridique est en même temps une *procédure récurrente de vérification* de la validité du langage juridique institué. » A. J. GREIMAS, « Analyse sémiotique d'un discours juridique » (1976), p. 91. Réflexivité particulière au droit car elle n'implique, à l'inverse, malgré son ubiquité, son anxiété, aucune recherche des fondements.

obstacles ; on soulève des moyens ; on ne passe pas ; on glisse sur un autre terrain ; on renforce des précédents ; on révise des interprétations. Ne nous pressons pas de distinguer lequel de ces véhicules transporte le droit « pur » et lesquels lui servent seulement d'accompagnement ou de parasite.

Dans le raisonnement juridique, tout compte

Après cet examen d'un renversement d'opinion, essayons de réunir la dynamique de ces objets de valeur avec le mouvement des dossiers que nous avons suivi au chapitre 2 pour préciser davantage le mouvement de ceux qui « disent » le droit. Pour ce faire, nous devons lever deux obstacles opposés qui risquent de freiner notre démarche : il y a d'abord cette idée, fort répandue, que le droit serait une sorte d'emballage des relations de pouvoir[19]. Pour accéder à la réalité du travail des juristes, il ne faudrait pas suivre ce qu'ils font, mais traverser les apparences formelles, gratter la surface technique, pour atteindre la dure et solide réalité des intérêts et des passions. Derrière les faux-semblants du jugement, il y aurait la force irrésistible des préjugés, en tout cas des présupposés. Si c'était vrai, les membres du Conseil ne feraient donc pas grand-chose d'autre que de repeindre dans les couleurs ternes du droit les chatoiements trop violents de la société ; le gris passe-muraille, l'ennui mortifère des questions techniques, auraient bien une fonction : celle de brouiller l'attention des dominés, en dissimulant par un camouflage élaboré les rapports de pouvoir qu'il faudrait au contraire apprendre à renverser[20].

---

19 La formulation canonique en est offerte par Pierre Bourdieu : « En faisant accéder au statut de *verdict* une décision judicaire qui doit sans doute plus aux dispositions éthiques des agents qu'aux normes pures du droit, le travail de rationalisation lui confère l'*efficacité symbolique* qu'exerce toute action lorsque, méconnue dans son arbitraire, elle est reconnue comme légitime. » P. Bourdieu, « La force du droit » (1986), p. 8. La crudité de l'argument n'est que finement voilée par l'idée d'un « champ juridique autonome » qui permet au sociologue de dévier astucieusement l'accusation de sociologisme. Au bilan, le droit n'a pas d'autre force que celle de l'arbitraire et de la domination qu'il ne fait que « légitimer ». Malgré le déni de l'analyste, la forme juridique n'ajoute rien si ce n'est l'impossibilité d'en critiquer les ressorts qu'elle dissimule derrière sa pseudo-rationalisation.

20 C'est ce que font souvent les sociologues critiques lorsqu'ils utilisent le mot « légitimer », venu du droit, comme s'ils exprimaient une profonde vérité alors qu'ils ne font que poser une deuxième fois la question que pose l'énigme du droit. Légitimer c'est ajouter bien plus qu'une simple légitimation. Sur la critique

Le second obstacle consiste à réduire l'énonciation juridique à l'expression d'une forme, à l'application d'une règle, au rangement d'un cas d'espèce dans une catégorie générale. Cette fois-ci, pour comprendre le travail des juristes, il faudrait s'attacher à l'appareil formel en éliminant toutes les hésitations, les compromis, les négociations obscures qui éloignent les juges des seuls raisonnements véritablement juridiques. De même que les savants, lorsqu'ils tâtonnent dans leurs laboratoires, révèlent des faiblesses qu'il faut ensuite nettoyer de façon à extraire le raisonnement pur qu'ils auraient dû suivre et qui les a seul guidés — au besoin à leur insu —, de même la réalité du droit ne se trouve plus dans les hésitations de la pratique mais dans la structure des enchaînements juridiques, dissimulés aux regards, dont la présence invisible conduit tous les raisonnements et que le théoricien du droit, par un effort de reconstruction, permet de révéler[21]. On admettra sans peine que ces deux visions — le droit conçu comme déguisement ou comme formalisme[22]— nous obligeraient à abandonner le cours sinueux de la pratique pour attacher nos pas à une autre réalité, invisible aux yeux des acteurs, et qui expliquerait leur comportement : celle de la société et de ses violences ; celle de la règle et de sa logique propre. Or, comme nous le verrons au dernier chapitre, il n'est pas sûr que ces fondements du droit soient plus réels que le droit qu'ils prétendent expliquer. Si nous aurons à

---

de l'expression « légitimation », voisine de celle de « coordination », voir les remarquables analyses d'Olivier Favereau, essentielles à la sociologie du droit : « Au lieu de jeter l'anathème sur l'ensemble du champ juridique, il serait plus fructueux d'en exploiter davantage les ressources critiques, précisément parce qu'il ne faut en escompter ni une dynamique idéale de complète coordination ni une dynamique désespérante de complète reproduction. Le droit n'est pas forcément cette "force justifiée" dont parle Pierre Bourdieu, c'est-à-dire une justification au service de la force, il est plutôt *la force au service de la justification*. On dira que la différence est de peu, mais c'est ce peu qui trace la ligne de partage entre les sociétés travaillées par l'exigence démocratique… et les autres. » O. Favereau, « L'économie du sociologue ou penser (l'orthodoxie) à partir de Pierre Bourdieu » (2001), p. 298.

21 On reconnaît là l'épistémologie du droit, qui consiste toujours en une reconstruction à posteriori du noyau rationnel d'une discipline, comme sa consœur l'épistémologie des sciences.

22 C'est qu'il faut prendre très au sérieux la notion de « mise en forme » qui fait bien plus que dissimuler. « Le hibou juridique se lève après la chouette de Minerve » comme le dit drôlement G. de Geouffre de la Pradelle, « La réforme du droit de la nationalité ou la mise en forme juridique d'un virage politique » (1995). « Cependant, ajoute-t-il, il ne faudrait pas sous-estimer cet effet tardif : après tout, c'est ce qu'un peuple civilisé attend de l'institution d'un État de droit », p. 171.

douter de la notion de « pouvoir » et de « société », nous serons amenés aussi à mettre en question la notion de « règle de droit ».

Tout l'intérêt d'assister de près aux séances d'instruction, c'est de retrouver aussi bien les problèmes de pouvoir que de forme posés *explicitement* par les membres qui leur donnent, au cas par cas, des solutions qui nous éloignent aussi bien de la première vision — la dissimulation — que de la seconde — l'expression d'une règle. Loin de suivre les conseils opposés que nous donnent les sociologues et les épistémologues pour rejoindre la réalité profonde du droit, nous allons volontairement *rester à la surface*, suivre obstinément le parcours hésitant du jugement au cours duquel les juges avouent très clairement les préjugés tout en affirmant qu'ils ne suffisent pas à définir la solution, ou s'attachent passionnément à des formes tout en rejetant constamment le danger de tomber dans ce qu'ils appellent le « juridisme » ou le « formalisme ». Ni la reconnaissance des violences sociales, ni la présence des règles ne suffisent à prévoir le mouvement du droit. Il ne semble pas qu'il y ait besoin pour l'instant d'aller chercher d'autre réalité invisible que cette *sinuosité* même du raisonnement pour expliquer comment elle se fraye un chemin à travers tous ces obstacles. Ayant évité ces deux écueils — le déguisement du pouvoir et l'échafaudage formel — nous pourrons alors commencer à comprendre ce que font ces esclaves enchaînés à des piles de dossiers par de beaux jours d'été dans leur prison dorée du Palais-Royal.

Il n'y a pas de sujet où la brutalité des rapports de pouvoir soit plus clairement visible que celui des expulsions d'étrangers dont s'occupe le Conseil d'État. Voici donc une affaire — comme toujours artificiellement reconstituée afin de préserver le secret de la discussion — où se jouent la vie et la mort d'un homme, et dont l'instruction révèle sans conteste la présence des intérêts sociaux, des sentiments de classe chez les membres qui en discutent posément. Et pourtant, comme nous allons nous en apercevoir, le rapport entre le droit et la force n'est pas celui de l'habillage à la violence nue. Quelque chose d'autre est en jeu que nous devons nous efforcer de définir. Une fois les préjugés avoués, la question de la mise en droit commence. Le rapport n'est pas de la vérité à son camouflage, du contenu à l'emballage, mais du passage de la force au mouvement, si particulier, du droit.

Comme le lecteur devient sans doute au fil des pages de plus en plus familier avec le droit administratif, nous allons pouvoir peu à peu réduire les commentaires en incise et lui présenter des

morceaux de discussion plus longs, afin qu'il se forme lui aussi son propre jugement sans interruption intempestive de notre part. Aujourd'hui, le rapporteur de cette sous-section est un hobereau de province au ton et à l'aspect très aristocrates et qui n'a, on peut le penser, aucune espèce de sympathie pour un trafiquant de drogue lourdement condamné, étranger de surcroît, qu'un préfet veut expulser vers son pays natal. Le réviseur, comme toujours, est chargé de regarder à nouveau le dossier avant la séance et reprend la note du rapporteur mais en faisant saillir les seuls points qui méritent discussion.

Le Men[23](réviseur) : Oui, voilà un cas **intéressant**, simple mais compliqué ;

De Servetière (lisant la note) : Affaire d'expulsion ; M. Farouk fait appel ; il demande l'annulation du jugement ; il a raison ; le tribunal administratif est bien compétent, il n'avait pas à se déclarer incompétent ; on annule et on évoque[24]; cet Irakien serait mis à mort dans son pays, il invoque l'article 3 de la Convention européenne ; le moyen est **opérant**[25] ; il y a la loi Pasqua ; vous avez annulé en sous-section 2/6 ; l'Irakien cite un journal de 1989 qui ne **suffit pas à prouver** qu'il serait attaqué ou tué dans son propre pays ; il invoque l'art. 8 de la Convention des droits de l'homme ; je rejette ;

Le Men : Pas de problème de droit mais **en fait** c'est délicat ; le tribunal administratif s'est trompé ;

> Nous reconnaissons là le problème « intéressant » qui renvoie au travail même des membres de la Section et aux obstacles intellectuels qu'ils doivent surmonter ; nous retrouvons aussi le changement de poids qu'il faut accorder à un élément de jurisprudence ; le problème de droit est clos, le tribunal a eu tort de se déclarer incompétent, erreur grossière, la requête est accueillie ; l'expression « en fait » n'a pas le sens banal, mais le sens fort de « dans la réalité par opposition à la question de droit qui, elle, n'est pas difficile » ; ce petit mot signale que, comme dans toutes les affaires de

23 Rappelons que les pseudonymes stables amalgament des personnes empiriquement variées.

24 Comme dans le cas des pigeons p. 16, l'évocation est un privilège du Conseil d'État, cour de cassation qui peut non seulement casser et renvoyer à une cour d'appel, mais aussi traiter l'affaire au fond.

25 Les moyens « opérants » sont ceux qui ont assez d'énergie pour forcer tous les juges à faire avancer la cause. Dans le cas contraire ils sont dits « inopérants ». Ils peuvent aussi être opérants mais « manquer en fait ». Le terme « moyen » commence donc à prendre un sens capital et l'on comprend qu'il ait en droit seulement ce sens tellement spécifique.

droit des étrangers, le problème juridique ne suffit pas à clore la discussion ; le dossier qui circule en séance et que chacun peut consulter ne contient pour toute preuve des dangers de mort encourus par le requérant qu'un article de journal irakien traduit qui relate en termes très vagues la situation pénale de ce pays ;

M. Farouk est quelqu'un de **très négatif**, énorme trafic de drogue, interdiction définitive du territoire ; aucune preuve solide par l'avocat du Conseil d'État (qu'il risque sa vie), mais **quand même** l'Irak est désigné (comme pays d'expulsion) compte tenu de ce que l'on peut savoir ; son sort au regard de l'article 3, même si ce n'est pas sur l'article 8 ; il est marié à une Française, il a un enfant français ; c'est différent du 10 mai 1996, un élu algérien intégriste qui avait abandonné l'intégrisme, c'était **clair** ; mais là **j'ai un petit doute**, je le soumets à la sous-section ;

Comme le prévoyait l'aiguillage du « en fait », on passe à une définition factuelle du requérant, trafiquant de drogue, ce qui en vertu du Code pénal entraîne l'interdiction du territoire français, qui « entraîne de plein droit » la reconduite à la frontière [26] ; le personnage n'est pas recommandable, on ne va donc pas faire d'énormes efforts pour lui, son avocat ne l'a pas beaucoup aidé à monter son dossier[27] ; mais en même temps il y a une question de droit européen devenue chaque jour plus importante (le droit français est-il en contradiction avec l'article 3 ou l'article 8 ?) et une question de géopolitique sur la situation des droits de l'homme en Irak ; tout cela crée un « petit doute » qui suspend le jugement, le fait hésiter et oblige à la discussion collégiale ;

Dorval : J'ai des **doutes** mais il faut produire des **preuves** ; pourquoi l'avocat ne produit-il rien ? c'est cela qui me convainc (de douter comme Le Men), car ce qui **se passe** en Irak est vraiment inquiétant ;

« Produire », nous l'avons vu, est un terme technique, verbe intransitif qui veut dire répondre, répliquer ; le second réviseur n'a aucune hésitation à exprimer un avis direct sur la situation politique ; alors que lui-même sait des choses sur l'Irak, en quelque sorte directement par les médias, pourquoi l'avocat n'est-il pas capable de présenter des preuves en faveur de son client ?

---

26 Principe de la double peine qui est à l'origine d'un fort mouvement de contestation des organisations humanitaires et de certains partis politiques.

27 On retrouve les piques ordinaires du Conseil sur le mauvais travail des avocats, lesquels bien évidemment affirment que le Conseil s'approprie sans vergogne leur labeur, en particulier dans l'extraction des moyens à partir de la mélasse informe que leur apporte la plupart des requérants, plaintes inarticulées qu'ils sont pourtant parvenus à transformer en requêtes recevables.

Perrouard (commissaire du gouvernement) : Ce qui m'ennuie plus c'est l'existence de la peine de mort pour trafic de drogue ; ça, ça **fait bloc** avec la Convention (européenne des droits de l'homme) ; c'est sûr en Irak ? il faut **vérifier** ; ça, ça **m'ennuie** un peu ; c'est un peu **plus juridique** ; c'est un pays qui applique la peine de mort aux trafiquants, or on va le renvoyer en disant « c'est un trafiquant » ;

Normalement, le commissaire du gouvernement ne prend pas la parole mais, comme il se prépare déjà à rédiger ses conclusions, il pousse la position du préopinant qui n'utilisait que le bon sens dans une direction « plus juridique » ;

Le président Luchon : Mais attention c'est le judiciaire qui n'a pas respecté la Convention et l'article 3 en l'expulsant indéfiniment ; est-ce que le juge administratif **peut** appliquer quelque chose de contraire à l'article 3[28] ?

Le Men : Ça, **c'est jugé** ; on ne peut **rien** nous dire, c'est la chose jugée ; **on est lié** : le tribunal administratif ne décide **que** du pays d'expulsion, l'expulsion est faite par le judiciaire ;

On retrouve la répartition des tâches — très bizarre en pareil cas — entre les deux branches du droit français ; dans ce cas, le droit administratif ne peut s'intéresser qu'à la décision du préfet choisissant le pays d'expulsion ; tout le reste dépend du judiciaire et les juges du Conseil d'État, aussi éminents soient-ils, sont *liés* ; ils ne peuvent rien faire ; or M. Farouk a déjà été jugé et les juges judiciaires ont déjà prononcé son expulsion (autorité de la chose jugée), la seule marge de discussion pour la sous-section est de savoir si le préfet a commis un excès de pouvoir en le laissant partir en Irak ;

Luchon (indigné) : Attends, on ne peut pas remettre une question aussi **importante** à l'habileté de l'avocat ; **on voit** à la télé des choses horribles ;

Bruyère : C'est un extrait de presse, ça ne **vaut** rien ;

Dorval (ennuyé, se tournant vers le rapporteur) : Mais **c'est vrai** qu'il risque la peine de mort ?

De Servetière : Mais je n'en sais rien moi ! **C'est à l'avocat** de nous citer des cas… ; d'accord on ne peut pas demander à l'avocat de prouver que lui, M. Farouk, en particulier, risque la peine de mort, mais il y a quand même des organisations des droits de l'homme (capables de nourrir le dossier), etc. ;

Luchon : Est-ce que l'on **peut** le savoir ?

28 « Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains et dégradants. »

Bruyère : Mais comment le saurait-on, si l'avocat ne le peut pas ? Demandons au Quai (d'Orsay) ; mais de toute façon qu'il soit opposant ou non, ça ne fait pas un pli (geste de couper le cou) : « couic » ;

Le Men (un peu choqué) : On ne va pas passer par la voie **officieuse**, se renseigner ; si on veut que ça figure au dossier, il faudra que l'on puisse faire faire une réplique (par le ministère de l'Intérieur) ;

Le réviseur est choqué par l'expression brutale de Bruyère, vieux briscard de l'État fort à la de Gaulle et en même temps par l'idée d'un mouvement informel d'information — ou choqué davantage par le second point que par le premier… ; en effet, ce que demande le président revient à un supplément d'instruction qui, pour respecter le principe du contradictoire, doit faire l'objet d'une réplique : on ne peut pas ajouter en faveur de M. Farouk un fait « informellement » sans donner à la partie adverse la possibilité de répliquer ;

Luchon : Est-ce que c'est **scandaleux** de demander au ministère de l'Intérieur ? On **peut faire ce que l'on veut,** on se considère toujours comme beaucoup **trop lié** ;

Comme en p. 36, on retrouve les questions de préséance entre le Conseil d'État et l'administration, le président plaide pour une liberté de manœuvre contre les préopinants qui disent toujours trop vite d'après lui qu'« on ne peut pas » ;

Bruyère : **On a le droit** ?… (dubitatif ;)

Luchon : On a le droit ! c'est quand même **très important**, est-ce que ça va se reproduire ?

On ne peut pas dire que, dans cet échange, les préjugés soient absents : le rapporteur l'avoue très clairement, le sort de ce trafiquant de drogue, même marié à une Française et père d'un enfant, ne lui « importe pas » le moins du monde[29] ; inversement, le président considère qu'il s'agit là de quelque chose de « très important », et même de si important que l'on ne peut laisser le sort de ce malheureux aux mains malhabiles d'un avocat incapable de nourrir un dossier ; il n'hésite d'ailleurs pas à invoquer ce qu'il a regardé, comme tout un chacun, à la télévision, alors que Dorval, l'autre réviseur, trouve lui aussi « très inquiétante » la situation irakienne pendant que le bon Bruyère, qui en a vu d'autres pendant la guerre d'Algérie, n'hésite pas à prédire le sort de M. Farouk qu'il scelle d'un « couic » retentissant… Même le commissaire

29 À la fin d'une autre affaire, en aparté à l'ethnographe : « Qu'il aille se faire pendre ailleurs peu importe. »

du gouvernement reconnaît ingénument que l'on « expulse tous les jours » des opposants en les envoyant à une mort certaine. Si la personnalité de M. Farouk joue évidemment sur le raisonnement (on ne va pas faire d'énormes « efforts » pour ce personnage « très négatif ») la situation géopolitique de l'Irak joue également, et en sens contraire.

On ne peut pas non plus dire que l'on se trouve ici dans une situation d'examen qui permettrait, comme aux anges du Jugement dernier, de peser la qualité intrinsèque, l'âme du requérant. Il y a en effet autant d'expressions pour rappeler les présupposés de chacun et le contexte géopolitique de l'Irak, que pour rappeler, signaler ou souligner les règles de droit : Dorval affirme qu'il est prêt à douter mais qu'il ne peut le faire si le dossier « n'apporte pas de preuves » ; le commissaire du gouvernement dit lui-même que son « ennui » est « plus juridique » et qu'il s'attache à la question de la peine de mort pour trafic de drogue, ce qui « ferait bloc » avec la Convention européenne ; le président, aussi ému qu'il soit par le sort de ces Irakiens, se demande si le droit administratif « peut appliquer quelque chose de contraire à l'article 3 », ce qu'en réponse Le Men affirme impossible, en rappelant l'indiscutable butée du « c'est jugé » : nous, le Conseil d'État, nous ne pouvons rien dire, la répartition des tâches entre le judiciaire et le droit administratif est indiscutable, nous ne pouvons même pas interroger en douce « le Quai » sans produire un effet dans la procédure du contradictoire.

Si la discussion ne se situe pas tout à fait sur le terrain des évidences et des présupposés propres à l'expérience de sens commun de chacun (« les choses horribles que l'on a vues à la télé »), elle ne se réfugie pas non plus à l'écart du monde réel pour en rester à la simple logique des textes et des règles. On ne peut pas dire non plus qu'elle va *de l'un à l'autre*, ni même qu'elle essaye de découvrir la résultante, la moyenne, la ligne de moindre tension, entre des préoccupations contradictoires qui mêleraient en *un seul* faisceau la situation de l'Irak, les préjugés de caste, de classe, éventuellement de race, pour ou contre les étrangers trafiquants de drogue, le respect de la chose jugée, la volonté d'être en accord avec les traités internationaux, la mauvaise conscience d'envoyer à la mort le père d'un enfant français qui a purgé sa peine… Le mouvement dont nous avons la chance unique d'être le témoin est bien plus subtil qu'une *synthèse* d'éléments incommensurables qui produiraient en fin de compte une décision, à

la façon d'un réseau neuronal, sans que l'on sache pourquoi, par simple pondération et itération de facteurs hétérogènes. Le cheminement de la discussion parcourt bien des types d'argument incommensurables, mais ce n'est pas pour autant un fourre-tout.

Particulièrement révélateur se trouve l'échange qui suit la question à la fois naïve et exaspérée de Dorval demandant au réviseur : « Mais il risque la peine de mort, c'est vrai ? » On comprend sans peine la difficulté du conseiller. On aimerait bien, à ce point, pouvoir sauter hors du dossier et passer d'un coup à la réalité grâce à l'une de ces chaînes référentielles avec lesquelles nous ferons connaissance dans le chapitre suivant. Or, le rapporteur refuse avec impatience ce rôle d'expert de l'Irak dont on veut l'affubler (« mais je n'en sais rien moi ! ») et retraduit la question de fait en une question de droit : « C'est à l'avocat de mettre dans le dossier, sous nos yeux, un peu plus qu'un vieil article de journal datant de sept ans ! » Même mouvement lorsque le président repose sous une autre forme la question : « Est-ce que l'on peut savoir ? », ce qui entraîne la réponse débrouillarde et informelle d'un baroudeur qui la traduit en offre d'information (« Je peux téléphoner à mes collègues des Affaires étrangères pour savoir si, oui ou non, il y a peine de mort en Irak contre les trafiquants de drogue ») et une seconde traduction par cette autre réponse admirable de Le Men : « Non, on ne peut pas faire circuler une information informelle sans créer un effet de droit, c'est-à-dire entraîner la réplique d'un ministère, seul moyen de le faire *figurer au dossier* et donc que ça puisse compter dans notre raisonnement. » C'est précisément parce que deux fois de suite la question du « pouvoir savoir » se trouve interrompue, décalée, recadrée, retraduite vers une autre procédure qui remplace le savoir par le respect d'une règle sur la composition d'un dossier, que nous pouvons repérer le passage, le sillage, le mouvement particulier du droit. Il faut que quelque chose d'autre qu'un transfert d'information permette de qualifier le déplacement.

La dynamique du jugement n'hésite pas entre le fait et le droit, elle ne cherche pas non plus à les concilier par un compromis bancal, elle fait tout autre chose : elle prélève les éléments qui vont permettre de faire avancer le dossier selon une démarche particulière, démarche à laquelle seule on peut associer l'adjectif de juridique. Les marqueurs de ce mouvement si singulier se retrouvent tout au long de cet épisode dans les expressions très

nombreuses qui indiquent l'*hésitation* : « c'est compliqué », « c'est délicat », « j'ai un petit doute, je le soumets à la sous-section », dit Le Men ; « j'ai des doutes aussi », répond Dorval ; Perrouard est « un peu ennuyé » ; « attention », dit Luchon qui demande « est-ce que c'est scandaleux ? » ; à quoi Perrouard répond « pourquoi non ? ». Toutes ces expressions sont bordées par des termes qui signalent l'exact contraire : il n'y a pas de problème de droit, le tribunal s'est bien trompé ; « on ne peut rien dire, c'est la chose jugée », « on est lié », « ça ne vaut rien », « ça ne me gêne pas psychologiquement » ; « ça ne fait pas un pli » ; « on a le droit ». Transversal par rapport à la différence des faits de sens commun et des formes, un autre drame se noue qui fait avancer la discussion d'un point chaud à l'autre en s'appuyant sur les points froids jusqu'à cette magnifique reprise du président : « on peut faire ce que l'on veut, on se considère toujours comme beaucoup *trop lié* ! ». Secouant les habitudes de dépendance vis-à-vis de l'administration qui paralysent la formation par la sous-section d'un jugement, le président, avançant de doutes en certitudes, de gênes en efforts, pousse quelque chose d'autre qui est à l'œuvre dans toute la discussion, dont il surveille continuellement de l'œil la progression et qu'il évalue de façon réflexive.

Comment nommer ce je ne sais quoi ? Disons, en première approximation, qu'il s'agit d'une sorte de réserve de degrés de liberté dans la définition de notre capacité de jugement, une aptitude à *délier* qui seule nous permettra ensuite de *relier*, en ne nous attachant durablement ni à la multitude bariolée des événements extérieurs auxquels nous n'avons que peu d'accès, ni à la stricte application des règles et des textes qui ne suffisent jamais à définir notre tâche. Si nous nous considérons comme « trop liés » jamais nous ne pourrons exercer notre faculté de jugement : il nous faut donc produire, à travers tout ce labeur, de la *déliaison* et ensuite seulement nous allons pouvoir arrêter notre position[30]. Ajoutons

30 Cela ne changera rien pour le requérant dont l'avocat pourra lire à la fin du dispositif le bref arrêt suivant :
« DECIDE
Article 1er : le jugement en date du --- conseiller délégué par le présidente du tribunal administratif de --- est annulé.
Article 2 : La demande présentée par M. F --- devant le tribunal administratif de --- et le surplus des conclusions de sa requête sont rejetés.
Article 3 : La présente décision sera notifiée à M. F --- et au ministre de l'intérieur.

ce nouvel objet de valeur, le septième, à tous les autres déjà repérés et définissons-le comme une certaine capacité à multiplier les marges de manœuvre, capacité marquée à la fois par l'hésitation, le doute, et par la reconnaissance de butées indiscutables définissant ce que l'on peut faire ou ne pas faire. Encore une fois, ne nous précipitons pas pour purifier trop rapidement la nature de ce mouvement. Exploitons jusqu'au bout la chance que nous avons de n'être pas légiste et donc de ne pas comprendre trop vite ce qu'il y a dans ces mouvements de purement juridique.

Impossible, en tout cas, de définir l'expression « dire le droit » si l'on élimine les hésitations, le parcours sinueux, les méandres de la réflexion : ce n'est pas pour rien que l'on représente la justice aveugle et la balance en main ; c'est qu'elle hésite en effet et qu'elle procède à tâtons[31]… Il nous faut donc la suivre, poussée dans un sens ou tirée de l'autre par le poids des préjugés qui ne suffisent jamais à expliquer ses zigzags ; tiraillée dans une direction ou dans l'autre par la présence des textes et des précédents, elle ne peut trouver dans le respect d'une forme quelconque la voie droite qui lui permettrait d'accélérer puisque le formalisme et le juridisme l'égareraient plutôt. On dirait qu'elle avance, en suivant, comme les Hébreux dans le désert, une colonne de fumée qui se situe juste devant eux, les éclairant puisqu'elle leur montre le chemin, les aveuglant puisqu'elle le dissimule sous les nuées — sauf que, même au Conseil d'État, aucun Dieu tout-puissant, aucun ange secourable ne guident le pas des juges… Pour aller ainsi, de droite et de gauche, à l'aveuglette, la justice n'utilise que des raisonnements ordinaires, syllogismes interrompus comme nous en employons tous pour mener nos affaires quotidiennes, dont l'ensemble hétérogène ressemble plutôt à un goût, à un flair, à un nez, affaire d'habitude, de culture, d'expérience et de sens commun. Mais ce qu'elle sent, ce qu'elle renifle, si l'on ose dire, se marque dans la nature même des affaires par la présence de gênes, d'ennuis, de troubles, de « miroitements » auxquels elle doit mettre fin par des solutions dont le but semble justement d'apaiser, de clore, de finir, de terminer cette errance. La justice n'écrit droit que par des voies courbes. Autrement dit, si elle refusait d'errer, si elle appliquait une règle,

31 Chose bizarre, ces traits si frappants ne jouent aucun rôle, apparemment, dans les sources de l'iconographie classique de la balance tenue par une femme aux yeux bandés (et parfois aux mains coupées !) telles que les a reconstituées R. Jacob, *Images de la justice* (1994).

on ne saurait la qualifier ni de juste ni même de juridique. *Pour qu'elle parle juste, il faut qu'elle ait hésité.*

« On touche au cœur de l'État »

De tous les objets de valeur, c'est celui que l'on désigne par le mot « moyen » (le huitième dans notre repérage tout provisoire) qui paraît le plus inusité, celui qui semble définir de la façon la plus originale le passage du droit. Quoi de plus banal, de plus polysémique que ce petit mot, qui sert aussi bien à la morale, à la technique, à l'organisation, à la plus humble pratique et qui pourtant possède dans la bouche des juristes un sens à la fois très précis et totalement implicite[32] ? Que transporte un moyen accueilli par le Conseil ? Nous allons essayer de le préciser en prenant un cas pour lequel le poids respectif des préjugés et des formalismes joue exactement à l'inverse de l'épisode précédent. Alors qu'il fallait faire bien des efforts pour aller repêcher ce trafiquant de drogue et le soutenir de tout le poids de la Convention européenne dans sa lutte contre le préfet, voilà que l'on va devoir censurer le président de la République dans l'un de ses pouvoirs essentiels, celui de nomination, parce que la poussée d'un point de droit soulevé par un requérant tatillon est plus forte que tous les préjugés contraires des membres de la sous-section. Cette fois-ci, tout devrait empêcher le moyen de « prospérer », et pourtant il passe, malgré les efforts des conseillers jacobins qui ne veulent pas priver l'État du pouvoir de nommer ses fonctionnaires en fonction des exigences de l'intérêt général. Qu'il s'agisse d'une poussée, d'une force, d'une pression, le commissaire du gouvernement l'avoue sans ambages : « Nous pensons que cette nomination est illégale. Notre intuition première, si l'on nous permet cette confidence, était *inverse*. Mais le déroulement progressif, raisonné, quelque peu implacable aussi, des étapes d'examen de cet unique moyen a *renversé* notre impression. » Il y a donc ainsi des moyens capables de faire plier les intuitions premières aussi bien que les préjugés,

32 « Les moyens sont le soutien nécessaire de la demande et de la défense. Ce sont eux qui forment le fondement de la cause. À l'appui de leurs prétentions, les parties peuvent faire valoir des moyens de fait ou de droit dont les divisions sont appelées branches », lit-on dans le *Lexique Dalloz des termes juridiques* (10e édition) qui invite à ne pas le confondre avec argument. Le *Robert* ne consacre qu'une citation au sens juridique (après moyen d'action et moyen de transport !) : « *Raison* de droit ou de fait invoquée devant un tribunal à l'appui d'une prétention. »

des moyens dont on dit qu'ils avancent de façon « implacable ». L'affaire est d'autant plus intéressante pour nous que le point de droit soulevé va forcer le Conseil à donner de la force à une règle de droit presque jamais appliquée jusqu'ici. Nous nous rapprochons donc de l'étude ethnographique de ces questions d'obligation et de règle qui paraissent si importantes aux théoriciens du droit mais dont la description empirique est si rare. Comment une loi inappliquée invoquée par un requérant minuscule peut-elle faire trembler l'État ? Comment aborder la description de ce qu'il faut bien appeler l'objectivité du droit qui s'impose à tous bien que personne n'ait senti clairement la puissance de ce moyen avant qu'un requérant ne le soulève ?

Le secret du délibéré nous empêchant d'utiliser les notes d'observation d'une affaire trop célèbre pour être maquillée, nous avons d'abord reconstitué artificiellement une partie très innocente des interactions — juste assez pour comprendre l'affaire à partir d'affaires similaires —, avant de nous servir des sources publiées — les conclusions du commissaire ainsi que la chronique. Commençons par la discussion de l'affaire telle qu'elle apparaît la première fois en sous-section. Une petite société intitulée ironiquement Epsilon attaque le décret de nomination, signé par le président de la République, d'un fonctionnaire qui vient de passer directement d'un ministère où il avait la tutelle d'une banque à la présidence de cette même banque. Le requérant l'accuse de pantouflage en invoquant une infraction au Code pénal.

Deldago (rapporteur lisant la note trop rapidement pour que l'on puisse noter) : Sur l'article 432-13 du Code pénal **pas de discussion,** cela remonte au droit romain ; (elle cite le *Digeste*, Saint Louis 1254, Charles III sur les gouverneurs !)

> Rappelons que pour tous les autres membres de la sous-section l'affaire est nouvelle : le jugement se forme par la comparaison entre la note lue assez vite et la reprise orale par le réviseur de toute l'affaire qui la « juridise » davantage ;

Lebras (réviseur) : Ça peut nous mener **loin**, sa portée est **considérable** ; je suis d'accord avec la note ; je reprends les faits :

Legendre est en fonction depuis le 1-1-1995 ; le requérant est un **habitué** du Contentieux, il a un contentieux très varié à son actif ; Epsilon a 12 actions du Crédit urbain à 35 FF pièce !, c'est un beau paradoxe ; l'intérêt à agir découle de la propriété, même symbolique, il a le droit **même si** c'est minime ; même si, peut-être, il a

acheté des actions rien que pour cette action en justice ; en revanche, les moyens de légalité externes sont inconsistants ; le décret est cité par extrait mais c'est sans importance et les contreseings suffisent ;

> Le requérant fait partie de ces habitués que l'on appelle parfois, avec un mélange d'affection et d'agacement, « agent occasionnel du service public » car ils assistent à toutes les affaires et mettent leur grain de sel partout, rivalisant avec les conseillers sur les arcanes du droit administratif ; néanmoins leur esprit procédurier ne peut être retenu contre eux et le fait que ce requérant ait acheté des actions uniquement pour introduire un grain de sable dans le système du pantouflage ne permet pas que l'on ignore pour autant sa requête, le mobile d'une action ne rentrant pas en ligne de compte ; l'intérêt à agir est un terme fondamental précisant qui a le droit d'attaquer en justice un acte de l'administration ; très restreint au début du droit administratif, il n'a fait que s'étendre depuis ; en l'occurrence, un actionnaire d'une banque a sans conteste le droit d'attaquer l'arrêté qui nomme son directeur ; selon l'habitude de l'instruction on commence toujours par les moyens de légalité externes — signatures, dates, visas — avant de passer aux moyens de légalité internes qui s'attaquent au cœur de l'affaire ;

Reste le moyen de légalité interne (il relit l'article 432-13 du Code pénal) : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 FF d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public ou agent ou préposé d'une administration publique, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de cette fonction » ; champ très large comme vous le voyez, n'y échappent que les monopoles comme SNCF, EDF, il n'y en a plus beaucoup ; je rappelle les points importants ; il est **applicable** et il a été **méconnu** en l'espèce, ce sont les deux points de droits délicats ; aucune règle de la fonction publique ne peut **déroger** à une conclusion de droit pénal, **c'est du** 27-1-1969, ou du 24 je ne sais plus, p. 39, en tout cas il est d'Assemblée[33], et il y a la

[33] 24-1-1969 *Ministre du Travail c/Syndicat des cadres des organismes sociaux* (*Leb.* p. 39) annule un arrêté portant détachement d'un fonctionnaire en qualité de directeur d'une caisse de sécurité sociale. Les fonctions précédemment exercées par l'agent au sein de la direction régionale de la Sécurité sociale comportaient un contrôle direct de la caisse primaire. C'est sur ce précédent, pour une affaire moins importante, que le commissaire va construire plus loin son raisonnement « rectiligne » — voir *infra*.

chronique due à N. alors que le cas n'allait pas du tout **si loin** que notre cas, que ça s'applique au fonctionnaire détaché ; **on a la réponse** (dans le précédent) ; reste à savoir si le mémoire en défense de Paridole (avocat du fonctionnaire et du ministre) s'applique aujourd'hui ; ils sentent que la situation est **désespérée** ; la loi dit qu'il y a un décret en Conseil d'État 17-1-1991 et il a prévu la consultation d'une commission puis il y a une deuxième série de textes 28-06-1994 obligation de consulter la commission de déontologie, mais après le décret 95-168 en Conseil d'État du 17-2-1995[34] **aucune incidence** sur notre cas puisque c'est après pour la deuxième série et aussi pour la première série qui ne vise pas le détachement ; et de toute façon la fonction publique ne peut écarter le Code pénal[35] ;

> On retrouve là le deuxième objet de valeur, la requête poussée par le requérant, tirée par la partie adverse, chacun faisant usage des textes, mais l'un possédant le Code pénal, plus fort, par construction, que les arrêtés de l'administration (ne peut « déroger ») alors que l'autre partie invoque, en situation « désespérée », des textes « sans incidence » sur l'avancée irrésistible du moyen de légalité interne (signalons, chose piquante, que le requérant se débrouille lui sans avocat alors que le ministère a dû faire appel à un cabinet) ; il y a bien toute une série de procédures de consultation pour trier parmi les pantouflages ceux qui sont permis et ceux qui sont interdits et les avis des diverses commissions ont tous été favorables mais cela ne change rien, d'après le réviseur, puisque aucune commission ne peut autoriser un acte contraire au Code pénal ;

Je me **souvenais** des débats du 2-2-95, j'ai rafraîchi ma mémoire, Mme N. avait demandé « pourquoi (ne permet-on) pas le détachement ? » M. B. a dit « pourquoi ? **parce** qu'il y a le Code pénal », donc ça été complètement **vu**[36] ; et enfin en l'espèce il **suffit** de lire le Bottin administratif, c'est très éclairant, on lit « Bureau BIII :

---

34 C'est ce décret que le réviseur a gardé en mémoire qui organise dans la fonction publique une commission qui doit obligatoirement être consultée pour apprécier la compatibilité avec leurs fonctions précédentes des fonctionnaires qui quittent l'administration.

35 Nous tombons ici sur la hiérarchie des normes qui organise l'importance respective des textes : de même qu'un traité international prime sur une loi française même postérieure, de même un règlement de l'administration ne peut contrevenir à une disposition du Code pénal. Sur la version française de hiérarchie des actes et des autorités plutôt que des normes *stricto sensu* voir D. de BÉCHILLON, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation » (1994). En tout cas, l'invocation de la norme supérieure, ici, rend le point indiscutable.

36 De ce « vu » nous avons eu un exemple dans l'interaction p. 65, mais à l'envers, lorsqu'un conseiller des Sections administratives prévoyait le contentieux possible

« contrôle du Crédit urbain » !, ce n'est pas réglementaire, mais c'est **éclairant** ; je ne vois pas **comment échapper à l'annulation ;** les règles sont un peu **perdues de vue** par l'administration ; c'est dommage ; d'autant que c'est un **excellent** administrateur[37] ; je ne suis pas sûr que ça puisse **passer** en sous-sections réunies ;

> De même que dans l'épisode précédent le caractère « très négatif » du requérant, trafiquant de drogue, n'empêchait pas de soulever le point de droit, ici le fait que le requérant soit un procédurier notable et que le fonctionnaire attaqué soit « excellent » n'empêche pas d'accueillir le moyen : la psychologie et les positions de bon sens étant données, il ne s'ensuit rien du point de vue juridique ; avantage capital du Conseil d'État, le réviseur qui, rappelons-le, siège aussi en Section administrative peut faire appel à ses souvenirs de la discussion du décret sur la commission de pantouflage pour vérifier que ce point à été « vu » en rappelant les discussions entre ses collègues au moment de la rédaction du texte, ce qui permet de préciser le sens latent de celui-ci — comme d'ailleurs la transcription des débats parlementaires ; de plus en utilisant le Bottin administratif, dans la bibliothèque, il a pu vérifier que le fonctionnaire avait bien dans ses attributions la banque qu'il contrôle aujourd'hui, cela fait partie de ces renseignements informels qui sont éclairants sans être décisifs ; le réviseur ne voit pas comment « échapper à l'annulation » malgré tous ces inconvénients qui vont « mener loin » ; l'importance de l'enjeu oblige, d'après lui, à changer la formation de jugement, les sous-sections réunies sont trop basses dans la hiérarchie pour infliger une telle gifle à l'administration qui a un peu « perdu de vue » les règles et la loi ;

Le président Oury : On peut en discuter ; plus c'est élevé (dans les formations de jugement) plus c'est **embarrassant** pour le gouvernement mais le rapport et le projet sont **tellement décisifs** que je ne vois pas pourquoi on irait plus **haut**, enfin il faut discuter au fond d'abord ;

> On va haut dans la hiérarchie des formations soit parce que c'est important, soit parce que l'on est incertain ; dans le cas d'espèce, il se trouve que l'on finira par aller le plus haut possible, en Assemblée[38] ;

---

17 Dans toute cette affaire, le Code pénal ne vise aucunement l'homme — lequel d'ailleurs ne pourrait être jugé qu'au judiciaire par le juge répressif — mais l'acte de l'administration. Comme le dit avec force le commissaire dans ses conclusions : « Qu'on nous comprenne bien : l'intégrité personnelle de monsieur Legendre n'est pas en cause. [...] tout commentaire qui s'appuierait sur votre décision pour flétrir sa conduite serait, sur ce fondement, une imputation diffamatoire » (p. 18).

18 Ne pas confondre l'Assemblée du Contentieux avec l'Assemblée générale du Conseil d'État, laquelle rassemble en sus tous les conseillers mais pas pour une

Fléval (second réviseur) : La messe **me paraît être dite**, en tout cas à notre niveau ; ça **fragilise** toute la politique du Trésor ;

Oury : Pas seulement du Trésor, à l'époque j'avais demandé pour Huilier qui est passé de la SNCF venant du ministère de l'Équipement ; c'est connu depuis longtemps dans l'administration ; ce qui **miroite** dans mon esprit c'est quand cet article (du Code pénal) est tombé en partie **en désuétude** ; toute la SNECMA (est faite de gars comme cela), pourquoi ne l'a-t-on **jamais appliqué** ? comment le SGG a-t-il **laissé faire** tout cela ? Il y a un **écart incroyable** entre ce que vous dites et le fait que l'on ne l'applique jamais ;

Oury : Sur le fond on n'arrive **même pas à avoir une discussion** juridique !

Perrouard (CG) : **Sauf** si la mauvaise foi du requérant levait l'intérêt pour agir : alors là ce serait un arrêt en Assemblée de procédure ; c'est quand même un **caillou** dans le soulier ;

Fléval (continuant sa réflexion sur le mode de l'indignation) : Moi, je trouve que c'est très **sain** cette affaire ;

Lebras (après avoir regardé le dossier et répondant à Perrouard) : Non, non, au dossier il avait bien ses actions au 21-12 et le décret attaqué est du 29-12 ! (donc on ne peut prouver la mauvaise foi) ;

Oury : Je vais voir, mais c'est **tellement clair** que ça va passer en sous-sections réunies, mais **l'impact** sera très important surtout que comme N. était SGG à l'époque il sera très embêté ;

Lebras : Je lui en ai touché un mot ; « On n'a pas été très regardant » m'a-t-il dit ;

Oury : On ne va pas **dramatiser** ; on ne va pas lui demander de se déporter !

Par la nature même du Conseil d'État qui voit entrer et sortir des membres de l'administration (voir le chapitre précédent), il arrive souvent que l'on retrouve en tant que juge une affaire que l'on a eu à décider en tant que fonctionnaire actif ou personnalité politique ; dans ces cas on se « déporte », ce qui revient à décaler légèrement de biais son fauteuil et à ne prendre part ni à la discussion ni au vote ! il va de soi que demander cela à un président de Section n'est pas anodin, surtout pour un simple président de sous-section ; on ne va pas « dramatiser » le conflit que la décision juridique va créer, mais les membres de la sous-section ne dissimulent aucunement les conséquences, soit qu'ils les trouvent dangereuses pour l'admi-

---

activité de juge, uniquement pour leur activité de conseil comme nous l'avons vu au chapitre 1 p. 69. Quand le réviseur disait plus haut « en tout cas c'est d'Assemblée », il signalait l'importance du précédent.

nistration, soit qu'ils les estiment « saines » ; le point essentiel c'est que l'accord se fait sur le point de droit : « la messe est dite » ;

Fléval (un peu ironique) : Attends, le commissaire du gouvernement ne sera peut-être pas d'accord, tu anticipes !

Nous ne sommes qu'en séance d'instruction ; le commissaire du gouvernement qui prend connaissance de l'affaire peut très bien conclure différemment de la sous-section et ne pas trouver l'affaire aussi tranchée que les préopinants ;

Lebras (en riant) : Ah ah, c'est l'Urbain qui paye le déménagement de Perrouard ?

Deldago : En plus, il y a un problème de **contexte**, l'Urbain est en pleine déconfiture ;

Oury : On ne peut pas laisser cela trois mois, c'est très **grave**, on participe au discrédit de l'administration et c'est très **embêtant** pour l'intéressé.

Trois façons différentes, l'une amusée et taquine, les deux autres sérieuses, de lier le futur jugement aux conséquences pratiques de la décision, conséquences qui sont vues et mesurées mais qui ne peuvent modifier la solidité du moyen que chacun s'accorde à trouver décisif.

« Sur le fond on n'arrive même pas à avoir une discussion juridique ! » s'exclame avec surprise le président de la sous-section. Pour une fois, le droit va droit, le moyen soulevé, fût-ce par un procédurier de mauvaise foi, est tellement opérant qu'il peut « aller très loin », limiter le droit de nomination du plus haut personnage de l'État, déstabiliser une grande banque privée, forcer un président à « se déporter », mettre les avocats dans une situation si « désespérée » qu'ils n'opposent que des textes et des arguments « sans incidence » sur l'argument principal qui touche à la hiérarchie des normes. Et pourtant, tout le monde reconnaît que l'intéressé est compétent, que sa vertu n'est pas attaquée, qu'il est mis dans une situation gênante sans qu'il y soit pour rien et que c'est un excellent administrateur. La gêne, l'hésitation, viennent non pas du droit mais de l'« écart incroyable » que l'administration a laissé croître entre le texte de loi « tombé en désuétude » et sa pratique : « on n'a pas été très regardant » reconnaît dans un couloir, en aparté, le président de Section consulté à travers l'un de ces innombrables canaux informels qui font le charme du Conseil — et tout l'intérêt pour l'ethnographe d'écouter les bruits de couloir… D'où la réflexion du second réviseur : « c'est très sain » cette

affaire puisque, grâce à un petit chicaneur obstiné, on va pouvoir rappeler à l'administration qu'elle ne peut déroger au Code pénal et lui permettre ainsi de donner un coup d'arrêt au discrédit dont elle souffre. La curieuse expression « ça miroite », souvent utilisée, signale les points chauds qui relient entre eux les déplacements du raisonnement : ici, le président signale par ce terme le décalage entre une loi toujours reprise dans le Code pénal et la négligence de l'administration. Ce décalage donne son ressort à la force irrésistible du moyen et, en même temps, introduit un doute sur cette loi jamais appliquée : il peut y avoir de bonnes raisons de ne jamais lui avoir fait exprimer la force qui résidait en elle (« c'est un caillou dans le soulier »).

Ce « miroitement » fait bien comprendre que le lien entre l'article 432-13 du nouveau Code pénal, la requête de la société Epsilon et le décret du président de la République nommant le fonctionnaire n'est pas celui d'une règle à son application. Même dans ce cas où l'on « n'arrive pas à avoir une discussion juridique », le transport de la règle au cas n'obéit pas à un simple automatisme mais à une multitude d'évaluations qui obligent, très vite, à rouvrir la discussion juridique que l'on croyait définitivement fermée. C'est que nous n'avons dans la pratique jamais affaire à des *règles* mais toujours à des *textes*, plus ou moins forts, sur lesquels la dynamique du raisonnement peut ou non s'appuyer. Cet article a beau être dans le Code pénal, il n'a visiblement jamais eu beaucoup de force puisqu'il n'a jamais entravé l'action de l'État ni poussé les commissions de pantouflage à donner un avis défavorable : elles continuent froidement à nommer des hauts fonctionnaires dans les sociétés privées qu'ils contrôlaient auparavant. Certes, les membres de la sous-section se scandalisent maintenant, mais ils ne se sont mis à ressentir ce scandale que grâce à la requête de la société Epsilon qui avive, révèle, exprime l'écart entre la norme la plus élevée, le Code pénal, et la réalité grâce à la saillance toute nouvelle de l'argument juridique soulevé. Ce qui scandalise la sous-section, désespère les avocats de la défense et inquiète les présidents du Contentieux n'a donc aucunement le caractère d'une *obligation* causale qui entraînerait la conformité du comportement de tous ceux qui rentrent en contact avec elle, mais plutôt celui d'une *assise*, d'une *garantie*, d'une *possibilité* dont l'efficace doit être sans cesse rafraîchie et qui serait tombée dans un oubli complet sans l'action opiniâtre d'un requérant procédurier. C'est tout le

paradoxe d'une obligation qui n'oblige qu'à la condition que tout le reste soit en place pour transporter cette obligation…

Comment expliquer ce paradoxe ? En reconnaissant sans remords le poids du contexte qui joue aujourd'hui plus qu'hier en faveur du requérant. Le commissaire du gouvernement l'avouera clairement dans ses conclusions. Les aspects extrajuridiques font donc, si l'on ose dire, partie intégrante de la discussion. Rien d'étonnant à cela puisque, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, les juges qui composent son auditoire ont tous été, ou vont tous aller, occuper des postes plus ou moins importants dans l'administration — et la plupart continuent chaque jour, en siégeant dans les Sections administratives, de conseiller le gouvernement sur les textes de lois et de décrets. On retrouve ce même lien explicite avec le contexte dans une autre affaire :

> Enfin la question qui vous est posée n'est, à l'évidence, **pas étroitement** juridique. La question du passage des fonctionnaires dans le secteur privé attire les regards de la **sociologie** administrative et de la grande presse. Le recours au Code pénal à l'encontre des agissements administratifs se banalise. Cette affaire pourrait en dévoiler d'autres.
>
> Au surplus, le hasard des délais d'instruction fait qu'elle survient dans le fracas du formidable **effondrement** de la Caisse, et elle aura évidemment une incidence sur le **climat** qui entoure la reprise de cette institution. (Conclusions p. 5.)

Et il reprend dans sa péroraison :

> Cette décision est lourde, sans doute, de beaucoup d'autres aspects, **irréductibles aux seules données juridiques**. (…) On s'inquiète d'abord, autour de vous, du **séisme** qu'elle pourrait causer. (…) On prétend ensuite que vous risquez **d'étouffer** la nécessaire respiration du secteur public. (…) D'ailleurs les signes sont nombreux que les **mentalités** sont en train **d'évoluer**. Naguère lointaines et mal connues, ces dispositions sont de plus en plus spontanément **présentes** à l'esprit des fonctionnaires civils et miliaires qui envisagent de s'éloigner de la sphère publique.

