

---

## Vérité et pratiques du juge. Une étude de la note du secrétariat général au Conseil constitutionnel.

Michael Koskas

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9688>

DOI : [10.4000/revdh.9688](https://doi.org/10.4000/revdh.9688)

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Michael Koskas, « Vérité et pratiques du juge. Une étude de la note du secrétariat général au Conseil constitutionnel. », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 18 | 2020, mis en ligne le 10 juin 2020, consulté le 11 février 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9688> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.9688>

---

Ce document a été généré automatiquement le 11 février 2021.

Tous droits réservés

---

# Vérité et pratiques du juge. Une étude de la note du secrétariat général au Conseil constitutionnel.

Michael Koskas

---

« L'emploi de "vrai ou faux" a ceci de fallacieux que tout se passe comme si on disait "cela s'accorde avec les faits ou non", alors que précisément ce qui est en question c'est cet accord ».

Ludwig Wittgenstein<sup>1</sup>

## Introduction

- <sup>1</sup> La question de savoir comment décident les juges est sans doute restée trop longtemps hors du champ des études juridiques. Le vieil ancrage du formalisme prétendant que seul le texte dit le droit et le désintérêt de la doctrine reléguant volontiers ces questionnements vers le champ de la sociologie ont certainement participé de ce désintérêt des juristes. Il convient toutefois de reconnaître qu'un tel constat n'est aujourd'hui plus d'actualité. En France, comme depuis quelques temps déjà à l'étranger<sup>2</sup>, la doctrine juridique propose dorénavant des études souvent très documentées sur le fonctionnement des juridictions<sup>3</sup>, et ce parfois par l'heureux croisement des regards disciplinaires<sup>4</sup>. Ces démarches ont en commun d'accepter le postulat de l'école réaliste selon lequel le droit ne se situe pas tout entier dans le contenu sémantique des énoncés juridiques, mais s'exprime également à travers le comportement concret des juges, c'est-à-dire leurs pratiques sociales<sup>5</sup>, vis-à-vis de ce matériau<sup>6</sup>.
- <sup>2</sup> S'intéresser aux « pratiques »<sup>7</sup> suppose, on l'aura compris, d'approcher au plus près les lieux de production du droit et engage le juriste vers une démarche de type internaliste à l'égard de laquelle il peut se trouver démuné par manque de formation<sup>8</sup>. Qu'est-ce que

suivre un juge dans son travail, que retenir du flux ininterrompu d'évènements qui se produisent au sein d'une juridiction ou encore, quel statut accorder à la parole d'un juge interrogé au cours d'un entretien ? Vastes questions, largement investies par les sciences sociales, lesquelles offrent des perspectives innovantes dès lors que l'on espère mettre au jour une vérité sur les pratiques d'une institution<sup>9</sup>. « Espérer » seulement puisque, comme nous l'enseigne cette littérature, la mise au jour de la vérité sur les pratiques d'un individu, et *a fortiori* d'un juge, se résume à un vœu pieux.

- 3 Fait suffisamment rare pour être souligné, le consensus des chercheurs en la matière est sans appel. Les sociologues Stéphane Beaud et Florence Weber résument en quelques mots cette idée : « [i]l n'y a pas de « vérité objective » d'une situation : il y a des vérités subjectives partielles et la vérité objective (celle que peut découvrir l'analyste par comparaison, par étude systématique), est elle-même partielle<sup>10</sup>. ». Si dans certaines contributions juridiques, prudentes, cette mise en garde théorique relève de l'évidence, reconnaissons qu'elle peut être sous-estimée pour d'autres qui se réfèrent parfois sans réserve à des témoignages d'anciens juges<sup>11</sup>.
- 4 Pour autant, cette contrainte de l'inaccessibilité de la vérité objective d'une situation ne doit pas être perçue comme rédhitoire à tout effort de dévoilement des pratiques. Au contraire, elle porte à l'encourager. Le regard internaliste se confronte en effet à diverses formes de discours qui, moyennant un cadre d'analyse adéquat, disposent d'un potentiel heuristique considérable pour la mise au jour des pratiques.
- 5 Quelles sont ces sources ? L'observation *in situ* constitue un dispositif de choix, mais n'épuise heureusement pas la possibilité d'enquêter sur les pratiques. La réalisation d'entretiens, l'étude des documents de travail produits par les institutions, les témoignages sont autant de ressources permettant d'accéder aux pratiques du juge. Parce qu'elles sont peu étudiées par les juristes, qui préfèrent concentrer leur attention sur le texte décisionnel ou les dispositions juridiques, on les intitulera les « ressources secondaires »<sup>12</sup>.
- 6 Le traitement d'un tel matériau nous confronte à deux types de discours. Les premiers proviennent de l'étude des documents de travail utilisés par le juge. À l'image d'Alain Pottage, on peut les considérer comme des « vestiges archéologiques du droit [constituant] les ressources d'une réflexion sur la technique juridique »<sup>13</sup>. De ce point de vue, l'étude de leur structure et de leur place au sein du processus décisionnel ne peut qu'être révélateur des pratiques du juge. Les seconds (qui incluent le témoignage du juge dévoilant son quotidien) sont les discours issus des « points de vue relatifs » des individus – concept que nous préférons à celui de « vérité subjective partielle » utilisé par Stéphane Beaud et Florence Weber<sup>14</sup>. Loin de les réduire à de simples positions stratégiques, ils exigent, pour nous renseigner, un effort ardent de contextualisation qui n'exclut pas toute dimension évaluative des propos par un travail minutieux de mise en perspective. Pour rendre ces ressources secondaires exploitables, il ne faut donc pas les abandonner au profit d'un excès de fonctionnalisme les réduisant à de simples prétextes à des considérations politiques inaccessibles au chercheur. Il faut au contraire les prendre au sérieux en tant que sources de savoir sur les pratiques des juges et, *a fortiori*, sur le droit.
- 7 Pour illustrer ce mouvement de mise en évidence des pratiques à partir de ces types de discours, on s'appuiera sur une vaste enquête réalisée auprès des acteurs en charge du contentieux au Conseil constitutionnel<sup>15</sup>. Interrogés à propos de leur travail, certains nous ont permis d'accéder à la doctrine du secrétariat général figurant dans sa note.

Document délivré dans le cadre de l'instruction des affaires constitutionnelles, il formule notamment une proposition, parfois multiple, de solution pour chacune d'entre-elles. Le document (I) comme les points de vue relatifs partagés par les membres-conseillers au cours des entretiens (II) constituent, chacun à leur manière, des discours précieux pour l'établissement d'une vérité scientifique (aussi relative soit-elle) sur les pratiques du juge du Conseil constitutionnel<sup>16</sup>.

## I Vérité et documents

- 8 Dès 1988, le sociologue Bruno Latour déplore le peu d'intérêt porté à ces objets ethnographiques que sont les documents : les « plus méprisés » d'entre tous<sup>17</sup>. Ce désintérêt, explique-t-il, remonterait à la tradition wébérienne et sa perception de la bureaucratie focalisant son attention sur le parcours des acteurs plutôt que sur les pratiques. Pourtant, « tout est dans les documents »<sup>18</sup>. Suivant ce mot d'ordre, des juristes se sont récemment emparés de cet objet d'étude quotidiennement manipulé dans le milieu juridique<sup>19</sup>. La note du secrétaire général au Conseil constitutionnel peut faire l'objet d'une attention similaire afin de comprendre, décrire et restituer les pratiques du juge constitutionnel : l'analyse du document lui-même (A) précèdera l'utilisation bien spécifique dont il peut faire l'objet (B).

### A Étude de document : la forme de la doctrine interne

- 9 La note du secrétariat général a pour objet de délivrer une expertise aux membres du Conseil constitutionnel. Au détour de la matérialité du document, il apparaît qu'il s'agit d'une argumentation de nature juridique (1) dont la finalité consiste en un encadrement de la controverse autour des solutions possibles d'une affaire (2).

#### 1 Encadrer la controverse par le droit

- 10 Nous l'avons tout juste précisé, cette note est un document préparé par le secrétariat général (juristes et secrétaire général) du Conseil constitutionnel au cours de l'instruction des affaires constitutionnelles. La généalogie de ce document n'est pas linéaire : autrefois destinée au seul membre-rapporteur, elle est aujourd'hui distribuée à l'ensemble du collège<sup>20</sup>. Le terme de « note » est révélateur en ce qu'il situe l'origine de ce document dans la pratique administrative française<sup>21</sup>. À cet égard, le meilleur moyen de la présenter consiste, sans grande surprise, à se référer au contentieux administratif français et plus précisément à la procédure d'instruction des affaires. À des fins d'informations, le rapporteur élabore une note à l'attention du rapporteur public lui permettant de saisir les enjeux d'une affaire. Le document se conclut par la formulation d'une suggestion de solution à la libre appréciation du rapporteur public<sup>22</sup>. De la même manière, au Conseil constitutionnel, la note du secrétaire général se conclut par la formulation d'une proposition de solution à la libre appréciation du collège cette fois.
- 11 Il est tentant, ce d'autant plus lorsque l'on traite du Conseil constitutionnel, d'affirmer (non sans excès d'instrumentalisme) que la décision finale ne constitue *in fine* qu'un simple habillage revêtu après-coup, un épiphénomène, dissimulant le caractère purement « politique » de la controverse, c'est-à-dire l'ensemble des arguments

susceptibles d'être déployés à différents moments par les protagonistes de l'institution<sup>23</sup>. À l'encontre d'un tel jugement hâtif, une analyse approfondie du document permet de rendre compte du fait qu'il s'agit d'une argumentation essentiellement juridique. La « fabrique du droit », pour reprendre une expression maintenant célèbre<sup>24</sup>, n'a donc pas lieu au stade ultime de l'écriture de la décision. Elle débute avec la rédaction de ce document, c'est-à-dire tôt dans l'instruction des dossiers par le secrétariat général.

