

DU JURIDICTIONNEL AU JURIDIQUE
Travail juridique, construction jurisprudentielle
du droit et montée en généralité*

PAR

Bastien FRANÇOIS

Centre de recherches politiques de la Sorbonne
Université Paris I (Panthéon - Sorbonne)

Dans la problématique très large du passage du singulier au général dans des stratégies argumentatives, autrement dit de la montée en généralité¹, ceux qui s'intéressent au droit n'ont en apparence pas grand chose à dire. Du moins butent-ils sur un constat qui semble relever de l'évidence : la montée en généralité est inscrite d'elle-même dans cette mise en forme des pratiques sociales - le droit - dont une des caractéristiques est justement de disposer pour la généralité. Le discours juridique est ainsi d'abord marqué, comme le notait Max Weber, par une "sublimation juridique spécifiquement professionnelle", qui postule un système "sans failles" accordé au présupposé de généralité (ou d'universalité) de la règle de droit². C'est cette contrainte de généralité dans les constructions juridiques qui permet d'ailleurs de comprendre que la critique des "failles" dans l'effectivité du droit - qui peut prendre par exemple la forme de la dénonciation d'un "dénî de justice"³ - constitue non seulement une marque d'excellence du travail juridique, mais aussi qu'elle soit utilisée pour justifier et légitimer tous les développements du domaine d'application

* Je remercie Dominique Memmi pour sa lecture critique, attentive et patiente, d'une première version de ce texte. J'espère qu'elle saura me pardonner de n'avoir pas toujours su tenir compte de ses suggestions.

1. Pour une spécification de cette opération, cf. Boltanski (L.), "La dénonciation", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°51, 1984.

2. Weber (M.), *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 43.

3. Voir la thèse, exemplaire à ce propos, de Favoreu (L.), *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964.

de la règle juridique, alors même qu'elle représente, en retour, la marque de la posture juriste aux yeux des profanes. C'est également cette contrainte de généralité qui explique la dénégation de la place des personnes (singulières) dans les constructions juridiques.

Mais à s'en tenir à ces constats, on risque de méconnaître ce qu'ils doivent à une *censure* des conditions sociales d'élaboration du droit, censure qui est au principe même de sa légitimité⁴. On risque, par là même, de méconnaître combien le travail qui aboutit à voir le droit comme un discours pouvant intégrer la variété phénoménale du monde social dans un ensemble signifiant et ordonné, se présentant comme valant pour la généralité, repose en fait sur une mise à l'écart des profanes de la parole juridique, afin que soit conservé le monopole (sans doute toujours relatif et variable selon les secteurs sociaux que le langage juridique prétend tout à la fois expliquer et organiser) de la parole autorisée sur le droit.

En s'appuyant sur l'exemple de la production jurisprudentielle du droit administratif en France, on voudrait montrer ici ce que doivent l'autonomie et la légitimité de la parole en droit à cette dimension (aujourd'hui) élémentaire du travail juridique qui consiste à *produire du juridique à partir du juridictionnel*. C'est en effet par l'opération de transsubstantiation de la singularité des espèces juridictionnelles en généralité du droit que les juristes peuvent s'affranchir de ce texte trop élémentaire qu'est le "Code" - susceptible d'une lecture directe, sans médiations, livré à des interprétations concurrentes -, au profit d'un travail de généralisation (ou de codification) *continu* permettant que chaque inflexion du droit appliqué (ou de la singularité des verdicts armés du droit) se transmette au Droit par un investissement supplémentaire dans l'abstraction et la juridicité, et par là dans la généralité, afin que soit instaurée et sauvegardée la clôture avec le monde des profanes. On ne cherchera pas dans ce texte à rendre compte dans son ensemble de la construction "jurisprudentielle" du droit⁵ ; on cherchera en revanche à montrer, dans la continuité d'une analyse proposée par Pierre Bourdieu⁶, comment la division du travail et la concurrence entre les différents acteurs et institutions juridiques qui s'opère dans l'univers relativement autonome du champ de la production du droit, permet de comprendre le *passage de la singularité du juridictionnel à la généralité du juridique*.

4. Double censure en fait, en ce qu'elle conduit non seulement à penser la dynamique du droit indépendamment de toute pesanteur sociale - comme l'illustre, de façon archétypale, la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen -, mais également à ce que le corps des juristes fasse silence sur son propre travail, c'est-à-dire dissimule la dimension "créatrice" de ce travail (ou, plus brutalement, son arbitraire) sous la posture du lecteur chargé d'appliquer une norme qui trouve en elle-même son autorité et sa force. Ces points sont discutés, plus longuement qu'on ne le fera ici, dans Bourdieu (P.), "La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, 1986 ; voir également, Dezalay (Y.), "De la médiation au droit pur : pratiques et représentations savantes dans le champ du droit", *Annales de Vauresson*, n° 21, 1984.

5. Voir la très intéressante étude de Serverin (E.), *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, PUL, 1985.

6. Bourdieu (P.), "La force du droit", *art. cité*.

Une entreprise collective et concurrentielle de montée en généralité

On peut partir pour ce faire d'une controverse qui opposa chez les spécialistes de droit administratif, dans un contexte de "crise" de la légitimité de la parole en droit sur la société⁷, Bernard Chenot, maître des requêtes au Conseil d'Etat et futur vice-président de cette institution, et Jean Rivero, alors professeur à la Faculté de droit de Poitiers. Cette controverse fournit en effet un bon exemple des types d'arguments qui nourrissent et définissent les termes de la concurrence entre savants et praticiens du droit pour la maîtrise de la parole sur le droit, et du cadre dans lequel est produit un droit jurisprudentiel, c'est-à-dire notamment de la façon dont est pensée la généralité du droit. Pour Bernard Chenot, *"le juge est ennemi de la chose en soi. Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herbier. [... Il] s'attache moins à élaborer des concepts et des règles qu'à résoudre au jour le jour des problèmes dont les données sont aussi mouvantes que les lignes d'une évolution sociale qui commande souvent aux constructions de l'esprit et bien rarement les suit..."*. Ainsi peut-il *"suivre l'évolution des catégories juridiques"* pour mieux favoriser leur *"tranquillité"*, au détriment des *"réalités concrètes"*⁸. Pour Jean Rivero, en revanche, une stricte répartition des compétences entre le juge et le professeur, constitutive d'une *"collaboration [...] nécessaire"* car fondatrice de la possibilité même de l'idée de droit, doit être respectée : *"Au juge de dire le droit à travers les cas d'espèce ; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible"*. Il en va de l'intérêt de l'individu et de la légitimité du juge. Pour l'individu qui a, *"des siècles durant, lutté pour faire sortir du secret des Temples la règle qui le condamnait sans qu'elle lui eut été révélée"*, c'est la condition pour qu'il devienne un sujet de/du droit. *"Dans une discipline touffue, neuve, mouvante, et qui, pourtant, [doit] être rendue accessible au commun des citoyens, puisqu'elle [met] en jeu leurs rapports avec le pouvoir, l'effort pour systématiser, c'est-à-dire pour ramener à des lignes simples le chaos des espèces, [répond] à une nécessité"*. Pour le juge, l'enjeu est d'échapper à l'arbitraire, qui aboutit à *"la mort du droit"*, car *"la règle ne peut régir les espèces qu'en les réunissant dans le cadre d'une catégorie. [...] Parce que la règle de droit est générale, et ne peut pas ne pas l'être, il faut bien qu'elle soit abstraite"*. Ainsi, les *"faiseurs de système"* ont un rôle social considérable en fondant à la fois la légitimité du juge et la possibilité même de l'idée de droit. *"Le 'faiseur de système', remontant du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, va s'efforcer de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux"*.

