



HAL
open science

Du quotidien au droit ou la compréhension du droit par l'étude du quotidien des juristes

Michael Koskas

► **To cite this version:**

Michael Koskas. Du quotidien au droit ou la compréhension du droit par l'étude du quotidien des juristes. Cahiers Jean Moulin, 2019, Droit et quotidien, 5. halshs-04161036

HAL Id: halshs-04161036

<https://shs.hal.science/halshs-04161036v1>

Submitted on 13 Jul 2023

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Du quotidien au droit ou la compréhension du droit par l'étude du quotidien des juristes

Michael Koskas

ATER en droit public

Centre de Théorie et Analyse du droit, équipe ThéorHis (UMR CNRS 7074)

Le quotidien est une ressource peu fréquentée des juristes ; et pour cause, il est à tort bien souvent relégué dans les champs de la sociologie ou de la science politique. L'étude du quotidien du droit est pourtant en mesure de révéler de précieux enseignements pour le juriste, à condition bien sûr de savoir l'observer, c'est-à-dire moyennant la mobilisation d'un cadre théorique adapté et d'une assise méthodologique suffisamment précise. C'est tout l'objectif de cette contribution s'appuyant sur l'étude du quotidien des juristes du Conseil constitutionnel que de présenter les modalités d'observation de leurs pratiques par le déploiement d'une perspective internaliste, particulièrement attentive à l'exploitation des « ressources secondaires » telles que les entretiens ou les documents de travail produits par l'institution, ce matériau peu familier des recherches juridiques. Levant le voile sur ces pratiques, le quotidien du droit manifeste alors son véritable apport pour la science du droit : une meilleure compréhension du processus décisionnel.

Mots-clés : quotidien, théorie du droit, Conseil constitutionnel, internalisme, dispositif, entretiens, processus décisionnel

Everyday life is an unusual matter for the legal research; indeed, it is wrongly often relegated to the fields of sociology or political science. Yet, the study of the everyday law can nevertheless reveal valuable lessons for the jurist, provided of course that one is able to observe it carefully, using suitable theoretical framework and methodological tools sufficiently precise. This paper aims to present methods to observe daily lawyers' practice of the French constitutional court with an internalist method using "secondary resources" such as interviews or working papers made public by the institution. By unveiling such practices, the everyday law then shows its true contribution to the legal science: a better understanding of how judges decide

Keywords: everyday life, theory of law, French constitutional court, internalism, device, interview, decision-making process.

On pourrait s'étonner de rencontrer le quotidien dans une problématique liée au droit et à la science du droit, c'est-à-dire à d'imposants recueils jurisprudentiels et législatifs, et d'innombrables commentaires ; le droit, par son côté diseur, dispose même de son propre langage, de ses propres adages et l'on ne compte plus les dictionnaires s'efforçant de renseigner le lecteur sur les sens et usages de ce champ lexical si particulier. Le quotidien à l'inverse semble peu prolixe, voire plutôt silencieux ; fait de gestes répétés, d'attitudes mécaniques, routinières et prévisibles, il serait, notamment au sens de la sociologie de Pierre Bourdieu, détaché de toute réflexivité et par là relayé dans la sphère peu fréquentée de ce que certains travaux nomment le « sens commun »¹, cet espace caractéristique de la conscience doxique (Bourdieu 1980, p. 97-109). Le droit n'aurait en fin de compte rien à apprendre du quotidien.

Le quotidien du droit mérite pourtant d'être pris au sérieux car son étude est sans aucun doute en mesure de contribuer à une meilleure connaissance des processus de production des normes juridiques. L'approche exposée ici tient précisément ce pari selon lequel l'observation du quotidien, c'est-à-dire des pratiques sociales, de ces phénomènes d'habitudes et de répétitions parfois remis en cause et désavoués, recèle une surprenante richesse sur la compréhension du droit qu'il serait regrettable de laisser de côté. Regrettable pour sa compréhension certes, mais aussi pour sa perspective ontologique puisque négliger l'observation du quotidien serait le réduire à un ensemble de règles formelles prescrivant des instructions à des personnes en perdant de vue que leur mise en œuvre participe également de la définition du droit².

Si cet objet d'étude est fréquemment laissé à la marge des analyses juridiques, c'est sans doute que notre communauté de chercheurs ne dispose pas d'outils adéquats pour l'observer, le comprendre, le décrire, et enfin le critiquer. Comment percevoir et mettre au jour les pratiques des professionnels du droit ? Le quotidien du juge, de ses assistants ou celui des parlementaires dans un environnement social déterminé, est-il en mesure de nous fournir, pour nous juristes, des données empiriques sur la compréhension du processus décisionnel ? De telles questions, peu familières des recherches juridiques, méritent d'être posées ; aussi, c'est en travaillant à les résoudre que leur intérêt deviendra perceptible pour la science juridique.