- 12 Pour démontrer le caractère juridique de la note, on peut se référer à l'analyse du théoricien du droit allemand Gunther Teubner. Un enseignement essentiel de son approche est que le langage du droit se caractérise essentiellement par son auto-référentialité<sup>25</sup>. Le champ de recevabilité d'un argument dans la controverse juridique demeure dès lors fortement tributaire de son caractère juridique<sup>26</sup>. Il apparaît ainsi une autonomie du système juridique à l'égard d'autres systèmes comme la morale, la politique ou l'économie<sup>27</sup>. Cette autonomie que Gunther Teubner assimile aussi à une « clôture opérationnelle »<sup>28</sup> du droit n'est en outre pas sans conséquence pour les destinataires du discours : l'intervention dans la controverse juridique s'effectue moyennant une certaine maîtrise du champ juridique. Ces analyses peuvent être rapprochées de celles désormais classiques de Chaïm Perelman identifiant les schémas argumentatifs retrouvés dans le discours juridique<sup>29</sup>.
- 13 L'approche du droit développée par Gunther Teubner a cela d'utile qu'elle permet de caractériser la note du secrétariat général en tant que discours juridique, document à l'appui. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le plus emblématique chez les juristes, l'auto-référentialité propre au discours juridique se retrouve dans l'utilisation récurrente du syllogisme :

Exemple de formulation d'un syllogisme dans une note du secrétariat général<sup>30</sup>

(1) Aux termes de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

(2) En l'espèce, une telle exigence semble respectée. Il en va ainsi de l'alinéa [...]

(2') Les réserves prévues par le législateur permettent de considérer que l'alinéa [...] ne s'oppose au principe d'égalité devant les charges publiques.

(3) Par conséquent, le Conseil constitutionnel pourra juger que l'alinéa [...] est conforme à la Constitution.

- 14 Cette figure syllogistique abondamment retrouvée dans le document permet de constater le recours à un langage de type autoréférentiel : d'une part, l'espèce (2) faisant référence au droit (1), d'autre part, la conclusion (3) faisant référence aux réserves prévues par le législateur (2'). La multiplication de cette forme d'auto-référentialité dans la note permet de caractériser l'argumentation comme étant de type juridique. La note du secrétariat général fait entrer la controverse dans le système clos et autoréférentiel du droit, imperméable à d'autres. Poursuivant l'analyse du document, il semble toutefois possible de démontrer que la formulation de la note répond à une autre finalité que celle d'encadrer la controverse par le droit : celle de

l'encadrer par des procédés rhétoriques s'écartant du champ de la démonstration juridique.

## 2 Encadrer la controverse par la rhétorique

- 15 Si l'argumentation de la note rassemble les diverses formes classiques de l'argumentation juridique, reste que l'observation directe du document met en évidence des éléments discursifs laissant supposer qu'il va au-delà de la simple information juridique délivrée au collègue. Par ses formulations, et parfois hors de toute démonstration établie sur des modes de raisonnements à conclusions logiques, la note constitue, semble-t-il, un outil particulièrement puissant d'encadrement des opinions du collègue autour d'un nombre restreint de solutions<sup>31</sup>. Un tel encadrement procède du recours à ce que Véronique Champeil-Desplats identifie comme des « méta-arguments »<sup>32</sup> caractérisés par leur haut niveau de généralité et leur référence à des valeurs ultimes détachées des textes juridiques mais partagées par l'auditoire<sup>33</sup>. L'effet recherché lors de la mobilisation de tels arguments consiste en la clôture de la controverse – et non la logique du raisonnement comme c'est le cas du syllogisme par exemple. Parmi les quatre « méta-arguments », l'auteure développe celui qu'elle appelle la « mise en cause des effets »<sup>34</sup>.
- 16 Ce type d'argument dénonçant une « mise en péril » (c'est-à-dire le dévoilement des conséquences néfastes d'une décision ou d'une proposition dont l'application serait en ce sens contreproductive) se retrouve dans les propos rapportés de Georges Vedel au cours de la séance de délibération du 3 septembre 1986. Craignant la mise en œuvre possible d'un contrôle de proportionnalité dans la décision n° 86-215 DC, le professeur de droit fait état de ses conséquences néfastes : ce serait selon lui « opérer un glissement dangereux » puisque « le Conseil ne doit pas paraître donner des leçons au législateur » et « qu'en l'absence d'erreur manifeste, il n'y a pas lieu d'exercer un contrôle étendu »<sup>35</sup>. Ces propos conduisent Georges Vedel à s'écarter du champ de la démonstration juridique : il ne s'agit plus de recourir à des procédés logiques soutenant le bien-fondé du non-recours au principe de proportionnalité. Le constitutionnaliste choisit plutôt de procéder à une montée en généralité (respecter le législateur) pour montrer que sa position est moins « dangereuse » que celle défendue par les autres membres de l'institution<sup>36</sup>.
- 17 Il n'est guère surprenant de retrouver de tels arguments chez les membres-conseillers souhaitant convaincre leurs collègues au moment du délibéré. On ne peut toutefois que s'étonner de les retrouver dans la note du secrétariat général qui a vocation à présenter une position objective, découlant de procédés d'argumentation logiques. Un extrait du document observé permet d'illustrer ce recours à ce type d'argument dans la note.

Exemple de formulation d'une mise en cause des effets dans une note du secrétariat général

Appliquer cela [*une technique d'interprétation*], reviendrait à imposer au législateur d'être encore plus protecteur à l'égard de [*principe n°1*]. La protection de ce principe deviendrait une exigence constitutionnelle au détriment d'autres principes, en particulier celui de [*principe n°2*] découlant de la Déclaration des droits, pourtant tout aussi essentiel et qui ne bénéficie pas d'une telle précaution.

- 18 Comme dans la séance de délibération précédemment citée, la note fait état des conséquences néfastes de la mise en œuvre d'une technique d'interprétation. L'auteur choisit d'insister sur les effets d'une protection accrue du principe n°1, laquelle ne se ferait pas, contrairement à ce qui est affirmé, *au détriment* du principe n°2 mais *au regard* du niveau de protection accordé à ce dernier. L'effet d'accroître la protection du principe n°1 reviendrait dès lors à mettre en péril cette idée d'une absence de hiérarchie entre les droits. L'auteur procède ainsi à une montée en généralité en dénonçant les effets supposés pervers d'une solution donnée sur le droit en général, ici l'absence de hiérarchie entre les droits. Ce faisant, il use d'un procédé rhétorique en vue de mettre un terme à la controverse sans qu'un quelconque raisonnement à conclusion logique n'intervienne. C'est de cette manière que la note du secrétariat général participe d'un encadrement de la controverse.
- 19 On perçoit déjà combien, référence faite aux propos Bruno Latour, l'étude du document est riche d'enseignements. L'analyse de la note permet sans doute d'aller plus loin dans l'étude des pratiques des juristes, cela en renseignant sur la manière bien spécifique qu'a le juge constitutionnel de commenter ses propres décisions.

## B Le document en devenir : la forme du commentaire

- 20 L'accès à la note permet de relever sa forte ressemblance avec le commentaire officiel de la décision. La mise en perspective des deux documents renforce une idée largement confortée par les entretiens réalisés avec divers acteurs de l'institution selon laquelle la note constitue le support d'élaboration du commentaire, autrefois publié à la *RFDA* puis aux *Cahiers* et dorénavant publiés sur le site internet du Conseil. Partant de cette hypothèse, il semble opportun de poursuivre l'observation directe des notes pour comprendre la manière avec laquelle l'institution « commente » ses décisions : quels types d'opérations sont réalisés sur la note dans sa réécriture en commentaire ? Un tel travail sous-entend la réalisation d'une confrontation de type structuraliste entre deux documents. Le meilleur moyen d'y parvenir consiste, sans doute, à emprunter les outils théoriques développés par la critique littéraire qui sont tout à fait adaptés à ce type d'approche.
- 21 Les travaux développés par Gérard Genette à propos de la « littérature au second degré » sont à cet égard particulièrement éclairants<sup>37</sup>. Parmi l'ensemble des relations qui unissent un texte à un autre, il identifie l'hypertextualité et plus précisément la transposition. Quelques mots d'explications semblent bienvenus. Pour Genette, l'hypertextualité se définit comme « toute relation unissant un texte B [hypertexte] à un texte antérieur A [hypotexte] sur lequel il se greffe d'une manière qui n'est pas celle du commentaire »<sup>38</sup>. La transformation satirique qui conserve le thème d'une œuvre originale en modifiant son style en est peut-être l'exemple le plus parlant : le *Virgile travesti* de Scarron (hypertexte) dans son registre satirique, où les personnages de Didon et Enée sont tournés en dérision, procède ainsi de ce type de rapport (hypertextualité) avec l'*Enéide* (hypotexte). Éloignée de toute prétention comique, la transformation présente une déclinaison sérieuse qui est la transposition. À la différence de l'imitation qui exige de la part de l'auteur un effort intellectuel<sup>39</sup>, la transposition consiste plus mécaniquement à adapter le texte original à un autre contexte. Il est toutefois des transpositions moins mécaniques que les autres : les

transformations *formelles* affectent peu le sens de l'hypotexte tandis que les transformations *thématiques* affectent jusqu'à son propos<sup>40</sup>.