7. Sur cette "crise", voir par exemple Gatti-Montain (J.), *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, PUL, 1987.

8. Chenot (B.), "La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1950, p. 77 ; voir également, du même auteur, "L'existentialisme et le droit", *Revue française de science politique*, 3 (1), 1953.

D'où la conclusion selon laquelle "s'il existe un lien entre "la tranquillité des professeurs" et "la stabilité des catégories juridiques", la tranquillité des professeurs devient l'un des biens les plus précieux de la vie en société".

Mais si ce *rappel à l'ordre* est si vigoureux, c'est que l'opposition entre un droit pur (ou savant) et une casuistique des situations concrètes ne peut s'appuyer, dans le droit administratif, sur des frontières professionnelles strictement délimitées. Elle est, de ce fait, sans cesse à la merci d'intrusions qui risquent non seulement de bouleverser les rapports de force entre les clercs du droit mais aussi d'affecter leur légitimité, en portant atteinte à la complémentarité fonctionnelle qui, unissant l'adaptation au réel (réalisée par les praticiens) et le travail d'abstraction et d'universalisation (privilège des savants), permet d'établir l'autorité de la parole sur le droit. Car si, comme le note Pierre Bourdieu, "*cette prétention statutaire à une forme spécifique de jugement, irréductible aux intuitions souvent inconstantes du sens de l'équité, parce que fondée sur la déduction conséquente à partir d'un corps de règles soutenu par sa cohérence interne, est un des fondements de la complicité, génératrice de convergence et de cumulativité, qui unit, dans et par la concurrence pour les mêmes enjeux, l'ensemble, pourtant fortement différencié, des agents vivant de la production et de la vente de biens et de services juridiques*"¹⁰, cette convergence d'intérêts repose aussi, et d'abord, sur la stabilité d'une hiérarchie professionnelle et sur la division du travail qu'elle instaure, ultime garantie de la pérennité et de la spécificité de la parole juridique mais aussi de sa légitimité.

Alors que, de manière générale, le discours savant sur le droit se caractérise par un silence sur le rôle joué par les professionnels de la parole juridique¹¹, c'est l'absence d'une frontière solide entre praticiens et professeurs en droit administratif qui explique l'importance des productions sur cette frontière. On ne s'étonnera pas que cette coupure entre praticiens et professeurs fasse l'objet de tant d'attention dans le droit public français, car "*si la doctrine et la jurisprudence civiles correspondent à deux groupes professionnellement tranchés, il est, en droit administratif, beaucoup plus difficile d'incarner les deux voix du dialogue [entre les deux groupes], et de les opposer. Le juge décide, le professeur écrit et enseigne : c'est vrai en droit privé ; en droit public, la division du travail est beaucoup moins nette. Certes, le professeur ne juge pas ; sauf erreur, nul maître du droit administratif n'a été appelé, en cette qualité, à siéger au Conseil d'Etat. Mais le juge*

9. Rivero (J.), "Apologie pour les "faiseurs de systèmes"", *Dalloz*, chr. XXIII, 1951, p. 99-102. La polémique entre B. Chenot et J. Rivero n'est pas isolée, et va connaître dans les années qui suivent de nombreux rebondissements, avec différentes tentatives de synthèse des deux points de vue ; voir par exemple Waline (M.), "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?", *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles, E. Bruylant, 1963, vol. I.

10. Bourdieu (P.), "La force du droit", *art. cité*, p. 5.

11. Cf. Dezalay (Y.), "De la médiation au droit pur", *art. cité*.

écrit et le juge enseigne¹². A cela on pourrait ajouter, symétriquement, que le grand professeur est aussi un grand commentateur des décisions juridictionnelles, un grand "arrêviste" qui "fait [alors] avec le juge œuvre positive" : "Avoir d'abord une conception propre de cette discipline juridique, avoir une idée sur chacun des chapitres éventuels de cette discipline, confronter ensuite la décision rendue par le juge et en tirer, enfin, des conclusions qui influenceront sur les décisions à venir, n'est-ce pas là la forme d'un syllogisme de l'arrêviste ? Cette démarche paraît semblable à celle du juge, si l'on retient que l'acte juridictionnel prend toujours la forme d'un syllogisme juridique"¹³. Analysant "le pouvoir des docteurs" dans l'élaboration du droit administratif durant le XIX^{ème} siècle, Pierre Legendre assimile ainsi ceux-ci à des "producteurs de logique" : "Nous trouvons donc, en première ligne, encore et toujours les juristes-professeurs, chargés d'enseigner le système, de mettre en ordre par conséquent la masse législative et réglementaire. Puis au même degré d'importance, parfois concurrents des premiers dans la hiérarchie des préséances, les juristes du Conseil d'Etat, maîtres de la jurisprudence, eux aussi voués à la recherche et aux inventaires"¹⁴.

12. Rivero (J.), "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1955, p. 29. Le "juge" participe aussi au jury du concours d'agrégation de droit public où siège généralement un conseiller d'Etat ; mieux encore, les agrégatifs, lorsqu'ils constituent leur "équipe" pour la leçon en vingt-quatre heures, ne peuvent solliciter le concours de membres du Conseil d'Etat de la même façon qu'ils ne peuvent solliciter, selon la loi non écrite de l'épreuve, des professeurs agrégés.