Quelques études ont récemment cherché à mettre en évidence la dimension pratique du droit, la plus connue des juristes est sans aucun doute celle menée il y a près de vingt ans par le sociologue Bruno Latour à propos de *La fabrique du droit* au Conseil d'État (Latour 2002). Elle n'est

1 À la différence des connaissances scientifiques, le sens commun « correspond aux opinions qui n'ont pas de fondement scientifique » : Dollo et al. 2017, p. 340 ; Lemieux 2018, p. 21.

2 Dupret 2010, p. 315-335. L'auteur ne dit pas autre chose : « [I]es deux – dispositions formelles et pratiques de mise en œuvre des dispositions – fonctionnent de manière réflexive, indissociable, inextricablement liée ».

pourtant pas la seule : qu'il s'agisse en France de l'école de la sociologie pragmatique³ ; de la praxéologie de Baudouin Dupret (Dupret 2010) puisant ses racines dans l'ethnométhodologie ; ou encore, pour jeune qu'il soit, du mouvement américain de l'anthropologie des techniques juridiques développé par Annelise Riles⁴. Chacun d'eux s'efforce de parvenir à une meilleure connaissance du droit à travers l'observation des pratiques des juristes.

C'est tout l'objectif de cette contribution que de s'inspirer de ces divers travaux afin de poser les jalons d'un cadre théorique et d'une assise méthodologique permettant de comprendre un quotidien souvent perçu comme opaque, celui du Conseil constitutionnel français. Elle s'appuie pour ce faire sur des données ethnographiques : un stage de près de cinq mois⁵ ; la conduite de nombreux entretiens avec des acteurs actuels et anciens du contentieux dont quelques *verbatim* feront l'objet de développements ci-dessous ; la lecture des témoignages, des comptes rendus de délibération et des divers documents annexés aux décisions. En raison de leur faible mobilisation dans les études juridiques, nous regrouperons volontiers cet ensemble de données sous l'expression de « ressources secondaires », en opposition aux énoncés décisionnels, voire aux quelques documents qui permettent d'en compléter la lecture comme les conclusions de rapporteurs publics ou d'avocats généraux : ils constituent, avec les textes normatifs, les ressources primordiales (ou « primaires ») et souvent uniques de la science juridique.

On pourrait opposer ici que l'étude de ces pratiques s'écarterait d'une analyse proprement juridique en ce qu'elle ne serait pas exclusivement centrée sur l'étude des ressources primaires qui seraient quant à elles proprement juridique⁶. Une telle assertion semble au demeurant fort contestable. Puisant dans l'héritage de la philosophie analytique, les thèses du réalisme juridique ont depuis quelque temps déjà révélé les

3 Pour comprendre l'origine de ce courant de pensée qu'est la sociologie pragmatique, nous pouvons nous référer au texte écrit à plusieurs mains d'auteurs affiliés à cette école : « [...] deux approches, écrivent-ils, par-delà leurs significatives différences, en forment l'armature : l'anthropologie des sciences et des techniques développées par Michel Callon et Bruno Latour et la sociologie des régimes d'action impulsée par Luc Boltanski et Laurent Thévenot », Barthe, et al. 2013, p. 176 ; pour les références citées, voir Latour 2011 [1^{re} éd. 1984] ainsi que celle de Boltanski et Thévenot 1991. À propos du cadre théorique mobilisé, cf. les travaux de l'historien du droit Thomas 2011. Pour une approche de sociologie pragmatique relative à la question de l'État, cf. Moreau de Bellaing 2016.

4 D'autres auteurs s'attachent également à représenter ce mouvement de l'anthropologie du droit comme Valverde 2003. Pour un exemple caractéristique de cette approche anthropologique de la connaissance juridique, v. Riles 1999, p. 805-825 et 2000.

5 Ce stage s'étalait des mois de juillet à novembre 2017. Nous étions rattachés au service de la documentation du Conseil constitutionnel sous la tutelle des plus bienveillantes de Lionel Brau alors chef du service.

6 Est ici retrouvée cette idée classique selon laquelle l'étude des pratiques relèverait de la sociologie ou de la science politique, à l'inverse du droit ayant pour objet les discours normatifs (dispositions législatives, énoncé décisionnel, etc.)

difficultés qu'il y aurait à soutenir l'hypothèse que les juristes se contentent exclusivement d'appliquer le droit – le débat est ancien, le succès du réalisme considérable, si bien que les études juridiques avançant une telle hypothèse sont aujourd'hui peu nombreuses, voire inexistantes. Mais si, comme l'avancent les thèses réalistes, les juristes participent de la création du droit, alors il ne se situe pas exclusivement dans le matériau juridique – les décisions juridictionnelles ou les dispositions législatives par exemple. Le droit intègre aussi les agissements des juristes dans la manipulation de ce matériau, en somme, ce que l'on nomme les pratiques. Autrement dit, rendre compte des pratiques à travers l'étude du quotidien des juristes ne s'apparente pas à autre chose qu'à une recherche elle aussi proprement juridique (Xifaras 2017, p. 276).

Pour montrer ce que recouvre l'étude du quotidien des juristes du Conseil constitutionnel, ce propos procédera en deux temps. S'appuyant sur une démarche internaliste, seront présentés, d'une part, les outils nécessaires à sa compréhension ; sera ensuite présenté ce que le quotidien est en mesure de nous apprendre sur le droit, notamment à travers la mobilisation du concept de dispositif.