- 22 L'observation directe des deux documents, la note du secrétariat général et le commentaire autorisé, permet de relever des opérations de transposition formelle. Sont ainsi retrouvées deux opérations identifiées par Genette : la *réduction* et l'*augmentation*. Dans la première catégorie, l'auteur discerne des interventions hypertextuelles comme la condensation, le résumé, la suppression massive, l'excision plus ponctuelle ou l'expurgation à valeur morale. Dans la seconde, on retrouve des opérations comme l'expansion, l'addition plus ponctuelle, la contamination et l'annexion des détails<sup>41</sup>.
- 23 L'exemple suivant permet d'entrevoir certaines de ces opérations réalisées à partir de la note sur le commentaire. Le texte barré correspond à des suppressions réalisées sur l'hypotexte (la note) ; mis en gras, il s'agit de la reformulation effectuée sur l'hypertexte (le commentaire).

Exemple d'une relation de type hypertextuelle entre la note du secrétariat général et le commentaire officiel de la décision

(1) Dans sa décision n° [...] QPC du [...], le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de juger que [...].

(2) Toutefois, cette solution ne peut être retenue. En effet, [...]

(3) Dès lors, le Conseil constitutionnel ~~pourrait considérer que [...]~~ **a considéré que [...]. Cette analyse peut d'ailleurs être rapprochée du raisonnement de la décision [...]. Plus récemment le Conseil constitutionnel a jugé de la même manière que [...]. Une telle solution s'inscrit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et notamment dans sa jurisprudence sur le principe d'égalité [...]**

- 24 Au paragraphe n°3, on retrouve, d'une part, l'opération de *suppression massive* lorsque l'hypertexte indique la solution choisie par l'institution qui « a considéré que ». Dans la suite du paragraphe, d'autre part, est perceptible une opération de *condensation*, c'est-à-dire que les raisonnements de deux décisions, pourtant distincts, sont fusionnés (réduction) en un seul ayant trait au principe d'égalité.
- 25 La suppression massive et la condensation ne sont bien entendu pas les seules opérations réalisées dans la confection du commentaire officiel. Dans un autre exemple de couple note-commentaire observé, on relève que les méta-arguments identifiés plus haut (comme la mise en cause des effets pervers) n'apparaissent, sans surprise, plus dans le commentaire. Une telle amputation du texte signifie que des « expurgations », opérations de réduction consistant à faire disparaître les valeurs morales du propos<sup>42</sup>, font partie des opérations réalisées par le secrétariat général. Dans la majorité des exemples à notre disposition, on peut observer que ce sont des opérations de réduction qui sont réalisées.
- 26 Cet exercice de confrontation entre ces deux documents permet de mieux cerner ce que le Conseil constitutionnel suggère à travers l'expression, plutôt vague, de « commentaire ». Bref, ce commentaire procède d'opérations de transpositions formelles (essentiellement de réductions), à partir d'un hypotexte qui avait pour



finalité d'encadrer la controverse. De ce processus résulte un discours se contentant d'adapter brutalement (pour reprendre le langage de Genette<sup>43</sup>) la note au contexte de la décision prise. Une telle pratique est très spécifique à l'institution et l'on mesure combien elle se distingue du commentaire réalisé par un scientifique lorsqu'il développe un discours critique à partir d'une source, lequel discours relève alors du méta-texte.

- 27 La mobilisation du document permet de lever davantage le voile des pratiques d'une institution comme le Conseil constitutionnel. Limiter du reste l'analyse à ces objets ethnographiques occulte certains questionnements essentiels comme la réception de ces matériaux par les décideurs, laissant de côté tout un pan de l'étude des pratiques. Poursuivant les contours de ce programme de recherche, il semble nécessaire de recourir à présent aux points de vue relatifs.

## II Vérité et points de vue relatifs

- 28 Si l'on en sait désormais davantage sur l'assistance documentaire destinée aux décideurs, reste que la question de l'influence de ce matériau à leur égard perdure. Pour la caractériser, l'attention portée aux documents ne suffit plus. Il faut dorénavant recourir à des points de vue. En dépit des apparences, documents et points de vue sont, somme toute, assez similaires : il s'agit dans les deux cas de l'énoncé d'un discours en mesure d'informer sur les pratiques des individus. Le mode d'énonciation étant toutefois fort différent, la contextualisation indispensable au dévoilement des pratiques requiert un appareil méthodologique spécifique à chacun d'eux. Avant d'en venir à la contextualisation des points de vue (B), il convient de s'interroger sur l'indétermination de la note qui, selon nous, justifie le recours à ces ressources secondaires (A).

### A Réception et indétermination de la doctrine interne

- 29 La note du secrétariat général ne constitue que l'un des modes d'expression de la doctrine interne rue de Montpensier. Elle n'est en effet pas le seul, les acteurs de l'institution demeurent tout à fait libres d'échanger entre eux. Ce document constitue cependant le mode de rationalisation le plus abouti de cette doctrine interne et c'est pourquoi la compréhension des pratiques du juge constitutionnel ne peut passer outre l'étude de la réception de la note à l'égard des membres-conseillers. Ce travail revient à solliciter une problématique centrale de la théorie juridique, à savoir l'*indétermination* du droit, ce concept selon lequel la signification (juridique) d'un énoncé ne peut être déterminée avant son interprétation par une autorité habilitée à dire le droit<sup>44</sup>. Puisque la note du secrétariat général exprime, nous venons de le voir, un raisonnement juridique, on peut donc se demander si ce raisonnement, exprimé par un énoncé, n'est pas lui-même indéterminé. À observer le document, il semble possible de considérer que la fonction de ce document consiste à réduire l'indétermination du matériau reçu *ab initio* par le secrétariat général (comme la saisine ou les mémoires) en ce qu'elle promeut certaines de leurs significations (1). Un tel constat n'entraîne pas pour autant le caractère déterminé de la note produite. Comme tous les énoncés, elle est absolument indéterminée (et sujet à interprétations diverses) c'est-à-dire que sa

lecture ne permet, en aucune manière, d'anticiper la signification que le membre-conseiller en donnera dans sa décision (2)<sup>45</sup>.

## 1 Réduire l'indétermination du matériau reçu *ab initio*

- 30 En parallèle des méthodes d'analyse précédemment mobilisées, une manière, sans doute trop hâtive, d'appréhender la réception externe de la note consisterait opérer une confrontation intertextuelle. Une telle confrontation serait réalisée, non plus cette fois entre la note et le commentaire autorisé, mais entre la note et la décision rendue par le collègue. L'analyse pourrait ainsi se satisfaire de la problématique suivante : la solution présentée dans la note est-elle « reprise » dans le dispositif de la décision adoptée par le collègue et, le cas échéant, à quelle fréquence ?
- 31 Une telle manière d'aborder le travail du juge souffre pourtant d'un fort réductionnisme dont il serait bon de se départir, du moins autant que possible. On s'intéresse désormais moins au document lui-même qu'à sa *réception* par ses destinataires, les membres du Conseil constitutionnel. Il ne s'agit donc plus seulement de relever objectivement les opérations matérielles systématiques entre deux documents. Il faut à présent tenir compte du paramètre de *l'appropriation* du document par les décideurs. Il s'agit en ce sens d'introduire comme l'écrit le professeur Mikail Xifaras une forme d'esthétique du jugement<sup>46</sup>. Tous les conseillers ne « conçoivent »<sup>47</sup> pas leur travail, et *a fortiori* la note du secrétariat général, de la même façon. Le travail du juge ne peut être réduit au collectif qu'il constitue, et inversement, de sorte qu'on ne saurait déduire de l'analyse structuraliste d'un document une vérité sur les pratiques des membres du Conseil<sup>48</sup>. Chaque décideur doit être considéré comme une entité *sui generis* et non comme un sujet prédéterminé par des intérêts comme la stratégie ou l'intérêt personnel. Autrement dit, il faut admettre une certaine indétermination dans les pratiques du juge – celle-ci n'est pas à dissocier de l'indétermination du droit au sens classique du terme dans la mesure où l'ontologie du droit est à rechercher dans les pratiques du juge. Cela même s'il est vrai que qu'en théorie juridique la question de l'indétermination du droit est le plus souvent analysée sous l'angle de l'indétermination du langage<sup>49</sup>.
- 32 Il est pourtant difficile de considérer que la note constitue un matériau à la signification indéterminée. Certes, les énoncés que le juge constitutionnel doit interpréter peuvent apparaître, peut-être plus qu'ailleurs, très peu déterminés. On pense bien évidemment à l'ambivalence des principes constituant les normes de référence du contrôle de constitutionnalité ; il s'agit également de la formulation du matériau *ab initio* parvenant au greffe de l'institution<sup>50</sup>. La note vise toutefois à réduire l'indétermination de ces textes par une certaine interprétation (celle du secrétariat général) des énoncés qui le constituent. La signification de cette interprétation est rendue particulièrement claire dans le document grâce à certains procédés.
- 33 De manière très classique, il est possible de répertorier ces procédés de détermination selon leur caractère formel ou matériel. Quant à la première de ces catégories, on retrouve la structure toujours similaire du document, la justification des propos par de longues citations, une reformulation de la saisine et des arguments des parties, enfin, des éléments graphiques comme les encadrés visant à préciser les notions ou régimes parfois complexes du droit. Quant aux procédés matériels permettant de résorber l'indétermination du matériau, peut être citée l'attention portée à la clarté du style

