



**HAL**  
open science

## La méthode de l'archive foucaldienne en droit public

Mohesh Balnath

► **To cite this version:**

Mohesh Balnath. La méthode de l'archive foucaldienne en droit public. Y. Gonthier Le Guen; A. Jamet; V. Jeanne; Ch. K. Ndaw. Droit et mémoire, Mare & Martin, pp.193-213, 2021. hal-03914133

**HAL Id: hal-03914133**

**<https://hal.science/hal-03914133v1>**

Submitted on 27 Dec 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La méthode de l'archive foucauldienne en droit public

Mohesh BALNATH (doctorant contractuel, EDPL-Université Lyon-3)

Faut-il le rappeler, la doctrine en droit public connaît la métaphore biologique. La notion de personne morale en est un parfait exemple. N'est-ce pas Paul Laband qui déclarait, pour refuser l'autonomie de volonté à l'organe de la personne morale : « entre la notion d'organe et celle de représentant légal il y a une différence spécifique. [...] Dans la représentation il y a un rapport juridique entre deux sujets de droit, dont l'un agit pour l'autre [...] quand il y a organe, au contraire, c'est la personne juridique qui agit elle-même ; son organe [...] est une partie d'elle-même dont elle se sert *comme la personne physique se sert de la bouche ou de la main* »<sup>1</sup> ? Dès lors que la doctrine publiciste mobilise les sciences de la vie pour l'intelligence des phénomènes juridiques collectifs<sup>2</sup>, rien n'interdit de filer la métaphore.

Là peut intervenir l'idée de mémoire, et plus précisément l'acte de commémoration. Ainsi, l'élaboration et l'interprétation du droit sont une suite d'actes de commémoration. Le droit élaboré s'articule au droit existant, et il revient à l'auteur et à l'interprète juridiques d'emprunter au passé les réponses aux questions de droit, par un processus cognitif de type mémoriel, ceci ne serait-ce que parce que l'autorité habilitée s'astreint à penser et agir relativement à ses prédécesseurs. Autrement dit, elle suit une certaine orthopraxie.

L'archive foucauldienne est précisément l'instrument qui permet d'entendre le discours de la doctrine juridique comme support de processus cognitifs de type mémoriel. Il faut se détourner

---

<sup>1</sup> L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, Paris, LGDJ, 1906, p. 132 (nous soulignons).

<sup>2</sup> Nous nous limiterons au champ du droit public, soit l'ensemble des règles gouvernant les rapports entre les personnes publiques ou entre les personnes publiques et les personnes privées. Ce choix relève d'un certain arbitraire et il conviendrait de vérifier l'applicabilité de nos conclusions à l'étude de la doctrine privatiste. V. pour exemples, l'emploi de la métaphore biologiste dans la doctrine publiciste, l'étude de la « vie » des services publics, dans J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris, Sirey, 1934, 403 p, ou encore les recherches sur les états physiques de la matière juridique, dans C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTDciv*, oct.-déc. 2003, p. 599 et C. Thibierge *et alii* (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, Mare&Martin, 2013, XI-1204 p.

du langage courant ; l'archive foucauldienne n'est pas « la somme de tous les textes qu'une culture a gardés par-devers elle comme documents de son propre passé, ou comme témoignage de son identité maintenue »<sup>3</sup>. En réalité, Michel Foucault définit ainsi le terme : « l'archive, c'est d'abord la loi de ce qui peut être dit, le système qui régit l'apparition des énoncés comme événements singuliers »<sup>4</sup>. Autrement dit, il invite à établir une loi de dispersion du discours scientifique, à circonscrire le champ des énoncés scientifiques réguliers, typiques de la discipline. À ce titre, par énoncés réguliers, on entend l'ensemble des énoncés tenus par la doctrine qu'il n'est ni nécessaire ni possible de distinguer suivant la nouveauté de l'un d'eux. L'archive foucauldienne met donc en évidence l'idée d'une mémoire d'énoncés parents.

Prenons le cas de la décision du Conseil constitutionnel par laquelle, *via un obiter dictum*, il affirme que « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »<sup>5</sup>. L'opinion selon laquelle la conformité d'une loi à la Constitution est nécessaire pour que la loi en question exprime la volonté générale constitue alors une régularité. En effet, cette opinion est régulièrement défendue par la doctrine. Si l'on raffine l'analyse, deux énoncés réguliers contraires se révèlent à l'analyse. L'un d'inspiration positiviste verra dans la loi votée l'expression de la volonté générale dès lors que l'inconstitutionnalité n'a pas été démontrée. L'autre estimera que l'on ne peut être assuré du fait que la loi votée exprime la volonté générale tant qu'elle n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Pour exemple, cette dernière opinion a déjà été soutenue par Raymond Carré de Malberg<sup>6</sup>. L'énoncé n'est en même temps plus tout à fait le même, car la Constitution de la Cinquième République prévoit un contrôle de constitutionnalité de la loi adoptée, via son article 61, contrôle que Raymond Carré de Malberg appelait de ses vœux pour modérer la souveraineté parlementaire que la IIIe République a connue.

Michel Foucault détaille la méthode de l'archive foucauldienne sans évoquer la science du droit. Cette méthode a-t-elle un intérêt pour la doctrine publiciste en particulier ?

---

<sup>3</sup> M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 2008, p. 177.

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> Cons. const., 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*, Rec. 70, cons. 27.

<sup>6</sup> R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Sirey, Paris, 1931, p. 216-217 : « Si donc on veut que la loi soit vraiment une expression de volonté générale, et si c'est aussi à sa qualité de volonté générale que l'on fait remonter sa vertu obligatoire, il faut inévitablement en venir à conférer au corps populaire un certain rôle actif dans l'œuvre de la législation ». À ce titre, Raymond Carré de Malberg relève notamment le droit pour les citoyens de déposer un recours contre une loi adoptée par les Chambres ou celui de préparer un texte législatif à l'effet de son examen par les chambres.