I – Approcher le quotidien du droit

La recherche juridique dans son ensemble ne peut plus passer outre la mise en œuvre d'un appareil empirico-conceptuel, un tel prérequis semble dorénavant acquis ; sous l'influence notable du positivisme, les juristes sont aujourd'hui soucieux de produire des analyses fondées sur un matériau juridique empirique – qu'il s'agisse par exemple d'études centrées sur les décisions rendues ou les dispositions juridiques. Peu de contributions néanmoins prennent aujourd'hui le soin d'approcher les lieux de production du droit (les assemblées délibérantes ou les juridictions). À travers l'étude du quotidien des juristes, la démarche suggérée ici cherche précisément à rendre compte des pratiques des juristes par la voie d'une démarche internaliste. Si l'observation *in situ* constitue sans doute un moyen privilégié pour le recueil de ces données, cette méthode, rendue particulièrement délicate par le secret entourant les pratiques des juges, n'épuise toutefois pas les possibilités de comprendre le quotidien du droit. L'exploitation des « ressources secondaires » semble constituer un bon point d'entrée dans l'étude du quotidien des juristes.

A. Observer de l'intérieur un « terrain juridique » souvent peu accessible

L'intérêt heuristique d'une approche internaliste intégrant un « suivi des acteurs » du droit est à l'évidence manifeste pour comprendre leur quotidien. Initiative préalable à l'explication, la prévisibilité et la critique, l'observation

in situ constitue un vecteur essentiel à la compréhension et au dévoilement des contraintes pragmatiques (c'est-à-dire contextuelles) rencontrées par les professionnels du droit. Ce peu d'attrait pour l'observation des habitudes de travail d'une juridiction participe d'ailleurs sans doute du développement de la critique habituellement prêtée à la doctrine juridique par les acteurs des institutions : déconnexion des réalités sociales et politiques, manque de connaissances des contraintes décisionnelles⁷, niveau d'abstraction superflu des commentaires de doctrine, etc.⁸ ?

L'ajout d'une dose d'internalisme dans la recherche juridique ne prétend pas pour autant la préserver de tels reproches – d'ailleurs le pourrait-elle tant ces critiques semblent parfois si péremptoires et peu renseignées ? Elle aura cependant le précieux mérite de chercher à comprendre, affranchie de tout élément de définition extérieur, les raisons d'agir des professionnels. C'est précisément ce détachement, mettant en lumière les dispositifs contraignants que chacun des acteurs rencontre dans ses pratiques quotidiennes, qui semble faire défaut au sein de la doctrine juridique⁹. Ce n'est qu'après un tel effort consistant à décrire, expérience à l'appui, le quotidien des acteurs, que le chercheur pourra ensuite entreprendre des développements relatifs à l'explication et la critique.

Un tel geste méthodologique consistant à suivre les juristes dans leurs pratiques quotidiennes ne se réalise pourtant pas sans difficulté car, soulignons-le, la fabrique du droit se singularise par un aspect au moins : son cloisonnement. C'est là tout le paradoxe de la critique adressée par les professionnels aux chercheurs : comment développer un propos scientifique sur le processus juridictionnel lorsque de tels obstacles y limitent l'accès¹⁰ ?

Seules deux modalités d'accès à ce « terrain juridique » semblent en effet se présenter au chercheur : le détachement professionnel et l'accès à des fins d'enquête scientifique. Précisons-le d'emblée : elles sont toutes deux fortement encadrées par des frontières souvent rétives à tout propos analytique. En ce qui concerne la première, le chercheur en détachement professionnel est le plus souvent, dès son intégration aux équipes de travail, soumis à un lourd et intimidant engagement de confidentialité lui imposant

7 Les entretiens conduits avec les membres du Conseil constitutionnel faisaient ici référence aux délais de jugement ou au manque de moyens matériels comme l'absence d'assistants personnels par exemple.

8 Plus d'une fois, au cours de ces entretiens, de telles critiques ont été émises en direction de la recherche juridique.

9 Pour les juristes peu formés à l'enquête de terrain, on pourra suggérer les références suivantes : Ghiglione et Matalon, 1978 ; Weber et Beaud 2010.

10 Précisons tout de même qu'un tel constat n'est pas toujours vrai par ailleurs : si l'accès aux juridictions suprêmes est rendu difficile, il l'est sans doute moins concernant les juridictions de rang inférieur dans lesquelles les magistrats font souvent montre de plus d'ouverture envers la recherche scientifique, mais où les enjeux juridico-politiques sont cependant moins considérables (Israël 1999).

