

## *Entre Charybde et Scylla*

### Le constitutionnaliste face aux Écueils de l'empirie juridique

C. BORDERE

Doctorante ATER (C.E.R.C.C.L.E. EA 7436, Université de Bordeaux)

« Tels sont ces deux Écueils ; l'un, de son faite aigu, atteint le haut Ouranos et une nuée bleue l'environne sans cesse, et jamais la sérénité ne baigne son sommet, ni en été, ni en automne ; (...) c'est là qu'habite Scylla. (...) L'autre Écueil est moins élevé, et tu atteindras le sommet d'un trait. Il y croit un grand figuier sauvage chargé de feuilles et, sous ce figuier, la divine Charybde engloutit l'eau noire. »<sup>1</sup>

1. La métaphore a cela de commode qu'elle dispense généralement son auteur d'en expliquer la pertinence : l'écrivain parle pour lui-même et le lecteur n'a plus qu'à acquiescer et à, éventuellement, juger de l'emphase ou de la trivialité de la référence. Inutile de le cacher, c'est la raison d'être initiale de celle qui se loge dans notre titre. À bien y regarder, cependant, il y a des fils à tirer de la métaphore habituelle de Charybde et de Scylla lorsqu'on l'applique aux offres méthodologiques alternatives qui fleurissent épisodiquement au sein de la doctrine juridique française. Tomber dans un Écueil pour échapper à l'autre – reste encore à déterminer leur nature et lequel serait Scylla et l'autre Charybde.

2. L'offre méthodologique et épistémologique alternative dont il est ici question est l'empirie juridique, c'est-à-dire l'importation, dans le cadre de l'analyse du *droit*, de « l'ensemble des techniques qui permettent de recueillir et d'analyser de manière critique des données tirées de la recherche »<sup>2</sup>. C'est précisément au niveau des données analysées que l'empirie juridique se distingue de l'analyse juridique classique, dogmatique<sup>3</sup> : outrepassant

---

<sup>1</sup> HOMÈRE, *L'Odyssée* (C.-R.-M. LÉCONTE DE L'ISLE, trad.), A. Lemerre, 1893, pp. 181-182.

<sup>2</sup> E. BERNHEIM, D. GESUALDI-FECTEAU, P. NOREAU et V. FORTIN, « L'approche empirique en droit : prolégomènes », in D. GESUALDI-FECTEAU et E. BERNHEIM (dir.), *La recherche empirique en droit*, Éditions Thémis, 2022, 1, p. 4 à partir de R. M. LAWLESS, J. K. ROBBENOLT. et T. S. ULEN., *Empirical Methods in Law*, 2<sup>e</sup> éd., Wolters Kluwer, 2016, p. 5.

<sup>3</sup> C'est-à-dire, dans le cadre du présent article, l'analyse « classique » du droit faite par les juristes, basée sur des « procédures de simplification, de systématisation et de mise en cohérence » des données juridiques (V. CROMBEZ, *La doctrine en droit français et en common law (étude comparative)*, thèse, Université Jean Moulin Lyon III, 1995, p. 70) en se fondant sur la seule « observation des normes en vigueur » (D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, 293 p. 293).

l'habituelle *summa divisio* du *sein* et du *sollen*, elle s'attache aux faits et au phénomène sociaux entourant la *pratique* du droit. *Alternative* ne signifie cependant pas *nouvelle* : l'empirie juridique n'est pas une entreprise particulièrement moderne, même en droit français. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler des appels d'un R. DEMOGUE<sup>4</sup>, J. CARBONNIER<sup>5</sup> ou d'un P. CATALA<sup>6</sup> (pour le droit privé) ou d'un B. CHENOT<sup>7</sup> (pour le droit administratif). Il faut cependant admettre que pour anciennes que ces propositions soient, elles n'ont pas conduit à une véritable assimilation de l'analyse empirique du droit par la doctrine française. Comme pour la plupart des offres méthodologiques et épistémologiques alternatives, l'empirie juridique s'est développée dans des lieux propres, à la fois géographiques et éditoriaux, et y prospère en vase plus ou moins poreux.

3. Cette porosité s'accroît pourtant sous l'effet de l'ouverture depuis le début des années 2000 de l'accès aux *données juridiques*. Si les appels internationaux se sont multipliés<sup>8</sup>, cette ouverture s'est faite bien plus progressivement en France. Sur le plan de la diffusion, les efforts de dissémination de l'information juridique ont d'abord été le fait de projets communs au milieu éditorial et universitaire<sup>9</sup> avant que l'ensemble ne devienne un service public à part entière et ne soit pris en charge par les services du gouvernement<sup>10</sup>. Sur le plan de l'information juridique effectivement diffusée, l'élargissement a été très progressif : sans difficulté particulière, les sources législatives et administratives réglementaires<sup>11</sup>, puis les

---

<sup>4</sup> Au travers de ses *Notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, La Mémoire du Droit, 2001 (1<sup>er</sup> éd. 1911).

<sup>5</sup> C'est l'un des aspects de sa sociologie du droit « sans rigueur ». Voir, par exemple, *Flexible droit*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

<sup>6</sup> Pour s'en tenir au recueil de ses principaux articles, voir *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, 1998.