13. Arrighi (P.), "Hauriou : un commentateur des arrêts du Conseil d'Etat", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Paris, Sirey, 1952, p. 341 ; voir également Fournier (J.), "Maurice Hauriou, arrêviste", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1957 : c'est Hauriou qui inaugure, en 1892, dans le recueil Sirey, cette position nouvelle d'"arrêviste" (il publiera, jusqu'à sa mort, 334 notes de jurisprudence), il est suivi quelques années plus tard (1904) par Jèze dans la *Revue du droit public*, puis par beaucoup d'autres grands professeurs de la "seconde génération" (comme Bonnard, Mestre, etc.) ; après la dernière guerre l'exercice est partagé par de nombreux juristes puisqu'il devient même un exercice régulier pour les agrégatifs (il n'y a plus alors d'"arrêvist" tous terrains comme Hauriou et Jèze mais une spécialisation des auteurs).

14. Legendre (P.), "La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français", *Revue internationale de droit comparé*, 23 (1), 1971, p. 29. Pour comprendre les relations entre praticiens (juges administratifs) et professeurs de droit, et le flou des frontières qui les distinguent - relations qui sont au principe de la création d'un droit jurisprudentiel en l'absence d'une codification du droit administratif -, il faudrait décrire longuement la genèse de ce droit jurisprudentiel, ce qui nous éloignerait cependant trop de notre objet ; on se contentera donc ici de quelques indications (en les complétant de références bibliographiques), qu'il est d'autant plus important de rappeler que ces éléments de l'histoire de la discipline sont sans doute à l'esprit des juristes dans les controverses qui les occupent à l'époque qui nous intéresse. Deux points sont plus particulièrement importants à noter. D'une part, que la construction du droit administratif "moderne" est avant tout le fait de membres du Conseil d'Etat dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, même si quelques professeurs de droit (comme J.-M. de Gérando ou L. Macarel) ont publié des ouvrages à vocation systématique à partir des années 1830. En effet, on fait généralement remonter une telle construction à l'ouvrage d'E. Laferrière : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1886), qui est conseiller d'Etat et enseigne simultanément à la Faculté de droit de Paris -, bien que l'on pourrait tout autant citer L. Aucoc, lui aussi conseiller d'Etat mais de la génération précédente, c'est-à-dire encore plus marquée par

l'indistinction des praticiens et des savants (voir Blancpain (F.), "Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif", *Revue historique de droit français et étranger*, 52 (4), 1974). "C'est une date mémorable" écrit en tous cas G. Jèze à propos de la publication du *Traité* de Laferrière, car "jusqu'à-là, le droit administratif français était un véritable chaos" ("Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 347). Si c'est au début de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle que la doctrine du droit administratif commence à s'autonomiser en se scolarisant (voir Legendre (P.), "Histoire de la pensée administrative française", *Traité de science administrative*, Paris, Mouton, 1967), les premiers manuels, qui remplacent les vastes traités encyclopédiques, vont apparaître plus tardivement (voir Lavigne (P.), "Les manuels de droit administratif pour les étudiants des Facultés de 1829 à 1922", *Annales d'histoire des Facultés de droit*, n^o2, 1985) en se distinguant alors fortement des ouvrages dits "pratiques", et le cours "magistral" ne va s'imposer comme forme pédagogique routinisée qu'entre les deux guerres. Il rompt alors définitivement avec le modèle issu des Ecoles de droit de la fin du XVIII^{ème} (qui sera, en fait, peu à peu abandonné à partir de la seconde moitié du XIX^{ème}) qui reposait sur une "grande similitude entre les formes de la leçon de droit et celles de l'audience judiciaire" (Robert (J.-H.), "Le cours magistral", *Annales d'histoire des Facultés de droit*, n^o2, 1985, p. 136) et qui, curieusement, reproduisait pour partie des formes pédagogiques mises en place au Moyen âge, comme la dictée (cf. Verger (J.), dir., *Histoire des Universités en France*, Paris, Privat, 1986). Si le "cours magistral" finit par s'imposer dans les années vingt, c'est qu'en même temps se sont définitivement institués les "travaux pratiques", c'est-à-dire un autre compromis entre le droit et la pratique mais enfermé cette fois dans l'Université. On peut remarquer, d'autre part, que la question des relations entre la doctrine et la jurisprudence pour la construction du droit administratif va prendre, dès l'origine - c'est-à-dire avant même les premiers efforts de systématisation d'un corps de connaissances à l'intention d'un public étudiant -, une importance considérable, bien avant le mouvement similaire qui va affecter le droit privé (A. Esmein inaugure la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902 par une étude consacrée à ce thème ; voir Atias (Ch.), "Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)", *Revue de recherche juridique. Droit prospectif*, n^o2, 1981, et "La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé", *Revue de recherche juridique. Droit prospectif*, n^o2, 1983). C'est en effet en 1851, avec la création de la *Revue critique de jurisprudence* qu'est inaugurée, par Joussetin, une rubrique d'"examen doctrinal de la jurisprudence" ; ce dernier écrit ainsi : "Nous avons dit que le droit administratif ne consiste pas, à proprement parler dans ces milliers de lois de détail qui ne constituent que des choses d'exécution et de pratique. [...] Ce qui constitue essentiellement le droit administratif, ce sont ces grands principes dont nous avons parlé : soit le principe de la séparation des autorités, soit telle autre règle puisée dans la nature, dans le caractère et dans l'objet des matières administratives. Ces règles ne sont pas toujours expressément écrites : elles sont l'affaire du raisonnement, là est la grave, la vraie difficulté du droit administratif, science éminemment généraliste, qui s'est formée, qui n'existe et ne se comprend que par la généralisation" (*Revue critique de jurisprudence*, 1, 1851, p. 112). Sur la genèse du droit administratif, voir de façon plus générale, Chevallier (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, et "Les fondements idéologiques du droit administratif français", in Chevallier (J.), dir., *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1979 (vol. 2) ; Legendre (P.), *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968, et *Trésor historique de l'Etat en France. L'administration classique*, Paris, Fayard, 1992 ; Mestre (J.-L.), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985 ; Redor (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris, Economica, 1991.