Voilà qui a le mérite de la clarté : tout le contexte socio-politique du moment concourt à redonner de la force à un texte du Code pénal, constamment renforcé depuis 1919 par toutes les rédactions successives (« ce n'est pas aujourd'hui un fossile que l'on exhume, s'écrie le commissaire, sa dernière écriture n'a que quatre ans à peine »), qui n'a pourtant jamais été appliqué sinon par le Conseil en 1969 mais pour une affaire bien moins impor-

tante (« la nomination d'un sous-gouverneur de banque n'est évidemment pas superposable à l'agrément d'un directeur de caisse primaire »). Ce qui oblige, ce qui pèse, ce qui va loin, ce qui a de la force est donc un mélange de « climat » et de droit. Le moyen chemine avec une force inéluctable, mais sur ses deux jambes.

Comment empêcher la force indiscutable du moyen de se transporter dans le cas d'espèce pour obliger le Conseil à l'annulation du décret de nomination, sachant, d'un côté, que cela va créer un « séisme » et, de l'autre, que le discrédit de l'État oblige chaque fonctionnaire à avoir « présent à l'esprit » ce qui, avant ces requêtes n'avait qu'un faible pouvoir de retenue ? À l'évidence, on va tout essayer pour s'arracher à ce piège fait pour partie de droit et pour partie de conséquences extrajuridiques. On peut d'abord prétendre que cette banque, au fond, n'est pas une entreprise privée. Manque de chance, un avis public de la Section administrative Finance, avec un délibéré très clair, explique noir sur blanc que cet établissement ne peut recevoir de l'argent de l'État[39]. On pourrait aussi, par une « construction prétorienne[40] », affirmer que pour ce cas, et pour ce cas seulement, le Code pénal n'a « pu vouloir priver le président de la République d'un pouvoir essentiel à la réalisation de ses missions ». Objection balayée par le commissaire :

> Il est vrai que l'on pourrait soutenir, avec plus de finesse, que la loi pénale n'a jamais **entendu** couvrir le cas des nominations **discrétionnaires**, et qu'il n'est donc pas besoin d'y déroger pour l'écarter. Le Code pénal lui-même aurait en quelque sorte **prévu** cette exception. (…) Comment un fonctionnaire serait-il tenté d'avantager une entreprise qu'il sait impuissante dans le choix de ses collaborateurs ? La désignation autoritaire n'exclut-elle pas, par hypothèse, tout risque d'ingérence ? (…)

Impossible de tenir cette position, affirme le commissaire à ses collègues de l'Assemblée :

---

39 On retrouve là de nouveau l'avantage paradoxal du bouclage entre la fonction de conseil et la fonction de juge qui permet d'aller très vite de l'une à l'autre bien que les deux rôles paraissent en collision l'un avec l'autre.

40 « Prétorien » renvoie au droit romain et aux capacités du droit administratif de donner librement aux juges une capacité d'interprétation supérieure aux textes pourtant explicites ; ici, par exemple, on pourrait faire comme si le Code pénal ne pouvait pas avoir « voulu » dire que le Président était lié dans l'un de ses pouvoirs essentiels ; « construction » signale que cet argument est une fiction juridique proche de l'expédient pour se tirer d'une difficulté comme celle que nous avons suivie p. 66.

> La suspicion n'a pas d'autres limites que l'imagination de ceux qui la répandent ; elle se diffuse comme la rumeur. La loi pénale **a voulu couper toutes les têtes de cette hydre**, et c'est pour cela que l'interdit est et demeure un interdit matériel, et sanctionne une pure situation de fait (...). Sur ce point, la sauvegarde de l'apparence s'impose à tous, et l'acte de nomination, d'aussi haut qu'il émane et aussi impératif qu'il soit, a plutôt un devoir d'exemplarité. À trop préserver ce pouvoir de désignation, vous lui rendriez mauvais service : une **interprétation minimaliste** de ce texte « anti-soupçon » aurait pour paradoxal effet d'alimenter et d'aviver les soupçons.
>
> Bref, **vous ne sauriez affirmer**, Mesdames, Messieurs, que le Code pénal a entendu réserver les hypothèses de nomination. D'autant qu'un tel îlot d'impunité, sans aucune base textuelle et qu'une juridiction judiciaire n'hésiterait pas à démentir demain, aurait la désagréable apparence d'une férule qui ne frappe que les petits [41].

Autrement dit, on ne peut pas exonérer le Président du Code pénal, même dans le cas de nomination discrétionnaire. Ce serait revenir à l'expression honnie « le Roi le veut » contre laquelle s'est élaboré en quelques siècles tout le droit administratif[42]. Au luxe de précautions pris par le commissaire, on sent bien que tout le monde s'excite. Comme le dit un conseiller dans un couloir avant le passage en Assemblée d'une affaire semblable : « C'est le cœur de l'État, on peut annuler les décrets, mais avec le pouvoir de nomination, là on touche à tout. » On le voit, l'affaire qui « excite tout le monde », qui occupe les pages politiques des journaux, qui fait bruire les couloirs de rumeurs, n'est pas exactement hors du contexte social et n'est pas exactement sans règle. Les conseillers s'exclament : on ne va quand même pas en revenir à la justice retenue des rois et à leur « tel est mon bon plaisir » qui ne requiérerait aucune justification supplémentaire, même si les jacobins du Conseil ne voient pas ce que l'on gagne à priver l'État d'une capacité d'action essentielle à la réalisation de ses buts.

---

41 On notera la reprise, en style noble, d'une réflexion faite à l'emporte-pièce lors d'une séance : « Le petit en 1969 qui va à la Sécu on le pique, mais le grand on le laisse faire, j'ai des noms, tous mes camarades de promotion. » Comme nous l'avons vu dans le chapitre 2, chaque étape juridicise l'étape antérieure mais en garde, prolonge, dépasse le noyau. À la limite, en redescendant toute la chaîne on pourrait entendre le cri de colère indigné du requérant, premier balbutiement de la requête !

42 On est loin de la superbe réplique du pape Innocent III « *ex certa sciencia* » pour clore le bec à l'imparable argument du moine Thomas, décrit par A. Boureau, *La Loi du royaume* (2001), p. 180.

Évidemment que la loi est flexible puisqu'elle a été oubliée par l'administration et même par le Secrétariat général du gouvernement « peu regardant » ; que l'on peut imaginer, par une construction prétorienne, d'isoler par une fiction juridique ce seul cas d'application du Code pénal. Et, néanmoins, on ne peut pas dire qu'elle soit sans force puisque, depuis six mois, avocats et conseillers, pour une fois unis, s'efforcent de trouver comment sortir des mâchoires de l'argument lancé contre le président de la République et son décret par un obscur gérant d'une société Epsilon qui s'est payé douze actions à trente-cinq francs pièce dans le seul but d'embêter le monde et de rappeler à l'État qu'il existe une loi contre le pantouflage. Si l'on veut comprendre la pression quasi objective exercée par ce moyen, il faut accepter de suivre à la fois le raisonnement juridique « implacable » et l'ensemble des éléments de contexte qui seuls permettent au raisonnement d'être rendu indiscutable. En droit plus encore qu'en science, l'*apodeixis* — la démonstration — n'avance avec une force apodictique que si l'*epideixis* — la conviction d'ensemble — l'appuie de tout son poids[43].

À la surprise du commissaire du gouvernement, à la satisfaction de la sous-section et du gérant de la société Epsilon, à la consternation du principal intéressé et, on peut le supposer, du SGG et du président de la République, on pouvait lire, quelques mois plus tard dans la salle des pas perdus à l'entrée du Conseil, le texte affiché :

> Article 1er : Le décret en date du ——— nommant M. Legendre sous-gouverneur du Crédit urbain **est annulé.**
>
> Article 2 : le surplus des conclusions de la requête est rejeté (...).
>
> Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société Epsilon, à M. Legendre, au président de la République, au Premier ministre et au ministre de l'Économie et des Finances.

Le commissaire du gouvernement a été « suivi ». Nul doute que le Secrétariat général du gouvernement sera « plus regardant » lors de la prochaine nomination, que la commission de lutte contre le pantouflage sera plus ferme. On comprend pourquoi le conseiller

43 Sur la différence entre *apodeixis* et *epideixis* — deux mots de même étymologie mais dont le premier sert à construire les démonstrations des logiciens et l'autre les fleurs de rhétorique des sophistes alors qu'ils n'ont en pratique jamais été séparés, voir B. Cassin, *L'Effet sophistique* (1995). Sur l'application aux raisonnements logiques, voir C. Rosental, *L'Émergence d'un théorème logique* (1996)

trouvait cette affaire « plutôt saine » : elle permet de mettre un coup d'arrêt au scandale d'un Code pénal inappliqué, d'empêcher que les fonctionnaires participent au discrédit de l'État. Impossible néanmoins de considérer cet arrêt comme la simple ré-expression d'une force déjà présente dans le texte de loi et dont l'application, comme on dit, coulerait de source. Certes, la construction prétorienne des jacobins du Conseil n'allait pas jusqu'à faire du pantouflage un « acte de gouvernement[44] », mais rien n'empêchait de chercher une solution *ad hoc* pour sauver au moins, dans l'intérêt même de l'État, cette nomination au moment où la banque en question s'effondre et a besoin d'un gouverneur incontesté. Il y a quelques années, quelques mois peut-être, c'est ce que l'on aurait fait. Le choix d'un chemin plutôt que d'un autre pour relier les textes du Code pénal au cas d'espèce *dépend* de l'esprit du temps, de la conception que l'on se fait de l'administration, de l'astuce des avocats, de l'opiniâtreté du requérant, de la pression multiforme de la presse. Et pourtant le mot « dépendre » n'explique pas grand-chose puisque, dans le secret du délibéré, les juges suprêmes ont choisi, par la disposition des considérants, par la sélection des visas, la façon *particulière* dont ils entendaient « dépendre », c'est-à-dire *rattacher* leur décision à l'immense corps d'arguments et de lois sur lequel ils s'appuient. Ils ont suivi l'agencement particulier que leur proposait leur commissaire, agencement d'autant plus éloquemment exprimé qu'il y en avait d'autres :

> Bien sûr, un **intérêt général** s'attache à ce que l'État ne soit pas inutilement entravé, et puisse choisir les hommes au mieux des besoins. Mais il n'est pas d'un **moindre intérêt général** que l'État, duquel on **attend aujourd'hui** beaucoup de transparence et de neutralité, sache respecter les limites légales de façon inflexible. Les très bonnes raisons qui voudraient que l'on transige sur la règle dans tel ou tel cas peuvent porter un **coup mortel** à cette exigence plus importante

44 « Acte organiquement administratif, qui bénéficie d'une totale immunité juridictionnelle : sa légalité est insusceptible de contestation devant les juges administratifs, comme judiciaires, et ses éventuelles conséquences dommageables n'engagent pas la responsabilité de l'État », A. Van Lang, G. Gondouin *et al.*, *Dictionnaire de droit administratif* (1999), p. 12. La notion, immensément large du temps de Napoléon, n'a cessé de se restreindre. Voir le passionnant exemple de l'affaire Greenpeace attaquant le président Chirac qui avait ordonné la reprise des essais nucléaires dans le Pacifique. C'est la doctrine des actes de gouvernement qui avait permis, mais de justesse, de rejeter la requête : le juge administratif ne peut pas contrôler ce genre d'actes, c'est sa dernière limite.

> encore en matière de **morale publique**, qui est de tenir ferme une ligne et de montrer que l'on la tient.
>
> Il en va, Mesdames, Messieurs, de l'impartialité de l'État comme il en va des réputations : elles ne se gagnent que dans la constance. **Vous avez la possibilité**, aujourd'hui, de **vous situer sans fléchir dans le prolongement rectiligne** de votre arrêt de 1969. Dans le **climat** sceptique et désemparé de l'époque, cet intérêt-là vaut sans doute **plus cher** que ceux qui s'attachent à l'espèce.
>
> Par ces motifs nous concluons à l'annulation du décret attaqué.

Ne croirait-on pas Titus dans *Bérénice* ? Il n'y a plus qu'au Conseil d'État et dans la seule bouche des commissaires du gouvernement que l'on peut entendre résonner aujourd'hui, à Paris, à la fin du XX^e^ siècle, ces paroles vraiment romaines ! Tout le paradoxe du passage d'un moyen se trouve dans cette étonnante expression : « vous avez la *possibilité* de vous situer *sans fléchir* dans le prolongement *rectiligne* de votre arrêt », mais cette connexion ne sera droite que si vous vous préoccupez de morale publique, si vous mettez l'intérêt général d'un État en butte à un climat de suspicion avant un autre intérêt général d'un État antérieur plus régalien, plus jacobin, et que vous choisissez la constance contre l'arbitraire à une époque « sceptique et désemparée ». Oubliez ces hautes considérations, et vous fléchirez, vous vous déjugerez, il n'y aura plus de connexion directe et vous aurez porté un « coup mortel » à l'intérêt général bien compris de l'administration. Le droit n'ira droit que si tout le contexte est pris en compte selon une certaine conception de la morale publique. Il est essentiel à la qualité du droit qu'il n'y ait pas que du droit dans le droit.

Admirons la beauté de cette adresse à la deuxième personne du pluriel : « *vous* avez la possibilité ». C'est que le commissaire du gouvernement ne cesse pas de rappeler à ce grand corps virtuel ce qu'il a voulu dire et jugé en deux cents ans par ce corpus immense composé de centaines de milliers d'arrêts. On dirait qu'il s'adresse à un sphinx qui ne saurait plus exactement ce qu'il a pensé et dont le droit administratif formerait comme une sorte de pénombre ou d'inconscient, à charge pour le commissaire de faire saillir dans cette obscurité des sentiers bien tracés et des droites rectilignes en lui rappelant toujours ce qu'est le droit, ce qu'est l'État, ce qu'est la volonté générale, ce qu'est la pensée profonde — toujours à reprendre, à réinterpréter — du Conseil d'État. C'est là le rôle propre des commissaires : rappeler à ce monstre compo-

site ce qu'il a voulu dire et les vertus dont il n'a jamais pu s'écarter. Il y a toujours, dans les adresses si respectueuses des commissaires, une certaine forme d'impertinence puisqu'ils font comme si ce sphinx aux cent têtes ne savait pas vraiment ce qu'il voulait et qu'il avait besoin qu'on lui rafraîchisse sans cesse la mémoire, qu'on lui trace ses devoirs, qu'on lui rappelle sa conduite passée, qu'on lève ses innombrables contradictions, qu'on mette fin à des ambiguïtés, des oublis, des confusions[45]. On dirait que le commissaire joue tantôt le rôle d'un père grondant un enfant, tantôt celui d'un haruspice interrogeant les viscères d'une bête immolée, tantôt celui d'un dompteur cherchant à faire sauter un lion à travers un cerceau enflammé…

Pour toute réponse, le sphinx se contente, si l'on peut parler ainsi d'un corps si prestigieux, de grogner en retour. En effet, « le Conseil d'État siégeant au Contentieux » ne s'exprime jamais directement sur les conclusions des commissaires mais seulement par le bref dispositif de l'arrêt qui, en lui-même, est aussi énigmatique que les réponses de la Pythie sur son trépied. C'est pourquoi s'ajoutent, aux commissaires chargés de dire le droit, les chroniqueurs dont le rôle consiste, comme celui des interprètes dans le temple de Delphes, à expliquer aux requérants ce que signifie le jugement abrupt tombé de la bouche d'or. Nous le savons, ces personnages, qui dissimulent sous un titre modeste l'élite des jeunes maîtres des requêtes, sont essentiels à la compréhension par les commentateurs du droit administratif puisqu'ils assistent au délibéré sans y participer. Leur chronique anonyme[46] paraît dans une revue indépendante, l'*AJDA*, et résume sans le trahir le mode de raisonnement des juges que le seul texte de l'arrêt, aussi sec et bref que possible, ne suffirait jamais à éclairer. En l'occurrence, le chroniqueur a bien compris l'intention du commissaire suivi par les juges. Dans cette affaire, pour que le droit pénal inappliqué devienne puissant il a fallu que changent à la fois le sens de l'État et la définition de la volonté générale.

> « La spécificité de cette norme pénale, qui n'a reçu jusqu'à présent que **très peu d'application**, tient à ce qu'elle interdit et sanctionne

45 Rappelons-nous en 4-7 : « *Vous* ne *sauriez* affirmer Mesdames, Messieurs, que le Code pénal a entendu réserver les hypothèses de nomination », p. 173.

46 Anonymat subtil comme toute la mécanique du Conseil puisque les chroniques sont signées de deux noms sans que l'on sache jamais qui a écrit quoi.

un comportement qui n'est pas lui-même contraire à la probité. D'autres dispositions visent les faits de corruption. L'article 432-11 a un objet différent : il prohibe une situation qui pourrait donner lieu à des faits de corruption ou au moins **susciter le soupçon** que de tels faits se sont produits. (...)

On ne peut toutefois manquer de se demander si, en 1969 [date de l'arrêt cité note 33], l'Assemblée du Contentieux aurait appliqué à une nomination par le président de la République la solution qu'elle a retenue pour l'agrément d'un recrutement décidé par une caisse de sécurité sociale. L'arrêt rendu **en 1996** sur la requête de la société Epsilon **traduit** le **renforcement des exigences** de transparence et de neutralité dans les relations de l'administration avec les acteurs économiques, qu'ils soient privés ou publics. La présomption négative qui s'attache à la présence à la tête d'une entreprise d'un fonctionnaire qui était chargé de la surveiller **a prévalu** sur la présomption positive s'attachant à une nomination prononcée par la plus haute autorité de l'État. Le principe de la séparation entre le contrôleur et le contrôlé inscrit dans le Code pénal **n'a pas cédé** devant un pouvoir discrétionnaire de nomination conféré à l'autorité publique dans un but d'intervention économique ; il se trouve ainsi **affirmé avec une force particulière**, **conformément** à l'évolution générale du droit et des mentalités. » *AJDA*, 20-2-1997, p. 156.

Quelques années auparavant, la solution eût été inverse, la « présomption positive » eût prévalu sur la négative, le pouvoir discrétionnaire n'eût pas cédé devant l'exigence seconde de séparation entre le contrôleur et le contrôlé. Ce qui est affirmé « avec force » par la chronique, c'est, assez bizarrement, l'« évolution générale du droit *et des mentalités* » alliés dans un seul paquet qui n'aurait jamais été pensable sans l'occasion complètement imprévue de la requête d'Epsilon[47]. Là encore, le rapport entre l'extérieur et l'intérieur n'est pas celui du public au secret, de la cuisine à l'arrière-cuisine, de l'emballage à l'emballé, puisque le poids de l'histoire, des présupposés, des mentalités et des mœurs s'y

47 Comme on le voit en comparant ce texte léché avec les propos hésitants recueillis par l'ethnographe, les chroniques expriment, certes dans un style élégant et feutré, l'essentiel des tensions et débats que les séances d'instruction permettent de documenter. Ce qui d'ailleurs amenuise quelque peu les questions de confidentialité. En un sens, les délibérations du Conseil d'État ne sont pas vraiment secrètes puisque les jeunes auditeurs en tiennent finalement une chronique assez détaillée. Comme me le dit l'un des chroniqueurs : « Nous sommes payés pour trahir le secret du délibéré... »

trouve avoué sans ambages. Cet aveu n'a rien d'inconfortable puisqu'on ne peut en déduire la solution retenue qui ne se trouve nullement amenuisée, réduite, contestée, déconstruite par le déploiement des multiples préoccupations et intérêts qui s'y trouvent *attachés*[48]. Bien au contraire, plus le chroniqueur est capable de montrer les tenants et les aboutissants de l'arrêt, plus l'impression domine que toutes les conditions de félicité ont été remplies et que l'on a *bien* jugé. La qualité du jugement ne dépend donc ni de l'indépendance totale où l'on serait par rapport au contexte et aux relations de pouvoir, ni de la stricte application des formes (puisque dans le cas présent le code n'avait jamais été appliqué), mais plutôt de l'*ampleur* des éléments disjoints que l'on parvient ainsi à faire tenir après avoir longtemps et convenablement hésité. Tout tient dans le mode d'attachement, dans le nœud que l'on a noué pour faire tenir ensemble d'un côté un Président, une opinion sceptique, une administration efficace, un État puissant, une économie libre, de l'autre l'immense corpus de décisions ultérieures du Conseil — sans oublier des requérants qui peuvent, sans l'aide d'un avocat, par le simple truchement d'une lettre sur papier libre, faire trembler la République.

« Profitez de cette occasion pour ébranler la jurisprudence ! »

Les juges judiciaires français, même à la Cour de cassation, n'ont pas la capacité, on le sait, de modifier le droit. C'est ce qu'exprime le célèbre article 5 du Code civil : « Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». En théorie, il en est de même pour cette cour suprême particulière qu'est le Conseil d'État. Pourtant, il n'existe pas une seule ligne de cette vaste élaboration du droit administratif, de cet amas de précédents, de ce corps de doctrine dont il ne soit l'auteur. Jamais aucun député n'a voté la « théorie des actes détachables », la chinoiserie des « privilèges du préalable », ni même la « sublime construction » de l'« intérêt

48 Seuls les tenants de la sociologie critique peuvent croire qu'ils percent le droit à jour lorsqu'ils révèlent les rapports de domination qu'il ne ferait que légitimer. Tout l'efficace du droit est justement dans ce petit ajout, le légitime, qui ne cesse de dévier la voie prévisible, le transport, le cheminement des rapports de domination. Voir note 20.

public » ou de la « théorie du bilan ». Quant aux principes généraux du droit, ils ont été « découverts » par le Conseil d'État à partir d'une *absence* de texte explicite[49]. « Se croyant serviteur de ces principes, le Conseil d'État s'en est fait le créateur[50]. » Alors que, partout ailleurs, il faut que le raisonnement du juge puisse faire comme s'il se bornait à appliquer une règle à un cas d'espèce ou, dans les cas les plus épineux, à modifier la seule interprétation d'un texte auquel on ne doit en aucun cas toucher, les séances d'instruction du Conseil permettent de rencontrer assez souvent une situation passionnante où le juge devient législateur. *Filius et pater legis*, auraient dit les anciens légistes.

Voilà qui va nous permettre de faire un pas décisif dans notre appréhension de ce que nous avons appelé le « passage du droit » puisque ce mouvement d'hésitation que nous avons suivi jusqu'ici « à droit constant » va venir ébranler la structure juridique elle-même en nous offrant en temps réel ce que l'on appelle un *renversement de jurisprudence*. C'est l'occasion de voir comment l'on modifie les prémisses d'un raisonnement au lieu de se servir de ces prémisses pour trouver la solution. Ces embarras, ces gênes, ces miroitements qui nous ont paru essentiels à la compréhension de l'énonciation juridique peuvent donc recevoir deux grands types de solution : l'une par laquelle on finit par tracer un chemin entre des textes et un cas d'espèce, c'est celui que nous venons de voir

---

49 Voir sur ce point capital, B. JEANNEAU, « La nature des principes généraux du droit en droit français » (1962) ; F. EWALD, « Une expérience foucaldienne : les principes généraux du droit » (1986). Un exemple entre mille : « Dans la décision GISTI, le Conseil d'État *semble* avoir admis expressément l'existence d'un corps autonome de règles supérieures, qui se situe *au-dessus* du droit écrit positif, et dont le juge *extrait* en quelque sorte un principe général à caractère particulier. » M. LONG, P. WEIL *et al.*, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative* (1999), p. 675. On ne sait ce qu'il faut admirer le plus dans cette phrase, de l'existence d'un droit supérieur au droit positif, à l'Antigone, ou de ce petit verbe « semble » qui indique assez l'indécision des commentateurs pourtant les plus autorisés — voir plus bas la même incertitude chez les chroniqueurs obligés de se faire les éthologues du Conseil.

50 M.-C. KESSLER, *Le Conseil d'État* (1968), p. 326.

51 Il ne faut pas non plus exagérer cette différence entre les deux branches du droit, puisque l'interprétation des lois peut jouer le même rôle en judiciaire. Il n'en reste pas moins que le droit administratif ressemble davantage au droit de type anglo-saxon qu'à celui du Code. La différence entre ces deux droits de précédents réside toutefois dans ce que le droit administratif ne cite jamais dans ses arrêts que des lois et des décrets, et jamais ses propres arrêts qui ne sont visibles que dans les conclusions du commissaire du gouvernement et dans les analyses de la doctrine.

l'autre où, prenant le prétexte d'un cas d'espèce, on modifie tout ou partie d'une règle. Soit on juge un cas à partir du droit, soit on juge *le droit lui-même* à l'occasion d'un cas. Voilà qui va nous permettre de comprendre à quel point le formalisme explique mal le passage du droit puisque le travail des juges, afin justement d'éviter une règle devenue avec le temps « purement formelle », va modifier la forme que l'on se préparait à appliquer et va être capable de prélever dans la requête assez de sens pour altérer le droit lui-même, assurant ainsi, par ce prélèvement, la justice du mouvement d'ensemble, c'est-à-dire l'adéquation entre les cas et le corpus des précédents.

Quoi de plus étrange pour l'observateur que les mouvements incessants qui parcourent le corpus du droit administratif en état continuel de remaniement et qui pourtant ne cessent d'avoir une cohérence que l'on invente au coup par coup et que chaque commissaire, chaque délibéré, chaque jugement malaxent tant bien que mal, déchirant d'un côté ce que d'autres commissaires, d'autres délibérés, d'autres jugements s'efforcent de ravauder, avec la patience de Pénélope. C'est dans cette nappe de discours discordants et concordants que nous allons essayer de plonger, sans nous perdre définitivement… : rien ne s'y énonce qui ne soit la « suite logique » des précédents bien qu'il faille à chaque fois modifier, par des constructions plus ou moins audacieuses, la cohésion de tous ces jugements contradictoires, tout en restant assez prudent pour éviter que le tissu ne se déchire. Ces nouvelles conditions de félicité évaluent la qualité même du droit. C'est sur son organisation même, sa cohérence, sa logique, sa viabilité que les juges vont exercer leur sagacité, nous permettant ainsi de découvrir les derniers objets de valeur dont ce chapitre souhaitait dresser la liste.

Une fois encore, malgré le caractère laborieux de l'affaire et l'effort que nous sommes conscients de demander au lecteur, nous allons suivre la discussion de bout en bout en promettant, dans les chapitres suivants, de ne plus recourir à ce procédé trop lourd mais qui reste, pour l'instant, le seul moyen de nous familiariser suffisamment avec la trajectoire hésitante dont nous pensons qu'elle caractérise le mouvement juridique.

Luchon (président) : On va prendre d'abord l'affaire d'Assemblée, c'est une affaire **lourde**, il y a une jurisprudence de 1905 où un tiers ne peut demander l'annulation pour excès de pouvoir d'un contrat ; on nous demande si l'on **ébranle** la jurisprudence déjà **écornée** ; la

sous-section ne voulait pas ébranler cette **colonne**, c'est le président du Contentieux qui a dit : « Vous êtes bien **timides**, pourquoi ne **profitez**-vous pas de cette **occasion rêvée** d'ébranler la jurisprudence » ; cette affaire sans avocat ou avec un avocat évanescent est très **intéressante** ;

> Nous retrouvons ici le quatrième de nos objets, ce fameux « intérêt » qui tient éveillée l'attention des juges ; on comprend qu'il soit ici majeur puisque le président du Contentieux lui-même leur suggère de ne plus hésiter à ébranler la colonne d'une jurisprudence que la sous-section s'était sentie trop timide pour abattre ; mais, bien évidemment, plus l'ébranlement est grand plus l'affaire est « lourde » puisqu'il s'agit, par une sorte de réarrangement tectonique, de remettre en place une masse de précédents divergents ; c'est cette lourdeur qui signale la présence du nouvel objet que nous voulons suivre : pour modifier la règle que faut-il changer d'autre ?

Deldago (rapporteur) (lisant la note) : (...) Toute cette jurisprudence précédente élargit le droit des usagers, seul **reste à franchir le pas** de contester directement un contrat ; je crois que nous ne ferions que **simplifier** une procédure devenue très **formelle** et il n'y aurait pas de **graves désordres** dans l'ordre des compétences ; mais on **risque** de (voir se) multiplier les recours ; il faut trouver un **critère** d'intérêt : a) si l'acte est détachable, b) si l'acte est réglementaire, c) uniquement si l'acte est opposable au tiers ; j'ai rédigé un projet d'annulation : le moyen n'est **pas opérant dans la jurisprudence actuelle, mais si on modifie** la jurisprudence alors le requérant a **raison** !

Jeune, énergique, femme d'action, tour extérieur très politique qui va bientôt quitter le Conseil, comme c'est fréquent dans cette classe d'âge, pour tâter de la députation, le rapporteur nous présente en quelques mots l'ambiance typique des renversements de jurisprudence : il est temps de dépoussiérer ce morceau de droit[52]. L'adjectif « formelle » qualifie l'état actuel de la jurisprudence que l'on doit pouvoir « simplifier », à condition de « franchir le pas » que le rapporteur a soin de définir comme « très petit » puisqu'il n'entraînerait pas de « graves désordres », tout en reconnaissant aussitôt que si on le franchit il y a un « risque »,

52 Une seule chose est atypique dans sa présentation : son projet d'annulation. En effet, par une perversité propre au droit administratif, les renversements de jurisprudence sont presque toujours des rejets. Seuls les considérants introduisent la nouveauté en considérant, par exemple, que la requête est recevable. Ce sera le cas en l'espèce, le rapporteur n'étant pas suivi sur ce point.

celui d'un foisonnement de recours qu'il va donc falloir border par de nouveaux « critères » sans ambiguïté. Franchir un petit seuil érige la construction d'un autre seuil, placé différemment dans le flot des requêtes. Simplifier ne veut donc pas dire alléger, mais modifier la répartition des risques. Sa dernière phrase, vraiment admirable, nous révèle d'un coup ce qu'est l'efficace de ces fameux moyens dont nous cherchons à comprendre le sens : dans le cadre actuel, il n'est pas opérant, nous ne pouvons l'accueillir, il ne prospérera pas, le transfert de l'objet de valeur de la requête (dans le huitième sens reconnu plus haut) s'arrêtera ; mais *si nous modifions* notre jurisprudence, alors « le requérant aura raison » et le moyen deviendra opérant. C'est le droit lui-même qui aura changé. On voit qu'il s'agit bien là d'un nouvel objet de valeur, différent de tous les autres.

Toute cette affaire, affreusement complexe, va reposer sur la distinction entre le droit des contrats, qui ne suppose que l'accord des volontés particulières, pour lesquels les tiers n'ont rien à dire, comme lorsqu'un locataire passe un contrat de location avec un bailleur sans que quiconque puisse se sentir lésé, et les décisions de l'administration qui, par définition, sont unilatérales. Ce caractère dit « exorbitant du droit commun » a pour contrepartie de créer pour les tiers aussi bien des obligations (même s'ils n'ont pas exprimé une volonté quelconque, le bien public justifie qu'on les oblige) que des droits (ils peuvent attaquer les décisions devant le juge administratif). La situation est donc apparemment claire : au juge judiciaire les disputes concernant les contrats qui, par construction, ne concernent que les contractants eux-mêmes ; au juge administratif les décisions portant sur les contrats unilatéraux qui donnent l'intérêt pour agir à tous les tiers. Tout serait simple si l'administration, ici un syndicat intercommunal, ne pouvait aussi recourir au contrat, par exemple avec une entreprise de ramassage des ordures, contrats dont *certaines clauses* ressemblent à des contrats classiques — et donc inattaquables — et dont d'autres, mêlées aux premières, ressemblent à des actes réglementaires — unilatéraux et donc attaquables ! La question se pose alors de savoir si le requérant, tiers dans le second sens avec un intérêt à agir, mais également tiers dans le premier sens et *dénué* de tout intérêt à agir, peut attaquer son maire pour avoir exigé de lui qu'il participe à des travaux de voirie, sous prétexte qu'il habite un immeuble collectif, alors que ses voisins plus fortunés, propriétaires de chalets individuels, ne sont pas obligés de se mettre en frais. On s'en doute,

l'intérêt du cas ne réside pas dans la voirie, vite oubliée, mais dans la capacité reconnue ou non au requérant de demander au juge administratif de contrôler ces actes unilatéraux déguisés en contrats normaux.

> **Luchon** (président jouant le rôle de réviseur) : C'est le seul dossier que le président du Contentieux veut passer vite en Assemblée, il y a une autre source d'irrecevabilité ; (...) copropriétaire il n'a pas de mandat pour agir ; il est tiers au contrat ; enfin il y a la clause disant que les clauses sont indivisibles, ce serait **moins joli** pour l'affaire ; alors pour la tardiveté j'ai regardé « connaissance acquise », mais c'est tellement **étroit**, si j'ai bien lu Chapus hier soir, il y a Chapus 25-3-1962 5e édition p. 490, on ne reconnaît (pas) la connaissance acquise ; c'est **embêtant car cela arrêterait tout** ; si c'était cela on ne pourrait pas **décemment** aller en Assemblée ; hier soir je me disais « ça ne **va pas** en Assemblée » ; de toute façon ça ne s'applique pas pour les actes réglementaires, cette affaire de connaissance acquise ; il faut quand même **faire un effort** ; (se tournant vers le commissaire du gouvernement :) c'est pour rajouter dans votre escarcelle[54] ;
>
> > Le président mêle d'un coup trois objets de valeur avec lesquels nous sommes maintenant bien familiers : le mouvement de la requête (est-elle recevable ou non), l'intérêt d'une affaire (qualifiée même de « jolie ») et qui justifie que l'on se passionne aujourd'hui pour elle, enfin l'importance de la formation de jugement et le bon aiguillage des dossiers dont il a, on le sait, la responsabilité ; comme il s'agit de saisir l'occasion de cette affaire pour ébranler la jurisprudence, on est prêt à faire un effort, mais s'il y a tardiveté, il serait impossible de recevoir le moyen, ce qui serait « embêtant » pour l'intérêt des membres qui retomberait aussitôt ; le niveau de la forma

---

53 « Théorie jurisprudentielle selon laquelle le délai de recours contentieux court à l'égard de celui qui aura eu une information suffisante des décisions administratives et ce bien que les actes n'aient pas fait l'objet d'une publicité officielle » A. Van Lang, G. Gondouin *et al.*, *Dictionnaire du droit administratif* (1999) Comme la chronique de l'*AJDA* le rappelle bien, l'arrêt va obliger les administrations à faire une plus grande publicité des contrats ayant des clauses réglementaires : « Il était particulièrement opportun d'imposer aux administrations d'assurer la publicité des conventions créant des droits ou des obligations à la charge des tiers. Il faut donc saluer cette règle nouvelle qui devrait conduire à un vaste mouvement de publication des contrats comportant des clauses réglementaires », p. 737.

54 Rappelons encore une fois que lors de ces séances le commissaire du gouvernement reste muet et ne fait que noter les éléments de l'affaire dont il prend connaissance à l'instant.

tion de jugement — sous-section, Section, Assemblée — dépend évidemment de l'importance de l'enjeu : « cela arrêterait tout » ; comme la question est épineuse, on se retourne vers la doctrine, ici le célébrissime Chapus, phare dans les ténèbres ;

Deldago : Je ne retrouve plus les notes du président N.[55], on s'était **accroché aux branches** ; j'ai rédigé le projet, hier soir, de tête ;

Luchon : Je ne me **sors** de l'irrecevabilité que si c'est un acte réglementaire, mais il faut faire un **petit effort** car là si c'est réglementaire, c'est deux mois (de délai)[56] ; le deuxième moyen, qu'il est copropriétaire, n'est pas soulevé par le SIVOM ; il reste comme irrecevabilité, le point capital, je suis d'accord ; le Service de documentation m'a donné ça, je ne l'ai pas encore lu ; la jurisprudence a **déjà été loin** pour les actes détachables[57]; l'arrêt Croix-de-Seguey Tivoli **a des enfants** dans tous les sens[58] ; le déféré préfectoral, tout cela c'est de l'excès de pouvoir ; j'ai regardé si c'était un **frémissement dans la voie où l'on nous entraîne** ; le commissaire du gouvernement était très réticent, le président (du Contentieux) l'était plus, enfin c'est passé ; j'ai regardé la doctrine dans les *Grands Arrêts*, j'ai trouvé une justification **un peu fragile** à ma grande surprise et quand on feuillette rapidement quelques ouvrages **de doctrine,** Chapus ne mâche pas ses mots et **même** le prudent *Dalloz* attaque le Conseil d'État, je suis **enclin à franchir le dernier pas** ;

Pour sortir de l'irrecevabilité et donc empêcher que la requête ne devienne aussi inintéressante que « laide », il faut faire un « effort », le président accumule en un paragraphe toutes les façons usuelles

---

55 Exemple de ces turn-over dont nous avons vu la logique au chapitre précédent : comme l'affaire a traîné, ce qui n'est pas rare, le président de la sous-section n'est plus le même et il a donc fallu tout reprendre « de tête ».

56 Le requérant ne s'est mis en branle que trois ans après l'entrée en vigueur du contrat et a dû passer par la Commission d'accès aux documents administratifs pour avoir enfin copie du contrat passé entre le maire et la société de ramassage des ordures. D'où la question de la tardiveté.

57 La théorie des actes détachables prouve la créativité du Conseil d'État : on ne peut attaquer un contrat, mais on peut faire *comme si* la décision préalable de le passer formait un acte détachable du contrat, acte unilatéral qui fait donc tomber la décision du côté des actes administratifs susceptibles d'un recours par un tiers… Par exemple si un maire passe un contrat avec une entreprise, on ne peut attaquer le contrat mais on peut soumettre la décision du conseil municipal avalisant le contrat à la censure du juge administratif… Question suivante : si l'acte détachable est annulé, le contrat qui s'en est suivi est-il pour autant annulé ? Non, puisqu'il est justement détaché… Le dictionnaire de droit administratif la qualifie pudiquement de « notion purement fonctionnelle ».

58 Conseil d'État 21 déc. 1906, Synd. des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, *Rec* 962, concl. Romieu. Commenté longuement dans M. Long, P. Weil *et al.*, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence* (1999).

dont les juges, quand ils se trouvent en difficulté, ont de l'appro fondir (« se raccrocher aux branches » dit plus crûment le rappor teur) ; le Service de documentation prépare à la demande une inter rogation spécifique du corpus de textes et le soumet sous forme du dossier photocopié au membre qui en fait la demande ; les photo copies accumulent les précédents et les descendants de chaque précédent (d'où l'expression avoir « des petits »), lesquels forment comme nous allons le voir plus loin, un arbre généalogique, un tissu de traits et tensions contradictoires plus ou moins serré dont on cherche à extraire une tendance ; c'est alors, pour comprendre la direction d'ensemble, que l'on ajoute la doctrine, qui se surajoute au corpus de textes et que, par une expression typique, on ne fait souvent que « feuilleter » ; comme, dans l'espèce, Chapus ne « mâche pas ses mots », que les justifications sont « fragiles », tout cela pousse le président « à franchir le pas », ce que l'on ne pour rait faire si Chapus était clair, s'il n'y avait pas de « frémissement » sorte de risée à peine sensible qui vient gonfler les voiles du raison nement dans le sens d'un effort à faire si tout pousse à « ébranler la jurisprudence »... ;

Mais est-ce que l'on a une **digue claire** ? on attaque la réglementa tion et pas le reste ; (comment faire ?) à ce moment on **peut tout attaquer** ; ça nous **complique** la vie cette différence entre l'acte réglementaire et l'acte individuel ; **ça ne sert à rien** d'aller en Assemblée pour **maintenir** la jurisprudence (le rapporteur rit ; le commissaire du gouvernement prend des notes) ; la redevance est faite pour tout couvrir ; il y a un autre moyen que l'on ne peut pas soulever d'office, les arrêts disent que la clause réglementaire est sans portée, sans valeur juridique, nous ne pouvons retenir ce terrain, il y a bien quelques arrêts dans ce sens, **mais** 36 arrêts qui recon naissent qu'un cahier des charges peut avoir un aspect réglemen taire ; reste le problème de l'acte indivisible, est-ce que la clause est indivisible ? ça paraît difficile ; je ne **peux pas faire** l'effort de dire que c'est divisible ; j'ai cherché dans le déféré préfectoral ; la jurisprudence est **très ferme** ; **même** Denoix de Saint-Marc n'est pas arrivé à **faire plier** la Section[59] quand c'est indivisible c'est indivi sible, je ne vous **propose pas** de faire cet effort ; voilà.

Le président relie clairement le niveau de la formation de jugement avec le renversement de jurisprudence : si l'on ne fait qu'appliquer une règle à un cas, ce n'est pas intéressant ; on voit aussi combien il est soucieux de mettre des « digues claires » pour éviter de « tout

59 Section 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public, p. 22, conclusions M. Denoix de Saint-Marc.

attaquer » ; enfin, au moment même où l'on hésite pour savoir si l'on va ébranler la jurisprudence, on en profite pour mesurer, par tâtonnement, ce qui est mou — des arrêts dans un sens contredits par une masse d'arrêts dans un autre — de ce qui est « très ferme » ; l'évidence du rapport de force est marquée par le fait que même un prestigieux commissaire — devenu depuis vice-président — n'a pu « faire plier la Section » dans une affaire voisine.

Le réviseur a fini de résumer l'affaire pour ses collègues, la discussion peut commencer. Mais, alors que dans l'affaire précédente, le droit était solide et ferme comme le Code pénal lui-même et que c'était sa non-application qui causait un « scandale » pendant que l'on évaluait avec effroi les conséquences politiques et financières qu'allait causer la décision du Conseil, ici les motifs d'inquiétude sont tout autres. C'est l'état du droit qui devient de plus en plus instable au fur et à mesure qu'on le sonde. On ausculte la jurisprudence à la recherche d'un « frémissement », sachant que l'on ne saurait innover radicalement, mais simplement « franchir un pas », un « dernier pas » après tous les autres, afin d'être moins formaliste et moins artificiel. Chose étrange, alors que le Juge collectif, *viva vox legis*, est supposé porter le droit administratif dans son corps, dans son cerveau, il apparaît toujours surpris par ses tendances, ses contradictions et a besoin des récapitulatifs du Service de documentation pour se rappeler ce qu'il a lui-même, à travers tant d'années, décidé… C'est que les juges deviennent des êtres hybrides dont l'histoire s'étend, comme le Joseph Balsamo de Dumas, sur des siècles et qu'ils sont comme lui immortels. Ils doivent donc se renseigner sur ce qu'ils ont vraiment voulu, jugé, pensé, comme un malade doit se renseigner sur le fonctionnement de ses propres organes. On dirait une sorte d'examen de conscience, pour mesurer, à tâtons, ce qui est solide et fragile, assuré et mou, indiscutable et réformable.

Mais au moment même où ils hésitent à modifier le droit, un gouffre s'ouvre devant eux, comme si une telle modification de la délicate écologie du droit administratif pouvait entraîner une catastrophe. Sans « digue claire » tout devient attaquable, se disent-ils avec effroi.

Dorval : Tu lui as communiqué (au requérant) ?

Luchon : Il attaque tout mais il n'a pas d'avocat ; discutons dans l'ordre : tardiveté ou non ? la question d'un tiers ; la divisibilité ou

non ? la tardiveté c'est gênant d'aller en Assemblée, pour le reste oui ;

Dorval : On ne **va pas en Assemblée** pour conclure à l'irrecevabilité ;

Luchon : Il voudra la maintenir, seul un requérant sans avocat peut soutenir un moyen pareil ; si on se défile, il ne va pas être content ;

Dorval (lisant le *Lebon* qu'il a été prendre dans la petite bibliothèque derrière le rapporteur) : Je viens de me référer à Bonnec 25 3 1962 p. 349 (il lit) ;

Le Men : Qu'est-ce qui fait courir le délai ? tout est lié ; laissons la date, ça c'est le décret ; la clause réglementaire d'un contrat c'est la publication, si on raisonne sur l'acte réglementaire il n'y a pas de délais sans cela ; il n'y a pas cinquante façons, c'est soit la publication, soit la notification ; on ne peut ni dire « il n'a pas été publié donc il est attaquable à tout moment » ni « on ne peut pas le notifier à chaque habitant » ; si on **renversait** cela, **tout** cela serait **attaquable**, c'est pas évident ; c'est **cela qui est dur, tout bouge** ; quelle est la formalité qui peut faire tomber le délai ; la connaissance acquise n'existe pas en matière réglementaire ;

> Deux objets de valeur différents se manifestent ici : le premier qui est le renversement de jurisprudence que l'on s'efforce prudemment d'expérimenter, le second, fort différent, qui porte sur les conséquences pratiques pour les juges et pour les requérants de la décision ; d'où cette phrase vraiment magnifique qui explique à la fois la passion, l'hésitation et l'intérêt : « c'est cela qui est dur, tout bouge » ; loin d'être établi, le droit administratif tout entier, devenu labile, glissant, frémit ;

Servetière (qui a l'expérience en tant qu'élu) : C'est l'affichage dans les petites communes !

Luchon : Il ne ressort pas du dossier que ça n'a pas été publié ; ce n'est pas soulevé (Dorval passe le *Lebon* à Deldago) ;

Servetière : La commune a pris sa responsabilité, si c'est réglementaire il faut qu'elle l'affiche ;

Le Men : Si c'est en excès de pouvoir, il faut qu'il y ait affichage ;

Luchon : Très bien c'est un terrain **très solide** ;

Dorval : C'est **dans la logique** ; elles sont opposables au tiers et on **vient de juger** pour cette raison (dans une autre affaire) qu'elles doivent être publiées ; mais pourquoi si tard dans la jurisprudence ; on n'est pas **dans une époque** où l'on **veut ouvrir** les voies du contentieux, ça c'est une question **d'opportunité** ;

Luchon : Ils peuvent attaquer autrement ; tous ceux qui ont un avocat attaquent les actes détachables ;

Dorval : Dans une affaire d'Assemblée c'est cela qu'il faut **peser** ;

Le Men (solennel) : **Il faut hésiter**, c'est une jurisprudence **importante** ; ce qui me convainc de **faire un pas**, c'est deux évolutions importantes ; l'une juridique, le déféré des préfets, et l'autre administrative, la délégation à une multitude d'acteurs ; or là le préfet peut le faire (attaquer par déféré) et pas le destinataire du contrat, **c'est artificiel** ; en plus notre droit s'est construit sur les concessions avec cahier des charges et **maintenant** on multiplie les contrats et c'est **inadapté** car on fait passer des articles dans le contrat qui auraient été dans le cahier des charges mais les **digues** proposées par Deldago sont excellentes, on ne peut pas **tout attaquer** ;

> Magnifique expression de cet objet de valeur que nous avons reconnu plus haut : l'hésitation, revendiquée comme un devoir relié à l'importance même de l'enjeu : « il faut hésiter » ; ensuite, la reconnaissance claire de l'avancée : le deuxième assesseur est convaincu de « faire un pas » parce que la solution ancienne était « artificielle » ; il n'innove pas, il ne change pas le droit ; il le met en accord avec ce qu'il devrait être (puisque le préfet peut déjà attaquer les clauses des contrats - une loi récente vient de le permettre) tout en reconnaissant clairement l'effet du contexte pratique, il est « maintenant inadapté » ; mais c'est un autre objet de valeur qui apparaît alors : contre le risque béant, « on peut attaquer tout », il faut aussitôt des « digues » ;

Luchon : Oui, première **digue infranchissable**, il faut qu'il y ait intérêt à agir ; mais si on peut attaquer un acte unilatéral, quelle est la logique de cette barrière ? le commissaire du gouvernement va dire « vous le limitez aux clauses réglementaires », on **ouvre la porte** à tout ; je me fais l'avocat du diable, mais on va toucher les choses réglementaires ; si je l'admets pour le contractuel, **je l'étends à tout** ; la digue réglementaire, c'est quoi ?

Le Men : Tout contrat peut être attaqué par un tiers qui a intérêt pour agir, c'est un tout autre pas ;

Luchon : On ne peut pas les attaquer pendant 60 ans (ce serait la pagaille) !

Le Men : Oui il faut la **sécurité juridique**, on ne peut pas être sous la menace continuelle d'une attaque, **ce serait la pagaille** ;

Le grand mot est lâché : la « sécurité juridique » pour les requérants, aussitôt lié à cette autre expression plus populaire mais aussi importante : « ce serait la pagaille ». Il n'y aurait plus de limite

temporelle, plus de limite dans le nombre de tiers, plus de limite dans la divisibilité des clauses. On sortirait du droit. Décidément, nous sommes bien en face de deux objets de valeur différents l'un qui concerne le droit que l'on va rendre plus cohérent et moins formaliste en le révisant sans le modifier tout en le toilettant, l'autre qui a trait à l'organisation même du recours contentieux et à la définition de ce qui fait ou non grief. En effet, selon la décision qui va être prise dans cette affaire, les requêtes vont devenir plus faciles ou plus efficaces, en tout cas plus directes. Plus de gens vont devenir potentiellement des tiers ayant intérêt à agir puisque tous les contrats comprenant des clauses divisibles réglementaires vont pouvoir être attaqués : si le droit s'étend, de « graves désordres », comme le disait en commençant le rapporteur, peuvent s'ensuivre. C'est à ce risque et aux moyens de le « border » que va être consacrée une partie de la discussion suivante. Il s'agit bien là d'un autre objet de valeur puisque, en étendant l'empire du droit, on augmente aussi le travail des juges qui risquent de se trouver noyés sous les plaintes. Ce qui est en jeu ici, c'est donc le périmètre de ce qui fait grief ou non, périmètre que le Conseil, et c'est sa grande fierté, n'a fait qu'agrandir depuis les étroites limites que lui avait octroyées Bonaparte. Il paraît difficile de caractériser le passage du droit sans reconnaître l'extension de ses conditions aux limites : jusqu'où s'étend-il ? à partir d'où commence-t-il ?

Le Men : On dit à quelqu'un « attaquez les clauses réglementaires d'un contrat » **mais ensuite** on dit « le contrat n'est pas divisible », il faut laisser au juge du contrat le soin de se débrouiller ; sur la définition des clauses réglementaires, par définition les clauses réglementaires sont divisibles ; les tiers n'ont pas à rentrer dans le contrat.

Luchon : **On tranche un point très intéressant** ; ça **change tout** tout cela **modifie** la notion d'actes détachables, ça c'est un obstacle sérieux ; sur l'acte détachable la jurisprudence est tout à fait différente ; il faut demander tout cela, sans cela **ce n'est pas recevable** ;

Selon la jurisprudence actuelle, le requérant aurait dû demander l'annulation de la délibération en mairie qui avait approuvé le contrat, mais le requérant ne demande pas du tout cela, il faut bien suivre son moyen : c'est l'un des articles du contrat qu'il attaque et il l'attaque directement sans passer par la formule compliquée du déféré préfectoral ; question : est-ce que les contrats sont divisibles ou indivisibles ; on le voit, au fur et à mesure que la discussion avance, la sous-section est plus passionnée (« c'est intéressant »

parce que « ça change tout ») et mesure mieux ce qui, de proche en proche, se trouve « modifié » ;

Le Men : On **pourrait dire** qu'il (le requérant) demande l'annulation totale ;

Luchon : Ah non, non il dit juste le « 2° alinéa de l'article 7 », on ne **peut pas** faire l'effort ;

La sous-section peut tirer la requête en « faisant des efforts » afin de la rendre intéressante et de fournir l'occasion de ce renversement de jurisprudence, mais elle ne peut pas juger *ultra petita* en offrant au requérant un autre moyen que celui qu'il a soulevé, sauf s'il s'agit, nous le savons, des moyens soulevés d'office comme plus bas ;

Le Men : Quand on voit les **difficultés** de la mécanique, on comprend mieux la jurisprudence ;

Servetière : Oui mais ce serait trop facile, les communes pourraient **déguiser** dans des contrats des décisions unilatérales et dire que c'est indivisible ;

Luchon : C'est peut-être cela qui va faire **maintenir la jurisprudence traditionnelle ;** il faut introduire, il faut **prévenir** le ministre de la Réforme de l'État car ça a des conséquences pratiques ; ensuite il faut **prévenir** la société, la question de l'indivisibilité ; le commissaire du gouvernement va devoir l'évoquer (celui-ci note silencieusement), il faut communiquer[60] au requérant, à l'entreprise, le moyen d'office (se tournant vers le rapporteur Deldago puis vers la secrétaire :) est-ce que Mlle N. (la secrétaire de sous-section) peut faire cela tout de suite ? est-ce que l'on peut passer le 29 janvier, on leur donne les 15 jours ;

Luchon : On en arrive maintenant **au problème de fond** ; on n'a pas soulevé d'office le principe de l'égalité ? Est-ce contraire à la loi du 7-1975 sur les déchets, prévue par la taxe et la redevance, d'où nous **tirons le moyen** que l'on ne peut demander aux particuliers de payer la voirie ; il y a bien là une faille, on leur demande de mettre dans un sac poubelle, et on ne leur dit pas que c'est une charge ; pourquoi comme le dit M. Crécelle ne pas payer le camion, et ainsi de suite ;

Dorval : J'aimerais demander à Servetière qui a une **expérience concrète** qu'il nous dise ;

---

60) Communiquer, rappelons-le, autre verbe employé à l'intransitif qui signale l'avancée de l'instruction : une pièce arrivant, un nouvel argument étant soulevé, il faut, pour respecter le principe du contradictoire, que la partie adverse le sache et qu'elle puisse en réplique produire…

Servetière : Moi j'annule, parce que c'est déjà financé par la redevance ; si c'était de l'hygiène on pourrait demander de faire payer à l'usager en plus, mais là si c'est pour la commodité du service j'annule ;

ENA (en stage) : À Nantes, j'en parle par expérience, c'est différent ;

Le Men : Je ne me **précipiterais** pas quand même ; la loi permet de faire supporter par l'usager la salubrité mais pas l'intérêt de service du concessionnaire ?