<sup>7</sup> Voir « L'existentialisme et le droit », *RSFP*, n° 1, 1953, pp. 57-68 ou « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, pp. 77-83.

<sup>8</sup> On pense notamment à la Déclaration de Montréal *sur l'accès libre au droit* du 3 octobre 2002 (pour les sources juridiques à proprement parler), ou à celle de Calgary *sur le libre accès à l'information juridique* du 14 mai 2011 (pour la diffusion des travaux scientifiques à titre gratuit).

<sup>9</sup> On pense notamment aux travaux menés conjointement par l'Institut de Recherche et d'Études pour le Traitement de l'Information Juridique (IRETIJ) de Montpellier et par les Éditions Techniques, ensuite devenues les Éditions du Juris-Classeur avant d'être, par un jeu de fusions, rachetées par Lexis. Ce partenariat est à l'origine de la base JURISDATA qui constitue encore aujourd'hui le stock le plus fourni d'arrêts d'appel des années 1980 à 2000.

<sup>10</sup> D'abord indirectement, par le biais de concessions de service public prévues par le décret n° 96-481 du 31 mai 1996 *relatif aux bases de données juridiques*, puis directement une fois la gestion des bases de données reprise en main par la Direction des Journaux Officiels (DJO), future Direction de l'information légale et administrative (DILA), suite au décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 *relatif au service public de la diffusion du droit par l'Internet*.

<sup>11</sup> Si cet objectif est affirmé par le décret n° 89-940 du 24 octobre 1984 *relatif au service public des bases et banques de données juridiques*, il irriguait les initiatives des centres de recherche impliqués dans les premiers travaux en informatique juridique. C'était spécifiquement le cas du Centre d'Étude et de Documentation sur l'Information Juridique (CEDIJ, puis Centre National d'Informatique Juridique (CNIJ)).

documents administratifs<sup>12</sup>, et, finalement et officiellement depuis 2016, l'intégralité des décisions rendues par les juridictions judiciaires, administratives et financières<sup>13</sup>. C'est cette dernière étape (en date) du processus qui tend à replacer l'empirie juridique sur le devant de la scène doctrinale. Sauf à se désintéresser de ce gisement de données nouvelles et à abandonner leur traitement à des outils d'analyse automatique au développement encore primitif, il reste encore à trouver les outils méthodologiques et épistémologiques à même d'en permettre le maniement, l'analyse et la mise en perspective. À cet égard, l'empirie juridique apparaît comme l'un des pourvoyeurs potentiels de ces outils – que l'on s'intéresse, par exemple, à l'expérience en statistiques judiciaires développées au sein de certains pôles de recherche<sup>14</sup> ou plutôt à des initiatives nouvelles, informatisées ou non<sup>15</sup>.

4. La position du droit et de la doctrine constitutionnels face à ce regain d'intérêt pour l'empirie juridique est néanmoins paradoxale. La doctrine constitutionnelle demeure, dans une très large mesure, en dehors des débats provoqués par l'*open data* des décisions de justice et par les outils développés pour l'exploiter – ce qui n'est pas particulièrement surprenant, dans la mesure où le cœur disciplinaire de ces débats se situe en droit privé<sup>16</sup>. Pourtant, la doctrine constitutionnaliste demeure concernée par l'ouverture de l'accès aux décisions du fond et elle s'intéresse d'ailleurs déjà aux apports d'une analyse empirique de son droit. Cet intérêt s'est particulièrement manifesté dans le cadre du projet QPC « 2010-2020 : dix ans de QPC ». S'il faut souligner que l'appel à projets diffusé par le Conseil constitutionnel appelait une démarche empirique dans la mesure où l'un de ses deux axes interrogeait les « aspects sociologiques de la QPC » et, en particulier, la pratique *effective* de sa procédure, il est indéniable que les résultats produits l'ont été à partir d'analyses empiriques quantitatives et qualitatives :

---

<sup>12</sup> Dès la loi n° 78-573 du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal* et la création de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA).

<sup>13</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une République numérique*. Il faut admettre que ce n'est qu'à compter de la publication du calendrier de diffusion des catégories de décisions que l'*open data* des décisions de justice a véritablement pris corps... C'est-à-dire à compter de l'arrêté du 28 avril 2021 *pris en application de l'article 9 du décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives*.

<sup>14</sup> Notamment, et historiquement, le CERCRID rattaché à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne, ou le CERSA rattaché à l'Université Paris Panthéon-Assas.

<sup>15</sup> On pense ici aux projets de recherche portés par les Universités Savoie Mont Blanc de Chambéry et Grenoble Alpes : le premier, centré autour d'une nouvelle revue *Jurimétrie*, promeut le développement d'une analyse mathématique et statistique du droit tandis que le second projet dit JADE (Justice Algorithmique Des Élections) expérimente l'*application* de telles méthodes et d'outils d'intelligence artificielle au contentieux électoral.