réactionnel. De nombreux commentaires et retouches sont déposés par les juristes successifs intervenant dans la fabrication du document en vue de clarifier réduire l'indétermination du matériau *ab initio*.

- 34 Qu'ils soient de forme ou de fond (et si tant est qu'une telle distinction ait du sens), le plus important est de garder à l'esprit que tous ces procédés visent à réduire autant que possible la part d'indétermination du langage. Au fil des retouches réalisées sur la note au cours de sa conception, l'interprétation proposée par le secrétariat général apparaît de plus en plus clairement. Une telle hypothèse ne doit, pour autant, pas laisser sous-entendre l'existence d'une détermination intrinsèque de la note. Malgré les efforts réalisés par le secrétariat général, il semble que l'on peut suivre le chemin emprunté par les réalistes en considérant la note, comme l'ensemble du matériau dont dispose *ab initio* le Conseil, est absolument indéterminée.

## 2 L'indétermination absolue du matériau transmis

- 35 Si la note présente de manière tout à fait claire une signification choisie par le secrétariat général, il est nécessaire de considérer que ce document n'est pas, à lui seul, en mesure d'informer sur les pratiques des sages. Aussi intelligible soit-il, le langage développé dans la note, ne constitue que l'un des multiples facteurs à l'origine de l'indétermination du document<sup>51</sup>. Les investigations en la matière sont légion. Dworkin, pour prendre la plus célèbre, envisage par exemple la question de l'indétermination du droit à partir de l'activité de recherche de la « bonne réponse » [*right answer*] par le juge et, par-là, son activité de reconstruction des précédents rendant sa décision fondée sur des principes justes [*integrity*] et cohérente dans la rédaction collective du « roman à la chaîne » [*chain novel*]<sup>52</sup>. Sans s'encombrer de la perspective épistémologique de Dworkin (un cognitivisme éthique), les travaux de son contemporain, le philosophe du langage Willard V. O. Quine, sur l'indétermination de la traduction sont tout autant précieux en ce qu'ils se fondent sur une hypothèse anthropologique<sup>53</sup> – et non ontologique ou épistémologique<sup>54</sup>. Quine présente sa problématique à partir d'un « cas », comme un juriste aborderait une théorie juridique à partir de l'espèce d'une décision de justice<sup>55</sup>. Pour lui, l'indétermination dans l'opération de la traduction radicale (langue entièrement nouvelle) repose notamment sur le comportement du linguiste à l'égard des phénomènes observés, plus précisément la manière dont ce dernier transcrit le phénomène observé dans son manuel de traduction<sup>56</sup>.
- 36 Duncan Kennedy procède de la même manière en ne s'intéressant pas seulement au langage mais au comportement des juges lorsqu'il intègre l'idée de « travail ». Penser la question de l'indétermination du droit à partir de l'idée de travail est au cœur de son projet théorique dans *A critique of adjudication* et lui permet d'envisager le problème de la contrainte pesant sur le juge à partir d'une analyse de son environnement social<sup>57</sup>. Bien que développée dans un contexte de Common Law, l'approche phénoménologique du théoricien américain<sup>58</sup> semble pleinement mobilisable pour développer l'étude des pratiques des juristes. Le travail investi par le juge dans le traitement du matériau participe ainsi de la détermination du droit, à l'inverse de ce que peut laisser entendre une certaine conception de la compétence liée en droit administratif français par exemple. À l'intérieur du cadre d'analyse de Kennedy, le droit, entendu alors au sens de *medium*, est ainsi en mesure d'opposer des contraintes à l'égard du juge, et ce de deux manières. Elle peut être, d'une part, implicite en incitant le juge à suivre une règle de façon automatique, de « manière inconsciente » [*unselfconscious rule-following*] pour

reprendre les termes de Duncan Kennedy. C'est le cas lorsque l'application de la règle semble évidente au regard des faits (par exemple une personne a commis un vol) et que son application par le juge ne sera nullement remise en cause par son auditoire, la « communauté interprétative »<sup>59</sup> (elle sera punie de trois ans d'emprisonnement). La contrainte de l'application des règles peut, d'autre part, être éprouvée lorsque le juge, dispose d'un « projet idéologique », et souhaite à dessein se soustraire à « l'interprétation évidente » de la règle<sup>60</sup>. Cette ambition l'incite alors, selon le théoricien américain, à produire un travail important de proposition de nouveaux arguments en vue d'aboutir à une interprétation différente de celle qui semble évidente<sup>61</sup>.

- 37 Envisager la note du secrétariat général à travers l'hypothèse théorique proposée par Kennedy semble tout à fait pertinent. Le fait que le conseiller accepte de suivre « l'interprétation évidente » de la règle ne demeure qu'une hypothèse parmi d'autres. Il peut aussi porter un « projet idéologique »<sup>62</sup> et souhaiter solliciter les assistants pour travailler sur un projet de décision exprimant une position différente de celle développée dans la note – Madame Schnapper envisage une telle position dans son ouvrage<sup>63</sup>. Le juge peut, tout autant, développer à l'égard du document une attitude hostile en refusant de la consulter pour proposer sa propre interprétation des documents transmis au greffe<sup>64</sup>. On comprend ainsi le biais réductionniste de la méthode intertextuelle qui aurait pu être mise en œuvre ici. Affirmer, note du secrétariat général et décision à l'appui, que « la solution de la décision reprend la proposition de solution formulée par le secrétariat général dans sa note » ne constitue *in fine* rien d'autre qu'une justification d'une certaine interprétation de la manière dont se comportent et décident les membres au Conseil constitutionnel. Seule une approche ethnographique permet d'approcher la vérité sur les pratiques des juges du Conseil pour comprendre les micro-agencements (matériels ou conversationnels), c'est-à-dire les dispositifs qui participent à la fabrication d'une décision.

## B La contextualisation d'un propos sur la réception

- 38 À la manière des travaux réalisés en sociologie des sciences<sup>65</sup>, l'analyse des pratiques n'est pas nécessairement à distinguer de l'analyse d'un discours décisionnel. Les propos tenus par les juges dans le cadre des entretiens doivent en effet être entendus comme un langage à restituer dans un contexte d'énonciation (1). Ce dernier présente toutefois des spécificités propres aux situations d'entretien, comme la prise en compte de la temporalité de l'énonciation (2).

### 1 L'inscription du langage dans un contexte d'énonciation

- 39 Merleau-Ponty le relevait déjà : le Panthéon n'est « rien d'autre que la somme des points de vue que l'on peut prendre sur lui »<sup>66</sup>. L'intuition du philosophe français peut être interprétée comme un plaidoyer en faveur de la nécessité de rassembler une pluralité de points de vue pour rendre compte d'un objet aussi bien que d'un processus<sup>67</sup>. Même s'il ne s'agit pas de la seule manière d'y aboutir, la réalisation d'entretiens est un moyen intéressant de parvenir à réunir ces points de vue. Sans les accumuler de façon désordonnée, l'essentiel consiste à les inscrire dans leur contexte d'énonciation comme l'affirme le sociologue Stéphane Beaud à travers le concept d'entretien ethnographique<sup>68</sup>. À chaque point de vue peut en effet être associée une

« place » objective, c'est-à-dire « les positions occupées physiquement dans l'espace à différents moments et les positions relatives occupées par chacun dans une interaction : les positions sociales de chacun, leurs histoires antérieures, leurs rapports de force commandent, à des degrés divers, les places occupées dans l'espace et dans l'interaction »<sup>69</sup>. De ce fait, et parce que « ces points de vue ne sont pas attachés à la subjectivité intérieure de chaque individu »<sup>70</sup>, le travail de contextualisation est indispensable.