Servetière : Oui, c'est ça le principe.

Luchon : Oui, c'est choquant, surtout avec les chalets ; est-ce que l'on suit Le Men, la loi ne disait pas cela ?

Dorval : Je préfère le terrain de Le Men car il va plus au fond et c'est le propre des arrêts d'Assemblée ;

Guyomar : Je suis pour la solution de fond ;

ENA (stagiaire mais pas du corps) : Je préfère la rupture d'égalité, c'est logique, c'est évident, ça évite de plonger (dans des difficultés) ;

Servetière : Je préfère la solution de Le Men ;

Bruyère : Je préfère (la rupture d') égalité ;

Deldago : J'en reste au projet remanié ; le principe d'égalité évite de préciser ; il faudrait vérifier que la salubrité interdit de façon étanche la confusion avec autre chose ;

Luchon (se tournant vers l'auteur) : Que dit le philosophe ?

BL : Le philosophe n'est pas assez préparé pour opiner ;

Luchon : Le commissaire du gouvernement ?

Le commissaire du gouvernement (ne dit rien) ;

Luchon : Bon, enfin c'était **intéressant** ;

Servetière : Je l'ai déjà eu en fait ce type, il attaque tout ce qui bouge ;

Luchon : Oui ce sont des mémoires brefs mais bien faits.

Nous avons laissé courir la discussion sans l'interrompre jusqu'à la courte honte de l'observateur incapable de se prononcer sur l'affaire sinon pour sortir le mot savant « opiner » ! Pour un ethnographe, heureusement, tout devient donnée de terrain, y compris sa propre incapacité à façonner dans sa bouche les bonnes expressions qui feraient de lui un membre à part entière de la tribu. Non, il n'incarne pas encore la *viva vox legis* ! Une fois de plus, lorsqu'on passe au fond de l'affaire après avoir réglé la question de la recevabilité, tout le monde utilise des expériences concrètes indispensables pour avancer vers une solution, l'évidence partielle

et empirique de sens commun remplaçant l'austère technicité du droit administratif. Remarquons la phrase de conclusion du président, dans laquelle nous retrouvons le petit contrôle-qualité qui lui permet de dire à la fois que c'était intéressant, que l'on a bien hésité et que ce requérant habituel a bien fait son travail.

Oui, on a bien jugé — ou du moins bien instruit. Cette obscure affaire va se trouver maintenant absorbée, sédimentée, concassée dans l'édifice du droit administratif. Bien sûr, le requérant ne verra jamais le remboursement de ses frais de voirie, mais son nom, en tout cas, restera. Les éditions suivantes des *Grands Arrêts* intégreront cette affaire, vérifiant ainsi le bouclage entre le travail juridique des requérants et le travail juridique de ceux qui acceptent ou non d'accueillir leurs moyens. En un sens, de même que les massifs montagneux calcaires ne sont que de la vie élémentaire sédimentée, compressée, broyée, plissée, pour être enfin soulevée avant d'être érodée, le droit n'a pas d'autre matériel que les plaintes des requérants accueillies, recueillies, broyées, compilées, publiées, et finalement incorporées au *Lebon*.

Lorsqu'on lit les conclusions du commissaire sur une affaire voisine, cette fois-ci concernant l'achat de poubelles par un propriétaire, on retrouve le pullulement des plaintes accumulées qui toutes ont fait date dans le droit administratif et qu'il faut agencer, mobiliser, re-digérer afin de pouvoir procéder à ce renversement de jurisprudence. Des syndicats d'ouvriers, des communes, des chambres de commerce, des entreprises, aux noms plus ou moins pittoresques, se trouvent mêlés aux conclusions des commissaires prestigieux, comme Romieu, aux textes de lois et aux interprétations plus ou moins évasives de la doctrine. Dans le tableau suivant, nous avons fait la liste de toutes les références utilisées par le commissaire pour convaincre les juges dans une affaire assez proche et qui compose ce que l'on peut appeler l'intertextualité de ses conclusions. Pour chaque texte cité, nous avons noté la date, un résumé de son nom, puis, entre parenthèses, l'argument qu'utilise comme appui ainsi que son ordre d'apparition dans le raisonnement[61].

61 Il serait fort utile de pouvoir faire pour les références juridiques ce qui fut fait si efficacement par la scientométrie pour les références des articles scientifiques : M. CALLON, J.-P. COURTIAL *et al.*, *La Scientométrie* (1993). Malheureusement, dans son état actuel, la base ARIANE ne permet pas de telles cartographies, en particulier parce que les arrêts ne citent que des textes de lois et de règlements alors que le raisonnement des commissaires, des juges, des chroniqueurs et des

Exemple d'intertextualité
(tableau récapitulatif des citations à l'appui des arguments dans le texte des conclusions[62])

29-03-1901 Casanova (4ème intérêt à agir des tiers déjà reconnu)
4-8-1905 Martin conclusions Romieu + chronique Grands Arrêts (3ème acte détachable seulement) (cité deux fois)
30-03-1906 Ballande (4ème intérêt des tiers à agir déjà reconnu)
21-12-1906 Croix-de-Seguey-Tivoli conclusions Romieu (3ème acte détachable seulement) intérêt des tiers à agir déjà reconnu (cité deux fois) (tirer les conclusions logiques de cet arrêt)

09-11-1917 Bosc et Vernazobre (droit des poubelles)
21-02-1919 Caille (rupture d'égalité))
19-12-1926 Decuty (4ème intérêt à agir des tiers déjà reconnu)
6-05-1931 Tondut (3ème acte détachable seulement)

22-07-1933 Heimann (droit des poubelles)
9-11-1934 Section Chambre de Commerce de Tamatave *a contrario* (2ème Irrecevable avec jurisprudence actuelle)

09-03-1938 Union de la propriété bâtie (poids des circulaires)
01-03-1946 Section société l'énergie industrielle (5ème raisonnement inachevé)

09-03-1951 Concerts du Conservatoire (principe d'égalité)
09-10-1954 Cour de Cassation (contrat opposable à tiers)
26-11-1954 Section Syndicat de la raffinerie de soufre (4ème intérêt à agir des tiers déjà reconnu)
4-02-1955 Section Ville de Saverne (3ème acte détachable seulement)
26-10-1956 Assemblée (4ème intérêt à agir des tiers déjà reconnu)
11-01-1961 Barbaro

04-07-1962 Untersinger (rupture d'égalité)
8-03-1963 Section Mailhol (4ème intérêt à agir des tiers déjà reconnu)
24-04-1964 Section, société de livraisons industrielles, conclusions Combarnous (3ème acte détachable seulement)
209-04-1964 Missa (4ème intérêt poura agir des tiers déjà reconnu)
31-10-1969 Assemblée syndicat des canaux de la Durance (3ème acte détachable seulement)
16-10-1970 Assemblée Rueil-Malmaison (1ère compétence des TA)
21-03-1972 Cour de Cassation (contrat opposable à tiers)

15-07-1975 Loi sur l'élimination des déchets (police des déchets)
07-02-1977 décret d'application loi sur les déchets (police des déchets)
20-01-1978 Section Syndicat de l'enseignement technique, conclusions Denoix de St Marc (3ème acte détachable seulement)
20-02-1978 Section Enseignement technique agricole (4ème intérêt à agir des tiers déjà reconnu)
28-05-1979 Tribunal des Conflits, Cergy-Pontoise (1ère compétence des TA)

06-06-1980 Darvennes (poids des circulaires)
19-12-1979 Meyet (principe d'égalité)
1979 notes de RFDA (raisonnement incomplet)
02-03-1982 Loi sur le déféré administratif par le préfet (le préfet n'a pas attaqué)
02-12-1983 Assemblée Syndicats médicaux (4ème intérêt pour agir des tiers déjà reconnu)

---

commentateurs s'appuie sur les précédents jugements, et que rien ne permet de relier ces deux bases.

62 Dans cette affaire très voisine de la précédente jugée à la même époque, le commissaire doit passer par les étapes suivantes : 1° : prouver la compétence du Conseil ; 2° : dans l'état actuel de la jurisprudence, la requête n'est pas recevable; 3° : le requérant aurait dû attaquer l'acte détachable ; 4° pourtant l'intérêt pour agir des tiers est déjà reconnu ; 5° : le raisonnement du Conseil est inachevé ; 6° : puisque le préfet peut attaquer par déféré pourquoi pas un tiers ? ; 7° : la distinction entre les deux types de contrat est vraiment trop subtile ; 8° : toutefois reste à lever l'obstacle de la connaissance acquise. Marc Sanson, affaire n°135836, 10-07-1996.

05-04-1984 Loi sur la salubrité municipale
03-01-1985 : Amis de la Terre (4ème intérêt pour agir des tiers déjà reconnu)
26-04-1985 Ville de Tarbes (principe d'égalité)
27-12-1985 : délibération du SIVOM
1-1-1986 contrat du SIVOM et de l'entreprise : article 7
06-01-1986 Loi sur la décentralisation
16-04-1986 Assemblée Compagnie luxembourgeoise (2ème Irrecevable avec jurisprudence actuelle) (cité deux fois)
4-06-1986 Oléron (1ère compétence des TA)
01-10-1986 chambres d'agriculture (poids des circulaires)
17-12-1986 Syndicat de l'Armagnac, conclusions Fornaccari (2ème Irrecevable avec jurisprudence actuelle)
08-04-1987 Etudes et consommation CFDT (principe d'égalité)
13-01-1988 Mutuelle générale conclusions Roux (3ème acte détachable seulement)
29-07-1989 refus de remboursement des conteneurs par le SIVOM
01-03-1989 département de la Moselle (7ème distinction trop subtile juge contrat/juge administratif)
08-11-1989 Sourine (poids des circulaires)
15-11-1990 Cour de Cassation
28-01-1991 Section, Brasseur, conclusions Stirn (6ème si préfet peut pourquoi pas un tiers ?)
26-07-1991 Section Commune de St Marie (6ème si préfet peut pourquoi pas un tiers ?)
1-8-1989 requête devant le TA pour annuler article 7
17-1-1992 rejet de la requête par le TA pour irrecevabilité
17-02-1992 Commune de Guidel (5ème raisonnement inachevé)
10-04-1992 avis de Section + AJDA 1992. Gazette du palais (1ère compétence des TA)
22-06-1992 appel au Conseil d'Etat
13-05-1992 Commune d'Ivry sur Seine (7ème distinction trop subtile juge contrat/juge administratif
25-05-1992 Département de l'Hérault (7ème distinction trop subtile juge contrat/juge administratif
13-07-1992 Loi sur les déchets + débats parlementaires + exposé des motifs (police des déchets)
14-05-1993 Section radios locales privées (8ème obstacle de la connaissance acquise)
07-07-1993 Syndicat CGT de l'hôpital Dupuytren (8ème obstacle de la connaissance acquise)
01-10-1993 Yacht-Club Bormes-les-Mimosas (5ème raisonnement inachevé) (cité deux fois)
28-02-1994 Desboit (poids des circulaires)
07-10-1994 Section Lopez + chronique AJDA (5ème raisonnement inachevé)
10-07-1996 Assemblée du Contentieux du Conseil d'Etat
citations diverses
1990 Etudes et document du Conseil d'Etat, n°41 (5ème raisonnement inachevé)
article 1165 du Code civil tiers pas concernés par clause de contrat
Livre de Pouyaud sur la nullité des contrats administratifs
(7ème distinction trop subtile juge contrat/juge administratif)

Au premier coup d'œil, on mesure la technicité de l'opération. Modifier la jurisprudence exige autant de soins que le déplacement d'une voie de chemin de fer en pleine ville ou que la modernisation d'un central téléphonique. Plus de soixante documents divers doivent être réagencés pour rendre attaquable ce qui ne l'était pas auparavant. En gras, fer à droite, nous trouvons les éléments de la requête, lesquels s'étendent, on le voit, sur près de dix années — le Conseil mettant à lui seul plus de quatre ans pour juger l'affaire. En italique, centré, nous avons noté toutes les références que le commissaire du gouvernement utilise pour juger l'affaire au fond.

Fer à gauche, en romain, on trouve la totalité des citations indispensables pour rendre la requête recevable en la reliant à tout ce que le Conseil a déjà jugé. Le corpus de textes s'étend sur près d'un siècle et le commissaire doit peser grâce à eux les tendances diverses de la jurisprudence, mobilisant les incertitudes de la doctrine, la logique, le bon sens, l'opportunité. Il veut leur faire franchir un pas considérable tout en ne leur demandant rien d'autre que de « tirer les conséquences » de « leur » arrêt de 1906 !

> Mais si vous deviez **vous conformer** à votre jurisprudence, la requête de M. Cayzeele n'aurait aucune chance de **prospérer**. Dans l'état actuel de la jurisprudence, un tiers est irrecevable à demander directement l'annulation d'un contrat ou d'une clause d'un contrat (...) Le tiers peut seulement demander l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif détachable de ce contrat qu'il soit préalable ou postérieur à la conclusion du contrat (...).
>
> Nous vous proposons **d'explorer** une nouvelle voie qui permettrait **d'infléchir** votre jurisprudence et de permettre, sous certaines conditions, à un tiers d'attaquer directement un contrat auquel il n'est pas partie (...).
>
> De ce fait l'impossibilité pour un tiers de contester une clause contractuelle apparaît plus réduite (sinon **résiduelle**) et la jurisprudence apparaît ainsi **formaliste**. Dans le cas d'espèce, M. Cayzeele est recevable à contester la légalité de la délibération du SIVOM en se fondant sur l'illégalité présumée de l'article 7 du contrat, mais il n'est pas recevable à contester **directement** la légalité de cette clause. La distinction paraît bien **subtile** aux yeux du profane (...).
>
> L'exposé de ces inconvénients ou en tout cas de la subtilité de la jurisprudence actuelle pourrait vous conduire à envisager **la remise en cause des fondements** du contentieux des contrats administratifs.
>
> Ce **n'est pas** ce que nous vous proposons. Il s'agit seulement **d'infléchir** votre jurisprudence, **dans le fil** de son évolution récente et de la **volonté** du législateur (en ce qui concerne le déféré préfectoral) et surtout de **tirer les conséquences** en matière de recevabilité des recours de **votre** décision de 1906 Croix-de-Seguey-Tivoli, **tout en évitant** la multiplication des recours contre des contrats sans rapport ou n'ayant qu'un rapport lointain avec le requérant.

Non, non, que l'on se rassure, ce n'est pas au Conseil que l'on « remet en cause les fondements » de quoi que ce soit. Le droit ne peut se permettre de ces audaces qui plaisent tant, nous le verrons plus loin, aux chercheurs scientifiques. Pas de révolution juridique

en droit, ou alors, c'est que l'on a perdu toute sécurité et que l'on est tombé dans la « pagaille », dans la justice expéditive — *contradictio in terminis*. Toute la subtilité du commissaire consiste à remanier, remâcher, digérer les plus de soixante textes qu'il a cités, pour ne leur faire exprimer rien d'autre que ce qu'ils auraient toujours exprimé, sans que l'on s'en soit aperçu clairement avant aujourd'hui. Si l'on innove, c'est loin de toute solution trop constructive[63], à l'écart de toute discussion sur les fondements, en pleine sécurité juridique et en « évitant la multiplication des recours ». Les conclusions du commissaire n'ont pas d'autre but que de faire ré-exprimer plus nettement encore la volonté du corps des juges, immuable depuis *Croix-de-Seguey-Tivoli* en 1906, et celle du législateur qui a récemment inventé le déféré préfectoral[64]. Même s'il tire dans tous les sens le fin manteau des précédents, c'est pour assurer que rien de véritablement nouveau ne s'est passé et qu'il couvrira de sa logique aussi bien cette requête infime à propos d'une obscure histoire de poubelles que les grands principes de la distinction des contrats bilatéraux et des règlements unilatéraux qui organisent tout l'État. C'est du droit qu'il faut dire : « plus ça change, plus c'est pareil[65]. »

C'est au point que l'on se demande si, une fois le délibéré terminé et le jugement conforme au souhait du commissaire, il s'est vraiment passé quelque chose. Rien dans le jugement publié ne le signale sinon que la requête a été jugée recevable. C'est que, même une fois la volonté du législateur respectée, même une fois tirées les « conséquences logiques » de décisions centenaires, même une fois rendue cohérente l'évolution des « frémissements » de la jurisprudence, il faut aussitôt que les chroniqueurs viennent à leur tour interpréter le jugement pour lui donner un sens. En lui-même, il reste incompréhensible. Suivons quelques étapes dans le tâtonnement des chroniqueurs s'efforçant d'ausculter les intentions du juge — qui ont accepté en partie les mots que le commissaire du gouvernement mettait sur leurs lèvres :

63 Plus haut, le commissaire rejetait une autre solution comme « très constructive ». Le mot « constructif », on le sait, est un euphémisme pour « audace échevelée ».

64 « Recours formé par le préfet devant le juge administratif à l'encontre des actes des collectivités locales [...] qu'il estime illégaux. Cette procédure particulière de contrôle a remplacé, à partir de la loi du 2 mars 1982, l'ancienne tutelle. » A. Van Lang, G. Gondouin *et al.*, *Dictionnaire de droit administratif* (1999).

65 Ce que A. Bancaud, *op. cit.* (1989), appelle « une constance mobile » à propos de la Cour de cassation.

> En estimant que les clauses réglementaires des contrats ne pouvaient être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État **restait attaché** à la théorie de la double nature des contrats telle qu'elle avait été esquissée par le commissaire du gouvernement Léon Blum (...). Le Conseil **s'opposait** ainsi à une majorité de la doctrine attachée, pour sa part, à la théorie de « l'acte mixte » (...)
>
> Si la jurisprudence n'était guère convaincante **sur le plan logique** elle était plus **critiquable** encore pour ses conséquences sur le droit des administrés. Alors même qu'il admettait que des contrats passés entre la collectivité publique et un entrepreneur privé pouvaient faire naître des obligations à l'égard des particuliers, le Conseil d'État **leur refusait toute possibilité** de contester les clauses en question par la voie du recours en excès de pouvoir. (..) Cette situation était **choquante**
>
> Le Conseil d'État **saisit l'occasion** que lui donnait l'appel de M Cayzeele pour **opérer un revirement de jurisprudence**. Ainsi, les clauses réglementaires des contrats peuvent **désormais** faire l'objet de recours pour excès de pouvoir. **La portée** du revirement doit bien entendu être **relativisée** (...). Pour autant cette portée ne doit pas être **sous-estimée**.
>
> Avec la jurisprudence *Cayzeele*, il est possible d'obtenir, sans détour procédural, l'annulation des clauses réglementaires. **Le progrès est indéniable.**
>
> Le pas accompli par l'arrêt *Cayzeele* est donc significatif. Il faut toutefois souligner que cette nouvelle jurisprudence **ne rompt pas** avec la distinction des contentieux du contrat et de l'excès de pouvoir. **Elle s'inscrit au contraire dans le prolongement logique des solutions antérieures**.
>
> Il est toutefois difficile de voir dans l'arrêt *Cayzeele* un premier pas vers une telle simplification des règles de recours contentieux. Au contraire, l'Assemblée du Contentieux ne **paraît** avoir admis le recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat que parce qu'elle a **choisi d'y voir** des actes réglementaires divisibles du contrat. L'arrêt *Cayzeele* constitue donc davantage un **changement de perspective** qu'un **revirement de principe**.
>
> Même si l'on peut regretter que le Conseil d'État ne soit pas allé **plus loin encore**, il nous semble que l'état du droit **est plus satisfaisant** après la décision du 10 juillet 1996. Les possibilités de recours des tiers contre les contrats qui leur imposent des obligations sont à la fois **plus simples et plus efficaces**. (20-10-1996 p. 738.)

Ne dirait-on pas que les chroniqueurs se comportent, pour interpréter les décisions du Conseil, comme des éthologues ? C'est comme si le droit administratif avait la figure d'un gros animal

énigmatique et muet qui ne pouvait jamais justifier directement sa parole par des explications claires et qu'il fallait toujours recourir, pour le comprendre, à des indices détournés. L'Assemblée, disent-ils, « paraît avoir admis » un revirement dont la portée est à la fois indéniable, limitée, qui ne doit pas être « sous-estimée », qui s'inscrit dans le « prolongement logique des décisions antérieures », mais qui semble être plus un « changement de perspective » qu'un « revirement de principe ». Mais ce n'est pas sûr. Tout dépend de ce que le Conseil a « choisi de voir » — merveilleuse expression — dans le contrat soumis à son examen. D'ailleurs, le gros animal aurait « pu aller plus loin encore » — il est probable que par cette fuite calculée les chroniqueurs, reflétant les controverses du délibéré, préparent la doctrine à un revirement futur de la jurisprudence. En tout cas, la chose est sûre, tout en ne faisant rien d'autre que de rester semblable à lui-même, le Conseil a bien abandonné une solution « choquante » qui l'obligeait à « rester attaché » à une interprétation certes vénérable — puisqu'elle remontait à Léon Blum lui-même — mais qui était en opposition avec la doctrine. À la fin des fins, le *satisfecit* est prononcé : l'état du droit est plus « satisfaisant », les « obligations plus simples et plus efficaces ».

Mais enfin, s'est-il passé quelque chose, oui ou non ? Non, puisqu'on n'a fait que toiletter le droit. Oui, puisque maintenant on sait. Chose étrange, en effet, l'incertitude sur ce qu'a voulu dire le juge aussi bien que la stricte continuité entre présent et passé n'empêchent pas les chroniqueurs de reconnaître un net changement opéré par le jugement. « *Jusqu'à* l'arrêt d'Assemblée du 10 juillet 1996, écrivent-ils, le sort de l'exception d'illégalité des clauses réglementaires du contrat était pour le moins *incertain.* » Aujourd'hui, il ne l'est plus. La date du 10 juillet marque un tournant qui met fin à des « controverses doctrinales ». Il y a donc bien de l'historicité dans cette progression millimétrique où rien n'est censé se passer que l'expression plus ferme de ce qui avait toujours déjà été là. Étrange objet circulant qui doit dissimuler ses modifications sous l'apparence d'une impavidité de marbre et qui doit pourtant marquer le temps par des ruptures si nettes qu'elles permettent de mettre fin à de dangereuses incertitudes, à de scandaleuses ambiguïtés. M. Cayzeele a-t-il donc rendu un service historique au droit des contrats ? Qu'il ne plastronne pas trop vite. Avec une morgue vraiment patricienne, les chroniqueurs rappellent que le Conseil n'a fait que « saisir l'occasion » de son appel pour opérer ce revirement

de jurisprudence que toute la logique de son développement ne pouvait qu'appeler : tout a changé, mais rien n'a changé ; sans requête pas de scandale, mais la requête n'était que l'occasion attendue de mettre enfin le droit en ordre. Ah ! l'homéostasie du droit.

De minimis et maximis curat praetor

Si le Conseil appliquait vraiment la célèbre maxime *De minimis non curat praetor*, il n'aurait pas grand-chose à faire car, on s'en convaincra aisément au vu des affaires que nous avons suivies jusqu'ici, on lui demande de se pencher sur des causes infimes, des requêtes microscopiques : un pigeon par-ci, une piste de ski ou une nomination par-là, une poubelle, une expulsion, oui des broutilles, rien qui semble justifier vraiment l'attention du préteur. C'est qu'il applique, en pratique, une autre maxime : le juge s'attache à relier les plus infimes aux plus grandes préoccupations — *de minimis* et maximis *curat praetor*. Comme nous l'avons vu au chapitre 2, c'est justement à la capacité à nouer dans la masse des textes déjà publiés les détails de la requête — dérisoire aux yeux du droit peut-être mais évidemment essentielle, vitale parfois, aux yeux du requérant — que le juge éprouve sa capacité à dire le droit. C'est à ce *principe du minimum et du maximum* qu'on le reconnaît comme un juge et qu'il se définit comme ayant bien jugé. Comme nous le verrons dans le dernier chapitre, il n'est pas sûr qu'aucune autre profession soit capable d'opérer ce même court-circuit. L'énonciation juridique trouve peut-être là sa spécificité — ainsi que la plupart de ses bizarreries.

En attendant de parvenir à ce point, nous pouvons clore cette longue plongée dans les séances d'instruction en récapitulant les mouvements que nous avons pu différencier dans les raisonnements des juges. Nous avons choisi dans ce chapitre de considérer le droit dans sa dynamique, dans son passage, et nous l'avons fait en dressant la liste des objets de valeur qui se trouvent transférés au cours de l'action. Nous avons constamment souligné la prolifération des termes, des gestes, des comportements qui donnent l'impression que ce qui passe, ce qui circule, a bien une densité, une objectivité, une solidité qui oblige à modifier des attitudes, secouer des présupposés, changer d'avis, voire, comme dans le cas précédent, renverser la jurisprudence, et que ce mouvement difficultueux, cette lente reptation se fait en dépit d'une multitude d'oppositions et d'obstacles. Les juges ne raisonnent pas : ils sont

aux prises avec un dossier qui agit sur eux, qui les presse, qui les force, qui leur fait faire quelque chose. Rien qui donne plus l'impression d'une résistance, d'une chose, d'une cause. Rien de plus matériel, de plus réel. Mais, en même temps, cette matière possède une plasticité bien particulière puisque chaque agent — requérant, avocat, rapporteur, réviseur, commissaire, formation de jugement, chroniqueur, universitaire — modifie la forme que prennent les arguments, la saillance des textes, traçant sur le « corps sans organe » du droit administratif des chemins divergents ; mobilisant, comme en autant de guerres pichrocolines, des clans opposés de faits, de précédents, de bon sens, d'opportunité, de morale publique jetés à la gorge les uns des autres et précipités dans la fournaise des débats. Quand cela s'arrête enfin, ce n'est jamais parce que le droit pur a triomphé, mais parce que de l'intérieur même de ces rapports de force, de ces conflits de multitudes hétérogènes, une évaluation a été faite, par les acteurs eux-mêmes, que certains objets de valeur ont bien été transférés, que les conditions de félicité ont bien été remplies.

Il y a d'abord l'*autorité* des agents qui subit dans l'épreuve de l'instruction une métamorphose plus ou moins complète. Et tous les participants, pas seulement les juges, peuvent voir leur position modifiée : il y a des requérants plus ou moins estimables, des avocats plus ou moins doués, des commentateurs plus ou moins solides. Ensuite, deuxième objet de valeur, il y a la requête elle-même dont le *cheminement* de procédure, explicité par l'expression même de procès, se prête bien à une analyse en termes de conflits, d'avancées, d'obstacles, de replis, de délais, de triomphes[66]. Troisième des objets de valeur que nous avons reconnus : l'*organisation* des plaintes, des dossiers, des jugements, la logistique en quelque sorte, qui permet de rendre compatible les uns avec les autres les cheminements divers des affaires sans trop de télescopage, d'encombrement, de faute, de déchet, de scorie. Ensuite, il y a ce que nous avons appelé l'*intérêt*, sans quoi les conseillers seraient depuis longtemps morts dans leurs fauteuils, périssant d'ennui la tête enfouie dans leurs dossiers. Non pas la *libido sciendi*, nous allons le voir, mais plutôt la *libido judicandi*, liée à la diffi-

66 Rappelons que la plupart des termes de la sémiotique greimassienne pour parler de la fiction et de ses opérations viennent en fait du procès de droit, en tout cas d'une mise en scène de l'épreuve.

culté du cas qui oblige à ne justement pas pouvoir juger trop vite, sorte d'inquiétude gourmande aussi bien que paradoxale à mesurer la difficulté de l'acte de jugement : plus il est impossible de dire le droit, plus « c'est intéressant ».

Nous avons reconnu ensuite un cinquième objet de valeur, semblable au premier, sauf qu'il concerne cette fois l'autorité des objets juridiques eux-mêmes et non pas celle des sujets humains. Chaque citation d'une loi dans un dispositif, chaque référence à un précédent dans une conclusion, chaque appel au *Lebon* pendant une séance d'instruction, chaque classement par les chroniqueurs d'un jugement aux Tables, va modifier le *poids* du texte en question, lui donner une solidité si grande que d'autres après lui vont pouvoir à son tour s'y accrocher, modifiant au fur et à mesure le paysage du droit devenu chaque jour plus contrasté, plus saillant, ou alors, au contraire, par endroits, de plus en plus confus, incertain, marécageux. C'est ce qui permet aux arrêts de servir de points de repère, de tournants, d'amers dans une histoire qu'aucun événement, sans cela, ne viendrait scander. Sixième objet de valeur : le *contrôle-qualité* exercé en permanence par tous les agents, de façon réflexive, sur le déroulement du processus. « Est-ce que nous sommes bien en train de faire du droit ? Avons-nous bien jugé ? Est-ce ainsi que l'on doit travailler ? La discussion est-elle close ? », sorte d'inquiétude continuelle qui taraude les consciences, objet de valeur à la puissance deux puisqu'elle cherche à évaluer la valorisation même, à vérifier la félicité des conditions de félicité. Sans ce scrupule incessant, y aurait-il le sentiment que l'on a bien jugé ?

Nous croyons avoir identifié ensuite un septième objet de valeur, plus inhabituel encore, que nous avons appelé l'*hésitation*, comme si les énonciateurs du droit mesuraient la réalisation de leurs performances à leur capacité d'avoir bien, longuement et suffisamment hésité, d'avoir concassé et broyé la matière des dossiers en faisant réagir sur eux assez de textes. C'est en effet seulement dans ce suspens, cette lenteur, cette dé-liaison préalable, qu'ils semblent trouver la preuve de leur liberté de manœuvre avant que le travail de liaison, de tricotage, de décision puisse s'effectuer pleinement — rappelons-nous le « On se sent toujours trop lié » du président Luchon[67]. La balance de la justice doit d'abord avoir tremblé pour

67 On le voit bien encore dans cette explication du choix de la formation de jugement bien exprimée par l'interaction suivante : Luchon (lisant l'arrêt) : Oui je suis d'accord avec Le Men, l'arrêt ne dit pas cela ; il y a à juger ; c'est seulement

qu'elle puisse enregistrer fidèlement le juste. Le huitième objet de valeur est encore frais dans notre mémoire : c'est le *moyen*, moyen d'agir, moyen de transport, levier, raison, crochet, piège — quelle métaphore serait adéquate pour cet OVNI ? — qui permet de transporter de l'obligation d'un bout à l'autre de la procédure et d'un texte à l'espèce. Inversement, le neuvième consiste, nous venons de le voir, à *modifier le droit* même, le déplaçant d'un état où il était formel, artificiel, inefficace, indirect en une situation plus satisfaisante où il est devenu un peu plus efficace, direct, lisible, compréhensible. Enfin, dernier objet de valeur, le dixième, sorte de pré-réquisit à tout le processus lui-même, et qui définit les *limites* intérieures et extérieures de ce qui active ou non le droit, marquant les deux extrêmes également effrayants : d'un côté, l'inondation des requêtes, l'absence de sécurité juridique, la paralysie de l'administration : tout est attaquable tout le temps par tout le monde ; de l'autre, une restriction telle des possibilités d'ester en justice, que le droit se réduit à une peau de chagrin, au bon vouloir du Prince, et que la procédure jamais ne pourrait commencer.

Objets de valeur modifiés au cours de l'épreuve

1. *autorité* des agents participant au jugement
2. *cheminement* de la requête se déplaçant à travers les obstacles
3. *organisation* des affaires permettant de respecter la logistique des plaintes
4. *intérêt* des affaires mesurant la difficulté des cas
5. *poids* des textes faisant un paysage et une histoire de plus en plus contrastés
6. *contrôle-qualité* vérifiant réflexivement les conditions de félicité du processus d'ensemble
7. *hésitation* permettant de produire de la liberté de jugement par déliaison avant la reliaison
8. *moyen* obligeant à relier des textes à des affaires
9. *cohérence* du droit lui-même modifiant sa structure interne et sa qualité
10. *limites* du droit permettant de lancer ou de suspendre la mise en route du processus

la Cass [ation] ; nous on n'a pas jugé, on ne peut pas passer en jugeant seuls si on n'a pas le précédent à copier *presque mot pour mot* ; quand on n'a pas le précédent, on va en [sous-sections] réunies ; c'est très peu jugé. »

L'ethnographe a bien conscience que cette liste des objets de valeur ne peut apparaître aux yeux des juristes professionnels que comme un fourre-tout, puisque l'essentiel ne s'y distingue pas de l'accessoire. Nul doute qu'un légiste saisirait immédiatement, dans ces conditions de félicité, celle qui caractérise le droit pur et renverrait les autres au simple statut d'intermédiaire, d'adjuvant, d'excipient, de serviteur ou d'impedimenta. Ne nous pressons pas toutefois pour décider qui du spécialiste ou de l'observateur a raison. Le temps n'est pas si lointain où, pour parler des sciences, un chercheur scientifique aurait d'abord mis en avant les idées, théories, résultats de sa discipline, en omettant tout à fait de mentionner son laboratoire, ses instruments, ses collègues, ses budgets, ses articles, les tâtonnements de l'expérience, les étranges façons que les objets ont de se mêler aux mots qui les décrivent — toutes choses trop triviales pour être dites. Si, à l'époque, l'ethnologue avait pointé du doigt la multiplicité de ces éléments propres à la science « telle qu'elle se fait » et non « telle qu'elle se pense », nul doute que le chercheur aurait pris la mouche en qualifiant toute cette ménagerie, tout ce bric-à-brac, tout ce fatras, de simples intermédiaires sans importance. Il en a fallu du temps aux anthropologues des sciences comme aux savants eux-mêmes pour lentement dresser en commun la liste des *médiations* nécessaires à l'articulation du monde dans les savoir-faire. À ce jour, toutes les difficultés ne sont pas encore levées[68]. S'il a fallu tant d'efforts pour faire remonter la pratique des sciences dans la description de leurs vertus, pourquoi n'en faudrait-il pas autant pour rendre la description du droit compatible avec la pratique des juges ? En présentant leur domaine aux autres, peut-être que les légistes omettent la plupart des éléments qui le rendraient compréhensible, non pas aux connaisseurs bien sûr, mais à ceux, extérieurs au droit, auxquels ils s'adressent ?

D'ailleurs, le modernisme est ainsi fait que les fabriques de vérité si importantes à son succès ne sont par forcément analysées par leurs praticiens de la façon la plus fiable[69]. C'est d'ailleurs ce

68 Sur tous ces points, voir B. LATOUR, *L'Espoir de Pandore* (2001). Nous donnons un sens technique à la différence entre les intermédiaires — qui transmettent fidèlement sans déformation leurs causes — et les médiations — qui redéfinissent à la fois leurs causes et leurs conséquences.

69 Sur toutes ces questions d'anthropologie du modernisme, voir B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes* (1991).

qui justifie la description ethnographique de ces formes de véridiction, comme nous le verrons au dernier chapitre, car la situation de l'ethnographe est inverse selon qu'il étudie le lointain ou le proche. Là-bas, c'est le pullulement de la pratique complexe et contradictoire qui le frappe, et il n'a de cesse d'en trouver, par de puissantes constructions intellectuelles, la structure cachée. Mais ici, chez lui, c'est au contraire la puissance des constructions intellectuelles déjà proposées par les acteurs eux-mêmes pour définir leur activité — la Science, le Droit, la Religion, la Politique, l'Économie, chacune distincte des autres —, qui fait écran à la compréhension des pratiques multiples, hétérogènes, le plus souvent contradictoires. S'il faut à l'ethnographe, là-bas, tant de sueur pour comprendre ce que les gens font, il lui faut au contraire, ici, se donner un mal de chien pour oublier les raisons trop raisonnables que les agents donnent de leur comportement ; pour aller chercher dans les balbutiements de l'explication, dans les hésitations de la parole, dans les atermoiements de la décision, la raison des liens ténus créés par toutes ces activités mêlées les unes aux autres et dont la séparation en sphères séparées, pures et propres, ne rend aucunement compte. L'ethnographe, sans avoir honte de sa méthodique ignorance, doit donc s'obstiner, quelque temps encore, à décrire le droit « tel qu'il se fait ».

Parvenu en ce point, le lecteur sympathise peut-être avec ces conseillers qui auraient souhaité que je supprime de ce travail les propos *verbatim* comme certains chercheurs auraient préféré ne jamais voir exposée au grand jour la vie quotidienne de leurs laboratoires. Les uns comme les autres considèrent sans doute que la métamorphose de l'humble pratique des interactions en vérités objectives doit rester un secret de fabrique connu des seuls initiés. Ils craignent probablement qu'on ne respecte plus la solidité du droit et la vérité des sciences si l'on se met à discerner derrière ces deux transcendances l'humble immanence du laboratoire ou de la cour. Je crois exactement le contraire. C'est en faisant de ces fabrications des secrets trop bien gardés que l'on rend incompréhensible au public la capacité des humains de proférer les vérités qui les dépassent de toutes parts. En croyant protéger le public contre des révélations qui le troubleraient, on l'empêche en fin de compte d'avoir confiance dans l'extraordinaire capacité que nous avons pour charger les petits mots, les petits textes de réalités plus solides et plus durables qu'eux. D'où provient ce défaitisme qui obligerait à croire que si un humain parle c'est forcément qu'il

erre pitoyablement dans l'illusion et qu'il faudrait toujours qu'une voix tonitruante sortie de nulle part — voix de la nature, voix de la Loi — vienne lui dicter sa conduite et ses convictions ? Sommes-nous donc si démunis, nous les pauvres Terriens ? La construction tâtonnante de vérités indiscutables par la discussion des humains m'a toujours paru plus intéressante, plus durable et plus digne.

Dans lequel le lecteur se trouve entraîné malgré lui du terrain du droit vers celui des sciences ❧ Où il est amené à comparer les habitudes et le fonctionnement d'un laboratoire de neurosciences avec les formes de débats du Conseil d'État ❧ Où le lecteur s'aperçoit avec surprise que l'on cherche à produire en droit les formes de détachement que l'on attribue d'habitude aux savants ❧ Dans lequel il suit pas à pas en quoi l'information savante diffère de la qualification juridique ❧ Ce qui l'amène à répartir plus équitablement les traits, jusque-là confondus, des activités de savants et de juges.

5

Objet des sciences, objectivité du droit

Portrait du Conseil d'État en laboratoire

« Les faits sont là, que vous le vouliez ou non » ; « C'est jugé, la décision est tombée, que cela vous plaise ou pas » : la solidité des faits, la rigueur du droit, voilà deux formes de dureté devant lesquelles on ne peut que s'incliner. La comparaison entre le monde de la science et celui du droit se propose d'autant plus volontiers que, des deux côtés, on y prône le désintéressement, l'absence de préjugés, la distance et la précision, que l'on y parle des langues ésotériques, que l'on y cultive avec soin le raisonnement, que les savants comme les juges semblent capables d'obtenir une forme de respect inconnue des autres activités humaines. Dans ce chapitre, nous allons tenter d'établir un rapport, non pas entre « la science » et « le droit » mais entre deux laboratoires, celui de notre ami Jean R. à l'École de Physique-Chimie et celui, maintenant plus familier, du Conseil d'État.

Pour dresser un tableau comparatif de ces deux formes d'activité, nous n'allons pas nous appuyer sur les représentations

Figure 5-1

Crédit : Émilie Hermant

communes des savants et des jurisconsultes[1], mais utiliser plutôt, selon notre habitude, les résultats d'enquêtes ethnographiques, attentives aux lieux, aux attitudes, aux formes de vie, aux conditions d'énonciation, à tous ces petits riens dont l'ensemble permet peu à peu, par taches, par touches, de redéfinir sur de meilleures bases ce que sont la science et le droit. En procédant de la sorte, nous allons nous apercevoir que l'épistémologie s'est emparée d'un grand nombre de traits appartenant à sa sœur aînée, la justice, et qu'on pare souvent le droit de compétences que seules les sciences peuvent procurer. La comparaison systématique des pratiques, loin de conforter les clichés, va nous permettre au contraire de dresser à nouveaux frais un portrait contrasté en distinguant l'objet des sciences de celui du droit. L'anthropologue des sciences, après avoir longuement traîné dans les laboratoires, va peut-être découvrir au Conseil d'État ces fameuses vertus d'objectivité qu'il avait cherchées en vain dans les sciences.

Quittons un instant notre cher Palais-Royal, traversons la Seine et pénétrons dans l'un de ces laboratoires à l'activité multiforme qui font de la Montagne-Sainte-Geneviève l'héritière laïque des couvents innombrables dont la prière incessante montait autrefois vers le ciel. Si l'on n'entre pas tout à fait au Conseil comme dans un moulin, il n'empêche que, à des moments choisis, lors des audiences, certains espaces sont ouverts au public. Des huissiers et des hôtesses établissent la distinction, que rien d'autre d'ailleurs ne signale, entre les emplacements autorisés et ceux, beaucoup plus nombreux, réservés au travail des conseillers, aux bureaux ou au secret absolu du délibéré. Ici, à l'École de Physique-Chimie, aucun lieu n'est véritablement public mais, une fois autorisé à y pénétrer par l'un des chercheurs en neurosciences, aucun lieu n'est particulièrement interdit. La répartition des emplacements est d'emblée différente : tout le monde peut aller assister aux séances du Conseil, mais à certaines heures, sur certains sièges et dans certains lieux ; pour le reste, personne d'extérieur ne peut avoir accès au travail du droit — sauf les stagiaires, les commis du gouvernement dûment cornaqués ainsi que l'ethnographe quelque peu fouineur. Chez l'ami Jean, l'accès reste strictement réservé

1 Pour une approche différente qui cumule les conceptions épistémologiques de la science et du droit transformés tous deux en « raisonnement », voir P. Amselek, *Lois juridiques et lois scientifiques* (1987).

au personnel savant, mais la présence d'un visiteur autorisé ne se limite pas à un seul lieu. Si la simple présence d'un étranger dans le délibéré affaiblirait aussitôt la nature de l'activité en rendant le jugement annulable pour vice de forme, la présence d'un visiteur intéressé, même s'il pourrait gêner le travail des chercheurs, n'aurait aucune influence sur la nature de ce qu'ils font subir au cerveau des souris blanches dans lequel ils insèrent aujourd'hui de minces canules de verre. Le rapport du public au privé diffère donc déjà beaucoup dans ces deux lieux : si « nul n'est censé ignorer la loi », son ultime éclosion reste totalement secrète, tandis que si les laboratoires sont clos à toute personne étrangère au service, « tout le monde en principe » pourrait comprendre ce qui s'y passe et qui n'a rien de mystérieux : « Nous n'avons rien à cacher[2]. »

Par comparaison avec le Conseil que nous venons de quitter, le comportement de nos amis chercheurs paraît plus différent encore. Ici, pas de costume cravate, pas de ton grave, pas de marche solennelle, pas de propos fins et onctueux, pas de conversation feutrée, mais des éclats de voix, des rires incongrus, des tenues volontairement informelles « à l'américaine », des propos relâchés, parfois même des invectives contre tel oscilloscope qui ne déroule pas précisément ses courbes phosphorescentes, telle guillotine trop mal aiguisée pour trancher la tête des rats, telle micropipette dont l'incision ne permet pas de sonder, sous le microscope, un neurone particulier, tel *referee* d'une revue anglo-saxonne au caractère particulièrement obtus. Alors que la parole, au Conseil, coulait sans effort de la bouche d'or des conseillers, ici elle se trouve interrompue, hésitante, embarrassée, à la limite parfois du bafouillage. Cela ne veut pas dire que le visiteur ne comprend pas ce qu'ils énoncent, mais que les *gestes* peuvent remédier aux paroles et que, en plusieurs points du discours, le chercheur *remplace* ce qu'il s'efforce de dire par son doigt désignant quelque phénomène produit grâce à un instrument — phénomène qui hésite à se manifester dans la mesure où il dépend de la visibilité de neurones de rats, isolés individuellement, prouesse technique et savante qui a souvent des ratés et dont il faut lever sans cesse de

2 Sur le rapport du public et du privé en sciences, voir le travail de A. Ophir et S. Shapin, « The Place of Knowledge : A Methodological Survey » (1990) et, plus récemment, sur l'architecture de ces espaces complexes, voir P. Galison et E. Thompson, *The Architecture of Science* (1999), que l'on rapprochera avec profit de R. Jacob, *Images de la justice* (1994) sur l'iconographie juridique.

nouveaux obstacles : pipettes bouchées, neurones inaccessibles, image floue, résultats inintelligibles. Tandis que les conseillers parlent « comme des livres » parce qu'ils ne quittent jamais le monde des textes, allant du *Lebon* à leurs arrêts en passant par les mémoires et les répliques, les chercheurs franchissent constamment l'abîme vertigineux qui sépare un neurone de rat, palpitant sous la micro-pipette, des phrases humaines qu'ils prononcent à leur propos. Pas étonnant qu'ils hésitent, qu'ils s'y reprennent à deux fois, qu'ils restent suspendus, souvent muets de longues minutes, qu'une interjection — « je l'ai ! », « ça y est ! », « je l'ai perdu… », « ah, sale bestiole ! » — vienne rendre si hétérogène l'acte de parole.

Homogène ou hétérogène, voilà qui permet de souligner un autre contraste dont l'évidence ne peut que frapper le visiteur le moins attentif. On peut aller des caves du Palais-Royal, où dorment des kilomètres linéaires d'archives, jusqu'aux combles où se trouvent les bureaux des commissaires du gouvernement et le Service de documentation, sans jamais rencontrer de différences notables entre les objets nécessaires au travail : des dossiers, encore des dossiers, toujours des dossiers, auxquels il faut ajouter des placards, tables et chaises plus ou moins chers selon le rang, et des ouvrages plus ou moins nombreux — sans omettre élastiques, trombones, chemises et tampons répartis à profusion (voir les photos du chapitre 2)[3]. En dehors des téléphones et des agrafeuses, on ne trouvera pas le plus petit outillage étranger à la matière textuelle — la base informatique qui permet d'accéder sur écran aux arrêts du droit administratif ne pouvant être considérée comme un instrument[4], même si on peut la

3 Peut-on parler de « gros laboratoire » en droit, au même titre qu'en science, c'est-à-dire un lieu tellement mieux équipé qu'il pourrait produire des faits inaccessibles aux autres ? En un sens non, le Conseil d'État n'a aucune ressource qui ne soit disponible ailleurs. Comme le rappelle un conseiller : « il n'y pas d'avantages comparatifs, on a les mêmes ressources que les avocats et les étudiants, avec en plus les jaunes [du Service de documentation] qui ne sortent pas d'ici et les dossiers des Sections administratives ». En réalité, le Conseil bénéficie de l'énorme avantage des cinq millénaires d'homme-années de droit administratif accumulés sous un même toit. Sans compter cet avantage comparatif exceptionnel d'être le lieu qui a, en tout, le dernier mot. On retrouve d'ailleurs la même chose en science, avec les laboratoires qui gardent les étalons de métrologie, mais il s'agit là, justement, d'hybrides de droit et de science : N. WISE, *The Values of Precision and Exactitude* (1995) ; A. MALLARD, « Compare, Standardize and Settle Agreement » (1998).

4 Sur la définition de l'instrument voir B. LATOUR et S. WOOLGAR, *La Vie de laboratoire* (1988).

détourner pour cet usage. Or, au laboratoire, pas une salle ne ressemble aux autres parce que la spécialisation de l'espace se fait justement en répartissant les instruments qui permettent de coordonner, à propos des mêmes expériences, les compétences du physiologiste, du neurophysiologiste, du biologiste moléculaire, du chimiste des peptides, du radiophotographe, du bio-informaticien, etc. Quand les conseillers s'assemblent pour débattre, ils se *ressemblent* tous et ne diffèrent que par l'expérience qu'ils ont du droit administratif : la voix de chacun vaut celle de tous les autres (mises à part, comme nous l'avons vu plus haut, les subtiles variations de prestige). Quand les expérimentateurs se rassemblent, ils peuvent fort bien ne rien comprendre à l'instrument, aux compétences, aux difficultés de ce voisin qu'ils côtoient depuis des années, mais ils savent exactement où celui-ci peut prendre le relais de leur savoir-faire et jusqu'où ils peuvent *aveuglément* s'y fier. Alors que les conseillers par définition ne jugent que d'affaires qu'ils *ne connaissent pas* et dont ils entendent parler pour la première fois, sans autre instrumentation que leur mémoire et quelques notes, les chercheurs ne traitent dans le « dossier » d'un rat que de la partie qu'ils sont seuls à parfaitement connaître grâce à l'étroite fenêtre d'un instrument, d'une discipline, d'une spécialité qu'ils ont mis des années à maîtriser.

La qualité du Conseil ne dépend donc pas de la variété de son équipement mais de l'homogénéité textuelle des dossiers conservés, recensés, archivés, traités — et de celle du Corps renouvelé, entretenu, discipliné. Si le Conseil d'État peut supporter un *turnover* important c'est justement parce que les conseillers sont à peu près interchangeables et que la division du travail s'y trouve réduite à l'extrême. La qualité du laboratoire dépend crucialement de l'hétérogénéité des équipements, de leur renouvellement rapide, de la diversité des compétences rassemblées en un point. Alors que si l'on dressait l'inventaire des meubles et dossiers du Conseil on n'expliquerait rien de ce qu'on y fait, l'inventaire d'un laboratoire et de ses outillages, de leur ancienneté, de leur coût, de leur répartition dans l'espace, de leur sensibilité, des diplômes de ceux qui les manipulent, trahirait déjà presque tout de ce qu'il faut savoir sur la qualité scientifique de ce lieu. « Dites-moi quels sont vos instruments et quelles sont vos spécialités, je vous dirai qui vous êtes et où vous vous situez dans la hiérarchie des sciences. » Autre façon de résumer la même comparaison : le Conseil coûte cher en cervelle mais presque rien en matériel autre que le papier et le carton ; le laboratoire coûte très cher en *wetware* mais plus encore

en matériel et en logiciel. Si une nouvelle Commune brûlait à nouveau leur palais mais laissait aux conseillers la collection entière du *Lebon*, ils pourraient juger dès le lendemain, assis sur les colonnes de Buren, à peu près à l'identique ; que l'émeute vienne chasser Jean de son laboratoire en saccageant son matériel, il ne pourrait plus rien dire de précis sur la biochimie des cerveaux de rat. Impossible en tout cas de recommencer à travailler avant d'avoir reçu ses nouveaux équipements.