<sup>16</sup> Notre recherche doctorale le démontre : sur les 486 contributions écrites portant sur l'*open data* des décisions de justice et/ou les outils de justice prédictive publiées entre 2016 et 2022, seules 45 ont été rédigées par des « publicistes ». Parmi elles, ce ne sont que 4 qui l'ont été par des « constitutionnalistes ». Côté droit privé, on n'en compte pas moins de 199.

traitement statistiques des dossiers de procédures<sup>17</sup>, traitement systématique des décisions rendues par le Conseil<sup>18</sup> ou par les juridictions de renvoi<sup>19</sup> et analyses de « terrain »<sup>20</sup> se sont conjugués pour créer un panorama riche et rare sur la procédure de la QPC. La réussite de ce projet est l'une des raisons pour lesquelles un circuit nouveau, et surtout dérogoire<sup>21</sup>, a été mis en œuvre par le Conseil lui-même afin d'alimenter son propre fichier de jurisprudence : QPC-360, lancé en octobre 2022<sup>22</sup> et destiné à recevoir et à diffuser l'intégralité des décisions de filtrage (positif ou négatif) dans le cadre de la procédure QPC. Quoiqu'on puisse raisonnablement douter de la pleine opérationnalité de ce fichier à court et moyen terme<sup>23</sup>, l'objectif du projet est indéniablement d'inciter à l'analyse de l'intégralité du parcours judiciaire des questions de constitutionnalité et non plus seulement au commentaire « classique » des décisions rendues par le Conseil.

5. Au-delà de ce pendant juridictionnel, ce sont des courants entiers de pensée qui appellent à l'exploitation des techniques d'analyse empirique dans le cadre du droit constitutionnel. Ainsi, parce que le courant « droit politique » s'est construit contre « une conception exclusivement normative de la Constitution, elle-même fondée sur la juridictionnalisation de la matière »<sup>24</sup> et prescrit la réintégration de la donnée politique dans toute sa variété au sein de l'analyse du droit constitutionnel, il charrie avec lui un certain attachement à l'empirie. S'il s'agit en effet de considérer que l'analyse du droit constitutionnel

---

<sup>17</sup> Dans le cadre de l'analyse de la place des groupes d'intérêt dans la procédure de la QPC, voir M. MILLET *et al.*, « Groupes d'intérêt et contrôle de constitutionnalité en France depuis 2010. Conditions de « mobilisations constitutionnelles » et usages du recours QPC », *Titre VII*, hors-série, octobre 2020.

<sup>18</sup> Notamment pour déterminer (et mesurer) l'effet utile effectif des décisions de QPC, voir S. MOUTON *et al.*, « L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », *Titre VII*, hors-série, octobre 2020.

<sup>19</sup> C'était ainsi le cas spécifique des analyses de pratiques judiciaires locales proposées dans le cadre de ce projet, voir par exemple P. GERVIER *et al.*, « Le traitement des QPC par les juges de première instance et d'appel dans les ressorts de la Cour administrative d'appel de Bordeaux et des cours d'appel de Bordeaux et d'Agen », *Titre VII*, hors-série, octobre 2020.

<sup>20</sup> Passant notamment par des questionnaires et des entretiens, voir par exemple CARTIER Emmanuel *et al.*, « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel *sui generis* », *Titre VII*, hors-série, octobre 2020. À noter qu'une analyse quantitative des décisions de filtrage et du Conseil constitutionnel s'ajoute à cette démarche qualitative – la même analyse « mixte » peut être retrouvée dans DISANT Mathieu *et al.*, « La QPC en action. Usages et stratégies des avocats », *Titre VII*, hors-série, octobre 2020.

<sup>21</sup> Puisque court-circuitant le calendrier de mise en *open data* des décisions de première instance, particulièrement en matière civile et en matière criminelle où les dates fixées par l'arrêt précité de 2021 sont, respectivement, celles du 30 septembre et 31 décembre... 2025.

<sup>22</sup> Par un décret n° 2022-1317 du 13 octobre 2022 *relatif à la mise à disposition du public des décisions rendues par les juridictions judiciaires et les juridictions administratives spécialisées sur des questions prioritaires de constitutionnalité*.

<sup>23</sup> Le calendrier de l'*open data* prenant en compte les lourds investissements humains, techniques et informatiques devant être déployés au niveau des juridictions du fond pour rendre *possible* la transmission exhaustive des décisions rendues à la Cour de cassation, on peut raisonnablement douter de la capacité actuelle des greffes de ces juridictions à transmettre efficacement et exhaustivement les décisions de (non-)transmission au Conseil constitutionnel...

<sup>24</sup> E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, thèse dactylographiée, Université de Montpellier, 2019, p. 30.

ne saurait se concevoir sans intégrer, au-delà des énoncés juridiques *stricto sensu*, les « autres formes de régularités » que sont les « comportements, actes, interprétations, raisonnements, discours, principes ou idées » de celles et ceux qui *pratiquent* ce droit constitutionnel<sup>25</sup>, alors l'analyse juridique classique, dogmatique<sup>26</sup>, seule ne peut plus suffire. Il faut en effet encore parvenir à accéder à, collecter et analyser ces « régularités » *humaines*, et pas seulement *juridiques*. Les outils de l'empirie juridique sont donc, là encore, tout indiqués. Il en va de même, et à plus forte mesure, de la traduction effective de l'approche réaliste issue des travaux de Michel Troper et de ses élèves<sup>27</sup>. Il s'agit là d'appeler directement à « prendre sous le concept de droit l'ensemble des éléments factuels qui concourent effectivement à exercer une régulation sociale appelée droit », qu'il s'agisse de textes, de personnes physiques et de leurs comportements et l'ensemble des éléments qui composent l'« idéologie juridique » du droit constitutionnel<sup>28</sup>. En d'autres termes, il s'agit là de concevoir « le droit comme fait » et la science du droit « exclusivement sur un fondement empirique »<sup>29</sup>.