une « discrétion absolue »¹¹ – c'est le cas par exemple des jeunes maîtres de conférence chargés de mission au Conseil constitutionnel ou même des stagiaires rattachés à cette institution ou au Conseil d'État. Il arrive d'autre part, même si cela est moins fréquent, que le chercheur affiche ouvertement sa volonté d'enquêter à des fins scientifiques sur l'univers juridique. C'est le cas de Bruno Latour à propos de son enquête sur le Conseil d'État. Si l'ouvrage contribue assurément à une connaissance plus fine du quotidien de cette institution, il révèle par ailleurs à maints égards les difficultés rencontrées par un chercheur, qu'il soit juriste ou non, pour pénétrer, comprendre, décrire et analyser le quotidien du droit ; Bruno Latour mentionne en effet explicitement qu'il a accepté qu'au moins une partie de son manuscrit fasse l'objet de relecture par les membres de l'institution et la volonté expresse de ces derniers de ne pas reproduire les *verbatim* (Latour 2002, p. 8). D'autre part et de manière plus implicite, comme l'explique Liora Israël, l'auteur de la *Fabrique du droit* fait preuve tout au long de son travail d'une « prudence méthodologique extrême » traduisant toute sa difficulté à mener une enquête sur le terrain juridique¹². Si la protection de l'autorité juridique rattachée aux décisions mérite, cela est aisément compréhensible, une protection particulière et affirmée, le débat reste ouvert quant à la nécessité d'édifier de tels obstacles à la production d'un travail ouvertement revendiqué comme scientifique. D'ailleurs, ces imposantes barrières ne contribuent-elles pas à instiller le doute quant à la juridicité de certaines institutions comme le Conseil constitutionnel, d'autant plus lorsqu'on ne les retrouve pas au sein d'autres juridictions étrangères comparables¹³ ?

B. Exploiter les « ressources secondaires »

Fort heureusement, l'observation *in situ* n'épuise pas à elle seule les possibilités de recueillir des données empiriques sur le quotidien des acteurs : la conduite d'entretiens, l'exploitation de témoignages et les

11 La prestation de serment des stagiaires au Conseil constitutionnel était, semble-t-il, de rigueur de 1997 à 2007 selon l'ancien secrétaire général Monsieur Jean-Éric Schoettl (Schoettl 2009) ; l'expression « confidentialité absolue » figure aussi sur notre engagement de confidentialité signé en juillet 2017.

12 Liora Israël analyse ainsi l'ouvrage de Bruno Latour dans lequel « peut être mis en évidence une prudence méthodologique extrême, un sentiment d'illégitimité plus ou moins assumé, et un acquiescement tacite à la nécessité d'être juriste pour parler du droit qui, loin d'en dévoiler les ressorts, contribuent finalement à en manifester la force » (Israël 2012, p. 143).

13 La professeure Véronique Champeil-Desplats soulève ce problème à propos du Conseil constitutionnel : « [...] le problème est qu'à force de raisonnements lapidaires, de silence gardé sur les débats internes, de ne rien laisser transparaître sur les acteurs entendus ou de ne pas répondre à d'autres, le sentiment de surdité l'emporte, voire pire, pour une instance dite juridictionnelle, celui de deux poids, deux mesures. Le monde à part que semble composer le Conseil constitutionnel réside dès lors peut-être moins dans son absence de perméabilité à ceux qui l'entourent que dans son défaut de transparence et de communication sur ses rapports au monde » (Champeil-Desplats 2016, p. 615).

documents de travail produits par les institutions¹⁴, constituent autant de pistes permettant d'approcher le quotidien du droit, cet ensemble de « ressources secondaires »¹⁵.

« Prendre l'ensemble du discours des juristes au sérieux » : cette formule pourrait constituer la prémisse majeure de notre démarche. Pour comprendre ses enjeux, peut-être est-il plus judicieux de l'exposer par la négative. D'une part, il ne s'agit pas, au terme d'une approche excessivement réductionniste et déresponsabilisante, de rechercher les hypothétiques stratégies mises en œuvre par les personnes qui s'expriment en leur prêtant des intérêts cachés et souvent inconscients¹⁶ ; au contraire, réunir un corpus significatif de témoignages provenant de professionnels exerçant une même fonction à un instant *t* permet d'approcher au plus près les contraintes pragmatiques et les dispositifs orientant leur comportement au sein d'une institution. Il ne convient pas, d'autre part, de sous-estimer la portée de certains discours en considérant, par exemple, qu'une personne interrogée n'est pas en mesure, relativement aux autres, de fournir un témoignage éclairé ou pertinent. Un détour réflexif s'avère ainsi nécessaire pour le chercheur s'il souhaite fournir l'effort de distanciation nécessaire pour comprendre la raison d'être, l'émergence, de certains discours qu'il aurait tendance à juger peu pertinents, voire biaisés.

Prenons un exemple, celui d'un entretien conduit avec un juge du Conseil constitutionnel. Interrogé sur la critique régulièrement adressée à propos de l'indépendance des membres, l'interviewé balaie sans ménagement la question en considérant qu'il ne s'agit là que d'un « faux problème » qui serait éloigné de « la réalité du Conseil ». Lorsque vient le temps de l'exploitation des données, le chercheur intervieweur pourrait être amené à considérer une telle réponse comme scientifiquement peu fondée au regard de la quantité considérable d'articles doctrinaux sur le sujet¹⁷. Autrement dit, il pourrait être conduit à hiérarchiser les propos recueillis, c'est-à-dire à en dénigrer certains au détriment d'autres. Mais, une telle attitude l'éloigne de l'effort de réflexivité se traduisant par la nécessité de prendre de la distance à l'égard de son propre positionnement idéologique afin de rendre estimable l'ensemble des arguments. Car, à bien observer les propos de la doctrine, le juge interrogé n'est évidemment pas le seul à défendre l'argument de

14 On pense ici aux documents souvent considérés comme secondaires par les juristes par exemple, pour le cas du Conseil constitutionnel, les conclusions du secrétariat général du gouvernement, le dossier documentaire, ou l'enregistrement de l'audience filmée.