La méthode de l'archive foucauldienne n'a pas retenu l'attention des publicistes, certainement du fait qu'elle comporte une faible valeur prédictive des énoncés juridiques (I). Pour autant, elle pourrait susciter de l'intérêt dans la mesure où elle analyse le discours doctrinal dans toute son hétérogénéité (II).

## **I. Une méthode inadaptée à l'identification du déterminisme des énoncés juridiques**

La méthode de l'archive foucauldienne n'explique pas l'énoncé normatif du droit, mais bien la proposition scientifique d'interprétation ; elle est une métascience du droit (A). S'agissant de la science juridique, la méthode de l'archive foucauldienne ne vise pas à identifier les facteurs déterminant l'émergence d'une proposition scientifique, mais bien plutôt à situer la régularité, la récurrence de celle-ci (B).

### *A. L'archive foucauldienne, méthode épistémologique*

La doctrine publiciste a à connaître deux types d'énoncés : ceux relevant du droit et de la science du droit. La distinction est malaisée, certains la refusent, au motif que la science du droit serait prescriptive et donc de même nature que le droit<sup>7</sup>. Nous retenons cette distinction, en ce qui nous concerne, dans la mesure où l'archive foucauldienne permet uniquement l'étude de la science du droit.

À la suite de Hans Kelsen, l'on peut définir le droit comme l'ensemble des normes juridiques valides. La validité de la norme juridique se définit chez Kelsen par deux composantes : d'abord, la norme doit appartenir au système normatif juridique en dérivant de la norme fondamentale de ce système et ensuite, elle doit être efficace, c'est-à-dire obéie par le plus grand nombre, dans le cadre d'un contrat social<sup>8</sup>. Précisément, la norme juridique dérive de la norme fondamentale dès lors qu'elle est conforme à cette dernière, notamment en ce sens

---

<sup>7</sup> G. Kalinowski, *Querelle de la science normative: une contribution à la théorie de la science*, préf. de M. Villey, Bibliothèque de philosophie du droit, Paris, LGDJ, 1969, III-160 p. Selon cet auteur, il faut considérer que la proposition qui donne lieu à une prescription n'est plus tout à fait un énoncé scientifique mais bien plutôt une affirmation relevant de la dogmatique juridique. Il y aurait alors un continuum normatif entre droit et science du droit.

<sup>8</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 289: « Les normes d'un ordre juridique positif sont valables parce que la norme fondamentale qui forme la règle fondamentale de leur création est supposée valable, non parce qu'elles sont efficaces; mais elles ne sont valables que si, et par conséquent tant que, cet ordre juridique est efficace ».

qu'elle respecte les conditions formelles d'adoption des normes établies par la norme fondamentale.

Au contraire, la science du droit se définit comme un ensemble de connaissances juridiques, de propositions scientifiques à caractère juridique tenues pour vraies. En particulier, cette proposition est l'initiative d'un individu ou d'un organe non investi de l'autorité d'établir une norme. À ce titre, il énonce une opinion qui peut être vraie ou fausse, selon qu'elle est conforme à la norme juridique qu'elle décrit.

Rapporté à la science du droit, le concept d'archive foucauldienne permet de situer l'épaisseur du discours doctrinal associé à une norme, à la manière d'un palimpseste. L'idée n'est pas de distinguer l'opinion nouvelle, disruptive, d'opinions plus banales, mais bien de saisir l'ensemble des opinions dans leurs régularités. En effet, toutes les opinions juridiques à caractère scientifique témoignent du recours à des énoncés récurrents par des opérations cognitives de type mémoriel.

Notre propos s'appuiera en outre sur l'étude de thèses, pour ce qu'elles impliquent un degré de formalisation du raisonnement garantissant que ces travaux relèvent de la science du droit et non de la simple mobilisation du savoir juridique, pour reprendre une distinction foucauldienne issue de l'*Archéologie du savoir*<sup>9</sup>.

### *B. Le déterminisme évanescent de la doctrine publiciste*

L'archéologie n'est pas une théorie des contraintes juridiques appliquée à la science du droit. La théorie des contraintes juridiques est une grille d'analyse des énoncés juridiques, excroissance de la théorie réaliste de l'interprétation. Elle consacre la force de l'autorité

---

<sup>9</sup> Michel Foucault avance une typologie de la connaissance, suivant la rigueur et l'expertise de l'interlocuteur sur une matière donnée. Pour ce qui nous concerne, le savoir juridique serait celui mobilisé dans la presse généraliste par le juriste dogmatique, tandis que la science juridique suppose la mobilisation d'outils de la pensée pour une réflexion critique sur le droit. V. M. Foucault, *op. cit. passim*.

habilitée dans la détermination du sens d'un énoncé juridique. En germe il y a de cela plusieurs décennies<sup>10</sup>, la théorie des contraintes juridiques est désormais systématisée<sup>11</sup>.

La théorie des contraintes juridiques examine les énoncés juridiques et y voit l'œuvre d'un déterminisme agissant sur l'interprète de la norme. Elle réduit les normes à une de leurs composantes : les actes par lesquels des autorités habilitées manifestent leur volonté d'attribuer une signification précise à un énoncé indéterminé. En effet, un énoncé peut être indéterminé en droit. Le premier alinéa de l'article 24 de la Constitution dispose : « le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques. » L'indétermination vient du fait qu'on ne sait si le Parlement a l'obligation d'accomplir toutes ces tâches ou s'il s'agit d'un simple pouvoir. Il revient à l'interprète de fixer le sens, par exemple le Conseil constitutionnel. Dans la perspective de la théorie réaliste de l'interprétation, le droit « est une forme d'exercice du pouvoir politique dont la spécificité réside dans la nature [des] relations entre actes de volonté »<sup>12</sup>.

Ce faisant, la théorie des contraintes juridiques permet l'assimilation de la science du droit aux autres sciences, principalement celles de la nature, dans la mesure où cette théorie permet d'envisager en droit une causalité entre actes, ce qu'empêchait la norme. En effet, les relations entre normes ne peuvent être des relations causales, mais simplement des relations d'imputation : telle norme impute à telle autre le soin de définir la prescription, mais sans causer l'acte dans tout son contenu ; l'auteur de l'acte imputé bénéficie d'un certain pouvoir discrétionnaire. Dès lors que la théorie des contraintes juridiques permet de raisonner sur la base d'actes, précisément d'actes de volonté, l'établissement d'une causalité, et partant de mécanismes déterministes, est possible.