6. Tous ces constats, cependant, n'expliquent toujours pas pourquoi nous nous sommes sentie obligée d'avoir recours à la métaphore pour entrer dans l'analyse de ce renouveau de l'empirie juridique constitutionnelle. Nous ne savons toujours pas ce que Charybde et Scylla ont à voir avec notre affaire. La réponse n'est pas bien loin, pourtant ; ce n'est pas parce que de bonnes raisons poussent des portions de la doctrine constitutionnelle à éprouver un intérêt pour l'empirie juridique que les défauts qui lui ont toujours été reprochés disparaissent. Après tout, la présentation même de cet atelier parle des *pièges épistémologiques* d'une approche *purement empirique ou descriptive*... Et tout y est dit. Le constitutionnaliste, mais plus largement le juriste, semble en effet devoir se garder de deux Écueils lorsqu'ils s'aventurent en terres empiriques : celui de ne *plus vraiment faire de droit*, d'une part, et celui de ne *plus vraiment apporter au droit* d'autre part. En d'autres termes, se heurter à Scylla ou tomber dans Charybde. Contrairement à l'histoire originale, cependant, il n'est pas si certain que le

---

<sup>25</sup> M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, disponible en ligne à <<http://juspoliticum.com/article/Le-droit-politique-des-concepts-et-des-formes-1326.html>>.

<sup>26</sup> C'est-à-dire l'analyse « classique » du droit faite par les juristes, basée sur des « procédures de simplification, de systématisation et de mise en cohérence » des données juridiques (V. CROMBEZ, *La doctrine en droit français et en common law (étude comparative)*, thèse, Université Jean Moulin Lyon III, 1995, p. 70) en se fondant sur la seule « observation des normes en vigueur » (D. LOCHAK, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, 293 p. 293).

<sup>27</sup> Voir, entre autres, M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001 et M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant & LGDJ, 2005.

<sup>28</sup> É. MILLARD, « Quelle(s) utilité(s) du 'réalisme scandinave' pour la connaissance du droit et pour la détermination des méthodes d'analyse de cet objet ? », in X. MAGNON et S. MOUTON (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) ?*, Mare & Martin, 2022, 49, p. 55.

<sup>29</sup> *Ibid*, pp. 54-55.

constitutionnaliste doit accepter l'un pour éviter l'autre, ou inversement ; il n'est d'ailleurs même pas certain qu'il s'agisse là d'écueils spécifiquement propres à l'empirie juridique.

7. À l'étude, en effet, il faut admettre deux choses : la première, c'est que ces deux obstacles au développement d'une analyse empirique du droit constitutionnel sont des construits, hérités de la construction historique et sédimentaire de la discipline constitutionnelle. La seconde, c'est qu'ils ne sont finalement que la déclinaison de critiques adressées plus largement à toutes les offres alternatives d'analyse du droit constitutionnel et qui pourraient même l'être à n'importe quel type d'analyse au sein de n'importe quelle discipline juridique. Charybde et Scylla sont alors peut-être moins ces proverbiaux Écueils qu'elles ne constituent les questionnements éternels du chercheur en droit : à partir de quand une analyse *du* droit devient-elle une analyse *sur* le droit (I) ? où se situe la frontière entre pure description et production de connaissances (II) ?

#### I. SCYLLA, L'EMPIRISTE QUI NE FAIT PLUS DE DROIT CONSTITUTIONNEL

8. Jusqu'ici, nous avons parlé d'empirie sans véritablement nous pencher sur ce qu'implique une analyse empirique du droit constitutionnel. Précisons alors notre propos. Nous avons déjà indiqué qu'une analyse empirique porte sur des données de nature extra-juridique, quand bien même ces dernières auraient un lien avec le droit. Ajoutons que les fameuses *techniques* qui permettent de les recueillir et de les analyser sont, quant à elles, issues des sciences humaines et sociales. C'est dans ces deux précisions essentielles que se situerait le premier écueil à l'analyse empirique du droit constitutionnel. Analyser empiriquement le droit constitutionnel, ce serait peut-être produire une analyse intéressante et éclairante, mais en tout état de cause ça ne serait plus une analyse *juridique*. Depuis ce constat, la liste des questionnements s'allonge : collecter des données, les compiler, les confronter et les analyser, certes, mais avec quelle rigueur si ce n'est pas une rigueur juridique ? Avec quelles compétences, si ce n'est celles sur lesquelles se fonde l'expertise du juriste ? Avec quelles conséquences sur la compréhension et les contours de *l'objet* droit constitutionnel ?