Précisons encore l'éthologie propre aux habitants de ces deux lieux : nos amis chercheurs forment le plus souvent un cercle concentrique autour d'une expérience au centre de laquelle s'agite un phénomène quelconque soumis à une épreuve (par exemple, une stimulation électrique sur un neurone particulier qui permet de recueillir, à l'autre extrémité de l'axone, les neurotransmetteurs exprimés par ce neurone) ; ils n'arrêtent pas de parler par énigmes de cet être balbutiant qu'ils ont rendu capable de parler en hoquetant, ou du moins de signaler par des oscillations et des productions chimiques ce qu'il pense de l'épreuve à laquelle on le soumet (figure 5-1). On dirait des parieurs assemblés autour d'un combat de coqs auxquels ils auraient confié le sort de leur fortune : s'ils ne hurlent pas, s'ils ne crient pas comme des fous, ils sont en tout cas, aucun doute n'est permis à ce sujet, *passionnés* par le sort de ce qui va arriver au neurone, de ce qu'il va pouvoir exprimer : ils tiennent maintenant sous leur microscope le sort d'une cellule isolée de toutes les autres, quelle surprise, quel plaisir ! À l'inverse, aucun adjectif ne convient aussi peu que celui de « passionné » pour décrire l'attitude des conseillers lors d'une audience ! Aucune *libido sciendi*. Aucun mot plus haut que l'autre. Adossés à leurs sièges, attentifs ou endormis, intéressés ou indifférents, ils se tiennent toujours *à distance*. Seul le requérant pâtit quelque peu. Présent parfois (mais pas toujours), il ne comprend pas plus ce que l'on dit de sa plainte que le rat ne saisit la structure de son cerveau commentée à grand bruit par les savants dont les propos lui passent tout à fait au-dessus de la tête… D'ailleurs, de tous les éléments en jeu, c'est la passion du requérant qui a le moins d'intérêt pour le destin de la procédure : c'est justement ce qui n'importe pas, ou plus, ou pas encore[5]. Alors qu'au tribunal

5 Dans une affaire de poubelles, le requérant avait eu un mot un peu passionné pour expliquer pourquoi le préfet n'avait pas attaqué le président du syndicat inter-

les juges sont sans passion à propos d'une affaire qui passionne seul l'intéressé, au laboratoire les objets d'étude ne comprennent pas que leurs « juges » puissent se passionner autant pour des affaires qui les indiffèrent absolument.

On retrouve cette différence extrême jusque dans les ateliers d'écriture auxquels les savants se livrent également — quoiqu'ils y passent moins de temps à écrire collectivement que les conseillers. Au laboratoire, nous le savons bien, les instruments, les équipements, les produits chimiques, les bêtes de l'animalerie ne sont pas les résultats finaux de l'activité. Un groupe de recherche qui prendrait plaisir à des expériences de grande qualité mais qui n'engendrerait aucun article perdrait vite sa réputation — à moins qu'il n'abandonne la recherche fondamentale pour la mise au point de procédés industriels. Du point de vue de la production écrite, une institution savante ressemble davantage au Conseil d'État : on pourrait, dans les deux cas, dresser des statistiques sur le nombre de pages produites par chacun des membres, en allant même jusqu'à suivre le jeu des citations faites par chaque texte aux écrits précédents[6]. Pourtant, la ressemblance disparaît aussitôt lorsqu'on s'intéresse à la qualité particulière des articles savants dont la composition ne ressemble en rien à celle des arrêts que nous avons étudiés en détail. Les chercheurs ne rédigent pas des « arrêts » mais plutôt ce qu'il faudrait appeler des « continus », ce que l'anglais désigne d'un mot d'ailleurs pris au droit, des *claims* — on pourrait dire des *prétentions* ou des *propositions* —, et qui font ressembler l'auteur davantage à un requérant qu'à un juge. Plus exactement, chaque article scientifique joue le rôle de jugement à propos des *claims* faites par les collègues, et de « requête » soumise devant ces mêmes collègues au nom d'un phénomène nouveau dont l'existence se trouve ainsi revendiquée. Ce qui revient à dire que les objecteurs auxquels se prépare l'article scientifique ne sont justement pas de véritables juges puisque a) ils ne diffèrent pas professionnellement de l'auteur, b) ne peuvent mettre fin à la

---

communal. Avec délicatesse, le commissaire du gouvernement avait écarté ce moment de passion : « Et si M. C. déclare que le tribunal en écartant sa qualité et son intérêt pour agir "se met délibérément au service du notable politique en cause et non à celui du droit", on peut espérer que les mots ont dépassé sa pensée et en tout cas sa critique n'est pas fondée », p. 7. Le droit ne mange pas de ce pain-là.

6 Sur le jeu des citations et les usages de la bibliométrie en sciences, voir M. CALLON, J.-P. COURTIAL *et al.*, *La Scientométrie* (1993).

discussion, c) sont en retour jugés (et parfois vivement) par celui qu'ils contestent, lequel, enfin, d) possède les mêmes droits qu'eux à prolonger la discussion, à la clore ou à la rouvrir. Quels que soient les mécanismes par lesquels la controverse savante va se terminer, ils doivent profondément différer de ceux que le Conseil a inventés pour mettre fin à une affaire.

Aussi étonnant que cela puisse paraître, les articles savants sont beaucoup plus passionnés que ceux du droit administratif : c'est en effet qu'ils poussent, aussi loin que possible, une *claim* en faisant feu de tout bois, en cherchant à épuiser toutes les objections possibles, en ignorant certaines, en épinglant d'autres qui permettent par contraste de mettre en valeur telle ou telle expérience, tel ou tel résultat[7]. Toute cette passion, cette énergie, ces fleurs de rhétorique qui rendent les articles scientifiques, même les plus théoriques, même les plus ésotériques, aussi beaux que des opéras, ne se retrouvent pas dans les arrêts du Conseil qui doivent viser tous les textes pertinents (imaginons un savant obligé de citer *chacun* des savoirs qu'il a utilisés ?), de répondre à tous les moyens soulevés (imaginons le chercheur tenu de ne sauter aucune des objections des relecteurs !) et *seulement* à ces moyens (imaginons l'horreur du scientifique limité aux seules questions qu'on lui pose sans pouvoir développer les centaines qu'il s'objecte à lui-même ? !), en innovant aussi peu que possible sur le savoir établi par les précédents (tous les auteurs savants brûlent au contraire de commettre un article « révolutionnaire ») de façon à clore la discussion pour toujours (alors que les chercheurs ne rêvent que de la rouvrir ou, s'ils la clôturent, de la fermer à leur profit et dans leurs propres termes). C'est que les chercheurs écrivent pour d'autres chercheurs dont la présence invisible et contraignante calibre toutes leurs phrases, alors que les juges, surtout s'ils siègent en dernière instance, écrivent d'abord pour l'avocat du requérant et, subsidiairement, pour leurs collègues ainsi que pour les commentateurs de la doctrine. Leurs destinataires sont différents.

Il existe bien sûr, en science, des situations qui ressemblent à celles du tribunal. C'est le cas au XIX^e^ siècle des fameuses « commissions de l'Académie des sciences » chargées d'arbitrer

7 On trouvera la description de base de cette agonistique si particulière dans B. LATOUR, *La Science en action* (1989), G. MYERS, *Writing Biology* (1990), M. LYNCH et S. WOOLGAR, *Representation in Scientific Practice* (1990).

pour le compte de la société savante des disputes interminables survenues entre chercheurs irascibles qu'aucun des moyens normaux ne semblait capable de vider (hormis parfois le duel !). Il existe aujourd'hui des jurys d'honneur, des forums publics, des débats télévisés où tel chercheur pour la thérapie génique devra débattre contre tel autre qui s'en fait l'adversaire devant un public chargé de trancher ; sans parler des immenses domaines dans lesquels des savants devenus experts sont chargés, devant des juges, de témoigner sur des matières de leur compétence (folie du prévenu, origine de l'ADN prélevé sur la scène du crime, validité d'une demande de brevet, résistance probable d'un matériel, dangerosité d'un produit, etc.[8]). Mais toutes ces situations portent justement l'empreinte du droit plus que celle de la science, et si l'Académie pouvait rendre en matière de controverses scientifiques des quasi-arrêts c'est parce qu'elle jouissait, au siècle dernier, d'une autorité presque légale et que, même alors, ces décisions n'étaient justement que des « quasi »-décisions qui n'engageaient qu'elle, n'empêchant nullement les disputes de rebondir ailleurs, dans d'autres forums, d'autres laboratoires[9]. L'« autorité de la chose jugée » manque toujours en science ; inversement, lorsque l'expert témoigne au tribunal, toutes les précautions sont prises par le juge et par la loi pour que les débats d'experts ne servent ni de jugement, ni même de caution au jugement, mais simplement de témoignage qui jamais ne doit prendre la place de la fonction d'arbitrage[10]. Les cas hybrides manifestent donc clairement que ces deux fonctions, ces deux actes d'écriture, aussi immiscibles que l'huile et l'eau, ne sauraient se confondre même après qu'on les a brutalement mélangés.

---

8 Voir, par exemple, M. LYNCH et R. MCNALLY, « Science, Common Sense and Common Law : Courtroom Inquiries and the Public Understanding of Science » (1999) et le travail de Marie-Angèle HERMITTE sur les limites des conférences de consensus, parfait hybride de science et de droit.

9 Voir sur le cas célèbre de Pasteur et Pouchet, GEISON, G.L., *The Private Science of Louis Pasteur* (1995).

10 Voir le cas très significatif de K. ALDER, « Les tours et détours du détecteur de mensonge » (2001), pour une histoire conceptuelle B. SHAPIRO, « Beyond Reasonable Doubt » (1991), pour la science politique S. JASANOFF, « What Judges Should Know About the Sociology of Science » (1992), S. JASANOFF, *Science at the Bar* (1995). Le cas topique sur le témoignage scientifique aux États-Unis est celui de DAUBERT (1993) — on peut trouver le texte et une immense documentation à http://laws.findlaw.com/us/509/579.html.

Comment nommer cette assemblée si particulière de blouses blanches convergeant avec une attention passionnée autour d'une épreuve subie par quelque entité nouvelle — ici un neurone isolé rendu enfin visible dans son individualité propre — et qui leur permet de produire, dans un désordre de propos hésitants et dans une floraison de textes partiels et partiaux, publiés aussi rapidement que possible, des *claims* farouchement défendues, tout en jugeant que d'autres, également publiées, par eux ou par des collègues, sont invalides, obscures, fausses, sans appui ou simplement banales et inintéressantes, le tout se décidant dans un espace (le laboratoire, la discipline, la littérature) à la fois jalousement fermé et en principe ouvert à tous dont le premier *outsider* venu peut néanmoins remettre en cause la frontière ? Des juges qui ne jugeraient que des requêtes formulées par d'autres juges ? Impensable. Un gang ? Une mafia ? Il y a de cela en effet dans l'activité savante et dans ce mélange d'extrême rigueur et de totale anomie. Et pourtant non, puisqu'il existe bien un tiers parti à toutes les disputes, un juge aussi muet que décisif auquel tous acceptent de s'en remettre sans discuter (en discutant indéfiniment !) et dont le droit le plus ancien garde le souvenir dans les ordalies antiques et autres jugements de Dieu : les objets eux-mêmes soumis à l'épreuve de telle sorte qu'ils puissent avoir quelque chose à dire sur ce que l'on dit d'eux — quelque chose d'à la fois inaudible et final, cette fameuse *aitia*, *res*, *cosa*, *thing*, *chose* que l'histoire des sciences, on le sait bien, a toujours empruntée, dans les langues européennes, au monde du droit[11]. C'est à la torture, au travail du questionnement, au jeu subtil de l'Inquisition qu'il faudrait faire appel pour comprendre la forme si particulière d'énonciation qui se joue au fond des laboratoires — précisément à toutes ces pratiques que le droit moderne considère comme honteuses et archaïques et auxquelles il est à la fois fier et honteux d'avoir échappé [12] !

« Nous avons les moyens de vous faire parler », pourraient dire les physiologistes avec un soupçon de sadisme dont toute expérimentation, même la plus innocente, garde la trace. Mais le mot

11 Y. THOMAS, « *Res*, chose et patrimoine » (1980).

12 Le rituel sanglant de l'expérience ressemble de ce point de vue plus à l'ancienne scène juridique de la punition dramatique dont M. FOUCAULT, *Surveiller et punir* (1975), a retracé l'histoire. Sur la scène du sacrifice scientifique, voir M. LYNCH, « Sacrifice and the Transformation… » (1988).

« moyen » n'a plus le sens du droit, car le neurone soumis à la question ne se plaint pas, n'articule aucune requête, et ce qu'on lui a fait ne fait pas grief — sauf pour les défenseurs des animaux qui voient justement dans l'expérience de laboratoire une cruauté aussi indigne que l'ancienne ordalie qu'il faut dénoncer avec vigueur devant les tribunaux. Le non-humain soumis à l'épreuve — rat, neurone, ADN ou neuropeptide — occupe à la fois la position du juge de dernière instance puisqu'il tranche de ce qui est dit de lui, et celle du plaignant puisqu'un autre parle pour lui : le savant passionné qui a « embrassé sa cause ». Celui-ci écrit dans la littérature savante article sur article pour que l'on reconnaisse ses droits à l'existence (les siens et ceux de sa chose, de sa cause, de sa causalité) devant un tribunal dont les juges ultimes sont les autres collègues, lesquels, justement, ne sont jamais en position de juger définitivement, sinon lorsqu'ils acceptent de s'en remettre au témoignage indiscutable (toujours discuté) des *matters of fact* — lesquelles ne parlent clairement que si des chercheurs déploient leurs effets dans une démonstration plus ou moins publique qu'ils acceptent collectivement de tenir pour définitive !

Impossible, on le comprend, de nous reposer sur la vision courante des sciences — pure, objective, désintéressée, distante, froide, assurée — pour faire le portrait de ces scènes étranges où se joue, même dans les expérimentations les plus banales, l'épreuve savante de la vérité. Impossible également de comparer science et droit directement sans passer par la description de ces scènes où se retrouvent d'un côté tant de traits que l'on dirait venir de l'autre. Dans les deux dispositifs on retrouve de la parole, des faits, des jugements, des autorités, des écritures, des inscriptions, enregistrements et archivages de toutes sortes, des corpus de référence, des collègues, des disputes, mais la répartition de tous ces traits les rend à la fois trop semblables pour qu'on les oppose simplement comme le fait et le droit, et beaucoup trop différents pour qu'on puisse confondre leurs conditions de félicité. Pour nous y retrouver, il va nous falloir procéder, comme d'habitude, à tâtons.

Tenons-nous pour l'instant à cette évidence que, malgré le dicton, les faits ne parlent pas « par eux-mêmes » : on oublierait les savants, leurs controverses, leurs laboratoires, leurs équipements, leurs articles et cette parole hésitante, souvent interrompue, ponctuée de déictiques, qui est seule audible et qui seule rend visible. Inversement, on ne comprendrait rien au laboratoire de Physique-Chimie si l'on ne voyait pas que la parole des blouses

blanches se trouve constamment surveillée, validée, compromise, interrompue à la fois par celle omniprésente des collègues, même les plus lointains, et par celle des *matters of fact* dont la position centrale est acceptée par tous et à qui tous s'en remettent comme à leur seule cour d'appel[13]. En affirmant que les savants décident entre eux de ce que disent les choses sur lesquelles ils parlent, on ne comprendrait rien à la puissance de ce qu'ils font, ni à la passion qui les anime. Disons, troisièmement, que la parole qui circule au laboratoire entre les savants, leurs collègues et leurs objets — et dont chacun est à la fois juge et partie, parlant et muet, audible et inaudible, fin et début — n'a pas seulement la forme d'un dol, d'un grief, d'une affaire, mais porte également, de façon plus intime, sur ce que sont les choses, ou plutôt sur ce qu'elles font subir aux *claims* précédemment enregistrées.

C'est le jeu si particulier des disciplines qui transforme ces propositions en « affaires » susceptibles d'être jugées : « Si mon expérience est bien montée, affirme un chercheur A, alors nous allons permettre à un objet B de transformer une prétention C, déjà publiée dans un journal D, soit en une certitude plus assurée soit en un doute plus grand, aux yeux du moins des collègues d'un domaine E défini par nous et auxquels nous nous adressons par un nouvel écrit F. » Notons, enfin, que cette intervention va élargir encore un corpus de documents et de *claims* dont l'évolution seule, remise à plus tard, va permettre de valider ou d'invalider l'opération. Les savants passionnés, ayant poussé leur objet aussi loin que possible dans leurs articles, s'en remettent à l'histoire, au tribunal de l'histoire, pour que d'autres, plus tard, jugent s'ils ont eu raison ou tort de faire telle ou telle supposition. Curieusement, comme nous allons maintenant le vérifier, c'est à ce tribunal du temps qui passe que les juges, les vrais, ne peuvent précisément *pas* se fier. Aussi rigoureux, aussi lambins qu'ils soient, ils n'ont pas le temps d'attendre que d'autres décident *à leur place*.

13 Sur l'histoire juridique des faits voir S. SHAPIN et S. SCHAFFER, *Le Léviathan et la pompe à air* (1993) et M. POOVEY, *History of the Modern Fact* (1999), sur l'appareil de phonation des non-humains, voir B. LATOUR, *Politiques de la nature* (1999).

Comment produire du détachement

Retournons maintenant sur la rive droite, traversons la cour du Louvre et retrouvons le Palais-Royal, ses ors, ses marbres, son escalier solennel, ses peintures d'histoire, ses fresques républicaines. Après ce détour par le laboratoire, l'ethnographe se retrouve à la fois beaucoup plus à l'aise et beaucoup plus gêné. Au milieu des blouses blanches, il restait les bras ballants, sans savoir où se poser, debout, inutile, obligé de prendre des notes dans toutes sortes de positions inconfortables, aussi éloigné des chercheurs dont il faisait l'étude que ceux-ci de leurs rats décapités. Pourtant, il pouvait discuter avec ses savants collègues dont il partageait l'intention de connaissance, il pouvait demander des explications au fur et à mesure qu'il voyait l'expérience se dérouler sous ses yeux, voire suggérer des hypothèses — ses balbutiements ne détonant pas trop dans le concert d'hésitations, de reprises, d'exclamations et de surprises qui accompagnaient le spectacle de la preuve, de la démonstration. Lui aussi pouvait désigner du doigt des phénomènes en lançant sur eux le filet fragile de ses métaphores, de ses allusions et approximations. Certes, il était malhabile et incompétent. Toutefois, en acceptant de s'écarter légèrement pour lui laisser voir, par-dessus leur épaule, le spectacle qu'ils montaient et commentaient, les chercheurs, ses collègues, pouvaient lui laisser partager leur passion et même, à l'occasion, se saisir de ses idées fausses, naïves ou mal formulées, tant il est vrai que, devant les phénomènes soumis à la question, même un enfant peut parler juste. Revenu dans le Conseil, l'observateur reprend sa place invisible sans dépareiller les salles d'instruction puisqu'il écrit assis à une table au milieu de personnages qui, eux aussi, écrivent à la même table. Pourtant, il n'est pas plus leur collègue que leur commensal. Non seulement parce qu'ils ne partagent pas sa *libido sciendi*, mais parce que l'observateur, même intéressé, reste muet comme une carpe, incapable d'articuler aucune phrase bien formée, aucun jugement valide, aucune hypothèse plausible. Il pourrait balbutier bien sûr, mais eux justement ne balbutient pas : s'il ouvrait la bouche on comprendrait aussitôt qu'il ne fait pas partie de l'assemblage dans lequel il prétend se camoufler aussi parfaitement qu'un recueil *Lebon*...

Fini l'aimable confusion du laboratoire avec ses revues éparpillées, ses boîtes d'échantillon dispersées, ses tuyaux suintants, ses centrifugeuses ronronnantes, ses poubelles débordantes, ses

éclats de voix, toute cette agitation qui précède, accompagne et suit la tension et l'émoi d'une grande expérimentation. On trouve bien au Conseil des traces de désordre, mais elles sont strictement circonscrites aux tables surchargées de dossiers derrière lesquels on discerne à peine la tête des conseillers sobrement mais élégamment vêtus. Il ne s'agit d'ailleurs que d'un désordre provisoire puisqu'à l'intérieur de chaque dossier règne, nous le savons, un ordre précis, réglé par le plan d'instruction, qui oblige à ranger, nommer, tamponner les pièces selon une procédure que l'on ne saurait altérer sans la vicier. L'impression de désordre n'est donc due qu'à l'accumulation d'affaires qui traînent ou, quand un dossier ouvert a vomi son contenu, qu'à l'abondance des textes de lois à viser, au nombre d'annexes techniques, à l'importance de la documentation et à l'intensité du contradictoire qui a généré tant de mémoires en réplique. Qu'on ait réglé l'affaire, que l'on renferme le dossier dans sa chemise cartonnée, l'ordre revient aussitôt et c'est ainsi en effet que travaillent les conseillers, les avocats : une fois le dossier jugé, ils n'y pensent plus, on passe à une autre cause, un autre dossier. Une affaire, cela s'ouvre et se ferme comme une chemise.

On dira qu'au laboratoire aussi le désordre n'est qu'apparent puisque chaque objet, chaque instrument, chaque expérience dépendent d'un document réglé, appelé « livre de protocole », beaucoup plus rigoureux encore que le plan d'instruction, sorte de comptabilité générale des activités scientifiques du laboratoire dressée par les chercheurs qui notent ce qu'ils vont faire, les résultats bruts qu'ils obtiennent ainsi que les hypothèses provisoires suggérées par l'expérience[14]. Il n'empêche que la différence reste très grande entre ces deux formes de comptabilité, parce que le livre de protocole ne contient pas l'activité du laboratoire comme un dossier contient, littéralement, physiquement, les affaires soumises au Conseil. Le dossier, dont nous avons déjà suivi la composition, forme la matérialité, le grain, l'unité de base qui permet d'organiser tout le Conseil. Jamais le laboratoire ne peut se décrire par une unité aussi précise, aussi circonscrite, aussi calibrée, aussi homogène que le nombre, la nature et l'emplacement

14 Ce « grand livre » a d'ailleurs reçu depuis peu un statut quasi légal du fait des nombreuses affaires de fraude et de brevets ; voir les efforts pour « mettre en qualité » les laboratoires, Norme AFNOR FD X 50-550 Octobre 2001 — la certification étant l'un de ces nombreux hybrides entre science et droit.

de ses dossiers. Aucune *claim* n'a la forme close, ronde et polie d'une chemise cartonnée, aisément transportable, dans laquelle tout se tient et qui forme un petit monde auquel le juge doit se tenir sous peine de forfaiture. Elle déborde de toutes parts, dépendant de l'action future des collègues, de l'évolution des techniques, du jeu complexe de l'intercitation, des productions de l'industrie, des réactions du public, et il a fallu tous les trésors d'astuce des scientomètres pour parvenir à décrire l'activité des laboratoires dans des termes à peu près cohérents et standardisés. À l'inverse, il doit y avoir dans le dossier lui-même, dans sa clôture, l'une des raisons essentielles de sa différence d'avec les sciences.

Pour le comprendre, nous devons combiner le dossier avec l'attitude des conseillers qui l'analysent, le complètent ou le discutent. En revenant du laboratoire, en effet, l'ethnographe ne peut qu'être saisi par l'indifférence avec laquelle les membres s'adressent aux documents qu'ils ont sous les yeux. Chez l'ami Jean, l'acte d'écriture était toujours un moment de grande passion, la réécriture des articles avant la publication entraînant de violentes discussions sur ce que l'on pouvait dire ou ne pas dire, soutenir ou ne pas soutenir, jusqu'où on pouvait aller trop loin et ce qu'il était tactique ou politique de dissimuler[15]. On aurait plutôt dit des avocats préparant une plaidoirie en la faveur de leurs objets-clients que des juges rédigeant leurs arrêts. Certes, nous avons pu observer dans les séances d'instruction un peu de cette passion, mais c'était parce qu'il s'agissait justement de l'*instruction* au cours de laquelle la sous-section entière se préparait à recevoir le choc du jugement d'évaluation d'une autre sous-section ou d'une autre formation de jugement. Dans ce cas particulier, la sous-section se retrouve donc, par rapport à sa propre solution, à son propre projet, comme un avocat par rapport à sa cause. Mais cette situation n'est que provisoire ; elle ne définit pas la nature de l'activité de jugement dont elle ne forme que les préparatifs. La règle est plutôt l'indifférence totale des membres par rapport à leur dossier, indifférence qui se marque par des moues, des soupirs, des oublis, toute une *hexis* du désintéressement qui fait un complet contraste avec l'obligation, au laboratoire, de s'engager profondément, corpo-

15 Sur l'histoire des passions de l'écriture savante, voir F. BASTIDE, M. CALLON *et al.*, « The Use of Review Articles in the Analysis of a Research Area » (1989), B. LATOUR, *La Science en action* (1989) ; C. LICOPPE, *La Formation de la pratique scientifique* (1996), K. KNORR-CETINA, *Epistemic Cultures* (1999).

tellement et passionnellement dans ce que l'on dit à propos d'une *matter of fact*[16]. En recherche, comme d'ailleurs en religion, il faut montrer par son attitude que l'on adhère profondément et sincèrement aux propos tenus et qu'on ne les abandonnera que contraint et forcé par les collègues ou, ce qui revient au même, par les faits. Au Conseil, à l'inverse, il faut marquer par un subtil langage corporel que le conseiller demeure totalement indifférent à ce qu'il propose. « Si vous ne me suivez pas, dit souvent le commissaire du gouvernement avec un calme olympien, vous accepterez alors la requête », et de dérouler en quelques minutes un raisonnement absolument contraire au premier. La remarque du président de sous-section Luchon confirme cette différence lorsqu'il dit d'un commissaire du gouvernement, ancien chercheur devenu maître des requêtes : « En bon scientifique, il *adhère trop* à sa solution par rapport à Le Men ou à moi. » Le président a reconnu dans la *libido sciendi* de son collègue une forme d'intérêt en partie incompatible avec le vrai métier de juge.

Parcourons à nouveau quelques procédures du Conseil d'État que nous avons déjà reconnues dans les chapitres précédents, mais en les faisant maintenant ressortir par contraste avec la forme scientifique d'attachement. Nous allons découvrir par quelle accumulation de microprocédures on parvient à produire du détachement et à maintenir le doute continuellement suspendu.

Le rapporteur

Rappelons d'abord que le rapporteur, lorsqu'on lui demande, en séance d'instruction, de relire sa note l'a entièrement oubliée, puisque plusieurs semaines (voire plusieurs mois en période d'embouteillages) se sont écoulées depuis qu'il a fait l'analyse du dossier. On imagine l'embarras d'un scientifique auquel on demanderait de présenter un rapport de recherche écrit il y a six mois ou un an, qu'il

16 Il manque une anthropologie comparée des attitudes corporelles du désintéressement juridique, mais à lire F. MALTZMANN, J. F. SPRIGGS *et al.*, *Crafting Law on the Supreme Court* (2000) sur la Cour suprême américaine — voir aussi R. A. SMOLLA, *A Year in the Life of the Supreme Court* (1995) — on se convainc volontiers qu'elles varient énormément. La Cour Suprême à cause de la publication des « dissenting opinions » exprime des passions beaucoup plus affirmées. Il est vrai que la doctrine américaine, par exemple O. HOLMES, « The Path of Law » (1897), donne du droit une image beaucoup plus pragmatique et n'a pas été aussi colorée que la nôtre par le positivisme juridique.

n'aurait pas relu et dont il aurait entièrement oublié le contenu. Plus étonnant encore : il est courant que le rapporteur, au moment où il traitait le dossier, ait préparé deux projets de jugement opposés, l'un de rejet, l'autre d'annulation au cas où la sous-section ne le suivrait pas. Non seulement il ne se souvient pas de l'affaire mais il vient en séance préparé pour une chose… et pour son contraire. Voilà qui serait scandaleux pour un savant, comme s'il devait décider au dernier moment, en fonction de la réaction de ses collègues, si le phénomène qu'il relate existe ou non ; comme s'il était pensable qu'il ait préparé deux articles, deux posters, deux séries de transparents l'un pour et l'autre contre l'existence du même phénomène ! Pire encore : après la discussion, nous l'avons signalé plusieurs fois, le président de sous-section peut demander au rapporteur de rédiger un troisième projet. Au lieu de s'indigner de ce manque de foi, au lieu de monter sur ses grands chevaux, le rapporteur s'exécute poliment et se met de suite à écrire un projet — qui peut même être contraire à ce qu'il votera plus tard en séance de jugement[17]… Un chercheur se ferait plutôt hacher menu si des collègues l'obligeaient à écrire un article contraire à ses convictions sous prétexte que le groupe de travail auquel il participe serait parvenu à un consensus opposé au sien ; au minimum, il exigera que sa vue minoritaire soit intégrée au compte rendu ou il claquera la porte[18]. Ou alors, s'il s'est rallié à une solution, il n'en changera pas dès la réunion suivante. En tout cas, il en ferait une affaire de conscience. Le juge n'est pas sans conscience, mais il met ailleurs ses scrupules[19].

Ne croyons pas pour autant que les conseillers soient désintéressés dans le sens banal d'indifférents, blasés, ennuyés par les

17 « On est jugé sur la qualité du raisonnement mais pas sur la solution ; tout le monde est d'accord que l'on *aurait pu dire le contraire*, cela n'étonne pas, mais sur la qualité du raisonnement, oui, il y a jugement par les pairs de l'excellence » (un commissaire du gouvernement).

18 À moins bien sûr qu'il ne se retrouve en situation d'expert, dans une conférence de consensus, obligé de parvenir, avec les autres, à un accord. Mais justement, cette situation s'éloigne du laboratoire de recherche et se rapproche de la cour de justice. Sur cette difficulté d'appliquer le contradictoire aux débats scientifiques, voir M.-A. Hermitte, « L'expertise scientifique à finalité de décision politique » (1997).

19 Un commissaire lecteur du texte est en désaccord avec ce contraste : « Ma perception est assez différente : le magistrat, s'il décide de ne pas s'incliner, ne s'incline jamais. Il peut jusqu'au bout, solitaire et têtu, faire valoir son avis et, mis en minorité, couler debout avec la solution à laquelle il se sera cramponné. Peut être votre vision des choses aurait-elle été infléchie si vous aviez pu assister à des délibérés » (com. pers.).

affaires qu'ils traitent et que leur détachement ressemble à celui d'un automate. Au contraire, nous avons vu dans le chapitre précédent que les intérêts ne manquaient pas — sans quoi personne ne resterait au Conseil plus de deux semaines : il y a la difficulté juridique du cas lui-même, l'architectonique du droit administratif, les implications sociales, politiques, économiques, gouvernementales des affaires, l'étrangeté même des requérants, l'ampleur des injustices commises, l'importance de l'État, le plaisir intellectuel d'extraire des moyens simples d'un dossier obscur, le goût de briller et de plaire auprès de collègues du même niveau intellectuel — sans oublier l'ambiance ouatée de clubs où se préparent les carrières futures et se réparent les échecs passés. Les sources d'intérêt ne manquent pas, mais tout est fait pour qu'elles ne soient pas connectées au dossier, au corps des opinants, aux solutions retenues de la même façon qu'à l'ordinaire, puisqu'on fait tout pour les séparer, par une distance devenue peu à peu presque infinie, avec le cas d'espèce, avec l'objet lui-même. C'est là où l'on mesure le mieux l'abîme avec les sciences : alors que tout est fait, au laboratoire, pour *rapprocher* les particularités de l'objet dont on parle avec ce que l'on dit de lui, tout est fait, au contraire, au Conseil pour *éloigner* la solution retenue des particularités de l'affaire.

Le réviseur

Ce mouvement contraire n'est nulle part plus visible que dans la reprise de la note du rapporteur par le réviseur. Car enfin, voilà une procédure absurde aux yeux d'un scientifique : vous venez de passer une demi-heure à écouter la lecture, faite d'une voix monocorde, d'un texte qui vous explique toute l'affaire, et voilà que le réviseur, plus haut dans la hiérarchie du Tableau, reprend de nouveau le dossier depuis le commencement, cette fois-ci oralement. Cette révision est pourtant un moment capital dans le jugement puisque le réviseur est le seul à avoir relu toute la chemise la veille ou l'avant-veille et à en conserver les détails en tête. Tous les autres, rappelons-le encore une fois, ne connaissent pas l'affaire et ne reliront pas le dossier — excepté le commissaire du gouvernement qui plus tard prendra contact avec elle pour la première fois. Voilà encore une procédure qui serait aberrante en science : plus l'affaire se traîne d'une formation de jugement à la suivante et plus elle est traitée par des gens éloignés du dossier et

ignorants d'elle ! C'est comme si les comités scientifiques se composaient, au cours d'une découverte importante et controversée, de spécialistes à chaque fois plus incompétents dans les particularités propres du sujet ; comme si, devant une affaire complexe de galaxies invisibles, on demandait à des gens, *parce qu*'ils ne connaissent rien aux galaxies, de se prononcer sur la question sans autre information que la répétition par des personnes plus compétentes de la même affaire…

Cette procédure n'a bien sûr rien de bizarre ni même d'incongru : il ne s'agit pas d'information, nous allons le comprendre ; les juges ne se prononcent pas exactement sur les particularités de l'affaire ; la reprise par le réviseur n'a rien d'une simple répétition.

En réalité, sous les apparences d'une simple *révision*, le réviseur *transforme* l'affaire puisqu'il modifie la proportion respective de fait et de droit, en soulignant davantage que dans la note les difficultés proprement juridiques. Nous l'avons vu plusieurs fois dans les affaires traitées précédemment : le cas d'espèce prend moins d'importance que le point de droit dans lequel il *rentre* ou que l'aspect du droit administratif qu'il faut modifier *à l'occasion* de ce cas — les deux sont possibles, nous venons de le voir, dans cette forme particulière de droit. Le réviseur va donc moins parler des faits (moins en tout cas que le rapporteur qui en parle déjà moins que l'avocat qui en parle déjà moins que le requérant, lequel, bien évidemment, ne parle que d'eux !) mais il va davantage parler du droit. Au jugement, il ne restera que la fameuse fiche verte qui résume toute l'affaire en une phrase, comme par exemple celle-ci : « L'acte par lequel l'autorité préfectorale refuse de constater la péremption d'une autorisation d'exploitation de carrière, délivré en application de l'article 106 du code minier, est-il susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ? » Il ne reste plus rien du cas d'espèce dont on ne peut retrouver les faits précis qu'en allant voir sur la base informatique de quelle affaire il s'est agi. Aucun chemin n'existe plus entre la fiche verte et la nature précise de l'affaire et pourtant, aux yeux des juges saisis par cette question lapidaire, l'essentiel de l'épreuve se trouve bien résumé dans cette phrase.

On comprend maintenant que le mot « fait », employé en science comme en droit, aurait pu nous égarer dans notre comparaison puisqu'on l'emploie dans ces deux domaines d'une façon tellement différente que l'on dirait plutôt un homonyme, un faux ami. Le fait du dossier juridique — une fois l'instruction termi-

née, nous y reviendrons dans la Section suivante — définit un espace clos, rendu plus ou moins indiscutable par l'accumulation des pièces et sur lequel on n'aura bientôt plus à revenir. Le fait constitue plutôt ce dont on cherche à se débarrasser le plus vite possible pour passer à autre chose, le lien juridique, qui est le seul point important parce qu'il est celui qui requiert toute l'attention des juges. Mais au laboratoire le fait occupe deux positions contraires : il est à la fois ce dont on parle et ce qui va trancher de ce que l'on affirme ! Il est à la fois dans le rôle de la plainte et dans celui de juge de dernière instance… On ne peut donc jamais vraiment s'en débarrasser pour passer à autre chose de plus important[20]. À moins que l'on ne confonde le fait de laboratoire, tel que nous l'avons décrit plus haut, avec les « données des sens » de la tradition empiriste inventée par Locke puis par Hume pour des raisons qui sont d'ailleurs plus politiques qu'épistémologiques : la base indiscutable de nos sensations, à partir de laquelle l'esprit humain, par combinaison, va élaborer des idées plus générales[21]. Mais ce fait-là, nous le verrons bientôt, répartit le discutable et l'indiscutable d'une façon singulière qui ne doit rien à la forme d'énonciation propre aux chercheurs. Il dépend du droit et pas des sciences ! Au lieu de les confondre, avivons le contraste : quand on dit que « les faits sont là et qu'ils sont têtus », on affirme donc en science tout autre chose qu'en droit, où les faits peuvent être aussi têtus qu'ils le voudront sans jamais mordre sur l'affaire proprement dite, dont la solidité dépend de la règle de droit qu'il va falloir rattacher au cas[22].

Ne croyons pas pour autant que l'on puisse opposer le « respect des faits » du côté savant et l'indifférence à la plainte des requérants du côté du droit qui ne porterait attention qu'à la seule forme. Au laboratoire aussi, naturellement, le cas d'espèce ne compte

20 En même temps, le fait juridique n'a nullement la stabilité qui permettrait de le mettre hors de la dispute et de s'en tenir aux seules divergences d'interprétation. Les parties, l'avocat, le juge vont à chaque fois modifier également la base factuelle. Sur tous ces points voir O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit » (1993).

21 Voir M. Poovey, *History of the Modern Fact* (1999) et section finale de ce chapitre.

22 À propos d'une affaire obscure de moulins « fondés en titre », Dorval s'exclame : « C'est bizarre, je connais bien la région, je ne vois pas où est ce moulin… le dossier mentionne que l'on perd le droit d'eau du moulin après une "modification profonde", est-ce que l'on sait ce que veut dire "modification profonde" ? » Le fait empirique de bon sens a été momentanément touché, mais aussitôt abandonné : seul compte la notion juridique de modification profonde « au sens de la jurisprudence » du Conseil.

pas : le rat qui a prêté son cerveau à l'expérience, donné son corps à la science, sera incinéré sans autre forme de procès ; on jettera le neurone lui aussi, après qu'il a cessé de vivre ; même les données brutes, à leur tour, seront bien vite oubliées. Les phénomènes qui subissent l'ordalie de l'expérimentation ne sont intéressants que parce qu'ils sont le cas d'un problème, l'exemple d'une théorie, le point d'un argument, la preuve d'une hypothèse[23]. Mais alors quelle est la différence avec le mouvement du droit, puisque dans les deux régimes on oublie la matière dont on parlait pour se tourner vers ce dont elle n'est que l'exemplification ? Toute la différence vient de ce que la théorie scientifique, si elle est ajustée, doit pouvoir obtenir le fait par *rétroaction* : elle peut rendre compte de tous les détails saillants du fait, sans quoi elle ne serait pas la théorie *de ce* fait et resterait une hypothèse non fondée, purement spéculative, simple proposition qui jamais n'aurait rencontré son épreuve empirique. Or ce *chemin rétrodictif* n'existe pas en droit où il n'aurait d'ailleurs aucun sens : toute la puissance du droit administratif ne peut permettre la moindre prévision sur la nature des pigeons de l'affaire rencontrée au chapitre 1, ou pour anticiper quoi que ce soit de la mort d'un jeune homme sur une piste de ski. Une fois admise la possibilité pour un tiers d'attaquer directement les clauses réglementaires d'un contrat, aucune puissance humaine ne peut en déduire l'existence des poubelles du brave requérant. Alors que, si notre ami Jean est un bon neuroscientifique, sa théorie sur l'expression des neurones doit pouvoir retrouver le chemin exact des neurones qu'il a sacrifiés au cours de son expérience et de tous les autres conformes à son protocole. En droit, si vous tenez le droit, vous ne tenez pas un seul fait dont le surgissement imprévu vous surprendra toujours ; en science, si

23 Difficile au laboratoire de donner un sens à la notion de « preuve irréfragable », pourtant si importante en droit. Les philosophes se souviendront bien sûr de la manière dont Kant joint les deux métaphores de la construction des problèmes en physique par la raison et du juge qui appelle les témoins : Les physiciens, écrit-il, ont compris que la raison « doit obliger la nature à répondre à ses questions et non pas se laisser conduire pour ainsi dire en laisse par elle ; car autrement, faites au hasard et sans aucun plan tracé d'avance, nos observations ne se rattacheraient point à une loi nécessaire, chose que la raison demande et dont elle a besoin. Il faut donc que la raison se présente [...] non pas comme un écolier qui se laisse dire tout ce qu'il plaît au maître, mais, au contraire, comme un juge en fonctions qui force les témoins à répondre aux questions qu'il pose », E. Kant, *Critique de la raison pure* (1787 [1905]), p. 20.

vous tenez la théorie, vous devez pouvoir, par elle, revenir aux faits dont vous étiez parti — et même en prévoir de nouveaux.

Le commissaire du gouvernement

Continuons à dérouler ces petites procédures qui obligent peu à peu même le plus intéressé, passionné, expéditif des conseillers à devenir indifférent, objectif, juste et dépassionné. Comment imaginer en science l'équivalent du commissaire du gouvernement qui reste muet à prendre des notes pendant toute la séance d'instruction ? Secrétaire de séance ? Pas du tout, car ses notes ne regardent que lui et ne servent qu'à le préparer à la lecture du dossier qu'il va reprendre de A à Z. Est-il l'expert indiscutable à qui de moins compétents viennent confier leur souci en espérant qu'il pourra trouver la solution ? Non, car il est souvent plus jeune que le président de sous-section et que ses assesseurs et, lorsqu'il se lèvera pour parler, ce sera devant cette même sous-section qui jouera alors le rôle de juge de ce qu'eux-mêmes lui ont appris ! Il se tait et ils parlent ; demain, dans quelques jours, il parlera et ils se tairont. Pourquoi ne pas le laisser parler alors ? Qu'il donne directement son avis et qu'on en finisse ! Parce qu'il s'agit d'en finir, certes, mais *dans les formes* et après avoir à nouveau exploré le lien de l'affaire avec le droit, de toute l'affaire et de tout le droit. C'est comme si l'on avait confié au commissaire du gouvernement un contrôle-qualité de forme particulière en lui demandant, en pleine indépendance, de refaire l'ensemble du chemin déjà parcouru par les requérants, avocats, juges de première instance, rapporteur et réviseur, et d'aller refaire ensuite tout le chemin — deux fois centenaire — du droit administratif et de son vaste corpus, pour voir si tout cela se tient et se relie. Par lui le droit se dresse contre le droit. Éprouveur de liens, garantisseur de cohérence, il doit assurer ses collègues que le ravaudage quotidien qu'ils effectuent par leurs multiples jugements n'entraîne pas le droit administratif à la dérive. Le silence du commissaire pendant la séance d'instruction, la lecture solennelle de ses conclusions pendant l'audience, son silence à nouveau pendant la délibération durant laquelle, rappelons-le, les juges ne sont aucunement tenus de le suivre, la publication indépendante de ses conclusions qui peuvent ou non différer du jugement, également publié, voilà d'autres mécanismes, inventés de toutes pièces par le Conseil d'État, sans le moindre texte de loi, par la seule coutume locale,

pour produire du détachement dont l'existence en science serait plus qu'incongrue, presque comique[24].

Peut-on imaginer de confier à un savant isolé la tâche écrasante de reprendre toute sa discipline depuis le début, d'en vérifier la cohérence, d'assurer le rapport avec les faits, puis, dans une déposition solennelle, de proposer l'existence ou l'inexistence d'un phénomène, tandis que la décision finale ne lui appartiendrait pas et qu'il devrait travailler seul, avec sa conscience et sa connaissance, se contentant de publier ses conclusions, en toute indépendance ? Bien que l'on retrouve un peu de cette fonction dans ce que les chercheurs appellent les *review articles*, sortes de bilan que l'on confie à des scientifiques expérimentés, à mi-carrière, résumant pour leurs pairs l'état de l'art, il manque tout à fait aux conclusions du commissaire cet étrange mélange d'autorité et d'absence d'autorité[25]. Car de deux choses l'une en effet : ou bien le commissaire du gouvernement est un expert à la façon savante, et alors l'autorité supplémentaire qu'il possède doit entraîner ses pairs délivrés de l'obligation de douter — il sait mieux qu'eux ce qu'il en est —, ou bien il ne joue pas le rôle d'expert, mais dans ce cas pourquoi faire peser sur ses épaules la tâche écrasante de reprendre toute l'affaire afin d'éclairer la formation de jugement ? Il y a du savant dans le rôle du commissaire du gouvernement puisqu'il publie et parle en son nom propre ; il y a du commissaire du gouvernement dans tout savant qui se verrait bien, lui aussi, dans le rôle de la Liberté éclairant le monde. Étrange et complexe hybride, le commissaire combine la souveraineté de la *lex animata*, la loi faite corps d'homme, mais ce qu'il dit n'engage justement *que lui*, au lieu, comme dans l'ancien modèle du souverain, de trancher en dernière instance. Que fait-il alors ? Quelle est sa fonction ? Nous le savons, il redonne à toute la formation l'occasion *de bien douter*, en évitant que l'on se précipite vers une solution, que le consensus se fasse au rabais. Il sert, en quelque sorte, de caisson étanche pour éviter des certitudes trop précipitées ; il exerce une sorte de force de rappel pour résister à l'accord ; il joue le rôle d'un obstacle volontairement dressé le long de la route du jugement, d'un grain de sable, d'un scandale parfois.

---

24 Sur l'invention progressive et tâtonnante de l'étrange fonction de commissaire voir N. RAINAUD, *Le Commissaire du gouvernement près le Conseil d'État* (1996).

25 F. BASTIDE, M. CALLON *et al.*, *op. cit.*

en tout cas d'une gêne, d'un résistant — oui, décidément, le commissaire du gouvernement offre l'exemple le plus étrange d'un producteur d'objections, disons le mot, d'objectivité.

L'importance et l'ambiguïté de son rôle ne sont jamais plus visibles que lorsqu'il propose des renversements de jurisprudence, équivalents en droit de ces renversements de paradigmes qui échauffent tant les chercheurs. Comme il n'est pas tenu, comme ses collègues les juges, de clore le jugement, il peut se permettre en effet — un œil sur le cas d'espèce, un autre sur le corpus — de proposer des réarrangements de ce vaste assemblage dont la cohérence, nous l'avons compris, n'est que le résultat d'un mouvement permanent d'équilibrage semblable à celui qui maintient un cycliste sur sa selle. Comme il n'est justement tenu à rien d'autre que d'animer la Loi dans l'instant, sans avoir lui-même à juger, il peut se permettre des audaces, des développements, des approfondissements qui effraieraient les conseillers blanchis sous le harnais, et qui portent sur leurs épaules le poids des réalités de l'administration. Il y a toujours quelque fraîcheur chez les commissaires du gouvernement — c'est la raison pour laquelle on les change de fonction au bout de quelques années (voir le chapitre 3) — puisqu'on leur demande d'offrir à leurs pairs des simulations parfois risquées d'autres états possibles du droit administratif. Mais contrairement aux savants qui rêvent d'en découdre avec les paradigmes et d'attacher leur nom à un changement radical, à une révolution scientifique, à une découverte majeure, les commissaires ne présentent jamais leur renversement que comme l'expression d'un principe déjà en place, de sorte que, en se transformant de fond en comble, le corpus du droit administratif ne fait que devenir encore *davantage*, si l'on ose dire, le même qu'auparavant… Prouesse rendue nécessaire par la notion clé de sécurité juridique qui serait aberrante pour un chercheur. Imaginons l'effet d'une « sécurité scientifique » sur la recherche : tout ce que vous allez découvrir devra pouvoir s'exprimer comme la reformulation plus simple, plus cohérente d'un principe déjà en place et déjà connu de façon à ce que personne ne puisse être surpris par l'irruption d'un fait nouveau, d'une théorie nouvelle…

La formation de jugement

Qu'on en finisse ! C'en est trop ! On en sait bien assez pour juger ! Ce requérant est de mauvaise foi, ce trafiquant de drogue

une crapule, cet avocat un ergoteur et un pinailleur, ce ministre un incapable, ce décret un tissu d'absurdités, ce préfet de police un danger public, c'est clair comme le jour, pourquoi continuer à discuter ? Les évidences sont là, aveuglantes. Nous avons déjà lu la note exagérément détaillée du rapporteur, entendu le réviseur, passé trois heures en séance d'instruction à discuter du cas, le président s'en est entretenu avec le président du Contentieux, nous avons entendu les conclusions du commissaire du gouvernement et vous n'avez toujours pas fini ? Une fois les conclusions lues, vous recommencez à délibérer, et ceux qui en discutent sont de nouveaux membres — la sous-section, deux sous-sections, la Section, l'Assemblée —, c'est-à-dire de nouveaux ignorants qui reprennent tout à zéro, ne connaissent pas l'affaire, n'ont pas entendu le rapporteur, ni le réviseur, ni la discussion, et reposent des questions naïves… Mais c'est décourageant ! Confiez le dossier au commissaire du gouvernement et bouclez l'affaire ! Qu'on n'en parle plus ! Assez de tergiversations ! Eh bien non, justement. Parce qu'il faut hésiter et douter afin de ne pas se précipiter vers les évidences aveuglantes. La série lancinante, épuisante des reprises, des révisions, la vérification méticuleuse des visas et la répétition des considérants assurent précisément que la justice, aveugle et tâtonnante, pourra marcher droit et tomber juste. L'ensemble des procédures de détachement permet d'assurer que l'on a bien douté, tandis que tous les dispositifs d'un laboratoire tendent vers l'acquisition, la plus rapide possible, de certitudes.

Le bon sens ne comprend d'ailleurs ni les lenteurs du droit ni celle des sciences : pourquoi se donner tant de peine pour douter, dira-t-il ? Pourquoi faire tout ce tintouin pour connaître, s'étonnera-t-il ? A-t-on vraiment besoin de toutes ces procédures de mise à distance pour régler d'obscures affaires de poubelles et de pigeons, de permis de construire et de nomination ? Faut-il vraiment dépenser tant d'argent, tant d'années, mobiliser la crème de l'ENA, pour en finir avec des requêtes qu'un peu de bon sens et de bonne volonté suffiraient à vider ? Est-il vraiment nécessaire de sacrifier des centaines de rats, de mobiliser l'élite des blouses blanches, d'investir dans des instrumentations coûteuses pour apprendre comment fonctionne notre cerveau ou combien d'étoiles il y a dans le ciel ? Quel temps perdu ! Que de lenteurs ! S'ils se voyaient ainsi critiqués par le gros bon sens, juristes et chercheurs se réconcilieraient aussitôt pour défendre la production de doute en droit et la production de savoir en science. D'une seule voix,

ils feraient l'éloge de la lenteur, de la précaution, de la dépense, de l'élitisme, de la qualité, du respect tatillon des formes, les savants comme les juges s'écrieraient de concert. « Non, le sens commun ne saurait produire, avec ses moyens ordinaires, ni cette lenteur dans le jugement, ni cette assurance dans la certitude ; il se prononcerait trop vite, dans l'urgence, sur des impressions trop superficielles ; nous avons un besoin vital de ces institutions lourdes et coûteuses qui obligent à des détours, à l'élaboration complexe d'un vocabulaire ésotérique, à ces procédures exaspérantes de méticulosité, seules ressources dont nous disposions pour échapper tant à l'arbitraire qu'à l'erreur. »

Et pourtant oui, le sens commun a raison, *il faut en finir*. Et là, une fois de plus, les sciences et le droit, un instant réunis dans la défense non de leurs privilèges mais de leurs procédures propres, ne peuvent que se distinguer. Au Conseil d'État, tout est d'abord fait pour maintenir autant que possible le doute, mais ensuite on tranche pour de bon. Au laboratoire, tout est fait pour obtenir des certitudes aussi rapides que possible, mais à la fin, une fois l'article publié, on délègue à d'autres, aux collègues, à plus tard, à la dynamique du champ scientifique, le soin de décider de la valeur de vérité de ce que l'on dit. Inversion complète des attitudes : au Palais-Royal, après des mois, parfois des années d'attente, le délibéré doit brusquement aboutir. Et il ne s'agit pas là d'une possibilité mais d'une obligation, inscrite dans la loi : le juge doit trancher sous peine de forfaiture. S'il s'est donné tout ce mal pour ralentir, pour formaliser, pour collectiviser, pour détacher, pour indifférer, pour distancer, il faut maintenant que l'arrêt tombe. C'est le but du délibéré. La seule échappatoire possible consiste à décider, en fin de délibéré, que l'on ne peut décider tout seul, que l'affaire est trop grave et qu'il faut s'élever dans la formation de jugement, passer d'une sous-section aux sous-sections réunies ou, de là, en Section ou même en Assemblée dans les cas extrêmes. Mais ce glissement ne fait que différer l'inéluctable : il faudra que le Conseil d'État décide. Il n'a personne au-dessus de lui. Le seul moyen d'en finir avec le jugement, c'est de juger.