---

<sup>10</sup> M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, préf. de C. Eisenmann, texte inédit de Barnave, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, LDGJ, 1973. On peut considérer que le fait que Michel Troper recherche l'intention des constituants constitue une première tentative d'analyse du rôle de l'interprète en droit. Dans sa préface, Charles Eisenmann fait part de son scepticisme sur l'intérêt d'une telle démarche. Ce scepticisme se justifie par le fait que la théorie de l'interprétation de Michel Troper n'en était qu'à ses balbutiements. Désormais enrichie d'une théorie des contraintes juridiques, la théorie de l'interprétation paraît mieux armé pour étudier son objet.

<sup>11</sup> M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzcyk, *Théorie des contraintes juridiques*, La pensée juridique, Paris, LGDJ, 2005, p. 3: « dans le monde du droit [...] en dehors de la psychologie des acteurs, de leur appartenance sociale et de leurs croyances idéologiques, morales, religieuses, il est possible d'identifier dans les systèmes juridiques des facteurs qui les contraignent à agir ou interpréter tel ou tel énoncé d'une façon plutôt que d'une autre, c'est-à-dire à choisir un comportement parmi le grand nombre de ceux qui seraient permis par les règles ».

<sup>12</sup> M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Léviathan, Paris, PUF, 1994, p. 158.

L'archéologie du savoir n'est pas non plus une analyse institutionnelle appliquée à la science du droit. Cette analyse, théorisée par Maurice Hauriou, insiste, antérieurement à la théorie des contraintes juridiques, sur l'existence d'un déterminisme du contenu de la norme. Cette dernière dériverait d'une idée d'œuvre qui assure la cohésion de tout système normatif<sup>13</sup>. À la différence de la théorie des contraintes juridiques, l'analyse institutionnelle situe le déterminisme au stade de l'élaboration de l'énoncé par l'autorité habilitée, non pas au stade de l'interprétation de ce dernier<sup>14</sup>. L'analyse institutionnelle examine précisément ce qui relève « [de] l'inédit et [du] continu »<sup>15</sup> dans le texte, dès son édicton. La référence au « continu » indique que l'on demeure dans l'analyse de processus cognitif de type mémoriel.

La méthode de l'archive foucauldienne se distingue d'une théorie des contraintes juridiques appliquée au commentaire doctrinal, ou d'une analyse institutionnelle appliquée au même objet, pour un motif simple : elle ne recherche pas l'identification d'un déterminisme des opinions : « Les positivités que j'ai tenté d'établir ne doivent pas être comprises comme un ensemble de déterminations s'imposant de l'extérieur à la pensée des individus, ou l'habitant de l'intérieur et comme par avance [...] Il s'agit moins des bornes posées à l'initiative des sujets que du champ où elle s'articule (sans en constituer le centre), des règles qu'elle met en œuvre (sans qu'elle les ait inventées ni formulées), des relations qui lui servent de support (sans qu'elle en soit le résultat dernier ni le point de convergence) »<sup>16</sup>. En cela, la méthode de

---

<sup>13</sup> La définition de Hauriou est connue : « [l']institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglée par des procédures ». Le « pouvoir qui procure des organes » désigne le droit statutaire, qui constitue l'instant d'élaboration des garanties des droits individuels pour les membres d'une communauté. En outre, les « manifestations de communion » incarnent le droit disciplinaire. Cf. M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation: essai de vitalisme social », in *La cité moderne et les transformations du droit*, Les Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 4, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 2-45, spé. p. 10. En outre, le droit disciplinaire « est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose ». V. M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Larose, 1910, p. 137. Pour M. Hauriou, le pouvoir de nomination, le principe hiérarchique, les prérogatives de puissance publique telles que les autorisations de police ou les concessions sur le domaine public relèvent du droit disciplinaire. Cf. *Ibid.*, p. 138 et L. Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, préf. de J. Rivero, av.-propos d'A. Hauriou, Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, 1966, p. 92.

<sup>14</sup> Par nature, dans la pensée institutionnelle, l'individu est naturellement porté à la satisfaction de ses intérêts propres. L'idée d'œuvre est le projet dont se dote une communauté, qui trouve une concrétisation durable dans le droit. Sans ce dernier, l'idée d'œuvre périclète du fait de « l'effet corrupteur du temps » ; les stratégies individualistes doivent être combattues par le vitalisme social. V. É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, n°s 30-31, 1995, p. 381-412, spé. p. 399.

<sup>15</sup> J.-A. Mazères, « Préface », in C. Alonso, *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 13-19, spé. p. 18.

<sup>16</sup> M. Foucault, *op. cit.*, p. 283.

l'archive foucauldienne vise plutôt à établir le champ des occurrences de l'énoncé régulier, relativement à une période définie.

La théorie des contraintes juridiques est, du reste, inapplicable en tant que métascience du droit. Celle-ci, à la manière de la méthode de l'archive foucauldienne, décrit son objet, la science du droit, sans y insuffler une grille d'analyse déterministe. La théorie des contraintes juridiques prend appui sur l'analyse du travail de l'autorité habilitée. Or, la science du droit est l'affaire d'autorités non investies du pouvoir d'interpréter. En théorie, ces autorités sont égales face à la norme commentée ; elles sont toutes susceptibles d'énoncer une proposition fautive. De ce point de vue, la méthode de l'archive foucauldienne se fonde sur l'observation de la diversité des opinions émises à propos d'une norme, sans que l'accent soit mis sur celle qui doit dominer la doctrine, sous prétexte que l'opinion de l'interprète authentique a vocation à faire partie intégrante du droit, à devenir une norme valide.