9. La critique n'est ni nouvelle, ni particulièrement originale. Elle a ainsi longtemps été adressée au comparatiste avant qu'il ne parvienne à se faire une place au sein de la discipline<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> En particulier le comparatiste culturaliste, quand bien même il faut admettre que cette critique a pu, dans une certaine mesure, se justifier aux premières heures du droit comparé. Voir, à cet égard, M.-C. PONTHEUREAU, « Le droit comparé en question(s), entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, n° 1, 2005, pp. 7-27.

Les fondements de ce reproche sont à rechercher à la fois dans la construction de la discipline juridique en général, et dans celle de la discipline constitutionnelle en particulier. À un niveau de généralité important, et sur le temps long, on a ainsi pu considérer<sup>31</sup> qu'un appel à une analyse plus empirique et concrète du droit est « radicalement subversi[f] »<sup>32</sup> puisque de telles « pratiques empiriques, souvent injustifiables et injustifiées » sont génératrices « d'un amas plus ou moins confus de solutions incohérentes »<sup>33</sup>. Dès lors que, d'un côté comme de l'autre de la *summa divisio*, on considère la « simplicité » comme une « vertu pratique éminente »<sup>34</sup> et l'abstraction et la généralisation comme une « nécessité technique »<sup>35</sup>, il est évident que toute analyse du droit qui ne les recherche pas ne peut apparaître que dissolvante et kaléidoscopique<sup>36</sup>.

10. Mais il y a plus, au-delà de cette question quasi esthétique. Plus fondamentalement, en effet, il ne s'agit pas simplement de contester l'état dans lequel une analyse empirique du droit laisserait le droit *tel qu'il est décrit* : il s'agit aussi et surtout de contester la nature *juridique* d'une telle analyse empirique. Ainsi, et dans le même temps, il a pu être souligné qu'un « traitement statistique de données est riches d'informations sociologiques » mais « ne peut en aucun cas établir la justesse d'une solution » ou la « valeur juridique d'une norme »<sup>37</sup>. Cette critique s'est particulièrement développée contre les propositions d'analyses sociologiques du droit. Elle présente en fait deux visages. Le premier, disqualifiant, consiste à rejeter hors du droit les analyses empiriques : parce qu'elles convoquent des données extra-juridiques au renfort de leur compréhension du « droit » au sens strict, ou parce qu'elles ne l'intègrent pas du tout, les analyses empiriques seraient des analyses sociologiques (si elles analysent des comportements), psychologiques (si elles analysent des raisonnements ou des réactions), anthropologiques (si elles analysent des données culturelles) portant *sur le droit*, mais pas *en droit*. Des analyses à classer du côté des sciences sociales, finalement, mais pas des sciences juridiques. En d'autres termes, le juriste empiriste est un peu moins juriste et un peu plus autre chose... Mais il ne l'est pas suffisamment *bien*. À ce stade flotte déjà l'habituel questionnement sur la légitimité du juriste à se faire sociologue, psychologue ou anthropologue – ce qui

---

<sup>31</sup> H. CROZE, « Le droit malade de son information », *Droits*, n° 4, 1986, 81, p. 89

<sup>32</sup> R. LATOURNERIE, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public, agonie, convalescence ou jouvence », *EDCE*, 1960, 61, p. 93.

<sup>33</sup> G. JEZE, « Notes de jurisprudence. De l'utilité des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public », *RDP*, 1914, 311, pp. 314-315

<sup>34</sup> J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, 99, p. 99 & 102

<sup>35</sup> H. MOTULSKI, *Principes de réalisation méthodiques*, Dalloz, 1991 (1<sup>e</sup> éd. 1948), p. 1

<sup>36</sup> F. GENY, « R. Demogue. *Les Notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, compte rendu », *NRHD*, 1911, 110, pp. 122-123.

<sup>37</sup> H. CROZE, « Le droit malade de son information », *Droits*, n° 4, 1986, 81, p. 89.

ramène, finalement, aux tout aussi habituels débats sur la pluri, inter, transdisciplinarité en droit<sup>38</sup>. Il n'y a pas de réponse magique à cet ensemble de critiques, si ce n'est celle d'admettre qu'il s'agit là soit d'un enjeu individuel de (re)formation à une ou plusieurs autres disciplines, soit d'un enjeu collectif de mise en œuvre des conditions institutionnelles propres à permettre le travail en commun de chercheurs issus de disciplines extra-juridiques avec les juristes. Il s'agit aussi d'admettre qu'il s'agit aussi d'une question de positionnement épistémologique vis-à-vis de ce qu'est, ou doit être, une analyse *juridique*.

