

Amplitude du droit
ISSN : 2826-1305
Éditeur : Université de Rennes

4 | 2025

https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=669

Référence électronique
« 4 », *Amplitude du droit* [En ligne], mis en ligne le 07 janvier 2025, consulté le 22 septembre 2026. URL : https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=669

Droits d'auteur
Licence Creative Commons – Attribution 4.0 International – CC BY 4.0

L’équipe éditoriale d’*Amplitude du droit* est heureuse de vous annoncer la parution du n° 4 de la revue. D'un point de vue éditorial, il s'agit d'un numéro spécial dans le cadre duquel chaque article apporte son regard sur l'accès aux sources et aux résultats de la recherche en droit. Il s'agit également d'un numéro spécial d'un point de vue substantiel puisque son objet, transversal et fondamental, intéresse *a priori* tout chercheur en droit et *a fortiori* tout chercheur sur le droit. Que les coordonnateurs de ce numéro soient remerciés de permettre le libre accès aux contributions que ce dossier accueille tant elles sont stimulantes pour tout chercheur en droit désireux de prendre du recul sur sa pratique de la recherche et de réfléchir à la façon de la faire évoluer.

Dossier - L'accès aux sources et aux résultats de la recherche sur le droit

Sous la coordination de Isabelle Boucobza, Robert Carvais, Olivier Leclerc et Anne-Charlotte Martineau

Isabelle Boucobza, Robert Carvais, Olivier Leclerc et Anne-Charlotte Martineau
Avant-propos. La recherche sur le droit au miroir de ses sources

Identifier les sources de la recherche sur le droit

Benjamin Stora
Un historien, des images, l'Algérie

Ophélie Colomb
Faire et écrire l'histoire du droit à partir de sources juridiques et littéraires. Quelles perspectives méthodologiques pour une recherche interdisciplinaire ?

Christophe Bouvier
Le point de vue de l'archiviste : plus de deux cents ans d'archives à analyser et à repérer à la Cour de cassation

Julie Colemans
La fabrique de la doctrine juridique. Quelques réflexions programmatiques

Accéder aux sources de la recherche sur le droit

Camille Bordère
Imaginer Sisyphe face aux Danaïdes. La doctrine française et l'*open data* des décisions de justice

Nicolas Klausser
L'accès dérogatoire aux sources du droit et le contrôle de l'intégrité scientifique par des acteurs extra-universitaires

Anouk Lamé
Réflexions sur la production routinière des jugements d'éloignements par les juges du fond : approche pragmatique et méthodes computationnelles

Victor-Ulysse Sultra
Les archives et le pouvoir : ce que Derrida nous permet de comprendre des décisions du Conseil d'État

Diffuser les méthodes, les données et les résultats de la recherche sur le droit

Isabelle Sayn
Construire des outils de connaissance des activités de justice : automatiser l'analyse des décisions de justice ? L'expérience e-Juris

Marie Cornu

Les données de la recherche comme biens communs. La pluralité des régimes de communalité

Agnès Robin
La science ouverte appliquée aux ressources de la recherche scientifique sur le droit

Dossier - L’accès aux sources et aux résultats de la recherche sur le droit

Avant-propos. La recherche sur le droit au miroir de ses sources

Isabelle Boucobza, Robert Carvais, Olivier Leclerc et Anne-Charlotte Martineau

PLAN

1. Identifier les sources de la recherche sur le droit
2. Accéder aux sources de la recherche sur le droit
3. Diffuser les méthodes, les données et les résultats de la recherche sur le droit
Conclusion

TEXTE

1 Identifier les sources du droit apparaît comme un passage obligé de toute étude juridique. Figure imposée des manuels d'introduction générale au droit (Altwegg-Boussac, 2021), l'exposé des sources du droit constitue une opération d'arpentage préalable sans laquelle l'étude du droit ne pourrait pas commencer ; car, pour parler du droit, encore faut-il savoir quoi regarder, dans quelles sources puiser. Au point qu'une homologie, parfois implicite, s'est imposée : le droit, les sources du droit, la discipline juridique, c'est tout un. Dit autrement, les juristes étudieraient le droit et celui-ci se manifesterait dans « les sources du droit ». Pourtant, une telle équation a toutes les allures d'un carcan ; elle confine les savoirs sur le droit à une description des règles qui sont signifiées par les énoncés du droit positif. Dès lors, pour étendre quelque peu ce dont les juristes peuvent parler, trois stratégies ont été empruntées. La première, qui ne remet pas en cause l'homologie entre le langage objet et le métalangage, a consisté à élargir les sources du droit. C'est ainsi que des efforts remarquablement sophistiqués ont été entrepris pour étendre les sources du droit auxquelles les juristes peuvent s'intéresser vers des phénomènes normatifs toujours plus variés, que ce droit soit plus « souple » (Conseil d'État, 2013) ou ces sources plus « petites » (Gerry-Vernières, 2012). Une autre stratégie consiste à relâcher le lien entre le droit comme objet et le droit comme discipline en suggérant que l'analyse

juridique peut porter sur des objets divers, y compris s'ils ne sont pas considérés comme étant « du droit » (Encinas de Munagorri, Hennette-Vauchez, Herrera, Leclerc, 2016). La dernière, plus radicale, rejette la différence issue du positivisme méthodologique entre l'objet droit et la discipline juridique, et conceptualise le droit en tant que structure argumentative, celle-ci étant mobilisée par une panoplie d'acteurs (Kelman, 1987).

2 Si cette façon de présenter les choses a une vertu, c'est celle de pointer le rapport étroit qui s'est établi entre l'identification des sources du droit, les savoirs qui prennent le droit pour objet et les recherches qui sont alors menées. Le premier versant – quelles sont les sources du droit ? – a été exploré abondamment. Le second – à quel matériau faut-il accéder pour connaître quelque chose du droit ? – l'est beaucoup moins, tout comme le lien entre les sources du droit et les résultats de la recherche qui en découlent. C'est cette double porte d'entrée que le présent dossier propose d'emprunter : comment accède-t-on aux sources et aux résultats de la recherche sur le droit ? En posant cette question, on ouvre le jeu. Car s'interroger sur les sources de la recherche sur le droit est indissociable du questionnement portant sur ce que l'on veut savoir du droit. C'est aussi admettre que les questions de recherche sur le droit sont multiples, comme le sont les méthodes mises en œuvre pour répondre à ces questions de recherche. Dès lors, le besoin d'accéder aux sources de la recherche sur le droit est éprouvé par les spécialistes d'une palette de disciplines (droit, sociologie, anthropologie, histoire, psychologie, économie, etc.), sans que les juristes universitaires et chercheurs n'aient ni exclusivité ni priorité.

3 Les sources de la recherche nous disent quelque chose de ce que nous pensons nécessaire de considérer pour gagner une meilleure connaissance et intelligibilité du droit. Or, ce regard s'est considérablement enrichi depuis plusieurs années. Un premier phénomène tient au renouvellement et à la diversification des objets et des méthodes de recherche mises en œuvre dans les facultés de droit françaises depuis les années 1980. Loin de se cantonner à l'exposition des règles de droit, la recherche s'est portée sur les choix contentieux des justiciables (Serverin, 1993 ; Cottin, 2019), les pratiques de motivation des juridictions (Perrocheau, Zerouki-Cottin, Milburn, 2017), les architectures techniques et administratives des tribunaux

(Serverin, Béroujon, Bruxelles, 1988 ; Cottin, Munoz-Perez, 2017 ; Serverin, Munoz-Perez, Cottin, 2021), les outils d'aide à la décision du juge (Sayn, 2014). Isabelle Sayn (voir dans ce dossier) retrace ainsi les travaux de « e-Juris », un groupe de travail réunissant juristes, économistes, informaticiens et statisticiens afin de proposer une analyse quantitative du contentieux.

4 Plus récemment, la création de la revue *Jurimétrie*, dédiée à l'étude chiffrée des phénomènes juridiques, illustre la diffusion des méthodes statistiques et des méthodes de visualisation de données pour une meilleure connaissance du droit. Anouk Lamé (voir dans ce dossier) met les méthodes computationnelles au service de l'analyse des mesures d'éloignement des personnes étrangères décidées par les juges administratifs français. Accompagnant le développement des *empirical legal studies* dans la littérature anglophone, ces travaux donnent une vision profondément renouvelée du droit et des opérations juridiques. Ensuite, un second changement à l'œuvre dans la recherche sur le droit découle de la mise en œuvre de la politique de science ouverte, au travers des Plans nationaux pour la science ouverte initiés à partir de 2018 (Robin, 2022). Qu'ils soient pensés dans les termes des communs comme le propose Marie Cornu (voir dans ce dossier) ou qu'ils soient soumis aux principes FAIR (faciles à trouver, accessibles, interopérables et réutilisables), avec toutes les difficultés qu'Agnès Robin (voir dans ce dossier) fait ressortir, les données et résultats de recherche cessent d'être réductibles à des unités de connaissance pour devenir aussi des objets en circulation (réutilisation), des vecteurs de contrôle de l'intégrité scientifique (Leclerc, 2024), des leviers d'une possible valorisation économique (Robin, 2022).

5 Fruit d'un colloque organisé par le Centre de théorie et analyse du droit à l'Université Paris Nanterre en juin 2023, ce dossier est consacré à l'accès aux sources et aux résultats de la recherche sur le droit. Il s'intéresse à l'identification de ces sources (1), à l'accès qu'il est possible d'y avoir (2) et à la diffusion dont les résultats de la recherche font l'objet (3).

1. Identifier les sources de la recherche sur le droit

6 À l'évidence, la production législative et réglementaire ainsi que les décisions rendues par les juridictions constituent un matériau incontournable pour la recherche sur le droit. Les textes réunis dans ce dossier sont significatifs de ce que les normes produites par l'État constituent bien (encore) le cœur de l'activité de recherche déployée par des juristes à propos du droit. Si la loi et la jurisprudence occupent l'activité de recherche, celle-ci s'enrichit de la confrontation avec la littérature. Ophélie Colomb (voir dans ce dossier) interroge par exemple les ressources que la littérature apporte à la compréhension du droit en envisageant la littérature comme une source de la connaissance du droit.

7 L'activité de recherche sur le droit est ainsi loin de porter seulement sur les actes de législation (Constitution, loi, ordonnances, décrets) qui composent le discours législatif (Jeammaud, 2015, p. 9). Les pratiques administratives, les sources parfois qualifiées de « grises », les recommandations et les guides internes aux administrations et aux juridictions s'affirment comme autant de matériaux nécessaires et profitables à la recherche. L'identification du matériau existant est à cet égard bien plus complexe. Christophe Bouvier (voir dans ce dossier) montre par exemple la richesse des archives de la Cour de cassation, au-delà des seules décisions rendues. « Analyser et repérer » ce matériau, comme il nous y invite, confronte les chercheurs et chercheuses aux méandres du droit des archives, montrant comment la matérialité de l'archive est indissociable des objets de recherche qu'elle permet de fabriquer.

8 Au-delà des institutions de l'État, les pratiques des acteurs privés et les textes que ces derniers rédigent en vue d'élaborer des règles de fonctionnement ne sont pas moins intéressants : lignes directrices, contrats de performance, chartes de déontologie, guides de bonnes pratiques, etc. Élargissant encore le regard, la recherche ne se porte pas seulement sur des normes signifiées par des textes mais aussi sur les pratiques d'acteurs (associations, ONG, structures militantes, justiciables, titulaires de mandats électifs, etc.) qui, dans l'exercice de leurs activités, manifestent, défendent, dénoncent une certaine

compréhension du droit, ou encore, dans les termes des *legal consciousness studies* (Commaille, Lacour, 2018), un certain « rapport au droit ». Dans une telle perspective, la connaissance du droit et des pratiques juridiques ne passe pas seulement par l'étude de matériaux textuels mais implique aussi de réaliser des entretiens, d'observer des pratiques, de déceler dans des attitudes ou des choix des manières d'agir face, avec ou contre le droit (Ewick, Silbey, 1998). Julie Colemans (voir dans ce dossier) montre ainsi combien la compréhension des pratiques savantes portant sur le droit (la doctrine) suppose une analyse fine de ces procédés « matériellement ancrés et socialement situés ». Sur le plan matériel, la recherche s'enrichit de sources non textuelles comme les calculs expérimentaux, graphiques, dessins, vidéos, photographies. Le témoignage sensible de l'historien Benjamin Stora (voir dans ce dossier) qui ouvre cette partie reflète la grande diversité des sources de la recherche et la richesse qu'offre l'iconographie, qui s'affirme comme un dépassement et même « un moyen de contourner » les archives d'État.

9 Ce dossier invite à admettre que la connaissance et la compréhension du droit comme phénomène social ne s'acquièrent pas seulement par l'accès aux « sources du droit ». Une importante zone de recouvrement existe entre les « sources du droit » et les « sources de la recherche sur le droit ». Mais il n'existe aucune nécessité que l'une doive être identique à l'autre. Ce constat a été fait de longue date. Les perspectives pluralistes et attentives aux sources « non officielles » du droit ont suggéré un élargissement des sources au-delà du seul droit produit par les formes modernes de l'État présentes dans certains pays. Dans le même ordre d'idées, une partie de la sociologie et de l'anthropologie du droit aborde la normativité juridique non pas à partir de la figure d'un tiers habilité à dire le droit mais à partir des représentations ordinaires que s'en font les individus, ce qui appelle un profond renouvellement des sources à partir desquelles bâtir la recherche. D'autres travaux tiennent compte du fait que les sources du droit généralement admises comme telles sont aussi parfois marquées par des rapports de force liés aux dominations politiques et linguistiques. Ainsi, en contexte colonial et post-colonial, identifier des sources du droit qui ne sont pas formulées dans la langue du colonisateur et qui tiennent compte des représentations autochtones de ce que sont les sources du droit peut être un moyen de lutter

contre l'injustice épistémique liée aux phénomènes coloniaux et à leurs effets de long terme (Fricker, 2009). Désigner un matériau comme une « source du droit » à laquelle il conviendrait d'accéder pour réaliser une recherche sur le droit apparaît ainsi, en soi, comme une opération porteuse d'enjeux juridiques, linguistiques, politiques, épistémiques.

2. Accéder aux sources de la recherche sur le droit

10 On peut s'étonner du caractère inaccessible de certaines décisions de justice française. La justice est en effet rendue au nom du peuple français, elle est en principe « publique », ce qui se concrétise par la possibilité pour les justiciables d'assister à une audience. S'agissant des décisions elles-mêmes, le principe fondamental est également celui de leur publicité. Cette dernière traduit notamment, depuis la Révolution française, la possibilité de garantir les individus contre des jugements arbitraires. Cependant, le principe de publicité n'est pas absolu et peut être assorti de conditions, exceptions et restrictions posées par des « dispositions particulières à certaines matières[1] ». Cela dit, si le principe de la publicité paraît être la règle et la restriction l'exception, c'est en réalité la *communicabilité* du jugement qui est la règle et sa non-communicabilité, l'exception. Les décisions de justice – en principe communicables aux parties et aux tiers – sont loin d'être toutes disponibles pour les chercheurs sur Légifrance. C'est là un point qui intéresse particulièrement la recherche sur le droit.

11 L'impossibilité d'accéder à certaines décisions questionne le principe même de la publicité lorsqu'il s'applique à la jurisprudence. Le statut de celle-ci, discuté de longue date dans les pays tels que la France, par opposition (fictionnelle ?) aux pays de Common Law, participe de ce débat. L'entrée en vigueur récente des textes sur *l'open data*[2], parce qu'elle ouvre aux chercheurs sur le droit une masse inédite et non sélectionnée de décisions, entérine évidemment une rupture radicale par rapport à la politique antérieure. Cette dernière repose, quant à elle, sur une sélection des décisions publiées qui fait, conformément aux définitions usuelles du concept de « jurisprudence », la part belle aux décisions des Cours placées au sommet de la hiérarchie

des ordres de juridiction. Cette politique semble fidèlement servir un dogme : le droit juridictionnel est (entendez doit être) le produit de l'activité des Cours suprêmes, garantes de l'application correcte et uniforme de la loi. Elle reproduit le fonctionnement vertical de notre système juridictionnel, dans la mesure où le droit produit par les Cours suprêmes détermine pour une large part les solutions qui sont prises par les juridictions inférieures. Ces dernières, tout en n'étant pas tenues juridiquement de suivre les précédents, s'y conforment régulièrement (Leroy, 2023). Des bases de données exclusivement internes aux tribunaux, bien plus complètes que Légifrance, servent d'outils à cet alignement jurisprudentiel. En même temps, tout le système repose sur l'idée qu'il est inutile de publier les arrêts des juridictions du fond puisque le droit ne s'y trouverait pas. La nouvelle politique en faveur de l'*open data* des décisions va-t-elle mettre fin à cette idée ? Va-t-elle entraîner une rupture dans la façon de penser la jurisprudence ? Rien n'est moins sûr. En atteste l'accueil plus que mitigé qu'une large frange de la doctrine juridique française réserve à ces dispositions.

12 L'analyse proposée par Camille Bordère (voir dans ce dossier) des résistances doctrinales à la publication de la totalité des arrêts montre au moins deux choses. Premièrement, cette doctrine a intégré que son regard devait se porter sur la production des Cours suprêmes en raison d'un « intérêt juridique » (qu'elle contribue à construire) des décisions publiées qu'elle commente. Deuxièmement, cette doctrine se demande avec angoisse, parfois avec curiosité, que faire de toutes les décisions désormais accessibles. Faut-il en tenir compte ? Est-il possible de le faire ? Enfin, comment en rendre compte ? La rupture radicale opérée par l'*open data* des décisions avec la politique de l'accès aux décisions a pourtant été souhaitée et pratiquée de longue date par quelques chercheurs (Serverin, 2009). Pour la recherche sur le droit, cette nouvelle politique vient inévitablement renouveler, de façon urgente, la question des méthodes et des concepts à adopter pour s'emparer de cette matière empirique. À cet égard, Anouk Lamé (voir dans ce dossier) offre une illustration du cadre méthodologique novateur des récents développements de la recherche computationnelle appliquée aux larges corpus que forme la masse des décisions des juridictions du fond. L'un des avantages de cette nouvelle approche tient précisément dans sa capacité à rendre

la pratique des alignements jurisprudentiels saisissables en offrant des outils pour rendre visibles les « processus de routinisation » à l'œuvre dans certains contentieux comme celui de l'éloignement des étrangers.

13 Cette réforme toute récente de *l'open data* en matière de décisions de justice ne peut néanmoins pas faire oublier les obstacles très importants posés aux chercheurs souhaitant s'engager dans une recherche empirique exhaustive. Pour les années non couvertes par les nouveaux textes (les arrêts publiés le sont à compter de certaines dates plus ou moins récentes) ou pour les décisions non encore publiées (la mise à disposition des décisions sur les plateformes se fait progressivement), la demande formelle d'un accès à titre dérogatoire à l'ensemble des décisions disponibles sur les bases Intranet des juridictions reste un passage obligé. Ce régime d'autorisation se rapproche de celui qui vaut pour certaines archives publiques où sont en jeu le secret médical ou le secret-défense (Ranquet, 2016 ; Cornu *et al.*, 2019 ; Goupy, 2020). Dans quelle mesure cet accès contrôlé aux sources de la recherche peut-il représenter une entrave – voire une menace – pour l'indépendance des chercheurs et une forme de contrôle indirect sur leurs travaux ? Ces hypothèses ne sont pas sans lien avec les controverses et décisions jurisprudentielles qui ont marqué l'année 2021, notamment s'agissant des restrictions portées à l'accès aux archives de la guerre d'Algérie (Stora, 2021 ; Wagener, 2022). Au sujet de ces archives, Nicolas Klausser (voir dans ce dossier) expose le cas invraisemblable d'un doctorant qui a fait les frais de revirements administratifs relatifs à leur communicabilité et vu son appartement perquisitionné pour soupçon de compromission du secret-défense, alors même qu'il avait consulté légalement ces archives. Il relate également les difficultés auxquelles le chercheur peut être confronté alors qu'il a pourtant obtenu l'accès aux jugements des tribunaux administratifs dans le cadre d'une convention de recherche. Aux termes d'une nouvelle stipulation retrouvée dans ce type de convention (article 9), le Conseil d'État attend du chercheur qu'il le prévienne quinze jours avant toute diffusion publique des travaux issus des données collectées, le non-respect de ce délai pouvant conduire à la fin de la convention. Enfin, Victor-Ulysse Sultra (voir dans ce dossier) observe, à partir des notions derridiennes de « trace » ou d'« archive », l'importance des choix opérés par les juges

lorsqu'ils décident de conserver ou de masquer certaines raisons qui déterminent l'issue de leurs décisions. Prenant appui sur l'exemple du Conseil d'État, Victor-Ulysse Sultra montre aussi que la façon même dont sont constituées les archives de l'institution du Palais royal prouve qu'il entend garder la main sur leur consultation. Il en est ainsi du décalage constaté entre les dossiers contentieux du Conseil d'État relativement vides conservés aux Archives nationales et ces mêmes dossiers, également conservés par le Conseil d'État lui-même dans ses locaux. Ces derniers se révèlent en effet bien plus nourris que les premiers, mais non consultables sans son autorisation.

14 À l'issue de cette partie, on constate la multiplication des exemples où le contrôle de l'accès aux sources de la recherche sur le droit ne serait pas étranger à des velléités de contrôle de la recherche elle-même lorsque celle-ci porte sur le pouvoir.

3. Diffuser les méthodes, les données et les résultats de la recherche sur le droit

15 L'*open science* est un mouvement qui vise à construire un écosystème dans lequel la science serait davantage cumulative, plus fortement étayée par des données, plus transparente, plus rapide et d'accès universel. Si ce mouvement a d'abord principalement concerné les sciences de la Terre et du vivant, il s'étend désormais aux sciences humaines et sociales. Des principes éthiques ont été discutés et établis par la communauté scientifique autour de plusieurs modèles, dont celui dénommé FAIR pour « *Findable* » (facile à trouver), « *Accessible* » (accessible), « *Interoperable* » (interopérable) et « *Re-usable* » (réutilisable) et dont le sens de l'acronyme anglais (signifiant équitable, juste, loyal) incite à son application. Les résultats de la recherche sont devenus des sources partageables.

16 L'accessibilité des données de la recherche devient une attente de plus en plus prégnante aujourd'hui, à mesure que le concept d'*open science* s'établit comme une exigence nouvelle pour l'activité scientifique (OPECST, 2022). Au-delà des publications issues du processus de recherche, ce sont désormais les données sous-

jacentes qui retiennent une attention croissante. Agnès Robin (voir dans ce dossier) analyse la nature et le régime juridiques pluriels de ces données tantôt publiques, moins par nature que par destination, tantôt privées, d'ordre doctrinal ou du monde des affaires. Elle nous explique pourquoi ces données de la recherche doivent être formatées et stockées afin d'être repérables, accessibles et réutilisables efficacement.

17 L'enjeu de la réutilisation de ces données de la recherche devient alors crucial et impose aux acteurs de maîtriser le cadre juridique applicable. Celui-ci a connu depuis la fin de l'année 2015 une refonte en profondeur avec l'adoption en France de deux lois : la loi relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public (dite loi Valter) et la loi pour une République numérique (dite loi Lemaire). Les dispositions combinées de ces deux textes ont conduit à la mise en place d'un principe d'ouverture ou d'*open data* « par défaut », qui modifie fortement les règles gouvernant la réutilisation des informations publiques en France. Si ces textes ne traitent pas au premier chef des données de la recherche, ils posent des principes suffisamment généraux pour être applicables aux établissements d'enseignement et de recherche, y compris en ce qui concerne les données produites dans le cadre des activités de recherche proprement dites. Les données, comme les archives de la recherche, sont bien dorénavant soumises à un principe d'ouverture par défaut, qui impose une mise en ligne spontanée et une libre réutilisation. Ce n'est que dans une série de cas exceptionnels que les données de recherche – comme toutes les données publiques – échappent à cette règle générale, notamment pour protéger des droits appartenant à des tiers (propriété intellectuelle, vie privée, confidentialité et secrets des affaires) ou relevant de l'intérêt supérieur de la Nation. Cette liberté de diffusion des méthodes, données et résultats de la recherche est néanmoins contrainte par le regard critique des chercheurs sur leurs propres démarches. Isabelle Sayn montre ainsi les limites techniques et théoriques de la justice prédictive (voir dans ce dossier).