Cette configuration d'acteurs (et de ressources) n'est en fait viable que dans la mesure où existent des positions *intermédiaires*, permettant de faire le pont entre les différents rapports (savant ou pratique), antinomiques mais complémentaires, à la production du droit. On comprend, dès lors, l'importance de la position charnière, au sens propre, occupée par les commissaires du gouvernement au Conseil d'État, dont la tâche est avant tout de proposer une solution à un contentieux examiné par la juridiction administrative, quand on sait que leurs "conclusions" peuvent être considérées, par les professeurs de droit mais aussi par leurs pairs, comme des œuvres de doctrine : "Doctrines ? Jurisprudences ? On hésite à les classer dans l'un ou l'autre camp"¹⁵ - ou encore : "Qui nierait que les commissaires du gouvernement, avec leur remarquable liberté intellectuelle, soient les premiers animateurs de la recherche doctrinale ?"¹⁶. Cela leur permet de disposer des ressources liées à l'espèce, c'est-à-dire à la maîtrise de la singularité factuelle du cas faisant l'objet d'un verdict, mais aussi de celles liées à leur capacité à produire de la cohérence et de la stabilité (et ce n'est pas un hasard si les grands arrêts, ceux qui font "jurisprudence", sont suivis de la mention de l'auteur des "conclusions"). C'est cette position qui les autorise à produire, dans leurs "conclusions", ces "formules à la fois magistrales et précises [...], beaucoup plus souples et nuancées qu'un article de loi, beaucoup moins abstraites et dogmatiques qu'une opinion doctrinale, d'une portée beaucoup plus générale que la décision juridictionnelle toujours liée à une espèce"¹⁷. Car le prestige d'un commissaire du gouvernement réside bien dans sa capacité à produire de la doctrine, à s'inscrire dans du droit "pur", à s'appuyer sur des exercices d'érudition jurisprudentielle, de mise en cohérence de toute la production du Conseil d'État, pour aboutir à cette "qualification juridique des faits" qui permet à ces derniers de faire enfin sens, libérés de leur factualité insignifiante¹⁸ ; travail qui s'opère en mobilisant la technique même de l'exposition juridique savante avec sa stratification de références ou sa recherche du précédent, dont l'autorité est d'autant plus forte que ce conflit est ancien, c'est-à-dire qu'il fait oublier par la mémoire de sa durée la mémoire de sa genèse. Travail, on peut le noter, qui doit son succès historique à la publicité qui très tôt - avant que naisse dans l'univers professoral la position d'"arrêteste" et avant même que naisse une véritable "doctrine" universitaire du droit administratif - va être donnée aux "conclusions" : "A partir de 1860 environ

15. Rivero (J.), "Jurisprudence et doctrine...", art. cité, p. 31.

16. Mathiot (A.), "Retrospectivement", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1979/1980, p. 24.

17. Gazier (F.), "Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement depuis 1940", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 305.

18. Comme on peut le voir dans les portraits de "grands" commissaires du gouvernement : Cahen-Salvador (G.), "Un grand commissaire du gouvernement : Jean Romieu", et Juvigny (P.), "Un grand commissaire du gouvernement : Léon Blum", dans le *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, op. cit., ainsi que, pour un état antérieur du droit administratif, Blancpain (F.), "Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif", art. cité ; de façon plus générale, voir Gazier (F.), "Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement depuis 1940", art. cité.

commence à s'établir la coutume de reproduire intégralement les conclusions des commissaires du gouvernement, non plus seulement dans le but d'apporter sur l'affaire une information plus complète, mais en raison de leur valeur doctrinale¹⁹. Disponibles en même temps que les arrêts au greffe du Conseil d'Etat, reproduites dans les revues spécialisées et même, parfois, dans la presse, comme si la décision juridictionnelle n'avait de sens, dans sa factualité, qu'à travers l'explication de texte du commissaire du gouvernement, les "conclusions" bénéficient même du caractère "officiel" de leur publication pour s'imposer avec encore plus de crédit : "*Des interprétations tendancieuses, inspirées par les théories personnelles de l'arrêviste, sont parfois présentées comme le droit actuel. Fort heureusement, il existe des commentateurs officiels du Conseil : ce sont les commissaires du gouvernement*"²⁰.

En fait les modèles d'excellence du travail de production du droit s'interpénètrent de différentes manières pour construire le système le plus cohérent, à valeur la plus systématique et générale, compte tenu des positions des différents acteurs intéressés. La publication annuelle par le Conseil d'Etat, depuis 1947, d'un recueil de textes sous le titre *Etudes et documents*, où professeurs et membres du Conseil d'Etat s'expriment de concert constitue l'archétype de cette forme de connivence entre initiés qui permet de réunir pour le plus grand profit de la parole en droit des positions en concurrence sur d'autres terrains. Cette "*innovation consistant à faire dresser, par les commissaires du gouvernement au contentieux eux-mêmes, dans une note dépourvue de caractère officiel, les principales réformes ou les redressements administratifs suggérés par la jurisprudence d'une période*", est un indicateur important d'une consolidation de la place occupée par les membres du Conseil d'Etat sur le versant savant de la production du droit ; elle est également saluée par la doctrine : pour Gaston Jèze, alors tout à la fois professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris et "*arrêviste*" réputé, "*ces exposés sont, pour la doctrine, des documents d'une valeur inestimable. Ils fournissent une base solide pour des études théoriques, contribuant à l'élaboration systématique et synthétique du droit administratif français*"²¹ - qualités professorales par excellence...²².

19. Fournier (J.), "Maurice Hauriou, arrêviste", art. cité, p. 156.

20. Jèze (G.), "Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français", art. cité, p. 348-349.

21. *Id.*, p. 349.

22. Le compliment peut être retourné, comme dans ce texte d'un maître des requêtes qui salue la publication d'un recueil de jurisprudence réalisé conjointement par un professeur et deux membres du Conseil d'Etat : Gazier (F.), "Le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* par MM. Long, Weil et Braibant", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1956, et qui souligne en outre la profonde connivence, par delà les statuts, des "initiés" en raison de leur connaissance commune des grands arrêts : "*Fonctionnaires et magistrats, professeurs et étudiants appartiennent [...] à un même monde d'initiés reconnaissable précisément à la longue résonance suscitée en eux par des vocables aussi insolites au profane que Trompier-Gravier ou Regnault-Desroziers*" (p. 157).