- 40 Dans le cas du Conseil constitutionnel, la principale difficulté ne tient pas dans la réalisation d'entretiens avec les conseillers, beaucoup répondent favorablement à de telles sollicitations, que dans la restitution contextualisée des propos tenus. Le matériau empirique se distingue d'autres collections de points de vue par la nécessité de rendre anonyme le discours des enquêtés lors des entretiens. Si cet aspect peut être perçu, avec raison, comme source de biais dans l'analyse, il ne doit pas décourager l'effort de contextualisation. L'explicitation des relations d'enquête, la prise en compte des modalités de l'énonciation comme la restitution de la temporalité du propos ou encore l'analyse longitudinale des discours, constituent de puissants instruments pour la mise en contexte des propos des interviewés. Il convient de souligner qu'une telle exigence de contextualisation va permettre de rendre compte du travail interprétatif du chercheur à l'égard de ce matériau précieux, mais contraint à rester secret. La contextualisation doit ainsi être entendue comme une contrainte à l'égard du scientifique : une contrainte lui permettant de diminuer les effets de « généralisations hâtives » ou la « [construction d'] un texte fictif en mettant bout à bout des extraits d'entretiens. »<sup>71</sup>

## 2 La spécificité de l'énonciation en situation d'entretien : la prise en compte de la temporalité du propos

- 41 Les défauts d'un manque de contextualisation peuvent être illustrés à travers l'exemple suivant, tiré d'un entretien réalisé avec un membre du Conseil constitutionnel. Au cours de l'échange, le conseiller en vient à expliquer :
- 42 « Un document du secrétaire général nous indique l'état de la jurisprudence et la manière avec laquelle l'affaire s'y inscrit. Ici, sachez-le, on est contraint par la jurisprudence<sup>72</sup>. »
- 43 Hors de toute présentation du contexte, ce *verbatim* peut être facilement exploité afin de mettre en évidence le caractère déterminant de la note dans le processus décisionnel du membre-conseiller. Cependant, puisque « [un] entretien ne "parle" jamais de lui-même, il "parle" toujours dans un contexte [...] »<sup>73</sup> une contextualisation de ce fragment permet de présenter une interprétation plus convaincante des propos tenus par le conseiller interrogé.
- 44 Cette étape de contextualisation passe notamment par la prise en compte de la temporalité de l'entretien. La conversation n'est en effet pas « linéaire », elle dispose de sa propre « dynamique » au cours de laquelle des phases sont identifiables, ce que Erving Goffman nomme des « lignes d'action »<sup>74</sup>. Les lignes d'action sont amenées à évoluer au cours de l'entretien dans la mesure où de telles modifications ne nuisent pas à l'enquêté, c'est-à-dire lui permettent de « sauver la face »<sup>75</sup>. La représentation que l'enquêté peut avoir de lui-même peut se déplacer au cours de l'entretien en raison du déroulé toujours particulier de l'interaction. De telles ruptures dans la temporalité des

interactions, et *a fortiori* dans les entretiens, sont le plus souvent perceptibles après la réécoute des enregistrements ou lors de la relecture des notes prises tout de suite après l'entretien.

- 45 Pour l'exemple qui nous intéresse, c'est-à-dire le propos du membre précité, la mise en contextualisation nécessite de le situer dans le déroulement de l'échange pris dans sa globalité. Il est prélevé, au début de l'échange, alors même qu'aucune question n'a encore été posée au membre-conseiller. Plus précisément, ce propos prend place dans la réponse apportée par le conseiller à la phase inaugurale de la « présentation de soi » pour reprendre les catégories des analystes des entretiens<sup>76</sup>. Un changement de ligne d'action s'est pourtant déroulé plus tard dans l'entretien<sup>77</sup>. La restitution du *verbatim* de l'entretien, volontairement abrégé, devrait permettre de le mettre en évidence.

Extrait d'entretien avec un membre du Conseil constitutionnel (2017)

*Début de l'entretien (00'30\*)*

Enquêteur : Mon sujet de thèse porte sur [...] c'est pourquoi le questionnaire que je vous ai transmis porte sur votre pratique quotidienne.

Membre-conseiller : Oui je vois, [...]. Ici, vous savez, on fait du droit. [...] Le secrétaire général nous fait parvenir une note indiquant l'état de la jurisprudence et la manière avec laquelle l'affaire s'y inscrit. Ici, sachez-le, on est très lié par la jurisprudence. Même si bien entendu on analyse les conséquences de nos décisions. [...]

*Plus tard dans l'entretien (10'30\*\*\*)*

Enquêteur : Pour en venir à ce que vous disiez sur la note du secrétaire général, je suis parfois amené à travailler avec ce document pour [...] Je remarque qu'il y a, à la fin de la note, un nombre restreint de solutions proposées au collège. La note n'est-elle pas trop restrictive ? Je veux dire, est-ce que vous vous estimez lié par elle ?

Membre-conseiller : Oui, les juristes effectuent des travaux en parallèle de nos recherches (*hésite*) mais, avez-vous accès aux notes ?

Enquêteur : Oui, on me demande de les lire pour certaines recherches, pour le contentieux *a priori* surtout. Je vous demande cela surtout parce que nous avons beaucoup parlé de ce document avec [citation d'un autre conseiller]. Il m'a dit à quel point ce document était important pour lui et très bien fait.

Membre-conseiller : D'accord. Personnellement je ne me sens pas lié par la note. Elle m'offre des pistes de réflexions [...] Je me souviens, ça m'est arrivé deux fois d'aller à l'encontre de la note et de l'avoir emporté quand j'étais rapporteur. Lorsque je suis rapporteur, je dois être convaincant. [...]

\* temps sur l'enregistrement

- 46 Le changement de *ligne d'action* qui apparaît dans la dernière réplique reproduite est perceptible à plusieurs égards. Deux indices peuvent être cités. Le plus évident consiste en la substitution de la troisième personne du singulier par la première : c'est ici que l'enquêteur choisit (inconsciemment ou non) de parler en son nom propre plutôt qu'en celui de l'institution. L'essentiel de l'entretien se déroule dès lors de cette manière,

avec une personne témoignant de sa propre expérience du travail de juge constitutionnel. Un autre indice, également remarquable dans cet extrait, est le passage d'un langage très soutenu vers un langage plus ordinaire<sup>78</sup>. Le cadre formel de l'entretien s'estompe à ce moment de l'interaction. Pour le dire plus prosaïquement tout en reprenant le vocabulaire utilisé par les sociologues, la « langue de bois »<sup>79</sup> cède la place aux détails du travail décisionnel, à l'analyse des problèmes rencontrés voire même aux propres insuffisances de ces personnes engagées dans le processus<sup>80</sup>.

- 47 Une telle rupture discursive intervient nécessairement après quelques minutes, voire dizaines de minutes, d'échanges. Si sa survenue varie selon les membres interrogés, il faut admettre que la phase inaugurale de l'entretien où le propos est très descriptif est toujours observable<sup>81</sup>. Cela, même si un questionnaire distribué en amont incite les personnes interrogées à faire part de leur expérience-propre par le recours à des formulations les y incitant : l'utilisation du « vous »<sup>82</sup> et la recherche de positions critiques<sup>83</sup>.
- 48 La reconnaissance d'une certaine temporalité de l'entretien emporte la conséquence que tous les propos tenus par une personne interrogée ne se valent pas. La dimension évaluative que l'on entend porter sur ces discours mérite au moins la précision suivante : il s'agit moins de juger de la pertinence du seul discours de la personne interrogée (quoiqu'une telle dimension ne soit pas totalement exclue) que de la pertinence du discours rapporté à la temporalité de l'entretien. On peut opérer à cet égard une distinction selon la place du propos dans le temps de l'entretien. Les propos échangés en début d'interaction sont souvent très généraux, descriptifs et, *in fine*, relativement peu intéressants pour l'étude du travail du juge. C'est ce qu'a montré l'exemple développé ci-dessus lorsque l'interrogé déclare : « [i]ci, vous savez, on fait du droit. [...]. Sachez-le, on est très lié par la jurisprudence. ». À l'inverse, les discours tenus en aval de l'entretien doivent faire l'objet d'une plus grande attention. Le formalisme qui sous-tend ce type particulier d'interactions disparaît progressivement pour laisser place à l'expérience personnelle de l'interrogé, à ses réserves à l'égard du fonctionnement de l'institution, voire aux stratégies parfois mises en œuvre pour parvenir à certaines fins. Une relecture de la dernière réponse du *verbatim* exposé ci-dessus est significative. Précisons enfin que cette approche prescriptive de la temporalité de l'entretien telle que développée ci-dessus n'a rien d'originale et se retrouve en abondance dans la littérature des sciences sociales<sup>84</sup>.
- 49 Cet exercice de remise en contexte d'un fragment d'entretien a ainsi permis de mettre au jour une manière distincte d'interpréter le propos tenu par un conseiller. L'assertion présentée (pour rappel : « [u]n document du secrétaire général nous indique l'état de la jurisprudence [...] on est lié par la jurisprudence ») pouvait être considérée comme la prémisse d'un raisonnement permettant de conclure au caractère déterminant de la note dans le travail décisionnel. Pourtant, une remise en contexte attachée à la structure dynamique de l'entretien permet de reconsidérer une telle conclusion, qui procède d'un excès de généralisation ; moins pour rejeter une telle conclusion mais, au moins pour la relativiser, eu égard au fait qu'une telle assertion a été mentionnée au début de l'entretien. Comme le montre cet exemple, il n'est pas rare qu'une personne adopte un nouveau point de vue, parfois en contradiction avec ses précédents propos, dès lors qu'elle entreprend un changement de ligne d'action, comme le montre la fin de l'entretien où le membre du Conseil constitutionnel ne s'estime soudainement plus tout à fait lié par la jurisprudence.