18 L'analyse de Marie Cornu (voir dans ce dossier) sur le statut des données de la recherche (sources et résultats) entendues comme des biens naturellement communs s'avère critique sur les transformations juridiques validées au cours de la dernière décennie. Si le droit

des données s'y construit de manière chaotique et instable, de nombreux fronts de résistance suggèrent une préservation de sa part de communalité, tant du côté des usages que du droit.

19 Au-delà des textes réunis dans ce dossier, d'autres pistes de recherche nous semblent mériter d'être explorées par les chercheurs en droit pour comprendre à la fois les finalités et les obstacles d'une diffusion optimale des sources de la recherche en droit et de ses résultats.

- **Les *datas papers* et leurs enjeux pour la recherche sur le droit.** Venus des sciences de la vie et de la Terre, les *data papers* se définissent par le partage de la méthode en fonction des domaines et des pratiques. Davantage consacrés aux données qu'aux résultats de la recherche, les *data papers* se présentent comme un complément aux publications scientifiques traditionnelles. Ils permettent avant tout de décrire les jeux de données de la recherche afin de les disséminer et de favoriser leur réutilisation ou encore la reproductibilité de la recherche. Parfois, ils sont accompagnés de codes exécutables ou encore de modélisations, voire d'analyses. Les *data papers*, étroitement liés à la science ouverte, soulèvent plusieurs enjeux pour les sciences humaines et sociales : ils interrogent la nature des données, leur ouverture, leur documentation, leurs publics et leurs éventuelles réutilisations (voir en général : Schöpfel, Farace, Prost, Zane, 2019 ; Gay, 2021 ; Cao, 2022 ; plus précisément sur le droit, voir : Hamann, 2019 ; Robin, 2022, § 455).
- **L'accès aux résultats de la recherche sur le droit et le contexte économique de l'édition juridique.** La loi pour une République numérique a mis en place deux principes : d'une part, le libre accès aux publications scientifiques et le droit pour les chercheurs de déposer leurs recherches dans des archives ouvertes (HAL, Zenodo, SocArXiv, etc.), sous certaines conditions ; d'autre part, à propos des données de recherche, le principe d'ouverture et de libre réutilisation par défaut des données publiques et ce, gratuitement. Or la production scientifique se fait souvent dans un contexte économique où la gratuité est contestée. D'autant que, dans le champ juridique, le marché de l'édition très concentré est principalement tourné vers les praticiens du droit (Carvais, Halpérin, 2021). Cette spécificité a nécessairement des conséquences sur l'orientation de la recherche à promouvoir. Dans quelle mesure l'extraction de textes et de données (*text and data mining*), le traitement automatique ou la fouille de grandes quantités d'articles scientifiques et de jeux de données sont-

ils contestés par des éditeurs ? (Dulong de Rosnay, 2017). Comment le chercheur doit-il se comporter par rapport à ces contraintes (Battisti, Schöpfel, 2017) ? Devrait-on modifier le modèle économique et se conformer uniquement à l'*open access* (Farchy, Froissard, 2010 ; Bomsel, 2014 ; *RHMC*, 2015 ; *Annales HSS*, 2019) ?

- **La protection du droit d'auteur et de la propriété intellectuelle dans la recherche sur le droit.** Le droit de la propriété intellectuelle et celui de la propriété industrielle se sont dotés d'un droit *sui generis* pour protéger les bases de données, l'une des sources fondamentales de la recherche. L'ouverture par défaut des bases de données publiques a donné lieu à bien des exceptions (droits de la propriété intellectuelle des tiers intervenant dans la constitution des bases de données, données personnelles identifiables, secrets administratifs et commerciaux, attribution précise des sources sans dénaturation, copies privées non rediffusables, courte citation pour les textes mais pas pour les images, autorisation à visée pédagogique et de recherche mais pas en ligne, ni publié dans une revue, etc.). Cela fait dire à la Commission européenne – de manière paradoxale – que les données de la recherche doivent être aussi ouvertes que possibles, mais aussi fermées que nécessaire. Nous invitons à une réflexion et une analyse critique de cette situation à la lumière des recherches juridiques et économiques qui ont relevé un certain nombre de dérives dans les domaines de la santé et de l'agriculture (Sagot-Duvanroux, 2004 ; Bessy 2006 ; Mouron, 2018 ; Ho Dinh, Villegas, 2020 ; Robin, 2022, § 43-57). Doit-on se contenter d'un simple équilibre ou devrait-on s'engager pour une véritable révolution (Grüttemeier, Hameau, 2016) ?
- **Les données orales de la recherche confrontées à l'éthique et au droit** (Austin, 2010 ; Baude, 2006, 2007 ; Mallet-Poujol, 2006 ; Robin, 2006). Ce champ très prospère a donné lieu à de nombreux travaux de chercheurs, de groupes de travail et de consortiums dédiés. Souvent abordées sous l'angle du droit international (pays d'accueil/pays référent), les enquêtes orales ont besoin d'être approuvées au préalable sur le plan éthique à différents niveaux (institution de l'initiateur de la recherche ; autorité du terrain travaillé qui frôle les dynamiques des pouvoirs locaux ; formulaire de consentement informé ; population interdite de consentement ; anonymisation des données et des métadonnées ; comment éviter de porter préjudice aux personnes interviewées ?). Certains exemples seraient riches en informations sur le respect du droit des minorités (Rouland, Pierré-Caps, Poumarède, 1996) à travers la reconnaissance

sociopolitique d'une langue. Les conflits ethnolinguistiques mettent en scène des réclamations locales face à une documentation coloniale, seule référence des tribunaux ordinaires (voir sur la question soudanaise : Elamin, Ishag, 2020 ; Casciarri, Franck, Manfredi, Assal, 2020).

Conclusion

20 La recherche juridique dans ses sources, ses méthodes, ses modalités, ses fondements est sans doute en perpétuelle transformation car le droit lui-même change. Il n'a jamais été l'apanage des seuls juristes mais bien de tous les citoyens. Par conséquent, afin d'analyser sa théorie comme sa pratique, il convoque les aspects les plus divers de la nature humaine et sociale, des cultures vivantes du territoire. De fait, les objets multiples de la recherche, les interrogations des chercheurs s'ouvrent à de nouvelles problématiques. Des sources originales apparaissent et sont élaborées à partir des éléments et nourries des résultats de précédentes études. Dans les protocoles, les démarches d'accès et de traitements des données sont encadrées selon des principes de liberté et d'ouverture maximale, avec des restrictions censées raisonnablement établies. Or, une réflexion d'ensemble sur une réelle politique d'accès aux sources se révèle faire encore défaut. Une clarification dans les domaines les plus classiques du droit (législation, jurisprudence, doctrine, contrats, usages) se heurte encore à des principes « propriétaires », des enjeux financiers ou au goût du secret. Malgré l'instauration d'un principe par défaut d'ouverture scientifique, des zones de résistance persistent pour empêcher la recherche en droit de s'épanouir totalement. Gageons que ce numéro dédié à ces questions importantes ouvrira de nouvelles pistes de réflexion pour une politique éthiquement régulée de la recherche.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 24 novembre 2024.

Altwegg-Boussac M. (dir.), 2021, *Introduire au droit. Regards critiques sur un enseignement*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie

Annales *Histoire, sciences sociales* (*HSS*), 2019, « Archives », vol. 74, n° 3-4

Austin P. K., 2010, « Communities, ethics and rights in langage documentation », dans Id. (dir.), *Langage documentation and description*, vol. 7, Londres, SOAS, p. 34-54

Battisti M., Schöpfel J., 2017, « Quel paysage juridique pour l'exploration de données ? », *I2D-Information, données et documents*, vol. 54, n° 2, p. 25-26

Baude O., 2007, « Aspect juridiques et éthiques de la conservation et de la diffusion des corpus oraux », *Revue française de linguistique appliquée*, vol. XII, p. 85-97

Baude O. et al., 2006, *Corpus oraux, guide des bonnes pratiques 2006*, Orléans, Presses universitaires d'Orléans/CNRS Éditions

Bessy Ch., 2006, « Réformer la propriété intellectuelle pour mieux réguler les marchés », *Revue d'économie industrielle*, n° 116, [https://journals.openedition.org/rei/501]

Bomsel O., 2014, « Copyright et économie des revues académiques », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. 52, n° 1, p. 93-110

Bullich V., 2013, « Perspectives critiques sur la propriété artistique », *Les enjeux de l'information et de la communication*, n° 14/3A, p. 81-97, [https://lesenjeux.univ-grenoble-alpes.fr/2013/supplement-a/07-perspectives-critiques-sur-la-propriete-artistique/]

Cao X., 2022, « Data papers: An important type of academic articles », *Ressources Data Journal*, vol. 1, p. 10-16, [DOI: 10.50908/rdj.1.0_10]

Carvais R., Halpérin J.-L. (dir.), 2021, *L'histoire de l'édition juridique (XVIe-XXIe siècle). Un état des lieux*, Paris, LGDJ

Casciarri B., Manfredi S., 2020, « Mots et identités de la Révolution de décembre au Soudan », *Cahiers d'études africaines*, n° 240, p. 981-988

Casciarri B., Franck A., Manfredi S., Assal M., 2020, « Ethnicité, religion, nationalisme », *Cahiers d'études africaines*, n° 240, p. 761-778

Commaille J., Lacour S. (dir.), 2018, « *After legal consciousness studies* : dialogues transatlantiques et transdisciplinaires », *Droit et société*, n° 100, p. 547-788

Conseil d'État, 2013, *Le droit souple*, rapport

Cornu M. et al. (dir.), 2019, *1979, Genèse d'une loi sur les archives*, Paris, La Documentation française

Cottin M., 2019, « Jurisprudence et contentieux, une (r)évolution à attendre ? », *La semaine juridique. Édition générale*, suppl. n° 44-45, p. 22-25

Cottin M., Munoz-Perez B., 2017, *Les nomenclatures descriptives des activités civiles du parquet*, rapport de recherche, Mission de recherche Droit et Justice

Dulong de Rosnay M., 2017, « The legal and policy framework for scientific data sharing, mining and reuse », dans Cl. Mabi, J.-Ch. Plantin, L. Monnoyer-Smith (dir.), *Ouvrir, partager, réutiliser. Regards critiques sur les données numériques*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, [https://doi.org/10.4000/books.editionsmsh.9082]

Elamin Y. M., Ishag B. M. A., 2020, « Le statut des langues au Soudan : une étude descriptive et analytique », [https://www.researchgate.net/publicatio-

n/339043716_Le_statut_des_langues_au_Soudan_une_etude_descriptive_et_analytique]

Encinas de Munagorri R., Hennette-Vauchez S., Herrera C. M., Leclerc O., 2016, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Éditions Kimé

Ewick P., Silbey S. (1998), *The common place of law. Stories from everyday life*, Chicago, The University of Chicago Press

Farchy J., Froissart P., 2010, « Le marché de l'édition scientifique, entre accès *propriétaire* et accès *libre* », *Hermès, La revue*, vol. 57, n° 2, p. 137-150

Fricker M., 2009, *Epistemic injustice: Power & the ethics of knowing*, Oxford, Oxford University Press

Gay V., 2021, « Un *data paper* en SHS : pourquoi, pour qui, comment ? », *#dhnord2021. Publier, partager, réutiliser les données de la recherche : les* data papers *et leurs enjeux*, MESHS, 17 novembre 2021, Lille [https://hal.science/hal-03434216]

Gerry-Vernières S., 2012, *Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica

Goupy M., 2020, « Secret, politique et philosophie », *Rue Descartes*, 2, n° 98, p. 1-13

Grüttemeier H., Hameau Th., 2016, « Accès aux données scientifiques et contraintes juridiques. Une question d'équilibre », *I2D-Information, données et documents*, vol. 53, n° 2, p. 20-22

Hamann H., 2019, « The German Federal Courts dataset 1950-2019: From paper archives to linked open data », *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 16, n° 3, p. 671-688

Ho Dinh A.-M., Villegas D., 2020, « Pour une intégration des sources audiovisuelles dans la recherche juridique », dans F. Rouvière, Cl. Aubry de Maromont (dir.), *La méthodologie de la recherche juridique pensée par ses acteurs*, *Revue de la recherche juridique*, n° spécial 2020-3, p. 1641-1659

Jeammaud A., 2015, « Des principes du droit du travail ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1703, p. 9-13

Kelman M., 1987, *A guide to critical legal studies*, Cambridge, Harvard University Press

Leclerc O., 2024, *Déontologie de la recherche et intégrité scientifique*, Paris, PUF

Leroy G., 2023, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, Paris, LGDJ

Mallet-Poujol N., 2006, « Protection des données personnelles, de la vie privée et de l'image », dans *Corpus écrits et oraux. Guide des bonnes pratiques*

Mouron Ph., 2018, « Droit d'auteur et diffusion numérique des données de la recherche », dans V. Ginouvès, I. Gras (dir.), *La diffusion numérique des données en SHS. Guide des bonnes pratiques éthique et juridiques*, Aix-en-Provence, Presse universitaire de Provence, p. 247-254

Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST), 2022, *Rapport pour une science ouverte réaliste, équilibrée et respectueuse de la*

liberté académique, 2021-2022, Assemblée nationale n° 5154 (15e législature) et Sénat n° 573, [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/ots/l15b5154_rapport-information#]

Perrocheau V., Zerouki-Cottin D., Milburn Ph., 2017, *La motivation en actes. Analyse empirique de la motivation des décisions de cours d'assises*, rapport de recherche, École nationale de la magistrature

Ranquet M., 2016, *L'accès aux archives publiques en France. Le droit et la pratique vus par les archivistes depuis 1979*, thèse, École nationale des chartes

Revue d'histoire moderne et contemporaine (*RHMC*), 2015, n° 62-4bis, « Économie et politiques de l'accès ouvert : les revues à l'âge numérique »

Robin A., 2022, *Droit des données de la recherche. Science ouverte, innovation, données publiques*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, Larcier

Robin A., 2006, « Droit de la propriété intellectuelle », dans *Corpus écrits et oraux. Guide des bonnes pratiques*

Rouland N., Pierré-Caps S., Poumarède J., 1996, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF

Sagot-Duvanroux D., 2004, « La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du xixe siècle », *L'économie politique*, vol. 22, n° 2, p. 34-52

Sayn I. (dir.), 2014, *Le droit mis en barèmes ?*, Paris, Dalloz

Schöpfel J., Farace D. J., Prost H., Zane A., 2019, « Data papers as a new form of knowledge organization in the field of research data », 12e *Colloque international d'ISKO-France, Données et mégadonnées ouvertes en SHS : de nouveaux enjeux pour l'état et l'organisation des connaissances ?*, ISKO France, octobre 2019, Montpellier, [https://shs.hal.science/halshs-02284548]

Serverin É., 2009, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond (à propos de l'ouverture à la recherche de la base JURICA) », *Dalloz*, p. 2882-2887

Serverin É., 1993, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société*, n° 25, p. 339-349

Serverin É., Béroujon C., Bruxelles S., 1988, *Classer, coder. Une expérimentation sur l'application des nomenclatures d'affaires judiciaires civiles*, rapport de recherche, ministère de la Justice, [https://shs.hal.science/halshs-01025277]

Serverin É., Munoz-Perez B., Cottin M., 2021, *La nomenclature des affaires orientées dans les chambres civiles de la Cour de cassation* (NAO) *: l'élaboration collective d'un outil de connaissance et d'action*, rapport de recherche, Cour de cassation

Stora B., 2021, *Les questions mémorielles portant sur la colonisation et la guerre d'Algérie*, rapport au président de la République [https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/09/0586b6b0ef1c2fc2540589c6d56a1ae63a65d97c.pdf]

Wagener N., 2022« Les glissements du droit d'accès aux archives publiques », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 69-1, p. 13-23, [https://doi.org/10.3917/rhmc.691.0015]

NOTES

1 Art. 451 du Code de procédure civile ; art. 306, art. 400 et R106 du Code de procédure pénale et art. L. 110 du Code de justice administrative.

2 Loi pour une République numérique de 2016 ; loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice ; décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives ; 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 la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives ; décret n° 2021-1276 du 30 septembre 2021 relatif aux traitements automatisés de données à caractère personnel dénommés « Décisions de la justice administrative » et « Judilibre ».

RÉSUMÉ

Français

Ce dossier est consacré à l'accès aux sources et aux résultats de la recherche sur le droit. Il s'intéresse à l'identification de ces sources, à l'accès qu'il est possible d'y avoir et à la diffusion dont les résultats de la recherche font l'objet. Le premier volet du dossier cherche à élargir ce que l'on entend par les « sources du droit » lorsqu'est en jeu la connaissance des phénomènes juridiques. Le dossier pointe le bénéfice qu'il y a, pour la compréhension du droit, à considérer non seulement les actes législatifs pris par les organes de l'État et les décisions de justice, mais aussi les archives des institutions juridiques, les textes organisant les pratiques des acteurs, les sources non textuelles, la documentation « grise », voire la littérature. La deuxième partie du dossier confronte le principe de publicité du droit à diverses exceptions et restrictions à la communicabilité : le secret médical ou la Défense, l'absence théorique du système du précédent en France, les résistances doctrinales et les processus de « routinisation ». La troisième partie analyse l'application des nouveaux principes de l'*open science* aux sciences humaines et sociales selon les modalités dites FAIR, qui se heurtent aux principes « propriétaires », afin d'envisager les données de la recherche comme des biens communs et ainsi d'ouvrir les perspectives de la recherche sur le droit.

INDEX

Mots-clés
sources du droit, méthodologie juridique, sociologie du droit, méthodes empiriques, science ouverte, archives, biens communs, édition juridique, intégrité scientifique, jurisprudence, secrets

AUTEURS

Isabelle Boucobza
Professeure, Centre de théorie et analyse du droit (CTAD – UMR 7074, CNRS, Université Paris Nanterre, ENS-PSL) ; iboucobza@parisnanterre.fr

Robert Carvais
Directeur de recherche CNRS, Centre de théorie et analyse du droit (CTAD – UMR 7074, CNRS, Université Paris Nanterre, ENS-PSL) ; rcarvais@noos.fr

Olivier Leclerc
Directeur de recherche CNRS, Centre de théorie et analyse du droit (CTAD – UMR 7074, CNRS, Université Paris Nanterre, ENS-PSL) ; olivier.leclerc@cnrs.fr

Anne-Charlotte Martineau
Chargée de recherche CNRS, Centre de théorie et analyse du droit (CTAD – UMR 7074, CNRS, Université Paris Nanterre, ENS-PSL) ; anne-charlotte.martineau@cnrs.fr

Identifier les sources de la recherche sur le droit

Un historien, des images, l'Algérie

Benjamin Stora

PLAN

1. Mes premières sources
2. Ma troisième source
3. Une sensation d'absence
4. Mon premier documentaire, *Les Années algériennes*
5. Relever le défi de la mémoire par les images
6. Une source, entre émotions et réflexions
7. L'image comme source : le passage universitaire
8. La sortie de l'absence

TEXTE

1. Mes premières sources

1 Pour mes premières recherches, l'itinéraire du pionnier du nationalisme algérien, *Messali Hadj*, avec une thèse soutenue en 1978 à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS), et mon *Dictionnaire de 600 militants algériens* en 1985, j'ai travaillé pendant des années à partir de la source écrite, des journaux aux archives étatique (déposées à Aix-en-Provence), des documents diplomatiques (consultés au Quai d'Orsay) aux récits de voyageurs[1]. Puis a émergé le témoignage des acteurs, leurs paroles servant à corriger, vérifier, infléchir ce que les traces écrites laissaient pour l'écriture de l'histoire. Les archives orales ont aussi été un moyen de contourner les archives d'État. J'étais en contact avec des militants algériens très tôt, puisque j'étais moi-même militant. Beaucoup de vieux militants n'ont pas hésité à me parler. Ils voulaient sortir de l'obscurité, de la clandestinité voulue par le pouvoir colonial ou celle subie par leur mise à l'écart voulue par le Front de libération nationale (FLN) de l'époque, au pouvoir en Algérie. Dans cette situation, j'ai rencontré de nombreux acteurs qui m'ont permis de construire mon dictionnaire biographique de militants nationalistes algériens, paru en 1985, que j'ai rédigé seul, pendant cinq ans. Ces deux sources d'archives m'ont servi d'impulsion

me permettant de contourner les archives d'État et en même temps de contourner l'obstacle des archives exilées, des archives passées de l'Algérie à la France. J'allais chercher les témoins, les vieux militants d'exil. Ils avaient à peu près de 50 à 60 ans. J'ai recueilli leurs paroles.

2 Il y avait là, dans ces premières publications des années 1970-1980, déjà beaucoup de choses que l'on retrouvera dans plusieurs de mes écrits des années suivantes : le goût pour la biographie historique comme moyen de comprendre le destin d'une société ; l'attention portée au nationalisme, et pas seulement à l'examen des conditions socio-économiques pour comprendre une nation dans ses profondeurs ; la volonté de recherche de la pluralité politique, et le refus de l'hégémonisme, de l'exclusivisme porté par un seul parti pour construire un projet national ; le besoin de mettre en évidence les imaginaires, les rêves, comme moteur de l'action (et c'était bien le cas de tous ces militants algériens qui, dans leurs espoirs fous des années 1920, prévoyaient une indépendance possible).

2. Ma troisième source

3 Ensuite sont arrivées, très vite, *les images* dans les années 1990-2000. Une « *troisième* » *source*, essentielle : l'image fixe, celle de la photographie, ou animée, du cinéma au documentaire, les images des bandes dessinées, au sens large[2]. L'image s'est solidement installée depuis plusieurs années au rang des sources indispensables, et rien ne semble désormais manquer à sa consécration, les expositions se multiplient, les festivals se développent. L'analyse et le regard sur le monde colonial ancien ne peuvent plus faire l'impasse sur l'image, cette « troisième » source devenue indispensable.

4 Le passage à l'image a construit un paysage me permettant de regarder de tous les côtés. En France et en Algérie, au Vietnam et au Maroc où j'ai vécu dans les années 1990. Des histoires doubles donc, plurielles, qui montrent un historien « traditionnel » et un historien engagé, dans le seul temps qui vaille : le présent. Non pas un historien du présent, mais un historien au présent, par-dessus tout sensible à la présence de l'histoire, en son lieu actif, vivant, qui est la mémoire.

5 Avec le temps qui passe, et l'accumulation des archives étatiques, des témoignages et des images, et la connaissance de mes travaux auprès

d'un large public dépassant le cercle universitaire, des « archives » nouvelles sont ensuite *venues vers moi* : des manuscrits de soldats non publiés, des lettres familiales, des petits films amateurs, des objets appartenant à des officiers et des appelés. Une « quatrième » source ? Ce processus d'archives personnelles arrivant directement sur mon ordinateur, par messagerie ou par les réseaux sociaux, s'amplifie. Mais restons sur « la troisième source », celle des images. L'analyse et le regard sur le monde colonial ancien ne peuvent plus faire l'impasse sur elle.