La production de la généralité ou la dénégation de l'arbitraire

Qu'on ne s'y trompe pas cependant, derrière "cette intime coopération qui a finalement bâti l'édifice du droit jurisprudentiel"²³, ce qui est en jeu est bien la possibilité de parler en droit et du droit, de fonder sur cette coopération/concurrence structurelle un *modèle de juridicité* susceptible d'asseoir cette prétention, c'est-à-dire simultanément de s'inscrire dans des registres recevables au sein du champ de la production juridique et d'opérer la coupure avec le monde profane des consommateurs de droit. Car l'effacement du juriste derrière la règle de droit - qui est d'ailleurs au fondement de son autorité - est dans la tradition juridico-politique française un effacement devant la règle législative. La question classique des "sources du droit" en établissant la prohibition de ces "arrêts de règlement" par lesquels le juge s'approprie un pouvoir normatif²⁴, interdit, au moins théoriquement, que "l'autorité de la chose jugée" - qui ne vaut que dans l'espèce - se transforme en "autorité de la jurisprudence", c'est-à-dire en norme juridique valant pour la généralité. On comprendra alors qu'un droit qui ne peut se fonder, explicitement, que sur une dérogation à ce principe, soit particulièrement fragile vis-à-vis d'attaques portant sur sa légitimité, et que ses clercs soient donc particulièrement attentifs au respect de l'orthodoxie professionnelle et de la division du travail qui en est la marque la plus apparente. Parce que l'enjeu est d'abord, ici, la reconnaissance accordée par le groupe des pairs, qui sont à la fois des clients privilégiés et des concurrents, sans laquelle la revendication de juridiction des spécialistes du droit administratif reposant sur l'imposition d'une juridicité fondée sur la jurisprudence - "droit "souple", droit "proche du concret" mais droit, avec tout ce que le mot implique de nécessaire abstraction et d'organisation systématique"²⁵ - risquerait de se voir contestée à chaque instant, et en premier lieu à l'intérieur du champ juridique, "il leur faut être irréprochables sur le plan de l'excellence professionnelle, ils doivent, plus que d'autres, se mobiliser au service des intérêts collectifs, et travailler à donner une image savante de leur pratique qui soit recevable par leurs pairs"²⁶. On peut comprendre ainsi que la question de la jurisprudence comme "source" du droit, de la même façon que celle de la frontière entre savants et praticiens, occupe une telle place dans les controverses qui animent le droit administratif²⁷. Certains, sans doute minoritaires, comme Prosper

23. Rivero (J.), "Jurisprudence et doctrine...", art. cité, p. 35.

24. Comme l'énonce le Code civil : "Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises" (art. 5).

25. Rivero (J.), "Jurisprudence et doctrine...", art. cité, p. 36, souligné par l'auteur.

26. Comme le note Y. Dezalay à propos de la stratégie des "réformateurs" dans le droit des affaires ("Big Bang" sur le marché du droit. La restructuration du champ des professionnels des affaires, CNRS/CRIV, Commissariat général au Plan, multigraphié, janvier 1990, p. 124).

27. Outre les textes déjà cités ou qui le seront *infra*, on aura une idée assez juste de l'ensemble des arguments échangés en consultant : Belaïd (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974 ; Benoît (F.-P.), "Les fondements de la justice administrative", *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, volume II ; Dupeyroux (O.), "La jurisprudence, source abusive du droit", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz, Sirey, 1960, tome 2 ; la controverse entre D. Linotte ("Déclin

Weil, vont même jusqu'à nier la pertinence de la notion : "La jurisprudence n'existe que dans l'esprit des "faiseurs de système", et il ne peut y avoir de jurisprudence au sens propre du terme dans la mesure où le Conseil d'Etat statue au coup par coup, résolvant les problèmes les uns après les autres sans pour autant chercher à faire prévaloir une doctrine politique particulière"²⁸. D'autres, plus nombreux, invitent à évacuer sans vergogne la question, tout en reconnaissant le caractère relativement illégitime de la jurisprudence comme principe de production du droit : "Il nous paraît vain [...] de tenter de percer le mystère de la valeur propre des règles jurisprudentielles, dès lors qu'"officiellement", ces règles sont précisément dépourvues de toute valeur propre, les juges, qui les formulent et les sanctionnent, n'ayant pas compétence pour les édicter de leur propre chef. Le système officiel des sources de notre droit est tel que la règle issue en fait de la jurisprudence doit se dissimuler derrière une règle écrite dont elle emprunte la valeur : la règle jurisprudentielle ne peut jamais avoir qu'une valeur d'emprunt. Il importe peu que la fiction du procédé soit parfois flagrante; pour être en fait source directe de droit, la jurisprudence n'en est pas moins une source en quelque sorte honteuse, parce qu'officiellement inavouable et inavouée"²⁹. Et de montrer que la jurisprudence comme "source" de droit positif ne peut reposer que sur une forme d'accord, plus ou moins contrainte - et exprimant, en fait, une capacité différentielle à contester l'emprise des verdicts juridictionnels -, entre les différentes catégories de juristes qui ont à en connaître : "Le juge par sa décision, dégage une solution. Mais cette solution peut être contestée, et il arrive, en fait, qu'elle le soit plus ou moins longuement alors même qu'elle émane du juge

du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif", *Actualité juridique. Droit administratif*, décembre 1980) et S. Rials ("Sur une distinction contestable et un trop réel déclin : à propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge", *Actualité juridique. Droit administratif*, mars 1981) dont la conclusion est publiée dans *Actualité juridique. Droit administratif*, avril 1981 ; le très important article de R. Latournerie ("Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", *Livre jubilaire du Conseil d'Etat, op. cit.*) que l'on peut compléter par son ouvrage sur le droit de grève (*Le droit français de la grève. Etude théorique et pratique*, Paris, Sirey, 1972) ; Rials (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980 ; Rivero (J.), "Le juge administratif français : un juge qui gouverne", *Dalloz-Sirey*, 2, 1951, chron. VI, et du même auteur "Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?", *Le juge et le droit public, op. cit.* ; Roche (J.), "Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence. A propos de la soumission au droit des règlements autonomes", *Actualité juridique. Droit administratif*, octobre 1962, et du même auteur "Rapport français", dans *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Paris, Economica, 1982 ; Zenati (F.), *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.

28. Weil (P.), "Préface" à Loschak (D.), *Le rôle politique du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. xiii ; voir également, du même auteur, "Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique", *Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence*, 1959.

29. Dupeyroux (O.), "La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit", *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 475 ; cf. également Eismen (P.), "La jurisprudence et la loi", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1952 : "Le débat [sur la question de savoir si la jurisprudence est une source de droit] est sans issue car il faut répondre non ou oui suivant qu'on se place dans le champ des idées pures ou qu'on considère la réalité des faits" (p. 19).

suprême. Elle acquiert la valeur d'une règle positive lorsque cette opposition fait place à une adhésion soit convaincue, soit résignée, des usagers, c'est-à-dire avant tout des juristes, les juridictions inférieures cessant de la remettre en question, et les justiciables en arrivant à la tenir pour obligatoire"³⁰.