- 50 La restitution de la temporalité de l'entretien ne constitue qu'une partie seulement de la mise en contexte des modalités d'énonciations (à côté de l'étude du lieu de l'entretien par exemple) ne constituant elle-même qu'une partie de la contextualisation de l'énonciation (à côté de l'explicitation de la relation d'entretien ou de l'analyse longitudinale du discours). Ce n'est qu'une fois ce travail de contextualisation mis en œuvre que le dévoilement des pratiques deviendra réalisable.

---

## NOTES

1. L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, Paris, Gallimard, « Idées », pp. 66-67, 1976 (1969).
2. Proche de nous et des thématiques développées dans cette revue, on peut prendre l'exemple des travaux réalisés au sein du laboratoire de recherche Danois *iCourts* de l'Université de Copenhague. V. J. v. H. HOLTERMANN et M. MADSEN, « What is Empirical in Empirical Studies of Law ? A European New Legal Realist Conception » *Retfærd*, n°4, 2016.
3. F. MALHIÈRE (dir.), A. ANTOINE, J. ARLETTAZ, A.-L. CASSARD-VALEMBOS, M. GRANAT, et al., *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Rapport de recherche, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, (GIP-Recherche-Justice). Plus récemment, v. J. COLEMANS, B. DUPRET (dir.), *Ethnographies du raisonnement juridique*, LGDJ, 2018.
4. P. MBONGO et A. VAUCHEZ (dir.), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Bruylant, « Droit de l'Union européenne », 2009, p. 153-169.
5. C. DOLLO, Y. ALPE, J.-R. LAMBERT, S. PARAYRE, *Lexique de sociologie*, Paris, Dalloz, Lexiques, 5<sup>e</sup> éd., p. 291-292.
6. M. TROPER, « La théorie réaliste de l'interprétation », *La Théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 69-84 ; M. XIFARAS, « Théorie des personnages juridiques », *RFDA*, 2017, p. 275-288, p. 277.
7. Il est d'usage en sciences sociales de parler de « pratiques » lorsqu'on se réfère aux « pratiques sociales », ce raccourci sera repris dans la suite du propos, v. B. LATOUR, *Pasteur : guerre et paix des microbes. Suivi de Irréductions*, Paris, La Découverte, Poche/Sciences humaines et sociales, 2011.
8. M. KOSKAS, « Du quotidien au droit ou la compréhension du droit par l'étude du quotidien des juristes », *Cahiers Jean Moulin*, n°5, 2020 (Cahiers Jean-Moulin).
9. C'est pour cette raison que l'interdisciplinarité ne peut qu'être considérée comme structurelle de l'étude des pratiques du juge.
10. S. BEAUD, F. WEBER, *Guide de l'enquête de terrain*, Paris, La découverte, Grands repères, 4<sup>e</sup> éd, 2010, p. 281. Au tout début de leur ouvrage, les psychologues Rodolphe Ghiglione et Benjamin Matalon ne disent pas autre chose : « [...] il faut tenir compte du fait qu'on n'a aucune raison d'admettre que le sujet se pliera passivement aux consignes et qu'il délivrera directement « la vérité », ni même, plus modestement « sa » vérité. Consciemment ou non, il ne nous dit que ce qu'il *peut* et *veut* nous dire. Ceci est déterminé par la *représentation* qu'il se fait de la situation, par ses propres *objectifs*, qui ne coïncident pas nécessairement avec ceux du chercheur. Un tel discours ne peut être interprété que par référence aux conditions dans lesquelles il a été produit. » : R. GHIGLIONE et B. MATALON, *Les enquêtes sociologiques, Théories et pratique*, Paris, Armand Colin Éditeur, 1992, p. 6. Les auteurs soulignent.



11. Si une telle affirmation mérite bien sûr d'être rapportée dans le contexte plus large de la pensée de l'auteur, Olivier Beaud, s'exprime ainsi à propos du livre de Dominique Schnapper : « [g]râce à son livre, on sait désormais *de source sûre* qu'il y a au sein du Conseil constitutionnel deux personnes qui la dominent : le président et le secrétaire général. C'est sur ce duo que repose, *en réalité*, le fonctionnement du Conseil constitutionnel. C'est encore plus net depuis la mise en vigueur de la QPC, qui a accentué l'emprise du secrétaire général et de l'équipe juridique qu'il contrôle, reléguant le rôle des membres à un rôle souvent subalterne », O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n° 21, 2018, p. 182. Nous soulignons.

12. Ce concept de ressources secondaires peut être rapproché de la distinction entre les discours judiciaires interne et externe établie par le juriste américain Mitchel Lasser lorsqu'il distingue le système juridique français de celui des États-Unis : M. LASSER, « Judicial (Self-)Portraits : Judicial Discourse in the French Legal System », *The Yale Law Journal*, n°4, 1995, p. 1325-1410, pp. 1355 et s. L'auteur attache un sens très spécifique au concept de discours interne en le rapprochant du discours « annexe » à une décision, c'est pourquoi on préfère recourir au concept de ressources secondaires qui, plus largement, englobe non seulement le discours interne mais également celui ayant trait au fonctionnement des juridictions.

13. « Law's own archeological remains the resources for a reflection on legal technique ». A. POTTAGE, « Law after Anthropology : Object and Technique in Roman Law », *Theory, Culture & Society*, 2014, vol. 31, n° 2-3, p. 150.

14. La raison de ce choix n'est autre que sémantique : l'idée qu'il y aurait à côté de *la vérité* (extérieure aux individus, se référant à la réalité), horizon du chercheur, *des vérités* subjectives (intérieures aux individus) parfois sans souci d'adéquation au réel véhicule, comme le suggère la proximité de vocabulaire, l'idée que les deux concepts se placent sur le même plan. Le concept de « point de vue relatif » provient d'un échange avec Thomas Acar que nous remercions.

15. Cette enquête, réalisée dans le cadre d'une recherche doctorale s'appuie sur la réalisation d'un stage (astreint à confidentialité) de près de cinq mois au service documentation du Conseil et sur la réalisation d'une quarantaine d'entretiens avec les personnes en charges du contentieux (anciens comme actuels).

16. L'expression de juge constitutionnel est à entendre au sens large. Elle inclut l'ensemble des acteurs du Conseil constitutionnel en charge du contentieux comme les membres-conseillers, le secrétaire général, les juristes, les documentalistes, les greffiers. Par souci de lisibilité, pour évoquer les membres du collège, nous ne parlerons désormais plus de « juge » mais de membre-conseiller.

17. « The connective quality of written traces is still more visible in the most despised of all ethnographic objects: the file or the record. » : B. LATOUR, « Drawing things together », M. LYNCH, S. WOOLGAR (éd.), *Representation in Scientific Practice*, Cambridge, MIT press, pp. 19-68, p. 54.

18. « It is all in the files themselves », *Ibid.* V. not., B. LATOUR, *Pasteur : guerre et paix des microbes. Suivi de Irréductions*. La Découverte, « Poche/Sciences humaines et sociales », 2011. Dans la lignée des travaux Bruno Latour, la juriste et anthropologue du droit Annelise Riles consacre une vaste étude centrée sur les documents manipulés par les juristes.

19. A. RILES (dir.), *Documents. Artifacts of modern knowledge*, Michigan, The university of Michigan Press, 2006.

20. Les témoignages dont celui de Dominique Schnapper concordent sur le fait qu'un tel document apparaît au cours de l'année 1997, c'est-à-dire au moment de l'arrivée de Jean-Éric Schoettl à la tête du secrétariat général : D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, « Essais », 2010, p. 286.