3. Une sensation d'absence

6 Plus l'histoire longue de la présence française en Algérie s'éloigne, plus elle semble, paradoxalement, revenir, remonter à la surface des mémoires. Effet de génération ? Ouvertures d'archives nouvelles ? Désir d'histoires pour se rassurer face aux incertitudes du présent ? Besoin de repères identitaires ? Peut-être un peu de tout cela en même temps. La photographie ou l'image animée du cinéma, du documentaire ou de la bande dessinée jouent un grand rôle dans ce retour de mémoire. Contrairement à ce que l'on a beaucoup écrit, et pendant longtemps, la guerre d'Algérie a bien été montrée par toutes sortes d'images : images fixes des photographies, publiées dans des grands magazines de l'époque comme *Paris Match* ; images de fiction, au cinéma, portées par des films qui n'ont pas tous laissé des traces mémorables, mais qui existent ; images des documentaires, nombreux à partir des années 1990, surtout vus à la télévision française et qui ont exploité essentiellement les archives de l'INA (Institut national de l'audiovisuel) ou du l'ECPAD (l'établissement cinématographique des armées).

7 Pourtant pendant bien longtemps, des années 1960 aux années 2000, la sensation d'absence d'images a dominé dans une partie importante de la société française, notamment parmi les populations pourtant très concernées (pieds-noirs, harkis, immigrés ou soldats). Comme si une grande majorité de Français, très tôt, ne voulaient pas « regarder » la guerre d'Algérie. La guerre d'Algérie était une guerre asymétrique, opposant une armée régulière d'un État à des groupes de combattants agissant dans la clandestinité. Le volume des images ne pouvait pas, par conséquent, être identique. La guerre des images,

c'est aussi celle de la disproportion des « stocks » d'images de propagande déversées sur les sociétés.

8 La sensation d'absence de la guerre se comprend aussi, en partie, par *la censure* des images, surtout pendant la guerre. Et *l'autocensure* après la guerre, les auteurs évitant d'aborder des sujets qui risquent de choquer l'opinion française, comme la torture, les enlèvements d'Européens, les massacres de harkis (Hennebelle, Berrah, Stora,1997).

9 Il faut également évoquer l'idée d'un cloisonnement (donc d'une guerre ?) des mémoires par l'image à travers des films de cinéma : les pieds-noirs vont voir *Le Coup de sirocco* (1979) ; les appelés, *Avoir 20 ans dans les Aurès* (1972) ; les officiers, *L'Honneur d'un capitaine* (1980) ; les immigrés, *Hors la loi* (2010) et *Vivre au paradis* (1999). La guerre des images se voit dans la séparation des écrans qui ne montrent pas la même chose [3].

10 À travers l'analyse critique d'exemples de cinéma, on peut voir en quoi des films comme *Le Petit Soldat* (1960) de Jean-Luc Godard, *L'Ennemi intime* (2007) de Florent-Emilio Siri ou *La Trahison* (2005) de Philippe Faucon proposent des récits filmés montrant des visions contradictoires de cette guerre. Des regards idéologiques différents conduisent à donner à voir soit le point de vue de l'indépendantisme algérien, soit celui du maintien de la présence française. La guerre des images, ce sont aussi les représentations fournies, après l'indépendance de 1962 par les Algériens eux-mêmes à travers leur cinéma, qui tentent de donner des représentations nouvelles. Ce sont des films comme *Chroniques des années de braise* (1975) ou, plus récemment, des documentaires diffusés par la télévision algérienne sur des personnages importants comme Mostefa Ben Boulaid, peu connu en France mais très connu en Algérie.

11 Sur cette « troisième source », je voudrais revenir sur la fabrication de mon premier documentaire, *Les Années algériennes* [4], réalisé en 1990 et diffusé en 1991, sur Antenne 2.

4. Mon premier documentaire, *Les Années algériennes*

12 Ce documentaire commence par la mise en scène d'un événement familial, le retour de ma mère et de ma sœur à Constantine sur les lieux où nous avons vécu jusqu'à l'indépendance de l'Algérie, dans notre petit appartement, puis au cimetière juif. Ce procédé mettait en scène mon intimité et posait d'emblée la question de savoir si ce dispositif n'était pas une entorse au devoir de distance qu'on attend de l'historien. À cette question, posée par quelques historiens à ce moment, j'ai répondu que cette entrée en matière était un choix délibéré de ma part. L'histoire de l'Algérie est vécue, la plupart du temps, sur le mode passionnel. Elle est synonyme de subjectivité et de drame. J'ai donc décidé de commencer ce propos en impliquant mon regard et ma sensibilité. Il s'agissait, déjà, en 1990, d'une forme d'*égo-histoire*, par le biais des images.

13 De ce fait, l'entrée de ce film est une mise en scène de ma propre mémoire en tant qu'historien. Cependant, on ne me voit jamais à l'écran. On n'entend que ma voix, et ce sera le cas ensuite pour les autres documentaires que j'ai conçus et réalisés. À partir du moment où je n'avais pas voulu me placer moi-même devant la caméra, pourquoi ne pas filmer un élément qui m'apparaissait très fort dans la tradition méditerranéenne, je veux dire le personnage de la mère ? Pourquoi, pour reprendre l'expression de Camus dans le contexte de la guerre d'Algérie, ne pas « *choisir sa mère* » ? Cette mise en scène était aussi un clin d'œil en référence à cette manière de voir, de sentir et de vivre la Méditerranée. Par ailleurs, on entre dans ce film par *le retour*. Montrer ma mère trente ans plus tard, en 1992, revenant sur les lieux du départ de 1962, signifiait encore qu'il fallait essayer de comprendre ce drame de l'intérieur. J'avais alors compris, après de longues études commencées dans les années 1970, qu'il était nécessaire de partir des personnages eux-mêmes, et non pas de grilles de lecture théoriques préétablies.

14 Lorsqu'on aborde l'histoire maghrébine, berbère ou arabe, voire méditerranéenne dans son ensemble, la tentation est forte, en effet, de recourir à nos schémas d'interprétation « européens ». C'est-à-dire avec une certaine froideur, une attitude volontairement distan-

ciée, très « objective ». Or, pour tenter de comprendre la guerre d'Algérie, il fallait savoir pénétrer au sein de cette société, faite de pieds-noirs, de Juifs et d'Algériens musulmans, favorables à la présence française, ou indépendantistes.

15 Ce premier film fut à la fois un documentaire classique et une enquête journalistique. Il s'agissait également d'un travail de deuil sur moi-même, regarder en face l'Algérie et sa guerre par l'intermédiaire des images, et plus simplement de l'écrit. *Les Années algériennes* ont donc été à la fois un travail d'historien et une enquête subjective.

5. Relever le défi de la mémoire par les images

16 Les historiens ont des prétentions très fortes à l'objectivité, à la distance. Les discours énoncés sur la nécessaire rupture méthodologique entre le vécu et le construit historique sont fréquents. En ce qui me concerne, je ne pouvais pas adopter ce point de vue. Je suis né à Constantine, une ville qui était massivement judéo-arabe et peu « européenne » comme pouvaient l'être Alger ou Oran. Alors, ce drame, je le vivais de l'intérieur, depuis l'enfance. D'ailleurs, mon implication personnelle dans ce film m'a été reprochée à l'époque par quelques historiens. L'argument était : « Pour un historien, ce type de travail est incompréhensible parce qu'il confond mémoire et histoire. » J'avais essayé de relever le défi de la mémoire par l'historien. J'ai voulu réfléchir sur le problème suivant : comment un historien peut-il restituer des mémoires ?

17 Un autre parti pris fort de ce film était de donner la parole à de nombreux témoins anonymes. En 1990, lorsqu'a débuté la « fabrication » de ce documentaire, une légende tenace subsistait : il n'y avait rien de cette histoire. Alors que le récit de cette guerre avait déjà été traité dans des documentaires. Yves Courrière et Philippe Monnier avaient réalisé *La Guerre d'Algérie* en 1972. Dix ans plus tard, en 1982, il y avait eu *Mémoire enfouie d'une génération* de Denis Chegarayen. Puis, Peter Batty, avait tourné en 1989 *La Guerre d'Algérie*. Les principes de base de ces trois documentaires, tous d'une durée de plusieurs heures, sont assez semblables. Des témoins célèbres de la guerre d'Algérie, des grandes figures comme les militaires français

Jacques Massu ou Raoul Salan, les nationalistes algériens comme Yacef Saadi ou Ahmed Ben Bella, étaient interviewés. Leurs interventions étaient entrecoupées par des images d'archives en noir et blanc, comme autant de *garanties* d'authenticité, comme si le noir et blanc induisait nécessairement *l'histoire vraie*. Ces archives étaient commentées par des voix off neutres, récitant des textes rigoureux se voulant d'une objectivité scientifique. Dans ce type de construction assez classique, ces documentaires m'apparaissaient comme une sorte « d'histoire officielle », de la guerre d'Algérie.

18 Il n'était pas question de suivre cet angle pour *Les Années algériennes*. Je voulais essayer de rentrer dans les passions et dans le drame. Partant de ma subjectivité, c'est-à-dire du présent, je suis remonté vers le passé. Ainsi, dans mon documentaire, on voit des gens parler à partir de leur présent, depuis leur situation actuelle, pour retrouver leur mémoire. J'estimais, et j'estime toujours, que l'histoire s'écrit au présent. Ma démarche n'était pas fondée sur un récit chronologique classique, avec l'adoption d'une position à la fois subjective et déconstruite du point de vue généalogique. Il s'agit de partir de la mémoire, de soi, pour aller vers la parole enfouie. Dès lors, il me fallait rencontrer des témoins anonymes, ou presque. Des pieds-noirs, des harkis, d'anciens combattants du FLN. Il m'est aussi apparu essentiel d'interroger des soldats sur leur guerre. D'autres ont procédé de la même façon par la suite. *La Guerre sans nom*, par exemple, de Bertrand Tavernier et Patrick Rotman, fut réalisé quelques mois plus tard, en 1992. On y voit les témoignages de nombreux appelés anonymes. Dans la mesure où je tenais à donner la priorité aux témoignages, il fallait faire un choix et je ne pouvais m'étendre trop longtemps sur la mise en place du contexte général.

19 Dans *Les Années algériennes*, les archives ne viennent qu'en éclairage ponctuel, comme bornes chronologiques. Elles agissent en contrepoint. Le récit est donné par les acteurs et non par les images d'archives. Mon parti pris méthodologique a donc été que la force du témoignage, construit et ordonné, fasse sens. Cette démarche s'inscrivait dans ce que l'on pourrait voir comme *l'histoire des mentalités*. J'ai voulu, sans anachronisme, reconstituer des atmosphères d'époque. En plaçant les personnes interrogées en situation de leur vécu de l'époque, j'ai essayé d'éviter le piège de l'anachronisme.

20 Concernant le drame de l'Algérie française, en effet, on comprend difficilement les questions en se situant, après coup, dans le cadre d'une reconstruction théorique des années 1970-1980. Il faut savoir qu'en 1954, alors que cette guerre commence, tous les pieds-noirs, et même une grande partie des Algériens musulmans, étaient persuadés que l'Algérie allait rester française pendant des années et des années encore. Personne ne pouvait alors imaginer que cette terre serait séparée de la métropole. Dans les mentalités de l'époque, l'Algérie existait comme trois départements français intégrés à la Métropole. À cette date, seule une poignée de nationalistes algériens, dont la plupart étaient issus du parti fondé par Messali Hadj dans la période de l'entre-deux-guerres mondiales, pouvaient croire à l'indépendance, y espérer. Des comportements se sont développés, des incompréhensions et des tragédies se sont nouées à partir de cette situation compliquée.

6. Une source, entre émotions et réflexions

21 Avec ce premier documentaire, je m'aperçois, que le cinéma est un outil privilégié pour celui qui travaille sur l'histoire des mentalités. L'image restitue une émotion extraordinaire et nous permet de la vivre. En même temps, je perçois également le danger possible : la force de l'émotion peut freiner, voire tuer, le raisonnement historique. L'historien peut se laisser facilement emporter par le torrent des images. L'image ne doit pas faire disparaître ni la distance ni la rigueur. En fait, je n'ai pu réaliser ce premier documentaire, et ce sera le cas pour les suivants, donc entrer dans la subjectivité pleine, que parce que je travaillais comme un historien « classique » depuis déjà au moins quinze ans à ce moment-là. J'ai commencé ma thèse sur Messali Hadj en 1974, elle a été soutenue en 1978, et j'ai conçu ce documentaire à partir de 1990. Je possédais ainsi les dates, les personnages et les situations. Je « baignais » dans mon sujet depuis de longues années. En travaillant en historien classique auparavant, j'ai pu, d'une certaine manière, voir autrement cette histoire. Si l'on veut rentrer dans le subjectif sans rien connaître de l'histoire académique, « scientifique », sans avoir peiné sur elle, le danger existe d'être emporté par sa propre subjectivité. Donc, même si elle dit

beaucoup, une image ne peut pas tout dire du point de vue de la vérité historique. On ne peut pas s'émanciper d'un travail de distance et de réflexion, d'accumulation de savoirs.

22 Pourtant, je vais progressivement considérer les documentaires comme des histoires possibles de cette guerre. En s'écartant des manichéismes simplificateurs, les histoires différentes apparaissent par la force des images, des paroles franches ou hésitantes, font appel aux occasions perdues, aux rendez-vous manqués de l'histoire entre la France et l'Algérie. Au début des années 1990, cela a surpris beaucoup de monde. Compte tenu de mon passé engagé après 1968 dans les mouvements trotskistes et révolutionnaires[5], certains se sont imaginé que j'allais concevoir un documentaire didactique de dénonciation du colonialisme dans sa version traditionnelle. J'ai montré, bien sûr, des témoignages de militants anticolonialistes. Mais j'ai aussi dépassé cette représentation pour essayer d'atteindre autre chose, cette histoire qui me hante comme historien et comme individu. Il s'agissait, à la fois, de l'histoire d'une fabrication d'un racisme dans le contexte de la colonisation et de celle d'une forme de convivialité. Vivre ensemble, mais séparés…

23 L'histoire coloniale, particulièrement en Algérie, construit tout ce partage, cette ambiguïté. Un « sudisme » à la française, en Algérie, s'est lentement fabriqué pendant plus d'un siècle. Et cela est longtemps demeuré pour moi une énigme, non encore vraiment élucidée. Une situation spécifique que l'on ne le retrouve ni au Maroc ni en Tunisie, qui ont été des colonies de peuplement très faible. Alors qu'en Algérie, ce furent des centaines de milliers d'Européens qui se sont réunis dans des grandes villes, comme Alger, cernées par les bidonvilles où vivaient une masse de musulmans « clocharchardisés » comme l'a écrit Germaine Tillion. Cette dimension « sudiste », une hiérarchisation inégalitaire sociale et juridique par communautés, se retrouvera transférée en France, portée par une extrême-droite puissante, à partir des années 1990.

7. L'image comme source : le passage universitaire

24 En 2008, l'historienne Marie Chominot a soutenu une thèse sur les pratiques et les usages de la photographie pendant la guerre d'Algérie. Ce travail s'appuyait sur une immense quantité de sources d'images fixes : les 100 000 clichés de l'ECPAD (les services photographiques de l'armée française), les milliers de photos publiées dans la presse quotidienne et hebdomadaire (avec un intérêt tout particulier porté à l'hebdomadaire *Paris Match*), les centaines de photos prises par les appelés entre eux, soldats en Algérie, dans les villes ou dans les djebels. Marie Chominot, et c'est là une grande réussite de sa thèse, était allée chercher les images de l'autre côté de la Méditerranée, en Algérie. Les images algériennes de cette guerre sont rares (ce qui montre le caractère inégalitaire de ce conflit). Marie Chominot avait accompli plusieurs longs séjours en Algérie, « ramassant » des photos, s'entretenant avec des témoins, des acteurs (Chominot, 2008). Ce travail universitaire a permis, grâce à l'utilisation des images, d'ouvrir sur des compréhensions nouvelles, originales : comment le monopole sur la photographie s'est exercé pendant la guerre d'Algérie par l'armée française ; en quoi la photo peut être auxiliaire des soldats pour conquérir « le cœur » et les « esprits » de la population indigène ; comment l'image participe de la guerre contre-révolutionnaire menée par la France ; comment les indépendantistes algériens instrumentalisent la photo à des fins de propagande ; en quoi les photographes ont participé à la fabrication d'un imaginaire de guerre.

25 Et l'on découvre alors comme se brise le mythe de la « guerre sans images », comme a existé pendant longtemps « une guerre sans nom » à propos de la guerre d'Algérie. La profusion, « l'océan » d'images, enfin analysé, permet d'aller au réel, de le dévoiler. Ce travail universitaire montrait bien comment le gigantesque appareil de propagande mis en place par les Français n'avait été, bien souvent, qu'une réponse perpétuelle aux accusations algériennes. Ce système n'avait pas « fonctionné » en entraînant vers l'armée les populations algériennes. La thèse de Marie Chominot était donc une passionnante enquête au cœur d'une « machine » à faire des images pour alimenter

des réseaux médiatiques. Mais ce travail était bien trop subtil pour en rester au stade de la description des mécanismes de censure étatique. L'autrice expliquait bien la mise en œuvre des autocensures par le conditionnement idéologique et les contextes historiques.

8. La sortie de l'absence

26 Les filtres de la censure, ou de l'autocensure, qui « réduisent » l'image *via* une pauvreté visuelle et des images répétitives, permettent de comprendre pourquoi les images de la guerre d'Algérie qui ont pu marquer les esprits apparaissent comme très rares et ont si peu laissé de traces. En dépit, au fil des années, d'une production abondante d'images (par la fiction ou les documentaires, nombreux), des travaux universitaires de qualité, subsiste, persiste pourtant aujourd'hui un sentiment d'absence, d'invisibilité à propos de la guerre d'Algérie. Un refus encore d'assumer, de « voir » cette guerre longtemps sans nom.

27 J'ai donc continué à concevoir d'autres documentaires, des expositions de photographies, à devenir conseiller historique sur des films de fiction, et à me lancer dans l'écriture de bandes dessinées. Au chapitre II de mon livre, *L'Arrivée*, consacré à mon départ d'Algérie en 1962, et mon installation en France dans les années 1960, j'écrivais :

> « Dans l'avion, au moment du décollage, j'observe les passagers. Certains pleurent. Les visages sont tristes, fatigués. Très vite, un grand silence s'installe. L'inquiétude, la violence de la situation écrasent tout désir de conversation. Plus personne n'ose parler. Puis, derrière les hublots, la nuit apparaît. Si soudainement que nous n'avons pu voir la terre algérienne s'éloigner. Cette terre déjà absente. *Ainsi, je n'ai pas conservé dans ma mémoire la "dernière image" d'un pays disparu.* » (Stora, 2023, p. 37-38)

28 C'est peut-être à la recherche de cette image disparue que je suis parti dans mes recherches universitaires tout au long des dernières années.



BIBLIOGRAPHIE

Chominot M., 2008, *Guerre des images, guerre sans images ? Pratiques et usages de la photographie pendant la guerre d'indépendance algérienne* (1954-1962), thèse, Université de Paris VIII Saint-Denis

Hennebelle G. (dir.), avec le concours de Berrah M. et Stora B., 1997, *La Guerre d'Algérie à l'écran*, *CinémAction*, n° 85, Paris, Corlet-Télérama

Stora B., 2023, *L'arrivée. De Constantine à Paris, 1962-1972*, Paris, Taillandier

Stora B., 2018, *68 et après*, Paris, Stock

Stora B., 2003, *La dernière génération d'Octobre*, Paris, Stock

Stora B., 1997, *Imaginaires de guerre. Algérie-Viêt-nam, en France et aux États-Unis*, Paris, La Découverte (Poche, 2005)

Stora B., 1995, *Dictionnaire des livres de la guerre d'Algérie* (2 200 titres), Paris, L'Harmattan

Stora B., Lescanff N., 2022, *Histoire dessinée des juifs d'Algérie*, Paris, La Découverte

Stora B., Vassant S., 2016, *Histoire dessinée de la guerre d'Algérie*, Paris, Seuil

ANNEXE

PETITE CHRONOLOGIE DES IMAGES ESSENTIELLES DE LA GUERRE D'ALGÉRIE

1957	Censure du film *L'Algérie en flammes* de René Vautier.
Janvier 1959	Premier sujet à la télévision française sur la guerre d'Algérie diffusé par le magazine *Cinq colonnes à la une*.
1960	Censure du film *Le Petit Soldat* de Jean-Luc Godard.
Février 1962	L'hebdomadaire *Paris Match* publie le visage de la petite Delphine Renard, défigurée à la suite d'un attentat de l'OAS (Organisation de l'armée secrète).
1966	Le film de Gillo Pontecorvo *La Bataille d'Alger* obtient le Lion d'or au festival de Venise. Le film ne peut pas être diffusé en France.
1973	Succès public dans les salles françaises du film RAS d'Yves Boisset.
Mai 1975	Palme d'or au festival de Cannes pour le film algérien *Chronique des années de braise* de Mohammed Lakhdar-Hamina.
Juin 1979	Sortie en salle du film *Le Coup de sirocco* d'Alexandre Arcady.

Septembre 1991	Diffusion à la télévision française sur Antenne 2 du documentaire *Les Années algériennes*, de Philippe Alfonsi, Bernard Favre, Patrick Pesnot et Benjamin Stora, Paris, René Château Vidéo (quatre films d'une heure, en noir et blanc et en couleur).
Juillet 1992	Large ouverture des archives cinématographiques de l'armée française (120 000 clichés).
Janvier 2004	Exposition « Photographier la guerre d'Algérie » à l'Hôtel de Sully, à Paris.
Janvier 2006	Sortie en salle du film de fiction *La Trahison* de Philippe Faucon.
Mars 2022	Documentaire de cinq heures, *C'était la guerre d'Algérie*, de Georges-Marc Benamou et Benjamin Stora, diffusé sur France 2.

NOTES

1 Je renvoie sur cet aspect à mon *Dictionnaire des livres de la guerre d'Algérie* (1995).

2 Sur cet aspect, voir mon travail : *Histoire dessinée de la guerre d'Algérie* (2016) ; *Histoire dessinée des juifs d'Algérie* (2022).

3 J'ai analysé cette séparation des images dans mon livre *Imaginaires de guerre. Algérie-Viêt-nam* (1997, 2005).

4 *Les Années algériennes*, de Ph. Alfonsi, B. Favre, P. Pesnot et B. Stora (1991).

5 Voir, à ce propos, mes livres autobiographiques : *La dernière génération d'Octobre* (2003) ; *68 et après* (2018) ; *L'arrivée. De Constantine à Paris, 1962-1972* (2023).

RÉSUMÉ

Français

Parmi mes nombreux travaux historiques consacrés à l'histoire de l'Algérie, j'ai à la fois utilisé des sources écrites, et aussi des images qui racontent des histoires, construisent une mémoire visuelle. Dans cet article, ce ne sont pas les images fixes (les photographies) qui sont étudiées, mais les images en mouvement, celles du documentaire et de la fiction, à propos de la séquence de la guerre d'Algérie. Comme on le verra, ce fonds d'images est très riche alors que certains se plaignent encore d'un manque, d'une absence, qui n'est véritable que dans quelques cas très précis. Pour le reste, c'est plutôt pléthore : il faut alors faire du tri, analyser, et c'est de cela qu'il est question dans l'article (en particulier *via* l'inventaire des films de fictions et des documentaires).

INDEX

Mots-clés
Benjamin Stora, Algérie, guerre, images, films, documentaires, sources historiques

AUTEUR

Benjamin Stora
Historien

Faire et écrire l'histoire du droit à partir de sources juridiques et littéraires. Quelles perspectives méthodologiques pour une recherche interdisciplinaire ?