L'archéologie du savoir est une démarche indifférente à l'auteur de la proposition scientifique. Pour exemple, l'archéologie du savoir pictural ne consiste pas à cerner les intentions du peintre mais bien plutôt à savoir si « l'espace, la distance, la profondeur, la couleur, la lumière, les proportions, les volumes, les contours n'ont pas été, à l'époque envisagée, nommés, énoncés, conceptualisés dans une pratique discursive »<sup>17</sup>. L'archive foucauldienne désigne l'ensemble des énoncés contenus dans une œuvre, peu importe leur auteur. Les énoncés de l'archive foucauldienne témoignent d'une régularité du fait de la parenté d'énoncés successifs. Les énoncés simultanés peuvent être d'une variété, voire se contredire<sup>18</sup>.

Un indice de l'indifférence de Michel Foucault à l'égard de l'auteur de la proposition scientifique réside dans le fait qu'il refuse de le rendre maître du changement d'opinion dominante dans la doctrine. Il s'exprime en ces termes : « Je n'ai pas nié, loin de là, la possibilité de changer le discours : j'en ai retiré le droit exclusif et instantané à la souveraineté du sujet »<sup>19</sup>. Le déterminisme n'est pas nié mais il est évanescent ; il ne s'inscrit pas nécessairement dans l'énoncé qui constitue la proposition scientifique et il ne revient pas à la méthode de l'archive foucauldienne de l'identifier<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> M. Foucault, *ibid.*, p. 262-263.

<sup>18</sup> Cf. *infra* la coexistence d'énoncés légicentristes et constitutionnalistes en 1985.

<sup>19</sup> M. Foucault, *op. cit.*, p. 283.

<sup>20</sup> Michel Foucault échappe dès lors à la tentation ethnologique. Bruno Latour, par exemple, tente de cerner le travail de l'interprète du droit par une succession de paroles rapportées : le « sujet parlant » est souverain dans l'approche de Bruno Latour, si nous devons parler en termes foucauldien. V. B. Latour, *La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004, 319 p.

La proposition scientifique n'engagerait pas non plus dans son contenu un choix de son auteur. Celui-ci ne peut espérer laisser une trace de sa personne par l'énoncé qu'il tient : « Il faudrait que je suppose que dans mon discours il n'y va pas de ma survie ? Et qu'en parlant je ne conjure pas ma mort, mais que je l'établis ; ou plutôt que j'abolis toute intériorité en ce dehors qui est si indifférent à ma vie, et si *neutre*, qu'il ne fait point de différence entre ma vie et ma mort ? »<sup>21</sup>. Michel Foucault rappelle que le discours scientifique ne s'apprécie qu'au regard de son objet, non pas de son auteur : « Le discours n'est pas la vie : son temps n'est la vôtre ; en lui, vous ne vous réconciliez pas avec la mort ; il se peut bien que vous ayez tué Dieu sous le poids de tout ce que vous avez dit ; mais ne pensez pas que vous ferez, de tout ce que vous dites, un homme qui vivra plus que lui »<sup>22</sup>.

À l'appui de l'idée selon laquelle l'auteur de l'énoncé n'est pas souverain du changement qu'il évoque, l'on peut prendre l'exemple des directives en droit interne, soit des actes de droit souple par lesquels l'administration assure la cohérence de son action par l'autolimitation de son pouvoir discrétionnaire<sup>23</sup>. Le Conseil d'État agit en tant que corps non investi de l'autorité de fixer le sens de la norme lorsqu'il commente l'usage des directives, en ce sens que, dans son rapport public annuel, il n'énonce pas de norme relevant de l'ordonnement juridique<sup>24</sup>. En réalité, il émet une proposition susceptible d'être vraie ou fautive au regard de la norme visée lorsqu'il affirme que l'usage des directives a évolué. L'opinion soutenue par le Conseil d'État est que le terme même « directive » porte désormais à confusion. Il souligne un changement énonciatif dont il n'est pas maître : il rappelle que les administrations se sont insuffisamment saisies de la directive dans son acception initiale et que, par ailleurs, le terme « directives » est employé, par convention, pour désigner également les directives de l'Union européenne.

L'opinion inverse pourrait être admise : le terme « directive » ne porte pas à confusion dès lors que, pour l'essentiel, ce terme renvoie aux directives de l'Union européenne, ce que reconnaît le Conseil d'État. Deux énoncés contradictoires se côtoient ainsi, et leur étude est rendue possible dans le cadre de l'archive foucauldienne. Cela dit, le Conseil d'État adopte un propos prescriptif en suggérant l'harmonisation du vocable employé par les administrations, au profit de l'expression « lignes directrices »<sup>25</sup>. Autrement dit, bien que le Conseil d'État émette une

---

<sup>21</sup> M. Foucault, *op. cit.*, p. 285.

<sup>22</sup> M. Foucault, *ibid.*, p. 286.

<sup>23</sup> CE, Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, Rec. 750, concl. L. Bertrand.

<sup>24</sup> CE, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, 4 juillet 2013, p. 139-141.

<sup>25</sup> S'agissant par exemple des instructions de l'Agence pour l'enseignement français à l'étranger (AEFE) aux commissions locales arrêtant la liste des bénéficiaires de bourses, v. CE, 19 sept. 2014, *Jousselin*, Rec. 272 ; *AJDA* 2014. 2262, concl. G. Dumortier.

proposition susceptible d'être vraie ou fausse, le caractère scientifique de cette dernière peut être en cause du fait de la prescription, de sorte que le propos relèverait davantage de la dogmatique juridique que de la science du droit. Cependant, le Conseil d'État s'astreint en l'occurrence à présenter objectivement une pratique, dans toute son incohérence, ce qui achève d'inclure l'énoncé dans la science du droit.

Le fait que deux opinions concurrentes puissent être analysées dans leur régularités est l'un des intérêts principaux de la méthode de l'archive foucauldienne.

## II. Une méthode essentielle à la connaissance du travail doctrinal

D'un point de vue synchronique, la méthode de l'archive foucauldienne donne à voir des énoncés dans leurs contradictions sans rechercher, par une dialectique, à dépasser ces dernières (A). D'un point de vue diachronique, cette méthode permet également de documenter le processus de sédimentation des énoncés scientifiques en droit (B).