Le laboratoire travaille, en quelque sorte, à l'envers : il s'est donné un mal considérable pour assurer ses arrières, multiplier les données, vérifier ses hypothèses, anticiper les objections, choisir le meilleur matériel, recruter les meilleurs spécialistes ; il a rédigé l'article le plus pugnace possible, choisi la meilleure revue, organisé dans la presse les fuites les plus habiles et, brusquement, au

dernier moment… il n'y a pas de *dernier* moment ! En donnant l'apparence d'une totale désinvolture, les chercheurs, passionnés jusque-là par la recherche de la vérité, ne pouvant plus contrôler le sort de leurs *claims*, *s'en remettent à d'autres* pour en assurer la vérification. « On verra bien ce qu'ils diront ; la suite dira si nous avons eu raison ou non. » Ils s'en remettent, dirait-on, au « tribunal de l'histoire ». Or, celui-ci est un drôle de tribunal puisqu'il lui manque précisément la qualité essentielle de toute institution juridique : l'obligation absolue de juger maintenant sans remettre à plus tard, sans déléguer à personne d'autre après soi, de meilleur que soi, au-dessus de soi. Après avoir multiplié les preuves de modestie et de distance, les juges se saisissent brusquement, avec la plus grande arrogance, des foudres de la souveraineté : ils tranchent ; les chercheurs, après avoir déployé toutes les passions de la connaissance et toutes les prétentions de la certitude, deviennent soudainement modestes et s'en remettent humblement à d'autres du soin de valider leurs requêtes…

Références et enchaînements

Parler de passion d'un côté, de détachement de l'autre, d'intérêt en science et de désintéressement en droit, de modestie et d'autorité, de clôture et d'ouverture, c'est encore rester à la surface de la comparaison, dans une zone intermédiaire entre la psychologie, l'éthologie, les procédures et le contenu. Pour approfondir notre double portrait, lequel vise, ne l'oublions pas, à distinguer à nouveau les traits jusqu'ici confondus des deux activités scientifique et juridique, nous devons suivre d'encore plus près, au risque de lasser le lecteur, la marche de ces deux formes d'énonciation en distinguant les chaînes référentielles, bien étudiées par l'anthropologie des sciences, et les enchaînements juridiques, si difficiles à décrire[26]. La tâche n'est pas pour autant insurmontable car on peut découvrir, dans la fabrication et le traitement des dossiers, le sillage de ces deux façons d'établir des relations : les unes d'information, les autres qu'il faut bien appeler d'*obligation* — mais que veut-on dire par là ? Nous allons donc nous efforcer de qualifier ce qui se transporte, au cours d'une expérimentation de laboratoire, d'une couche d'inscription à l'autre, et ce qui arrive

26 Pour la définition des chaînes référentielles, voir I. HACKING, *Concevoir et expérimenter* (1989), B. LATOUR, *L'Espoir de Pandore* (2001).

à un dossier lorsqu'il subit cette extraction si particulière des *moyens*. Nous faisons l'hypothèse que la différence entre ces deux régimes de circulation, ces deux types d'attachements, explique la plupart des traits superficiels dont nous avons dressé l'inventaire, chemin faisant, dans les deux Sections précédentes.

Une même matrice commune : l'exégèse

Avant de découvrir ces différences, n'oublions pas de reconnaître la matrice commune d'où sortent à la fois les pratiques du laboratoire et celles du droit, cette érudition ancestrale qui continue de former l'apprentissage de base des savants comme des juristes : la manipulation des textes, ou, plus généralement, des inscriptions de toutes sortes, accumulées dans un espace clos, soumises à une subtile exégèse pour les classer, les critiquer, évaluer leur poids, leur hiérarchie, leur autorité. Dans les deux formes de praticien, ceux des cours de justice et ceux des laboratoires, le travail méticuleux sur les textes remplace le monde extérieur, par lui-même inintelligible[27]. Pour les jurisconsultes aussi bien que pour les savants, on ne commence à parler avec quelque assurance du monde que s'il s'est d'abord transformé — par la parole de Dieu, le codage mathématique, le jeu des instruments, la foule des prédécesseurs, la loi naturelle ou positive — en un grand livre, de la Nature ou de la Culture, peu importe, dont quelque malin génie a déchiré et mélangé les pages qu'il s'agit maintenant de compiler, d'interpréter, d'éditer et de relier. Avec les savants comme avec les juges, on se trouve donc toujours déjà dans un univers textuel ayant la double particularité d'être si étroitement relié à la réalité qu'il la remplace tout en demeurant incompréhensible sans un effort, toujours renouvelé, d'interprétation. Et ce travail incessant, celui des juristes comme celui des savants, engendre à nouveau des textes dont la qualité, l'ordre, la cohérence vont avoir pour résultat paradoxal d'accroître la complexité, le désordre, l'incohérence des corpus légués à leurs successeurs, obligés à leur tour de reprendre ce travail de Sisyphe ou de Pénélope. Ravaudage,

27 En dehors des travaux de P. LEGENDRE, *L'Empire de la vérité* (1983), *Leçons I* (1998), *Sur la question dogmatique en Occident* (1999) sur le travail de l'interprète, on trouvera sur le grand livre de la Nature des remarques essentielles dans E. EISENSTEIN, *La Révolution de l'imprimé* (1991).

tissage, reprise, révision de l'Exégèse, mère des sciences comme du droit.

Un bon chercheur comme un bon juriste se reconnaissent à leurs qualités communes d'exégète, à leur unique façon de pondérer des masses de documents hétérogènes en donnant à chacun une valeur de confiance différente. De même que l'expression « Qui sera publié au Recueil » a plus de poids que « aux Tables » pour signaler un précédent enchâssé dans le *Lebon*, de même un article publié dans *Nature* ou dans *Science* entraînera davantage l'adhésion qu'un *preprint* posté sur Internet. Les savants comme les juges ont à la fois le plus grand respect pour ce qui est déjà publié — et que l'on peut suivre à la trace dans les deux domaines grâce au jeu de piste des citations ou des références — et, en même temps, ils ont tous la même distance, la même défiance, le même irrespect pour l'enchaînement trop mécanique des autorités. De même qu'un commissaire du gouvernement dira poliment d'un précédent pourtant célèbre : « Mais cette décision nous paraît assez isolée et, à dire vrai, peu représentative de votre jurisprudence », un chercheur n'hésitera pas à écrire : « Malgré les nombreux travaux qui supposent l'existence de ce phénomène, aucune preuve irréfutable n'a jamais été apportée. » Tous partagent cette subtile gradation entre les documents assurés et les autres permettant de laisser assez de vides, de contradictions, pour accrocher le raisonnement et proposer des formulations contraires. Tous travaillent collectivement, incapables de rien formuler sans l'étroite collaboration de leurs collègues. Dans les deux cas, tout est déjà écrit peut-être mais rien n'est encore écrit : il faut tout reprendre par un nouvel effort d'interprétation qui ne peut se mener à bien qu'à plusieurs.

Toutefois, l'acte d'écriture demeure explicite au Conseil d'État tandis qu'il apparaît dans le laboratoire de Jean comme un simple appendice du travail savant, voire une corvée. À son arrivée, le nouveau membre du Conseil reçoit, par exemple, deux documents — le *Mémento du rapporteur devant les formations administratives du Conseil d'État* et le *Guide du rapporteur de la Section du Contentieux* — qui expliquent en détail comment rédiger les notes et les arrêts, et qui sont en fait des manuels de style, équivalents juridiques du *Grevisse*, attentifs aussi bien aux formules des visas qu'à la nature de l'alinéa ou à la ponctuation[28]. Bien qu'il existe,

28 Il existe d'ailleurs une formation aux pratiques d'écriture, suivie par l'ethnographe, qui prépare les membres des tribunaux administratifs (hors les énarques

en Amérique surtout, des formations à l'écriture savante dédiées aux futurs chercheurs, on surprendrait beaucoup les gens de laboratoire en définissant leur activité comme un travail d'exégèse. Avant que l'anthropologie des sciences ne révèle ce trait, le texte scientifique n'apparaissait que comme un « support d'information » dont la seule qualité était la transparence, le seul défaut l'obscurité. Pour révéler le lien que les sciences entretenaient toujours avec leurs racines antiques, il suffisait d'ajouter aux écrits publiés la sortie, l'*output* de tous leurs instruments et la place considérable de l'intercitation : le chercheur se fait toujours l'exégète de deux sortes de textes, ceux qu'il extrait des instruments, ceux qu'il trouve dans la littérature publiée[29]. Alors seulement les auteurs scientifiques pouvaient réapparaître comme des herméneutes, comme des écrivains, comme des érudits, à ceci près que les textes qu'ils comparent incluent les preuves textuelles arrachées par l'expérience du laboratoire aux phénomènes soumis à l'épreuve. Les conseillers, au contraire, parlent constamment de leur acte d'écriture, allant même jusqu'à prononcer des phrases formulaïques (nous en avons rencontré plusieurs) qui consistent en des citations[30]. Pour eux un texte ne s'évalue pas seulement comme un « support d'information » et n'est jamais jugé sur sa seule clarté — à les lire, la chose est indubitable !

Malgré les volumes écrits à ce sujet, il est impossible, si nous acceptons de nous souvenir de leurs racines communes, d'opposer le texte scientifique, prétendument factuel et impersonnel, au texte juridique, qui aurait la particularité de faire ce qu'il dit ou, c'est selon, de dire ce qu'il faut faire. Il existe bien des différences, mais ne nous précipitons pas pour les loger dans la distinction convenue du fait et du droit, du déclaratif et du performatif[31]. Le

---

du Corps, lesquels, par la grâce du classement, sont dispensés de cet apprentissage qui leur vient sur le tas, par science infuse, en participant directement au travail des sous-sections).

29 Sur tout ce travail des sciences comme inscriptions et exégèse voir B. LATOUR et S. WOOLGAR, *La Vie de laboratoire* (1988). Voir aussi le très beau livre de F. DAGOGNET, *Écriture et iconographie* (1974) et, pour une approche plus récente, C. JONES et P. GALISON, *Picturing Science, Producing Art* (1998).

30 Un autre exemple d'oral qui est en fait de l'écrit parlé et cité : un commissaire suggère au rapporteur de sa sous-section une formulation : « les effets radicaux de la compétence liée c'est "sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens" et rejet ».

31 C'est la faiblesse des comparaisons entre science et droit qui ne s'attachent qu'aux clichés de l'épistémologie, comme celle par exemple de J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire* (1970) sans étudier le type de transmission d'un texte à l'autre.

texte scientifique, nous l'avons indiqué plus haut, ressemble aussi peu à l'énoncé mythique des rhétoriciens ou des philosophes du langage — « l'eau bout à 100 degrés » — qu'à l'affirmation « le jugement du tribunal administratif de Grenoble en date du 17 avril 1992 est annulé ». C'est que le texte savant, le texte de recherche, sorti tout frais du laboratoire (non pas celui des manuels et des encyclopédies avec lequel on le confond si souvent), ne porte pas sur un fait qu'il relaterait mais sur une *transformation* profonde pour laquelle le mot d'« information » est bien mal adapté. Ou alors il faut l'entendre au sens étymologique de *mise* à l'intérieur d'une *forme*, prise au sens littéral, matériel (le même qui a donné fourme et fromage !) et qui consiste en un graphe, une équation, un tableau. Pas de production d'*in*-formation sans une cascade de telles *trans*-formations. De plus, aucun article savant ne se contente de lier deux niveaux d'inscription — par exemple, une photographie et un texte, un tableau et un graphe, une équation et une simulation informatique —, mais orchestre des dizaines de transformations, attachant des dizaines de couches textuelles enchaînées à la suite les unes des autres, formant drame ou raisonnement, dont chacune est risquée parce qu'elle vise à garder tous les traits pertinents de la couche précédente tout en les modifiant complètement afin de les confier à une théorie, une formule, une interprétation plus puissantes[32]. Enfin, toute cette transformation, nous l'avons dit, prend la forme d'une *claim*, d'une quasi-requête, d'une pétition marquée par l'incertitude et le danger, et que les auteurs lancent dans la masse immense des textes déjà produits pour qu'elle soit évaluée par leurs pairs. La valeur de vérité de l'énoncé va survenir rétroactivement du traitement que les autres auteurs, opposants et supporters, feront subir à cette prétention. Toute cette traînée textuelle, toute cette complexe alchimie, si elle ne ressemble en rien, on le comprend sans peine, à l'image que le bon sens se fait d'un énoncé « factuel », ne ressemble par non plus à la circulation singulière d'un dossier juridique (figure 5-2).

32 Sur ce point fondamental, voir P. Galison, *Image and Logic* (1997), C. Licoppe, *La Formation de la pratique scientifique* (1996), B. Latour, *L'Espoir de Pandore* (2001).

Crédit : Salk Institute

Crédit : B.L.

Figure 5-2a et 5-2b

Certes, on retrouve parfois dans le dossier des juges certains documents qui ressemblent un peu aux chaînes référentielles produites par les laboratoires. Toutefois, loin d'en définir la nature, ils ne font qu'en organiser *certains segments*, pour bientôt laisser place à d'autres, proprement juridiques. Il était clair dans l'épisode du chapitre 2 p. 106 que la présence ou non des plans en annexe de l'arrêté préfectoral pouvait faire l'objet d'un geste référentiel

pointant du doigt les parcelles ; et pourtant, nous l'avons vu, la n'était pas la question puisqu'on a fini par juger que les plans pouvaient être annexés « par connexité », fiction juridique permettant d'assurer de la présence des documents dans le dossier d'autorisation même si leur poids et leur volume empêchent, en réalité, de les consulter… La chaîne référentielle allant d'une carte à une autre est bien là, mais elle est bien vite abandonnée pour frayer un autre chemin qu'il nous faut définir. C'est le heurt et l'interruption de ces deux sillages, de ces deux formes de tracés qui permettent de révéler si nettement les différences entre les deux types de conditions de félicité. Quand on se demande par exemple, au cours d'une séance, si l'accusé de réception a bien été envoyé et que l'on retrouve dans le dossier lui-même la signature du requérant, à la date et à l'emplacement prévu par le formulaire de la Poste, on n'a plus aucun doute sur la qualité de la référence ; de même lorsque la sous-section, en lisant les tracts joints au dossier, se convainc directement, par une lecture de sens commun, que le candidat a été plus ou moins loin dans la diffamation de son rival, à la veille des élections ; de même encore lorsqu'une photo aérienne, jointe au dossier, permet de vérifier si le parc est clos de mur ou non, « ce qui était disputé », les juges cheminent le long d'une chaîne référentielle en superposant — comme auraient pu le faire géographes, géologues ou arpenteurs — des documents et des tracés, distincts certes par leur matérialité (photos, graphes, documents ou plans), mais qui ont pour nature de maintenir intacte l'information à travers le jeu des transformations. Toutefois, les juges perdraient confiance si, au lieu des quelques pas de référence qu'ils suivent dans leurs dossiers (une carte et un graphe, une signature et une opinion), ils devaient traverser, comme le font chaque jour les chercheurs, des dizaines de transformations successives toutes nécessaires pourtant à l'établissement d'une preuve un peu solide dans un domaine un peu insolite. Quel juge accepterait de confier son jugement à une microscopie électronique, laquelle ne suppose pas moins d'une centaine de manipulations successives dont chacune transforme totalement l'échantillon de départ[33] ? Qu'on nous donne, s'indigneraient les conseillers, un contact un peu plus direct avec la réalité.

33 M. Mercier, « Les images de microscopie électronique » (1991) et tout le volume B. Latour et J. De Noblet, *Les « Vues » de l'esprit* (1985).

Mais, inversement, quel chercheur accepterait de rendre une décision dans un cadre aussi étroit que « ce qui ressort du dossier » ? Très vite, en effet, les petites portions de chaînes référentielles dont se composent en partie les chemises résumant les affaires du Conseil se trouvent suspendues par des dérapages, des débrayages, des changements de régime qui effareraient le chercheur. Lorsqu'on dit à un juge qu'il ne « ressort pas du dossier » que l'étranger expulsé a des enfants nés en France, il se satisfait des limites offertes par le jeu du contradictoire, se contentant seulement d'aller vérifier si aucun mémoire en défense ne dispute ce fait, auquel cas il utilise la formule consacrée : « ce qui n'est pas contesté ». Face à une telle méthode, qui oblige à s'en tenir aux traces accumulées dans le dossier, le sang de n'importe quel chercheur ne ferait qu'un tour. Lui aussi, à l'inverse du juge qui le critiquait tout à l'heure, demanderait un contact plus direct, plus vivant, plus riche avec la réalité ! « Mais sortons du dossier, allons voir par nous-mêmes, rendons-nous sur place, faisons du terrain, interrogeons les témoins, oublions la pitoyable défense de ces avocats, quittons les étroits confins de cet univers de papier qui ne saurait capturer la réalité. » C'est que le chercheur, par définition, confond le « supplément d'instruction » avec le travail de jugement. Il voudrait toujours *en savoir plus*, exigeant l'établissement d'une passerelle entre les faits et les bureaux du Conseil, ce qui permettrait d'améliorer constamment la qualité du transport d'informations (pertinemment transformées). Mais, à ce compte, il accumulerait toujours plus de connaissance et ne jugerait toujours pas. L'instruction enflerait dans des proportions effrayantes et aucun arrêt n'en sortirait jamais. Sa *libidio sciendi* serait peut-être satisfaite, mais la *libido judicandi* de ses amis juges resterait inassouvie. Le chercheur ferait justement de la recherche ; il ne jugerait plus.

Le scandale suscité par l'une des formes d'énonciation aux yeux de l'autre est donc réciproque. Chacune dit vrai mais avec une tout autre définition de la vérédiction. Les juges pensent que les scientifiques ont un accès bien pâle à la réalité puisqu'ils composent des articles qui n'ont qu'un rapport si indirect avec les faits dont ils parlent qu'il faut compter par dizaines les pas de raisonnement et les sauts menant d'une forme graphique à l'autre. Mais les chercheurs, à leur tour, ne comprennent pas que les juges puissent se satisfaire de ce qui est enserré dans leurs dossiers et qu'ils puissent avoir l'aplomb d'appeler « faits incontestables » un simple mémoire qu'aucun mémoire en réplique n'a l'heur de contester. Or, pour les

savants, bien au contraire, la qualité de leur prise référentielle se mesure au caractère *médiat* de leur instrumentation et de leurs théories. Sans ce long détour, ils ne pourraient rien dire d'autre que ce qui tombe sous le sens et qui n'a pas d'intérêt, pas de valeur d'information. Pour les juges, au contraire, la qualité de leur jugement dépend très précisément de leur façon d'éviter les deux écueils de l'*ultra petita* et de l'*infra petita* : juger au-delà, ou en deçà de ce qui est demandé par les parties en restant dans les strictes limites du contradictoire. Ce qui apparaît aux yeux des juges comme une faiblesse, les savants le considèrent comme une grande force : oui, ils peuvent trouver l'exactitude en s'éloignant de plus en plus de tout contact direct avec les sens. Ce que les scientifiques prennent pour un défaut du droit, les conseillers le prennent au contraire pour un compliment : oui, ils s'en tiennent exactement à ce qui ressort du dossier sans en rajouter et sans en retrancher. Deux conceptions distinctes de l'exactitude et du talent, de la fidélité et du professionnalisme, du scrupule et de l'objectivité.

Deux formes distinctes de transmission

On dira que ces différences sont peu de chose à côté de ce qui les rassemble et qui consiste, dans les deux cas, à réduire le monde à du papier. De ce point de vue trop général, la mise en science comme la mise en dossier ressemblent à l'enfournement d'un édredon dans une enveloppe postale. Mais il y a réduction et réduction : tout l'enjeu de cette section consiste justement à les distinguer. C'est qu'il nous faut comprendre en quoi le dossier juridique n'est pas, par rapport au cas d'espèce, ce que la carte est au territoire — si nous prenons la carte à la fois comme symbole et comme exemple des chaînes de référence[34].

La réduction juridique vise à rapidement stabiliser le monde des faits indiscutables (ce qui signifie simplement qu'aucun mémoire en défense ne les contestera plus) pour rattacher le fait à une règle de droit (en pratique un texte) de façon à produire un jugement (en réalité un arrêt, un texte). La réduction savante obtient la même stupéfiante économie puisqu'elle remplace le monde, sa complexité, sa richesse, ses innombrables dimensions, par du papier et des textes. Mais le cheminement qu'elle établit diffère

34 Au milieu d'une littérature immense, voir par exemple C. JACOB, *L'Empire des cartes* (1992).

du tout au tout, puisque, une fois en possession du papier, du document, de la carte, il est toujours possible de revenir en arrière et de retourner au territoire, de repérer la trace, une fois trouvés les pancartes et les panneaux, des piquetages et des clous d'arpenteur autorisant les visées et les calculs d'angle. À chaque fois, le raisonnement s'appuie sur la *superposition* d'instruments, de graphes, de théodolites, de marqueurs, de graduations, de mesures qui permet au raisonnement de faire comme s'il allait toujours du semblable au semblable par-dessus l'abîme de la transformation de matière. Or, en droit, même lorsqu'on parle de ressemblance, de précédent, il n'y a jamais exactement superposition[35]. Lorsque le rapporteur dit :

> **Marchand** : L'un des moyens porte sur l'irrégularité d'enquête, parce que le parcellaire n'a été ni paraphé ni numéroté par le commissaire enquêteur ; le moyen **manque en fait** car, bien que le registre ait été paraphé une page sur deux, ce n'est pas grave car un feuillet est **défini par vous** [il cite un arrêt] comme une feuille pliée,

la minuscule portion de référence qui lui fait vérifier la signature des feuillets est aussitôt déviée ou, plus exactement, *relayée* par la définition juridique de ce qu'est, aux yeux du Conseil, un feuillet. Un chemin est bien tracé, mais celui-ci relie un élément de fait à ce que les juristes appellent une « qualification » : est-ce un feuillet *au sens* de l'article *n* du code de procédure des DUP[36] ? Celui qui conserve la carte dans sa main conserve aussi le territoire, ou du moins conçoit le cheminement possible d'aller et de retour qui lui permettra d'en *apprendre davantage* à la prochaine itération, au prochain retour sur le terrain ; celui qui conserve le dossier a établi

35 Sauf dans les cas de réécriture par copier/coller, comme dans l'épisode p. 147 ; voir à l'inverse l'épisode p. 172 où le précédent est dit « non superposable ». Il peut aussi arriver, par le jeu des précédents, que l'on utilise constamment l'espèce d'air de famille qui permet de rapprocher les situations de façon à juger de la même façon. Par exemple Le Men : « Le moyen est très délicat, la jurisprudence va dans le sens de la Cour de cassation, deux arrêts particulièrement, 8-11-1935, Curage d'un cours d'eau, au *Lebon* 310, *c'est vraiment notre cas*, c'est une pisciculture ; si on remplace "baisse de l'eau" par "pollution" *c'est notre affaire* ; les conclusions du commissaire de gouvernement Braibant nous éclairent : "si le préjudice se rattache à la situation irrégulière directement il n'est pas réparable ; s'il est indépendant il doit être indemnisé". »

36 C'est toute la difficulté de qualifier la notion de « qualification », voir O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit » (1993).

une connexion qui va lui permettre de ne *plus avoir* à en apprendre davantage et qui va lui permettre de transporter, au retour, *de l'arrêt* indiscutable.

La différence entre référence et qualification apparaît clairement encore lorsque l'une des sous-sections doit décider si une illustratrice d'un journal de jardinage, à laquelle on a refusé la très convoitée carte de presse sous prétexte qu'elle ne traitait pas d'actualité, peut néanmoins faire annuler la décision de la Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes[37]. La discussion porte tout naturellement sur la distinction entre actualité et saisonnalité : les pivoines, les pêchers ou les kiwis de cette année sont-ils de l'actualité ? Celle qui les dessine est-elle un reporter ? Mais en même temps cette question de fond — à laquelle se mêle sans profit l'ethnographe — ne mènerait nulle part, car il ne s'agit pas de savoir si la dessinatrice d'actualité est vraiment, réellement, fondamentalement, référentiellement, philosophiquement un reporter, mais de savoir si elle peut se prévaloir devant la commission de cette qualité « au sens de l'article L.761-2 du code du travail ». Les définitions de l'essence, de la nature, de la vérité, de l'exactitude n'ont aucune espèce de rapport. Ou plutôt si, elles entretiennent bien un rapport mais de simple connexité : aucune progression dans l'une n'avance nécessairement dans la voie de l'autre et vice versa.

> Considérant que Mme E. soutient **avoir la qualité** de journaliste professionnel en tant que reporter-dessinateur, **en application** des dispositions du troisième alinéa de l'article L.761-2 du code du travail au terme duquel : « Sont **assimilés** aux journalistes professionnels les collaborateurs directs de la rédaction : rédacteurs-traducteurs, sténographes-rédacteurs, rédacteurs-réviseurs, reporters-dessinateurs, reporters-photographes, à **l'exclusion** des agents de publicité et de tous ceux qui n'apportent à un titre quelconque qu'une collaboration occasionnelle » ; qu'il **ressort** des pièces du dossier que les fonctions de Mme E., employée par la revue *Gardenia* en qualité d'illustratrice, consistent en l'illustration des fiches destinées à présenter des méthodes et des techniques de jardinage ; que les illustrations en question **présentent en l'espèce un caractère suffisant de rapport** avec l'actualité pour que leur dessinateur puisse être **quali-**

37 Le Conseil d'État est juge de première et dernière instances pour un grand nombre de commissions professionnelles de discipline, médecins, avocats, comptables, etc., ce qui explique qu'il soit compétent pour une affaire d'apparence aussi légère

fié de reporter **au sens des dispositions** précitées ; que Mme E. **peut** donc, à ce titre, invoquer à son bénéfice l'application des dispositions de l'article L.761-2 du code du travail[38].

Même dans ce cas pourtant très simple, l'hétérogénéité des deux formes de discours, celle de l'affaire et celle du droit, reste totale : que signifie en effet « un caractère suffisant en l'espèce » ? Vous aurez beau retourner dans tous les sens l'article L.761-2, il ne vous donnera pas pour autant de réponse à cette question. Le texte ne dit rien d'autre sinon que, en l'espèce, les juges ont considéré que Mme Eyraud était un reporter *au sens de l'article*. Point final. Oui mais est-elle « vraiment » journaliste d'actualité ? s'exclamerait un chercheur ! Que veut dire « suffisant » ? La question nous ferait glisser le long d'une chaîne référentielle qui, à son tour, nous éloignerait de cette autre chaîne : de la liaison précaire et provisoire d'un texte et d'une espèce par le truchement de la qualification.

On objectera que ces opérations sont bien connues : il s'agit d'un classement. De même qu'un facteur de la Poste met dans les cases prévues pour les différents départements — 01, 02, 03, etc. — les lettres qui lui parviennent en fonction du code postal écrit sur les enveloppes — 01, 02, 03, etc. —, de même un dossier juridique permettrait de ranger les cas d'espèce dans les catégories qui les concernent — erreur de droit, excès de pouvoir, travaux publics — ou même dans les *exempla* des précédents — « c'est du pur Nicolo », « on fait du Maubleu », « vous êtes en dame Lamote plutôt qu'en demoiselles de Rochefort ». Or, le mot « classement » comme ceux de « réduction », de « fait », de « raisonnement », de « jugement », de « qualification » changent de sens en fonction du type d'énonciation que nous nous efforçons de caractériser. Un classement de type scientifique permettrait de subsumer l'espèce sous la catégorie de telle sorte qu'ayant dit : A est un exemple de B, il suffirait de posséder B pour avoir A, ou

38 Le considérant suivant annule par conséquent la décision de la Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels. On lit dans les analyses de jurisprudence la conclusion suivante : « Une personne employée en qualité d'illustrateur par une revue peut se voir reconnaître la qualité de reporter-dessinateur au sens de l'article L.761-2 du code du travail si les illustrations qui lui sont confiées présentent un caractère suffisant de rapport avec l'actualité ». Suit un renvoi de confirmation à la Cour de cassation : « Cf. Cass. Soc., 4 juin 1987, Bull. Civ., p. 231. »

du moins tous les traits pertinents de A. Si A est un cas de récepteur d'acétylcholine, en connaissant les récepteurs d'acétylcholine, je sais tout ce qu'il faut savoir (pour l'instant) de A. Mais ce n'est pas ainsi que le cas d'espèce va être qualifié par la règle de droit : l'article L.761-2 ne permet aucunement de dire si la prochaine espèce sera ou ne sera pas suffisamment en rapport avec l'actualité. La règle ne donne aucun savoir, aucune information sur le cas d'espèce, sinon de façon superficielle, pour dire, par exemple, que « ce dossier est un dossier d'excès de pouvoir » et qu'il doit donc être aiguillé par le Service des analyses vers telle ou telle sous-section[39]. Le rangement ici ne permet que la logistique, pas le jugement. La petite chaîne référentielle (A est un cas de B) se trouve soumise au seul enchaînement véridique pour le droit : A est un B *au sens* de l'article C. Alors qu'en science le rapport de l'espèce au type est taxonomique, en droit il ne l'est jamais qu'à la surface. Alors qu'en science le classement permet de se rapprocher de l'essence du phénomène ainsi subsumé sous le type ou la classe, jamais en droit le type juridique ne permet d'apprendre quoi que ce soit sur l'essence du cas d'espèce. Il y a bien chaînage et cheminement dans les deux cas, établissement de rapports nombreux entre des textes et des événements, mais le quadrillage est différent — autant que celui des fibres optiques l'est du gaz de ville. Du point de vue de la qualité de l'information transportée, le droit vu des sciences ne peut que décevoir profondément.

Entrer dans une chaîne référentielle, on le comprend, engage tout autrement que par le biais d'un dossier juridique. La cascade des transformations productrices d'information oblige les protagonistes à produire ce bien rare : de la *nouvelle* information à propos d'êtres nouvellement forgés qui entrent en contact avec la science et qui exigent d'être reconnus, pris en compte, rangés, qualifiés de façon telle que l'on puisse, une fois leurs exigences reconnues, revenir à eux pour un « supplément d'information », pour de nouvelles connaissances, jusqu'à ce que, enfin, complètement disciplinés, connus, habitués, domestiqués, maîtrisés, on puisse les « mettre en boîte noire », les tenir pour acquis, s'en servir comme prémisses

39 Comme nous l'avons vu au début du chapitre 2, toutes les opérations d'aiguillage, de repérage, de taxonomie et de rangement sont justement faites avant que le droit proprement dit commence et par des techniciens, certes qualifiés, mais qui ne sont pas des juges. Voir p. 90.

pour de nouveaux raisonnements, de nouvelles expériences. Cette dynamique de la connaissance va quadriller le monde de chemins à double sens qui vont saturer le territoire d'inscriptions, finissant par confondre mots et mondes dans un même discours véridique[40].

Dans les laboratoires, ceux que leurs collègues reconnaissent comme les heureux producteurs d'information nouvelle et fiable vont être récompensés par l'éponymie : la reconnaissance de leur nom pour jamais associée à telle ou telle découverte, lois « de Newton » ou « de Boyle ». Bizarrement, l'éponymie existe en droit, mais elle récompense à l'inverse le requérant dont le nom propre va demeurer pour toujours associé à l'arrêt important qui aura, comme on dit, « fait jurisprudence ». Si le nom du commissaire du gouvernement reste parfois associé à l'arrêt, surtout lorsque ses conclusions font l'objet d'une publication, personne ne se souvient du nom de l'auteur de ce renversement, par définition anonyme, et d'ailleurs tout sera fait, nous le savons, pour que le changement de jurisprudence garde toutes les apparences d'une stricte continuité[41]. Alors que tout est fait, en science, pour que la nouvelle information bouleverse, autant que possible, le corpus des connaissances établies, tout est arrangé, en droit, pour que le cas d'espèce ne soit que l'occasion *extérieure* d'un changement qui n'a modifié que le droit lui-même, pas l'espèce, dont on sait toujours peu de chose, sinon le nom du requérant. Des chemins sont bien établis à travers le monde, de nombreuses relations tissées entre les requérants, les décrets, les arrêts et les codes, mais ces liens ne produisent pas d'information, pas de nouveauté : ils ne sont empruntés que par des *moyens*, véhicules aussi originaux que l'information, mais totalement distincts — et qu'il nous faudra encore quelques efforts pour parvenir à pleinement caractériser. En suivant les fils de l'information — cascades de transformations

40 Pour une présentation globale de cette dynamique, voir B. LATOUR, *op. cit.* (1989).

41 Si l'on appelle « whiggish history » l'histoire des sciences qui commet le péché capital de l'anachronisme, n'oublions pas que le terme vient du droit et de son histoire, les Anglais ayant toujours vécu dans l'idée que leur droit commun était immémorial. On retrouve cette revendication explicite de l'histoire whiggish dans l'épisode p. 198. Voir pour un autre exemple typique : « Y a-t-il eu abrogation implicite ? Ici un *effort d'interprétation* est nécessaire, il faut s'en tenir au précepte du président Audent selon lequel il faut interpréter le texte *non pas* comme il est écrit mais comme les auteurs *auraient réagi* s'ils avaient eu devant eux les faits actuels. Donc par "chef du territoire (de Papeete)" il *faut comprendre* "représentant au sens de la loi de 1984". »

risquées — les chercheurs vont élaborer de puissants centres de calcul qui vont offrir, en modèle réduit, une description assez précise du monde. En tenant les laboratoires, vous tenez le monde. Rien de tel si l'on suit les fils de l'obligation : en tenant le droit, vous ne tenez que le droit — mais vous pourrez relier toutes les espèces du monde *sans être surpris* et sans chercher aucunement à en construire un modèle ressemblant.

La différence n'est jamais plus évidente que lorsqu'un conseiller, aux prises avec une difficulté, s'exclame : « Depuis la semaine dernière, *on sait* », car le savoir dont il s'agit ne repose pas, comme en science, sur une connexion nouvellement établie entre un fait et une théorie, à travers le périlleux passage d'une chaîne référentielle, mais signifie : « On a jugé, il n'y a donc plus à discuter[42]. » Si la même phrase « depuis la semaine dernière on sait » peut-être prononcée pour signaler que « depuis le 15 janvier 1999, l'existence d'au moins huit planètes extérieures au système solaire a été validée », aussi bien que pour prévenir que « depuis le tant, les clauses réglementaires des contrats peuvent désormais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir », le mot « savoir » dans les deux cas n'a pas du tout le même sens. On a bien produit de l'indiscutable ; on a bien creusé la différence entre l'avant et l'après ; on a bien marqué l'histoire par un tournant irréversible, mais, dans le premier cas, le réseau de l'astronomie permet d'*aller et venir* des théories cosmologiques aux faibles signaux, d'ailleurs très indirects, obtenus par les instruments, alors que dans le second seul le droit s'est enrichi et aucun cas d'espèce n'est devenu pour autant plus prévisible ou plus connaissable. Alors que l'extension du savoir raconte une histoire commune au connu et au connaissant, le maintien homéostatique du droit raconte une histoire qui ne concerne que le droit et qui permet d'éviter toute surprise en maintenant la sécurité juridique. L'énonciation scientifique donne des billets aller et retour ; le droit un aller simple. Autre façon de dire qu'il ne produit pas de connaissance, mais qu'il quadrille le monde, formant une sorte de manteau fibreux

42 Par exemple, dans le cours de droit administratif à Sciences-Po, le professeur affirme : « La non-rétroactivité des actes administratifs n'est écrite nulle part et pourtant *on sait aujourd'hui* qu'elle a valeur constitutionnelle même si son usage est nuancé », ou *a contrario* sur la question de savoir si tel principe général du droit a valeur constitutionnelle : « Je n'en sais rien, car je ne sais pas ce que jugerait le Conseil constitutionnel ; en l'absence de jurisprudence, je ne sais pas. »

qui s'étend « partout » sans jamais pour autant produire de l'information. Il fait tout autre chose : il assure le maintien des imputations.

Tableau comparatif des deux régimes d'énonciation

Chaînes de références	Enchaînement des obligations
Travail d'écriture implicite	Travail d'écriture explicite
Hétérogénéité des sources d'inscription : de la matière à la forme	Homogénéité des sources d'inscription : du formulaire à la forme dans un dossier
Inscription par les instruments	Inscription par les humains
Information = transformations	Information = mise en forme
Cascades de transformations qui sont le but de l'énonciation	Segments référentiels courts toujours soumis au jugement
Abandon des prises du sens commun pour les faits et pour la théorie	Maintien du sens commun pour tout ce qui concerne le fait
Doute oblige à sortir du laboratoire pour revenir au terrain	Doute et certitude restent « dans les limites du dossier »
« Instruction » illimitée	Instruction limitée par le contradictoire
Faits + théories ont une dynamique commune	Une fois le fait stabilisé on passe au droit
Rapport carte/territoire par maintien d'une constante	Rapport cas/texte par qualification « c'est un x au sens de l'article y »
Taxonomie par catégorisation des essences	Mise en relation sans position sur l'essence
Aller et retour	Aller simple
Itération et extension de la connaissance	Homéostasie du corpus de droit
Nouvelle information produite	Maintien des connections établies
Éponymie du chercheur	Éponymie du requérant
Chemins tracés par le parcours de l'information	Chemins tracés par le parcours des moyens
Centres de calcul par modèle réduit	Archives et références tiennent par mémoire

Res judicata pro veritate habetur

Existe-t-il des attachements plus forts que l'obligation du droit et la certitude des faits ? Non, et c'est ce qui nous a poussé à établir une comparaison, parfois périlleuse, entre des activités que tout sépare et dont le grand public ignore également la délicate cuisine. Mais impossible aussi, on le comprend maintenant, de nous en tenir aux images communes de la loi et de la science pour établir la comparaison, tellement les traits de ces deux activités semblent avoir été confondus. Même si les différences sont frappantes et ne cessent de s'approfondir à chaque section, il n'est pas si facile de les repérer tant le juge a endossé, pour comprendre sa mission, la blouse blanche du savant, et tant les chercheurs, afin d'établir leur autorité, ont emprunté au prétoire les couleurs contrastées de la pourpre et de l'hermine. Au risque de quitter un moment l'ethnographie pour la philosophie, dressons pour conclure ce chapitre la liste de ces échanges malencontreux, de façon à rendre à César ce qui appartient à César et à Galilée ce qui appartient à Galilée.

La plupart des qualités que le grand public accorde aux savants, nous le savons maintenant, qualifieraient mieux les microprocédures inventées par les juristes pour obtenir leur fragile désintéressement. L'indifférence pour l'issue d'une affaire, la distance mise entre l'esprit et la chose dont on parle, la froideur et la rigueur du jugement, bref tout ce que l'on associe d'habitude avec l'objectivité savante, n'appartiennent pas au monde du laboratoire mais à l'estrade du juge. Ou plutôt, nous devons distinguer l'objectivité comme état de l'âme rendue indifférente et sereine à la solution, et ce que l'on pourrait appeler l'*objectité* : l'ordalie au cours de laquelle un savant lie son sort et celui de sa parole aux épreuves subies par un phénomène au cours de l'expérience. Alors que l'objectivité renvoie au sujet et à son état intérieur, l'objectité, elle, renvoie à l'objet et à son rôle si particulier de juge. Le même adjectif — « C'est un esprit objectif » — peut donc diriger l'attention vers deux vertus totalement distinctes : l'une qui n'est au fond qu'une forme particulière de *subjectivité* (distance, indifférence et désintéressement) et l'autre une forme très précise de *subjectivation* par laquelle le chercheur se met sous la dépendance d'un objet d'expérience. Quand le sens commun admire l'objectivité des savants, n'exige-t-il pas qu'ils se mettent à siéger comme des juges ? Quand il se plaint de la fragilité de ses juristes, ne souhaite-t-il pas qu'ils exhibent le même genre d'objets que les chercheurs de laboratoire ?

L'objectivité du droit a donc ceci d'étrange qu'elle est littéralement *sans objet* mais entièrement tenue par la production d'un état mental, d'une *hexis* corporelle, sans jamais pouvoir se démettre de sa faculté de juger par un appel aux faits indiscutables. Elle dépend donc entièrement de la qualité de parole, de la tenue, du vêtement, de la forme de l'énonciation, de toutes ces apparences extérieures dont on se moque sottement depuis Pascal sans s'apercevoir que c'est dans ce respect même, justement, que consiste l'objectivité dont les savants seraient bien incapables. Les savants parlent mal d'objets justes, les juristes parlent juste d'objets flous. C'est qu'il n'y a rien au-dessus des juges — à moins bien sûr qu'ils ne soient de première instance — à qui ils pourraient s'en remettre pour juger. Inversement, l'objectité des sciences a ceci de particulier qu'elle est au fond *sans sujet* puisqu'elle s'accommode de tous les états mentaux, de tous les vices, de toutes les passions, de tous les enthousiasmes, de tous les défauts de parole, de tous les bégaiements, de toutes les étroitesses d'esprit. Aussi injustes, excessifs, expéditifs, partiaux que soient les chercheurs, l'objet, s'il est bien monté, ne leur manquera pas. Au-dessus de chacun d'eux plane cette épée de Damoclès des faits — ou plutôt ce curieux hybride produit par le mélange des faits indiscutables et de leurs collègues discutailleurs —, menace suffisante pour servir de force de rappel à leurs enthousiasmes, à leurs partialités, à leurs injustices les plus débridés. Au-dessus des chercheurs, il existe toujours le tiers objet désigné par eux comme juge et qui doit trancher à leur place, auquel les savants délèguent la charge de juger sans qu'ils aient aucunement besoin d'être eux-mêmes, en leur for intérieur, « objectifs[43] ». Pour juger, les juges, quant à eux, n'ont personne d'autre qu'eux-mêmes et ne peuvent devenir « objectifs » qu'à la condition de construire dans leur for intérieur, grâce à l'institution méticuleuse et complexe que nous venons de décrire, une indifférence complète à la solution retenue[44].

---

43 Isabelle Stengers a donné de cette position anthropologique de l'objet soumis à l'épreuve cette définition canonique : l'expérience consiste en « l'invention du pouvoir de conférer aux choses le pouvoir de conférer à l'expérimentateur le pouvoir de parler en leur nom », I. STENGERS, *L'Invention des sciences modernes* (1993), p. 102.

44 Comme le dit magnifiquement l'un des anciens commissaires interrogés sur son travail : « Bref, le scientifique s'imagine qu'il découvre (et doit faire un effort d'auto-analyse pour comprendre que, en partie du moins, il construit). Et le juge s'imagine qu'il construit (et doit faire le même effort pour comprendre que, en partie du moins, il découvre) » (lettre de commentaire du présent texte).

Une fois rendue aux juges l'objectivité comme forme de subjectivité et aux chercheurs l'objectité comme présence assurée de l'objet, nous pouvons raccompagner jusqu'à sa vraie place le deuxième trait que le sens commun avait fait passer subrepticement du domaine de la loi à celui de la science : la capacité d'avoir *le dernier mot*. C'est en inventant la figure de l'expert que l'on a pu mélanger deux fonctions aussi contraires en exigeant des scientifiques, détournés de leurs missions, qu'ils prennent la pose de juges de dernière instance, en colorant leurs propos par l'indiscutable autorité de la *chose* jugée[45]. Or, tout oppose l'expert et le chercheur. Pour ce dernier, il n'y a justement jamais d'autorité de la science jugée. S'il surprend des propos que le front fragile de la controverse rend pour l'instant indiscutables, que va-t-il faire ? Mais les discuter aussitôt ! Le voilà qui repart dans son laboratoire, qui refait d'autres expériences, qui rouvre la boîte noire que ses collègues venaient de clore, qui modifie le protocole, ou, s'il est suffisamment convaincu, s'empare de ce résultat assuré pour construire une nouvelle expérience afin d'engendrer de nouveaux faits. L'indiscutable, en science, signale toujours le point d'orgue d'un mouvement, vite amplifié, de reprise du travail d'information, c'est-à-dire de transformation. Quand on ne discute plus, c'est que l'on va bientôt beaucoup discuter sur des entités venues tout récemment à l'existence. En prétendant donner au savant devenu expert « le pouvoir de lier et de délier », on lui remet entre les mains les clefs d'une souveraineté qui n'appartient qu'au droit[46].

La confusion serait d'autant plus dommageable que ce que les juges appellent « avoir le dernier mot » ne ressemble pas plus à l'autorité de l'expert qu'à la reprise incessante, par les savants, de la discussion. En effet, aussi puissante que soit dans le droit l'autorité de la chose jugée, il ne s'agit jamais, selon l'admirable expression des juristes, que d'« épuiser les voies de recours ». La fin d'une affaire n'a jamais de limite plus grandiose que cet épui-

45 Ce que montre fort bien S. JASANOFF, *The Fifth Branch* (1990). Sur l'impossibilité du rôle de l'expert, voir M. CALLON, P. LASCOUMES *et al.*, *Agir dans un monde incertain* (2001).

46 Confusion d'autant plus risquée que, en pays de droit latin, on a plus qu'ailleurs mélangé justice et vérité, comme le dit fort bien A. GARAPON, *Bien juger* (1997) : « À la différence de la *Common Law*, la loi, en France, a quelque chose à voir avec l'intériorité et pas seulement avec le comportement social extérieur. Cela explique la faveur ici, et la défiance là, à l'égard de l'aveu. Dans un cas, la justice protège de l'intrusion dans l'intériorité, dans l'autre elle est vécue comme un prolongement de l'action bienfaitrice du souverain », p. 174.

sement : « c'est au *Lebon* », « c'est jugé », « dans l'état actuel de la jurisprudence », « à moins d'un avis contraire de la Cour européenne des droits de l'homme ». On n'entend jamais rien au Conseil de plus relevé, de plus sublime que ces expressions-là. Lorsqu'ils atteignent la « fin » d'une procédure, les juges se gardent bien de donner à cette fin l'aspect grandiose de l'Indiscutable. Quand les anciens jurisconsultes faisaient résonner le fameux adage « la chose jugée est prise pour la vérité » — *res judicata pro veritate habetur* — ils affirmaient bien haut qu'il faut tenir la chose jugée *pour* la vérité, ce qui signifie, très exactement, qu'elle ne doit en aucun cas se confondre avec le vrai. Si bien que la fonction pourtant si prisée d'expert ne correspond ni au rôle du chercheur, lequel reprend aussitôt la discussion trop vite close pour la rouvrir, ni à celui du juge, puisque celui-ci ne demande à la clôture rien de plus transcendant que le simple arrêt de la discussion. Solution modeste, constructive, voire constructiviste, que cette immanence-là : comme il n'y a personne au-dessus de nous, l'affaire a simplement été arrêtée par ce que nous appelons justement un *arrêt*. Notre savoir est indiscutable parce que nous avons tout simplement épuisé la discussion. Plus d'autre voie de recours. Point final.

On dira que les juges, à ce compte, offrent aux savants ce que certains épistémologues peignent comme un cauchemar pour la vérité scientifique : l'exemple même d'un arbitraire total par lequel une assemblée fermée décide sans autre arbitre extérieur qu'elle, sans autre outil que les mots, de ce qu'il faut tenir pour vérité, par simple consensus. Les juges sont libres, à ce compte, d'appeler un chat un chien, de considérer un esclave comme un affranchi, l'article d'un contrat pour un acte détachable, d'extraire à volonté de textes muets des « principes généraux du droit » que personne n'a jamais vus ni écrits[47], bref d'exercer tous les privilèges de cette *fictio legis* qui permet, en enfilant les « constructions prétoriennes », de faire en sorte que le bon peuple finisse par prendre des vessies pour des lanternes[48]. On le conçoit volontiers, rien de plus inquié-

47 Par exemple, chez Braibant : « Le juge ne crée pas les principes, il ne les invente pas, mais il les découvre et les formule. Il les extrapole parfois à partir de textes qui les appliquent dans des matières déterminées. Il arrive aussi qu'il les crée peu à peu, par touches successives, avant de leur donner une forme solennelle. » G. Braibant, *Le Droit administratif français* (1992), p. 213. Sur cette question, voir F. Ewald, *Une expérience foucaldienne* (1986).

48 C'est justement ce qui rend difficile de comprendre les arguments de Y. Thomas, « *Fictio Legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales » (1995). On tend toujours à trop accorder au droit, par exemple une nature, par exemple

tant pour de braves chercheurs attachés à lester leur propos d'un maximum de réalité, que cette capacité d'inventer un accord de toutes pièces. On aura reconnu là, sans doute, la fameuse « construction sociale de la réalité savante », spectre inventé par les sociologues pour faire peur aux épistémologues en menaçant toute recherche de la vérité de finir dans une chambre close où l'on voterait en secret de ce qui sera dorénavant « pris pour » la vérité, par « simple consensus ». Or, pas plus que l'expertise ne correspond au vrai travail savant, pas plus la « construction sociale » en chambre ne correspond à la véritable élaboration juridique.

Nous découvrons là, de nouveau, l'avantage qu'il y aurait à ne pas mélanger les traits distincts de ces formes si particulières d'énonciation. De même, en effet, que les chercheurs peuvent se permettre tous les états d'âme possibles, aussi passionnés et partiaux qu'ils le souhaitent dans la mesure où l'objet de laboratoire occupe en pratique l'emplacement du texte de la loi ou du précédent capables « de faire jurisprudence », de même, à l'inverse, les jurisconsultes peuvent se permettre d'exercer si librement le pouvoir de la fiction et de proposer, comme ils disent, des « solutions constructives » parce qu'ils n'ont justement aucun objet, aucune objectité à engager dans leurs décisions. Ce qui choque tellement, dans le modèle fantasmatique de la « construction sociale », c'est l'application du modèle de décision juridique aux objets des sciences : alors, oui, en effet, les prouesses incomparables de l'*arbitrage* deviendraient les cauchemars cyniques de l'*arbitraire*. Mais il ne s'agit précisément pas de les confondre. Au contraire, notre effort de clarification vise à retirer aux sciences le pouvoir de dire le dernier mot qu'on leur avait confié par erreur ou par lâcheté, afin qu'elles reprennent la construction de leurs chaînes référentielles dont le mouvement continu les charge, chaque jour davantage, d'une information de plus en plus fidèle, de plus en plus exacte, de plus en plus propre à nourrir la discussion. Inversement, en délivrant l'énonciation juridique de la tâche impossible de transporter de l'information et de dire la vérité, on la laisse libre de faire circuler, à travers les fins conduits des enchaînements

---

une profondeur, par exemple une vérité. Voir sur la polémique autour de l'arrêt Perruche le point de vue de Denys de BÉCHILLON, Olivier CAYLA et Yan THOMAS, *Le Monde* 21-12-2000 et le développement dans O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître* (2002), qui fait un grand usage du constructivisme propre au droit.

juridiques, ce *véhicule* si particulier qu'elle est seule à pouvoir affréter, et qui transporte, nous commençons à le comprendre, ces biens incomparables que nous avons nommés « moyens », « qualifications », « obligations » et « arrêts ».