Ophélie Colomb

PLAN

Introduction
1. Croiser des sources littéraires et juridiques : quels apports pour une recherche interdisciplinaire ? Le cas de *Souvenirs de la cour d'assises* de Gide
   1.1. *Souvenirs de la cour d'assises* : du rituel à l'expérience intime de la justice
   1.2. Les archives judiciaires de Rouen : sur les traces d'un écrivain juré d'assises
   1.3. Le manuscrit préparatoire de *Souvenirs de la cour d'assises* : raconter la justice en train de se faire
2. Perspectives méthodologiques : pour une transtextualité visant l'écriture de l'histoire du droit
   2.1. Du concept genettien de transtextualité à la transdisciplinarité
   2.2. Vers une définition singulière d'une relation transtextuelle entre histoire du droit et histoire de l'œuvre littéraire
Conclusion

TEXTE

Introduction

1 La pluralité des sources mais également le renouvellement des sources classiques comptent parmi les diverses spécificités de l'histoire du droit à l'époque contemporaine ou de l'histoire contemporaine du droit (Audren, Chambost, Halpérin, 2020). La source littéraire fait partie de cette nomenclature complexe et sert à l'appréhension de périodes antiques comme de la période contemporaine. Pourtant, l'acculturation des études « droit et littérature » dans la discipline est récente, bien que les chercheurs et les chercheuses s'intéressent depuis longtemps à la littérature pour nourrir leurs travaux et

leurs connaissances des droits du passé. Il reste que cette intégration de la littérature ne cesse de poser des questions épistémologiques fondamentales : l'histoire du droit peut-elle s'écrire et se faire à partir d'autres sources textuelles que celles proprement juridiques ?

2 Le mouvement « droit et littérature », né aux États-Unis au début du XX^e siècle, est souvent mobilisé pour y répondre[1]. Il tire ses origines de l'impulsion de deux juristes, John H. Wigmore[2] (1863-1943) et Benjamin N. Cardozo[3] (1870-1938), auxquels sont rattachés respectivement les deux courants originels du mouvement, le droit dans la littérature et le droit comme littérature. Aujourd'hui pleinement intégré dans la recherche universitaire en Europe, il repose sur le postulat d'horizons partagés entre les deux disciplines. En mobilisant des sources littéraires et juridiques, le mouvement « droit et littérature » met ainsi en lumière les rapports évidents entre les deux disciplines tout en questionnant leurs apports réciproques. C'est particulièrement ce dernier point que nous aborderons, et ce, dans une perspective interdisciplinaire et historico-juridique.

3 La littérature – si l'on se place du point de vue du courant « droit dans la littérature » – est un espace de libertés et de critiques au sein duquel une juridicité imaginée mais aussi une juridicité historique peuvent nous apprendre quelque chose sur le droit à une époque donnée. Si l'histoire du droit a su récemment se saisir du mouvement « droit et littérature », les méthodes, les théories et les sources proposées par la littérature (correspondances d'écrivains, manuscrits, etc.) sont encore tenues à distance. De même, l'invention de nouvelles perspectives méthodologiques, si ce n'est heuristiques, reste impensée ou marginale. Pourtant, il apparaît que la conjugaison de sources juridiques et littéraires dans leurs dimensions archivistiques propose, nous le verrons, de nouveaux outils pour penser, faire et écrire l'histoire contemporaine du droit tout en participant du renforcement théorique du mouvement « droit et littérature ».

4 Néanmoins, comme c'est le cas en histoire, il existe des obstacles à la prise en compte d'un corpus littéraire en histoire du droit. Les problématiques épistémologiques et herméneutiques de l'étude de textes littéraires en histoire du droit s'apparentent à celles de l'historien et de l'historienne confrontés à des sources littéraires. À cet égard, le débat portant sur l'historien face à la littérature nous

permet, par analogie, de cerner les difficultés générales rencontrées par l'historien du droit confronté à des sources littéraires.

5 D'abord, la littérature comporte une *dimension intemporelle* : les textes littéraires « traversent le temps, s'émancipent du temps où ils furent écrits pour voyager jusqu'à nous, se mêler à notre vie intérieure et aux décors de notre monde » (Lyon-Caen, 2019, p. 14). En outre, Roland Barthes dans son article « Histoire et littérature » souligne la *singularité de la création littéraire* :

> « Il y a un statut particulier de la création littéraire ; non seulement on ne peut traiter la littérature comme n'importe quel autre produit historique, mais encore, cette spécialité de l'œuvre contredit dans une certaine mesure à l'histoire, bref, l'œuvre est essentiellement paradoxale, elle est à la fois signe d'une histoire et résistance à cette histoire. » (Barthes, 1960, p. 525)

6 Aussi, pour Gérard Genette, une œuvre littéraire ne peut-elle en elle-même constituer un objet d'histoire, mais un *objet de critique* (1972, p. 22). L'historien du droit face à une œuvre littéraire traversée par la présence du droit est nécessairement confronté à ces obstacles inhérents à la création littéraire. En somme, les textes littéraires ne sont généralement pas écrits pour être lus et interprétés historiquement et juridiquement par des historiens du droit. Comme le souligne Hans R. Jauss, l'œuvre littéraire est d'abord adressée à « un lecteur ordinaire » sans prétentions esthétiques : « Or – pour reprendre la formulation de Walther Bulst – "jamais aucun texte n'a été écrit pour être lu et interprété philologiquement par des philologues" – ou, ajouterai-je, par des historiens avec le regard de l'historien » (2015, p. 48). À cela s'ajoute la question de la politique littéraire et de l'auctorialité de chaque écrivain et écrivaine, notamment s'il ou elle entend concevoir son œuvre comme une résistance aux contingences historiques ou sociales de son temps.

7 Ces différents obstacles théoriques peuvent être dépassés selon notre manière de considérer les textes littéraires. Dans *Les règles de l'art*, Pierre Bourdieu affirme que le statut d'exception et l'autonomie revendiqués par les écrivains et les écrivaines ne font pas obstacle à une lecture des textes littéraires qui ne soit justement pas exclusivement littéraire (Bourdieu, 2015, p. 10). Et, selon Barthes, il

faut prendre « résolument l'œuvre pour un document, la trace particulière d'une activité » (1960, p. 526) afin d'étudier ce qu'une œuvre nous livre de son temps. Une œuvre littéraire comporte intrinsèquement une valeur documentaire significative de notre passé dans toutes ses dimensions sociales, dont le droit. C'est pourquoi, avec Barthes et Pierre Barbéris ou encore Judith Lyon-Caen, nous considérons que la littérature peut avoir une valeur historique lorsque l'on extrait du texte étudié la « valeur historique du document littéraire » (Lyon-Caen, 2019, p. 21 et p. 262-263). En s'appuyant sur les traces historiques dont est imprégnée la littérature, Judith Lyon-Caen propose dans son ouvrage *La griffe du temps* une « expérience de lecture historienne » visant à « produire un savoir sur le passé », à « faire de l'histoire » à partir d'une nouvelle de Barbey d'Aurevilly (*ibid.*, p. 21). Pour l'historien du droit, la tentation de la littérature doit en ce sens être considérée comme une « tentation documentaire » (Lyon-Caen, 2011) où le recours à l'archive ciblée parachève cet attrait. À partir de ce positionnement théorique, l'analyse historique de la littérarisation du droit et de la justice semble possible. En effet, une fois ces difficultés dépassées, il s'agit d'éviter l'écueil d'illusoires équivalences entre le droit et la littérature pour montrer, dans une dimension historico-juridique, ce que la source judiciaire peut nous apprendre sur la création littéraire et, réciproquement, ce que la source littéraire peut nous apprendre sur le droit à une époque donnée. Mais pas seulement. Cette réunion tend à façonner un savoir, des connaissances ou encore un récit de l'histoire du droit et de l'œuvre littéraire que l'on peut qualifier de *sui generis*.

8 Une lecture (en) historienne du droit de *Souvenirs de la cour d'assises* (1913) d'André Gide (1869-1951) nous a permis d'éprouver et de mettre en évidence ce postulat. En effet, en dépouillant dans le cadre de notre recherche doctorale (Colomb, 2022) un certain nombre d'archives tant littéraires que judiciaires, nous sommes parvenue à faire, grâce à celles-ci, l'expérience d'une narration historique singulière. Le sujet de *Souvenirs de la cour d'assises* a pu favoriser cette expérience ; puisque cette œuvre relate le vécu de Gide en prise avec la justice, celui d'avoir été juré d'assises au début du XX^{e} siècle. Ce faisant, l'examen au prisme de l'histoire du droit de ce texte a permis des interprétations et des perspectives méthodologiques qu'un roman, qu'un poème ou encore qu'une œuvre théâtrale – ne possé-

dant pas une dimension juridique ou judicaire – n'aurait pas nécessairement offert. Néanmoins, cette limite ne désavoue pas notre entreprise, mais la précise davantage. En effet, il s'agit ici d'apprécier la valeur documentaire de la littérature en matière d'histoire du droit, à partir d'une œuvre ayant pour sujet principal la justice et le droit. Plus largement, la visée de notre démonstration est de suggérer des pistes méthodologiques pour apprécier la juridicité historique ou non d'une œuvre littéraire ayant pour sujet principal ou secondaire le droit et la justice.

9 Ainsi, cet article tâchera de répondre – à travers l'exemple de *Souvenirs de la cour d'assises* de Gide – aux questionnements formulés comme suit : quels sont les apports des archives et des sources judiciaires à l'histoire littéraire en général et à l'histoire d'une œuvre en particulier ? Et, en miroir, quels sont les apports des sources littéraires à la connaissance des droits du passé en général et à la pratique judiciaire en particulier ? Enfin, comment les archives judiciaires et littéraires peuvent-elles dialoguer et participer du renforcement théorique du mouvement « droit et littérature » et d'une spécificité contemporaine de l'écriture de l'histoire du droit ? Afin de répondre à ces questions, nous nous attarderons d'abord sur les apports pour la recherche tant littéraire qu'historico-juridique que constitue le croisement de sources littéraires et juridiques ciblées, puis nous chercherons à nommer et à envisager les perspectives méthodologiques qui se déplient à partir de ce croisement, notamment à travers le concept de transtextualité tel qu'il est défini par Gérard Genette.

1. Croiser des sources littéraires et juridiques : quels apports pour une recherche interdisciplinaire ? Le cas de *Souvenirs de la cour d'assises* de Gide

10 S'il est un texte littéraire mentionné par bien des juristes pour illustrer la justice pénale des premières décennies de la III^{e} République, il

s'agit certainement de *Souvenirs de la cour d'assises* de Gide. Et pour cause, ce court texte écrit de la plume du fils du romaniste Paul Gide [4] (1832-1880) dépeint avec finesse certaines pratiques pénales au début du XXe siècle d'un tribunal de province et, avec elles, l'ensemble de ses acteurs (juges, avocats, jurés, accusés). Dans cet ouvrage, il est effectivement aisé d'isoler des représentations de la justice en train de se faire et de se rendre, mais également d'y considérer des critiques incarnées et historiquement situées des rouages de cette institution. En effet, *Souvenirs de la cour d'assises* est le récit de la propre expérience de l'écrivain comme juré à la cour d'assises de Rouen en mai 1912.

11 Ce texte a fait l'objet de nombreuses études critiques à la fois par les littéraires [5] et par les juristes [6] et a été analysé de nombreuses fois à partir du cadre théorique du mouvement « droit et littérature » [7]. Pourtant, aucun de ces travaux ne s'appuie ni sur des sources judiciaires [8], en particulier celles disponibles aux Archives départementales de Rouen, ni sur des sources littéraires, en particulier celles issues du manuscrit du texte conservé aux Archives de la Fondation Catherine Gide. Ce texte mérite cependant que l'on s'intéresse à ces sources hétéroclites – et à les réunir – en ce qu'il est le témoignage littéraire d'une expérience de la justice institutionnalisée rendue en temps de paix au début du XXe siècle. En dépouillant et en croisant ces archives de nature différente se déplie alors un certain nombre d'apports nécessaires et nourriciers pour une recherche interdisciplinaire, si ce n'est transdisciplinaire.

1.1. *Souvenirs de la cour d'assises* : du rituel à l'expérience intime de la justice

12 Avant de considérer les avant-textes et les archives judiciaires entourant l'écriture de *Souvenirs de la cour d'assises*, il convient d'en présenter certains aspects ainsi que son auteur.

13 André Gide – Prix Nobel de littérature en 1947 – fut élevé dans une atmosphère puritaine par sa mère, Juliette Gide née Rondeaux (1835-1895) [9], après que son père, Paul Gide, juriste et romaniste reconnu, décéda prématurément en 1880. Son oncle, l'économiste et théoricien du mouvement coopératif français, Charles Gide (1847-1932), contribua également à son éducation [10]. Sa vie d'écrivain et ses

rencontres amicales l'éloignent très vite du protestantisme. L'ensemble de ses œuvres, des *Cahiers d'André Walter* (1890) à *Thésée* (1946) en passant par *Les Nourritures terrestres* (1897) ou *Les Faux-monnayeurs* (1925), encouragent à l'affranchissement des barrières morales et sociales de son temps. D'autres œuvres, comme *Voyage au Congo* (1927) ou *Retour de l'URSS* (1936), font de Gide un intellectuel pleinement engagé dans les crises du XX^e^ siècle. Quant à *Souvenirs de la cour d'assises*, il s'agit du récit de son expérience comme juré d'assises, récit dans lequel il relate – parfois amèrement – les procédures et les débats des affaires qu'il fut amené à juger ou à observer.

14 *Souvenirs de la cour d'assises* constitue une œuvre au genre hybride empruntant plusieurs voies génériques : autobiographie, témoignage, roman, chronique judiciaire. Comme le note Pierre Masson : « Ce texte se présente selon une double structure : des indications de jour – complétées à partir de 1924 par des indications de date – donnent au récit l'allure d'un journal de bord, alors qu'un découpage en chapitres numérotés laisse plutôt supposer une organisation décidée par l'auteur » (Masson, 2001, p. 1083). Cette double structure tient certainement au travail de reprise de notes que Gide entreprend un an après son expérience. En effet, c'est après avoir achevé *Les caves du Vatican* (1913) que l'écrivain se plonge dans ses notes prises sur le vif afin de les transformer en ouvrage. Le 2 juillet 1913, il écrit dans son *Journal* : « Je me suis occupé ces jours derniers à mettre au net mes *Souvenirs de la cour d'assises*. C'est je crois un très bon exercice et j'y prends un grand intérêt » (Gide, 1996, p. 747). Le résultat de cet exercice a d'abord été publié Éditions de la NRF en deux livraisons : en novembre puis en décembre 1913. Quelques mois après, le texte a été repris en volume en 1914 aux Éditions de la NRF avec l'ajout d'un « Appendice » qui est la réponse de Gide à une enquête sur les jurés d'assises publiée dans *L'Opinion* le 25 octobre 1913[11]. Cette édition en volume fait l'objet de deux versions distinctes : une édition originale donnant le texte complet et une édition donnant un texte expurgé. L'édition de 1924 reprend le texte complet, et ce sera l'édition définitive qui trouve sa place aujourd'hui dans *Souvenirs et voyages* de la Bibliothèque de la Pléiade, édition que nous utilisons dans notre étude.

15 Contrairement à son oncle, Charles Gide, qui était opposé au jury d'assises [12], le neveu y voyait une expérience humaine nécessaire à sa littérature. L'écrivain a toujours affirmé avoir « insisté auprès du maire de [s]a commune » (2001, p. 64) pour voir son nom inscrit sur les listes destinées à constituer les jurys d'assises [13]. Son souhait est donc exaucé en 1912. Cette mission, qu'il désirait tant depuis six ans, allait lui permettre d'affiner sa propre littérature et de faire l'expérience de participer à rendre collectivement la justice. En 1949, Gide répondait aux questions de Jean Amrouche à propos de cette « expérience profonde, intime » (Gide, Amrouche, 1987, p. 226) qu'il avait cherché à éprouver :

> « Il est certain que cela a été pour moi une expérience fort importante. Je l'avais souhaitée – je crois que je l'ai écrit ou donné à entendre – ; j'avais souhaité être juré. J'ai attendu d'être nommé, puisque c'est le hasard qui nomme, j'ai attendu, je crois, six ans. J'estime que c'est une expérience que tous les romanciers devraient faire, absolument, je l'ai dit, comme on fait une classe de rhétorique ou de philosophie. De prendre contact direct et actif avec les tribunaux, je crois que c'est une expérience irremplaçable et de se sentir des responsabilités en la circonstance. Mais ce que les littérateurs ne savaient pas d'ordinaire, c'est qu'ils ne seront jamais nommés, s'ils n'inscrivent pas leur nom à la mairie pour qu'il y ait quelque chance que le hasard les nomme. » (*ibid.*, 1987, p. 225)

16 Si Gide évoque rétrospectivement cette expérience de manière positive, tel ne fut pas le cas au moment où il l'a vécue en 1912. Ainsi confie-t-il dans *Souvenirs de la cour d'assises* ses angoisses notamment à propos de l'un des accusés qui lui est finalement peu sympathique car sinon il « ne pourrai[t] [s]'endormir là-dessus » (2001, p. 15). À plusieurs reprises, Gide évoque ses craintes lorsque se cristallise sous ses yeux un jugement inique : « C'est ce que je sens de nouveau, non sans angoisse » (*ibid.*, p. 31) note-t-il. L'écrivain confie également à son ami Jacques Copeau après le premier jour aux assises : « C'est éreintant autant que la traversée d'un chott » (Gide, Copeau, 1987, p. 605).

17 Il serait vain de déplier toutes les critiques du rituel judiciaire formulées par Gide. S'il est une phrase qui résume son appréciation de la justice, ce serait celle écrite dans la note liminaire de *Souvenirs de la*

cour d'assises : « Et certes je ne me persuade point qu'une société puisse se passer de tribunaux et de juges ; mais à quel point la justice humaine est chose douteuse et précaire, c'est ce que, durant douze jours, j'ai pu sentir jusqu'à l'angoisse » (2001, p. 15). Ici, les mots de Gide expriment son refus de la radicalité mais sont néanmoins intransigeants. Pour l'écrivain, la justice est une *chose* et non une institution : c'est finalement un élément quelconque. De plus, cette chose est *douteuse*. De ce terme polysémique, nous pouvons déduire que l'existence et la réalisation de la justice sont mal assurées dans le prétoire ; que la justice n'est pas déterminée car elle est sujette à plusieurs interprétations ; que la nature même de la justice est difficile à qualifier. Surtout, il y a cette idée que la valeur ou la qualité de la justice « n'est pas conforme à ce qu'on est en droit d'attendre et doit être ou mériterait d'être mise en doute ou récusée[14] ». De fait, la justice « inspire la défiance » et « on ne peut se fier » à elle. Le mot *précaire* est aussi à retenir en ce que son sens juridique renvoie à ce « qui n'est octroyé, qui ne s'exerce que grâce à une concession, à une permission toujours révocable par celui qui l'a accordée[15]. » Surtout, il renvoie à cette idée de fragilité et de bien périssable, une chose « dont on ne peut garantir la durée, la solidité, la stabilité ; qui, à chaque instant, peut être remise en cause » (*ibid.*). Ces trois termes – *chose*, *douteuse* et *précaire* – reflètent l'idée d'une impossible justice, d'un jugement illusoire : la justice étant associée au champ lexical de l'indétermination, comment aborder la gravité de celle-ci ? C'est cette aporie que Gide explore dans ce texte. L'immersion dans les archives judiciaires de Rouen ainsi que dans celles de l'écrivain apportent quelques jalons pour comprendre le ressenti, le récit et les critiques de Gide. Ainsi, nous voici confrontée, à travers l'archive judiciaire, aux affaires dans lesquelles Gide fut malgré lui impliqué. C'est à partir de ces sources historiques et judiciaires que nous pouvons alors saisir davantage les enjeux liés *à ce qui se joue* et *à ceux qui jouent* dans ce lieu clos qu'est le prétoire dépeint par l'écrivain.

1.2. Les archives judiciaires de Rouen : sur les traces d'un écrivain juré d'assises

18 Les recherches menées dans les archives judiciaires de Seine-Maritime ont livré les traces de la présence de Gide à la cour d'assises de Rouen. Bien que les dossiers de procédures soient lacunaires pour la période 1911-1922, les listes de formation des jurys d'assises, certains documents concernant les jurés ainsi que les minutes des arrêts pour l'année 1912 ont survécu à l'épreuve du temps. Ce sont ces documents qui ont été exhumés et ont permis d'ancrer le récit gidien dans une réalité historique et de démontrer et prouver le caractère documentaire et historique de ce dernier. En effet, ces différents documents ont confirmé la présence de Gide à la cour d'assises de la Seine-Inférieure lors de la session ordinaire du 2e trimestre 1912, précisément du 13 au 25 mai [16]. La cour d'assises avait alors à connaître vingt-trois affaires dont douze vols, quatre attentats à la pudeur, trois affaires de coups et blessures, un infanticide, un homicide, un viol ainsi que le cas d'un incendiaire.

19 D'abord, les archives départementales corroborent la genèse de l'expérience de Gide dans le prétoire. C'est avec l'aide de son beau-frère, Marcel Drouin (1871-1943), que Gide avait entrepris de s'inscrire en mairie sur les listes de candidats à la mission de juré d'assises (Wald-Lasowski, 1997, p. 173). Depuis 1906, il demandait en effet au maire de Cuverville, le village normand où il résidait par intermittence, « de le faire inscrire sur la liste cantonale de Criquetôt-l'Esneval » (Dubuc, 1984, p. 398). Il fut finalement inscrit sur la liste de l'arrondissement du Havre, puis du département (*ibid.*). Lorsque la citation de la cour d'appel arrive à Cuverville, Gide est alors en Italie, à Florence, avec Henri Ghéon. Parmi les documents conservés aux Archives départementales de Seine-Maritime, une feuille retrouvée dans le dossier de composition des jurys pour l'année 1912 indique que Gide est « en Italie depuis fin mars – doit rentrer 12 ou 13 mai [17] ». Également, le rapport daté du 27 avril 1912 du brigadier qui avait la charge de remettre la citation de juré à l'intéressé, indique que : « Monsieur le maire est le beau-frère de M. Gide [18] ; il lui fera parvenir sa citation pour qu'il puisse être rendu à Rouen le 13 mai 1912, date à

laquelle s'ouvrira la session des assises où il est appelé à siéger[19]. » La citation en question n'a pas été retrouvée dans les divers documents constituant ce dossier. Il reste que ces premiers écrits nous montrent que la venue de Gide à Rouen n'était pas acquise ou du moins que son retour en France fut précipité. D'autres documents nous renseignent davantage sur la présence de Gide dans le prétoire.

20 Parmi les documents consultés, un tableau de la répartition des jurés pour chaque affaire a été tenu lors de cette session d'assises (voir Archive 1). À gauche dudit document se trouve la liste des jurés, dont Gide et, sur la ligne au-dessus, les dates et les affaires jugées. Nous visualisons ainsi concrètement et historiquement la présence de Gide parmi les jurés d'assises. Sa présence nous est rendue sensible et historiquement située. Ce tableau prouve que Gide a été juré pour quinze des vingt-trois affaires inscrites au rôle pour cette session, se plaçant en tête des jurés ayant le plus siégé. Il ne fut pas simplement tiré au sort de nombreuses fois, il ne fut presque jamais récusé, comme l'atteste Gide lui-même : « Nombre de jurés se font récuser ; aussi mon nom sort-il souvent de l'urne » (2001, p. 35). De plus, ce tableau de répartition des jurés entièrement manuscrit permet de fixer concrètement pour quelles affaires Gide fut juré. De fait, ce document issu d'une archive judiciaire complète la structure et l'économie du récit gidien tout en inscrivant davantage l'écrivain dans la réalité du prétoire. Ainsi, la liste exhaustive des affaires pour lesquelles Gide fut juré a pu être établie et il a été possible de constater que certaines ont fait l'objet d'une narration et d'autres non[20]. En revanche, nous pouvons remarquer que Gide est simplement spectateur et observateur pour certaines des affaires qu'il relate avec implication dans *Souvenirs de la cour d'assises*. Ce tableau de répartition des jurés a ainsi permis de comprendre quel était le point de vue de Gide et la place qu'il occupait pour chaque affaire relatée, c'est-à-dire tantôt en tant que juré d'assises tantôt en tant qu'observateur. Alors que la lecture de *Souvenirs de la cour d'assises* peut parfois laisser croire que Gide a été juré à chacune des affaires qu'il relate.