11. Dans une certaine mesure, c'est là le deuxième visage de cette critique et il résonne d'autant plus spécifiquement en droit constitutionnel. La démarche n'est en effet plus seulement disqualifiante, mais elle est aussi défensive : considérer que des travaux mobilisant des données ou des outils méthodologiques extra-juridiques ne peuvent être considérés comme des travaux *de droit*, c'est à la fois délimiter négativement les contours disciplinaires du *droit* (on ne fait du *droit* que lorsque l'on analyse le *droit* de manière *juridique*) et les protéger. L'enjeu est fondamental dans une discipline relativement jeune telle que le droit constitutionnel, surtout dans la mesure où l'histoire de son autonomisation est aussi celle de sa juridicisation (voire de sa juridictionnalisation) et de la satellisation des disciplines qui lui sont connexes – et, en premier lieu, de la science politique<sup>39</sup>. Ce n'est pas pour rien que l'un des biais d'entrée de l'empirie juridique est (ou pourrait être) le courant « droit politique ». Admettre au sein du discours doctrinal *de droit* des analyses intégrant des données et/ou basées sur des outils méthodologiques extra-juridiques, c'est passer outre les barrières disciplinaires érigées autour du droit constitutionnel et admettre en son sein d'autres paroles que celles des seuls juristes. Il est possible de ne pas y voir un problème en soi et ce serait d'ailleurs sans doute le cas dans la plupart des autres systèmes juridiques<sup>40</sup>. Il est aussi possible de considérer problématique la remise en cause de l'autonomie de la discipline droit constitutionnel (voire de la discipline juridique dans son ensemble, si l'on sort de notre cadre). C'est là que le positionnement

---

<sup>38</sup> Avec, comme d'habitude, les *pour* d'une part (voir, par exemple, la (re)présentation de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* par A. BAILLEUX et F. OST, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une discipline », *RIEJ*, vol. 70, n° 1, 2013, pp. 25-44) et les *contre* d'autre part (voir, pour une perspective critique, X. MAGNON, « Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales », in X. MAGNON, P. ESPLUGAS, W. MASTOR et S. MOUTON (dir.), *Question sur la question 3 (QSQ). De nouveaux équilibres institutionnels ?*, LGDJ & Lextenso, 2014, pp. 3-14).

<sup>39</sup> Voir, par exemple, A. VIALA, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, pp. 519-526.

<sup>40</sup> Notamment, et inévitablement, au sein du système britannique. La dimension fondamentalement politique de la Constitution du Royaume-Uni rend si ce n'est impossible, du moins sérieusement limitée et limitante une approche juridico-juridique des rapports, règles et limites qu'elle prescrit. À cet égard, voir M. PADILLA, *Droit public et doctrine publiciste au Royaume-Uni : regard critique sur un objet à (re)construire*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux, 2021, pp. 104 et suiv.

épistémologique de chacun trouve à s'exprimer, en particulier le degré d'hermétisme ou de porosité attribué à la séparation entre le registre du droit et le registre du fait<sup>41</sup>.

12. La tension est alors virtuellement insoluble. Faut-il que l'apprenti empirico-constitutionnaliste accepte de ne plus « faire de droit » ou faut-il qu'il tente de concilier l'empirie *dans* le droit ? Notre premier Écueil, Scylla, s'incarne dans ce choix et dans ses conséquences disciplinaires : d'une part l'exil de gré ou de force hors de la discipline constitutionnelle au risque de lui faire perdre la richesse des données extraites et analysées ; d'autre part, la remise en cause de l'autonomie disciplinaire du droit constitutionnel. L'empirie juridique y fait face comme toutes les autres offres épistémologiques et méthodologiques en droit constitutionnel dès lors qu'elles ouvrent, ou proposent d'ouvrir, une fenêtre vers autre chose que la seule analyse des *normes* constitutionnelles.

13. Cet Écueil n'existe donc que tant que l'on se place du point de vue épistémologique et disciplinaire susceptible de le considérer comme tel. Qu'il souscrive à ce positionnement ou qu'il se contente de prendre acte de son importance au sein de sa discipline, le constitutionnaliste peut alors être tenté d'éviter Scylla. C'est alors à Charybde qu'il fait face, et au piège de la *pure description*.

## II. CHARYBDE, L'EMPIRISTE QUI N'APPORTE RIEN AU DROIT CONSTITUTIONNEL

14. L'apprenti empiriste constitutionnaliste n'est pas contraint d'importer, dans ses analyses, des données *purement* extra-juridiques. Il peut aussi se contenter d'analyser des données structurellement juridiques de manière *non* juridique et, ainsi, espérer éviter la disqualification et l'exclusion du discours *de droit*. On se rapprochera alors d'au moins une partie des travaux proposés dans le cadre du projet QPC 2010-2020 : mesurer un phénomène ou valider des hypothèses (notamment des propositions doctrinales) à partir d'une observation des sources juridiques. On pourra ainsi, par exemple, formuler l'hypothèse qu'une législation spécifique a influencé le sens des décisions ou arrêts rendus par telle ou telle juridiction, et tenter d'en apporter une preuve empirique en les analysant de manière exhaustive ou représentative (et donc de manière sélective).

---

<sup>41</sup> Il s'agit en effet d'admettre, dès lors qu'il ne s'agit plus seulement d'analyser de seules normes juridiques, que celles-ci peuvent être considérées, traitées et analysées en tant que *données parmi les autres*, ce qui implique qu'elles ne soient pas nécessairement singularisées sur le plan épistémologique et théorique.