15 Cf. Introduction.

16 Ces modèles d'appréhension des comportements sont fondés sur des théories du choix rationnel, c'est-à-dire sur des grilles conceptuelles héritées de la science politique et de la théorie des jeux. Harold Garfinkel critiquait justement ce réductionnisme à travers le concept « d'idiot rationnel », cf. Garfinkel 1967.

17 Il suffit pour s'en convaincre d'observer les réactions de la doctrine à la suite des décisions de nomination des nouveaux membres du Conseil constitutionnel. V. parmi d'autres : Rousseau 2019 ; Lemaire 2019 ; Hochmann 2019, p. 305.

son indépendance et celle de ses pairs¹⁸. Négliger, sans prendre au sérieux l'ensemble des discours, c'est manquer l'occasion de s'interroger sur ce qui, dans l'éventail des pratiques de l'institution, rend possible de soutenir l'argument de l'indépendance des juges du Conseil constitutionnel.

Éviter autant que faire se peut le réductionnisme dans la compréhension des motivations des juges tout en s'efforçant de s'extraire soi-même de ses propres catégories par une attitude réflexive, voici deux préceptes à suivre pour exploiter ces ressources secondaires. C'est de cette manière que le quotidien sera en mesure de révéler ses meilleurs enseignements sur le droit.

II – Approcher le droit par le quotidien

Quoique peu observable du fait de son cloisonnement, le terrain juridictionnel reste sans aucun doute l'espace de choix pour étudier le quotidien des juristes. L'observation *in situ* n'est cependant, nous venons de le voir, pas son seul lieu d'observation : l'étude précautionneuse de ce que nous avons choisi d'appeler « les ressources secondaires » est également en mesure de révéler de précieux éléments sur le quotidien des juristes, c'est-à-dire leurs pratiques. Elles permettent, au même titre que l'observation de terrain, d'étudier les structures orientant les agissements des personnes, dans l'environnement juridictionnel, ce que l'on regroupera sous le concept de dispositif.

A. Faire émerger les dispositifs

Empruntant à Michel Foucault le concept de dispositif, Bruno Latour (Latour 2011, p. 74-76), prenant ses distances avec le déterminisme, a cherché à mettre en évidence ce qui au quotidien incite les individus à agir d'une certaine manière. Pour le dire autrement, si des airs de famille sont perceptibles entre les agissements des personnes, qu'est-ce qui oriente leur comportement ? Quelles sont leurs raisons d'agir ? L'exemple type de dispositif est représenté par la structure architecturale du panoptique : en permettant, dans un établissement pénitentiaire, de surveiller sans être vu, celle-ci incite les prisonniers à adopter un certain type de comportement : « le bon » comportement¹⁹. Un dispositif doit être ainsi compris comme un

18 Guy Carcassonne réservait ses plus belles pages pour défendre cette position : « Cette fonction élevée a toutes les chances, de ce fait, d'être la dernière. N'ayant donc plus rien ni à craindre ni à espérer, l'indépendance les saisit, alors même qu'ils n'y seraient pas spontanément prédisposés. Et ceux d'entre eux qui, toute leur vie, ont dépendu des électeurs, d'un parti, d'une hiérarchie, d'une clientèle, prennent progressivement goût à cette ivresse qu'ils découvrent. La chose est encore facilitée par ceci que leur longévité est plus grande que celle des autorités qui les ont nommés, les libérant même ainsi de tout scrupule de gratitude. » (Carcassonne et Guillaume 2016, p. 280).

19 Michel Foucault décrit ainsi la notion de dispositif : « [...] un ensemble résolument hétérogène, comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions

agencement matériel incitant les acteurs à agir d'une certaine manière, il comporte ainsi une dimension prescriptive (Dodier et Barbot 2016, p. 421-450).