Archive 1. Tableau de répartition des jurés, sans-titre


Archive 1. Tableau de répartition des jurés, sans-titre

Source : Archives départementales de Seine-Maritime (Rouen), archives judiciaires série U, sous-série 2U : juridictions d'appel et criminelles, cote : 2U/1297, 1 feuille grand format manuscrite, 1912.

21 En outre, un autre tableau produit par le greffe de la cour d'appel de Rouen offre la possibilité d'ancrer le récit gidien dans une réalité sociologique en appuyant les profils des jurés décrits par l'écrivain (voir Archive 2).

22 Il s'agit d'une feuille A3 avec une feuille rajoutée et collée à droite comprenant la liste nominative des jurés ainsi que leur profession, leur lieu de domicile et leur année de naissance. Nous lisons sur la ligne 15 : « Gide ; Paul, Guillaume, André ; Homme de lettres. » Nous constatons également qu'il y avait six commerçants ou assimilés (quatre employés de commerce, un négociant, un vendeur), quatre cultivateurs, quatre propriétaires ou rentiers, trois maires ou anciens maires, deux pharmaciens, deux mécaniciens, deux comptables, un instituteur retraité, un employé de mairie, un tourneur de métaux, un jardinier, un scaphandrier, un maçon, un architecte, un agent d'assurances, un notaire, un tailleur, un imprimeur, un charpentier, un entrepreneur, un directeur de filature et, parmi eux, un homme de lettres (voir Archive 2). Dans *Souvenirs de la cour d'assises*, Gide ouvre son récit par la description sociologique de la composition du jury d'assises : « Un notaire, un architecte, un instituteur retraité ; tous les autres sont recrutés parmi les commerçants, les boutiquiers, les ouvriers, les cultivateurs, et les petits propriétaires ; l'un d'eux sait à peine écrire et sur ses bulletins de vote il sera malaisé de distinguer le *oui* du *non* » (2001, p. 10). Ainsi, à la lecture de l'archive judiciaire, nous constatons que, dès les premières lignes du récit, Gide relate une réalité sociologique et historique : les professions énumérées par Gide correspondent à celles de la liste nominative des jurés ainsi exhumée. Plus largement, *Souvenirs de la cour d'assises* donne à voir l'un des aspects de la sélection des jurés aux premiers temps de la III^{e} République ; un jury alors dominé par des grands et petits propriétaires, des notables de la région, des « chefs de famille » ayant un certain degré d'éducation et de moralité, qui doit composer avec d'autres hommes moins instruits et issus de classes sociales leur étant inférieures [21].

23 En outre, les minutes des arrêts nous renseignent sur les véritables identités des accusés mais aussi des magistrats et des avocats. C'est ainsi que certaines informations contenues dans ces archives judi-

ciaires ont démontré la véracité historique de certains détails avancés par Gide (comme certains recours en grâce). C'est ainsi également que nous avons pu identifier le président, le juge Deuve, et ainsi retracer sa carrière au sein de la magistrature à partir de l'*Annuaire rétrospectif de la magistrature* XIX^{e}-XX ^{e} *siècles*, qui est consultable en ligne [22].

24 Aussi les minutes ont-elles confirmé que l'ordre des affaires dans le récit de Gide n'est pas celui de la réalité de cette session d'assises. Selon Pierre Masson, l'écrivain a conféré « l'apparence d'un document brut à un texte en réalité assez soigneusement composé : sélectionnant les cas, modifiant la chronologie de certaines audiences, anticipant sur certaines informations, il a réalisé un texte orienté » (2001, p. 1083) et l'archive judiciaire l'atteste. Cependant, nous nuancerons quelque peu cette affirmation d'un texte orienté par Gide à la lumière de l'étude des archives judiciaires. Le développement de certains cas par Gide relève davantage de son degré d'implication, de sa position (acteur ou spectateur) et de son intérêt pour certaines affaires que d'une volonté d'orienter son propos. Et l'anachronisme des affaires tient également au souci de discrétion de l'écrivain : comme il a modifié le nom des accusés, il altère la chronologie des affaires pour préserver leur anonymat.

Archive 2. Extrait des minutes du greffe de la cour d'appel de Rouen


Archive 2. Extrait des minutes du greffe de la cour d'appel de Rouen

Sources : Archives départementales de Seine-Maritime (Rouen), archives judiciaires série U, sous-série 1U, cote : 1U/7, 1 feuille grand format imprimée et manuscrite, 1912.

25 Il reste que ce dépouillement des archives judiciaires a permis non seulement de contextualiser et d'historiciser ce texte littéraire, mais aussi d'en comprendre la structure et de soutenir son caractère historique, à savoir : le récit d'une expérience de la justice de province en 1912. C'est ainsi que nous avons pu trier le bon grain de l'ivraie : c'est-à-dire que nous avons pu extraire ce qui s'apparente à une preuve testimoniale de la justice et ce qui relève du romanesque (et il y en a peu). En effet, certains faits relatés par Gide ont ainsi été vérifiés et authentifiés, ce qui a contribué à considérer sa littérature comme une source sérieuse et légitime quant à la connaissance de la

pratique de la justice au début du XX^e siècle. L'étude du manuscrit préparatoire de *Souvenirs de la cour d'assises* est venue appuyer cette thèse en proposant une première réception historico-juridique de cet inédit.

1.3. Le manuscrit préparatoire de *Souvenirs de la cour d'assises* : raconter la justice en train de se faire

26 Afin de parfaire notre lecture historico-juridique de *Souvenirs de la cour d'assises*, une méthode d'analyse a été privilégiée : celle de la critique génétique ou génétique textuelle, c'est-à-dire une démarche scientifique visant à reconstruire l'histoire de l'élaboration d'une œuvre notamment à partir de l'interprétation des avant-textes (c'est-à-dire l'ensemble des notes, brouillons, manuscrits, etc., rédigés par un écrivain au cours des phases de préparation et de rédaction d'une œuvre). Cette méthode n'est pas le propre de la discipline littéraire, elle est aussi adoptée en histoire du droit, notamment dans l'étude des travaux préparatoires des textes de loi. Il semblait tout à fait pertinent d'user de la critique génétique non seulement pour renouveler les analyses et la réception de ce texte, mais parce qu'une intuition nous guidait : les notes que Gide retravaille en 1913 ne constituent-elles pas le récit, le témoignage immédiat de la pratique judiciaire d'alors ? N'y a-t-il pas dans ces notes des traces de la justice en train de se faire ? Nous avions ainsi une hypothèse à vérifier : les avant-textes de *Souvenirs de la cour assises* sont des sources, certes littéraires, mais intéressant également l'élaboration d'un récit historico-juridique portant sur la justice institutionnalisée. C'est pourquoi nous avons exhumé des Archives de la Fondation Catherine Gide le manuscrit préparatoire de *Souvenirs de la cour d'assises*.

27 Ce faisant, ce manuscrit préparatoire est donc une source au carrefour de la littérature et de l'histoire du droit : les notes qui le constituent ont été prises – pour la plupart – par Gide dans le prétoire et nous renseignent à la fois sur le travail de maturation de l'œuvre mais également sur la pratique de la justice à laquelle l'écrivain assiste en 1912 à Rouen[23]. À cet égard, le manuscrit préparatoire de *Souvenirs* est non seulement essentiel pour comprendre le processus d'écriture de l'œuvre, mais il est également riche d'éléments permet-

tant de soutenir la thèse que Gide témoigne de la justice en train de se faire et de se rendre et que ses critiques de la justice institutionnalisée sont issues directement de son expérience et qu'elles n'ont pas été formulées *a posteriori* lors du travail de reprise des notes en vue de la version imprimée.

28 L'étude des brouillons de ce récit gidien n'avait donc jusqu'alors jamais été entreprise. Dans le champ littéraire, le manuscrit préparatoire de *Souvenirs* est resté inexploré et inexploité. L'édition patrimoniale du texte dans *Souvenirs et voyages* dans la collection « Bibliothèque de la Pléiade » ne fait pas référence au texte manuscrit mais seulement aux différents états du texte publié et réédité à partir de 1913. De même, les articles ou recherches menées sur ce texte par des juristes font référence seulement à la version imprimée. Nous proposons à nos lecteurs et à nos lectrices des exemples choisis de ce manuscrit.

29 Ainsi, l'étude du manuscrit de *Souvenirs de la cour d'assises* a révélé quelles furent les impressions de Gide sur la justice en train de se rendre. Dans des fragments de notes prises sur le vif, l'écrivain juré d'assises note au crayon : « Difficulté de changer d'opinion. Puissance des préventions » ou encore « La mauvaise impression sur les jurés, qui s'accentue »[24]. Dans le texte final de *Souvenirs*, cette puissance des préjugés se manifeste lorsque Gide explique de quelle manière l'apparence de l'accusé induit sa culpabilité.

30 En effet, Gide commence la narration de chaque affaire par une description physique de l'accusé. Au regard du manuscrit, les notes prises par Gide en 1912 semblent surtout révéler que ces portraits ont d'abord pour origine la présentation que le président Deuve donne des accusés. Par exemple, à la lecture de certaines notes prises au crayon par Gide, nous retrouvons à la fois une description physique de l'accusé et des informations concernant son milieu d'origine et son parcours judiciaire, accompagnées parfois de commentaires de la part de l'écrivain.

31 En outre, aux yeux de Gide, dans le prétoire, la victoire de la *simplification* et la consécration de l'*inexactitude* réduisent les possibilités qu'éclate la vérité ou la véracité des faits. Une note prise sur le vif en est l'illustration ; Gide écrit ou plutôt griffonne au crayon : « Triomphe fatal de la version la plus simple – et par conséquent la

plus distante de la réalité [25]. » Cette réflexion est retranscrite, suivant quelques modifications, dans la version imprimée de *Souvenirs*, où l'écrivain argue que : « La version la plus simple est celle qui toujours a le plus de chance de prévaloir ; c'est aussi celle qui a le moins de chance d'être exacte » (2001, p. 34).

32 À travers ces différents fragments de notes prises sur le vif, le manuscrit regorgeant d'autres exemples, nous avons pu constater que ce sont les impressions premières de Gide qui sont retranscrites dans le texte final. Ainsi, certains passages de *Souvenirs de la cour d'assises* peuvent être considérés comme une « imitation parfaite » de la réalité car ils sont la restitution et la relation sans filtres de l'expérience directe de la justice. En cela, ce sont des « preuves littérales » de la justice en action dans la première moitié du XX^e^ siècle. Comme l'expose Gérard Genette dans son article « Frontières du récit », « l'imitation parfaite n'est plus une imitation, c'est la chose même » (1966, p. 156). Par conséquent, ce que Gide raconte, cette « chose même », est la justice institutionnalisée dans sa réalité historique, celle perçue et vécue par l'écrivain. Il n'en demeure pas moins que Gide nous raconte et fixe une réalité historique du prétoire, de ses acteurs, de ses hommes, de ses femmes, de son dernier acte : le jugement.

33 Au fur et à mesure de notre exploration de ces sources archivistiques de nature différente, des apports sont apparus pour à la fois comprendre l'architecture du récit gidien, historiciser son contenu et isoler la voie générique de l'autobiographie, du témoignage historique. En conjuguant ainsi l'archive judiciaire et l'archive littéraire, la démonstration est apportée que la littérature – ayant pour objet principal ou secondaire la justice – peut être un document à valeur historique et contribuer – par exemple – à la compréhension des pratiques judiciaires du début du XX^e^ siècle. En effet, le recours à des archives judiciaires ou spécifiques ciblées permet de situer davantage les discours littéraires dans l'histoire en général et, concernant Gide et *Souvenirs de la cour d'assises*, dans l'histoire de la justice dans la première moitié du XX^e^ siècle. À ce titre, nous avons dépassé la simple mise en évidence du droit et de la justice dans ce texte pour mieux rendre efficiente sa valeur historique. Autrement dit, une lecture (en) historienne du droit propose de voir dans la littérature une documentation légitime pour retracer une histoire de la justice

par le truchement de ses représentations, de sa langue particulière, de sa spécificité, etc. C'est ainsi que l'histoire du droit peut apprendre beaucoup de la littérature, à condition de se prémunir contre une distorsion du point de vue de l'auteur. La prise en compte des sources littéraires dans leur dimension manuscrite offre également la possibilité de s'attarder sur les hésitations de l'écriture confrontée au droit, donnant à voir toutes les potentialités de la littérature pour enrichir les savoirs juridiques. L'approche historico-juridique permet, en miroir, de dégager une nouvelle réception et compréhension du texte littéraire. Par conséquent, de nouvelles perspectives méthodologiques sont offertes afin de dépasser la simple juxtaposition de la littérature et de l'histoire de la justice, et ainsi construire un récit *sui generis* de l'histoire des pratiques judiciaires et de l'œuvre.

2. Perspectives méthodologiques : pour une transtextualité visant l'écriture de l'histoire du droit

34 Notre exploration ainsi décrite a cherché à dépasser l'apparente autonomie de ces archives judiciaires et littéraires pour au contraire démontrer l'existence d'un dialogue les unissant. D'une certaine manière, nous sommes passés d'une situation pluritextuelle [26] à une relation discursive aux dimensions intertextuelles, si ce n'est transtextuelles [27] : c'est-à-dire que nous avons mis en rapport deux séries de sources textuelles de nature différente – qui en apparence n'entretenaient pas de lien équivoque – pour au contraire mettre en évidence une relation dynamique et féconde. Ainsi, à travers l'étude de *Souvenirs de la cour d'assises* éclairée par la conjugaison d'archives littéraires et judiciaires, nous avons démontré que ces archives sont liées entre elles, que dans l'une s'écrit l'autre, qu'à travers l'une se comprend l'autre, qu'avec l'une se complète l'autre ; et que de cette relation surgissent une histoire singulière de la justice mais également une nouvelle réception de l'œuvre – ainsi qu'une première réception de son manuscrit – à travers un horizon d'attente (Jauss, 2015) qui est celui de l'historienne du droit. Mais comment nommer, théoriser ou encore généraliser cette relation singulière ? À cet égard, le concept de « transtextualité » développé par Gérard

Genette nous paraît tout à fait intéressant. Cependant, celui-ci peut être renouvelé afin de décrire davantage les perspectives méthodologiques d'une recherche transdisciplinaire mêlant histoire du droit et littérature.

2.1. Du concept genettien de transtextualité à la transdisciplinarité

35 Dans son ouvrage *Palimpsestes. La littérature au second degré* (1982), Gérard Genette introduit et discute le concept de « transtextualité ». Par « palimpsestes » ou par hypertexte, Genette entend toutes les œuvres dérivées (le second degré) d'une œuvre antérieure (le premier degré) par transformation ou par imitation. Cette hypertextualité fait partie d'une taxinomie, d'un classement de la transtextualité ou transcendance textuelle détaillée par Genette ; transtextualité qu'il définit comme « tout ce qui met un texte en relation, manifeste ou secrète, avec d'autres textes » (Genette, 1982, p. 7).

36 Ce qui est finalement le cas de ces archives littéraires et judiciaires que nous avons dépouillées : celles-ci entretenaient une relation secrète jusqu'à ce que leur exhumation et leur interprétation l'aient rendue manifeste. Et si nous passons de l'archive à l'imprimé, cela est également le cas plus largement des textes littéraires et de la littérature juridique (lois, débats parlementaires, etc.) publiés et imprimés qui sont mis en rapport dans le cadre des études « droit et littérature », et ce particulièrement dans la branche « *law in literature* ». Ces textes, ces documents catégorisés dans deux sphères différentes – pris ou non dans leur dimension archivistique – sont en relation ; relation à partir de laquelle une analyse de la littérarisation d'une juridicité imaginée ou historique est possible. De cet examen peut découler, si notre horizon d'attente est l'histoire du droit, un récit historico-juridique innovant ainsi qu'une réception originale, et donc renouvelée, de l'œuvre littéraire.

37 En effet, cette relation transtextuelle singulière – une fois rendue manifeste – va au-delà des limites de ces deux sphères – juridique et littéraire – puisque ces sources et ces textes de nature différente font émerger une interprétation, une compréhension de l'histoire du droit et de l'œuvre en elle-même que l'on peut qualifier de *sui generis*. Cette transtextualité est ainsi pourvoyeuse d'un savoir singulier

défiant les frontières des catégories et des disciplines constituées. Finalité qui n'est autre que celle de la *transdisciplinarité* qui est, selon Frédéric Darbellay, un mouvement de traversée des disciplines conduisant à une « co-construction des savoirs qui traversent littéralement les disciplines constituées » (2005, p. 51). Par conséquent, « il s'agit d'une intégration des savoirs de diverses disciplines de telle sorte qu'émerge un discours *sui generis* construisant son propre lieu de pensée » (Charaudeau, 2010). Ainsi, la transtextualité n'est autre qu'une méthode, qu'un outil au service d'une démarche transdisciplinaire (Darbellay, 2005, p. 32-37). La mise en évidence d'une relation transtextuelle entre des textes, des archives de nature différente sert ainsi à mettre en œuvre l'objectif d'une démarche transdisciplinaire : faire émerger un discours, un savoir *sui generis* que des disciplines prises séparément ne peuvent faire advenir.

38 Ainsi, comment qualifier cette transtextualité bien spécifique que nous avons précédemment décrite à partir de *Souvenirs de la cour d'assises* ? Est-ce que l'une des catégories définies par Genette pourrait correspondre à ce croisement bien singulier que nous venons de démontrer ? Nous avons exhumé des documents et des textes conservés jusqu'alors dans des archives. Or, les théories de l'intertextualité sont pensées essentiellement à partir de relation entre des textes imprimés et publics ou au regard de l'analyse de discours (entendu largement et qui n'est donc pas forcément et spécifiquement juridique). Se pose alors la question de l'application, de la transposition de ces théories à une recherche aux visées historique et juridique. En d'autres termes, comment qualifier et définir cette relation transtextuelle servant le récit historico-juridique ? Mais pas seulement. Puisqu'en miroir, cette « transcendance textuelle » participe du renouvellement de la réception de l'œuvre littéraire.

39 Revenons pour cela à la taxinomie de Genette. Celui-ci perçoit cinq types de relations transtextuelles. Le premier type est l'intertextualité qui est « la relation de coprésence entre deux ou plusieurs textes, c'est-à-dire, eidétiquement et le plus souvent par la présence effective d'un texte dans l'autre » (1982, p. 8). Cette intertextualité est plus ou moins littérale, pouvant aller de la citation à l'allusion. Le deuxième type est le paratexte qui est la « relation que le texte entretient dans l'ensemble formé par l'œuvre » (*ibid.*, p. 10). Cela peut être les titres, les sous-titres, les notes marginales, les épigraphes, etc.

Genette y inclut aussi les avant-textes, les brouillons et les esquisses. Le troisième type est la métatextualité qui est la « relation, on dit plus couramment de commentaire, qui unit un texte à un autre texte dont il parle, sans nécessairement le citer » (*ibid.*, p. 11). C'est la relation critique qui relie un texte à un autre par le commentaire. Le quatrième type – qui fait l'objet de l'ouvrage de Genette – est l'hypertextualité (dont l'image est le palimpseste) qui est une « 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 » (*ibid.*, p. 13). Contrairement à la métatextualité, il y a une dimension transformative entre les deux textes mis en relation, c'est-à-dire que le texte B modifie, transforme ou imite le texte A. Le cinquième type est l'architextualité qui est « une relation tout à fait muette, que n'articule, au plus, qu'une mention paratextuelle (indication Roman, Poésie, etc.) de pure appartenance taxinomique » (*ibid.*, p. 12). Autrement dit, il s'agit de la relation d'appartenance du texte à une catégorie générique.

40 Une fois cette typologie présentée, il nous semble qu'aucune forme de transtextualité ne corresponde formellement à ce que nous avons étudié ; plus précisément, il nous semble qu'aucune définition genettienne ne corresponde à la situation transtextuelle particulière mise en exergue précédemment (voir point 1). En amont de sa taxinomie, Genette prévient que celle-ci n'est ni exhaustive ni définitive. Il invite donc à rechercher des compléments, des ajustements.

2.2. Vers une définition singulière d'une relation transtextuelle entre histoire du droit et histoire de l'œuvre littéraire

41 Nous pouvons à cet égard chercher d'autres éléments de définition ; notamment chez Frédéric Darbellay, pour qui la transtextualité est la situation selon laquelle « un texte singulier interagit non seulement avec ses voisins les plus proches, mais est également susceptible d'entrer en relation(s) dialogique(s) avec des textes spatio-temporellement plus éloignés et appartenant à d'autres genres et à d'autres formations socio-discursives » (2005, p. 324). Ce qui retient notre attention dans cette définition est la multiplicité des genres et des formes discursives envisagée ; multiplicité qui nous semble

étrangère aux définitions de Genette. Par ailleurs, Frédéric Darbellay met en exergue et questionne la dimension temporelle de la relation transtextuelle ; là encore se lit un enrichissement des définitions genettiennes.

42 Grâce à ces apports et précisions de sens, notre perception de la transtextualité dégagée et dépliée autour de *Souvenirs de la cour d'assises* s'affine davantage. En effet, notre étude exploratoire a mis en présence et en lien des sources littéraires et juridiques entendues dans une dimension archivistique, un support qui n'est pas le terrain privilégié des études de discours, mais davantage celui d'une démarche historique. Aussi ne faudrait-il pas définir notre relation transtextuelle comme étant « celle unissant plusieurs textes archivistiques ou non de nature différente – c'est-à-dire de genres et de formations socio-discursives hétérogènes – appartenant à un espace-temps contemporain à partir desquels un savoir historique juridique et littéraire *sui generis* s'écrit et se fait » ?

43 À partir de cette définition, la relation entre les archives judiciaires et littéraires exhumées et dépouillées ainsi que sa visée d'une narration historico-juridique singulière se dégagent. Seulement, il apparaît qu'un texte demeure en marge de cette définition : celui de *Souvenirs de la cour d'assises* tel qu'il nous est parvenu aujourd'hui ; c'est-à-dire dans sa version imprimée (et concernant nos propos, celle trouvant sa place dans *Souvenirs et voyages*). En effet, la relation transtextuelle qui se noue à travers ces archives – en sus de participer d'une histoire singulière de la justice – renouvelle la réception de l'œuvre littéraire que nous percevons aujourd'hui, et ce, à travers l'horizon d'attente qui est celui de l'histoire du droit.

44 Ainsi, la relation transtextuelle dégagée lors de notre lecture (en) historienne du droit de *Souvenirs de la cour d'assises* pourrait être définie comme suit : « la relation unissant un texte singulier à d'autres textes archivistiques ou non de nature différente – c'est-à-dire de genres et de formations socio-discursives hétérogènes – appartenant à un espace-temps contemporain *ou non* à partir desquels un savoir historique juridique et littéraire *sui generis* s'écrit et se fait ». Cela nous paraît ainsi embrasser tous les contours de notre étude exploratoire ainsi que sa visée, à savoir : un récit singulier

de l'histoire du droit et de l'œuvre littéraire, un récit d'un genre que l'on ne peut comparer à d'autres.