Mais on mesure alors les risques qu'il peut y avoir, pour les juristes, à laisser la validité de ce droit jurisprudentiel se déterminer d'une façon aussi empirique - et, selon toutes les apparences, arbitraire. C'est ainsi que même si cette relation de coopération/concurrence entre les professeurs et les juges est présentée comme permettant de satisfaire à une contrainte de réalité ("le souci du justiciable")³¹, il est "un stade ultime et nécessaire où la doctrine joue un rôle déterminant, et c'est celui de l'organisation du droit"³². Car c'est seulement à travers cette systématisation publique (car publiée) - et cela vaut également, du moins en partie, pour les "conclusions" des commissaires du gouvernement - que peut s'effacer l'empirisme de l'apparition de la règle jurisprudentielle et l'arbitraire de son autorité. Et le professeur de droit administratif, alors *garant ultime de la valeur fiduciaire* de ce droit jurisprudentiel, ne manque pas de rappeler que si le laconisme des arrêts du Conseil d'Etat - euphémisé sous la formule de l'*imperatoria brevitatis* - est justifié³³, d'autant que la jurisprudence qui résulte de ces arrêts est "ournée principalement vers la consommation interne"³⁴, celui-ci peut conduire à un phénomène d'"incommunicabilité" et de dévalorisation de la jurisprudence qui devient "une sorte de convention tacite entre initiés" et qui "fait apparaître la jurisprudence administrative comme constituée non seulement par des parties écrites mais aussi par des sous-entendus. Conjugué avec le fait bien connu que le cheminement de cette jurisprudence affectionne la méthode des touches successives [...], cette discrétion rapproche la jurisprudence administrative,

30. Dupeyroux (O.), "La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit", art. cité, p. 472, à propos de Maury (J.), "Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit", *Mélanges Ripert*, Paris, LGDJ, tome 1, 1950.

31. "Que de juges sont professeurs ! Que de professeurs adoptent volontiers l'optique du juge, c'est-à-dire le souci du justiciable !" (Rivero (J.), "Jurisprudence et doctrine...", art. cité, p. 36)

32. *Id.*, p. 35 : "Regrouper les règles, faire la liaison entre le droit du législateur et celui du juge, délimiter les chapitres dans lesquels vient s'insérer la matière juridique, donner à l'ensemble un plan, une cohérence (au moins apparente !) c'est la fonction du traité, celle du cours".

33. "Le Souverain ne saurait, comme le juge ordinaire, mettre à nu devant le sujet toutes les démarches de sa pensée" (*id.*, p. 30). Ce qui distingue le juge "ordinaire" du juge "supérieur" (le "Souverain") c'est que le sommet de la hiérarchie juridictionnelle, en France, juge "en droit et non en fait", d'où des conflits "purs", dégagés de la contingence de l'espèce (c'est-à-dire des bas étages de la justice, comme l'indique le fait que l'expression "les juges du fond" soit synonyme de "juges du fait") ; s'ils sont moins "purs" devant le Conseil d'Etat que devant la Cour de cassation (d'où l'importance du rôle des professeurs en droit administratif), c'est que cette distinction est moins marquée dans l'organisation de la justice administrative (elle réapparaît, toutefois, dans les modalités de fonctionnement du Conseil d'Etat : un arrêt "en section" engage moins une question de droit "pur" qu'un arrêt rendu "en Assemblée").

34. Hébraud (P.), "Le juge et la jurisprudence", *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 354.

quant à ses modalités de formation et d'évolution, de la coutume³⁵. L'avertissement est clair : le risque est là de porter atteinte à la légitimité du droit administratif en permettant que son fondement soit assimilé à la forme la plus dévalorisée des "sources" du droit (car la moins susceptible, en apparence, d'une codification purement interne et donc la plus vulgaire dans son origine) : la coutume. D'où la dénonciation récurrente du contrôle par le Conseil d'Etat de la diffusion des instruments de compréhension de sa jurisprudence³⁶ et du danger que pourrait faire courir le fait que ses arrêts ne suivent pas les conclusions des commissaires du gouvernement (dont les propriétés de position les rapprochent, comme on l'a vu, des professeurs) et, plus encore, qu'ils puissent apparaître comme un produit contingent de l'*opinio juris*³⁷. Car l'effacement des juristes derrière le droit s'opère tout autant dans une subordination, au moins apparente, vis-à-vis des producteurs légitimes du droit (le législateur) que dans une soumission à la juridicité, qui fait que ne sont engagés dans le règlement des "conflits" (c'est-à-dire des demandes profanes), que des principes juridiques, seuls à même d'établir la spécificité et l'autorité du jugement en droit³⁸.

L'ethos distingué de la généralité

Si le juge ne peut apparaître comme un producteur de droit à la manière du législateur, la réussite de l'affirmation progressive de la jurisprudence comme source légitime du droit (et pas seulement en droit administratif) indique bien combien il est important pour les juristes d'établir un contrôle de l'interprétation et de l'application du droit sur un spectre qui va de la singularité d'un verdict à la généralité de la règle de droit, dans la mesure où se joue là leur prétention à en être les "porte-parole". La jurisprudence, dans le droit administratif, apparaît alors comme la ressource essentielle qui fonde et justifie à la

35. Laubadère (A. de), "Le Conseil d'Etat et l'incommunicabilité", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1979/1980, p. 18.

36. "Je me souviens personnellement d'avoir recueilli, à l'époque, sur le sujet de la bouche d'un membre éminent du Conseil, un propos qui n'avait pas manqué de me frapper : ce conseiller évoquait le risque que pouvait constituer une institution susceptible, par une connaissance plus minutieuse et plus rationalisée de la jurisprudence, de faire perdre pour une part à celle-ci ce caractère largement empirique et parfois vaporeux qui permet au juge d'en garder pleinement la maîtrise sans en être prisonnier. La jurisprudence du Conseil d'Etat n'allait-elle pas devenir trop accessible ?" (*id.*, p. 20). Pour une présentation de situations homologues, mais concernant la Cour de cassation, voir Bancaud (A.), "Une "constance mobile" : la haute magistrature", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°76/77, 1989, ainsi que d'une façon plus générale, du même auteur, "Considérations sur une "pieuse hypocrisie" : la forme des arrêts de la Cour de cassation", *Droit et société*, n°7, 1987.

37. "Lorsque le Conseil d'Etat s'abstient de franchir d'un seul pas certaines étapes, cette attitude ne serait-elle pas parfois imposée par la difficulté de réduire en une fois les réticences internes susceptibles de résulter de la diversité des points de vue dans des formations contentieuses nullement monolithiques ?" (*id.*, p. 22).