Pas plus qu'ailleurs, le quotidien des juristes ne semble épargné par le déploiement de dispositifs. Seules une connaissance du terrain ou une exploitation des ressources secondaires permettent de les mettre en évidence. C'est par exemple en écoutant les acteurs, à travers les critiques qu'ils peuvent être amenés à formuler à propos de tel ou tel aspect de leur travail que le chercheur peut être en mesure de les dégager. En voici un exemple. Dans le cadre de notre recherche doctorale, nous sommes amenés à conduire de nombreux entretiens avec le personnel en charge du contentieux au Conseil constitutionnel : les membres mais aussi les secrétaires généraux, les membres du service juridique et les documentalistes. À les écouter, les juges sont dans leur grande majorité amenés à souligner la place considérable du service juridique dans la préparation des décisions, l'un d'entre eux s'exprimant d'ailleurs ainsi :

« Le pouvoir du secrétaire général et du service juridique est évidemment considérable. Mais ça tourne comme cela ici ; ils doivent s'organiser de cette manière pour que ça rentre dans les courts délais de jugement. Lorsque je suis rapporteur [d'une saisine], je consulte régulièrement le secrétaire général et les juristes [du service juridique], ils connaissent très bien la jurisprudence. [...]. Par exemple, si je ne suis pas d'accord avec le projet présenté par le rapporteur, je peux demander au service juridique de rédiger un autre projet, un projet alternatif de décision en accord avec mes orientations. Les deux seront alors soumis au Collège au moment des délibérations²⁰ ».

À la différence de ses voisins allemand ou italien, le juge constitutionnel français, on le sait, ne dispose pas d'assistants personnels ou, pour reprendre la terminologie belge, de référendaires. C'est un service juridique unique qui est chargé d'assister les membres et de contribuer, à un degré souvent considérable, à la préparation des décisions ; outre le secrétaire général et les chargés de mission employés à mi-temps, cette structure est composée de quatre personnes employées à plein temps, non statutaires mais détachées de leur administration d'origine (la magistrature, les deux assemblées²¹).

réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales, philanthropiques ; bref, du dit aussi bien que du non-dit, voilà les éléments du dispositif. Le dispositif lui-même c'est le réseau qu'on établit entre ces éléments » (Foucault 1994). Pour une mise en contexte de l'usage de la notion de *dispositif* après Michel Foucault : Jacquinet-Delaunay et Monnoyer dir. 1999 ; Dumez 2009, p. 34-39.

20 Entretien avec un membre du Conseil constitutionnel.

21 Plus précisément, le service juridique est composé de deux magistrats (l'un administratif et l'autre judiciaire) et de deux administrateurs des assemblées (l'un de l'Assemblée nationale et l'autre du Sénat).

Ce que le propos du juge interviewé révèle, c'est le pouvoir considérable de cette assistance juridique, organisée en service unique, dans la gestion du contentieux. De la même manière que le panoptique incitait les prisonniers à adopter le bon comportement, ce service juridique unique constitue un dispositif au sens foucauldien du terme : il invite le juge constitutionnel à travailler d'une certaine manière, afin de produire un certain type de comportement déterminé ; en l'occurrence, il l'incite à travailler de concert avec cette structure forte qu'est le service juridique jusqu'au stade final de la rédaction des décisions.

Il faudrait bien entendu reproduire davantage de *verbatim* pour espérer aboutir à des résultats sérieux sur les pratiques des juristes au sein d'une institution comme le Conseil constitutionnel ; pas moins qu'ailleurs, la variété des personnalités dans cette institution laisse apparaître, les entretiens l'ont montré, un nombre considérable de points de vue. Telle n'est pas l'ambition dans les limites du présent article, le propos est plutôt d'ordre méthodologique : rendre compte de la manière avec laquelle il devient possible de faire émerger les dispositifs afin de mieux comprendre le quotidien des juristes.

B. Mesurer la force des dispositifs

Un dispositif incite alors les personnes à agir d'une certaine manière. Mais quelle est sa « force » (Dodier et Barbot 2016) ? Autrement dit, comment son agencement est-il en mesure de limiter la capacité des acteurs au sein d'un environnement social donné ; comment annihile-t-il certaines initiatives ?

Il est important de préciser que si un dispositif incite à certains agissements, il ne les contraint pas absolument – tout comme le prisonnier n'est pas totalement contraint de se comporter correctement du simple fait de la présence d'un panoptique. Par des boucles de réflexivité, les personnes engagées dans ces agencements peuvent être amenées à déployer des efforts considérables pour contourner la finalité du dispositif. Sans prétendre agir de l'extérieur du dispositif (pour le réformer), c'est de l'intérieur qu'ils se proposent de le travailler (*ibid*, p. 440-441).

Pour l'illustrer, reprenons l'exemple du dispositif « service juridique unique » au Conseil constitutionnel. Nous avons précisé sa finalité : exercer un pouvoir déterminant aux différents stades du processus décisionnel de l'institution. Engagés dans ce processus, certains juges peuvent souhaiter s'extraire de son influence pour proposer par exemple leur propre interprétation de la jurisprudence. Comment s'y prennent-ils alors pour infléchir la visée de ce dispositif ?

Pour comprendre les schémas d'action déployés par les juges, il faut au préalable une idée, même générale, du rôle de ce service juridique unique du Conseil. Il n'est pas inutile de rappeler l'une des grandes lignes de son action.

Réalisant un vaste travail de synthèse des principaux arguments échangés par les parties²² et une sélection de la jurisprudence constitutionnelle relative à chaque saisine, l'une de ses missions consiste à encadrer le choix des solutions juridiques offertes au Collège des membres. Il peut proposer par exemple que telle QPC soit déclarée conforme à la Constitution moyennant la formulation de telle ou telle réserve d'interprétation. Ce n'est le plus souvent qu'à l'intérieur de cet horizon des possibles que le membre rapporteur fera son choix et que les éventuels membres qui y sont opposés demanderont l'élaboration d'un (ou de plusieurs) projet alternatif de décision.