Conclusion

45 À plusieurs reprises, il a été question dans nos développements « d'exhumation ». En effet, nous avons « exhumé » des archives, des notes, des lettres ou encore un manuscrit. Cela a été entrepris à dessein, puisqu'il s'est agi littéralement de « tirer de l'oubli » ces documents afin d'écrire un récit historique inédit à partir de sources classiques, originales, *in fine* plurielles. Ces sources de nature différente ainsi mises en lumière ont également rendu manifeste leur relation restée jusqu'alors secrète. Le concept de transtextualité nous a permis de donner à voir les potentialités heuristiques et épistémologiques d'une démarche au croisement de l'histoire du droit et de la littérature. Un des renouveaux du mouvement « droit et littérature » pourrait ainsi se situer dans l'appropriation, si ce n'est l'acculturation, du concept de transtextualité à partir duquel les textes littéraires et les textes juridiques (lois, débats parlementaires, rapports) considérés dans leur dimension archivistique seraient liés par une relation « manifeste ou secrète ». Cette herméneutique semble en effet offrir des perspectives méthodologiques et théoriques plus solides au mouvement « droit et littérature » ; particulièrement en ce qui concerne les relations qu'entretiennent certaines archives juridiques, judiciaires et littéraires. En ce sens, elle invite les chercheurs et chercheuses à « tirer de l'oubli » les archives tant littéraires que judiciaires entourant une œuvre dans laquelle se lit une juridicité imaginée ou historique afin de ne plus seulement considérer l'œuvre imprimée telle qu'elle nous est parvenue aujourd'hui. Cette transtextualité entre les textes littéraires et les textes judiciaires visant à l'écriture de l'histoire du droit pourrait ainsi être appliquée à n'importe quel écrivain ou écrivaine frayant avec le droit. Mais pas seulement. La transtextualité n'est-elle pas le passé, le présent et le futur des « histoires contemporaines du droit » ?

BIBLIOGRAPHIE

Arabeyre P., Halpérin J.-L., Krynen J. (dir.), 2007, *Dictionnaire historique des juristes français, xi^e- xx^e siècle*, Paris, PUF

Audren F., 2007, « Gide Charles », dans P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, xi^e- xx^e siècle*, Paris, PUF, p. 365-366

Audren F., Chambost A.-S., Halpérin J.-L., 2020, *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz

Baron C., Sarfati Lanter J., 2019, « Introduction », dans C. Baron, J. Sarfati Lanter (dir.), *Droit et littérature*, Paris, Lucie Éditions/SFLGC, p. 7- 32

Barthes R., 1960, « Histoire et littérature. À propos de Racine », *Annales. Économies, sociétés, civilisations*, n° 3, p. 524-537

Bourdieu P., 2015 [1992], *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Paris, Seuil

Cardozo B. N., Dissaux N., 2016 [1925], *Le droit, une question de style ?*, Paris, Dalloz

Charaudeau P., 2010, « Pour une interdisciplinarité "focalisée" dans les sciences humaines et sociales », *Questions de communication*, vol. 1, n° 17, p. 195-222

Colomb O., 2022, *La justice chez André Gide et François Mauriac. De la morale au prétoire*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux

Coutant A., 2023, *John Henry Wigmore : un juriste d'exception*, Paris, Mare & Martin

Darbellay F., 2005, *Interdisciplinarité et transdisciplinarité en analyse de discours. Complexité des textes, intertextualité et transtextualité*, Genève, Éditions Slatkine

Dubuc A., 1984, « André Gide juré à Rouen en 1912 », *Justice et répression de 1610 à nos jours, Actes du 107^e Congrès national des sociétés savantes (Brest, 1982), Section d'histoire moderne et contemporaine, tome I*, Paris, CTHS, p. 397-414

Ducret P., 2007, « Gide Jean-Paul-Guillaume », dans P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, xi^e- xx^e siècle*, Paris, PUF, p. 366-367

Gardini M., 2020, « La justice racontée. Portrait d'André Gide en homme de droit », dans J. Jakubowska, R. Solová (dir.), *André Gide à (re)découvrir ?*, Paris, Classique Garnier, p. 201-221

Genette G., 1982, *Palimpsestes. La littérature au second degré*, Paris, Seuil

Genette G., 1972, *Figures III*, Paris, Seuil

Genette G, 1966, « Frontières du récit », *Recherches sémiologiques : l'analyse structurale du récit*, *Communications*, n° 8, p. 152-163

Gide A., 2001, *Souvenirs de la cour d'assises*, dans Id., *Souvenirs et voyages*, Paris, Gallimard, p. 1-67

Gide A., 1996, *Journal, tome I, 1887-1925*, Paris, Gallimard

Gide A., Amrouche J., 1987, *André Gide. Qui êtes-vous ?*, Lyon, La Manufacture

Gide A., Copeau J., 1987, *Correspondance 1902-1913*, Paris, Gallimard

Gruel L., 1991, « Agressions sexuelles : autour du témoignage de Gide », dans *Pardons et châtiments. Les jurés français*

face aux violences criminelles, Paris, Nathan, p. 63-66

Jauss H. R., 2015 [1974], *Pour une esthétique de la réception*, Paris, Gallimard

Lestringant F., 2011, *André Gide, l'inquiéteur*, t. I, Paris, Flammarion

Lyon-Caen J., 2019, *La griffe du temps. Ce que l'histoire peut dire de la littérature*, Paris, Gallimard

Lyon-Caen J., 2011, « Présentation », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, vol. 4, n° 112, p. 3-9

Masson P., 2001, « Notice », dans André Gide, *Souvenirs et voyages*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », p. 1083-1088

Masson P., Wittmann J.-M. (dir.), 2011, *Dictionnaire Gide*, Paris, Classique Garnier

Merle R., 1993, « André Gide et le droit de punir », dans *La plume et la parole. Mélanges offerts à Roger Merle*, Paris, Éditions Cujas, p. 199-207

Michaut F., 2005, « Le mouvement "Droit et littérature" aux États-Unis », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, p. 565-592

Ost F., 2015, « Droit et littérature : variété d'un champ, fécondité d'une approche », *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* 3, vol. 49, n° 1, p. 3-33

Patanzakos M., 1995, « *Ad humanitatem pertinent*: A personal reflection on the history and purpose of the law and literature », *Cardozo Studies in Law and Literature*, vol. 7, n° 1, p. 31-72

Pech T., 2000, « L'épreuve du jugement. Les *Souvenirs de la cour d'assises* d'André Gide », *Esprit*, n° 3-4, p. 58-70

Pénin M., 1997, *Charles Gide 1847-1932 : l'esprit critique*, Paris, L'Harmattan

Prud'hon P., 1914, *Le jury criminel, enquête sur les modifications à apporter à l'organisation et au fonctionnement de la cour d'assises*, Paris, Rey

Sagaert M., 2011, « Rondeaux-Gide, Juliette », dans P. Masson, J.-M. Wittmann (dir.), *Dictionnaire Gide*, Paris, Classique Garnier, p. 361-363

Schnapper B., 1991, « Le jury français aux XIX^e^ et XX^e^ siècles », dans Id., *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale* (XVI^e^-XX^e^ *siècles*), Paris, PUF, p. 368-373

Schnapper B., 1988, « Le jury criminel, un mythe démocratique (1791-1980) », dans *Histoire de la justice*, n° 1, p. 9-17

Simonin A., 2008, « Make the unorthodox orthodox : John Henry Wigmore et la naissance de l'intérêt du droit pour la littérature », dans A. Garapon, D. Salas (dir.), *Imaginer la loi : le droit dans la littérature*, Paris, Michalon, p. 27-68

Simonin A., 2007, « Éloge de l'éclectisme. Penser le champ "Droit et Littérature" à partir des listes de *Legal Novels* (1900-1987) », *Textyles*, n° 31, p. 12-27, [https://doi.org/10.4000/textyles.314], consulté le 18 novembre 2024

Travers de Faultrier S., 2013, « "La justice humaine est chose douteuse et précaire" : l'acte de juger selon André Gide », dans D. Salas (dir.), *La plume et le prétoire. Quand les écrivains racontent la justice*, Paris, La Documentation française/Association française pour l'histoire de la justice, p. 191-203

Travers de Faultrier S., 2012, « André Gide et la justice », *Les cahiers de la justice*, vol. 2, n° 2, p. 169-178

Travers de Faultrier S., 2005, *Gide, l'assignation à être*, Paris, Michalon

Travers de Faultrier S., 2004, « Le peuple juge du peuple », *Bulletin des Amis d'André Gide*, n° 143-144, p. 336-343

Vukušić Zorica M., 2020, « André Gide et la justice. Les *Souvenirs de la cour d'assises* », dans J. Jakubowska, R. Solová (dir.), *André Gide à (re)découvrir ?*, Paris, Classique Garnier, p. 223-237

Wald-Lasowski R., 1997, « *Souvenirs de la cour d'assises* », *Bulletin des Amis d'André Gide*, n° 114-115, p. 173-192

Walker D. H., 2011, « Gide, Charles (1847-1932) », dans P. Masson, J.-M. Wittmann (dir.), *Dictionnaire Gide*, Paris, Classique Garnier, p. 166-167

Walker D. H., 1999, « Gide et le fait divers », dans P. Masson (dir.), *Littératures contemporaines*, n° 7, *André Gide*, Paris, Klincksieck, p. 37-54

NOTES

1 Pour une présentation historique et théorique du mouvement « droit et littérature », voir Simonin (2007 ; 2008). Voir également Patanzakos (1995) ; Michaut (2005). Pour comprendre comment le mouvement a évolué aux États-Unis puis comment il s'est installé en Europe, voir Ost (2015) ; Baron, Sarfati Lanter (2019).

2 Arnaud Coutant lui a consacré tout récemment une biographie (Coutant, 2023).

3 Pour une introduction à la pensée de Cardozo s'agissant de la dimension littéraire du discours juridique, voir Cardozo, Dissaux (2016).

4 Voir Ducret (2007). Voir également les pages consacrées à Paul Gide dans Colomb (2022, p. 61-66).

5 Quelques exemples : Gardini (2020) ; Vukušić Zorica (2020) ; Walker (1999) ; Wald-Lasowski (1997).

6 Quelques exemples : Pech (2000) ; Merle (1993) ; Gruel (1991).

7 Nous faisons référence principalement aux travaux pionniers de Sandra Travers de Faultrier (par exemple : 2004, 2005, 2012 et 2013).

8 Nous pouvons néanmoins relever une exception, voir Dubuc (1984).

9 Voir Sagaert (2011).

10 Pour un portrait de cet oncle, voir Walker (2011). Pour son portrait en tant que juriste, voir Audren (2007).

11 Pendant quelques temps, *L'Opinion* tient une rubrique consacrée au thème : « Les jurés jugés par eux-mêmes ». Gide y participe dans l'édition du 25 octobre 1913. Sa contribution est publiée à nouveau en 1914 dans un recueil établi par Pierre Prud'hon (1914, p. 135-139). Le texte est retranscrit la même année sous le titre « Appendice » lors de l'édition en volume de *Souvenirs de la cour d'assises* aux Éditions de la NRF.

12 Pour Charles Gide, les jurys populaires étaient « une juridiction absolument antidémocratique, tout à fait bourgeoise, prodigieusement inégalitaire selon les crimes, selon les accusés, selon les régions », *Libres entretiens*, 3e année, 1906-1907, p. 162-163, cité par Pénin (1997, p. 97).

13 Pour une première approche biographique de ce moment particulier de la vie de Gide, voir Lestringant (2011, p. 708-71).

14 « Douteux », définition en ligne sur le CNRTL, [https://cnrtl.fr].

15 « Précaire », définition en ligne sur le CNRTL.

16 Il existe également un article paru dans le *Journal de Rouen*, le 10 mai 1912, qui donne la liste complète des jurés, dans laquelle figure le nom de Gide, ainsi que les affaires inscrites au rôle (p. 5).

17 Feuillet manuscrit, 1912, Archives départementales de Seine-Maritime (Rouen), archives judiciaires série U, sous-série 2U : juridictions d'appel et criminelles, cote : 2U/1297.

18 Il s'agit de Georges Rondeaux (1872-1967), frère de Madeleine Gide (épouse et cousine d'André Gide), maire de Cuverville en 1912.

19 « Rapport du brigadier Lebobe », 1 feuillet manuscrit, 27 avril 1912, Archives départementales de Seine-Maritime (Rouen), archives judiciaires série U, sous-série 2U : juridictions d'appel et criminelles, cote : 2U/1297.

20 Pour le détail des affaires ayant fait l'objet d'une narration ainsi que pour celui du point de vue adopté (acteur ou observateur), nous renvoyons à Colomb (2022, p. 458-460).

21 Voir les travaux de Schnapper (1988 ; 1991) et de Gruel (1991).

22 Farcy J.-Cl., Fry R., *Annuaire rétrospectif de la magistrature* XIXe-XXe *siècles*, Centre Georges Chevrier (Université de Bourgogne/CNRS), [https://annuaire-magistrature.fr/], consulté le 19 novembre 2024.

23 Il faudrait également à l'appui de cette thèse souligner que ce manuscrit est accompagné de la correspondance de Gide avec l'un des accusés de cette session d'assises, Henri Lebrun, et avec la mère de ce dernier. Nous renvoyons à cet égard à Colomb (2022, p. 654-656).

24 Gide, 13 mai 1912, *Manuscrit préparatoire de* Souvenirs de la cour d'assises, Archives Catherine Gide, cote : 36-03 3 (*verso*).

25 Gide, 20 mai 1912, *Manuscrit préparatoire de* Souvenirs de la cour d'assises, Archives Catherine Gide, cote : 36-03 3 (*recto*).

26 Selon Frédéric Darbellay, la textualité peut être pluritextuelle : « C'est-à-dire une dimension dans laquelle une série de textes (littéraires, publicitaires, politiques, etc.), appartenant à un même genre de discours ou à des genres différents et produits dans le même espace-temps historique ou dans des contextes historiques plus ou moins distants, n'entretiendraient apparemment aucune relation explicite ou implicite entre eux et resteraient par conséquent chacun dans des univers discursifs cloisonnés » (2005, p. 32).

27 Selon Frédéric Darbellay, les dimensions intertextuelles et transtextuelles « se caractérisent au contraire par une interrelation dynamique entre plusieurs textes appartenant à des genres et des espaces-temps identiques ou différents » (2005, p. 32).

RÉSUMÉ

Français

L'acculturation des études « droit et littérature » en histoire du droit est récente, bien que les chercheurs et les chercheuses s'intéressent depuis longtemps à la littérature pour nourrir leurs travaux et leurs connaissances des droits du passé. Cette acculturation pose des questions épistémologiques fondamentales : l'histoire du droit peut-elle s'écrire et se faire à partir d'autres sources textuelles que celles proprement juridiques ? L'enjeu d'une telle démarche est d'éviter l'écueil d'illusoires équivalences entre le droit et la littérature pour montrer, dans une dimension historico-juridique, ce que la source juridique peut nous apprendre sur la création littéraire et réciproquement. Mais pas seulement. Il s'agit également de démontrer que cette conjugaison de sources de nature différente tend à façonner un savoir, des connaissances ou encore un récit de l'histoire du droit et de l'œuvre littéraire que l'on peut qualifier de *sui generis*. Une lecture (en) historienne du droit de *Souvenirs de la cour d'assises* (1913) d'André Gide nous a permis de mettre en évidence ce postulat, et ce, à travers l'exploration d'une rela-

tion transtextuelle entre des archives littéraires et judiciaires ciblées. À partir de cette transtextualité, de nouvelles perspectives méthodologiques semblent émerger afin de nourrir les études « droit et littérature » mais aussi l'histoire du droit telle qu'elle s'écrit et se fait aujourd'hui.

INDEX

Mots-clés
archives, sources juridiques, sources littéraires, histoire de la justice, méthodologie, transtextualité, transdisciplinarité, mouvement droit et littérature, André Gide

AUTEUR

Ophélie Colomb
Chercheuse associée à l'Institut de recherche Montesquieu (IRM-CAHD, EA 7434), Université de Bordeaux ; ophelie.colomb@hotmail.fr

Le point de vue de l'archiviste : plus de deux cents ans d'archives à analyser et à repérer à la Cour de cassation

Christophe Bouvier

PLAN

1. Quelles sources dans les fonds de la Cour de cassation aux Archives nationales de Pierrefitte-sur-Seine ?
   1.1. Une juridiction mais plusieurs services producteurs
   1.2. Productions de la Cour et clés d'accès
2. Comment permettre le repérage des sources ?
   2.1. L'outil de l'archiviste : l'instrument de recherche
   2.2. Documenter et indexer les informations pour simplifier l'accès aux sources
3. Améliorer l'existant et reconstituer le manquant
   3.1. Mise en qualité et croisement des données
   3.2. Des projets archivistiques pour ouvrir les champs de la recherche

TEXTE

1 Deux siècles d'histoire n'ont pas laissé indemne la production de la juridiction suprême. Elle se situait à l'origine au Palais de justice, sur l'île de la Cité, à Paris, mais les événements vont, sur de courtes périodes, l'obliger à déménager à Tours, à Angers ou encore à Alger[1]. Les documents d'archives sont également dépendants de leur lieu de conservation. Les infiltrations et les incendies sont responsables de la perte d'un grand nombre de productions de la Cour de cassation. La recherche est rendue difficile par l'état sommaire des outils de description archivistiques. Les Archives nationales, à l'appui de nombreux chantiers, sont engagées depuis plusieurs années dans des projets de mise en qualité des données. Les liens entre les différentes sources sont également renforcés afin de démontrer la complémentarité entre les archives et les productions d'autres institutions patrimoniales telles que les bibliothèques.

2 Deux cents ans d'existence et six chambres en exercice, cela signifie autant de pratiques de production et de conservation qu'il nous faut

expliquer et documenter. Chaque dossier de pourvoi est composé de façon hétérogène et le greffier qui archive le dossier est dépendant des producteurs de pièces d'archives (conseiller rapporteur, avocat général, avocat à la Cour de cassation et Conseil d'État).

3 Les Archives nationales conservent sur le site de Pierrefitte-sur-Seine les archives de la Cour de cassation depuis sa création par les lois des 27 novembre et 1er décembre 1790, réparties en quelque cinq cents versements pouvant comporter entre un et des centaines de cartons. Les évolutions successives de la Cour et la multitude des fonds rendent de ce fait le travail de recherche complexe tant pour les lecteurs que pour les agents de la Cour de cassation et des Archives nationales. Le département de la Justice et de l'Intérieur (DJI) travaille depuis plusieurs années à améliorer l'accès à ces documents précieux en matière de droit ou de recherche historique.

4 Comment rendre accessible une masse importante de documents, produite sur un temps long, par un nombre croissant de services ? Quel moyen possède l'archiviste pour rendre accessible à la recherche ces sources primaires ?

5 Répondre à ces interrogations va nous amener à présenter le travail de description archivistique et de mise à disposition des données auprès des lecteurs. Avant tout traitement, l'archiviste doit avoir une compréhension du contexte de production et de l'historique du producteur. Cette connaissance pourra ainsi permettre la création d'outils d'accès à ces archives pour aider à leur consultation. Enfin, l'instrument de recherche peut également être créé pour être mis au service de la recherche.

1. Quelles sources dans les fonds de la Cour de cassation aux Archives nationales de Pierrefitte-sur-Seine ?

1.1. Une juridiction mais plusieurs services producteurs

6 À l'origine, la Cour de cassation est composée de trois « sections » puis « chambres », chacune avec une compétence particulière. Les chambres criminelle et civile reçoivent les pourvois dont ils portent la dénomination. La troisième, la chambre des requêtes, est pensée comme un mécanisme de filtrage des pourvois jugés irrecevables afin d'éviter l'encombrement de la chambre civile. Elle va prendre de plus en plus d'importance avec l'augmentation des pourvois en cassation aux XIX^e^ et XX^e^ siècles jusqu'à sa suppression en 1947. Elle pourra sur cette période rendre des décisions de rejet comme d'annulation sans renvoi en matière civile uniquement. En effet, la chambre criminelle gère elle-même le filtrage et l'orientation de l'ensemble de ces pourvois. Le XIX^e^ siècle ne voit pas d'évolution significative dans l'organisation de la Cour de cassation. On notera tout de même deux avancées significatives : l'ordonnance du 10 septembre 1817, qui réunit, sous la dénomination d'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, et la loi de 1849 qui instaure le Tribunal des conflits.

7 Une diversification de la nature des contentieux au XX^e^ siècle nécessite une évolution de la compétence des chambres existantes. La chambre sociale est donc créée par le décret-loi du 12 novembre 1938 pour répondre des pourvois en matière de droit du travail. Avec la loi du 23 juillet 1947, la Cour se divise en trois chambres civiles (civile, sociale et commerciale) et une chambre criminelle et, avec la loi du 21 juillet 1952, la Cour se divise en cinq chambres civiles et une chambre criminelle. Nous retrouvons à compter de cette date l'organisation actuelle de la Cour de cassation. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la Cour, pour faire face à l'afflux sans cesse en augmentation des pourvois, doit diviser certaines de ces chambres en sections avec des domaines de compétences différents.

8 Les attributions des six chambres sont déterminées par ordonnance du premier président après avis du procureur général. Le détail figure sur le site de la Cour de cassation [2]. Actuellement, les attributions des chambres peuvent être illustrées à partir des thématiques suivantes :

- Première chambre civile pour les contentieux relatifs aux personnes ;
- Deuxième chambre civile autrement qualifiée de « chambre du risque » ;
- Troisième chambre civile pour les contentieux se rattachant à l'immeuble ;
- Chambre sociale pour le contentieux en matière de droit du travail ;
- Chambre commerciale, financière et économique traitant du contentieux commercial notamment lié aux sociétés ;
- Chambre criminelle pour les contentieux pénaux.

9 Lorsque le pourvoi pose une question méritant d'être débattue, il est renvoyé devant l'une des six chambres en fonction de l'attribution de chacune. Quelquefois, la question peut relever des compétences de plusieurs chambres ou être signalée comme un revirement possible de la jurisprudence. La création du dispositif des deux formations dont il va être question est datée de la loi du 27 ventôse de l'an VIII. Dans le premier cas de figure envisagé, une question relève des attributions de plusieurs chambres. Le recours à la formation en chambre mixte peut être ordonné. Ce qui nécessite la présence au minimum du premier président et de trois présidents de chambre. Une fois la décision rendue, celle-ci s'impose à toutes les chambres dont les divergences ont été à l'origine de la saisine.

10 La deuxième formation en assemblée plénière (anciennement dénommé chambres réunies jusqu'en 1968) est la plus solennelle de la Cour de cassation. Elle intervient obligatoirement dans le cas où la juridiction de renvoi ne s'est pas inclinée et nécessite un second pourvoi.

1.2. Productions de la Cour et clés d'accès

11 Nous pouvons diviser le fonds d'archives de la Cour de cassation en deux catégories : les archives produites, résultats de son activité, et celles produites pour servir de clés d'entrées.

12 Le contenu des dossiers de la Cour de cassation est hétérogène en fonction des chambres et des époques. Il est tout de même possible de présenter la structure d'un dossier complet de la manière suivante :

- Arrêt : décision de la Cour de cassation ;
- Mémoire ampliatif : document écrit exposant les moyens de droit pour tenter d'obtenir la cassation de la décision rendue et développant l'argumentation au soutien de ces moyens ;
- Mémoire en défense : document produit par le défendeur en réponse au mémoire ampliatif ;
- Avis de l'avocat général : document dans lequel l'avocat général prend position et informe les parties et la chambre ;
- Rapport « objectif » : document produit par le rapporteur comportant une analyse succincte des moyens, une identification du ou des points de droit à juger, les références des décisions ou des articles de doctrine relatifs à chaque question identifiée et enfin l'indication du nombre de projets préparés ;
- Copie des minutes ou décisions des juridictions antérieures ; on ne trouvera pas le dossier de procédure qui est retransmis aux juridictions de fonds une fois la décision rendue par la Cour de cassation.