21. L.-H. COURCELLE, *La pratique administrative dans la fonction publique*, Marsat, Litec, 1998, p.74-75.

22. Conseil d'État, Sect., 21 juin 2013, *Communauté d'agglomération du pays de Martigues*, n°352427, cons. n° 5.
23. Le concept de controverse que l'on mobilise entend se détacher de la conception classique selon laquelle elle reflète des oppositions prédéterminées où « le processus conflictuel est [...] utilisé comme un révélateur, au sens photographique, de rapports de force, de positions institutionnelles ou de réseaux sociaux qui, sans lui, resteraient plus difficiles à voir », C. LEMIEUX, « À quoi sert l'analyse des controverses ? », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, vol. 25, n°1, 2007, p. 191. Il s'agit plutôt de considérer la controverse dans ses propres termes, dans sa dynamique instituante ou, pour reprendre l'expression des sociologues pragmatiques, la penser « en tant qu'épreuve », *Ibid.*
24. B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*. Paris, La Découverte, 2004.
25. S'agissant de la pensée du sociologue allemand, et en particulier celle de Niklas Luhmann dont Teubner revendique l'affiliation, voir la contribution de Thomas Coster dans ce dossier.
26. G. TEUBNER, *Le droit : un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 28 : [L]a théorie des systèmes auto-référentiels [tels que le droit] exige, de la part d'un système, la constitution auto-référentielle de l'unité et de l'identité systémiques. Cette constitution doit s'effectuer par le recours exclusif à ses opérations et processus propres. Ceci signifie que certains systèmes, supposés entièrement différenciés par rapport à leur environnement, ne peuvent garantir leur auto-organisation et leur auto-reproduction continue qu'à travers un recours à eux-mêmes, et devant garantir la production intégrale de leurs éléments, de leurs structures, de leur processus, de leur limite et de leur unité par des opérations circulaires authentiquement systémiques
27. « [T]out recours à une sphère externe s'effectue sous réserve de *reconstitution* par le droit. Dès qu'un tel recours fait problème, une décision s'impose, dont les critères seront propres au droit. Lorsque les critères adéquats n'existent pas le droit se met en devoir d'en fixer de nouveau », *Ibid.*, p. 58.
28. Plus précisément : « le droit est un système social autopoïétique [...]. Il accède à ce statut en cristallisant une clôture opérationnelle indépendante à l'égard de la société [...]. Cette clôture opérationnelle s'instaure par la production auto-référentielle des composantes systémiques et par leur jonction dans un hypercycle. » *Ibid.*, p. 43 (l'italique est de l'auteur).
29. C. PERELMAN, *Logique juridique-nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979,
30. L'italique est d'origine, seuls les chiffres inscrits en début de paragraphes sont de notre fait. Ils permettent de mettre en évidence les étapes du syllogisme : (1) pour la prémisse majeure, (2) et (2') pour la mineure, (3) pour la conclusion.
31. Il semble possible d'assimiler ce document à un dispositif au sens d'un agencement poussant les individus à se comporter d'une certaine manière, sans toutefois les y contraindre totalement. Pour plus de développements sur ce concept de dispositif, v. N. DODIER, J. BARBOT, « La force des dispositifs », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°2, 2016. Pour une application au droit v. M. KOSKAS, *op. cit.*
32. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, « méthodes du droit », 2016, p. 377.
33. *Ibid.* L'auteur fait référence aux travaux d'Albert Hirschman (A. HIRSCHMAN, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Paris, Fayard, 1991) et Jon Elster (J. ELSTER, « Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes », *RFSP*, vol. 44, n° 2, 1994).
34. Les autres sont l'appui sur des valeurs ultimes, le dévoilement des intentions, l'autorité et la menace, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, 2016, pp. 377-385.
35. Cons. constit., *procès-verbal de délibération*, 3 septembre 1986, pp. 19-21.
36. C'est finalement le raisonnement de Vedel qui emporte la conviction du Collège, le principe de proportionnalité n'étant pas affirmé en tant que principe à valeur constitutionnelle. « [...] [E]n l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'appartient pas

au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci ; qu'aucune disposition du titre premier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 », Cons. constit., Décision n° 86-215 DC, cons. 7.

37. G. GENETTE, *Palimpseste. La littérature au second degré*, Paris, Points, « Essais », 1992 (éd. 1982).

38. *Ibid.*, p. 13. Outre l'hypertextualité, Genette identifie d'autres catégories : l'intertextualité, la paratextualité, la métatextualité, et l'architextualité. Elles sont universelles et décelables aussi bien dans le droit que dans la science du droit : le commentaire du code civil par l'École de l'exégèse correspondant à un discours critique sur un texte s'apparente en effet à de la métatextualité. Pour une étude structuraliste du texte constitutionnel, on peut se reporter à A. BASSET, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences*, Paris, Varenne, Thèses, 2015.

39. « Pour transformer un texte, il peut suffire d'un geste simple et mécanique (à la limite, en arracher simplement quelques pages : c'est une transformation réductrice) ; pour l'imiter, il faut nécessairement en acquérir une maîtrise au moins partielle : la maîtrise de tel de ses caractères que l'on a choisi d'imiter ; il va de soi, par exemple, que Virgile laisse hors de son geste mimétique tout ce qui, chez Homère, est inséparable de la langue grecque », *Ibid.*, p. 15. Pour illustrer la transposition, Genette donne l'exemple de l'*Ulysse* de James Joyce ou *Le Docteur Faustus* de Thomas Mann.

40. *Ibid.*, chap. XL, pp. 291-293. L'auteur souligne.

41. *Ibid.*, chap. XLVI, pp. 321-323.

42. « [o]n n'y supprime pas seulement ce qui pourrait ennuyer le jeune lecteur ou excéder ses facultés intellectuelles, mais aussi et surtout ce qui pourrait « choquer », « troubler » ou « inquiéter » son innocence », *ibid.*, chap. XLVII, p. 331.

43. *Ibid.*, chap. LXXIII, p. 506.

44. V. A. LE PILLOUER, « indétermination du langage et indétermination du droit », dossier « Droit et indétermination », *Droit et Philosophie*, n°9-1, Paris, Institut Michel Villey, 2018, pp. 19-43.

45. Ce positionnement réaliste considérant que le matériau interprété par le juge est à considérer comme absolument indéterminé trouve son origine chez M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 50, n° 2, 2002, p. 335-353, p. 336. Dans la suite du propos, on parlera simplement d'indétermination pour évoquer l'indétermination dans son sens large ; lorsqu'il sera question de l'indétermination *juridique*, cela sera précisé par ce dernier épithète.

46. M. XIFARAS, « Théorie des personnages juridiques », *RFDA*, 2017, p. 277 : [u]n rapport qu'on peut qualifier d'*esthétique* au sens large de "rapport sensible au monde" (et non pas au sens étroit d'artistique). Il engage en effet la manière dont les acteurs conçoivent leur activité professionnelle, leur conception de ce qu'est le droit, son rôle dans notre monde et la manière dont il faut l'interpréter

47. *Ibid.*

48. Cette approche n'est pas nouvelle en sciences sociales en ce qu'on peut la rapprocher des premières analyses de Durkheim dans son étude sur la division du travail social où chaque individu est irréductible à un autre, bien qu'entre eux puissent être établis des liens de dépendances : v. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2007 (1893). Cette approche est aujourd'hui reprise par L. BOLTANSKI et L. THÉVENOT, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, « Essais », 1991.

49. Cette idée se retrouve particulièrement chez Hart en lien avec le développement de philosophie analytique sur la question de l'indétermination du langage dans son article H. L. A. HART, « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983. C'est le cas chez Kelsen lorsqu'il

évoque un « cadre » de signification d'un énoncé : « [d]ans tous les cas, le droit à appliquer représente un simple cadre à l'intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d'application, et, ceci étant, tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque est régulier », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, « La pensée juridique », traduit par Charles Eisenmann, 1999 [éd. 1960], p. 338.

50. Pour ne prendre que l'exemple le plus emblématique, on peut se référer à la signification des saisines adressées au Conseil qui peuvent apparaître comme indéterminées (une saisine trop rapidement rédigée par un groupe de parlementaires par exemple).

51. Pour le dire autrement, l'indétermination du langage ne constitue qu'un facteur d'intermination du droit parmi beaucoup d'autres. Des auteurs réalistes comme les professeurs Brian Bix ou Arnaud Le Pillouer ont ainsi suggéré une énumération des facteurs participant à l'indétermination du droit. Brian Bix identifie, les contradictions dans les textes, les lacunes ou encore l'indétermination dans le choix du précédent par le juge, B. BIX, *Diccionario de teoría jurídica*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 135-136. Arnaud Le Pillouer propose quant à lui : « la sélection des matériaux à interpréter, la détermination de leur statut, la combinaison privilégiée entre ces différents matériaux, le choix des techniques interprétatives et des doctrines juridiques qui fondent les règles particulières », A. LE PILLOUER, « indétermination du langage et indétermination du droit », dossier « Droit et indétermination », *op. cit.*, p. 33.

52. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.

53. W. V. O. QUINE, *Le mot et la chose*, traduit par Joseph Dopp et Paul Gochet, Bayeux, Flammarion, « Nouvelle Bibliothèque Scientifique », 1977.

54. V. S. LAUGIER. « Charité, traduction radicale et prélogicités », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 29, n°1, 2001, p. 63-83.

55. Chez les juristes, v. not., L. AZOULAI : « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 343.

56. Dans l'hypothèse de Quine, le linguiste en charge de la traduction radicale observe un locuteur étranger prononcer l'expression « *Gavagai* » lorsqu'apparaît un lapin. Pour autant nous dit Quine, le fait que « le linguiste note dans ses tablettes le mot "lapin" », ne permet nullement de s'assurer que « *Gavagai* » signifie « lapin ». Pour le locuteur étranger (un « indigène »), l'expression peut tout autant signifier « phase de lapin » ou « partie non détachée de lapin ». Un autre linguiste observant un phénomène similaire peut ainsi reporter dans son manuel de traduction l'une de ces deux dernières expressions sans pour autant que ne devienne incompatible avec les comportements linguistiques du locuteur tels qu'observés. Sans recours à un dictionnaire prescrivant la signification conforme, il est impossible d'affirmer qu'une traduction est plus correcte qu'une autre.