En tant que dispositif, l'action du service juridique incite les membres à agir d'une façon déterminée sans toutefois contraindre absolument leurs agissements. Rien n'interdit, à cet égard, au juge de boussuler « l'institué » en proposant de lui-même une solution différente de celle(s) envisagée(s), c'est-à-dire s'écartant de l'horizon des possibles envisagé par le service juridique. Il lui faudra néanmoins déployer un effort et un travail personnel considérable²³, comme le montre le témoignage reproduit ci-dessous.

« Il m'est arrivé lorsque j'étais rapporteur d'un dossier de ne pas être d'accord avec un argument proposé dans la note [i.e un argument proposé par le service juridique]. Cela allait dans le sens contraire de ma volonté. J'ai beaucoup travaillé pour proposer une solution différente de celle proposée dans la note. En séance [i.e au cours du délibéré], j'ai dit « la note propose telle solution, je suis contre pour telle et telle raison [...]. Le collègue ne m'a finalement pas suivi ».

À la lecture de ce *verbatim*, au moins deux types de contraintes spécifiques à l'environnement du Conseil constitutionnel semblent pouvoir se dégager pour le juge souhaitant s'écarter de la solution proposée par le service juridique.

La première est liée au court délai de jugement : le juge devra travailler rapidement pour proposer une solution, juridiquement acceptable à ses collègues. De surcroît, aucune séance de prédélibéré n'est formellement organisée au Conseil constitutionnel ; celle-ci a lieu, le cas échéant, de manière tout à fait informelle. Le juge devra alors tenter de convaincre rapidement, et de manière individuelle, chacun de ses collègues suffragants du bienfondé de la solution par rapport à celle(s) proposée(s) par le service juridique.

La seconde est liée à la composition de ce service : le juge devra faire face à l'autorité d'un service juridique composé de juristes formés à la technicité du raisonnement juridique et souvent enclins à maintenir une

22 Du moins est-ce le cas pour les QPC.

23 Sous le concept de « medium », Duncan Kennedy cerne remarquablement toute la difficulté pour le juge de devoir suivre un cadre argumentatif précis s'il souhaite par exemple emporter la conviction de ses collègues, (Kennedy 1997, p. 157-215).

ligne jurisprudentielle établie²⁴. Cet effort s'avère d'autant plus considérable que l'on sait que peu nombreux sont les membres qui disposent d'une solide formation juridique leur permettant de construire, par eux-mêmes, un raisonnement juridique abouti.

Là encore, il ne s'agit que de l'exploitation d'un court *verbatim*, à l'évidence peu généralisable à l'ensemble des situations rencontrées au Conseil constitutionnel. L'hétérogénéité des schémas d'action éprouvés au cours des quelques trente-cinq entretiens conduits avec les acteurs de l'institution invite en effet à la plus grande circonspection. Il est en effet saisissant d'entrevoir la variation et l'évolution de ces contraintes selon la diversité des personnalités rencontrées dans cette institution, qu'il s'agisse de celles des juges, des secrétaires généraux ou des membres du service juridique ; cela sans nullement perdre de vue le rôle considérable des présidents de l'institution qui, de surcroît, disposent d'un pouvoir considérable pour réformer les dispositifs, c'est-à-dire agir sur eux de l'extérieur, et non plus seulement de l'intérieur comme nous venons de le voir avec le témoignage reproduit. Ce n'est alors que par la mise en œuvre d'un modèle général de l'action, intégrant ce pluralisme dans l'étude des agissements et s'appuyant sur une description fine de l'environnement afin de faire émerger les dispositifs, que l'on pourra être en mesure de rendre compte des diverses contraintes présentes au Conseil constitutionnel.

Conclusion

À l'image d'autres recherches ayant contribué à étudier les pratiques des juristes dans leur travail, nous espérons avoir contribué à rendre le quotidien plus bavard qu'il n'y paraissait à la lecture de certaines études l'abandonnant volontiers à l'arrière-boutique du sens commun. Pris au sérieux, il révèle un potentiel heuristique considérable pour nous juristes qui nous interrogeons sur la manière avec laquelle décident les juges.

Traçant l'esquisse d'une étude se voulant plus générale et plus fouillée, l'approche développée ci-dessus suggère ainsi une nouvelle grille de lecture tentant de rompre avec celles fondées sur les théories du choix rationnel, telles que l'analyse économique du droit ou l'analyse stratégique²⁵. Elle constitue par ailleurs un prérequis nécessaire aux développements de discours critiques relatifs aux réformes des dispositifs présents au Conseil constitutionnel.

24 Pour entrevoir l'importance du respect la ligne jurisprudentielle au Conseil constitutionnel, voir Schnapper 2001, p. 289-293 où l'auteure parle de « poids de la jurisprudence ».