13 Les clés d'accès aux dossiers de pourvoi sont de deux typologies : les registres et les fichiers. La première source est créée dans une logique de gestion courante jusqu'à la prise de décision. En revanche, la fiche va être un point d'entrée vers un dossier clos que l'on souhaite consulter. Les registres conservés aux Archives nationales répondent à des besoins variés (voir illustration 1) :

- Registre d'enregistrement des pourvois (date d'entrée au greffe, numéro de l'affaire, noms des parties, juridiction devant laquelle le jugement a été prononcé et date, nature de l'affaire, condamnation, nom des rapporteurs, nom des avocats, décision, date de retrait des pièces) ;
- Registre des audiences (nom du conseiller rapporteur, numéro de pourvoi attribué par le greffe, nom des parties et de leur avocat, nature de la décision de la cour) ;
- Répertoires alphabétiques (numéro de pourvoi, nom du demandeur).

Illustration 1. Reproduction d'une page du registre d'enregistrement de la chambre civile conservée sous la cote 19970579/87 dans les archives de la Cour de cassation


Illustration 1. Reproduction d'une page du registre d'enregistrement de la chambre civile conservée sous la cote 19970579/87 dans les archives de la Cour de cassation

14 La difficulté pour l'archiviste est de comprendre la logique de création du registre et de repérer la donnée pivot vers les archives de la Cour de cassation. Un versement est fait par un greffe ou une chambre mais l'historique ne remonte pas au service ou bureau production. Cela est particulièrement contraignant pour appréhender le contexte de production qui permet de privilégier un registre plutôt qu'un autre.

15 Pour illustrer la méthodologie et la complexité de la recherche, prenons le cas d'une recherche relative à des travaux engagés au sujet de l'affaire Dreyfus partant du questionnement suivant : « Je recherche le pourvoi déposé par Émile Zola et Alexandre Perrenx devant la chambre criminelle le 4 mars 1898 ». L'information « pourvoi déposé » nous fait comprendre qu'il s'agit d'un enregistrement et non d'une décision. La vérification doit se faire dans le registre d'enregistrement des pourvois de la chambre et de l'année concernée, dans ce cas, sous la référence 19970581/13. Il s'agit du pourvoi 1214 de l'année 1898 contre une décision de la cour d'assises de la Seine pour diffamation en date du 23 février 1898. La décision de la chambre criminelle a été rendue le 21 avril 1898. Il reste à mener une recherche dans le versement de l'année et à repérer l'article lié à la date d'audience. Le dossier de pourvoi devrait donc se trouver dans le carton référencé 19890368/925.

16 Avant l'informatisation de 1986, les fichiers papiers constituent le seul instrument de recherche par requérant ou juridiction de fond. Ces fichiers étant pensés pour être utilisés par les services de greffe, la donnée pivot créée à l'enregistrement est le numéro de pourvoi. La difficulté des archivistes et des chercheurs réside dans le fait que les versements et le classement des dossiers et minutes reposent sur le numéro d'arrêt. Comme les fiches ne comportent pas le numéro d'arrêt, il est donc nécessaire d'avoir recours à un travail de concordance des données entre le numéro de pourvoi et le numéro d'arrêt (créé lors de l'audiencement). La première étape de la recherche est de se reporter aux registres d'enregistrement et de suivi des audiences afin de trouver la date de l'arrêt. L'information obtenue, l'archiviste consulte soit les plumitifs soit les rôles de lecture reliés du greffe des arrêts ou les registres d'audience du greffe criminel pour ainsi parvenir au dossier ou à la minute.

17 Les Archives nationales conservent également le fichier central du Service de documentation, des études et du rapport (SDER) de la Cour de cassation (versements 20160171 et 20160172), lequel se décompose en quatre fichiers : trois de jurisprudences civiles, un de jurisprudence pénale, auquel s'ajoute un autre fichier dit doctrinal. Ce fichier central est organisé en rubriques puis en subdivisions immuables (soit 6 068 thèmes liés à 22 842 sous-thèmes) depuis 1947. Les mots (cautionnement, cinéma…) ou groupes de mots (associations de bienfaisance, non-représentation d'enfant…) de référencement sont, eux, empruntés à la nomenclature de la Cour. Un instrument de recherche est aujourd'hui accessible sur Internet dans la salle de lecture virtuelle des Archives nationales (SLV) [Caratini, 2016] présentant l'ensemble des grandes rubriques par bornes chronologiques.

2. Comment permettre le repérage des sources ?

2.1. L'outil de l'archiviste : l'instrument de recherche

18 Depuis 2013, les Archives nationales sont munies d'un nouveau portail d'accès aux instruments de recherche (IR) servant principalement à décrire les fonds qu'elles conservent. Il s'agit de la salle de lecture virtuelle [3]. Elle propose actuellement environ 29 000 inventaires reposant sur le format d'échange archivistique XML-EAD décrivant plus de 5 millions d'unités documentaires et proposant 1 million d'images numérisées. En archivistique, un instrument de recherche (ou inventaire) est un système de repérage indirect d'un ensemble d'archives qui décrit leur contenu. Cet outil est à placer au cœur du métier de l'archiviste. Il intègre pleinement sa mission de médiation entre l'archive dont il connaît l'historique et le mode de communication et le public qui souhaite sa consultation.

19 Les instruments de recherche produits ont deux finalités : décrire de façon plus ou moins détaillée un versement ou le contenu d'un fonds et orienter les chercheurs ou l'administration afin de simplifier la recherche en autonomie. Pour répondre aux attentes des publics, la normalisation de la description archivistique – norme ISAD(G) – est

rendue d'autant plus nécessaire du fait de l'explosion des technologies numériques et du besoin de disposer d'informations pertinentes et homogènes (Association des archivistes français, 2012).

20 Le choix des outils de description des versements de la Cour de cassation est pleinement ancré dans l'historique de ces versements. Les premiers versements aux Archives nationales ont lieu en mars et en avril 1952. La Cour de cassation verse 3 871 cartons et registres pour libérer ces locaux engorgés par un siècle et demi de production juridique. Pour donner une visibilité à ce fonds, les archivistes ont créé la série AM dans le cadre de classement des Archives nationales. Cette série a été affectée en propre aux archives en provenance de la Cour de cassation, selon deux tranches de cotes. Les cotes AM/1 à 9 040 furent affectées à la suite chronologique des minutes d'arrêts et des dossiers de procédures les plus anciens des chambres civiles et de la chambre criminelle. Une nouvelle tranche de cotes à partir de AM/10 0001 fut ouverte pour le site de Paris, après le versement de 1988, pour y recevoir les documents anciens divers retrouvés *a posteriori*. Seule cette dernière tranche existe aujourd'hui (Moine, Poinsot, 1989).

21 Chaque versement de chambre a fait l'objet à partir de 1959 d'un instrument de recherche dit « répertoire numérique » (cote, date d'audience et numéro d'arrêt). Il s'agit d'une description simple qui s'explique par la masse des documents à traiter en un temps restreint. La description est faite à l'article et les analyses se présentent dans l'ordre croissant des cotes.

22 Face à la saturation du site parisien des Archives nationales est créé en 1969 à Fontainebleau le centre des archives contemporaines destiné à accueillir en masse les versements sériels des administrations centrales de l'État, dont font partie les archives de la Cour de cassation. Elles y sont transférées en 1989, avec une concordance de la première tranche des cotes AM en cotation continue (numéros de versement). Les versements ultérieurs de la Cour de cassation sont décrits sur le même modèle que les instruments de recherche de 1959. Ce mode de description repose sur la nécessité de détenir la clé d'accès aux documents conservés et la donnée pivot. Nous l'avons abordé dans la partie précédente pour la Cour de cassation, ce sont les registres et les fichiers. La difficulté porte sur la fragilité maté-

rielle de ces documents et leur éventuelle incommunicabilité en application de la réglementation en vigueur [4]. Cela contraint forcément la recherche qui ne peut se faire sans l'aide en amont d'un archiviste.

23 Depuis dix ans, les instruments de recherche produits pour les versements sont plus complets. Ils comprennent les données clés de recherche, ce qui permet un meilleur accès aux fonds d'archives.

2.2. Documenter et indexer les informations pour simplifier l'accès aux sources

24 Nous pouvons actuellement dénombrer plus de 400 instruments de recherche relatifs à des versements de la Cour de cassation aux Archives nationales. Cette masse documentaire a amené la publication dans la salle de lecture virtuelle des Archives nationales de « l'État des versements des archives de la Cour de cassation » (Bouvier, 2017) [voir illustration 2].

Illustration 2. Impression écran présentant l'arborescence de l'état des versements de la Cour de cassation dans la salle de lecture virtuelle des Archives nationales



Illustration 2. Impression écran présentant l'arborescence de l'état des versements de la Cour de cassation dans la salle de lecture virtuelle des Archives nationales

25 Cet instrument de recherche est un outil de regroupement des versements effectués depuis 1952 par la Cour de cassation aux Archives nationales. L'arborescence reprend la logique des différents services producteurs d'archives de la juridiction suprême, dont les grandes entités sont : la première présidence, le parquet général, le cabinet du directeur de greffe, les greffes civil et criminel, le bureau d'aide juridictionnelle, la Commission nationale de la réparation des détentions et la Commission nationale de la liberté conditionnelle. La recherche d'une minute de décision pourra, par exemple, être orientée en fonction du greffe de la chambre et de l'année de la décision qui fait l'objet

de la recherche. Une fois l'information retrouvée, un lien cliquable renvoie automatiquement vers l'instrument de recherche spécifique au fonds qui permet l'obtention de la référence de l'article (ou carton) nécessaire à une consultation ou à une demande de reproduction.

26 Cet état des versements renvoie vers les instruments de recherche particuliers décrivant en outre les arrêts rendus par les différentes chambres de la Cour de cassation qui sont *a minima* décrits par leur numéro (pour les années 1969-1988 pour le greffe criminel et 1960-1988 pour le greffe civil) ou par leur numéro et la date d'audience (pour toutes les autres années), informations que fournissent généralement les particuliers ou professionnels du droit dans leurs demandes.

27 Sur des dossiers sériels tels que ceux produits par les services de la Cour de cassation, l'archiviste a fait le choix de travailler sur l'indexation, qui se définit comme « l'opération destinée à représenter par les éléments d'un langage documentaire ou naturel des données résultant de l'analyse du contenu d'un document ou du document lui-même » (École nationale des chartes/AFNOR, 1991).

28 Les Archives nationales possèdent 20 vocabulaires contrôlés dans un format XML (matières, types de document, activités et titres des personnes, fonctions et statuts juridiques des collectivités, langues des documents, lieux…) servant à l'indexation des inventaires et, pour certains (statuts juridiques, activités, fonctions et lieux), des notices de producteurs. Un référentiel des personnes physiques et un référentiel des personnes morales sont également utilisés. Ce dernier domaine encadré juridiquement impose des contraintes d'indexation et de diffusion de l'information. Le Règlement européen 2016/679 relatif à la protection des données à caractère personnel (RGPD) est entré en vigueur le 25 mai 2018 dans tous les États membres de l'Union européenne. Dans le cas de la création d'un instrument de recherche, il s'applique aux traitements de « données à caractère personnel », c'est-à-dire aux informations se rapportant à des personnes physiques identifiées ou identifiables, directement ou indirectement.

29 Ces différents vocabulaires contrôlés vont permettre de filtrer dans le moteur de recherche des Archives nationales les instruments de recherche en fonction de mots-clés de recherche. Le chercheur

pourra ainsi éviter les « bruits » trop importants causés par un nombre conséquent d'inventaires de description.

30 Chaque instrument de recherche dans le référentiel « mots-matières » fait appel aux termes d'indexation suivants : procédure pénale, procédure judiciaire, pourvoi en cassation, décision de justice, dossier de procédure judiciaire. Comme nous l'avons signalé plus haut, les typologies des documents produits sont souvent difficilement identifiables. L'utilisation du référentiel « types de document » va permettre de discriminer la production de la Cour de cassation (dossier de fonctionnement, minutes ou dossier de pourvoi) et les clés d'entrée (registres et fichiers).

3. Améliorer l'existant et reconstituer le manquant

3.1. Mise en qualité et croisement des données

31 Les travaux de recensement utiles à la publication de « l'État des inventaires de la Cour de cassation » ont permis d'estimer les besoins et les manques en termes d'accès aux archives des greffes de juridiction. La grande majorité des instruments de recherche des différents versements de la Cour de cassation sont sommaires. Ils ne contiennent que les informations minimales : référence de l'article et intitulé (date d'audience et numéro d'arrêt). Ces dernières informations sont malheureusement dépendantes d'un accès à la clé d'accès (registre ou fichier). Cet outil ne peut fonctionner qu'avec l'intervention d'un archiviste pour une recherche en amont afin de repérer les archives dans les inventaires. Cela peut fonctionner pour des besoins de recherche ponctuels mais freine toute recherche sur un champ juridique spécifique ou une période étendue. Ainsi nous avons pour la chambre criminelle 32 inventaires de versements de dossiers de pourvoi des années 1847 à 2009 et 160 inventaires pour les chambres civiles des années 1804 à 2009. Les travaux engagés en matière de rédaction d'instruments de recherche et de pérennisation des outils existants sont donc massifs. Les données nécessaires à la recherche dans ces outils sont la date d'audience et le numéro d'arrêt. Cette

dernière information est très rarement connue. Le numéro d'arrêt est attaché à une décision au moment de l'audiencement. Il n'apparaît donc pas dans les enregistrements de pourvoi au contraire du numéro de pourvoi qui est créé à la première étape de la procédure.

32 Les nouvelles formes électroniques des instruments de recherche encodés en XML-EAD (exportable depuis la salle de lecture virtuelle) ont permis de proposer une mise en qualité de ces outils existants. Ces nouveaux supports permettent une manipulation plus souple des données et un croisement de celles-ci avec des sources existantes. La Cour de cassation produit des données très utiles à l'accessibilité de ces archives en assurant le suivi des documents. Le département de la Justice et de l'Intérieur a donc saisi la Cour d'une demande d'export de données librement communicables et diffusables de sa base de gestion pour les années 1990 à 2000. À partir du numéro d'arrêt comme donnée pivot entre l'inventaire et l'export de la Cour de cassation, les instruments de recherche [5] des années 1990 et 2000 ont pu être agrémentés d'informations utiles à la recherche. Nous retrouvons le numéro de pourvoi, la décision de la chambre et la mention de publication. Cette dernière notion nous a amené à nous interroger sur les ressources extérieures mettant à disposition des décisions de la Cour de cassation.

33 La mise à disposition des décisions communément appelées « *open data* des décisions de justice » a ouvert de nouvelles pistes de réflexion. Le régime de l'*open data* a été posé par l'article 21 de la loi pour une République numérique n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, puis précisé par l'article 33 de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice n° 2019-222 du 23 mars 2019 et enfin par le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives. Les données publiées sur la plateforme Data.gouv.fr sont utilisées dans le travail de traitement des instruments de recherche. Notamment la mise en ligne de la base de données des bulletins des chambres civile et criminelle depuis les années 1960 par la Direction de l'information légale et administrative (DILA) des services du Premier ministre. Un travail de croisement a adjoint dans les instruments de recherche traités le renvoi vers la décision publiée sur le site Légifrance. Cette donnée apporte ainsi un niveau d'information supplémentaire et autonomise le chercheur en mettant à sa disposition des ressources

en ligne. Sur cette même ligne, le rajout de lien sera également fait pour les instruments de recherche des chambres sur les périodes du XIXe siècle et du début du XXe siècle à partir des *Bulletins des arrêts de la Cour de cassation* numérisés et mis en ligne par la bibliothèque interuniversitaire Cujas sur le site Gallica de la Bibliothèque nationale de France (voir Illustration 3).

Illustration 3. Instrument de recherche illustrant la mise en qualité des données avec les croisements de sources pour l'année 1995



Illustration 3. Instrument de recherche illustrant la mise en qualité des données avec les croisements de sources pour l'année 1995

34 Le travail de croisements et de compléments de données dans nos inventaires est dépendant des travaux d'indexation déjà exécutés. Pour certaines périodes chronologiques, des chantiers d'indexation sur pièces sont toujours nécessaires et sont pleinement intégrés dans le plan de charge des archivistes.

3.2. Des projets archivistiques pour ouvrir les champs de la recherche

35 L'ouverture en juin 2023 de la plateforme Girophares[6], dédiée aux projets collaboratifs de transcription et d'indexation, a permis de penser de nouveaux projets de mise en qualité des données. Cette plateforme, ouverte à tous les internautes, a pour objectifs essentiels de présenter les projets proposés par les Archives nationales (6 au moment de cette intervention) et de permettre aux usagers d'indexer ou de transcrire les images des archives numérisées. Elle dispose aussi de fonctionnalités permettant aux agents des Archives nationales de créer des projets de différents types, de paramétrer les formulaires de saisie et de récupérer les contributions recueillies pour les intégrer dans les instruments de recherche en SLV. Elle offre également des espaces d'échanges et de discussion pour faire émerger des communautés de bénévoles autour des différents projets collaboratifs. Parmi ces projets, celui intitulé « Dans les archives de la Cour de cass' » vise à l'indexation des pourvois devant

la chambre criminelle de la Cour de cassation (1871-1910) [voir illustration 4].

Illustration 4. Grille d'indexation d'un registre sur la plateforme Girophares



Illustration 4. Grille d'indexation d'un registre sur la plateforme Girophares

36 L'indexation des registres d'enregistrement des pourvois de la chambre criminelle permet d'obtenir les informations suivantes :

- Date d'enregistrement du pourvoi ;
- Numéro d'enregistrement du pourvoi ;
- Noms des parties ;
- Juridiction dont la décision est attaquée ;
- Motif d'inculpation ;
- Décision de la juridiction attaquée ;
- Décision de la Cour de cassation.

37 Le chantier a déjà permis à la fin de l'année 2023 de référencer 4 391 dossiers de pourvoi avec l'aide des contributrices et des contributeurs. Nous recensons également 4 898 noms de parties indexés comme personnes physiques dans le référentiel des Archives nationales. Le rajout progressif de ces descriptions dans l'instrument de recherche des registres d'enregistrement va permettre de mettre en ligne des données sur la production de la chambre criminelle sur la période 1871-1911. Sur le long terme, ce travail va s'insérer dans la politique de mise en qualité des instruments de recherche liés aux dossiers de pourvoi conservés par les Archives nationales. À terme, ce travail permettra de simplifier la recherche sur des thématiques et sujets particuliers comme actuellement cela peut être le cas de recherche sur les pourvois dans l'intérêt de la loi ou sur les clubs cyclistes (voir illustration 5).

Illustration 5. Instrument de recherche résultat de l'indexation sur la plateforme Girophares



Illustration 5. Instrument de recherche résultat de l'indexation sur la plateforme Girophares

38 Dans le cadre de sa programmation scientifique, le département de la Justice et de l'Intérieur des Archives nationales a inscrit un projet dont la visée est de reconstituer les archives détruites de la Cour de cassation.

39 En 1871, les archives de la Cour de cassation étaient réparties entre les combles et les premiers étages du palais de justice. Dans les combles, on avait placé les arrêts les plus anciens dont on ne se servait que rarement, à savoir les arrêts de 1791 à 1861 pour la chambre des requêtes et ceux de 1793 à 1846 pour la chambre criminelle. Dans les étages, pour permettre une plus fréquente consultation, se trouvaient les arrêts de 1862 à 1871 pour la chambre des requêtes et ceux de 1847 à 1871 pour la chambre criminelle. Quand survint l'incendie de 1871, les archives conservées dans les combles furent entièrement brûlées et seules furent épargnées celles des étages inférieurs. C'est ce qui explique que, si les arrêts de la chambre civile commencent en 1803, les arrêts de la chambre des requêtes ne débutent qu'en 1862 et ceux de la chambre criminelle qu'en 1847.

40 Le chantier engagé par le département de la Justice et de l'Intérieur a pour objectif de permettre la reconstitution de ces archives détruites. Il repose sur une logique de gestion des pourvois en cassation. L'opération va donc consister, par l'intermédiaire de diverses sources [7], à effectuer un recensement précis des archives détruites pour permettre le renvoi vers le dossier de fond logiquement conservé aux archives départementales du ressort concerné, la Cour transmettant une copie de sa décision à la juridiction dont la décision est attaquée.

41 Les instruments de recherche peuvent se révéler un écueil lors de recherches de type prosopographiques ou thématiques sur les fonds de la Cour de cassation couplées à la répartition complexe des affaires entre les différentes chambres. En effet, ces instruments de recherche sont pour l'instant strictement numériques (par date et numéro d'arrêt, par numéro d'enregistrement de pourvoi). Dans le cadre de leur plan stratégique pour les années 2021-2025, les Archives nationales ont engagé une réflexion sur la mise à disposition d'instruments de recherche et autres documents visant à autonomiser le lecteur sur ces fonds, pour des besoins administratifs, généalogiques ou universitaires. Ce chantier, dont les premiers fruits

sont déjà visibles au travers des deux états des versements publiés en salle des inventaires virtuelle, devrait se poursuivre sur un temps long avec la publication de nouveaux instruments de recherche et l'enrichissement progressif de ceux existants.

42 Dans l'attente d'une indexation complète des registres, les archivistes ont fait également le choix de numériser des documents librement communicables et diffusables pour les joindre aux descriptions dans les instruments de recherche. Nous pouvons trouver actuellement dans la salle de lecture virtuelle des Archives nationales la numérisation des registres d'enregistrement de la chambre criminelle pour les années 1871 à 1911. Sur ce même modèle, la numérisation des registres civils devrait être prochainement disponible. Enfin, dans une logique d'ouverture des données aux champs de la recherche, il faudrait penser sur le plus long terme la publication en *open data* des données librement diffusables de l'indexation, résultat des chantiers déjà engagés.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 12 novembre 2024.

Association des archivistes français, 2012, *Abrégé d'archivistique. Principes et pratiques du métier d'archiviste principes et pratiques du métier d'archiviste*, Paris

Association des archivistes français, 2010, *La gazette des archives. Les instruments de recherche : évolutions, publics et stratégies*, n° 220

Bouvier Ch., 2017, « État des versements des archives de la Cour de cassation », Pierrefitte-sur-Seine, Archives nationales, [https://www.siv.archives-nationales.culture.gouv.fr/siv/IR/FRAN_IR_056073]

Caratini M.-J. (dir.), 2016, « Grands corps de l'État ; Cour de cassation ; Service de documentation, des études et du rapport », Pierrefitte-sur-Seine, Archives nationales, [https://www.siv.archives-nationales.culture.gouv.fr/siv/IR/FRAN_IR_059544]

École nationale des chartes/AFNOR, 1991, *Dictionnaire des archives. De l'archivage aux systèmes d'information*, Paris

Moine M.-Ch., Poinsot A., 1989, « Cour de cassation. Dossiers d'instruction (an XI-1866) », Pierrefitte-sur-Seine, Archives nationales, [https://www.siv.archives-nationales.culture.gouv.fr/siv/IR/FRAN_IR_002264]

Weber J., 2010, *La Cour de cassation*, Paris, La Documentation française

NOTES

1 Une chambre provisoire de cassation en matière criminelle siégeant à Alger sera instituée par ordonnance du 2 octobre 1943. Elle sera supprimée par ordonnance du 8 septembre 1944.

2 Page de présentation des attributions par chambre, [https://www.courdecassation.fr/la-cour/lorganisation-de-la-cour-de-cassation/les-six-chambres-de-la-cour-de-cassation], consulté le 12 novembre 2024.

3 Site Internet de la salle de lecture virtuelle, [https://www.siv.archives-nationales.culture.gouv.fr/siv/cms/content/display.action?uuid=AccueilRootUuid&onglet=1], consulté le 12 novembre 2024.

4 Code du patrimoine, Livre II : Archives (Articles L. 211-1 à L. 222-3). Chapitre 3 : Régime de communication. (Articles L. 213-1 à L. 213-8), [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006159942].