Rien ne serait plus faux, par conséquent, que d'opposer d'un côté les sciences affrontées à la réalité intangible que l'on ne peut tordre à volonté dans tous les sens parce qu'elle résisterait à toutes les manipulations et, de l'autre côté, le « flexible droit » qui pourrait se permettre, parce qu'il n'est pas fait d'autre matière que celle des mots et des interprétations produites en commun dans le secret du délibéré, de dire à volonté n'importe quoi, pourvu que l'on possède l'autorité d'avoir le dernier mot. Il y a bien, tout cet ouvrage le montre, une résistance, une solidité, une dureté, oui, une objectivité, une positivité du droit, qui n'a rien à envier, malgré l'aveu constamment revendiqué de sa construction, au réalisme des sciences. Inversement, je l'ai assez montré ailleurs, si les chercheurs peuvent parler en vérité des phénomènes, c'est parce qu'ils peuvent les manipuler, les transformer, les éprouver de mille façons et s'insinuer, par l'expérimentation, dans les détails intimes de leur existence matérielle. Si l'on peut parler avec quelque fidélité de la réalité, c'est justement parce qu'elle n'est pas intangible et ne ressemble en rien aux *matters of fact* imaginées par l'épistémologie. Il ne sert à rien, par conséquent, d'opposer la science et le droit comme la chose et le signe, le dur et le mou, l'indiscutable et l'arbitraire. Si la chose jugée ne doit pas être prise « pour la vérité », ce n'est pas pour inaugurer quelque cynisme blasé, c'est qu'elle a *bien mieux à faire* que de mimer ou d'approximer le vrai : elle doit produire le juste, dire le droit, dans l'état actuel des textes, en prenant en compte la jurisprudence, sans autre tiers que les juges, lesquels n'ont rien au-dessus de leur tête.

C'est revenir, objectera-t-on, à la classique distinction des jugements de fait et des jugements de valeur. Nous serions plutôt tenté, au contraire, de voir dans cette distinction même l'écho d'une invention du XVII^e^ siècle effectuée par les grands philosophes écossais et anglais, qui ont indûment croisé, pour des raisons d'ailleurs largement politiques, le droit et les sciences de laboratoire, alors naissantes[49]. Il est en effet curieux de constater que la scénogra-

49 Voir en particulier le rôle de Boyle dans ce croisement si bien relaté dans S. SHAPIN et S. SCHAFFER, *op. cit.* (1993).

phie de l'empirisme reprend aux juges la définition du « fait » pour l'appliquer aux sciences, tandis que, comme nous l'avons vu précédemment, elle ne permettait aucunement de définir l'articulation entre un chercheur et son objet. Le fait brut, ces fameux *data*, ces « données des sens », ont pour particularité, dans la fantasmagorie des empiristes, d'être à la fois insignifiantes et indiscutables[50]. Elles sont censées offrir la matière du jugement — autre terme juridique ! —, lequel commencerait son travail par association et combinaison dans l'esprit humain qui seul pourrait leur donner forme. N'est-ce pas là justement la relation des juristes avec les faits dont la définition doit être bouclée le plus rapidement possible pour que l'on passe enfin aux choses sérieuses, à la qualification et à l'élaboration technique de la règle de droit ? Mais dans quel laboratoire a-t-on jamais vu un chercheur aux prises avec de simples « données des sens » ? Qui, excepté l'empiriste, peut imaginer que l'articulation d'un article scientifique avec ce dont il parle puisse ressembler à cette extravagante répartition de l'indiscutable et du discutable ? En repérant, dans la définition même du « fait brut », un hybride incongru de droit et de science, on s'expliquerait pourquoi les vertus de distance, d'indifférence, de détachement et de désintéressement, dont nous avons vu qu'elles qualifiaient le travail du juge, ont pu migrer vers le savant pour élaborer cette figure historique, totalement improbable et fortement politisée, de l'expert capable de clore toute discussion en s'arrogeant le pouvoir de lier et de délier par délégation aux *matters of facts*[51]. Déviation du patient travail de la recherche savante, mais dévoiement plus grand encore du droit qui ne se permet de clore la discussion que parce qu'il ne délègue justement à aucun autre pouvoir que sa fragile immanence le soin de terminer une dispute. Étrange tour de passe-passe qui permit à l'empirisme classique de confondre en un nœud gordien les vertus de la politique, de la science et du droit… changées en vices.

C'est que le XVII[e] avait monté son scénario sur l'oubli de ce que l'époque actuelle nous rappelle chaque jour plus clairement :

---

50 M. POOVEY, *op. cit.* (1999), voir aussi la curieuse citation de KANT note 23, p. 228. Malgré ce que croyait Kant dans sa *Critique*, le jugement et la connaissance sont incompatibles…

51 Sur cette épistémologie politique de l'empirisme, la ruineuse distinction entre faits et valeurs, et sur une possible solution, voir B. LATOUR, *Politiques de la nature* (1999).

l'étymologie commune des choses et des affaires, de la cause et de la *cause*, *of Ding and Thing*. Par un retournement étrange, à force de servir de projectiles pour bombarder le monde social, il semble que tous les objets des sciences soient redevenus des *affaires* susceptibles d'une discussion commune, au Parlement ou au prétoire[52]. Nées dans le tribunal, ou plutôt dans des enceintes fabuleuses qui précédèrent probablement les tribunaux[53], les deux généalogies de la chose et de l'affaire s'étaient séparées quand on prétendit opposer aux vaines discussions des juges le tribunal suprême des experts parlant au nom de faits indiscutables, extérieurs à toute affaire humaine, à tout procès, à tout grief. Mais ensuite, par un stupéfiant retournement de l'histoire que l'anthropologie des sciences s'est efforcée de documenter, à force d'étendre la vie des laboratoires à toute l'existence collective, il semble, au fur et à mesure que le modernisme épuise son projet, qu'il n'est plus un « fait » qui ne soit en même temps devenu plainte et requête. La chose est redevenue la chose. D'où l'importance accrue, maintenant que les objets ont retrouvé leur lieu commun, de ne plus confondre les traits de la science et du droit. Impossible, on le comprend sans peine, devant des dossiers si mêlés, de prendre pour le travail des savants ce qui n'a été si longtemps qu'une usurpation de l'autorité juridique ou politique, ou, à l'inverse, d'exiger des jurisconsultes qu'ils remplacent l'énonciation savante. Ce que l'on avait distingué, dans le modernisme, par la *nature des objets* — aux uns les faits indiscutables, aux autres les valeurs discutables —, sans être bien regardant sur la distinction des tâches respectives de chercheur et de juriste, il convient de le redistinguer par la nature des métiers, appliqués à des causes, à des affaires, pour toujours intriquées. C'est parce qu'il n'y a plus deux domaines distincts de la réalité, celui des causalités obtues et celui des volontés libres, qu'il convient de devenir beaucoup plus soigneux sur la séparation des fonctions de chercheur et de juge. Il devient urgent de ne pas demander aux sciences de *trancher*, de ne pas exiger du droit qu'il *dise vrai*.

---

52 Voir en particulier le cas topique et le travail de clarification considérable poursuivi depuis par M.-A. HERMITTE, *Le Sang et le droit* (1996), voir aussi M. CALLON, P. LASCOUMES *et al.*, *op. cit.* (2001).

53 Et dont M. SERRES, *Statues* (1987), avait jadis tenté la « pragmatogonie » magistralement relatée, pour le droit romain, dans Y. THOMAS, *op. cit.* (1980).

Ce serait confondre le dernier trait qui distingue ces manières d'attacher : la recherche peut se permettre d'ouvrir sur une histoire agitée, violente, toujours renouvelée, d'innovations et de controverses ; le droit ne peut se permettre d'entrer dans une histoire aussi furieuse car il possède en lui quelque chose d'homéostatique qui tient à l'obligation de ne pas trouer le fragile tissu des règles et des textes et d'être compris, à tout moment, par tout le monde. Il existe, nous l'avons dit, une exigence de sécurité juridique, mais il n'y a pas de sécurité scientifique. Tout chercheur, même s'il ajoute sa pierre modeste à l'édifice d'une discipline, peut se prendre pour Samson et vouloir ébranler les colonnes du Temple, renverser les paradigmes, rompre avec le sens commun, démonétiser les théories anciennes. Tout juriste, même s'il propose le plus audacieux renversement de jurisprudence, doit maintenir intact l'édifice du droit, continu l'exercice du pouvoir, lisse l'application de la règle[54]. La science peut être lacunaire, le droit doit être plein[55]. La science peut se nourrir de vives controverses, le droit doit revenir à l'équilibre. On peut parler avec admiration de « science révolutionnaire », mais les « droits révolutionnaires » ont toujours suscité la même horreur que les tribunaux d'exception. Comme le dit l'un des interviewés : « Nous sommes d'abord préoccupés de stabilité, nous devons tracer les sillons les plus droits possibles et les plus profonds, car le justiciable attend la cohérence et la visibilité. » Tous les traits des juristes qui énervent tant le sens commun, leur lenteur, leur goût de la tradition, leur esprit parfois réactionnaire, mais c'est leur fonction même : comme les Parques, le droit tient dans sa main le fil ténu de la totalité des jugements, des textes et des précédents qu'aucun accroc ne doit venir déchirer sous peine de déni de justice. Alors que le savant peut se satisfaire d'une information partielle parce qu'il sait que le pouvoir de ses instruments permettra à d'autres, plus tard, d'affiner le savoir et d'allonger les chaînes référentielles, le juge doit s'assurer que les trous

54 Alors qu'un renversement de paradigme peut être dû à un fait inassimilable, un renversement de jurisprudence n'est jamais dû à l'espèce mais à l'incohérence, révélée à cette occasion, dans l'armature déjà en place des arrêts et des lois. Il suffit de comparer les cas bien connus de T. KUHN, *La Structure des révolutions scientifiques* (1983) avec les exemples analysés par H. LE BERRE, *Les Revirements de jurisprudence* (1999) pour le cas du droit administratif.

55 Voir l'article 4 du Code civil : « Le juge qui se refuse de juger, sous prétexte de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Il n'existe pas de lacune du droit positif.

sont ravaudés maintenant, les déchirures aussitôt rapiécées, les vides comblés, les affaires résolues, les arrêts rendus, les querelles éteintes. Si le tissu des sciences s'étend partout mais peut être partout vide, comme une dentelle, celui du droit doit tout couvrir sans hiatus, sinon sans couture. Deux façons, totalement différentes, de couvrir le monde.

❧ Dans lequel on se plie aux figures imposées de l'explication et de la théorisation : Où l'auteur se croit obligé de s'expliquer sur les limites de son approche et sur la nature si particulière de son terrain ❧ Dans lequel il cherche à prouver pourquoi on ne peut éviter de tenir des propos généraux sur le droit ❧ Où il s'efforce de redéfinir le type si particulier d'autonomie du droit ❧ Dans lequel l'ethnographe, oubliant toute mesure, se lance dans une définition du droit ❧

6

Parler du droit ?

Les dangers de l'exotisme

Un « Huron au Palais-Royal », tel était le titre d'un article bien connu de Jean Rivero, où la maison se soumettait au « regard anthropologique » jeté par un universitaire, en s'amusant de ses défauts, de ses manies, en se distrayant au spectacle de sa propre étrangeté[1]. Il est vrai que le Conseil se prête assez bien à cette légère distance que l'ethnographe pourrait aussi bien endosser pour faire son travail de description et d'analyse. Le genre *Lettres persanes* produit toujours son petit effet. D'autant que le droit administratif n'est pas connu du grand public et qu'il semble, aux yeux du Français moyen, aussi éloigné de lui que les règles du mariage bantou ou les cérémonies d'initiation de la Terre de Feu. Quant au Conseil d'État, l'ethnologue n'a pas rencontré depuis le début de son enquête une seule personne qui le connaisse assez pour prononcer plus de trois mots sur ses missions — en dehors, bien sûr, des juristes professionnels. Tout semble donc faciliter le

1 J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal… » (1962).

travail de l'enquêteur qui peut se croire autorisé à parler de tribu, de rituels, de sacrifice, de symbole, de mystères à propos des conseillers d'État et de leurs pratiques ésotériques. L'ethnologie ne porte-t-elle pas dans son étymologie même cette « ethnie », ce peuple, cette culture dont l'étude ferait, paraît-il, l'objet même de la discipline ? L'ethnographe n'est-il pas celui qui compare les cultures en repérant leurs traits distinctifs ?

Pourtant, une fois la minute d'amusement passée, une fois effacé le sourire narquois, une telle attitude n'aboutirait qu'à cette forme détestable d'exotisme qu'on peut appeler l'occidentalisme. En associant l'enquête avec la mise à distance, l'ethnographe des sociétés contemporaines ne ferait que reproduire les péchés de l'ancienne anthropologie qui ne pouvait étudier les autres peuplades qu'à raison de leur éloignement. Même si le Palais-Royal nous semble étrange, il faut résister à cette étrangeté de pacotille comme aux mirages de l'orientalisme et aux chinoiseries de l'insondable Asie. Pour faire son travail, l'ethnographe ne peut se contenter de traiter ses contemporains, ses voisins de palier, *aussi mal* que l'on a traité jusqu'ici les peuples lointains, c'est-à-dire en les appréhendant sous le mode de la culture et en s'efforçant de leur trouver des mythes, des rituels, des conduites symboliques et autres structures inconscientes. En reportant vers le proche son regard dirigé jusque-là vers le lointain, l'enquêteur doit s'apercevoir qu'il n'a rien à dire, en tant qu'ethnologue, sur les sociétés contemporaines, que rien dans son équipement ne résiste à la proximité, que toute l'apparence de puissance explicative qu'il avait sur les étrangers ne tenait qu'à la distance infinie dans laquelle il les maintenait avec tant de complaisance. Si elle veut étudier son propre monde, l'anthropologie doit accepter de se rééquiper de fond en comble, comme un explorateur parti en expédition pour les Tropiques qu'un coup du sort obligerait à découvrir les fjords du Cap Nord.

La raison de cette faiblesse de l'ethnologie retournée sur elle-même n'est plus si difficile à saisir : pour comparer les unes aux autres des cultures toutes également distantes, intéressantes et curieuses, il fallait que leurs particularités se détachent sur un fond indiscutable, comme des masques de toute provenance sur le mur blanc d'un musée des Arts premiers. Ce mur blanc, nous le connaissons bien, c'est la nature — *c'était* la nature : source universelle d'accord qui formait le socle commun de l'anthropologie physique et sur laquelle pouvaient vivement ressortir les traits singuliers de

telle ou telle culture[2]. Si les sociétés modernes semblaient à jamais inétudiables par les anthropologues (sauf dans leurs marges, là où subsistaient des peuplades folkloriques), c'était parce qu'elles généraient la nature sous les trois formes de l'objectivité scientifique, de l'efficacité technique et de la rentabilité économique. Le monde entier était composé de cultures, *sauf* ces cultures-là. Heureusement, depuis quelques années, la nature a commencé à manquer. Le mur blanc des musées s'est noirci, effrité, fissuré, il est devenu aussi compliqué, hétérogène, échevelé, aussi riche, aussi beau parfois, que les objets que l'on prétendait y accrocher. Disons que la nature a cessé de fournir l'indiscutable fondement permettant aux cultures de devenir, par contraste, comparables. Ni l'objectivité, ni l'efficacité, ni la rentabilité n'ont résisté aux enquêtes de l'anthropologie des sciences, des techniques et des marchés. Il n'y a plus une nature, mais des natures ou, pour mieux dire, des élaborations de monde. Par là même, les sociétés contemporaines deviennent étudiables, mais sous un tout autre regard que celui de l'exotisme. Elles *non plus* ne sont pas des cultures soumises au regard de l'ethnologue.

Une nouvelle question se pose alors qui n'a plus rien à voir avec celle de la distance ou de la proximité : comment rendre *comparables* les constructions de monde, maintenant que le rapport une nature/des cultures ne permet plus l'établissement de relations convenables ? Si nous nous sommes permis d'enquêter sur le droit, c'est pour répondre à cette question, pas pour faire du corps du Palais-Royal une microculture comparable à d'autres, par exemple à celles de l'Assemblée nationale[3] ou des laboratoires du CERN[4]. Si les sociétés occidentales ne se définissent plus par un rapport privilégié à la nature qui les mettrait à part des autres peuples laissés à leur état de cultures « parmi d'autres », et s'il est impossible de traiter l'Occident comme une culture particulière sans l'exoti-

2 Sur tous ces points d'anthropologie symétrique, voir B. LATOUR, *op. cit.* (1991), *op. cit.* (1999). Pour une reconstruction de l'anthropologie des natures, voir P. DESCOLA et G. PALSSON, *Nature and Society* (1996).

3 On comparera avec profit les résultats de la présente enquête avec la tentative de Marc Abelès pour « ethnologiser » les députés français en usant des ressources habituelles à l'étude des « sauvages », M. ABELÈS, *Un ethnologue à l'Assemblée* (2000) — ressources qui se réduisent d'ailleurs aux notions de mythe, de rite et de symbole.

4 On voit sans peine la grande différence entre une anthropologie culturelle de facture classique, S. TRAWEEK, *Beam Times and Life Times* (1988), et celle qui prend au sérieux le « multinaturalisme », P. GALISON, *op. cit.* (1997) ; K. KNORR-CETINA, *op. cit.* (1999).

ser, il faut bien trouver une alternative capable de faire ressortir de nouveaux contrastes qui n'évoquent plus des cultures à comparer sur fond de nature unifiée. Commencé avec l'anthropologie des sciences, des techniques et des marchés, c'est ce projet qui se continue ici avec l'anthropologie du droit : il faut que les sociétés contemporaines réanalysent leurs propres différences sans recourir ni à l'unité trop rapide de la nature, ni à la diversité trop facile des cultures. Qu'elles expriment leurs contrastes dans leurs propres termes et selon leurs catégories. Si elles devenaient capables de décrire à nouveau ce qu'elles ont en propre, elles pourraient ensuite reprendre langue avec les « autres », mais ceux-ci seraient devenus, si l'on ose dire, *autrement* autres : ils n'auraient plus à choisir entre rester des cultures ou se rapprocher de la nature, c'est-à-dire des universelles objectivité, efficacité, rentabilité. L'anthropologue deviendrait alors le maître de cérémonie, le chargé de protocole d'une diplomatie planétaire sous l'égide de laquelle pourraient reprendre plus dignement des contacts qui avaient si désastreusement commencé du temps des conquêtes et des empires[5].

Nous prenons donc ici le terme « anthropologie » non pas comme le retour vaguement ironique d'une attitude de mise à distance, mais au sens d'une enquête recommencée à nouveaux frais, dans nos propres sociétés, sur ce qui définit la modernisation maintenant que la nature ne suffit plus à le faire, qui permettrait de découvrir les contrastes auxquels nous tenons vraiment et sans lesquels nous ne serions plus, d'après nous, des humains. Si nous n'avons jamais été modernes, que sommes-nous ? L'anthropologie ne peut être une *science* de l'homme sans courir à nouveau le risque de définir l'humain, l'*anthropos*. Une fois ces contrastes avivés, nous pourrons revenir à la table des négociations avec d'autres propositions de paix : « Voilà, selon nous, ce qui constitue *notre* humanité, qu'en est-il de la vôtre ? » C'est pourquoi l'exotisme est une mauvaise méthode d'enquête autant qu'une erreur politique : il oblige à se tromper sur soi autant que sur les autres. Loin de porter nos regards sur les aspects périphériques, amusants, archaïques, folkloriques de ces sociétés modernes, loin de les forcer à tenir dans le cadre étroit des rituels et des

5 Sur cette notion clé de diplomatie comme idéal des sciences sociales voir I. STENGERS, *Cosmopolitiques. Tome 7* (1997), B. LATOUR, « Guerre des mondes – offre de paix » (2002) et tout le numéro 4 de la revue *Ethnopsy*.

symboles, nous devons rechercher ce qui en fait le cœur : la science, la technique, le marché, et bien sûr le droit[6]. La comparaison ne se fait plus de culture à culture, ou de toutes les cultures à la nature, mais de jeu de contrastes à jeu de contrastes : « Si vous nous obligez à perdre la différence entre telle et telle forme d'existence, la vie ne vaut plus la peine d'être vécue. » Il ne s'agit plus de comparaison tranquille, mais de *négociation* risquée. Comment, par exemple, aborder la question de l'universalisation du droit, si nous ne savons pas, dans nos propres termes, sous quelle forme le droit existe « chez nous » ? Comment prétendre imposer partout le règne de la loi, l'État de droit, si nous n'avons aucune idée du véritable mode d'existence de notre propre État de droit ?

Ainsi définie, on le voit, l'ethnographie du droit ressemble à celle des sciences. Tant que régnait, faute d'anthropologie des pratiques scientifiques et techniques, la notion d'une universalité sans phrase de l'objectivité savante et de l'efficacité industrielle, il était radicalement impossible de commencer quelque chose comme une négociation. Les « autres » étaient d'emblée réduits à résipiscence avant même d'ouvrir la bouche — à moins qu'ils ne deviennent « les mêmes » par l'éducation, l'occidentalisation, la modernisation. En attendant cette incorporation, ils ne pouvaient avoir que des « représentations » plus ou moins « symboliques » de « la nature » connue par « la Science » — représentations que l'on pouvait respecter avec une condescendance d'autant plus hypocrite que nous savions à quel point elles demeuraient sans rapport avec les choses elles-mêmes. Tolérer ceux que l'on a privés d'accès à l'ontologie ne coûte pas grand-chose. Pourtant, il n'aurait servi à rien d'exotiser la science en prenant les savants pour des sauvages et les expériences pour des rituels[7]. Il fallait plutôt repenser de fond en comble, à force d'enquêtes, quelle sorte de bête étrange pouvait bien vivre au sein de l'Occident sous le nom de science objective[8]. Or, il n'existait aucune espèce de rapport,

---

6 Telle est évidemment la faiblesse de cette « anthropologie des mondes contemporains », que prétendent faire les anthropologues en ne s'intéressant qu'aux marges ; M. AUGÉ, *Pour une anthropologie des mondes contemporains* (1994).

7 C'est justement ce qui rend l'expérience de S. TRAWEEK, *op. cit.* (1988), à la fois si intéressante et si mal engagée. On ne peut pas, sans se tromper de cible, faire l'anthropologie *culturelle* de la *nature*.

8 Il en est de même pour les enquêtes, hélas moins développées, de cet autre monstre, le marché, qui n'a pas plus de ressemblance avec la théorie économique que les sciences avec l'épistémologie. Voir M. CALLON, *The Laws of the Market* (1998).

on s'en aperçut bientôt, entre la Science universelle — laquelle servait pourtant jusqu'ici d'étalon lors des rencontres avec les autres peuples ainsi privés, par opposition, de savoir objectif — et la réalité anthropologique, autrement passionnante, des sciences occidentales. Face à la Science, les cultures ne pouvaient qu'abdiquer ; face à l'image nouvelle que donne de ses sciences intriquées et multiples l'Occident s'extrayant douloureusement de la parenthèse moderniste, la négociation peut reprendre : son issue est redevenue en tous cas *incertaine*.

On peut imaginer qu'il en sera de même pour le droit[9]. Certes, la question est moins difficile que pour la science, car si l'on ne peut parler d'une « science locale » sans déclarer la guerre chacun peut reconnaître chez les autres un ordre juridique, même totalement différent. Lorsqu'on prononce le mot « anthropologie du droit », nul ne sort son pistolet, alors qu'on le dégaine, non, on le décharge avant que les mots d'« anthropologie des sciences » aient été achevés. Si on a pu parler de « guerres des sciences[10] », l'idée d'une guerre du droit n'aurait aucun sens car jamais les rêves d'universalité juridique n'ont eu la même ampleur que les projets d'unification savante, industrielle, économique. C'est du droit que nous tenons depuis Montaigne, depuis Pascal, les expressions canoniques d'un honnête relativisme pondérant à la fois les différences et les constantes : « vérité en deçà des Alpes, erreur au-delà ». C'est d'ailleurs du droit comparé que les premiers anthropologues ont appris leur respect des différences. Autrement dit, le pluralisme juri-

9 En croyant fonder sur une évidence l'anthropologie du droit, Denys de Béchillon, dans un livre par ailleurs plein d'idées, témoigne à quel point l'ethnocentrisme des juristes interdit ne fût-ce que de commencer la négociation sur la nature du droit. « *Seule certitude d'ordre général* : les normes, toutes les normes, sont des constructions *de l'esprit*, des objets d'une nature *purement* mentale, des produits du psychisme *humain*. La fabrication des règles relève d'un *acte de la pensée*, et donc doit s'analyser *d'abord* au moyen d'outils appropriés à l'étude des activités de pensée. » D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* (1997), p. 109 (mes italiques). La « seule certitude » est à mon sens exactement inverse ; si l'on souhaite faire un peu d'anthropologie du droit, il faut d'abord accepter qu'aucune culture n'a jamais réduit la règle, le droit, la sanction et la justice à quelque chose de cognitif, à une simple fabrication humaine. L'objectivité, la présence extérieure de la règle, même dans « nos sociétés », même dans le positivisme, voilà au contraire l'élément décisif à prendre en compte. Commencer la négociation en exigeant de tous les peuples qu'ils acceptent de prendre le droit pour une chose mentale, c'est renouveler, sous la forme d'une évidence indiscutable, l'impérialisme dont on prétend sortir.

10 B. JURDANT, *Impostures intellectuelles* (1998).

dique fait partie du droit alors qu'il n'y avait pas, jusqu'à une date récente, de pluralisme scientifique[11]. Il y a dans les droits quelque chose qui se prête à la comparaison sans aussitôt susciter l'horreur ; on peut toujours dire : « Vous faites cela chez vous, tiens, comme c'est intéressant, chez nous, nous faisons ainsi. » Ce qui est vrai des règles de l'héritage ou du droit pénal ne le serait pas de la pesanteur. Alors qu'il serait difficile aux biologistes de reconnaître dans les cures traditionnelles la même physiologie que la leur, simplement pratiquée avec d'autres règles, rien n'empêche les *Lords Justice* anglais, chargés des affaires mettant en cause la Couronne[12], de reconnaître dans le Conseil d'État une pratique qui mérite bien le nom de droit, même si pas un trait ne peut se transporter de l'autre côté du Channel sans des heures de laborieuse traduction. Chacun admet justement que, pour le droit, une *traduction* pourra couvrir la différence, ce qui, en science, paraîtrait non seulement impossible, mais scandaleux. L'ethnologue peut donc espérer faire ressortir le contraste du droit, sans susciter la même horreur que lorsqu'il se penche sur les sciences ; il peut espérer se faufiler entre le relativisme et l'universalisme sans frôler l'exotisme. Pour le dire autrement, le droit a moins souffert des ravages du modernisme : il a gardé en lui-même, dans ses habitudes, dans sa lenteur, dans sa technicité même, dans son vocabulaire, quelque chose de plus facilement anthropologisable[13]. Si l'on se moque si souvent des légistes, c'est qu'ils n'ont jamais vraiment été modernes…

Il y a pourtant un reste d'exotisme auquel l'observateur, malgré ses efforts et ses bonnes intentions, s'est trouvé acculé par les réactions de son terrain : contrairement à toutes les nouvelles règles sur les relations entre l'enquêteur et les enquêtés qui exigent toujours une forme plus ou moins stable d'égalité[14], il s'est retrouvé

11 C'est toute l'utilité des principes d'analyse et de tolérance développés par N. ROULAND, *Aux confins du droit* (1991).

12 Depuis peu d'ailleurs, ce qui est un bon argument pour le Conseil d'État : il a fallu 150 ans pour que le droit anglais assure aux citoyens contre l'État la même liberté de poursuite qu'en France : C. E. FREEDMAN, *The Conseil d'État in Modern France* (1961) — voir les travaux de Carol Harlow à la London School of Economics en droit administratif comparé, C. HARLOW, « "La Huronne au Palais-Royal" or a Naive Perspective on Administrative Law » (2000).

13 Voir le bel exemple de M. STRATHERN, *Property, Substance and Effect* (1999).

14 C'est ce que Michel Callon appelle les « institutions réflexives » et qui entrent avec les sciences sociales dans un tout autre rapport que l'ancienne relation de l'observateur et de l'observé ; M. CALLON, *Ni intellectuel engagé, ni intellectuel dégagé* (1999).

dans la position archaïque de mouche invisible, contrainte à regarder de très loin des êtres humains s'agiter devant elle. Jamais, au cours d'une carrière déjà longue, il n'avait fait l'expérience d'une recherche auprès de personnes aussi peu intéressées par son enquête, par ses conséquences, par ses retours possibles — à l'exception bien sûr de ses tuteurs et garants. Jamais en fait il n'avait participé à une institution aussi peu soucieuse d'être étudiée, aussi indifférente au regard extérieur. Alors que les Trobriandais lisent Malinowski dès le primaire, que les insulaires du détroit de Torrès célèbrent chaque année comme « jour des lumières » l'anniversaire de l'arrivée des premiers missionnaires, que les Achuars guident à travers leurs forêts les adeptes du tourisme vert en déclamant les *Lances du crépuscule,* le Conseil d'État semble considérer toute étude de science humaine, d'anthropologie du droit, de science administrative, et même de doctrine juridique, avec la même indifférence hautaine que les chimpanzés de Jane Goodal considèrent les articles de primatologie ! Il y a là quelque chose de si extrême qu'il a fallu en faire une donnée du terrain, un trait du paysage à décrire : comment une institution contemporaine, au cœur de l'État, quand tout tremble autour d'elle, peut-elle rester aussi peu réflexive ? « À quoi sert-il, s'interrogeait Régis Debray en démissionnant avec morgue du Conseil, de servir quelque chose qui ne sert plus[15] ? »

Car, enfin, les soucis ne devraient pas manquer à cette institution si prestigieuse : la moitié du travail du Conseil, nous le savons, consiste dans le traitement d'un contentieux dont beaucoup disent que le judiciaire pourrait le faire aussi bien et même mieux : la lenteur des procédures, l'absence jusqu'à une date récente de référé efficace[16], l'inapplication notoire des décisions, tout cela pourrait laisser planer un doute sur l'efficacité du droit administratif. L'autre moitié de ses missions, dans les Sections administratives, consiste en un toilettage de textes qui ne ressemble pas vraiment à du conseil, et qui, comme le disait fort bien M.-C. Kessler il y a déjà plus de trente ans, « oscille entre l'examen d'opportunité générale et le ravaudage juridique[17] » — le gouvernement pouvant toujours ignorer les corrections faites. Dans ces deux grandes fonctions d'ailleurs, le Conseil demeure uniquement réactif, attendant

15 R. Debray, *Loués soient nos seigneurs* (1996), p. 590.
16 F. Colcombet, *op. cit.* (1999).
17 M.-C. Kessler, *op. cit.* (1968), p. 292.

que le gouvernement lui soumette des textes ou que les requérants déclenchent un contentieux. Sur le marché des cours suprêmes, la compétition est également forte : le Conseil constitutionnel, gardien des lois, réduit le Conseil d'État à ne plus s'occuper que de la légalité des décrets ; la Cour de cassation, sur beaucoup d'affaires, semble plus ouverte, plus généreuse, plus libérale que lui ; les Cours européennes lui tondent de plus en plus la laine sur le dos, l'arbitrage suprême s'étant largement déplacé de Paris à Luxembourg, à Strasbourg, à La Haye. Même quand tout marche bien, que les dossiers ne traînent pas trop, il y a toujours ce doute lancinant sur l'efficacité des jugements, l'administration une fois condamnée demeurant assez souvent aussi impavide que le bronze. Plus grave encore : l'État que le Conseil d'État conseille ressemble aussi peu à celui de Napoléon, de Clemenceau ou de Gaulle, qu'à celui de Constantin. Le « machin » européen qui s'est déplacé à Bruxelles n'a gardé aucun des traits de l'administration à la française : ni les habitudes textuelles, ni le sens du bien public, ni les rapports à la loi ne sont semblables, et pourtant ses décisions priment en tout. Comme le disait encore Debray, « le Conseil d'État est un lieu d'excellence. Encore faudrait-il qu'il y ait un État à conseiller[18] ». Et voilà que les tribunaux administratifs et surtout leurs cours d'appel commencent, depuis peu, à traiter la plupart des affaires intéressantes, réduisant le Conseil à un travail de simple cassation beaucoup moins varié qu'auparavant.

On dira qu'il reste les avis, dont certains fort remarqués comme celui dit « du foulard islamique », avis que le Conseil peut rendre à la demande du gouvernement ; mais comment rendre ces avis en étant coupé de toute science sociale, sans guère de lien avec les universitaires, même ceux qui sont spécialistes du droit administratif, sans aucun contact avec les politistes, les anthropologues, les philosophes du droit ? Est-il possible que la vie intellectuelle française soit si faible que l'on puisse ne rien perdre à s'en passer ? Bref, le Conseil, aux yeux de la mouche, obligée par l'indifférence de ses informateurs à rester sur le mur, est en crise ou, du moins, devrait l'être : l'État est en train de disparaître avalé par l'Europe, le libéralisme, la globalisation. Incapable de se réformer, il donne tous les jours des preuves de son inefficacité. Il faut le repenser

18 R. Debray, *op. cit.* (1996), p. 590. Ses anciens collègues lui renvoyaient d'ailleurs sa politesse en soulignant, avec quelque cruauté, qu'il manquait à l'ancien révolutionnaire toutes les qualités de patience qui font un bon juge administratif.

de fond en comble, et son conseiller, son gardien, son mentor, son Caton, continue à faire comme si de rien n'était ! Alors que pour répondre à une crise d'une telle ampleur l'institution devrait bouillonner de clubs, de cellules de réflexion, de commissions, faisant appel à tout ce qui, dans la polititique, dans les sciences administratives, dans la doctrine, dans le management, dans les médias, à l'ENA, devrait permettre de réinventer l'État, sa conduite, ses principes, sa structure et ses missions, alors qu'elle devrait absorber avec gourmandise toutes les propositions d'études venues des sciences politiques, on n'entend dans les couloirs du Palais-Royal que le bruit feutré des diables roulés par les huissiers de salle en salle pour transporter les lourds dossiers. Alors que le judiciaire a passé par une immense mutation, le droit administratif ne paraît pas réfléchir à son avenir[19]. Pas le plus petit club de réflexion, même tout à fait informel, sur la crise du Conseil d'État. Le mot « crise » lui-même paraîtrait grotesque : la crise ? mais quelle crise ? Au contraire, un bicentenaire — pardon, un deuxième centenaire — magnifique, une autocélébration sans nuance, une assurance sans faille[20]. Finalement, le symbole par lequel nous avons commencé le premier chapitre (p. 12) était plutôt bien choisi : un morceau d'architrave magnifique, flottant dans le ciel — orgueilleusement relié à rien.

Toutefois, on le conçoit sans peine, pour diagnostiquer une crise comme pour danser le tango, il faut être deux. Il n'y avait pas grand sens pour l'ethnographe, à moins de recourir au discours critique unilatéral, à étudier le Conseil d'État en lui donnant une tonalité crépusculaire comme si l'État coulait devant ses yeux — même si cela eût pu produire d'assez beaux effets d'exotisme, comme une sorte de *Tristes Tropiques* déplacé en plein Paris. En l'absence de partenaires intéressés *de l'intérieur* à une utilisation réflexive des sciences sociales, mieux valait déplacer l'œil de la mouche vers

19 Voir, par exemple, une utile mise au point dans L. KARPIK, « L'avancée politique de la justice » (1997).

20 Par exemple, dans un entretien d'un tour extérieur à mi-carrière : « Une manière de montrer que l'on est digne c'est de montrer que l'on comprend les règles sans que les règles vous soient jamais dites ; la maison fonctionne ainsi, elle perdrait quelque chose à être claire sur elle-même ; et ce n'est pas de l'hypocrisie, ce n'est pas qu'il y ait des cadavres dans le placard ; non, *ça va mieux sans le dire* ; la mise en clair des règles de fonctionnement mènerait à un paradoxe. » Difficile de se lancer dans l'aventure des institutions réflexives avec de tels principes…

autre chose et abandonner l'institution du Conseil d'État en tant que telle pour se concentrer sur le travail du droit, en faisant la supposition, quelque peu osée, que même un organe en crise larvée pouvait fournir un accès idéal à la forme juridique de véridiction. Voilà pourquoi le lecteur n'aura trouvé dans ces pages aucune remarque de science administrative ou politique, aucune évaluation sur le rôle et la fonction réelle du Conseil, aucune mesure de sa place effective dans l'État. Faute de pouvoir entrer dans une relation de connivence, nous avons extrait le travail du droit de l'institution comme un physiologiste aurait pu extraire la moelle épinière d'un chien, en sachant parfaitement qu'elle n'est pas tout l'animal. Pour étudier le Conseil d'État, nous avons laissé de côté l'État : nous admettons volontiers le paradoxe. C'était le seul moyen de résister à l'exotisme imposé à l'ethnologue par ceux que son étude indifférait.

Nous n'avons trouvé pour notre projet que des avantages à cette situation — même si elle peut paraître aberrante pour un politiste ou pour un évaluateur de l'action publique. Le droit se présente au Conseil dans une forme particulièrement purifiée : la procédure est entièrement écrite ; on peut y observer, dans les différentes Sections administratives, toutes les branches du droit ; le travail y est collectif et collégial et peut donc être suivi sans trop de difficulté par l'observateur qui, une fois introduit, ne dérange personne et n'a pas à faire de suppositions imprudentes sur le colloque intérieur, ni sur l'intime conviction des juges, puisque tout est dit devant lui ; la fureur et le sang du droit pénal ne viennent pas perturber l'attention ; aucun effet de manche des avocats ne vient troubler le ravaudage des textes. S'il existe une occasion d'étudier le droit « pur » c'est bien celle offerte par le Conseil. Nous nous sommes donc strictement limité à tirer parti des séances d'instruction pour voir comment des méthodes empiriques pouvaient permettre de pousser plus avant le projet plus ample d'une anthropologie des formes occidentales de la véridiction appliquée au cas particulier du droit[21].

21 À notre grande surprise, nous avons trouvé fort peu de description empirique précise de la fabrique du droit. Ce que l'on appelle par antiphrase l'« épistémologie juridique descriptive », C. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes* (1993), est aussi peu descriptive que l'épistémologie. Même la sémiotique reste le plus souvent programmatique, en dehors de Greimas qui d'ailleurs, comme Landowski, en reste aux textes publiés sans s'attacher à l'interlocution. Chose peu surprenante, c'est dans l'ethnométhodologie que l'on retrouve l'attention la plus fine à la mise en forme du droit, M. TRAVERS et J. MANZO, *Law in Action* (1997), (traduit

Une curieuse forme d'autonomie

En admettant qu'il évite de parler de l'État, l'ethnographe en sait-il assez pour parler du « droit » ? Le Conseil soumis à l'enquête n'est-il pas si particulier, ses formes de contentieux si originales, le droit administratif si différent des autres branches du droit, la position des requérants si étranges[22], les juges si différents des autres juges, qu'il serait impossible de tirer quelque conclusion que ce soit sur la nature ou sur l'essence de l'activité juridique ? L'anthropologue n'est-il pas en train de juger *ultra petita*, faute juridique aussi bien que péché mignon du théoricien ? Pourtant, sans répit, les membres dont nous avons suivi en détail les hésitations se réfèrent à quelque chose qui serait le droit et s'interrogent constamment sur la qualité de leur relation avec cette chose. S'ils ne sont pas réflexifs au sens, un peu ballot, auquel l'observateur s'attendait, on ne peut nier que les conseillers le soient sur les limites, la qualité, la force de leur fonction de juge. Nous en avons vu bien des exemples[23]. Il semble donc que, pour finir ce travail, on ne puisse évacuer, sous prétexte qu'il s'agirait de considérations trop larges, une interrogation sur la nature du droit en général puisque ces considérations servent de ressources aux acteurs eux-mêmes pour tâtonner jusqu'à leurs jugements. Cela ne veut pas dire qu'ils vont s'interroger gravement et à tout propos sur la nature du droit — au contraire, nous l'avons constaté à plusieurs reprises, les problèmes de fondement sont considérés comme aussi oiseux que philosophiques —, mais que l'invocation du droit *comme totalité* fait partie de l'objet dont nous avons décidé de rendre compte. Pour parler comme les sémioticiens, le Droit avec un grand « D » est le *destinateur* incontesté de tous

---

en partie dans B. Dupret, « Le droit en action en contexte » [2001]) mais il s'agit plus de l'application du droit aux faits de l'espèce qu'à la genèse du droit lui-même. Légèrement en aval, du côté du Parlement et des ministères, on trouve d'utiles travaux sur l'élaboration des textes de loi comme P. Lascoumes, *Au nom de l'ordre* (1989).

22 Tous les commentateurs de ce texte venant du judiciaire ont été surpris par ce trait de l'administratif : « on dirait que le requérant est un gêneur, qu'il n'est là que pour fournir une occasion de changer l'administration », « c'est un juge qui rend le pouvoir tolérable aux administrés », ce que confirme avec éclat un conseiller : « Oui, le juge est administrateur (des passions humaines). Il ne fabrique pas la nouvelle règle de droit par ardeur industrieuse ou fièvre intellectuelle, il le fait parce que les plaideurs l'environnent *et qu'il ne parvient pas à s'en débarrasser* (souligné par moi). »

23 Par exemple dans les épisodes p. 60, p. 70, p. 158, p. 182.

leurs actes de langage[24]. Tandis que la question de la méthode scientifique intervient rarement dans la discussion des chercheurs (où elle a un rôle décoratif, polémique, pédagogique), faire le droit, dire le droit, rester dans les limites du droit, apparaît comme l'une des caractéristiques de l'animal même. Qu'est-ce que le *vinculum juris*, voilà ce qu'il nous faut comprendre[25].

Tout se passe comme s'il n'y avait pas de degrés dans le droit : ou bien on y est tout entier, ou bien on n'y est pas du tout et l'on parle d'autre chose. Ses conditions de félicité ont avec celles d'infélicité des limites particulièrement abruptes. L'ethnographe s'en est aperçu bien des fois, en réalisant par son propre bégaiement à quel point il lui était impossible, même après plusieurs années de familiarisation, de s'approcher de l'énonciation juridique progressivement. Pour dire le droit, il lui manquait non seulement quelques mots, non seulement quelques concepts, mais tout, absolument tout : il aurait fallu, pour énoncer juridiquement quelque chose, qu'il fût devenu conseiller d'État[26] ! Il y a des degrés indéfinis de scientificité, mais le droit est tout entier présent ou tout entier absent. On peut balbutier de la science sans être chercheur, mais on ne peut parler juridiquement sans être juge. C'est ce dont témoignent les efforts des commentateurs — et ils sont nombreux — pour définir le droit [27]: toute tentative de définition, aussi brutale ou sophistiquée qu'elle soit, finit toujours par ajouter, en désespoir de cause, l'adjectif « juridique » pour le qualifier. Qu'on cherche à l'établir par la loi, la règle, la sanction, l'autorité, le bien commun, le monopole de la violence, l'État, il faut à chaque fois préciser : « à condition qu'ils soient juridiquement fondés ». Autrement dit, une inévitable *tautologie* fait partie de la définition

24 A. J. Greimas, « Analyse sémiotique d'un discours juridique » (1976).

25 C'est l'expression de Tarde dans G. Tarde, *Les Transformations du droit* (1893 [1994]).

26 Inversement, il lui était très difficile de ne pas dire « nous avons jugé » lorsqu'il parlait d'une affaire de « sa » sous-section, tant il est difficile de parler de la chose même sans appartenir au corps des juges. Il ne lui est jamais venu à l'idée de dire, en étudiant les savants, « nous avons prouvé l'existence de ce phénomène ». La force de l'appartenance au corps ne joue pas de la même façon sur l'acte de langage.

27 Il y a même une sorte de théorie juridique *apophatique* : « Le droit, explique Atias, n'est ni constitutif, ni créateur, ni déclaratif. Il ne reconnaît, ni ne consacre, ni n'attribue, ni ne sanctionne. Ce ne sont là que des effets apparents de la mise en œuvre du droit [...]. La question est de savoir si le droit a quelque chose de spécifique. » C. Atias, *Philosophie du droit* (1999), p. 293.

du droit[28]. Pour décrire le droit de façon convaincante, il faut être déjà, par un saut, installé en lui.

Ce trait paraît si constitutif de la chose même, qu'on le retrouve dans les deux grandes écoles de pensée, le jusnaturalisme et le positivisme, qui se partagent, on le sait, la définition des fondements du droit. Chacune à sa manière, malgré les abîmes qui semblent les opposer, ne fait que réitérer de la façon la plus ferme que le droit est « toujours déjà présent ». Soit que, comme les jusnaturalistes, on se fonde sur l'existence d'un droit qui *précède* tout droit positif, soit que, à l'inverse, on décide, comme les positivistes, de ne reconnaître comme droit que ce qui a *déjà* été défini par une autorité juridiquement constituée. Dans les deux cas, on ne peut remonter au-delà du droit et l'établir sur un fondement hétérogène : pour les uns, il existe une nature au-dessus des lois, mais cette nature est déjà juridique, au point qu'elle pourrait même rectifier le droit positif[29] ; pour les autres, il n'y a rien au-dessus des règles de droit, sinon une pyramide de droits positifs, c'est la fameuse « hiérarchie des normes », dont la pointe extrême, sous peine de contradiction, est encore du droit[30]. On dirait que pour ces deux écoles, que tout

---

28 Un exemple entre mille chez J. CARBONNIER, *Flexible droit* (1998) : « Il n'est que de se rappeler la définition classique de l'acte juridique : une manifestation de volonté qui est destinée à produire des effets *de droit*, des modifications de l'ordonnancement juridique ; autrement dit, qui est *destinée* à introduire une relation humaine dans la sphère *du droit* », p. 35 (souligné par nous) ; un autre chez H. L. A. HART, *Le Concept de droit* ([1961] 1976) : « Dans le cas des règles *de droit*, cette conséquence prévisible [la sanction] est bien déterminée et organisée officiellement tandis que dans le cas des règles *non juridiques*, bien qu'une même réaction hostile à la déviation soit probable, celle-ci n'est pas organisée et sa nature n'est pas définie », p. 23 ; ou encore p. 45 : « De telles règles *de droit* n'imposent pas des devoirs ou des obligations. Elles procurent plutôt aux individus les *moyens* de réaliser leurs intentions, en leur conférant le *pouvoir juridique* de créer, par le biais de *procédures déterminées* et *moyennant certaines conditions*, des structures *de droits* et de devoirs dans les *limites* de l'appareil coercitif *du droit* » (souligné par moi) : difficile, on l'admettra sans peine, d'être plus tautologique ! Luhmann ira jusqu'à revendiquer cette tautologie comme une nécessité sociologique — voir plus loin.

29 Bien que les jusnaturalistes n'aient jamais vraiment pu préciser la ressemblance exacte entre le droit naturel fondateur et le droit positif fondé, ce qui est peu étonnant puisque cela reviendrait à confondre les chaînes référentielles des sciences et les enchaînements juridiques — voir le chapitre précédent sur la notion de superposition. S'il existe, le droit naturel est aussi muet que le fondement sans fondement du droit positif.

30 Même avec la notion de *Grundnorm* chez Kelsen bien expliquée par D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* (1997) : « Kelsen ne suppose pas qu'il existe dans l'ordre juridique positif une norme fondamentale, il affirme

par ailleurs distingue, il n'existe pas de genèse possible et progressive du droit. Pour une raison qui semble essentielle à sa nature, le droit, pour ses commentateurs, ses légistes, ses philosophes, possède une forme particulière d'*autochtonie* qui interdit de lui trouver une généalogie ordinaire. Il faut qu'il soit toujours déjà né.

L'ethnographe n'est pas équipé, bien sûr, pour traiter directement de si sublimes questions : il ne peut les toucher qu'indirectement avec les méthodes, les limites et les données de son terrain. Or, il existe un trait, facile à repérer dans les affaires que nous avons rencontrées, qui pourrait expliquer cette nécessité de la tautologie si présente chez les juristes : le droit se trouve tout entier dans chacun de ses exemples sous une forme quasi fractale. Ou plutôt, il semble qu'il y ait du droit lorsqu'il est possible de mobiliser, à propos d'un cas d'espèce, aussi minuscule qu'il soit, une certaine forme de totalité — et c'est cela même que l'on appelle le droit[31]. Quand nous avons discuté dans les chapitres précédents du *passage* du droit, quand nous l'avons défini comme un mouvement de mise en relation d'une espèce avec un corpus de textes, quand nous avons insisté sur l'hésitation des juges que toutes les microprocédures du Conseil permettent de désintéresser, quand nous avons suivi comment le corpus des précédents finissait par absorber les cas d'espèce, nous avons parcouru quelques-uns des mécanismes par lesquels un conflit particulier *intéresse* la totalité. Totalité littérale et non métaphorique : en quelques étapes, par le biais de quelques traductions, une obscure affaire d'expulsion d'étranger, de poubelles, de maire, se trouve reliée, accrochée, attachée à l'ensemble du droit administratif, à la Constitution, aux Principes généraux du droit, à la Convention européenne des droits de l'homme, aussi bien qu'à des édits de François Ier ou des lettres

---

simplement que nous avons absolument besoin de recourir à la fiction d'une norme fondamentale si l'on veut pouvoir considérer la Constitution [pointe de la pyramide] comme une norme juridique », p. 234.

31 Que le droit soit, pour ainsi dire, sans histoire, comme s'il était toujours déjà installé, on le voit dans l'éblouissant chapitre de Boureau sur l'action juridique des moines anglais : « L'obstination judiciaire de Thomas [héros du chapitre *jus commune*] ne doit pas faire perdre de vue que le recours à la justice ou à l'arbitrage demeurait une des nombreuses possibilités de règlement des conflits. Mais ce mode de règlement, davantage qu'un lieu, instituait une configuration nouvelle des relations sociales, dans un monde où les concurrences sur la terre et le pouvoir s'étaient densifiées. Le droit, en ouvrant de nouvelles procédures et de nouveaux thèmes de dispute, permettait *une sortie du local*, de la situation de face-à-face. » A. Boureau, *La Loi du royaume* (2001), p. 194 (souligné par moi).

patentes de Louis le quatorzième du nom. Dorénavant, si vous touchez à cette poubelle, à cette date d'ouverture de chasse, à ce permis de construire, à ces droits d'eau « fondés en titre », vous allez, par le truchement des tribunaux administratifs et du Conseil d'État, à travers une kyrielle d'avocats et de juges, finir par agiter également l'immense tissu sans couture des liens, de tous les liens, déjà établis et validés, codifiés et réitérés — et il peut même arriver que, par un renversement de jurisprudence, cette obscure affaire aille pour toujours s'enchâsser dans les principes qui définissent à jamais notre existence commune et qui serviront à d'autres, plus tard, à défendre leur pauvre cas personnel.