25 Dans la littérature juridique, ce réductionnisme dans l'appréhension des comportements humains se retrouve dans de nombreux travaux prenant appui sur les théories du choix rationnel. Parmi d'autres, on peut citer ceux : Meunier 1994 ou Mackaay et Rousseau 2008.

Bibliographie

- Y. BARTHE, et *al.*, 2013, « Sociologie pragmatique : mode d'emploi », *Politix*, vol. 103, n° 3, p. 175-204, p. 176.
- L. BOLTANSKI, L. THÉVENOT, 1991, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard.
- P. BOURDIEU, 1980, *Le Sens pratique (le sens commun)*, Éditions de minuit, p. 87-109.
- G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, 2016, *La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne et Marc Guillaume*, Paris, Points, 13^e éd.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, 2016, « Retour sur la case "prison" : le Conseil constitutionnel, un monde à part ? », *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, p. 611.
- J. COLEMANS et B. DUPRET, 2018, *Ethnographies du raisonnement juridique*, Paris, LGDJ.
- C. DOLLO, et *al.*, 2017, *Lexique de sociologie*, Paris, Dalloz, 5^e éd., p. 340.
- H. DUMEZ, 2009, « Qu'est-ce qu'un dispositif ? Agamben, Foucault et Irénée de Lyon dans leurs rapports avec la gestion », *Le Libellio d'Aegis*, volume 5, n° 3, p. 34-39.
- B. DUPRET, 2010, « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique », *Droit et société*, vol. 75, n° 2, p. 315-335.
- N. DODIER, J. BARBOT, 2016, « La force des dispositifs », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n° 2, p. 421-450.
- M. FOUCAULT, 1994, *Dits et écrits 1954-1988. Tome III : 1976-1979*, Paris, Gallimard.
- H. GARFINKEL, 1967, *Recherches en ethnométhodologie*, Paris, PUF.
- R. GHIGLIONE, B. MATALON, 1978, *Les enquêtes sociologiques. Théories et pratiques*, Paris, Armand Colin.
- T. HOCHMANN, 2019, « Pour un véritable statut des anciens premiers ministres en France », *Recueil Dalloz*, p. 305.
- N. HEINICH, 2017, *Les valeurs. Une approche sociologique*, Paris, Gallimard.
- L. ISRAËL, 1999, « Les mises en scène d'une justice quotidienne », *Droit et société*, n° 42-43, p. 393-419.

- L. ISRAËL, 2012, « Conseils de sociologues. Bruno Latour et Dominique Schnapper face au droit », *Genèse*, 87, p. 136-152.
- G. JACQUINOT-DELAUNAY, L. MONNOYER dir., 1999, « le dispositif entre usage et concept », in *Hermès La revue*, n° 25, p. 9-242 <http://documents.irevues.inist.fr/handle/2042/14700>
- P. JOXE, 2010, *Cas de conscience*, Genève, Labor et Fides.
- D. KENNEDY, 1997, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge – London, Harvard University Press.
- M. KOSKAS, 2019, « Le dynamisme de la proportionnalité : enjeux de la fragmentation tripartite du principe dans le processus juridictionnel », *La Revue des droits de l'homme*, n° 15.
- B. LATOUR, 2002, *La fabrique du droit*, Paris, La Découverte.
- B. LATOUR, 2011, *Pasteur : guerre et paix des microbes* Suivi de *Irréduction*, Paris, La Découverte, [1^{re} éd. 1984].
- E. LEMAIRE, 2019, « Réformons en profondeur le Conseil constitutionnel », *Libération*, 21 février.
- C. LEMIEUX, 2009, *Le devoir et la grâce*, Economica, coll. « Etudes Sociologiques ».
- C. LEMIEUX, 2018, *La sociologie pragmatique*, Paris, La Découverte, « Repères ».
- J. MEUNIER, 1994, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel, Essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ.
- C. MOREAU DE BELLAING, 2016, *Force publique. Une sociologie de l'institution policière*, Paris, Economica.
- V. RÉVEILLÈRE, 2018, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Paris, Institut Universitaire Varrenne.
- A. RILES, 1999, « Models and Documents: Artefacts of International Legal Knowledge », *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 4, p. 805-825.
- A. RILES, 2000, *The Network Inside Out*, Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- D. ROUSSEAU, 2019, « Donner au Conseil constitutionnel des "yeux juridiques" », *Opinion*, 22.
- S. ROUSSEAU, E. MACKAAY, 2008, *L'analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, coll. « méthode du droit », 2^e éd.
- D. SCHNAPPER, 2001, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard.

- J.-E. SCHOETTL, 2009, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25.
- Y. THOMAS, 2011, *Les opérations du droit*, Paris, EHESS Gallimard – Seuil.
- M. VALVERDE, 2003, *Law's dream of a common knowledge*, Princeton, Princeton University Press, coll. « Cultural lives of law ».
- F. WEBER et S. BEAUD, 2010, *Guide de l'enquête de terrain*, Paris, La Découverte, 4^e éd.
- M. XIFARAS, 2017, « Théorie des personnages juridiques », *RFDA*, p. 275-288.