38. Ce qui permet d'ailleurs de comprendre, comme le note très justement P. Bourdieu, que parce que seuls des principes juridiques peuvent être engagés dans les verdicts qu'il propose, le droit perd en souplesse ce qu'il gagne en autonomie ("La force du droit", art. cité).

fois une *autonomie professionnelle*, c'est-à-dire la distinction qui s'opère simultanément avec l'univers des profanes (y compris le législateur) et avec celui des concurrents dans le champ juridique. Le coup de force que constitue la production jurisprudentielle d'un droit administratif, et le magistère consécutif auquel vont prétendre ses clercs sur les affaires de l'État³⁹ - et notamment sur la formation de ses élites⁴⁰ - s'accompagne alors d'une rhétorique de la compétence et d'un ethos distingué qui tendent, plus encore, à mettre à distance les profanes, et en particulier ces profanes intéressés que sont les professionnels de la politique. *"L'étude du droit législatif est moins exaltante que celle du droit jurisprudentiel. Le premier est en somme apporté de l'extérieur, et [...] toutes ses raisons n'apparaissent pas claires et cohérentes. Mais quoi ? tel il est, tel il faut s'en accommoder. Et si on le critique, c'est un peu vain exercice. Entre le droit jurisprudentiel et son interprète, il existe au contraire une sorte de complicité. Le dialogue de la jurisprudence et de la doctrine est entretien entre gens de métier [...]. Approuver ou critiquer le législateur, c'est un peu se mêler de la politique d'un pays étranger"*. Parce qu'à l'inverse du droit privé - *"la lecture du code civil peut tout de même, en beaucoup d'endroits, se faire sans médiateur"* -, le *"droit jurisprudentiel n'est réellement connaissable que par des juristes"*, le droit administratif peut apparaître comme *"un droit pour initiés, un droit aristocratique"*. *"Littéralement, la règle de droit ne [se] lit directement nulle part. Elle n'existe que comme déchiffrement d'un message codé à plusieurs degrés : connaître les décisions, en dégager au-delà de la solution d'espèce la signification normative, structurer ces données sur le plan historique, distinguer ce qui est répétition, développement, revirement, supputer l'avenir dans une opération mêlant la logique, la psychologie judiciaire et les lois du hasard, tout cela est affaire de professionnel et d'un assez haut niveau"*⁴¹.

A cela les spécialistes de droit administratif s'empressent d'ajouter, et ce rappel est essentiel, qu'il n'y a pas là *"une manifestation d'impérialisme judiciaire"*. En effet, *"la règle de droit [que le juge] énonce là où "le silence,*

39. Voir Redor (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, op. cit.

40. *"La notion même de démocratie [...] se trouverait atteinte si les agents publics n'étaient pas dressés au respect de la règle supérieure par laquelle s'exprime la volonté nationale"* écrit ainsi J. Rivero, témoignant de ce sentiment de puissance des professeurs de droit qui se considèrent comme les garants, en première et dernière instance, du fonctionnement de l'Etat (*"Formation juridique et fonction administrative"*, s.l.n.d., p. 565).

41. Vedel (G.), *"Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?"*, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1979/1980, p. 35-38.

42. *Id.*, p. 37 ; comme l'explique Weber - dans un tout autre contexte analytique, mais qui nous semble pouvoir être transposé utilement ici -, *"les créations conscientes de règlements nouveaux étaient à l'origine presque toujours l'œuvre d'oracles prophétiques ou du moins de révélations sanctionnées par des prophéties [...]. Sans les révélations, il n'y avait d'autre possibilité à l'époque de la validité du strict traditionalisme d'instituer de nouveaux règlements, c'est-à-dire qu'on ne les regardait comme "nouveaux" qu'à la condition de les traiter comme s'ils valaient en vérité depuis toujours mais qu'ils n'avaient pas été discernés correctement ou bien qu'ils avaient été temporairement obscurcis et désormais redécouverts"* (*Sociologie du droit*, op. cit., p. 36).

*l'obscurité ou l'insuffisance" du droit législatif l'y invitent est "découverte", ou mieux "accouchée" et non "inventée". Elle a déjà émergé dans le droit législatif à propos de telle ou telle occasion particulière ; ou encore elle est le complément logique de résultats déjà acquis ; presque toujours elle traduit un besoin social plus ou moins clairement ressenti par les individus*⁴². Ce n'est donc pas la souveraineté du législateur qui se trouve mise en cause, car *"d'ailleurs, le législateur peut d'un trait de plume (à condition de savoir s'exprimer) défaire n'importe quelle jurisprudence"*⁴³. Plus encore, renversant en quelque sorte la causalité, ces spécialistes en viennent à incriminer le rôle même du législateur dans le développement de la jurisprudence : *"Connaisant la jurisprudence, pouvant la condamner et ne le faisant pas, le législateur ne donne-t-il pas sa sanction à l'exercice que celle-ci a fait de son pouvoir normatif ?"* se demande Marcel Waline⁴⁴, tandis que pour Olivier Dupeyrou, *"il est [...] permis, en particulier à l'administrativiste, de se demander si le législateur ne se décharge pas trop aisément sur le juge des responsabilités qui sont pourtant les siennes"*⁴⁵. Tous ne s'en plaignent pas, car si le législateur reste certes tout puissant il n'en est pas moins *"cet amateur, bien intentionné, mais parfois mal informé et maladroite"*, qui *"hélas ! manque quelquefois de lumières sur ce qu'est la jurisprudence et [...], lorsqu'il croit la corriger ou l'améliorer, [...] manie, sans le vouloir, le pavé de l'ours"*⁴⁶.

Cet ethos distingué de la généralité s'enseigne ; c'est dans la *"doctrine enseignée"* que *"réside la source première de toutes les représentations juridiques qui inspireront l'action des futurs créateurs du Droit"*⁴⁷. L'enseignement, y compris dans ses aspects les plus prosaïques (comme la nature des sujets d'examen), est en effet un lieu stratégique de consolidation de la place et de la légitimité de la production jurisprudentielle du droit dans l'univers juridique ; on le mesure bien à travers un épisode en apparence mineur des concurrences entre droit privé et droit public pour la définition de la juridicité marqué par *"l'embarras où le cas du droit administratif plongea les autorités universitaires lorsqu'elles admirent que, dans les examens écrits, les étudiants aient droit à la consultation des codes. C'était parfait pour le droit civil, le droit pénal, le droit commercial. Mais quid des épreuves de droit administratif ? [...] Là où l'étudiant de droit civil cite un texte, l'étudiant de droit administratif cite un arrêt et ne peut rien citer d'autre. Aussi bien les autorités universitaires [...] furent-elles amenées à permettre [...] l'usage de*

43. Vedel (G.), "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", art. cité, p. 37.

44. Waline (M.), "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", *La technique et les principes du droit public*. Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Paris, LGDJ, 1950, tome 2.