57. « C'est une croyance commune appuyée par une littérature en science sociale considérable que les juges peuvent travailler pour faire correspondre la loi à leur idéal de "justice", ou un autre idéal "législatif" et qu'ils orientent leur travail sous l'influence de leurs préférences idéologiques. Mais c'est aussi une croyance commune que ce travail est contraint par les matériaux juridiques. Mon but ici est de décrire ce phénomène complexe de liberté stratégique contrainte par le contexte » D. KENNEDY, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997, p. 157-179, chap. 7 Ideologically Oriented Legal Work, p. 158 (notre traduction).

58. V. B. BIX, « Doctrine, Data, and High Theory », *UC Irvine Law Review*, vol. 6, n° 2, 2016, p. 137-148, p. 140.

59. D. KENNEDY, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, *op. cit.*, p. 161. L'auteur se réfère ici au concept d'Owen Fiss « Objectivity and Interpretation », *Sian. L. Rev.* 739, 1982.

60. *Ibid.*, p. 161.

61. *Ibid.*
62. *Ibid.*
63. D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, Essais, p. 286.
64. Si cette hypothèse semble a priori peu vraisemblable, cette impression peut être revue à la lecture de l'ouvrage de Pierre JOXE, P. JOXE, *Cas de conscience*, Genève, Labor et Fides, 2010.
65. C. LEMIEUX, *op. cit.*
66. Cité par S. BEAUD et F. WEBER, *op. cit.*, p. 280 ; ou encore « [c]'est la force de l'enquête de terrain que de pouvoir multiplier les points de vue, de faire converger des résultats d'enquête sur un même lieu ou à propos d'un même objet, de pouvoir recouper les informations obtenues en entretien ou par observation » p. 217. V. aussi S. BEAUD, « L'usage de l'entretien en sciences sociales. Plaidoyer pour l'«entretien ethnographique» », *Politix*, vol. 35, n°3, 1996, p. 226-257, p. 235-238. ; Concept également repris dans S. BEAUD et F. WEBER, *op. cit.*, p. 280.
67. *Ibid.*, p. 280
68. S. BEAUD, « L'usage de l'entretien en sciences sociales. Plaidoyer pour l'«entretien ethnographique» », *op.cit.*
69. S. BEAUD, F. WEBER, *op. cit.*, p. 280.
70. *Ibid.*, p. 280.
71. *Ibid.*, p. 217.
72. Entretien réalisé avec un membre du Conseil constitutionnel au cours de l'année 2017 dans le cadre d'un travail doctoral en cours d'élaboration sur les pratiques du Conseil constitutionnel.
73. S. BEAUD, F. WEBER, *op. cit.*, p. 280.
74. Le sociologue et linguiste américain propose en effet de recourir à ce concept dans la définition qu'il donne de la « face », véritable clé de son analyse des interactions, c'est-à-dire la représentation qu'une personne met en jeu dans le cadre de tout échange. Pour « sauver la face », postulat essentiel de la théorie de Goffman, les individus adoptent temporairement des « lignes d'actions », fonctions du contexte de l'interaction, autrement dit de la réceptivité, subjective, de son image à l'égard des autres interactants. E. GOFFMAN, *Les rites d'interaction*, Paris, Éditions de Minuit, 1967 (dépôt légal 2005)
75. En tout lieu de la société, on peut s'attendre à ce que le code social comporte un accord sur le point jusqu'où une personne peut aller pour sauver la face », *ibid.*, pp. 12-13.
76. H. CHAMBOREDON, F. PAVIS, M. SURDEZ, L. WILLEMEZ, « S'imposer aux imposants. A propos de quelques obstacles rencontrés par des sociologues débutants dans la pratique et l'usage de l'entretien », *Genèses*, n°16, 1994, pp. 114-132, pp. 117-119.
77. Précisons que si un tel changement de ligne d'action intervient chez le juge c'est, selon la théorie d'Evring Goffman, la réaction à un changement de ligne d'action de la part de l'interrogeant, du moins tel que le perçoit l'interrogé. En l'espèce, percevant, à travers la délivrance de cette information, le changement de ligne d'action du chercheur, le juge constitutionnel adapte son propos en changeant de ligne d'action. « Dès qu'une personne a présenté sa ligne d'action, les autres et elle-même ont tendance à y aligner leurs réponses ultérieures, et, en un sens, à s'y attacher. » : E. GOFFMAN, *Les rites d'interaction*, *op. cit.*, p. 14-15. Il revient dès lors à l'enquêteur de déployer ce que l'on pourrait appeler à la manière du sociologue américain Jack Douglas des « stratégies » pour réorienter les lignes d'action vers des assises plus favorables à l'enquêteur : J. DOUGLAS, *Investigative Social Research*, Beverly Hills-London, Sage Publications, 1976, pp. 55-83.
78. S. BEAUD et F. WEBER, *op. cit.*, p. 224.
79. S. COHEN, « Enquêtes au sein d'un "milieu difficile" : les responsables de la politique étrangère et de défense », *op. cit.*, pp. 17, 24 et 27.
80. Une autre manière d'interpréter le changement de discours du membre-conseiller est envisageable. Elle entend considérer que l'enquêté se trouve initialement dans une stratégie de

défense de l'institution qui évolue ensuite vers une défense de la position du membre dans l'institution. Ce changement de stratégie intervient du fait de la formulation de la question posée (« la note n'est-elle pas trop restrictive ? ») qui tend à mettre en cause la liberté de l'enquêté. Ce n'est donc pas seulement le passage d'une position « formelle » à une position « impliquée », mais aussi un déplacement de l'objet des stratégies du conseiller. Cette interprétation du *verbatim* provient d'un échange avec le professeur Arnaud Le Pillouer que nous remercions.

81. S. BEAUD et F. WEBER, *op. cit.*, pp. 185-190.

82. Par exemple, la troisième question du formulaire était ainsi formulée : « [l]a note préparée par le service juridique limite le nombre de solutions envisageables par le Conseil constitutionnel. Dans quelle mesure vous sentez-vous lié par le contenu de cette note ? ». À l'oral la question était souvent tournée ainsi : « avec sa ou ses quelques solutions, la note n'est-elle pas trop restrictive ? ».

83. Luc Boltanski présente les apports d'analyses fondées sur les critiques des acteurs, non seulement à travers sa distinction entre sociologie critique et sociologie de la critique L. BOLTANSKI, « Sociologie critique et sociologie de la critique », *Politix*, n°10-11, pp. 124-134 ou, L. BOLTANSKI, *De la critique. Précis de sociologie de l'émancipation*, Paris, Gallimard, 2009.

84. On rejoint ici les propos de Stéphane Beaud et Florence Weber : « Ces derniers moments [ou la personne interrogée oublie le cadre formel de l'entretien] sont souvent les plus riches, les plus personnels : tout se passe comme si l'enquêté, sentant approcher la fin de l'échange, ressentait le besoin de se confier, de vous révéler au dernier moment des choses qu'il aurait par la suite regretté de ne pas vous avoir dites », *op. cit.*, p. 186. Pour un autre exemple, v. R. GHIGLIONE et B. MATALON, *Les enquêtes sociologiques*, *op. cit.*, p. 64.

## RÉSUMÉS

Partant du constat largement partagé selon lequel le droit ne se situe pas exclusivement dans le contenu sémantique des énoncés juridiques, on ne peut manquer de s'interroger sur les pratiques du juge, c'est-à-dire sa façon de se comporter à l'égard du matériau juridique. Si des modèles standards de comportements sont parfois mobilisés pour penser leurs déterminations, les pratiques du juge ne sont que rarement abordées de front, au travers d'une plongée au cœur de l'activité décisionnelle. Questionnant le rapport à la vérité que le chercheur entretient à l'égard de ces pratiques, cette contribution brosse à grands traits les contours d'un programme de recherche pour qui s'intéresse à cet aspect central de la mise en œuvre du droit.

Law does not lie exclusively in the semantic content of the legal statements. The observation is widely shared. It is therefore necessary to question the practices of lawyers, that is to say their way of behaving with regard to legal materials. However, this theme remains a blind spot in legal studies. Questioning the link to the truth that the researcher maintains with regard to the practices of judges, this paper is a proposal in favor of a research program for those who are interested in this central aspect of the implementation of law

## INDEX

**Mots-clés** : pratiques, entretiens, témoignages, documents, Conseil constitutionnel, note du secrétariat général, vérité

**Keywords** : practices, interview, testimony, documents, French constitutional council, service note, truth

## AUTEUR

### MICHAEL KOSKAS

Michael Koskas est doctorant et ATER à l'université Paris Nanterre, Centre de Théorie et Analyse du droit (UMR 7074)