### A. *L'archive foucauldienne, une contemplation de la contradiction*

Par l'archive foucauldienne, s'agit-il seulement de faire une histoire des idées juridiques ? Pour Michel Foucault, l'histoire des idées est une approche téléologique : « l'analyse des naissances sourdes, des correspondances lointaines, des permanences qui s'obstinent au-dessous des changements apparents, des lentes formations qui profitent des mille complicités aveugles, de ces figures globales qui se nouent peu à peu et soudain *se condense dans la fine pointe de l'œuvre* »<sup>26</sup>. L'histoire des idées se distingue de l'archéologie sur de nombreux plans.

L'archéologie permet d'étudier avec le même aplomb différents énoncés, là où l'histoire des idées favorise les moments dits « de rupture »<sup>27</sup>. Michel Foucault dira même que le rôle de l'archéologue du savoir est de défaire le travail de l'historien des idées<sup>28</sup>.

Surtout, l'archéologie permet l'examen de thèses contradictoires sans la préoccupation de l'établissement d'une pensée convergente. En reprenant l'exemple précédent, l'on constate que les thèses contradictoires se sont côtoyées en 1985. Ainsi, d'aucuns soutiennent que le légicentrisme demeure après 1985<sup>29</sup>, en ce qu'il est inscrit dans la Constitution de la Cinquième

---

<sup>26</sup> M. Foucault, *op. cit.*, p. 187 (nous soulignons).

<sup>27</sup> M. Foucault, *ibid.*, p. 197: « Le champ des énoncés n'est pas un ensemble de plages inertes scandé par des moments féconds; c'est un domaine qui est de bout en bout actif ».

<sup>28</sup> M. Foucault, *ibid.*, p. 231.

<sup>29</sup> Ph. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, préf. de D. Rousseau, Paris, PUF, 2001, p. 14.

République, dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité des articles 61 et 61-1 de la Constitution demeurent facultatifs et laissés à la discrétion de requérants ; le Conseil Constitutionnel n'est en effet pas en mesure de s'autosaisir. Légitimisme et constitutionnalisme sont deux énoncés contradictoires qui donnent pourtant deux propositions scientifiques vraies suivant la norme de référence. L'archive foucauldienne révèle la science du droit dans l'ambivalence des opinions défendues, et met en exergue le Janus conceptuel.

La démarche foucauldienne est-elle nécessaire à la connaissance du travail doctrinal ? La mobilisation par les juristes de la mémoire des opinions émises par leurs illustres prédécesseurs est déjà étudiée au moyen de l'établissement de traditions doctrinales, voire d'écoles de pensée<sup>30</sup>. Ces dernières approches suffisent-elles ?

La tradition doctrinale et l'école de pensée sont des approches répandues dans la jurisprudence. Sont emblématiques à cet égard les conclusions prononcées en 1999 par Catherine Bergeal s'agissant du principe d'irrecevabilité du recours contentieux dirigé contre les actes pris par les assemblées parlementaires : « De cet édifice jurisprudentiel, de ce temple plutôt, aucun de vos commissaires depuis 1872, instruits par le rejet, sans réserve, des conclusions de notre prédécesseur Perret, n'oseront secouer les colonnes »<sup>31</sup>. Il serait possible, suivant la méthode de l'archive foucauldienne, de souligner les contradictions qui traversent les propositions scientifiques relatives à la recevabilité du recours contentieux en matière d'administration parlementaire. En revanche, la tradition doctrinale d'irrecevabilité du recours revêt le caractère d'un précédent déterminant l'action des membres d'une institution. Il suffit de songer pour s'en convaincre à l'arrêt *Brocas*<sup>32</sup>. Le commissaire du gouvernement Bernard eut « pour réflexe premier de rechercher dans la jurisprudence antérieure du Conseil d'État »<sup>33</sup> l'état du droit<sup>34</sup>, et ne se fonda qu'en dernière instance sur les dispositions de la Constitution pour confirmer

---

<sup>30</sup> Sur le concept d'école, v. F. Melleray, « Remarques sur l'école de Toulouse », *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, Paris, LexisNexis, 2009, p. 533. L'école se distingue de la simple tradition doctrinale sur le point de l'origine de l'énoncé. Dans la tradition doctrinale, l'origine n'a pas d'importance, seule importe la récurrence du discours. Au contraire, l'école de pensée situe l'origine de l'énoncé dans le discours d'un maître, énoncé relayé par des disciples : l'école constitue une unité de sens.

<sup>31</sup> C. Bergeal, « Le contrôle de la passation des marchés des assemblées parlementaires (Conclusions sur CE, Ass, 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*) », *RFDA*, 1999, p. 333.

<sup>32</sup> CE, Ass., 19 octobre 1962, *Brocas*, Rec. 553 ; *RDP* 1962. 1181, concl. M. Bernard, s'agissant des conséquences de la démission du gouvernement au titre de sa responsabilité devant le Parlement.

<sup>33</sup> S. Leroyer, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République : essai sur une théorie de l'État*, préf. d'É. Desmons, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2011, p. 411.

<sup>34</sup> Ainsi, constitue un « principe traditionnel du droit public » celui selon lequel une autorité administrative désinvestie de ses fonctions et n'étant pas directement remplacée ne peut qu'expédier les affaires courantes, principe tiré de la décision CE, Ass., 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, Rec. 210 ; *S.* 1952 III. 49, concl. J. Delvolvé.

que la jurisprudence n'avait pas été remise en cause par celle-ci. Le commissaire du gouvernement participe à l'établissement de la tradition doctrinale, dans la mesure où il n'est pas l'autorité habilitée à trancher le litige et il n'énonce qu'une proposition d'interprétation d'une norme. Il revient à la formation de jugement d'établir la norme valide.