N'est-ce pas là d'ailleurs ce que le bon sens entend par « garantie juridique » : que tous viennent au secours de chacun ? Que les affres des uns puissent modifier les conditions d'existence de tous ? Que veut-on dire en effet quand on oppose la force au droit, sinon que la première ne peut établir ce tissage du local et du global que le second seul permet ? Si l'on reprend l'opposition proverbiale entre les loubards vous menaçant d'une batte de base-ball et le policier vous menaçant de sa matraque, on peut passer de l'une à l'autre situation sans solution de continuité, on peut « morpher » de l'une à l'autre, en passant par tous les cas intermédiaires (hélas, fort répandus), en augmentant progressivement la qualité du lien qui attache l'espèce à la totalité[32]. Si les loubards qui vous menacent ont la preuve écrite qu'ils sont autorisés par un texte qui a très précisément défini par avance les sanctions auxquelles vous vous engagez en refusant de leur tendre votre portefeuille ; si cette sanction n'est pas décidée sur le moment mais plus tard, ailleurs, sur dossier, par des gens indépendants qui hésitent longuement, par une procédure réglée, avant de faire tomber leurs décisions, laquelle vous revient sous forme d'un courrier remis par un postier, eh bien, vous vous êtes abusés, ces loubards étaient en réalité les respectables policiers d'un état de droit — vous pouvez sans crainte leur tendre vos papiers ! Mais si, par un morphisme inverse, les policiers qui vous ont arrêté commencent à vous injurier et à vous frapper, qu'ils n'ont pas d'ordre de perquisition dûment signé, que leurs insignes mêmes ont été enlevés, bref si vous retirez chacune

32 Pont-aux-ânes depuis l'Antiquité de toute réflexion sur le droit, cet exemple fictif est constamment utilisé, par exemple chez H. L. A. Hart, *Le Concept de droit* ([1961] 1976) ; sur ce topos voir A. Schütz, *Saint Augustin, l'État et la « bande de brigands »* (1992).

de ces formes de vie permettant d'attacher la situation locale à l'ensemble des liens qui mobilisent la totalité, alors vous vous êtes encore trompé : ces honnêtes pandores en uniforme ne sont que des loubards d'autant plus dangereux qu'ils portent le képi. Comment départager les uns et les autres, si ce n'est en regardant s'il est possible ou non de *conduire* dans l'interaction locale, par une succession de déplacements, toutes les autres interactions qui constituent, sans faille, sans rupture, l'ensemble de ce qui nous relie les uns aux autres ? Pas étonnant qu'en parlant de droit on parle toujours *de tout le droit* : c'est que l'on essaie par un acte d'écriture quasiment obsessionnel d'attacher ensemble et de lier continûment tous les actes successifs qui constituent tous les temps, les lieux et les personnes, par un pavage ininterrompu qui peut en principe mener, le long d'un cheminement de signatures, d'actes et de décrets, d'un point quelconque à tous les autres. Difficile de nier que le droit ait à voir avec une forme particulière de mobilisation de la totalité dans l'espèce.

Mais quel mode de mobilisation et quel genre de totalité ? Il existe en effet déjà une totalité que mobilisent sans trop prendre de gants les critiques de l'autonomie du droit, et qui serait la « société ». On sait en effet qu'une lutte féroce oppose les interprétations du droit que l'on pourrait dire internalistes, celles qui insistent sur l'autonomie constitutive de la chose juridique, et celles, externalistes, qui refusent toute autonomie au droit, le faisant naître d'un ensemble de rapports de force auxquels il servirait, au pire, de décor et de leurre, au mieux, d'outillage et de facilitateur pour des visées d'ingénierie sociale. La prétendue autonomie servant même, comme chez Pierre Bourdieu, à dissimuler plus profondément encore la « violence symbolique » qu'il exercerait. Le droit ne ferait que « légitimer » la force — terme juridique détourné de son sens par la sociologie critique[33]. La situation ressemble à s'y méprendre à la lutte bien connue en histoire des sciences entre les tenants d'une histoire interne et ceux d'une

33 Sur l'inversion du mot « légitime » dans la sociologie de Bourdieu, voir la dévastatrice critique de O. Favereau, « L'économie du sociologue ou penser (l'orthodoxie) à partir de Pierre Bourdieu » (2001). « Le droit n'a décidément pas de chance face aux deux grands langages théoriques dans les sciences sociales contemporaines [...] le droit est soit trompeur si l'on se place dans une logique de pure reproduction, soit inutile si l'on se place dans une logique de pure coordination », p. 295 et citation note 20 p. 152.

histoire externe, la première revendiquant les concepts, la seconde le contexte[34]. Dans l'un et l'autre cas, c'est une définition convenue du social qui rend impossible la découverte du type particulier d'autonomie de la chose juridique ou de la chose scientifique. Comme toujours, le social aveugle[35]. Pour expliquer le déplacement foudroyant des règles ou des faits, on va chercher dans la société des formes de causalité sans jamais dire comment elles peuvent se déplacer dans l'espèce, si bien que les externalistes, en droit comme en science, rendent toujours des points à leurs adversaires : il y a *moins* dans la cause que dans l'effet, le social étant toujours plus faible et surtout moins mobile que ce qu'il est censé expliquer. Face à la sociologie du droit comme des sciences, mieux vaut, tout compte fait, se ranger du côté des internalistes[36]. Dans l'intrication des concepts juridiques et des faits scientifiques il y a *plus d'associations*, on découvre une construction de société *plus complète* que dans l'ensemble des facteurs explicatifs mobilisés par les externalistes. Nous l'avons montré bien souvent : comment expliquer les sciences par leur contexte social, quand elles bouleversent de fond en comble *de quoi* est fait ce contexte[37] ? Ce qui est vrai des sciences l'est encore plus clairement du droit : comment expliquer le droit par l'influence du contexte social, alors qu'il sécrète lui-même une forme originale de mise en relation contextuelle de personnes, d'actes et d'écrits, si bien que l'on aurait grand-peine à définir la notion même de contexte social sans recourir aux véhicules du droit[38] ? Il n'y a pas de métalangage plus fort

34 L'histoire même de ce débat a été faite pour les sciences dans S. Shapin, « Discipline and Bounding… » (1992).

35 Sur la nécessité de défaire progressivement la société pour pouvoir expliquer les sciences et leurs liens nombreux avec le collectif, voir en particulier B. Latour, *op. cit.* (2001).

36 C'est ce que Béchillon dans un texte programmatique plein de vigueur sur les buts et méthodes de l'anthropologie du droit a bien reconnu : D. de Béchillon, *La Valeur anthropologique du droit* (1995). C'est aussi le fond de l'argument de Thomas sur le droit romain : il y a plus de *société* romaine dans les *concepts* du droit romain que dans la société qui les entoure et qui prétendrait les expliquer : Y. Thomas, *La Langue du droit romain* (1974). La raison en est pour Thomas que le droit parvient justement à briser, casser, retarder la continuité sans cela trop grande du social. C'est tout le sens également de la sociologie de Tarde, voir G. Tarde, *Les Transformations du droit* (1893 [1994]).

37 On reconnaît là le principe de la sociologie dite « de la traduction » : le social est composé peu à peu. Voir, par exemple, G. Tarde, *Monadologie et sociologie* (1999 réédition), B. Latour, *op. cit.* (1989).

38 On le voit bien dans la définition des personnes collectives chez A. J. Greimas, « Analyse sémiotique d'un discours juridique » (1976), aussi bien que pour les

pour expliquer le droit que le langage du droit lui-même. Ou, plus exactement, le droit *est à lui-même son propre métalangage*.

Si l'on peut toujours hésiter en histoire des sciences entre la construction du social par les savants et l'explication par le social de leurs découvertes[39], il est difficile de ne pas être frappé par la disproportion entre la richesse de la construction de la société par le droit et la pauvreté des explications du droit par le recours à la société. Le droit, explicitement, continuellement, obsessionnellement, cherche à tracer les chemins qui permettent de mobiliser de façon effective la totalité dans l'espèce. Greffe, procédure, hiérarchie des normes, jugement, dossier, et même ce merveilleux mot de « moyen » auquel nous avons consacré tant de pages : tous les termes disent ce mouvement de totalisation et de mobilisation, de quadrillage et de renforcement, de conduite et de liaison. Tous expriment la mise en mouvement, la mise en contexte. Or, pour expliquer ces mouvements, les tenants du social se trouvent fort démunis. Ils affirment toujours posséder dans la société une réserve indéfinie de forces explicatives, mais voilà, il leur manque justement le *moyen* de mobiliser ces forces pour qu'elles viennent irriguer le collectif et *porter* sur l'instance. Ils se trouvent dans la même situation que des généraux qui disposeraient d'une puissante armée bien entraînée mais qui, faute de transports de troupes, ne pourraient jamais les amener sur le théâtre des opérations. Comment déplace-t-on les rapports de force dans la loi ? Où sont les véhicules ? Où sont les cheminements ? On vous parle de force, de pouvoir, de structure, d'habitudes, de tradition, de mentalités : bien sûr, mais comment les faire agir ici, là, maintenant ? En revanche, si vous demandez comment l'on peut faire pour transporter la Convention européenne des droits de l'homme dans l'affaire d'expulsion d'étranger de M. X., la réponse est simple : c'est

---

fondements de la société civile, Y. THOMAS, « L'institution civile de la cité » (1993), ou dans la réjouissante définition de l'agent public reconstruite dans O. CAYLA, « L'inexprimable nature de l'agent public » (1998), ainsi que dans l'exemple déjà cité des moines anglais de Boureau (citation note 31 p. 275). Dans tous les cas, le droit modifie la définition même du contexte, du local et du global, du possible et de l'impossible.

39 L'ésotérisme des solutions pouvant faire reculer les plus audacieux : en quoi la théorie de la relativité est-elle plus forte que la conception du contexte social qui cherche à contextualiser Einstein ? P. GALISON, « Einstein's Clocks : the Place of Time » (2000). En quoi la physique de Lord Kelvin est-elle plus précise que l'Empire britannique pour définir l'empire et son extension spatio-temporelle ? C. SMITH et N. WISE, *Energy and Empire* (1989).

là, dans le droit des étrangers, depuis la décision du tant qui permet d'invoquer l'article 6 contre les décisions des préfets. Faire la liaison, faire l'association entre ces éléments, tisser le social, c'est cela le droit même. Bien sûr, il s'agit d'un type d'association, d'un mode particulier de totalisation, et il y en a d'autres[40], il ne tient pas tout le collectif. Mais il définit un véhicule, un mouvement d'agrégation, ce *vinculum juris* qui reste assignable de bout en bout tandis que l'explication sociale, depuis le début de la sociologie du social, attend toujours qu'on lui procure un câblage idoine pour faire enfin profiter le cas d'espèce de cette formidable lumière qu'elle promet toujours sans jamais la délivrer.

Si l'étude des sciences et des techniques nous avait obligé à abandonner la sociologie du social pour celle de l'*association*, l'analyse du droit nous y encourage plus encore. La situation est d'autant plus désavantageuse pour les explications à base de société, que dans tous les cas que nous avons observés dans ce livre on ne trouve aucune distinction tranchée entre ce qui pourrait classiquement ressembler à du social et ce que l'on pourrait nommer « droit ». Au contraire, le droit est mêlé à tout — et il le dit[41]. Nous avons vu comment, en quelques minutes de raisonnement, on pouvait passer par des considérations politiques, des intérêts économiques, des aveux sans fard de préjugés, des préoccupations d'opportunité, de justice, de bonne administration, tout cela venant infléchir, perturber, suspendre l'élaboration du droit. Et pourtant, à chaque fois, la présence de tous ces éléments ne suffisait pas : d'un mot on signalait que maintenant il fallait « commencer à faire du droit[42] ». Ainsi, même dans le cas où les acteurs, sans attendre

40 Voir le type de liaison *technique* dans B. Latour, *Aramis* (1992), *religieuse* dans *Jubiler* (2002c), *politique* dans « Et si l'on parlait un peu politique ? » (2002a). Chaque forme totalise mais sous un régime, sous un type de liaison différents. Le social n'est donc pas ce qui explique mais ce qui est à expliquer, G. Tarde, *Monadologie et sociologie* (1999 réédition).

41 Et le dire ne choque personne, comme j'ai pu m'en apercevoir en faisant lire aux acteurs eux-mêmes les premières versions de ce texte, alors que le lien des sciences avec son contexte a toujours suscité chez les chercheurs qui me lisaient de périlleuses négociations. Quand on leur tend le miroir de l'ethnographie, les chercheurs réagissent bien différemment des légistes, lesquels n'ont été choqués, à l'inverse des chercheurs, que par l'exposition de l'interlocution des conseillers à la place de la parole du Corps impalpable.

42 Comme l'écrit un conseiller dans une évaluation du présent texte : « Au lieu que le droit, en tout cas tel qu'il est vécu par les juges, est une construction parfaitement consciente. On sait très bien, quand on fait du droit, qu'on ne le découvre pas mais qu'on le bâtit, en le pétrissant de présupposés, de convictions, de choix

que les critiques viennent dénoncer la présence du social derrière la forme du droit, déploient sans rien dissimuler le paysage de leurs intérêts, du point de vue juridique *rien ne s'ensuit*. Tous les intérêts sociaux, tous les rapports de force peuvent pousser à la roue, le véhicule juridique n'avancera pas d'un centimètre tant que le droit ne le prendra pas en remorque. Le principal programme de recherche de la sociologie du droit, selon lequel il faudrait établir une relation entre le corpus de règles d'un côté et la société de l'autre, ne résiste pas à l'examen[43] : le droit est déjà du social, de l'association ; il mouline à lui tout seul plus de social que la notion de société dont il n'est d'ailleurs en aucun cas distinct puisqu'il la travaille, la pétrit, l'agence, la désigne, l'impute, la responsabilise, l'enveloppe. Le droit juridicise toute la société qu'il saisit comme totalité à sa façon particulière. Les sciences ne font pas autre chose, mais sous une forme de mobilisation, d'agitation, de transformation, de totalisation et de traduction, toute différente[44]. Dans les deux cas, le projet qui consiste à plonger leur autonomie dans un bain de social, en espérant qu'elles se dissoudront peu à peu, ne peut aboutir qu'à leur complète disparition — et à la perte, par conséquent, de ces deux éléments indispensables à l'existence du social. Que serait une société sans droit, sans faits, sans techniques ? Comment tiendrait-elle debout ? De quoi se composerait-elle ? Comment pourrait-elle s'unifier, se totaliser ? Par quel

---

parfois arbitraires. On lui donne avec volontarisme l'apparence de la rigueur : l'habillage d'objectivité vient après, comme une preuve par neuf de la cohérence de ce qu'on a construit. » Mais il ajoute aussitôt : « Certes, là aussi il y a de la naïveté : les multiples conditionnements font qu'un juge se leurre s'il croit qu'il est vraiment un bâtisseur libre. Il est bien davantage qu'il ne le croit en train de "découvrir" des règles écrites par d'autres puissances sociales, d'autres déterminants historiques. »

43 Une présentation récente de la sociologie du droit annihile son projet dès la troisième phrase en annonçant fièrement qu'elle a pour but : « d'étudier les relations entre le droit et la société, c'est-à-dire la manière dont le *droit*, conçu comme un ensemble plus ou moins structuré de règles, principes et décisions, entre en relation avec le *corps social*, saisi comme agencements d'individus, de groupes et d'institutions, situés dans la sphère d'influence du droit (italiques dans le texte) », E. SERVERIN, *Sociologie du droit* (2000), p. 3. Le droit réduit à un corpus de règles, le social à un agencement d'individus, le tout assez mystérieusement plongé dans « la sphère du droit », on retrouve tous les traits de la sociologie du social qui nous avait déjà obscurci les sciences et les techniques et rendu la religion, la technique, la politique et l'économie incompréhensibles. Curieux, vraiment, cette sociologie du social toujours à la recherche d'une volontaire cécité.

44 Pour un exemple particulièrement frappant, celui de Pasteur, voir B. LATOUR, *Les Microbes* ([2000] 1984).

conduit viendrait-elle prêter le soutien de tous ses membres à l'un d'entre eux ? En droit, comme en science, comme en technique, comme en économie, comme en politique, les sociologues du social prennent la conséquence pour la cause : au lieu d'étudier les moyens pratiques qui forment et forgent la société, ils invoquent une société toujours déjà présente, aussi mystérieuse qu'inexplicable, pour tenter d'expliquer ce qui seul possède le pouvoir de l'engendrer[45].

Que l'explication sociale du droit soit inopérante, ne prouve pas, on le comprend sans peine, que le droit forme dans la société un ensemble homogène et autorégulé. Pour se tirer de la difficulté, il ne servirait donc à rien de complètement autonomiser le droit devenu une sphère à part et auto-entretenue à l'intérieur de la société, elle-même comprise comme un ensemble de sous-systèmes au milieu desquels on pourrait même, pourquoi pas ? installer confortablement la Science ! On aura reconnu cette fantasmagorie du social issue de la plume de Niklas Luhmann, qui revient en fait à abandonner tout effort de définition des variétés d'autonomie pour n'obtenir que des formes purifiées coupées de tout rapport avec leur existence empirique[46]. Ce qui revient d'ailleurs à prendre pour chaque domaine la définition la plus réductrice et souvent la plus éthérée qu'il se donne de lui-même : on comprend que les juristes aiment se croire à l'abri dans un sous-système à la Luhmann, de même que les scientifiques se délectent à fortifier les murs de leur autonomie savante[47]… Ils se prennent tous pour

45 Ce n'est d'ailleurs pas par hasard si l'autre grand fondateur de la sociologie, Gabriel Tarde, était juriste. Lorsqu'il accuse Durkheim de prendre, avec sa notion de société, la conséquence des actions humaines pour leur cause explicative, il pense au cheminement du droit — et ne trouve jamais de meilleur exemple que l'histoire des sciences. « Cette conception, [la mienne] en somme, est presque l'inverse de celle des *évolutionnistes unilinéaires* [Spencer] et aussi de M. Durkheim : au lieu d'expliquer tout par la prétendue imposition d'une *loi d'évolution* qui contraindrait les phénomènes d'ensemble à se reproduire, à se répéter identiquement dans un certain ordre, au lieu d'expliquer le *petit* par le *grand*, le *détail* par le *gros*, j'explique les similitudes d'ensemble par l'entassement de petites actions élémentaires, le grand par le petit, le gros par le détail. » G. Tarde, *op. cit.* (1999 réédition), p. 63 (souligné par lui).

46 N. Luhmann, *A Sociological Theory of Law* (1985) où le droit est défini comme « un système ouvert cognitivement et clos normativement » (p. 282), la définition tautologique du droit étant revendiquée comme une qualité de la description, ce qui, justement, la rapproche de la définition de l'autopoïèse en biologie (p. 288).

47 Le projet de la théorie des systèmes est bien sûr honorable : pour éviter la vacuité du social, on accorde l'autonomie des différents ingrédients qui le constituent, N. Luhmann, *op. cit.* (1985). L'erreur est de croire qu'il n'y a qu'une seule forme

le roi Midas et croient que tout ce qu'ils touchent devient savant ou juridique. L'effort pour faire de la Science un sous-système à part frisait le saugrenu mais, dans le cas du droit, l'imposture apparaît plus vite encore car on n'a même pas, pour croire à sa distinction, l'excuse d'une coupure nette opérée par les murs des laboratoires et les blouses blanches des laborantins. Le droit plonge partout sans avoir de domaine propre. Nous l'avons assez vu : le Conseil d'État n'est pas fait de droit mais de murs, de couloirs, de fresques, de dossiers, d'un corps de membres, de textes, de carrières, de publications, de polémiques. S'il y a en lui du droit, s'il est capable de dire le droit, ce n'est sûrement pas parce qu'il appartiendrait à un système distinct du reste du monde social mais parce qu'il l'agite tout entier *sous un certain mode*, et c'est ce mode que la théorie des systèmes oublie de caractériser, transformant la société en une série de domaines interreliés. Le droit n'est pas plus fait « de droit » qu'une conduite de gaz n'est faite *en* gaz ou la science *en* science. Au contraire, c'est à force d'acier, de tranchée, de levée de terre, de détendeur, de compteurs, d'inspecteurs et de salle de contrôle, que du gaz finit par circuler sans interruption à travers l'Europe : et pourtant c'est bien du gaz qui circule, et pas de la terre ou de l'acier. Oui, le droit est autonome par rapport au social puisqu'il est l'un des moyens de produire le social, de l'agencer et de le contextualiser ; non, il n'existe pas de domaine, de territoire propre au droit. Malgré les prétentions des juristes servies par les sociologues des systèmes, il ne forme pas une sphère ; sans le reste qui le tient, le droit ne serait rien. Reste qu'il tient tout, à sa façon[48].

Si l'on a tant de difficulté à centrer précisément l'attention sur la forme d'autonomie propre au droit, s'il faut tant de soins pour déployer son fin tissu sans le briser, c'est peut-être à cause d'un dernier trait qui ne peut manquer de frapper l'observateur : sa

---

d'autonomie, celle des sous-systèmes. Rien ne prouve que la science et le droit puissent être autonomes *de la même façon*. Rien ne prouve d'ailleurs que l'on puisse emprunter à la biologie une définition claire de la totalité : comme si on savait quel genre de société fomente un organisme ! Voir par exemple R. LEWONTIN, *The Triple Helix* (2000), J.-J. KUPIEC et P. SONIGO, *Ni Dieu ni gène* (2000). Le problème est semblable avec la notion de « champ » de Bourdieu qui offre à tous les domaines le même genre d'autonomie, O. FAVEREAU, *op. cit.* (2001).

48 Admirable *mais* que celui d'Atias : « La règle de Droit se surajoute seulement à une réalité qu'elle ne modifie pas fondamentalement, *mais* sur laquelle elle agit. » C. ATIAS, *Philosophie du droit* (1999), p. 298.

superficialité. S'il tient tout, s'il permet de relier toutes les personnes et tous les actes, s'il autorise, par un cheminement continu, à brancher la Constitution sur un cas minuscule, c'est aussi parce qu'il ne prélève dans toutes les situations qu'une minuscule partie de leur essence[49]. Son tissu ressemble à un filet ajouré. C'est ce que le sens commun retient de son mouvement en le qualifiant de froid, formel, pointilleux, abstrait, vide. Eh oui, vide il doit l'être ! Il se méfie du plein, du fond qui le ralentirait, qui l'alourdirait, qui lui interdirait de mettre en relation, par son cheminement propre, ce qu'il retient du monde. S'il peut aller partout et rendre tout cohérent, c'est à condition de laisser tomber presque tout. Il ne cherche pas, nous l'avons vu dans le chapitre précédent, à faire basculer le territoire dans la carte par la prise vigoureuse de la référence. Jamais il ne se lance comme les sciences dans l'épreuve impossible de construire, à l'intérieur de puissants centres de calcul, des modèles réduits qui ressembleraient au monde et permettraient de le dominer du regard. Qu'est-ce qu'un acte notarié à côté de la demeure où l'on habite ? Comment comparer cette fragile feuille de papier à l'épaisseur des murs et des mémoires ? Aucun rapport de ressemblance, aucun mimétisme, aucune référence, aucun plan. Et pourtant, en cas de conflit, en cas d'héritage, en cas de dispute, c'est bien par le lien foudroyant de cette feuille dérisoire avec le corpus des textes, par l'intermédiaire des avocats et des juges, que je pourrai prouver, authentifier mon bien — et conserver ma maison. L'attache est minuscule et pourtant totale ; l'emprise infime et pourtant capable de se lier à tout le reste.

Il ne sert à rien d'être profond en étudiant le droit. Le rapport entre les apparences et la réalité, si important dans les sciences, dans la politique, dans la religion, dans l'art même, n'aurait ici aucun sens : les apparences sont tout, le fond n'est rien[50]. C'est ce qui rend le droit si difficile à commenter pour les autres métiers que le désir de profondeur intoxique. On l'a bien vu dans les disputes publiques auquel le Conseil s'est trouvé mêlé au cours

49 Legendre parle toujours de l'imbécillité du juriste : P. LEGENDRE, *L'Empire de la vérité* (1983). Voir sur les vides du droit J. CARBONNIER, *Flexible droit* (1998), p. 38. Comme le dit Béchillon, le « droit est froid », c'est par là qu'il faut commencer ou, pour dire la même distance d'avec le sens commun, « le droit est un autre monde ». M.-A. HERMITTE, « Le droit est un autre monde » (1998).

50 Voir le bel argument de Legendre sur l'emblème : « Parce que la forme c'est la limite et la limite c'est l'État. »

de l'été 2000 : s'il interdit la pilule du lendemain, voilà aussitôt que les journaux accusent les conseillers d'avoir de mauvaises intentions, on surinterprète leurs motivations, on leur en veut de prendre la place de la société civile en censurant les mœurs. La vérité juridique est si légère, si plate, qu'elle ne peut être saisie par les esprits qui veulent aller au fond des choses[51]. Avec un sens absolu de la superficialité, les juges avaient rappelé l'impossibilité de donner aux infirmières un droit de prescription de contraceptifs qui n'appartient qu'aux médecins par l'article 11 de la loi du 19 mai 1982[52]. Dans une autre affaire, où les juges avaient interdit un film à scandale, la presse s'était aussitôt déchaînée contre un acte de censure indigne d'un pays libéré ! Or, les juges avaient seulement réaffirmé que l'on ne pouvait pas à la fois dire d'un film qu'il se compose d'une suite ininterrompue de scènes de violence choquantes et l'interdire seulement aux moins de seize ans, sans que la ministre ait excédé ses pouvoirs[53]. Rien d'autre ;

---

51 C'est d'ailleurs la même incompréhension qui fait multiplier les affaires au pénal pour calmer la faim de justice, remplacer les rituels d'expiation que les anciennes religions ne permettent plus, et, en général, accueillir toute la misère du monde ; L. Boltanski, *L'Amour et la justice comme compétences* (1990). Ce pourquoi les liens du droit sont aussi mal adaptés que les bancs du métro pour la douleur des sans-abri. « La justice moderne semble donc plus soucieuse d'atténuer le traumatisme du rituel judiciaire, pourtant contrôlé par la défense et le regard public, que préoccupée par la normalisation sociale où elle plonge le justiciable. Le rituel judiciaire, ses formes, son jeu, son extériorité, a quelque chose de plus respectueux pour l'accusé que le monde apostolique du travail social. Ne vaut-il pas mieux demander à un accusé de jouer la comédie que d'envahir son "jardin secret"? N'est-ce pas faire violence à quelqu'un que de le comprendre malgré lui ? » A. Garapon, *Bien juger* (1997), p. 263.

52 16 juin 2000, 1° sous-section : « Considérant, d'autre part, qu'aux termes du troisième alinéa de l'article 3 de la même loi, dans sa rédaction issue de l'article 11 de la loi du 19 mai 1982, "les contraceptifs hormonaux et intra-utérins ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale" [...]. Considérant que, par les dispositions contestées, le ministre délégué à l'Enseignement scolaire a autorisé les infirmières scolaires à prescrire et à délivrer aux adolescentes [...] ce produit, qui constitue un contraceptif hormonal au sens de la loi du 28 décembre 1967 [...] ne peut, en application des dispositions précitées de l'article 3 de la loi du 28 décembre 1967, être prescrit que par un médecin et délivré qu'en pharmacie [...] ; que dès lors, le ministre [...] a méconnu ces dispositions législatives en confiant le rôle de prescription et de délivrance aux infirmières scolaires. »

53 30 juin 2000, 2° sous-section : Là encore le raisonnement est limpide. Puisque le ministre avait fait accompagner le film d'« un avertissement ainsi rédigé : "Ce film, qui enchaîne sans interruption des scènes de sexe d'une crudité appuyée et des images d'une particulière violence, peut profondément perturber certains des spectateurs" » on peut donc conclure qu'il résulte de l'instruction

rien de fort ; rien de vrai ; rien de sensationnel ; rien de sentimental ; rien même, au fond, de juste : rappel d'un simple principe de non-contradiction, fragile et mou, toujours à reprendre et à réinterpréter, qui interdit, « dans l'état actuel des textes », de laisser trop d'incohérence aux actions éparses des humains. Rien que de la surface, rien que des filaments, rien que des filets, mais des liaisons qui vont vite et qui vont droit et qui nous emberlificotent, et qui nous tiennent, et qui nous protègent — à condition qu'elles restent à la surface, qu'elles engagent peu, et que l'on reste soi-même à la surface, peu engagé, afin de les suivre et de les interpréter. Voilà que l'ethnologue se désespère : sera-t-il jamais *assez superficiel* pour saisir la force du droit ?

Cornu bos capitur, voce ligatur homo

« Par la corne on tient le bœuf, mais l'humain c'est par la voix qu'on le ligote. » L'anthropologie que je pratique, celle qui s'est donné pour tâche d'étudier les formes modernes de véridiction, ne pouvait pas ignorer ceux qui disent le droit. De même qu'il lui a fallu renouveler la description des sciences, des techniques, de la religion, de l'économie, de même il faut qu'elle parvienne à modifier les manières d'exprimer la force des liens juridiques. C'est le seul moyen, nous l'avons dit, pour que les Occidentaux, lorsqu'ils s'extrairont du modernisme pour de bon, puissent rouvrir avec les autres collectifs une négociation que les diktats de l'universalité ne pouvaient pas même amorcer. Alors que, du temps de l'impérialisme triomphant, les Occidentaux se présentaient au reste du monde comme porteurs à la fois de l'objectivité, de l'efficacité, de la rentabilité, de la vraie foi et du vrai droit, il ne serait pas inconvenant qu'ils acceptent de reprendre langue en se présentant plus modestement comme ceux qui ne peuvent pas survivre

---

« qu'il constitue ainsi un message pornographique et d'incitation à la violence susceptible d'être vu ou perçu par des mineurs et qui pourrait relever des dispositions de l'article 227-24 du Code pénal ; que, par suite, dès lors que les dispositions de l'article 3 du décret du 23 février 1990 susvisées ne prévoient pas qu'une œuvre cinématographique puisse être interdite de représentation aux mineurs de moins de dix-huit ans autrement que par son inscription sur la liste des films pornographiques ou d'incitation à la violence soumis aux dispositions des articles 11 et 12 de la loi du 30 décembre 1975 portant loi de finances pour 1976, le film relevait de l'inscription sur cette liste » et par conséquent le « ministre de la Culture et de la Communication a entaché sa décision du 22 juin 2000 d'excès de pouvoir ».

sans maintenir un certain nombre de contrastes qui leur tiennent particulièrement à cœur. Derrière les exagérations, les enflures, les terreurs qui rendaient impossibles la prise de contact et l'extension des liens, il convient de retrouver les contrastes à chérir. Alors, et alors seulement, ceux qui ne sont plus modernes peuvent repartir à la conquête d'un monde qu'ils ne peuvent plus effrayer.

Pour commencer l'anthropologie du droit, il faut d'abord qu'elle dégonfle les prétentions excessives qu'on avait voulu confier aux légistes, comme l'anthropologie des sciences à dû modifier quelque peu les prétentions savantes en faisant apprécier les sciences pour de tout autres raisons que celles de l'indiscutable objectivité. Or la difficulté du droit tient à sa superficialité même, à la « petite transcendance » qui ligote les humains aussi fortement qu'un joug sans pour autant mobiliser aucune puissance venue d'en haut. De même que l'on avait confié, sous le nom de Science avec un grand « S », aux rares et fragiles chaînes référentielles le soin de remplacer la politique, la religion, la morale, et jusqu'à l'État, de même on a quelque peu chargé la barque en dotant le Droit, avec un grand « D », des vertus impossibles de la souveraineté, de la loi, de la morale, du lien social, de la justice, de la politique, de la religion même. Cette inflation rendait les sciences — au pluriel et avec un petit « s » — invisibles et inopérantes ; elle rend probablement le droit — avec un petit « d » — irreprésentable. En exigeant trop de lui, on l'empêche de transporter le seul bien qu'il est capable de véhiculer. Pour reprendre la belle expression qu'Antoine Garapon emprunte à La Fontaine, il est temps de débâter l'âne de toutes les reliques qui l'empêchent de marcher avec légèreté[54].

Comme nous venons de le voir au chapitre précédent, il est impossible de demander au droit de transporter quelque information que ce soit. Il y a bien, enchâssées dans la pratique des dossiers, de petites chaînes référentielles — des plans, des cartes, des témoignages, des empreintes digitales, des expertises diverses —, mais elles sont toujours trop courtes et trop vite interrompues pour offrir la certitude propre aux sciences. Du point de vue de l'information, le droit manque toujours et ne peut que décevoir ceux qui attendent de lui qu'il apaise leur *libido sciendi*. Apprendre que l'on est un journaliste « au sens de l'article R.126 », cela ne rassure

54 Rappelons que A. Garapon, *Bien juger* (1997) s'appelait d'abord *L'Âne chargé de reliques*.

pas beaucoup le requérant sur son *essence* de journaliste : c'est seulement pouvoir résister, *en cas de contestation*, à ceux qui refusent de vous donner la carte de presse, laquelle vous permet d'exciper de ce privilège lorsqu'un gorille du service d'ordre vous demande de le *prouver*. Contrairement à l'information savante, le droit ne construit aucun modèle du monde qui permettrait ensuite, par une série de transformations, de revenir aux états de fait en prévoyant leur nature. Apprenez tout le *Lebon* par cœur, vous ne saurez rien de plus sur la France. Vous n'aurez appris que du droit, ponctué de loin en loin par la plainte plus ou moins émouvante de quelques acteurs aux noms pittoresques. Vouloir transporter de la connaissance par les chemins du droit reviendrait à vouloir faxer une pizza — et il ne servirait à rien d'augmenter la puissance du modem, ce n'est tout simplement pas le bon médium. Le droit, comme la religion, comme la politique, déçoit ceux qui veulent transporter de l'information[55].

Et pourtant *toute* la France, depuis ses chemins creux, ses carrières ouvertes par mégarde, ses maires, ses fonctionnaires, ses pistes de ski, ses poubelles, peut se retrouver présente dans le recueil *Lebon*, sous une certaine forme de totalité, à la fois très décevante et fortement nouée. S'il n'offre aucune information, le droit ne se réduit pas pour autant à ce jeu formel fermé sur lui-même, autoréférent, auquel ses critiques veulent le limiter. Il fait mieux qu'informer : il met en forme. Cette mise en forme, nous le savons, est rare et fragile, elle aussi. Dans l'immense masse d'actions accomplies chaque jour par les Français dans leurs rapports avec l'administration, aussi tentaculaire qu'elle soit, très peu « font grief » et, de celles qui font grief, une part infime se transforme en dossier, en requête, en arrêt. La procession des requêtes ne prélève sur le corps des pratiques que des cheminements minuscules, à peine plus marqués que les sentes laissées par les animaux dans un massif montagneux. Vu de loin, rapporté à l'ensemble des interactions, le droit existe peu ; il reste invisible, c'est à peine s'il compte : réseau transparent, tatouage minuscule, indice infinitésimal. Pour mieux le respecter, il convient d'abord d'en raréfier la présence, de l'évider, de l'alléger, de le traiter comme un réticule : le droit laisse passer le monde ; léger, il n'existe

55 Sur la déception constitutive de la religion comme de la politique, voir B. Latour *op. cit.* (2002b et c).

qu'à l'état de trace ; plus évidé qu'une dentelle, le réseau dessiné par le mouvement du droit c'est 99,99 % de trous.

Mais le 0,01 % restant, que fait-il de si crucial, de si capital, pour que l'on ait fini par parler du Droit comme de la seule et ultime barrière qui nous séparerait du chaos primitif, de l'animal, de la barbarie (ce qui prouve d'ailleurs une solide ignorance tant de la physique du chaos que de la zoologie et des « barbares ») ? Le droit aurait à voir, dit-on, avec la notion de règle et de sanction. Quelle exagération, là encore. Elle serait bien misérable la vie sociale qui dépendrait du *Lebon*, du *Journal officiel*, du Code civil pour élaborer, enseigner, appliquer, maintenir en existence et sanctionner ses règles de fonctionnement. Comme nous l'avons vu en suivant les dossiers, il faut, à l'inverse, qu'il y ait un monde déjà fortement structuré, richement meublé, peuplé d'acteurs en pleine possession de leurs moyens, soumis à des habitudes réglées, pour qu'une requête puisse être compilée, qu'un conseiller en extraie les moyens, qu'une sous-section en tire un arrêt, qu'un fonctionnaire condamné s'astreigne à appliquer la décision du Conseil. S'il manque le foisonnement des règles ordinaires, le droit ne progresse pas d'un centimètre. Il ne chemine tortueusement que lorsque tout le reste est en place. Vouloir définir le droit par les règles, c'est comme de réduire les sciences à des concepts[56]. Plus généralement, rien ne prouve d'ailleurs que la notion de règle soit applicable aux humains. Wittgenstein l'avait démontré il y a déjà bien longtemps : on ne peut jamais dire d'une action humaine qu'elle « obéit », qu'elle « suit » ou qu'elle « applique » une règle, on peut seulement dire qu'elle *s'y réfère*[57]. Dans l'enquête que nous avons menée, nous avons trouvé de nombreux exemples de mise en relation de documents avec des textes, des archives, des citations, des visas, des invocations, mais pas le plus petit cas d'application d'une règle de droit. On archive, on excipe, on copie/colle, on raconte, on monte, on élabore, on hésite, on cite, on vise des *textes* de règles — mais leur obéir ?

---

56 Voir la très utile mise au point dans la dernière partie de D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* (1997), mais la solution qu'il donne en termes de modèle reviendrait à confondre le droit et l'organisation, voir plus bas.

57 Voir H. Collins, M. Kusch, *The Shape of Actions* (1998). Comme le montrent les auteurs, seuls les ordinateurs « suivent » des règles, et encore, ils ne les « appliquent » pas non plus.

Si l'on a tellement enflé l'importance de la règle pour la définition du juridique, c'est que l'on a dû confondre le droit et la politique. Les philosophes du droit parlent souvent de la règle sanctionnée par l'autorité publique comme d'un rempart, du seul rempart, contre la violence et l'arbitraire. Mais alors, ils ont dressé contre les Barbares une Ligne Maginot plus fragile encore que la première et plus facilement tournée puisqu'elle n'est faite, de leur aveu même, que de papier. Si la vie publique n'avait que le droit pour se défendre de la violence, elle aurait depuis longtemps sombré dans le néant. Pour que le droit ait une force, pour qu'il morde, il faut que le cercle entier de la représentation et de l'obéissance soit incessamment parcouru ; c'est le métier propre des politiques. S'il y a bien une chose que le droit ne sait pas faire, c'est se substituer à la composition progressive de la souveraineté effectuée par la politique — forme tout à fait spécifique d'énonciation, avec ses véhicules et son labeur particuliers[58]. Confondre l'autonomie du politique et l'hétéronomie nécessaire du droit est plus qu'un crime, c'est une faute politique majeure. Jamais le droit ne peut créer à lui tout seul des totalités qui n'auraient pas déjà été engendrées et maintenues en existence par le cercle, toujours recommencé, de la souveraineté[59]. Là encore, c'est se tromper de médium que d'espérer du véhicule juridique qu'il transporte de l'autorité : il faut à l'inverse que l'autorité soit déjà en place pour que commence le travail propre du droit.

Madame Thatcher avait un moment décidé de prendre les rationalistes au mot en coupant tous les crédits des laboratoires anglais pour voir si la Science allait résister, elle qui n'était faite, d'après les épistémologues, que de concepts immatériels. On tremble d'imaginer les situations où l'on prendrait les légistes au mot en ne donnant pas d'autre assise au bien commun que les obligations

58 C'est ce que Hart reconnaît probablement dans la différence, si importante pour lui, entre règles primaires et règles secondaires, H. L. A. Hart, *Le Concept de droit* ([1961] 1976). Sur le travail propre de ce que Platon appelle *autophuos*, voir les chapitres 7 et 8 de B. Latour, *L'Espoir de Pandore* (2001). Malheureusement le véhicule propre du politique est aussi peu décrit que celui de la science ou du droit, malgré, ou plutôt à cause, des sciences politiques, lesquelles ont transformé le cercle de la représentation en un transport de forces et d'intérêts.

59 Problème devenu classique depuis Hobbes. Ce qui limite le sens de « totalité » discuté plus haut à ce qui est « autorisé » par le souverain. Voir aussi le cas du droit international. Que le droit se distingue en plus de la morale, la maxime *Summum jus summa injuria* suffit à le rappeler.

du droit. Le Conseil d'État le sait bien qui n'a duré sous tous les régimes, y compris celui de Vichy, que par son indifférence à la nature du souverain[60]. Si la plus belle fille du monde ne peut donner que ce qu'elle a, le plus beau corps de conseillers d'État ne peut pas dire plus que le droit. Inversement, par sa composition hétérogène, le Conseil est mieux placé qu'aucune autre cour pour reconnaître les limites mouvantes entre l'opportunité « dans l'intérêt de la bonne administration » et le droit proprement dit[61]. Si les conseillers d'État mesurent bien la fragilité des liens de droit, c'est grâce à leurs allers et retours incessants entre la politique, l'administration, le business et la fonction de juge. Moins encore que tous les autres juges, ils peuvent partager l'illusion que la vie civilisée ne tient qu'à un fil, celui du droit.

Si le droit ne peut remplacer le dur labeur de composition du corps politique, il ne peut pas non plus servir de substitut à la religion. S'il s'est trouvé démesurément agrandi en faisant de lui ce qui pourrait nous protéger de la guerre civile, que dire de ceux qui font de la règle de droit ce qui nous arrache à l'animalité par une « coupure symbolique » qui nous élèverait à la parole ? Nous serions des petits d'homme grâce au truchement du droit ! Mélange assez curieux de psychanalyse lacanienne, de droit romain, de césaro-papisme et de culte de l'État, dont Pierre Legendre a construit l'emblème aussi fascinant que dogmatique[62]. C'est trop

60 Sur Vichy voir COLLECTIF, *Deuxième Centenaire du Conseil d'État* (2001). Un exemple parmi d'autres aussi terrifiants : « Dans les tables du *Recueil Dalloz*, une rubrique "juifs" s'intercale entre "jugement sur requête" et "jument de course". En 1943, l'honorable *Semaine juridique* publie un article d'E. Bertrand intitulé "Du contrôle judiciaire du dessaisissement des juifs et de la liquidation de leurs biens. Étude critique de jurisprudence". » N. ROULAND, *Aux confins du droit* (1991), p. 58.

61 Un président de Contentieux : « On avise parfois en opportunité, si le texte n'est pas incompatible avec quoi que ce soit, alors on le modifie par opportunité administrative, dans l'intérêt de la bonne administration. »

62 Tous les livres de Legendre ne forment qu'un seul livre où se mêle ce que nous nous efforçons ici de soigneusement distinguer. On retrouve l'argument dès P. LEGENDRE, *Trésor historique* (1992) jusqu'à P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident* (1999) sans notable progression. Ses raisons sont d'ailleurs estimables, puisqu'il veut lutter contre la communication, le management, la science et le sociologisme, ses bêtes noires, bref contre une réduction du droit à autre chose. Mais sa solution défensive aboutit à enfler démesurément le droit en le mélangeant à toutes les autres formes de vertu sans que l'on puisse clairement spécifier pour autant sa contribution propre. Legendre en fait trop. En fin de compte, le droit se trouve aussi peu respecté dans sa médiation propre que chez les sociologues du social et de la « légitimation » qui le confondent avec une simple technique de domination.

demander au droit, pas assez à la religion, trop à la psychanalyse, pas assez à la politique. Le droit ne sauve pas, il n'humanise pas, il n'administre pas, il n'économise aucun tracas. *Le droit ne remplace rien d'autre.* On ne le définit pas mieux lorsque, faute de pouvoir en penser le mouvement propre, on fait du procès un rituel, du tribunal un lieu symbolique, de la scène juridique une thérapie[63]. Or, le procès ne soigne pas plus qu'il ne sauve. Il est trop pâle, trop formaliste, il n'offre à l'honneur aucune satisfaction, à la souffrance aucune réparation. Pas plus qu'il ne permet de naître à l'humanité, il ne permet de mourir dignement en accomplissant le travail du deuil. Il faudrait vraiment qu'une société soit bien malade pour ne plus se soigner qu'avec le déplacement obsessionnel et l'enchaînement opiniâtre des requêtes, des arrêts et des compilations de jurisprudence. Non, décidément, il faut alléger la barque, déposer sur le rivage l'ensemble des trésors imprudemment confiés aux légistes, afin qu'ils puissent sauver du moins ce qu'ils ont en propre.

Mais, dira-t-on, s'il ne sauve ni ne soigne, s'il ne protège ni ne sanctionne, s'il n'abrite ni n'informe, que fait donc le droit ? Est-il un léger brouillard, rapidement dissipé, un jeu de l'esprit, une illusion juste bonne à légitimer les rapports de force en les couvrant de son manteau, ou alors une simple technique au service d'une ingénierie sociale qu'il faudrait considérer aussi froidement qu'un couteau de boucher ? La tentation est grande, il est vrai, de le considérer comme une technique et les juristes comme des ingénieurs de la machinerie sociale, le corps des conseillers d'État ressemblant dès lors à celui des Ponts ou des Mines. L'adjectif « technique » se dit en plusieurs sens qui peuvent, en effet, s'appliquer au droit : il s'agit d'un savoir ésotérique réservé au spécialiste ; il se trouve souvent, par rapport au cours d'action normal, dans une position subalterne, celle occupée par les techniciens qui s'occupent des moyens et non des buts ; enfin, il permet, par l'habileté, de subvertir l'ordre usuel, grâce à de subtiles innovations, ce qui permet aux ingénieurs de se rendre indispensables[64]. Mais

63 C'est pourtant ce que cherche à faire Garapon en empruntant aux ethnologues leur petit bagage de rite-mythe-symbole pour redéfinir avec talent la pratique juridique, voir A. GARAPON, *Bien juger* (1997).

64 Sur toutes ces définitions, voir le chapitre 6 de B. LATOUR, *L'Espoir de Pandore* (2001). Sur la médiation technique, voir surtout, *op. cit.* (1992) et, plus récemment, « Morale et technique : la fin des moyens » (2000).

tous ces sens n'ont rien de spécifique, car le droit manque d'être une technique au quatrième sens, le plus important : jamais il ne parvient à *plier* l'espace-temps pour remplacer ses injonctions par une *autre matière* de l'expression. La plus humble technique — cette lampe, ce cendrier, ce trombone — mêle des époques, des lieux, des matériaux totalement hétérogènes, les plie en une boîte noire unique, fait agir ceux qui l'utilisent en déviant leur cours d'action. Le droit en est incapable. C'est *la moins technique* de toutes les formes d'énonciation : jamais il ne remplace l'oralité, la textualité, la reprise laborieuse du sens par des corps d'humain. Pas plus que l'on ne peut calculer le droit en le résumant par un dispositif mécanique — comme une calculette peut remplacer le calcul mental —, pas plus on ne peut déléguer ses liens dans une autre matière pour le résumer ou l'exprimer autrement. Un coup d'œil sur le Palais-Royal suffit pour s'en convaincre : Caton en toge n'y serait pas dépaysé. En dehors de la base informatique qui permet un archivage plus commode que les tablettes de cire, pas le plus petit outillage qui permette d'accélérer l'efficacité du droit de 2001, par rapport à celui de César. On a dit que les armées de Napoléon marchaient à la même vitesse que celles d'Alexandre jusqu'à l'invention du chemin de fer qui vint bouleverser l'art de la guerre. Eh bien, aucune innovation radicale ne vient modifier l'art de dire le droit : les requêtes progressent au Palais-Royal à la même vitesse et se tricotent avec les mêmes aiguilles qu'à la Curie d'Auguste. On peut certes parler de techniques juridiques, mais le sens reste métaphorique : que l'on n'attende du Conseil aucun tableau de bord, aucun bouton à presser d'où le vice-président pourrait contrôler plus directement et plus efficacement la fabrique du droit aujourd'hui qu'hier. Non, toujours la parole lente et tortueuse, toujours l'obligation d'avaler le droit administratif arrêt après arrêt, sans raccourci, sans antisèche. Aucune accélération, aucune délégation, aucune foudroyante innovation. Encore une fois rien ne remplace le droit, sinon la ré-expression du droit lui-même. *Viva vox legis*. Pour une raison essentielle que nous allons bientôt découvrir, le droit, contrairement à la technique, ne se plie ni ne se délègue. Il n'a de sens que déplié, déployé, étalé.

Une fiction alors ? Le mot existe bien, *fictio legis*, paré de tout le prestige du droit romain. Pourtant, là encore, pour saisir le sens du mot « fiction », comme celui de « technique », il faut comparer les régimes d'énonciation et non pas seulement les emplois contradictoires de la langue usuelle. Si l'on définit la fiction comme

la capacité de *débrayer* un actant quelconque dans un autre temps, un autre espace, un autre acteur et un autre matériau — quadruple déplacement qui a fait l'objet d'études innombrables de la part des sémioticiens[65] —, alors le droit peut presque s'entendre comme le contraire de la fiction : il *répare* les dégâts créés par elle. On comprend dès lors que la *fictio legis* — voir par exemple l'épisode p. 68 — suive le chemin exactement inverse de la fiction : tandis que l'on attendrait de l'invention narrative qu'elle nous transporte dans un autre temps et un autre lieu en nous berçant par quelque « il était une fois », la fiction juridique permet au contraire le passage forcé qui rattache contre toute vraisemblance (c'est là seulement où les deux sens se rejoignent) un énonciateur à son énoncé. Un esclave sera considéré comme un homme libre, un mort comme un vivant, un fils père de son propre père, un aéroport légal, et ainsi de suite, *juste le temps que le droit passe* et que le rattachement des énoncés puisse se faire en ayant évité l'abîme du vide juridique, c'est-à-dire l'arrêt du mouvement[66]. Alors que la fiction chasse le lecteur au loin, la fiction juridique ressoude et recolle. Alors que la fiction émeut et éblouit, la fiction juridique refroidit et rassure. On pourrait esthétiser le droit, traiter le texte juridique comme une œuvre littéraire, il n'empêche que les deux régimes d'énonciation travaillent en sens contraire[67]. Le droit veut que les énoncés ne se détachent pas des énonciateurs sans laisser de trace. La fiction jouit précisément de la confusion de ces rapports devenus impossibles à retracer.

Tout se passe comme si le droit s'intéressait exclusivement à la possibilité de *réembrayer* les figures de l'énonciation en *imputant* à un locuteur ce qu'il a dit. Lier une espèce à un texte par le travail de la qualification ; rattacher un énoncé à son énonciateur par le suivi des chaînes de signatures ; authentifier un acte d'écri-

---

65 Sur le débrayage, voir A. J. Greimas, « Analyse sémiotique d'un discours juridique » (1976). Sur la fiction, la meilleure présentation reste T. Pavel, *Univers de la fiction* (1986). Sur l'énonciation inscrite dans le texte, voir le morceau de bravoure de U. Eco, *Lector in fabula* (1985). Sur le sens très particulier du mot en droit administratif, voir J.-P. Costa, *Les Fictions juridiques en droit administratif* (2000).

66 Sur tous ces exemples, voir l'article de Y. Thomas, « *Fictio Legis* » (1995).

67 Que les conseillers trouvent « jolis », « intéressants » les dossiers ne prouve pas qu'ils les esthétisent, mais qu'ils se préparent à hésiter, donc à juger, donc à faire un travail proprement juridique, comme nous l'avons vu au chapitre 4. Vu les difficultés que j'ai eues à écrire ce livre, je risquerais l'hypothèse que le droit est le seul régime d'énonciation qui soit inesthétisable…

ture ; imputer un crime au nom propre d'un humain ; relier entre eux des textes et des documents ; tracer le cheminement des énoncés ; tout le droit peut être saisi comme un effort obsessionnel pour rendre l'énonciation *assignable*. Ce que vous avez dit vous engage ; votre identité peut être prouvée par tel document d'état civil ; êtes-vous autorisé par un texte à occuper cette position ou à énoncer cette parole ? ; le sens de ces mots dépend de cet autre texte ; cette action vous est imputable ; votre acte d'écriture fait grief auprès de ces tiers ; le bordereau de réception de cet accusé de réception a bien été signé par vous. Il faut à tout prix éviter que les plans de l'énonciation se désarticulent, tâche impossible et sans fin puisque, par définition, l'acte d'énonciation multiplie les plans.