15. Le fait est que cette démarche ne s'extrait toujours pas, ou pas totalement, de la première série de critiques dont nous venons d'achever l'analyse – il s'agit toujours d'analyser des éléments relevant du registre du *fait*, de ce qui *est*<sup>42</sup>, et non d'éléments relevant du *droit*, de ce qui *devrait* être. Tout au plus peut-on considérer que notre exemple peut s'intégrer à la marge à une analyse visant à établir le cadre des significations potentielles de la législation étudiée, en soulignant celle(s) retenue(s) par la juridiction analysée<sup>43</sup>. Si l'on s'en tient à une conception stricte de l'analyse du droit *en droit*, ce sera là à peu près tout l'intérêt d'une démarche empirique... Et c'est bien le problème. Il nous ramène à l'ambiguïté de la conception française de l'empirie juridique. Lorsque, côté face, on craint que les sophistications extrajuridiques de l'empirie juridique ne conduisent à abattre les frontières de la discipline, on craint aussi, côté pile, que ce type d'analyse ne produise finalement que de simples descriptions de l'état du droit<sup>44</sup>. C'est là son second Écueil : pour éviter une montée en compétences extrajuridiques et, corrélativement, une descente en *juridicité*, l'empiriste sera tenté de rester au niveau du seul droit et de finalement apporter que de la *pure description* à sa discipline, c'est-à-dire bien peu de choses.

16. Là encore, considérer que *décrire* l'état du droit n'apporte que *bien peu de choses* à la connaissance du droit constitutionnel implique d'adopter un certain positionnement théorique. *A priori*, on serait même tenté d'y voir là un positionnement diamétralement opposé à celui qui justifiait la première critique disciplinaire, c'est-à-dire une posture constructive (voire constructiviste) et pluri, multi ou transdisciplinaire. C'est sans doute le cas dans une certaine mesure, mais nous n'irons pas jusqu'à dire que ce soit *toujours* une posture intégralement intellectualisée et pensée. Il s'agit sans doute plutôt d'une forme de résistance (paradoxale<sup>45</sup>) à l'idée que l'office de l'universitaire serait *seulement* de connaître et de faire connaître le contenu des règles de droit – on en veut pour preuve que cette même critique est précisément

---

<sup>42</sup> Le droit tel qu'il *est* appliqué ; les décisions telles qu'elles *sont* rédigées ; les normes telles qu'elles *sont* concrétisées. De fait, et dans ce contexte, la dimension juridique du *support* des données traitées est mise de côté, au même titre d'ailleurs que le contexte dans lequel l'analyse se déploie : s'interroger sur l'évolution dans le temps du sens des décisions rendues par des juridictions, c'est d'abord traiter ces décisions comme constituant un *discours* pouvant être analysé de la même manière que tout autre discours depuis des outils qualitatifs (entretiens) ou quantitatifs (statistiques descriptives, voire outils d'intelligence artificielle).

<sup>43</sup> Ce qui pourrait donc se greffer au type d'analyse juridique prôné, par exemple, par le néo-normativisme kelsénien. Voir, à cet égard, X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, pp. 56-57.

<sup>44</sup> Ou de sa seule application, selon le degré de séparation que l'on admet entre les deux.

<sup>45</sup> Puisqu'assez peu souvent affichée, mais ce constat est sans doute à rapporter au caractère relativement réduit des espaces doctrinaux consacrés à analyser *ce que fait la doctrine*. De fait, le mode d'expression habituel du discours doctrinal français est plus habituellement une posture évaluative « faible », consistant à établir la pertinence (au sens large) de telle ou telle innovation juridique (une législation, une décision de justice, une position administrative, une politique jurisprudentielle...), sans forcément établir clairement sur quel fondement l'évaluation prend place et vis-à-vis de quel standard et de quels critères. Une approche « purement descriptive » du droit rend donc impossible ce type d'analyse.

adressée aux théories du droit qui l'affirment. Le normativisme néo-kelsénien et les différents réalismes implantés en France en font habituellement les frais, chacun à leur manière<sup>46</sup>.

17. Plus globalement, qu'elle vise l'empirie juridique ou n'importe quelle autre démarche d'analyse, cette critique laisse songeur. La part irréductible d'individualité dans la recherche implique des préférences, des envies et des intérêts singuliers poussant tel chercheur vers tel type d'analyse – à cet égard, il est entendu que l'intégralité des individus qui composent la doctrine constitutionnelle n'ont pas à tous produire le même travail. Ainsi, même si l'on s'accorde sur l'idée que l'office de la doctrine constitutionnelle est de produire de la connaissance en droit constitutionnel, la traduction effective de cette mission n'a rien de consensuel... et heureusement pour la richesse de la recherche juridique. En creux, c'est exactement cela que dit cette critique : *cette façon* (empirique, réaliste, normativiste...) d'étudier et analyser le droit constitutionnel ne correspond pas à ce que *je*, individu singulier intégré au sein d'un groupe d'auteurs, considère comme une manière de produire de la connaissance. Pour autant, si l'on creuse cette critique, la question est inévitable : si ce n'est pas cela, créer de la connaissance en droit constitutionnel, alors qu'est-ce que c'est ? Là encore les réponses peuvent être aussi nombreuses que les constitutionnalistes qui y répondront : évaluer la pertinence, l'utilité, l'efficacité, l'efficience d'une modification de l'état du droit constitutionnel ; pointer du doigt ou critiquer les conséquences possibles d'une réforme souhaitée ; dénoncer une pratique irrégulière des institutions...