Bien que l'archive foucauldienne, les traditions doctrinales et les écoles de pensée ont ceci de commun qu'ils procèdent de l'identification d'une homogénéité de sens et de logique parmi différentes propositions scientifiques, l'intuition diffère. L'identification de traditions doctrinales et d'écoles de pensée résultent du travail de l'historien des idées ; la dynamique unificatrice d'une pensée efface dans ce cadre les contradictions. Ainsi, jusqu'à quel point la variété des opinions régnant au sein d'une école de pensée est-elle admise ? L'établissement d'une école de Maurice Hauriou tend à effacer le dévoiement de sa pensée par certains disciples revendiqués, tels que Carl Schmitt<sup>35</sup> ou Georges Burdeau<sup>36</sup>. Des contradictions, du moins des originalités significatives, apparaissent également entre Maurice Hauriou et certains de ses disciples les plus fidèles ; c'est le cas entre autres d'André Hauriou<sup>37</sup>.

L'archéologie du savoir constitue un véritable apport au regard de la connaissance du travail doctrinal si l'on s'intéresse aux fictions juridiques. Ce phénomène désigne la « fausseté » tenue pour vraie du fait d'une convention institutionnelle. Exemple fameux, une fiction juridique veut que l'acte annulé à la suite d'un recours pour excès de pouvoir est réputé n'avoir jamais existé<sup>38</sup>.

L'existence d'une fiction témoigne de la coexistence de deux énoncés contradictoires : la fiction dissocie les deux énoncés en les plaçant sur deux plans complémentaires. Ainsi, l'un de deux énoncés désigne un acte matériel, tandis que l'autre met en évidence l'effet produit par une norme à l'encontre de cet acte matériel. Pour reprendre notre exemple, l'acte annulé a donné lieu à un acte matériel qui a eu lieu. Une norme a été cependant élaboré qui a pour effet

---

<sup>35</sup> De ce point de vue, C. Schmitt s'est autorisé des interprétations « stratégiques » de l'analyse institutionnelle de Hauriou. À ce propos, v. O. Jouanjan, « Sur une réception allemande de la pensée de Maurice Hauriou : Carl Schmitt et la théorie de l'institution », in C. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz (dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps: quel(s) héritage(s) ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 181-194.

<sup>36</sup> G. Burdeau, *Le pouvoir politique et l'État*, Paris, LGDJ, 1943, p. 411: « j'admets que l'institution peut trouver son origine dans la règle de droit. Hauriou le nie sous prétexte qu'il est impossible qu'il sorte du milieu social une règle qui par hypothèse serait antérieure à ce qu'il s'agit de créer ». Cela contrevient à l'intuition de Maurice Hauriou, selon laquelle le droit n'intervient que pour assurer la perpétuation de l'idée d'œuvre, manifestation primaire du projet social.

<sup>37</sup> Lucien Sfez trouve ainsi exagérée l'affirmation suivante d'André Hauriou : « Je suis le jardinier du jardin de mon père ». V. L. Sfez, *op. cit.*, p. 355.

<sup>38</sup> Pour davantage de précisions sur la notion de fiction juridique, v. D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, préf. d'É. Picard, Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, 2000.

de nier l'existence même de cet acte matériel. Ainsi, tel le chat de Schrödinger, l'on peut dire que l'acte annulé existe et n'existe pas dans le même temps.

Autre exemple, celui que nous évoquions en propos liminaire. D'aucuns dénoncent la personnalité morale comme une fiction juridique : la personne morale ne se matérialiserait jamais comme une personne et seul un acte du législateur ferait advenir la personne morale. En un sens, la personne morale existe et n'existe pas. L'archive foucauldienne pourrait permettre d'examiner la régularité de chacun de ces énoncés, et en particulier leurs conditions d'énonciation.

Enfin, une fiction a cours dans la doctrine publiciste qui veut qu'un arrêt ancien contredisant une solution d'espèce récente n'a que peu de portée, voire aucune ; il est oublié. D'une fortune déjà certaine<sup>39</sup>, une formule de Bernard Perrin, dans son commentaire de la loi du 23 juillet 1947 instaurant le fichier central à la Cour de Cassation<sup>40</sup> est reprise par Hugues Le Berre dans sa thèse consacrée au revirement de jurisprudence en droit administratif: « Tout arrêt non publié ou non fiché est vite oublié : quand la composition de la Chambre qui l'a rendu s'est entièrement renouvelée, soit en une dizaine d'années, il doit être considéré comme n'ayant jamais existé [...]. Le nombre de ces arrêts moralement anéantis est considérable »<sup>41</sup>. L'archive foucauldienne permet de vérifier la disparition de l'énoncé régulier, en ce sens qu'elle ne la postule pas par l'intervention d'un énoncé apparemment nouveau. En effet, l'archive foucauldienne s'accommode de la contradiction entre la proposition scientifique démontrant la disparition de l'énoncé consacrée par le nouvel arrêt et celle démontrant la survie de l'énoncé ancien<sup>42</sup>.

Par ailleurs, l'archive foucauldienne renseigne également le travail doctrinal lorsque le changement dans l'état du droit est incertain. Le changement peut être considéré comme incertain dans deux cas : la transition juridique<sup>43</sup> et le changement informel du droit<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> J. Léonnet, « Le service de documentation et d'études, mémoire de la Cour de cassation », in Institut des hautes études sur la justice, *L'image doctrinale de la Cour de cassation : actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 63-66.

<sup>40</sup> B. Perrin, *Recueil général des lois et des arrêts*, Lois annotées, Paris, Sirey, 1948, p. 1137.

<sup>41</sup> H. Le Berre, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 : Conseil d'État et Tribunal des conflits*, préf. de J.-P. Négrin, Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, 1999, p. 157.

<sup>42</sup> Cf. *supra* la coexistence d'énoncés légicentristes et constitutionnalistes en 1985.

<sup>43</sup> G. Éveillard, *Les dispositions transitoires en droit public français*, préf. de J. Petit, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2007.

<sup>44</sup> M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, préf. de V. Champeil-Desplats, av.-propos de D. Baranger, Thèses, Paris, Institut universitaire Varenne, 2013.

Dans le premier cas, des propositions scientifiques contradictoires coexistent sur la question de la survie de l'ancien droit durant la période de transition ; la doctrine n'est pas unanime lorsqu'il s'agit de situer le moment précis du changement, voire sa réalité. Par exemple, il n'y aurait pas eu de transition constitutionnelle en 1940 du fait que le projet de constitution achevé par le Maréchal Pétain en janvier 1944 n'a jamais été promulgué, mais dans le même temps, il y aurait eu transition constitutionnelle car la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 a enclenché un tel processus<sup>45</sup>. Ces deux énoncés sont vrais dans la science du droit.