45. Dupeyrou (O.), "La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit", art. cité, p. 475.

46. Vedel (G.), "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", art. cité, p. 41 ; dans le même sens, voir Debbasch (Ch.), "Les sources du droit administratif. Permanence et novation", *Dalloz*, chr. XXXVIII, 1971.

47. Rivero (J.), "Jurisprudence et doctrine...", art. cité, p. 28.

*documents jurisprudentiels*⁴⁸. Mais l'enseignement transmet également, en même temps qu'une représentation de la division du travail au sein du champ de la production juridique, les figures de l'excellence professionnelle et la clôture initiatique qui s'opère avec le monde des profanes. Surtout, il rejoue tout cela lui-même : un *habitus* juridique se façonne ici dans la pédagogie de la forme propre à l'enseignement de ce droit⁴⁹. C'est dans la relation pédagogique que se dévoile, plus que dans tout discours savant, l'économie de la production du droit jurisprudentiel : "Les *séductions du droit jurisprudentiel se retrouvent dans l'enseignement. L'exposé de l'organisation du département ou de la procédure d'expropriation semblent ennuyer également le maître et l'étudiant et, par la faute sans doute du premier, le second reproche : "il n'y a qu'à retenir ; il n'y a rien à comprendre". Mais que, dans un cours de droit administratif, l'on en vienne à exposer comment un demi-siècle de jurisprudence a porté à la perfection la théorie des rapports triangulaires de l'Administration, de l'agent et de la victime dans le droit de la responsabilité ou comment, dans à peu près le même temps, le juge est venu de la reconnaissance des actes discrétionnaires au contrôle dit "minimum", et le ton du professeur se fait plus modulé, plus quêteur d'attention, j'allais dire plus enjôleur. Dans l'amphithéâtre, le silence est plus attentif ; la plume court sur les cahiers de notes. La belle chose qu'un arrêt ! Il commence toujours par l'aventure d'un requérant qui en a tiré une célébrité relative mais solide. C'est la jeune Agnès Blanco et le malencontreux wagonnet ; c'est la dame Lemonnier et l'imprudent tir aux canards ; c'est le paisible cafetier Lecomte tué dans un western joué par les voleurs et les gendarmes [...]. Après la narration vient la réflexion : que voulait le requérant ? Sur quoi se fondait-il ? Quelles étaient les argumentations en présence ? Qu'a décidé le Conseil d'Etat ? Et comment ? Et surtout pourquoi ? Voilà le moment de joie : celui de l'analyse de l'arrêt. Il faut le lire, franchir les "sans qu'il soit besoin de...", écarter les corps étrangers que la malice des faits ou des procédures a introduits dans le problème essentiel ; détacher le considérant déterminant, le relire, scruter l'implicite et parfois écouter le silence ! Et comme l'imperatoria brevitatis du Conseil d'Etat ajoute à ces plaisirs délicats en ouvrant parfois au commentateur et à son auditoire*

48. Vedel (G.), "Le précédent judiciaire en droit public français", *Journées de la Société de législation comparée*, vol. 6, 1984, p. 272.

49. On se contentera de renvoyer ici à trois textes de J. Rivero, ancien directeur de la Conférence d'agrégation de droit public à la faculté de droit de Paris, qui sont exemplaires de la posture sacerdotale du professeur de droit et des qualités requises pour postuler à l'exercice de ce magistère : "Les droits et les obligations du professeur d'enseignement supérieur", *Revue de l'enseignement supérieur*, n°3, 1960 ; "Réflexions sur l'enseignement du droit", *Mélanges Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970 ; "La formation et le recrutement des professeurs des facultés de droit françaises", *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, vol. 59, 1962. Mais on ne mesurera jamais mieux l'importance accordée à la "forme" de l'expression juridique qu'en consultant la cohorte d'exercices corrigés proposés aux étudiants de première année de droit dont l'essentiel consiste très souvent à apprendre à manier le plan en deux parties (voire en trois selon l'âge et la formation de l'enseignant), ou un ouvrage au fort succès éditorial et directement orienté vers la pratique : Mimin (P.), *Le style des jugements. Vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques*, Paris, Librairies techniques, 1978 (4^{ème} édition).

*celui de l'énigme! Mieux encore : en conclusion, le professeur pourra dire sur le ton convenable de modestie que, quelques années auparavant, il avait lui-même préconisé la solution que la Haute Assemblée vient de consacrer. Il s'en montre tout heureux et, à ce spectacle, les sourires des étudiants sont un peu faits de fierté partagée*⁵⁰.

On comprend alors ce que signifient ces jugements portés par les spécialistes sur leurs pairs, comme ceux qui font par exemple d'Achille Mestre un "merveilleux présentateur et metteur en scène des arrêts"⁵¹, ou rappellent à ce propos "le grand jeu éblouissant, le ballet des idées et des images, où la rigueur, toujours présente, empruntait les prestiges de la fantaisie, où se révélaient dans un univers sans frontières, d'évidentes correspondances entre un adagio de Mozart et un arrêt du Conseil d'Etat"⁵². Loin de toute flagorneurie, ces panégyriques ne font qu'exprimer un critère d'excellence professionnelle dans le champ de la production savante du droit administratif. Et ils saisissent ce qui est finalement un *art*. Car la mise à distance la plus radicale de l'univers des profanes du droit réside sans doute là, dans cet art de la production doctrinale d'un droit jurisprudentiel où le *don* de la mise en scène et de la mise en formes vient conforter le langage de la technique juridique dans son inaccessibilité au commun, lequel à défaut de pouvoir consulter un code ouvert à (presque) toutes les lectures reste condamné à écouter, en silence, la voix des clercs. La mise à distance du factuel, du local ou du partiel, de ces "corps étrangers" et de la "malice des faits", s'opère ainsi dans un travail tout à la fois collectif et plaisant, où le ludique, le désintéressement savant et un ethos distingué viennent conforter le discours de l'universel pour masquer son arbitraire.

50. Vedel (G.), "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", art. cité, p. 36.

51. Mathiot (A.), "Retrospectivement", art. cité, p. 23.

52. Rivero (J.), "Allocution prononcée aux obsèques de M. Achille Mestre", dans *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, vol. I, p. 59.