18. C'est là, pourtant, que la critique est la plus injuste. On peut louer que la recherche juridique soit faite d'une pluralité d'individus emportant une pluralité d'opinions et de conception de ce que doit être la production de connaissances en droit constitutionnel. Dans le même temps, cependant, on doit tout autant admettre qu'une approche critique, constructive, pluri, multi ou transdisciplinaire, comparée ou empirique du droit se base, d'une manière ou d'une autre, sur un état du droit déterminé. C'est à partir de la description de cet état du droit, même minimale et intuitive, que l'analyse est produite. Ainsi, le juriste n'a pas *nécessairement* à rechercher la description de cet état du droit *pour elle-même*, que ce « droit » soit considéré comme un ensemble fermé de données à la nature spécifique ou qu'il soit

---

<sup>46</sup> La critique se double alors, selon les cas, d'une dimension plus théorique. On reprochera au normativisme non seulement de n'offrir qu'une description, mais en plus une description *idéalisée* et détachée de la « réalité », c'est-à-dire de la pratique, du droit. À l'inverse, on reprochera au réalisme d'insérer dans sa description du droit des données extra-juridiques, voire de ne décrire que du *non-droit*. Dans les deux cas, la critique ne vaut que tant que l'on considère soit qu'il n'y a pas et ne doit pas avoir de séparation étanche entre le registre du droit et celui du fait, soit que cette séparation existe et qu'elle doit être sanctuarisée.

considéré, au contraire, comme un « phénomène social empiriquement saisi »<sup>47</sup>. Pour autant, et sauf à risquer de construire une analyse sur une description intuitive, incomplète ou fautive de l'état du droit, *l'étape* de la description reste primordiale aux deux sens que le terme recoupe : première et essentielle<sup>48</sup>.

19. Que tirer de tout cela ? On pourrait se limiter à constater qu'il n'y a aucun moyen pour l'apprenti empirico-constitutionnaliste de gagner à ce jeu puisqu'il y a toujours quelque chose à perdre à quitter la pratique habituelle du droit constitutionnel : pile, sa *qualité* de juriste ; face, son *utilité* en tant que juriste. Ulysse lui-même n'a pas fait face à un tel dilemme... S'il en agit bien d'un. À l'issue de ce rapide passage en revue des Charybde et Scylla empiristes, nous n'en sommes pas absolument convaincue. Le constitutionnaliste intéressé par l'empirie juridique n'est pas, *a priori*, celui pour qui l'autonomie (voire l'autarcie) disciplinaire, méthodologique et épistémologique du droit constitutionnel est primordiale, tout comme il n'est pas celui qui ne verrait dans cette approche qu'une entreprise stérile de description. La prise en charge de ces écueils n'est donc pas personnelle mais disciplinaire. Les critiques adressées le sont depuis *l'extérieur*, depuis les courants théoriques qui, eux, les considèrent comme des obstacles. Il ne s'agit pas ici de considérer que ces critiques n'ont pas lieu d'être, mais plutôt de rappeler qu'elles n'ont lieu d'être *que tant que l'on souscrit à leurs sous-basements théoriques et épistémologiques*. Plus fondamentalement, se concentrer sur ces critiques-ci tend à faire perdre de vue un enjeu essentiel : celui de la solidité des analyses effectivement produites, lorsqu'elles reposent sur des outils et des données extra-juridiques. En admettant que l'état du droit sur lequel se fondent une approche empirique (ou, plus largement, n'importe quelle approche du droit menée depuis *l'extérieur* ou *l'entre-deux*) est fixé selon les canons méthodologiques du droit, il faut encore déterminer à quel point l'analyse menée doit *en plus* respecter les canons méthodologiques de toutes les autres disciplines sur lesquelles elle se base pour être considérée pertinente, solide, *voire scientifique*. Si l'empirie juridique et toutes les autres offres alternatives d'approche du droit constitutionnel devaient un jour véritablement se développer, ce questionnement-ci ne devra pas être éclipsé au seul profit d'un débat de clocher doctrinalo-juridique.

20. Nous voilà donc avec une métaphore qui ne fonctionne plus, si elle a un jour fonctionné. Tentons donc de retomber sur nos pattes. Si l'on veut vraiment faire du constitutionnaliste

---

<sup>47</sup> É. MILLARD, *op. cit.*, p. 53.

<sup>48</sup> Même s'il est possible d'« externaliser » cette première étape, soit dans le cadre d'une recherche collective, soit dans le cadre d'une recherche individuelle construite sur la base d'une recherche préalablement menée par un autre chercheur.

empiriste un Ulysse, nous n'avons peut-être qu'à changer d'épopée. Ce n'est ainsi pas vraiment à une Charybde ou à une Scylla que le constitutionnaliste fait face lorsqu'il persévère dans son entreprise empirique, mais plutôt à une guerre de position de part et d'autre des murs de Troie. Mais rien de nouveau sous le soleil, dans ce cas. Ne dit-on pas que « le champ doctrinal est un champ de bataille »<sup>49</sup> ?

---

<sup>49</sup> F. AUDREN et C. FILLON, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTD Civ.*, 2009, 39, p. 76.