Dans le second cas, la coexistence de propositions scientifiques contradictoires se constate à l'aune du changement informel : deux supports différents pourraient le consacrer, dans la mesure où la légitimité de ces supports varie dans la science du droit. Dès lors, le support légitime pour le changement informel est indécis, et cette indécision crée les conditions de production de propositions scientifiques vraies, bien que contradictoires. Ainsi, d'aucuns considèrent que l'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État sur le projet de Constitution n'est pas le support du changement de régime, alors que d'autres pensent le contraire dans la mesure où cet avis « intervient en dernière étape d'un processus déjà fortement imprégné [des méthodes du Conseil d'État], sur un texte qui porte déjà sa marque, et parce que le Gouvernement compte sur cette étape pour en coordonner les termes de façon ultime »<sup>46</sup>.

De manière générale, la méthode de l'archive foucauldienne souligne la formation de la proposition scientifique tenue pour vraie suivant la norme examinée. Cette entreprise donne lieu à une étude approfondie de la sédimentation des énoncés de la science du droit, au regard de la décision prise par l'autorité habilitée de consacrer une certaine norme plutôt qu'une autre.

### *B. L'archive foucauldienne, boîte noire des énoncés scientifiques réguliers*

La méthode de l'archive foucauldienne tient sa spécificité du fait qu'elle explique la sédimentation des énoncés doctrinaux réguliers, qu'elle s'intéresse à leur formation<sup>47</sup>. Par sédimentation, nous comprenons le processus à l'œuvre au sein de l'archive foucauldienne. Ce processus explique la parenté de propositions scientifiques suivant la superposition d'énoncés

---

<sup>45</sup> G. Éveillard, *op. cit.*, p. 167.

<sup>46</sup> S. Leroyer, *op. cit.*, p. 226.

<sup>47</sup> C'est en ce sens que Michel Foucault s'exprime : « C'est dans l'interstice des discours scientifiques qu'on a pu saisir le jeu des formations discursives ». Il apparaît que l'archive foucauldienne permet de caractériser le discours scientifique en devenir. V. M. Foucault, *op. cit.*, p. 265.

réguliers. Il renseigne le devenir d'énoncés réguliers du point de vue de ses formulations et de ses conditions d'énonciation.

L'archive foucauldienne est constituée des principes qui gouvernent la dispersion d'un énoncé, le champ de ses occurrences dans le discours scientifique. Ces principes émergent à la faveur de l'identification de régularités énonciatives. Pour avoir une vision suffisante des occurrences d'un énoncé régulier dans la doctrine publiciste, il est nécessaire d'envisager largement les manifestations d'opinions scientifiques en droit public. Ces opinions figurent évidemment dans les travaux académiques, mais également dans d'autres sources, moins connues, qui échappent au droit et au savoir juridique et constituent des provinces de la science du droit. Ces provinces se découvrent notamment à l'observation des sources motivant la prise de décision par l'autorité habilitée. En effet, cette dernière fonde sa décision fréquemment sur un débat ou une consultation préalable à l'édition de la norme.

Au titre de ces sources peu exploitées par la doctrine publiciste, l'on retient d'abord les procès-verbaux de réunion. Les *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*<sup>48</sup> sont un exemple probant. En outre, les procès-verbaux des réunions du Bureau d'une assemblée parlementaire donnent à voir un débat entre des opinions contradictoires, celles dont la régularité mérite d'être interrogée. L'on pourrait ainsi étudier les procès-verbaux de telles réunions préalablement au vote de l'article 72 (II, b) de la loi de finances pour 1963 (n° 63-156 du 23 février 1963) qui consacre le fait que les fonctionnaires parlementaires sont des fonctionnaires de l'État. Les procès-verbaux indiqueraient alors la manière dont deux énoncés réguliers sont susceptibles d'être recomposés dans la doctrine publiciste : « le Parlement est un organe non personnalisé de l'État » et « les assemblées parlementaires sont autonomes quant à leur fonctionnement ».

De la même manière, les conclusions du rapporteur public montrent le conflit entre des énoncés contradictoires, préalablement à la décision de l'autorité habilitée, le juge. Souvent, le rapporteur public rappelle l'existence et la transformation d'énoncés réguliers sous l'effet du temps, en particulier du fait de l'action du législateur ou du juge<sup>49</sup>. Il faut noter de plus que la

---

<sup>48</sup> Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V<sup>e</sup> République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, 4 vol., Paris, La Documentation française, 1987-2001.

<sup>49</sup> B. Dacosta affirme en 2014 que « même si la doctrine n'est pas unanime quant à la date précise à laquelle s'est opéré ce basculement, un point est acquis : à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, au moment où se cristallisait la classification des recours contentieux, vous avez fermé aux tiers la possibilité de contester un contrat administratif » (nous soulignons). Cf. B. Dacosta, « De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif (Conclusions sur CE, Ass, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne) », *RFDA*, 2014, p. 425.

création du Centre de coordination et de documentation du Conseil d'État, par une décision de son Vice-Président René Cassin le 23 avril 1953, a simplifié l'identification d'énoncés réguliers au sein de l'ordre juridictionnel administratif<sup>50</sup>.

Par ailleurs, les documents issus de consultations préalables d'organes experts, par l'autorité habilitée à édicter la norme, permettent de saisir les énoncés réguliers dans tout leur champ d'énonciation. Ainsi du recours aux rapports des autorités et corps d'inspection et de contrôle. Les rapports de la Cour des comptes rapportent par exemple des énoncés réguliers relatifs au manquement constitutif d'une faute de l'administration selon la science du droit<sup>51</sup>.