Nous touchons peut-être au point d'équilibre que ce chapitre voulait atteindre : donner suffisamment au droit pour que son existence vienne bien de l'extérieur avec une force et une efficace propres ; ne le charger de transporter aucune autre fonction que les siennes. Parler de symbole à son propos ne pourrait que l'affaiblir, on le comprend sans peine. Lorsque les sciences humaines se résignent au symbole, c'est qu'elles ont abandonné la tâche de comprendre le genre d'être particulier avec lesquels les humains entrent en relation. Dire du psychisme humain qu'il est symbolique, c'est une façon de ne plus reconnaître les êtres invisibles avec lesquels la conscience doit se débattre[68]. Dire de la religion qu'elle est symbolique, c'est avoir volontairement renoncé à doter les divins de toute forme d'ontologie pour en faire les conséquences vagues de quelque orage à l'intérieur du crâne[69]. Dire des faits scientifiques qu'ils sont symboliques, c'est reculer devant l'énorme difficulté de leur trouver leur mode si particulier d'existence, lequel n'est justement pas d'être naturel[70]. De même, dire du droit qu'il est symbolique, qu'il est une chose mentale, une production du cerveau humain, une construction sociale arbitraire, reviendrait à capituler d'entrée de jeu en renonçant à découvrir l'ontologie propre qui lui convient. Jamais les sciences sociales ne sortiront de l'impasse où leur épistémologie les a entraînées, si elles ne

68 Voir la distinction entre angoisse et frayeur chez T. NATHAN, *L'Influence qui guérit* (1994), dont la cure consiste au contraire à abandonner le symbole pour la tractation risquée avec les divinités elles-mêmes.

69 E. CLAVERIE, « Voir apparaître, regarder voir » (1991) ; A. PIETTE, *La Religion de près* (1999), dont les méthodes ont tellement renouvelé la sociologie religieuse.

70 B. LATOUR, « For Bloor and beyond » (1999).

renoncent pas au symbole afin de se colleter à l'ontologie. Les risques sont énormes, les gains aussi. On parlerait de la réalité, enfin, au lieu de ce qui la voile à jamais. Imaginons cela : des sciences sociales réalistes et non plus critiques ou sceptiques, des sciences sociales constructives et non plus prisonnières du constructivisme social, cette débilitation de l'âme.

S'il paraît si difficile de doter le droit de sa forme particulière d'ontologie, de son existence en quelque sorte objective, extérieure à toute construction sociale, indépendante de l'esprit, c'est que la place est déjà occupée par une version *exagérée* de sa présence : celle que lui confère le, ou plutôt les, théories du droit naturel. Il faudrait se doter d'ailes de colombe, d'antennes de fourmi, de pinces de crevette pour toucher assez délicatement à ces matières. Il faudrait pouvoir garder du droit naturel l'intuition juste en le vidant de sa prétention ahurissante à fonder le droit. Oui, le droit est bien extérieur aux humains ; non, il ne dit rien qui permette de lire, sous le texte altéré des hommes, le message inaltérable de la nature.

Pour pratiquer cette opération, il faut distinguer le droit d'une autre forme encore d'énonciation, celle que l'on pourrait appeler l'organisation[71]. Considérés dans leur *contenu*, les textes de droit, on l'a souvent dit, répartissent des rôles et des fonctions, attribuent des capacités, distribuent des autorités, créent de toutes pièces des entités, prévoient des procédures de recours, et ainsi de suite, couvrant par autant de *scripts* les innombrables interactions humaines — lesquelles se situent toujours, en quelque sorte, *au-dessous* de ces scripts qui leur donnent leur programme d'action, leur feuille de route. Cette fonction est en effet capitale, et l'on pourrait considérer l'ensemble du droit sous le mode de l'organisation. Et pourtant, on aurait perdu de vue le véhicule particulier du droit. Le contenu organisationnel forme un ensemble beaucoup plus vaste que les règles de droit[72]. Chaque institution, chaque firme,

---

71 La meilleure formulation des formes d'énonciation propres à l'organisation se trouvent dans J. R. Taylor, E. J. Van Every, *The Emergent Organization* (2000) et F. Cooren, *The Organizing Property of Communication* (2001).

72 C'est ce qui fait que la solution de Béchillon, pourtant tentante, de voir dans la règle un modèle de répartition des compétences ne peut pas être suffisante, D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* (1997), p. 173. D'ailleurs, pour retrouver la définition du droit, l'auteur doit ajouter, au détour d'une phrase, l'adjectif « juridique », retrouvant une fois de plus la tautologie qu'il voulait éviter mais que je crois constitutive du droit.

chaque famille, chaque individu même, produit un nombre indéfini de scripts qui servent de modèles de comportement. Or, ces scripts, ces modèles, ces répartiteurs, ces organigrammes, ces *dispatchers*, n'entraînent pas pour autant de conséquences juridiques. Seule une toute petite partie de ces scripts va donner lieu à « du droit » — et seulement en cas de contestation si leur est reconnue la possibilité de faire grief[73]. Le droit se saisit donc des scripts comme de tout le reste, à sa façon, sans pour autant s'y réduire.

Ce saisissement, ce mouvement particulier, cette obsession pour l'imputation, suffisent-ils à reconnaître l'objectivité du droit, cette certitude intime partagée par tous les juristes, même les plus hostiles au droit naturel, qu'ils manipulent une matière qui les dépasse et à laquelle ils doivent rendre des comptes, sans rien ajouter qui soit transcendant à l'humble pratique ? Est-ce assez pour reconnaître qu'il y a du droit dans le monde comme il y a des vaches et des prions, des nuages et des divinités ? Il faudrait pouvoir dire du droit qu'on le trouve en naissant. Il nous précède et nous survit. Nous habitons sa demeure. Et pourtant, il ne dit rien, n'informe sur rien, il faut faire tout le travail. D'un côté, le droit naturel correspond à une intuition indéracinable ; de l'autre, le droit naturel se trompe entièrement sur l'ontologie de la chose qu'il veut respecter. Or, si nous suivons l'hypothèse introduite dans le contraste avec la fiction, nous tenons peut-être une solution possible qui fasse saillir le contraste — le droit n'est substituable à rien — sans pour autant le charger comme un baudet. La solution serait de reconnaître que le droit est bien un mode d'exploration de l'être-en-tant-qu'autre, un mode d'existence propre, qu'il a bien son ontologie particulière, qu'il engendre de l'humain sans être lui-même fait par lui, qu'il appartient bien à la catégorie prestigieuse des « faitiches[74] ». Ce qu'il fait, aucun autre régime d'énonciation ne le fait : il garde la trace de tous les débrayages pour inlassablement rattacher, par le cheminement périlleux de la signature, de l'archive, du texte, du dossier, les énoncés à leurs énonciateurs.

---

73 C'est la très claire différence, en droit administratif, entre les mesures d'ordre intérieur, tout en bas, et les actes de gouvernement, tout en haut, qui ne peuvent faire grief alors qu'ils ont pourtant le *même contenu organisationnel* que le reste du droit, ce qui prouve assez que l'on ne peut faire de la règle de droit un modèle de comportement.

74 B. Latour, *Petite réflexion sur le culte moderne des dieux faitiches* (1996).

Mieux qu'aucun autre acte, en effet, la signature révèle la forme si particulière d'assignation du droit[75]. Le paraphe a justement pour caractère d'être tremblé, déformé, difforme parce qu'il recolle ensemble deux plans d'énonciation incompatibles dans tous les autres régimes : le locuteur inscrit dans le texte, le locuteur inassignable impliqué, sous-entendu par l'inscription, celui justement de l'énonciation que l'on ne voit, par définition, jamais. Quand on appose sa signature, on scelle par une griffe irrémédiablement déformée le seuil qu'aucune autre énonciation n'ouvre, l'abîme qu'aucune autre parole ne recouvre, la déchirure qu'aucun autre texte ne recoud. Il y dans ce petit mystère de l'assignation et de l'imputation, du rattachement des figures de l'énonciation par le fil d'araignée du droit, bien assez pour nourrir la plus vive admiration pour le travail des légistes, sans lui ajouter la charge de résoudre de plus grands mystères, sans exiger du droit qu'il soit en plus vrai, juste, légitime, moral, humain.

Nous avons essayé d'en apporter la preuve dans cet ouvrage en capturant le droit par le mouvement incessant des documents qui permettent, en cas de contestation, de constituer un litige bien formé, à condition que d'autres textes aient prévu une procédure de résolution qui, si elle est à son tour mise en cause, permette d'aller jusqu'au bout en remontant, de proche en proche, de cour en cour, de texte en texte, à la totalité des liens établis préalablement, que d'autres agents, nos chers conseillers, tentent de mettre en cohérence par un travail incessant de ravaudage, de mise à jour, d'oubli, de rectification, de codification, de commentaires, d'interprétations, afin que rien ne se perde et rien ne se crée, que tout ce qui passe inexorablement — les temps, les humains, les lieux, les biens, les arrêtés — reste attaché par un fil continu de façon à ce que la sécurité juridique serve de filet à tous les requérants potentiels, pour que les humains puissent chacun profiter de la force de tous… La phrase est longue, inrésumable, mais n'a-t-elle pas conservé les caractères essentiels de ce qu'il importe de confier au véhicule particulier du droit ? Oui, le droit est formel, mais il a bien comme réalité propre de *précéder* tout énonciateur, tout humain parlant, dont il accompagne en effet tous les bouleversants débrayages, toutes les fabuleuses fictions, toutes les audacieuses organisations, par un travail aussi peu bouleversant, aussi

75 Si bien analysée par B. FRAENKEL, *La Signature* (1992).

peu fabuleux, aussi peu audacieux que possible et qui rattache, conserve, relie, assigne, retrace. Inutile pour le célébrer de faire jouer les grandes orgues de la nature, de la religion, de l'État. Le droit attache déjà bien assez de totalité pour qu'on ne lui attache pas en plus toutes ces casseroles qui font un infernal tintamarre. Non, sa musique est plus discrète. On ne serait pas humain sans elle. Sans elle, *on aurait perdu la trace de ce que l'on a dit*. Les énoncés flotteraient sans jamais pouvoir retrouver leurs énonciateurs. Rien ne lierait ensemble l'espace-temps en un continuum. On ne retrouverait pas la trace de nos actions. On n'imputerait pas de responsabilité. N'est-ce pas suffisant pour se présenter dignement devant les autres peuples ? Pour leur demander de respecter notre État de droit ?

Bibliographie

ABELÈS, Marc (2000), *Un ethnologue à l'Assemblée*, Odile Jacob, Paris.

ALDER, Ken (2001), « Les tours et détours du détecteur de mensonge », *La Recherche*, n° 341, avril.

AMSELEK, Paul (1987), « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, n° 6, p. 131-141.

ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE [dir.] (1992), *La Justice en ses temples, Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Brissaud, Poitiers.

ATIAS, Christian (1993), *Science des légistes, savoir des juristes*, Presses de l'université Aix-Marseille, Aix-en-Provence.

ATIAS, Christian (1999), *Philosophie du droit*, PUF, Paris.

AUGÉ, Marc (1994), *Pour une anthropologie des mondes contemporains*, Aubier, Paris.

AUSTIN, J. L. (1970), *Quand dire, c'est faire*, Seuil, Paris.

BAKER, Keith (1987), « Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime », *Annales ESC*, n° 1, p. 47-71.

BANCAUD, Alain (1989), « Une "constance mobile" : la haute magistrature », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 76-77, p. 30-48.

BASTIDE, F., CALLON, M. *et al.* (1989), « The Use of Review Articles in the Analysis of a Research Area », *Scientometrics*, 15-5-6, p. 535-562.

BÉCHILLON, Denys de (1994), « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 32, p. 81-125.

BÉCHILLON, Denys de (1995), « La valeur anthropologique du Droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, p. 835-859.

BÉCHILLON, Denys de (1997), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris.

BERRE, Hughes Le (1999), *Les Revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VII à 1998*, LGDJ, Paris.

BOLTANSKI, Luc (1984), « La dénonciation », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 51, p. 1-39.

BOLTANSKI, Luc (1990), *L'Amour et la justice comme compétences*, A.-M. Métailié, Paris.

BOURCIER, D., MACKAY, P. [dir.] (1992), *Lire le droit ; langue, texte, cognition*, LGDJ, Paris.

BOURCIER, Danièle et THOMASSET, Claude [dir.] (1996), *L'Écriture du droit, Législation et technologie de l'information*, Diderot Multimédia, Paris.

BOURDIEU, Pierre (1986), « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales,* n° 64, p. 3-19.

BOURDIEU, Pierre (1997), « De la maison du Roi à la raison d'État », *Actes de la recherche en sciences sociales,* n° 118, p. 55-68.

BOUREAU, Alain (2001), *La Loi du royaume, Les moines, le droit et la construction de la nation anglaise, XIe-XIIIe siècle*, Les Belles Lettres, Paris.

BRAIBANT, Guy (1992), *Le Droit administratif français*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, Paris.

BUI-XUAN, Olivia (2000), *Les Femmes au Conseil d'État*, L'Harmattan, Paris.

BURDEAU, François (1995), *Histoire du droit administratif. De la Révolution au début des années 1970*, PUF, Paris.

CALLON, Michel [dir.] (1998), *The Laws of the Market*, Blackwell, Oxford.

CALLON, Michel (1999), « Ni intellectuel engagé, ni intellectuel dégagé : la double stratégie de l'attachement et du détachement », *Sociologie du travail,* n° 1, p. 1-13.

CALLON, Michel, COURTIAL, Jean-Pierre *et al.* (1993), *La Scientométrie*, PUF, Paris.

CALLON, Michel, LASCOUMES, Pierre *et al.* (2001), *Agir dans un monde incertain, Essai sur la démocratie technique*, Seuil, Paris.

CAMBROSIO, Alberto, LIMOGES, Camille *et al.* (1990), « Representing Biotechnology : an Ethnography of Quebec Science Policy », *Social Studies of Science*, n° 20, p. 195-227.

CARBONNIER, Jean (1998), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9e édition, LGDJ, Paris.

CASSIN, Barbara (1995), *L'Effet sophistique*, Gallimard, Paris.

CAYLA, Olivier (1993), « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n° 18, p. 4-17.

CAYLA, Olivier (1998), « L'inexprimable nature de l'agent public », *Enquête,* n° 7, p. 75-97.

CAYLA, Olivier (1998), « Le coup d'État de droit ? », *Le Débat*, n° 100, p. 108-132.

CAYLA, Olivier, THOMAS Yan (2002), *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, Paris.

CHARVOLIN, Florian (1993), *L'Invention de l'environnement en France (1960-1971), Les pratiques documentaires d'agrégation à l'origine du ministère de la Protection de la nature et de l'Environnement*, thèse de doctorat, École nationale supérieure des mines de Paris, Paris.

CHEVALIER, J. (1994), *Science administrative*, tome I, PUF, Paris.

CLAVERIE, Élizabeth (1991), « Voir apparaître, regarder voir », *Raisons pratiques*, n° 2, p. 1-19.

CLAVERIE, Élizabeth (1992), « Sainte indignation contre indignation éclairée, l'affaire du Chevalier de La Barre », *Ethnologie française*, 22 (3), p. 271-289.

COLCOMBET, François (1999), « Rapport fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi, adopté par le Sénat, relatif au référé devant les juridictions administratives », Assemblée nationale (2002).

COLLECTIF (2001), *Deuxième centenaire du Conseil d'État*, deux volumes spéciaux de la *Revue administrative*, PUF, Paris.

COLLINS, Harry, KUSCH, Martin (1998), *The Shape of Actions, What Human and Machines Can Do*, MIT Press, Cambridge, Mass.

COOREN, François (2001), *The Organizing Property of Communication*, John Benjamins Pub C°, New York.

COSTA, Jean-Paul (1993), *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, Economica, Paris.

COSTA, Delphine (2000), *Les Fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, Paris.

DAGOGNET, François (1974), *Écriture et iconographie*, Vrin, Paris.

DEBRAY, Régis (1996), *Loués soient nos seigneurs. Une éducation politique*, Gallimard, Paris.

DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud (1995), « La réforme du droit de la nationalité ou la mise en forme juridique d'un virage politique », *Politix*, n° 32, p. 154-171.

DEGUERGUE, Maryse (1994), « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Droits*, n° 20, p. 125-132.

DESCOLA, Philippe et PALSSON, Gisli [dir.] (1996), *Nature and Society, Anthropological Perspectives*, Routledge, Londres.

DUPRET, Baudoin (2001), « Le droit en action en contexte. Ethnométhodologie et analyse de conversation dans la recherche juridique », dossier coordonné par B. Dupret, *Droit et société*, n° 48.

ECO, Umberto (1985), *Lector in fabula. Le rôle du lecteur ou la coopération interprétative dans les textes narratifs*, Grasset, Paris.

EISENSTEIN, Elizabeth (1991), *La Révolution de l'imprimé dans l'Europe des premiers temps modernes*, La Découverte, Paris.

EWALD, François (1986), « Une expérience foucaldienne : les principes généraux du droit », *Critique*, n° 471-472, p. 788-793.

FAVEREAU, Olivier (2001), « L'économie du sociologue ou penser (l'orthodoxie) à partir de Pierre Bourdieu », *in* Bernard LAHIRE, *Le Travail sociologique de Pierre Bourdieu. Dettes et critiques*, édition revue et augmentée, La Découverte, Paris, coll. « Poches/Sciences humaines et sociales », p. 255-314.

FOUCAULT, Michel (1975), *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris.

FRAENKEL, Béatrice (1992), *La Signature. Genèse d'un signe*, Gallimard, Paris.

FREEDMAN, Charles E. (1961), *The Conseil d'État in Modern France*, Columbia University Press, New York.

GALISON, Peter (1997), *Image and Logic. A Material Culture of Microphysics*, The University of Chicago Press, Chicago.

GALISON, Peter (2000), « Einstein's Clocks : the Place of Time », *Critical Enquiry*, hiver 2000, p. 355-389.

GALISON, Peter, THOMPSON, Emily [dir.] (1999), *The Architecture of Science*, MIT Press, Cambridge, Mass.

GARAPON, Antoine (1997), *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, Paris.

GEISON, Gerald L. (1995), *The Private Science of Louis Pasteur*, Princeton University Press, Princeton.

GOODY, Jack (1986), *La Logique de l'écriture*, Armand Colin, Paris.

GRAMAGLIA, Christelle (2002), La revue *TOS*, numéro anniversaire, p. 3-7 et thèse de doctorat en cours.

GREIMAS, A. J. (1976), « Analyse sémiotique d'un discours juridique », *Sémiotique et sciences sociales*, Seuil, Paris, p. 79-128.

GREIMAS, A. J., COURTÈS, J. [dir.] (1979), *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*, Hachette, Paris.

HACKING, Ian (1989), *Concevoir et expérimenter. Thèmes introductifs à la philosophie des sciences expérimentales*, Christian Bourgois, Paris.

HARLOW, Carol (1977-1978) « Légalité, illégalité et responsabilité de la puissance publique en Angleterre », *Études et documents*, n° 29, p. 335-354.

HARLOW, Carol (2000), « "La Huronne au Palais-Royal" or a Naive Perspective on Administrative Law », *Journal of Law and Society* 27 (2), p. 322-327.

HART, H.L.A, ([1961] 1976), *Le Concept de droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles.

HEINICH, Nathalie (1995), « Les colonnes de Buren au Palais-Royal. Ethnographie d'une affaire », *Ethnologie française*, 25 (4), p. 525-540.

HERMITTE, Marie-Angèle (1996), *Le Sang et le Droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, Paris.

HERMITTE, Marie-Angèle (1997), « L'expertise scientifique à finalité de décision politique », *Justices*, n° 8, 4e trimestre, octobre-décembre, p. 79-103.

HERMITTE, Marie-Angèle (1998), « Le droit est un autre monde », *Enquête anthropologie, histoire, sociologie*, n° 7, p. 17-38.

HOLMES, Oliver (1897), « The Path of Law », *The Harvard Law Review*, n° 10, p. 457-478.

HUTCHINS, Edward (1980), *Culture and Inference. A Trobriand Case Study*, Harvard University Press, Cambridge.

HUTCHINS, Edward (1994), « Comment le cockpit se souvient de ses vitesses », *Sociologie du travail*, n° 4, p. 451-474.

HUTCHINS, Edward (1995), *Cognition in the Wild*, MIT Press, Cambridge, Mass..

JACOB, Christian (1992), *L'Empire des cartes. Approche théorique de la cartographie à travers l'histoire*, Albin Michel, Paris.

JACOB, Robert (1994), *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'Âge classique*, Le Léopard d'Or, Paris.

JAMES, William (1907 [1975]), *Pragmatism. A New Name for Some Old Ways of Thinking* suivi de *The Meaning of Truth*, Harvard University Press, Cambridge Mass.

JASANOFF, Sheila (1990), *The Fifth Branch : Science Advisers as Policymakers*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

JASANOFF, Sheila (1992), « What Judges Should Know About the Sociology of Science », *Jurimetrics Journal*, n° 32, p. 345-359.

JASANOFF, Sheila (1995), *Science at the Bar, Law, Science and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

JEANNEAU, B. (1962), « La nature des principes généraux du droit en droit français », *Travaux de l'institut de droit comparé*, XXIII.

JONES, Carrie et GALISON, Peter [dir.], (1998), *Picturing Science, Producing Art*, Routledge, Londres.

JURDANT, Baudoin [dir.] (1998), *Impostures intellectuelles. Les malentendus de l'affaire Sokal*, La Découverte, Paris.

KANT, Emmanuel (1787 [1905]), *Critique de la raison pure*, traduction Tremesaygues et Pacaud, Félix Alcan, Paris.

KARPIK, Lucien (1997), « L'avancée politique de la justice », *Le Débat*, n° 97, p. 90-107.

KESSLER, Marie-Christine (1968), *Le Conseil d'État*, Armand Colin, Paris.

KNORR-CETINA, Karin (1999), *Epistemic Cultures, How the Sciences Make Knowledge*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

KUHN, Thomas (1983), *La Structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, Paris.

KUPIEC, Jean-Jacques, SONIGO Pierre (2000), *Ni Dieu ni gène*, Seuil, Paris, collection « Science ouverte ».

LANDOWSKI, Eric (1988), « Vérité et vérédiction en droit », *Droit et société*, n° 8, p. 45-59.

LASCOUMES, Pierre (1989), *Au nom de l'ordre. Histoire politique du Code pénal*, Hachette, Paris.

LATOUR, Bruno (1989), *La Science en action*, La Découverte, Paris.

LATOUR, Bruno (1991), *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, La Découverte, Paris.

LATOUR, Bruno (1992), *Aramis, ou l'amour des techniques*, La Découverte, Paris.

LATOUR, Bruno (1996), *Petite réflexion sur le culte moderne des dieux faitiches*, Les Empêcheurs de penser en rond, Paris.

LATOUR, Bruno (1999), « For Bloor and beyond — a Response to David Bloor's "Anti-Latour" », *Studies in History and Philosophy of Science*, 30 (1), p. 113-129.

LATOUR, Bruno (1999), *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, La Découverte, Paris.

LATOUR, Bruno (2000), « Morale et technique : la fin des moyens », *Réseaux*, n° 100, p. 39-58.

LATOUR, Bruno (2001), *L'Espoir de Pandore. Pour une version réaliste de l'activité scientifique*, La Découverte, Paris.

LATOUR, Bruno (2002a), « Et si l'on parlait un peu politique ? », *Politix*.

LATOUR, Bruno (2002b), « Guerre des mondes — offre de paix », *Ethnopsy-les mondes contemporains de la guérison*, n° 4, avril, p. 61-80.

LATOUR, Bruno (2002c), *Jubiler ou les tourments de la parole religieuse*, Les Empêcheurs de penser en rond, Paris.

LATOUR, Bruno ([2002d] 1984), *Les Microbes. Guerre et Paix* suivi de *Irreductions*, A.-M, Métailié, Paris, coll. « Pandore » ; réédition poche, *Pasteur : guerre et paix des microbes* suivi de *Irréductions*, La Découverte, Paris, 2001.

LATOUR, Bruno, DE NOBLET, Jocelyn [dir.] (1985), *Les « Vues » de l'esprit. Visualisation et connaissance scientifique*, Culture technique, Paris.

LATOUR, Bruno et WOOLGAR, Steve (1988), *La Vie de laboratoire*, La Découverte, Paris.

LEBON, Jean (1990), *Meurtre au Conseil d'État*, Calmann-Lévy, Paris.

LEGENDRE, Pierre (1975), « Prestance du Conseil d'État (à propos d'un livre récent) », *Revue historique du droit français et étranger*, octobre-décembre, p. 630-634.

LEGENDRE, Pierre (1983), *L'Empire de la vérité, Introduction aux espaces dogmatiques industriels (Leçons II)*, Fayard, Paris.

LEGENDRE, Pierre (1992), *Trésor historique de l'État en France, L'administration classique*, Fayard, Paris.

LEGENDRE, Pierre (1998), *Leçons I, La 901e conclusion. Étude sur le théâtre de la raison*, Fayard, Paris.

LEGENDRE, Pierre (1999), *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, Paris.

LEWONTIN, Richard (2000), *The Triple Helix, Gene, Organism and Environment*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

LICOPPE, Christian (1996), *La Formation de la pratique scientifique. Le discours de l'expérience en France et en Angleterre (1630-1820)*, La Découverte, Paris.

LONG, Marceau, WEIL, Prosper *et al.*, (1999), *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris.

LUHMANN, Niklas (1985), *A Sociological Theory of Law*, Routledge, London.

LYNCH, Michael (1988), « Sacrifice and the Transformation of the Animal Body into a Scientific Object : Laboratory Culture and Ritual Practice in Neuroscience », *Social Studies of Science*, n° 18, p. 265-289.

LYNCH, Michael, MCNALLY, Ruth (1999), « Science, Common Sense and Common Law : Courtroom Inquiries and the Public Understanding of Science », *Social Epistemology*, 13 (2), p. 183-196.

LYNCH, Mike, WOOLGAR, Steve [dir.] (1990), *Representation in Scientific Practice*, MIT Press, Cambridge, Mass.

MALLARD, Alexandre (1998), « Compare, Standardize and Setlle Agreement : On some Usual Metrological Problems », *Social Studies of Science*, n° 28, p. 571-601.

MALTZMANN, Forrest, SPRIGGS, James F. *et al.* (2000), *Crafting Law on the Supreme Court, The Collegial Game*, Cambridge University Press, Cambridge.

MASSOT, Jean (1999), *Le Conseil d'État. De l'An VIII à nos jours. Livre jubilaire du deuxième centenaire*, catalogue de l'exposition, Société nouvelle Adam Biro, Paris.

MASSOT, Jean, GIRARDOT, Thierry (1999), *Le Conseil d'État*, La Documentation française, Paris.

MCEVOY, Sebastian (1995), *L'Invention défensive*, Métailié, Paris.

MERCIER, Michel (1991), « Les images de microscopie électronique ; construire un réel invisible », *Culture technique*, n° 22, p. 25-34.

MOGOUTOV, Andrei (1998), « Données relationnelles en sciences sociales : essai de minimalisme méthodologique », *Pratiques de formation*, Université de Paris-VIII, p. 141-148. Voir le site < www.aguidel.com >.

MYERS, Greg (1990), *Writing Biology, Texts and the Social Construction of Scientific Knowledge* ?, The University of Wisconsin Press, Madison.

NATHAN, Tobie (1994), *L'Influence qui guérit*, Odile Jacob, Paris.

OPHIR, Adi, SHAPIN, Steven (1990), « The Place of Knowledge : A Methodological Survey », *Science in Context*, 4 (1), p. 3-21.

PAVEL, Thomas (1986), *Univers de la fiction*, Seuil, Paris.

PERELMAN, Chaim, (1968), *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, Bruxelles.

PIETTE, Albert (1999), *La Religion de près. L'activité religieuse en train de se faire*, Métailié, Paris.

POOVEY, Mary (1999), *History of the Modern Fact, Problems of Knowledge in the Sciences of Wealth and Society*, Chicago University Press, Chicago.

RAINAUD, Nicolas (1996), *Le Commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, LGDJ, Paris.

RICHARDS, Thomas (1993), *The Imperial Archive*, Routledge, Londres.

RIVERO, Jean (1962), « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Recueil Dalloz*, p. 37-40.

ROQUEMAUREL, Josselin de (1997), *Les Membres du Conseil d'État et les entreprises (1945-1994)*, maîtrise d'histoire contemporaine, Université de Paris-IV, Paris.

ROQUEPLO, Philippe (1990), « Regards sur la complexité du pouvoir. Enquête dans les cabinets ministériels », *Annales des Mines*, juin, p. 4-30.

ROSENTAL, Claude (1996), *L'Émergence d'un théorème logique. Une approche sociologique des pratiques contemporaines de démonstration*, École nationale supérieure des mines de Paris, thèse de sociologie.

ROULAND, N. (1991), *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Odile Jacob, Paris.

SCHÜTZ, Anton (1992), « Saint Augustin, l'État et la "bande de brigands" », *Droits*, n°16, p. 71-82.

SERRES, Michel (1987), *Statues*, François Bourin, Paris.

SERVERIN, Evelyn (2000), *Sociologie du droit*, La Découverte, Paris.

SHAPIN, Steven (1992), « Discipline and Bounding : The History and Sociology of Science as Seen Through the Externalism Debate », *History of Science*, n° 30, p. 334-369.

SHAPIN, Steven, SCHAFFER, Simon (1993), *Le Léviathan et la pompe à air — Hobbes et Boyle entre science et politique*, La Découverte, Paris.

SHAPIRO, Barbara (1991), « "Beyond Reasonable Doubt" and "Probable Cause" : Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence », University of California Press, Berkeley.

SMITH, Crosbie, WISE, Norton (1989), *Energy and Empire, A Biographical Study of Lord Kelvin*, Cambridge University Press, Cambridge.

SMOLLA, Rodney A, (1995), *A Year in the Life of the Supreme Court*, Duke University Press, Durham.

STENGERS, Isabelle (1993), *L'Invention des sciences modernes*, La Découverte, Paris.

STENGERS, Isabelle (1997), *Cosmopolitiques — tome VII : pour en finir avec la tolérance*, La Découverte/Les Empêcheurs de penser en rond, Paris.

STIRN, Bernard (1991), *Le Conseil d'État, son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, Paris.

STRATHERN, Marylin (1999), *Property, Substance and Effect : Anthropological Essays in Persons and Things*, Athlone Press, Londres.

SUCHMAN, Lucy (1987), *Plans and Situated Actions, The Problem of Human Machine*, Cambridge University Press, Cambridge.

TARDE, Gabriel (1893 [1994]), *Les Transformations du droit. Étude sociologique*, Berg International, Genève.

TARDE, Gabriel (1999 réédition), *Monadologie et sociologie*, Les Empêcheurs de penser en rond, Paris.

TAYLOR, James R., VAN EVERY, Elizabeth J., (2000), *The Emergent Organization, Communication as Its Site and Surface*, Lawrence Erlbaum Associates, Publishers, Londres.

THÉVENOT, Laurent (1993), « Essai sur les objets usuels, Propriétés, fonctions, usages », *Raison pratique — Les objets dans l'action*, n° 4, p. 85-114.

THOMAS, Yan (1980), « *Res*, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *Archives de philosophie du droit*, n° 25, p. 413-426.

THOMAS, Yan (1974), « La langue du droit romain, problèmes et méthodes », *Archives de philosophie du droit,* n° 19, p. 104-125.

THOMAS, Yan (1993), « L'institution civile de la cité », *Le Débat*, n° 74, p. 23-44.

THOMAS, Yan (1995), « *Fictio Legis.* L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits,* n° 21, p. 17-63.

TOCQUEVILLE, Alexis de ([1835] 1986), *De la démocratie en Amérique*, chapitre VI, *Œuvres complètes*, Gallimard, Paris, t. 1, p. 106.

TRAVERS, Max, MANZO, John (1997), *Law in Action : Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Dartmouth Publishing Co., Ltd, Darthmouth.

TRAWEEK, Sharon (1988), *Beam Times and Life Times. The World of High Energy Physicists*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

VAN LANG, Agathe, GONDOUIN, Geneviève *et al.* (1999), *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Colin, Paris.

WELLER, Jean-Marc (1999), *L'État au guichet*, Desclée de Brouwer.

WISE, Norton [dir.] (1995), *The Values of Precision and Exactitude*, Princeton University Press, Princeton.

Index raisonné

(les entrées en gras désignent la page où sont définis pour la première fois les termes inusités)

A

Abelès, Marc, 263
acte d'écriture, 84, 214, 235 et ss
acte de gouvernement, 175
administration, 24
– bonne administration, 36, 68 et ss
– administration active, 39, 70, 123 et ss,
– conflit avec administration, 54
affaires, 85, 219, 256
Alder, Ken, 216
Amselek, Paul, 209
Ancien Régime, 47 et ss, 51
annulation, par opposition à rejet, **37**, 102, 182
anthropologie des sciences, chap. 5
– comparaison avec droit, 265
– anthropologie du droit, chap. 6
– anthropologie symétrique, 263 et ss
architecture, 46
archive, 116
ARIANE, **86**, 99, 116
arrêt., 23, 116, 177, **253**
– arrêt de rejet, 145
– arrêt d'Assemblée, **23**
– arrêt de Section, **23**
Assemblée du Contentieux, **23**, **70**, 167, 173
Assemblée générale du Conseil d'État, **70** et ss
assesseurs, **32**
atelier d'écriture, 57, 69 et ss, 214
Atias, Christian, 271, 273, 283
auditeur, **124**
Augé, Marc, 265
Austin, J. L., 237
autonomie du droit, 134, 272 et ss, 283
avis, 64, 269
avocats, 17, **21**, 52, 85, 150, 156

B

Baker, Keith, 48
balance de la justice, 162 (voir aussi hésitation)
Bancaud, Alain, 46, 197
Bastide, Françoise, 222, 230
Bechillon, Denys de, 166, 254, 266, 274, 278, 289, 296
Berre, Hughes Le, 16, 258
bleu de Matignon, **56**
Boltanski, Luc, 86, 285
Bonaparte, Napoléon, 13, 24, 38, 40, 46, 51, 65, 133, 175, 190, 269
Bourcier, Danièle, 84
Bourdieu, Pierre, 43, 152, 277
Boureau, Alain, 85, 173
Braibant, Guy, 99, 131, 253
Bui-Xuan, Olivia, 15, 125
Burdeau, François, 15

C

Callon, Michel, 193, 214, 222, 230, 252, 256, 265, 267
Cambrosio, Alberto, 83
Carbonnier, Jean, 69, 274, 284
carrière, chap. 3
– profils de, 131 et ss
Cassin, Barbara, 174
Cayla, Olivier, 46, 104, 227, 243, 254, 279
Charvolin, Florian, 84
chemise, 83 et ss, 116
Chevalier, J, 15
Chirac, Jacques, 44, 48, 123, 175
chose, 217, 256
chroniqueurs, **116** et ss, **177** et ss, 197
classement, 245 et ss
Claverie, Elizabeth, 48, 85, 295
Code, 24, 99
Colcombet, François, 52, 268
Collins, Harry, 289
commissaire du gouvernement (au sens 1), **17**, 42, **105**, **229** et ss, ne pas confondre avec **55-56**
commissaire du gouvernement (au sens 2 appelé commis du gouvernement), ne pas confondre avec **55-56**, 64, 66, 70
Commission d'admission des pourvois en cassation, **20**
communiquer, **191**
conclusions, du commissaire de gouvernement, **18**, 30, 229
conditions de félicité, 141 et chap. 4, 273
connaissance acquise, 184
conseil, 71, 75
Conseil d'État
– juge de première instance, d'appel et de cassation, 20
– présentation des fonctions, chap. 1
– suivi des dossiers du contentieux, chap. 2
– dynamique du corps, chap. 3
– suivi des séances d'instruction, chap. 4
– utilité et crise, 268
Conseil constitutionnel, 24, 46, **47**, 75
conseillers, **48**, **124**
Conseils du Roi, **48**
considérant, **100**
construction, constructif, 172, 175, 197, 206, 251
– construction sociale, 254
Contentieux, par opposition à Sections administratives 17, **74**, (voir aussi Sections administratives)
contexte, 171, 277 et ss
contradictoire, **35**, 108, 160
contrat, droit des contrats par opposition à acte unilatéral, **182** et ss
contrôle, **24**, entier ou restreint **24**, **107**
Cooren, François, 296
corps, corpus virtuel du droit administratif, 25, 27, 98, 117, 176, 181, 187, 198 et ss, 231
corps des conseillers, dynamique du, chap. 3
Costa, Jean-Paul, 15, 294
Cour de cassation, 45 et ss
cours suprêmes, 44
Courtès, 141

D

Dagognet, François, 237
Daubert, 216
de Geouffre de la Pradelle, 153
Debray, Regis, 133, 268, 269

déclaration d'utilité publique (DUP), 62, 105 et ss
décrets, 57
de Gaulle, général, 40
déféré préfectoral, 197
Deguergue, Maryse, 16, 23
délibéré, **30**, 115, secret du délibéré, 178
départageur, **47**
déporter, se déporter, **168**
désaccords du commissaire du gouvernement, **33** et ss
Descola, Philippe, 263
désintéressement, 108, 212, 218
deuxième centenaire, 11 et ss
dispositif, **100**, 102, 145
doctrine, 23, **26**, 132, 199
dossiers, suivi des 31, 61, 201, **chap. 2**
– limite des dossiers, 160, 241
– comparaison avec texte scientifique, 242
droit, passage du droit, chap. 4
– droit et science, chap. 5
– droit et technologie, 211 et ss, **292** et ss
– droit et politique, 290
– droit et religion, 291
– droit et fiction, 293 et ss
– droit et organisation, 296 et ss
droit administratif (voir judiciaire)
droit judiciaire (voir judiciaire)
Dupret, Baudoin, 272

E

Eco, Umberto, 294
effort, 75, 106, 111 et ss
Eisenstein, Elizabeth, 235
ENA, école nationale d'administration, 122 et ss, 129
énonciation juridique, 153, 200, **294**
– comparaison avec science, 249
– définition, chap. 6
épistémologie, 153
éponymie, 247
erreur de droit, p. 29
espèce, **27**
État, 37
– conflits avec, 41
– pouvoirs de l'État, 163 et ss
– crise de l'État, 268
études d'impact, 76
éventail des possibles, 127 et ss
évocation, évoquer, **28**
Ewald, François, 180, 253
expérience, 213 et ss, 251, 256
expert, **216** et ss, **252**

F

fait, 155, chap.5, 226, 295
– inversion entre science et droit, **250** et ss,
Favereau, Olivier, 153, 277, 283
fiche verte, **114** et ss, 226
fiction juridique, 65, 68, 253, 293
force, du droit, 51, 53 et ss, 153, 164 et ss, 172
formalisme, 38, 42, 108, **153**, **181**
forme, mise en forme, 88, **153**
formation de jugement, 170, **231** et ss, hiérarchie des formations, 144, 167, 186
Foucault, Michel, 217
Fournier Jacques, 132
Fraenkel, Béatrice, 43, 84, 298
Freedman, Charles E, 267

G

Galison, Peter, 210, 237, 238, 263, 279
Garapon, Antoine, 49, 104, 252, 285, 287, 292
Genevois, Bruno, 132

Geison, Gerald, 216
Girardot, 101, 125, 126
Goody, Jack, 84
Gramaglia, Christelle, 86
greffe, **86** et ss
Greimas, A.J., 141, 151, 273, 278, 294
grief, faire grief, **190**

H

habeas corpus, 44, 52
Hacking, Ian, 234
Harlow, Carol, 267
Hart, H.L.A., 254, 276, 290
Heinich, Nathalie, 32
Hermitte, Marie-Angèle, 20, 224, 256, 284
hésitation, 104, 108, 111, 161, 189, 202, 230
hiérarchie
– du Conseil, 121
– des normes, 166
Holmes, Oliver, 223
homéostasie du droit, 248
Hutchins, Edward, 140

I

inamovibilité, **121**
interprétation, 21
intertextualité, 97, 105, 194 et ss

J

Jacob, Christian, 242
Jacob, Robert, 162, 210
James, William, 103
Jasanoff, Sheila, 216, 252
Jeanneau, B, 180,
Jones, Carrie, 237
judiciaire
– par opposition à administratif 13, **19**, 39, **46**, 50 et ss, **91**, **123**, 157, 179, 270
– juger, 112
– juger le droit lui-même, 181
– bien juger, 193
juge administratif, 35
Jurdant, Baudoin, 266
jurisprudence, 149, 191, 197 et ss
jusnaturalistes, 274 et ss
justice déléguée, justice retenue, **44** et ss

K

Kant, Emmanuel, 228, 256
Karpik, Lucien, 270
Kelsen, Hans, 274
Kessler, Marie-Christine, 14, 45, 74, 131, 180, 268
Knorr-Cetina, Karin, 222, 263
Kuhn, Thomas, 258
Kupiec, Jean-Jacques, 283

L

laboratoire, comparaison avec cour, **209** et ss, 220, 233
Landowski, Eric, 111
Lascoumes, Pierre, 252, 256, 272
Latour, Bruno, 103, 140, 204, 211, 219, 234, 238, 240, 256, 263, 278, 290, 297
Law Lords, **40**
Lebon, recueil, **22**, 86, 99, **116** et ss, 193
Lebon, Jean, 16
Legendre, Pierre,14, 55, 84, 235, 284, 291
légitimation, 152, 179
Lewontin, Richard, 283
Licoppe, Christian, 222, 238
Limoges, Camille, 84
Long, Marceau, 62, 180, 185,
Luhmann, Niklas, 274, 282 et ss
Lynch, Michael, 215, 216, 217

M

maître des requêtes, **124**
Mallard, Alexandre, 211
Maltzmann, Forrest, 223
Manzo, 271
Martin, Henri, 69
Massot, Jean, 15, 21, 40, 76, 101, 125, 126
matters of fact, 218, 255
McEvoy, Sebastian, 140
méthode (de l'ethnographie), 16, 83, 139, 154, 204 et ss, **261** et ss, chap. 6, 268
Mercier, Michel, 240
Mitterand, François, 44, 123, 133
minute, **115**
miroitement, 170
Mogoutov, Andrei, 127
Monde, journal le 44 et ss
Monnier, 15
moyen, 20, 42, 54, 59, 75, 101, 142, **163**, 174, 247, 279
– inopérant, 102, 155
– moyen qui devient opérant, 183 et ss
moyens d'ordre public, **36**, 75
Myers, Greg, 215

N

nature, 262
– droit naturel, 274 et ss
Nathan, Tobie, 295
note, **34**, **99** et ss
notification, **115** et ss

O

objectivité du droit, 201, 251, 266
– par opposition à objectité, **250** et ss, 255
objets de valeurs, 141 et chap. 4, **150**
– liste des objets de valeur, 203,
obligation, **234** et ss, 250 et ss
occidentalisme, p. 262
Office of Legal Council, **40**
Ophir, Adi, 210
ordre du tableau, chap. 3

P

Palais Royal, 12 et ss
Palsson, Gisli, 263
paratexte, 117
Parrel (affaire), 99 et ss
passage du droit, 68, 102 et ss, 141 et chap.4
Perelman, Chaim, 140
personnel administratif, 90
Piette, Albert, 295
Pignon-Ernest, 12
plan d'instruction, 92
police, pouvoir de, 24
Poovey, Mary, 219, 227, 256
positivisme juridique, 223, 274 et ss
poste de travail, **97** et ss
précédents, 21, 147
préjugés, 158
Président de Section, 13, **55**, 71
président de sous-section, **32**, **55**, 126
président du Contentieux, 71, 95, 104,
preuve, 111, 156
principe général du droit, 99, 180
procédure, 19, 96, **103**, 201, 226, et ss
procédurier, 42, 169
production, **35**, **87**
projet de jugement, **33**, 34, **104**, 115,
projet du gouvernement, **56** et ss
projet du rapporteur, **56** et ss
projets de lois et de décrets, **55**

Q

qualification, 21, 104, 245
Questiaux, Nicole, 132

R

Rainaud, Nicolas, 17, 230
raison d'État, 42
raisonnement, 140 et ss
rapporteur des Sections administratives, **56** et ss, 76
rapporteur, **34**, **99** et ss, **223** et ss
référé, 51 et ss
références, chaînes référentielles, 22, **234** et ss
règle de droit, 159, 289 et ss,
rejet, par opposition à annulation, 37
requérant, **86**, 165, 213
requête introductive d'instance, 85
Réseaux-Lus™, 135
revirement de jurisprudence, 19, 115, 200, 231, 258
réviseur, **104** et ss, **225** et ss,
révolution, 196, 258
Richards, Thomas, 84
risque contentieux, 58, 61, 64, 79
Rivero, Jean, 261
Roquemaurel, Josselin, 15, 136
Roqueplo, Philippe, 84
Rosental, Claude, 174
Rouland, N., 267, 291

S

salle d'instruction, 32 et ss, 220
Schaffer, Simon, 219, 255
Schramek, Olivier, 133
Schütz, Anton, 276
science et droit, chap. 5
scientométrie, 193
séance d'instruction, **32** et ss,154, 200
séances d'instruction,104
secrétaire de la sous-section, **32**, **93** et ss
secrétaire général du Conseil d'État, 74, 122
Secrétariat général du gouvernement, **34** et ss, 174
Sections administratives
– par opposition à Contentieux, 17, 68, 74 et ss
– liens avec le contentieux, 40, **58** et ss, 172
sécurité juridique, 189, 197, 248
sémiotique, 84, 151, 201, 271
séparation des pouvoirs, **53**
Serres, Michel, 257
Serverin, Evelyn, 281
Service de documentation, 107, **116** et ss
Service des analyses, **90**, 246
Service des notifications, **115**
Shapin, Steven, 210, 219, 255, 278
Shapiro, Barbara, 216
signature, 34 et ss,298
SILLAGE, **115**
SKIPPER, 95, 115,
Smith, Crosbie, 279
Smolla, Rodney A., 223
sociologie critique, 152, 277 et ss
sociologie du droit, 277 et ss, 281,
Sonigo, Pierre 283
sous-section, **18**, 23
sous-section jugeant seule, **23**, 104, **146**
sous-sections réunies, **23**
statistiques, **96**
Stengers, Isabelle, 251, 264
Stirn, Bernard, 15, 24, 27
Strathern, Marylin, 267

Suchman, Lucy, 140

T

tableau, 55, **119** et ss
Tarde, Gabriel, 273, 278, 280, 282
tardiveté, 102, 142
tautologie du droit, 273
Taylor, James, 296
terrain, **111**
– changement de terrain, 146 et ss
texte, textualité, travail du texte, 22, 73 et ss, 170
– comparaison avec texte scientifique, 212 et ss, 235
texte de la Section, **71**
texte du gouvernement, **71**
théorie du bilan, **61**
théorie des actes détachables, **185**
Thévenot, Laurent, 105
Thomas, Yan, 68, 217, 253, 254, 257, 294
Thompson, Emily, 210
Tocqueville, Alexis de, 40
Toubon, Jacques, 44, 47
tour extérieur, **22**, **122** et ss
Travaux Publics, **40**
Travers, Max, 271
Traweek, Sharon, 263, 265
tribunal administratif, 85
Tribunal des conflits, 44 et ss

V

Van Every, Elizabeth, 296
Van Lang, Agathe, 52, 175, 184, 197
vide juridique, **65**
visas, **99** et ss
voie de fait,**49** et ss

W

Weller, Jean-Marc, 98
Wise, Norton, 211, 279
Woolgar, Steve, 103, 211, 215, 237

Table des matières

Avertissement : comment maintenir le secret de l'État 7

1. Sous l'ombre de Bonaparte 11
Deux emblèmes assez malencontreusement choisis 11
Une modeste histoire de pigeons 16
Un décret controversé 32
« Un arrêt du Tribunal des conflits suscite une vive controverse » 44
La loi est flexible, mais c'est la loi 55
Quel étrange atelier d'écriture 69
En montant l'escalier d'honneur 79

2. Savoir faire mûrir un dossier 83
Les tribulations d'une cote 83
Un fragile pont de textes 96
L'effeuillage d'un dossier 104

3. Un corps dans un palais 119
« Rendez-vous salle des casiers » 119
Un corps doucement agité 123
Un métier d'import-export 134

4. Le passage du droit 139
Un brutal mouvement de terrain 139
Dans le raisonnement juridique, tout compte 152
« On touche au cœur de l'État » 163
« Profitez de cette occasion pour ébranler la jurisprudence ! » 179
De minimis et maximis curat praetor 200

5. Objet des sciences, objectivité du droit 207
Portrait du Conseil d'État en laboratoire 207
Comment produire du détachement 220
Le rapporteur 223
Le réviseur 225
Le commissaire du gouvernement 229
La formation de jugement 231
Références et enchaînements 234
Une même matrice commune : l'exégèse 235
Deux formes distinctes de transmission 242
Res judicata pro veritate habetur 250

6. Parler du droit ? 261
Les dangers de l'exotisme 261
Une curieuse forme d'autonomie 272
Cornu bos capitur, voce ligatur homo 286

Bibliographie 301

Index raisonné 311

Tombo: 85125
Data de Tombo: 12/2010
Preço: R$ 29,82
Procedência: FAPLIVROS VI - BRAZIL BOOKS
Data Aquisição: 2010
Tipo Aquisição: Doação

Faculdade de Ciências e Letras
Biblioteca

Composé par Edie à Montry (77). Achevé d'imprimer sur les presses de l'imprimerie CPI France Quercy à Mercuès (46). Dépôt légal du 1re tirage : novembre 2004. Suite du tirage (3) : février 2010. N° d'impression : 00173. *Imprimé en France*

La fabrique du droit
Une ethnographie du Conseil d'État

Bruno Latour

Le recours aux liens juridiques prend chaque jour dans nos sociétés une importance grandissante. Il existe pourtant peu d'études empiriques sur la fabrique quotidienne du droit. Alors que la très grande technicité de la matière juridique réserve le droit aux juristes de profession, la sociologie croit souvent pouvoir s'en débarrasser en l'expliquant par les rapports de forces qu'il ne ferait que dissimuler. La méthode ethnographique se trouve donc particulièrement bien ajustée à l'analyse du droit au quotidien.

C'est toute l'originalité de cette étude ethnographique du Conseil d'État que propose ici Bruno Latour. Il y porte une grande attention aux actes d'écriture, à la fabrication et à la manipulation des dossiers, aux interactions entre les membres, aux particularités du corps des conseillers d'État, mais surtout à la diversité des ressorts qui permettent de *bien juger*. L'aridité même du droit administratif français aurait de quoi effaroucher le plus courageux des lecteurs : heureusement, par une grande qualité de style, l'auteur a su à la fois rendre compte de la technicité des jugements et renouer les nombreux liens entre le droit et cette société qui le nourrit et à laquelle il sert, en même temps, de garant.

Après une série d'études sur les laboratoires scientifiques, les innovations techniques, le discours religieux, la parole politique, Bruno Latour continue ici, avec le droit, son programme d'anthropologie systématique des formes contemporaines de véridiction.

« Pour la première fois sont ainsi restitués les échanges de conseillers pourtant attachés au sacro-saint secret des délibérations »
Le Monde

Bruno Latour, philosophe et sociologue des sciences, est professeur à Sciences-Po Paris. Il a écrit de nombreux ouvrages et articles sur l'anthropologie du monde moderne. La plupart de ses ouvrages en français ont été publiés à La Découverte, dont *Changer de société. Refaire de la sociologie* (2006) et *Petites Leçons de sociologie des sciences* (2007).

Sciences humaines et sociales

La Découverte
www.editionsladecouverte.fr
9 *bis*, rue Abel-Hovelacque
75013 Paris

9 782707 144720

11,50 €