Enfin, il peut être utile de relire des ouvrages classiques à la lumière de la méthode de l'archive foucauldienne, précisément pour identifier et qualifier l'énoncé régulier. D'ailleurs, des documents ont pu connaître une consécration telle qu'ils tendent à échapper à la science du droit pour devenir du droit, qu'ils relèvent du discours valide, normatif, relevant de l'ordonnement juridique. Par exemple, l'ouvrage *The English Constitution* de Walter Bagehot au Royaume-Uni<sup>52</sup> ou de la revue *Federalist* aux États-Unis<sup>53</sup> en sont des exemples probants. S'agissant de cette dernière revue, la référence est systématique dans la doctrine, au point que le professeur Charles Kesler considère qu'outre-Atlantique, ce recueil d'articles peut être confondu avec la Constitution américaine<sup>54</sup>. Si ces ouvrages ou recueils ne retranscrivent pas un débat objectif, ils donnent lieu malgré tout à la confrontation, certes rapide, d'énoncés contradictoires. Ces derniers peuvent néanmoins être identifiés. De la même manière, bien que l'objet de tels ouvrages est de renseigner l'opinion dominante, dans une direction dogmatique, les traités de droit parlementaire rédigés par des secrétaires généraux d'assemblées

---

<sup>50</sup> Son premier directeur fut François Gazier, qui participa d'ailleurs à titre personnel à l'intelligence et à la compréhension de l'institution du recours pour excès de pouvoir, v. G. Braibant, M. Long, « Le Centre de coordination et de documentation du Conseil d'État », *EDCE* - IX, 1955, p. 69.

<sup>51</sup> B. Delaunay, *La faute de l'administration*, préf. d'Y. Gaudemet, Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, 2007, p. 67.

<sup>52</sup> W. Bagehot, *La Constitution anglaise*, Trad de « *The English Constitution* » (1867) par M. Gaulhiac, Paris, Germer Baillière, 1869.

<sup>53</sup> Publius (A. Hamilton, J. Madison, J. Jay), *Le fédéraliste (Commentaire de la Constitution des États-Unis)*, Trad. de « *The Federalist Papers* » (1787-1788) par G. Jèze, Paris, V. Giard & E. Brière, 1902.

<sup>54</sup> Charles R. Kesler, « Introduction », in *Saving the Revolution: the « Federalist papers » and the American founding*, New-York, The Free Press, 1987, p. 5, cité in D. Mongoin, « Le Fédéraliste revisité », *Jus Politicum*, 2012, n° 8 (La théorie de l'État entre passé et avenir).

parlementaires, comme celui de Sir Erskine May<sup>55</sup> au Royaume-Uni ou celui d'Eugène Pierre<sup>56</sup> en France, accordent une certaine place aux opinions mineures mais régulières.

Ces opinions mineures sont riches d'enseignement pour la méthode de l'archive foucaldienne lorsque l'ouvrage qui les rapporte est le fait d'une personnalité historique du droit public. À ce titre, la science du droit procède en partie des contradictions mises en évidence par ce type de personnalité. En outre, le droit semble favoriser le travail doctrinal sur ce type de source, comme en témoigne l'accessibilité des archives personnelles du Maréchal Pétain<sup>57</sup>, celles du Général de Gaulle<sup>58</sup> ou encore la correspondance entretenue par René Cassin. La thèse de Séverine Leroyer s'appuie sur cette dernière source, à profit comme l'indique son directeur de thèse : « les recherches menées par Séverine Loyer aux Archives nationales, exhumant une lettre de Cassin à de Gaulle ainsi que des correspondances entre Cassin et les présidents de section, en mai-juillet 1958 apportent un éclairage nouveau sur les origines de la Ve République »<sup>59</sup>.

Dans de tels ouvrages, l'opinion mineure, que découvre et analyse la méthode de l'archive foucaldienne, éclaire sous un nouveau jour l'œuvre de la personnalité en question. L'œuvre apparaît dans sa complexité.

En tout état de cause, la méthode de l'archive foucaldienne rencontre les limites que connaît son objet, la science du droit. Ces limites sont précisément incertaines, d'autant plus quand le droit enregistre les prescriptions de la science du droit. Le dialogue est heureux entre la science du droit et le droit, comme le note Marcel Waline s'agissant du droit administratif : « s'il conceptualise les solutions empiriques, le droit administratif use également de ses concepts afin

---

<sup>55</sup> T. Erskine May, *Traité des lois, privilèges, procédures et usages du parlement*, Trad. de « *A treatise on the law, Privileges, Proceedings and usage of Parliament* » (11<sup>e</sup> éd. 1906) par J. Delpech, Paris, V. Giard & E. Brière, 1909.

<sup>56</sup> E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, May : Motteroz, 1893.

<sup>57</sup> On a pu ainsi écrire à la suite d'une décision de la Cour de cassation reconnaissant aux documents émanant du Maréchal Pétain le caractère d'archives publiques de l'État, que « le droit offre la possibilité aux chercheurs de continuer, dans les pas de Marc Bloch, de dresser "le procès-verbal de l'an 1940" » ; V. T. De Ravel d'Esclapon, « De la notion d'archive publique de l'État », *D.*, 2017, n°18, p. 1031.

<sup>58</sup> V. récemment CE, Ass., 13 avr. 2018, *Association du Musée des lettres et manuscrits*, *Rec.* 131 ; *RFDA* 2018. 531, concl. E. Crépey ; *AJDA* 2018. 973, chron. S. Roussel et C. Nicolas ; *RFDA* 2018. 770, note F. Melleray ; *D.* 2018. 1433, tribune C. Jamin. Antérieurement, l'on se contentait principalement de Ch. de Gaulle, *Mémoires d'espoir, 1 : Le Renouveau, 1958-1962*, Paris, Plon, 1970 et, du même auteur, *Mémoires d'espoir, 2 : L'Effort, 1962-*, Paris, Plon, 1971.

<sup>59</sup> E. Desmons, « Préface », in S. Leroyer, *op. cit.*, p. X.

de guider sa démarche empirique »<sup>60</sup>. Ceci ne contribue pas à simplifier la tâche de l'archéologue du savoir juridique en droit public.

---

<sup>60</sup> M. Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges Dabin*, t. 1, Paris, Sirey, 1963, p. 359.