5 Voir pour illustration du propos l'instrument de recherche « Grands corps de l'État ; Cour de cassation ; Greffe criminel (1993-1994) », Pierrefitte-sur-Seine, Archives nationales, 1997, [https://www.siv.archives-nationales.culture.gouv.fr/siv/IR/FRAN_IR_009688].

6 Voir le site Internet du projet « Dans les archives de la Cour de cass' », [https://girophares.archives-nationales.culture.gouv.fr/dans-les-archives-de-la-cour-de-cass].

7 Registres d'enregistrement du ministère de la Justice, *Bulletins des arrêts* mis en ligne par la bibliothèque interuniversitaire Cujas.

RÉSUMÉ

Français
Les Archives nationales conservent les documents de la Cour de cassation depuis le début du XX^{e} siècle. Les missions de l'archiviste sont de collecter, conserver et communiquer les archives. C'est pour cette raison que les agents du département de la Justice et de l'Intérieur ont pour principal objectif de rendre accessible au plus grand nombre ces documents dans le respect de la réglementation en vigueur (Code du patrimoine et règlement européen 2016/679 relatif à la protection des données à caractère personnel). Comment conjuguer accessibilité et respect du droit de chacun ? Deux cents ans d'existence et six chambres en exercice, cela

signifie autant de pratiques de production et de conservation qu'il nous faut expliquer et documenter. Chaque dossier de pourvoi est composé de façon hétérogène et le greffier qui archive le dossier est dépendant des producteurs de pièces d'archives (conseiller rapporteur, avocat général, avocat à la Cour de cassation et Conseil d'État). Comment expliquer l'intérêt pour la source publiée au détriment de la documentation primaire ?

INDEX

Mots-clés

Cour de cassation, pourvoi en cassation, jurisprudence, archives, instrument de recherche, accès aux sources

AUTEUR

Christophe Bouvier

Responsable de fonds pour le département de la Justice et de l'Intérieur des Archives nationales, Pierrefitte-sur-Seine (désormais Responsable de la gestion des ressources en ligne et des instruments de recherche dématérialisés pour les archives départementales de l'Oise, Beauvais) ; christophe.bouvier@oise.fr

La fabrique de la doctrine juridique. Quelques réflexions programmatiques

Julie Colemans

PLAN

Introduction
1. Bref autoportrait de la doctrine
2. Respécification praxéologique de l'épistémologie juridique
3. Fabriquer le droit savant
   3.1. Choisir un sujet
   3.2. Problématiser : trouver l'angle mort
   3.3. Constituer son corpus
      3.3.1. Discours objet
         3.3.1.1. Sources actualisées et vérifiées
         3.3.1.2. Classement des sources : mise en ordre et en système
      3.3.2. Corpus de référence
         3.3.2.1. Le rapport à la réalité sociale
         3.3.2.2. Le rapport au droit
   3.4. Argumenter en droit et justifier son positionnement
      3.4.1. L'auditoire
      3.4.2. Le référencement
         3.4.2.1. Ce que tout le monde sait et ce sur quoi tout le monde s'accorde…
         3.4.2.2. … et ce qui fait débat
Conclusion

TEXTE

Introduction

1 Les pratiques doctrinales, malgré l'abondante littérature juridique qui les concernent, restent peu documentées empiriquement. Dans une première partie, je reviendrai brièvement sur la littérature juridique qui prend la doctrine comme objet d'étude en soulignant la diversité des impératifs épistémologiques, théories ou méthodologiques qui la caractérise. Traversée par ces tensions, elle est pourtant produite naturellement et sans difficulté majeure par ses auteurs. C'est la raison pour laquelle la démarche praxéologique semble apporter des

pistes intéressantes pour comprendre les ressorts de cette activité savante peu documentée. Dans une deuxième partie, je poserai les jalons théoriques du programme de respécification de l'épistémologie du droit. Enfin, dans une troisième et dernière partie, je propose quelques analyses exploratoires afin d'étudier les pratiques de production d'écrits doctrinaux. Le processus rédactionnel apparaît comme un phénomène matériellement ancré et socialement situé. Une série d'opérations épistémiques jalonnent ce processus tels que le choix du sujet, la problématisation, la constitution du corpus à analyser et du corpus de références, l'argumentation juridique et le référencement.

1. Bref autoportrait de la doctrine

2 « Droit savant », « source de droit » et « collectivité d'auteurs » sont les trois prises qu'offre cet étrange objet d'étude juridique qu'ont étudié Christophe Jamin et Philippe Jestaz sous un angle historique il y a une vingtaine d'années.

3 « Discours savant produit par les juristes sur le droit » (Ringelheim, 2013, p. 46), la doctrine n'est pas considérée comme une *source* formelle du droit[1]. Source heuristique, informelle, supplétive, sorte d'appoint interprétatif, l'écrit doctrinal éclaire de ses lumières l'interprète autorisé. Certains vont même jusqu'à affirmer que la doctrine « enveloppe toutes les autres sources[2] » (Jestaz, Jamin, 2004, p. 6). *Droit savant*, la doctrine est chargée de rendre le droit intelligible (Forray, 2020, p. 59). Elle procède en décrivant l'état du droit et tente d'« assembler le droit positif dans des propositions synthétiques, souvent qualifiées de théories générales » (*ibid.*, p. 60). Elle contribue « au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions » (Chevallier, 2002, p. 105). « La doctrine propose un exposé sur le droit et permet aussi la formulation d'une opinion, dont il faut reconnaître que la portée est variable. Il reste que la doctrine est généralement perçue comme susceptible d'exercer une influence sur le droit, pour tout dire d'être vue comme une « autorité » (Normand, 2017, p. 429). Cette autorité est personnifiée par la *communauté des juristes universitaires* qui donnent au droit sa forme savante. La fonction d'autorité dévolue à la doctrine est largement

reconnue par la littérature caractérisée par un « pouvoir d'influence persuasive qui lui est reconnu par la communauté juridique » (*ibid.*, p. 431).

4 Les fonctions et caractéristiques attribuées à la doctrine s'inscrivent dans des registres *a priori* difficilement compatibles d'un point de vue épistémologique. La doctrine relève à la fois d'un art et d'un savoir (Devinat, 2011), elle est qualifiée de science et de technique (Amselek, 1997) ; elle est fondée en autorité [3] et raison [4] ; elle a des prétentions théoriques tout en restant ancrée dans la pratique [5] (Ost, Van de Kerchove, 2013) ; elle est censée décrire l'état du droit mais exprime en même temps une opinion sur le droit, voire des recommandations de *lege ferenda* sur ce que devrait être le droit ; elle se présente comme une argumentation [6], donc comme une opinion par définition située tout en soutenant avoir intégré les exigences de la neutralité axiologique qui rend son discours neutre et objectif [7] (Troper, 1994) ; ce faisant elle décrit le droit tout en le constituant (Forray, 2020, p. 63).

5 Au contact d'autres sciences, la littérature juridique opère la partition de la production savante entre doctrine et science juridique [8], voire plonge dans des questionnements existentiels. D'aucuns dressent un constat sans appel : « Le droit est une discipline qui s'ignore largement elle-même [9] » (Noreau, 2011, p. 688). Van Hoecke souligne ce qui peut apparaître comme un paradoxe : les juristes s'intéressent peu à la théorie du droit, ce qui les amène à raisonner dans un cadre théorique tout à fait implicite mais très largement partagé. Celui-ci contient une « théorie commune de la validité juridique (légitimation du droit et validité des sources juridiques) » ainsi qu'une « théorie commune de la signification et de l'interprétation du droit » (Van Hoecke, 2006, p. 977). Selon lui, il ne pourrait y avoir de discussion ou de pratique juridique sans une communauté s'appuyant sur une conception commune du droit, des sources juridiques, de l'argumentation juridique ou sur le rôle que doit jouer le droit dans la société (*ibid.*). « Ces vues communes sur le droit et la société […] forment le cœur de la culture juridique, le cadre caché de la compréhension mutuelle implicite qui imprègne la formation, la doctrine et la pratique juridiques. Elles sont tellement évidentes pour chacun des membres de la communauté juridique qu'il n'est ressenti aucun

besoin de les rendre explicites, biens qu'elles pourraient être sujettes à discussion » (*ibid.*, p. 977).

6 Les pratiques doctrinales, malgré l'abondante littérature juridique qui les concernent, restent peu documentées empiriquement. Le droit savant ne décrit pas ou peu sa méthodologie de recherche (Champeil-Desplats, 2016 ; Kestemont, 2018) et ne théorise que peu ses propres pratiques de recherche[10] (Forray, Pimont, 2017 ; Smits, 2012 ; Van Hoecke, 2013. Ce savoir pratique reste dès lors « implicite et tient probablement de l'habitus » nous dit Normand (2017, p. 450). Ce qui est gênant, c'est que la notion d'habitus enferme le travail doctrinal dans une boîte noire qui permet commodément de ne pas explorer les pratiques.

7 Dans une optique proche de celle prônée par Olivier Leclerc (2020) lorsqu'il encourage les chercheurs à provincialiser les savoirs juridiques[11], cet article esquisse un programme de respécification de l'épistémologie du droit[12] et propose quelques pistes programmatiques afin d'étudier les pratiques de production d'écrits doctrinaux. Il s'attachera moins à évaluer le pouvoir d'influence de la doctrine dans les pratiques des professionnels du droit (autorité doctrinale comme source de droit) qu'à comprendre les mécaniques opérant lors de la production d'écrits savants sur le droit. Pour ce faire, la praxéologie du droit est une démarche qui semble particulièrement féconde.

2. Respécification praxéologique de l'épistémologie juridique

8 La praxéologie du droit propose de saisir le droit à partir des pratiques des acteurs qui le mobilisent. Elle souhaite rendre compte de façon détaillée des procédures qui constituent l'action en train de se faire. L'attention se porte moins sur les états mentaux des acteurs rationnels que sur les activités pratiques, sur la matérialité[13] du raisonnement qui s'inscrit dans des procédés, des pratiques, des routines ou des artefacts. L'accent n'est donc pas mis sur les seuls auteurs mais sur leurs pratiques en contexte. S'appuyant sur une méthode ethnographique, cette perspective entend décrire la grammaire pratique du droit, c'est-à-dire les « méthodes[14] déployées

contextuellement et en pratique pour « faire du droit » et « être juridique » par les gens engagés dans une action dont la dimension juridique ressort manifestement, bien que souvent implicitement, de leur façon d'identifier des règles, de s'y rapporter et de les mettre en œuvre » (Colemans, Dupret, 2018, p. 13).

9 La connaissance de sens commun des structures sociales constitue le « socle routinier des activités ordinaires[15] ». En tant qu'elles sont « attendues, standardisées et standardisantes, "vues sans qu'on y prête attention" (*seen but unnoticed*) » (Garfinkel, 2007, p. 99), les attentes ou propriétés d'arrière-plan des scènes de la vie quotidienne servent de schème d'interprétation des scènes, des interactions et des activités ordinaires. Garfinkel se réfère à Schütz qui envisageait déjà la « connaissance courante du monde » (Schütz, 2010, p. 12) comme quelque chose de naturel et allant de soi, disponible sous des formes typifiées, sédimentation des expériences passées s'appuyant sur un horizon d'intersubjectivité (*ibid.*, p. 15). Le membre de la société reconnaît que ce qu'il est en train de vivre est une scène quotidienne tout à fait familière et compréhensible mais demeure cependant incapable d'expliciter le contenu exact de ces attentes et de ces savoirs (Garfinkel, 2007, p. 99). Les savoirs de sens commun sont rarement explicités dans les discours qui rationalisent *a posteriori* les pratiques. Ils n'apparaissent jamais autant que lorsque l'action ne suit pas son cours ordinaire[16]. Pour saisir le raisonnement ordinaire, rien n'est plus éclairant que les cas qui sortent de l'ordinaire. En se penchant sur les écarts ou les ambiguïtés par rapport aux activités habituelles, il devient possible de reconstruire le savoir de sens commun mobilisé en situations non problématiques et, de cette manière, expliciter « l'expérience des inférences tacites de la vie quotidienne » (Widmer, 2001, p. 229).

10 Les pratiques scientifiques sont des pratiques situées. Leur caractère contingent renvoie aux cadres conceptuels, aux cultures professionnelles, aux techniques disponibles et aux réseaux sociaux dans lesquels elles s'insèrent. Il s'agit donc d'étudier la production du savoir juridique dans son épaisseur sociale et non comme une entité transcendant la contingence de son déploiement pratique. Afin de préserver cette épaisseur phénoménologique, j'ai diversifié mes données. Ainsi, j'ai procédé à 10 entretiens exploratoires dans une faculté de droit belge francophone. Les profils rencontrés étaient les

suivants : 4 assistants (A1 à A4), 3 doctorants (D1 à D3) et 3 professeurs (P1 à P3). Ces entretiens ont été enrichis d'articles rédigés par ces chercheurs, articles dont ceux-ci me parlaient pour exemplifier leur démarche de recherche et d'écriture. J'ai lié ce matériau empirique à la littérature consacrée à la doctrine visant à caractériser et à théoriser la pratique doctrinale (épistémologie, méthodologie et théorie du droit). Enfin, j'ai également consulté 4 formulaires d'évaluation rédigés par des revues juridiques nationales et internationales (voir Illustration 1).

Illustration 1. Extraits de formulaires d'évaluation rédigés par des revues juridiques

Revue européenne	- Is the submitted manuscript a new and original contribution (scientific originality)? - Does the title of the manuscript clearly and sufficiently reflect its contents and are the interpretations and conclusions sound and justified by the data and is the research methodology sound and appropriate (thoroughness)? - Are the presentation, organization and length of the piece satisfactory? - Is the quality of the English language satisfactory? - Are the references adequate and are they all necessary? - Does the piece not only deal with the human rights situation in the world and the promotion and protection of human rights, but are different legal systems and disciplines – if possible – also taken into account (transnational and interdisciplinary)?
Revue de droit belge	Contenu : - La contribution donne-t-elle une vision claire et correcte du droit positif dominant, sans lacune surprenante ? - L'argumentation et les méthodes d'examen sont-elles scientifiquement justifiées ? Sources : - Les sources utilisées sont-elles adéquates/actuelles et ne présentent pas de lacunes ? Structure : - La contribution est-elle structurée de manière adéquate et logique ?
Revue québécoise	- La structure argumentative du texte est construite logiquement. - Le texte reflète une recherche exhaustive et fait preuve d'une rigueur scientifique acceptable. - La langue, le style et la présentation du texte sont de la meilleure qualité. - L'auteur semble maîtriser les subtilités inhérentes à ce domaine du droit. - Le texte apporte une perspective différente ou une réflexion renouvelée sur le sujet traité.

Revue internationale	- Currency. - Significance of subject. - In line with mission statement: focus on interplay between human rights law and international law, scientific rigour. - Knowledge of topic, comprehensively addressed. - Adds to existing scholarship /original argument. - Development of argument. - Language, style, general presentation.

3. Fabriquer le droit savant

11 Étudier les pratiques doctrinales implique de circonscrire le champ du droit savant à examiner. Plutôt qu'une définition *a priori* de la doctrine, je m'appuierai sur la définition pragmatique que Gutwirth en donne.

> « Comment et à quoi reconnaître un texte de doctrine ? D'après moi, la réponse se trouve dans l'accueil que le texte en question trouvera ou pourrait trouver chez ceux et celles appelés à s'en saisir dans l'activité juridique, ou en d'autres mots, dans la pertinence et l'utilité qu'il peut avoir pour un juriste face à un problème. Si un texte de Hegel, Habermas ou Latour fait hausser les épaules aux juristes, c'est qu'il ne possède pas la pertinence juridique recherchée pour être "de doctrine". Il n'aura donc pas de caractère juridique (et *a fortiori*, pas le caractère de la "science juridique") sans que cela veuille dire qu'il n'est pas un bon texte de philosophie ou d'un autre genre, ni d'ailleurs qu'il ne peut devenir juridique s'il rencontre le juriste qui en trouve l'usage dans le droit. Bref, pour être "de doctrine", et donc "source" du droit, le texte en question doit être mobilisable par les juristes. Pas de noir ou blanc, pas d'étiquetage *a priori*, tout dépend des conséquences qu'il a eues ou peut avoir dans la pratique juridique : s'il répond aux questions que se posent les juristes, le voilà "de doctrine" : il parle "devant" les juristes. » (Gutwirth, 2016, p. 31)

12 Les pratiques doctrinales des chercheurs rencontrés sont systématiquement et consubstantiellement liées à l'écriture d'ouvrages ou d'articles. J'aborderai dans les sections suivantes les activités pratiques qui jalonnent le processus rédactionnel en m'attardant plus particulièrement sur les pratiques référentielles.

3.1. Choisir un sujet

13 Lorsque les chercheurs investissent un nouveau sujet de recherche, ils veillent à ce qu'il soit original. La nouveauté peut d'une part concerner l'objet, qu'il s'agisse d'une modification ou innovation législative ou jurisprudentielle ; le droit formel s'est enrichi de nouveaux éléments que la doctrine va devoir digérer et intégrer au droit existant. La nouveauté peut également s'incarner dans le regard que l'on porte sur l'objet juridique, eut-il été largement balisé : « L'objet de la thèse est de faire découvrir des problèmes, des principes, des lois issus d'un sujet que l'on n'avait pas vu » (Mouton, 2016, p. 152).

14 En dehors des recherches doctorales, les sujets sont le plus souvent suggérés aux auteurs par les revues. Les auteurs, s'ils acceptent cette demande, écrivent dans un périmètre qui leur sera imposé par les revues. Il est relativement fréquent qu'elles leur fournissent les sources à commenter, généralement un arrêt avec ou sans les conclusions de l'avocat général. La liberté du chercheur réside alors moins dans le choix du sujet proprement dit qu'en la manière de le traiter. Les chercheurs peuvent également compter sur leur réseau pour constituer leur corpus (voir *infra*).

3.2. Problématiser : trouver l'angle mort

> « En matière de recherche, la première règle de méthode commande de distinguer deux étapes : il faut voir et poser les problèmes avant de chercher à les résoudre. Les étudiants sautent volontiers la première étape, car ils sont toujours trop pressés d'aller aux solutions. Pourtant un problème bien posé en droit est un problème à moitié résolu, alors qu'à l'inverse des développements qui ne sont pas la réponse à une question préalablement précisée sont bavardage et temps perdu. De plus, on pardonne aisément à un étudiant de ne pas avoir apporté une solution certaine à un problème, car en vérité le droit ne permet pas de résoudre grand-chose. En revanche, on lui pardonne plus difficilement de ne pas avoir vu et posé un problème. » (Grua, Cayrol, 2020, p. 33)

15 Identifier un problème juridique et l'ériger en problématique, c'est-à-dire faire basculer le problème de droit pratique vers un problème de droit savant, peut prendre plusieurs formes selon les objectifs du

chercheur. Si le chercheur s'adresse au praticien, il investiguera une problématisation pragmatique en se projetant dans les éventuels problèmes d'application du droit. C'est généralement ce que font les auteurs praticiens lorsqu'une nouvelle législation ou jurisprudence apparaît.

> « On recherche les angles morts : où ça va poser problème en pratique. Comment ça va être appliqué. » (A1)

16 Le doctorant a une approche plus théorique et systématique de son sujet.

> « Au départ, j'étudie la perte de chance par domaine. À la suite d'une discussion avec D. et avec J., j'ai élargi ma question de recherche. Ils m'ont proposé d'élargir à l'incertitude causale. J'ai basculé ma perspective : la perte de chance devenait un mécanisme parmi d'autres lorsqu'on est confronté à une situation d'incertitude causale. Lors de ma discussion avec J., je me suis aperçue que lorsque je parlais de la perte de chance, on n'avait pas la même définition du concept de dommage et de causalité. Il y avait un souci dans les conditions de la responsabilité civile. Le basculement que j'ai fait était le suivant : je pars du problème de l'incertitude causale pour voir les mécanismes qui la pallient. Mais avant, il faut comprendre ce qu'est l'incertitude causale et pourquoi on la confond avec le dommage. J'ai d'abord défini la certitude causale et la certitude du dommage. Ensuite, j'ai pu m'aventurer dans l'incertitude causale. C'est la reformulation de la question de recherche qui m'a permis d'avoir un angle d'analyse intéressant. » (D3)

17 Lorsque le sujet a déjà été balisé, les auteurs se nourrissent des débats et controverses qui émaillent la littérature existante.

> « Comment on pose une bonne question de recherche ? Il faut regarder dans la doctrine ce qui fait débat, ce que les gens ne comprennent pas bien. » (A2)

> « La problématique, ça renvoie aux flottements juridiques qui concernent un article de la loi ou une carence législative. » (P3)

18 En filigrane, on retrouve cette idée fondatrice que le droit est un corps de règles univoques érigées en système cohérent, dont la doctrine est la garante.

> « On a voulu travailler sur l'écocide, mais avec un angle différent de ce qui avait déjà été fait. Du coup, on a lu pas mal sur l'écocide, à quoi il faut faire attention, la question du champ d'application de la CPI [Cour pénale internationale]. La question qu'on se posait c'était : l'écocide peut-il être un crime international ? La problématique qu'on a choisi d'approfondir est de savoir comment les crimes internationaux sont construits pour voir si l'écocide rentre dans la mécanique des crimes internationaux. On a fait l'hypothèse que l'interdiction de l'écocide découlait des autres règles de droit international et on a voulu vérifier si dans le droit international de l'environnement, il y avait des prémisses de l'écocide. Dans la doctrine, il y avait déjà des travaux qui définissaient l'écocide, donc ce n'était pas le plus intéressant. » (A4)

> « La difficulté, c'est de trouver une thématique intéressante, trouver un fil rouge et un plan. C'est la plus-value. L'analyse ne crée rien. Quand on analyse, on lit, on décortique, on essaie de bien comprendre. C'est la partie facile. Ce qui est plus dur, c'est de trouver un thème intéressant. Plus tu connais ta matière et les éléments où il y a des débats et des controverses et plus ta manière d'observer le réel est approfondie, plus tu vas trouver facilement un sujet. Les ouvrages généraux disent quels sont les points de controverse. [Le Professeur L.] est capable de dire si c'est utile ou pas utile et si c'est pertinent ou non pertinent parce qu'on a déjà trop écrit par exemple. La collecte et la gestion des sources vient après, lorsqu'on a déjà lu un ouvrage général. » (A2)

19 Une fois la question de recherche identifiée, l'auteur constitue son corpus. La collecte et la gestion des sources permettent de constituer un corpus de textes, à la fois matière première du droit et référentiel du travail doctrinal.

3.3. Constituer son corpus

20 Entouré de codes, de classeurs, de livres et de feuillets, le juriste savant travaille sur et avec des textes juridiques. Ceux-ci matérialisent à la fois la partie du droit qui fera l'objet d'une interprétation,

d'une mise en ordre ou d'une analyse et le droit qui servira de cadre interprétatif ou évaluatif. On peut dès lors distinguer[17] deux corpus de textes selon leur fonction dans le processus rédactionnel : le corpus de textes juridiques qui fera l'objet d'une analyse – le « discours objet » (Champeil-Desplats, 2016, p. 26) – et le corpus des textes qui fonderont le positionnement de l'auteur - le corpus de référence[18]. Ce dernier est généralement constitué de textes, principes et concepts juridiques mais peut également emprunter à l'histoire, à la philosophie, à la science politique, à la sociologie, à l'économie ou à l'anthropologie, en proportion variable selon les domaines juridiques quoique de manière marginale comme l'a quantitativement montré Albane Geslin[19]. Collecter, ordonner, classer, interpréter et commenter les textes juridiques constitue une part substantielle du travail doctrinal.

3.3.1. Discours objet

21 Le corpus à analyser rassemble des sources de nature législative, jurisprudentielle et doctrinale. Si les sources législatives en vigueur et doctrinales sont relativement faciles à trouver grâce à l'informatisation des bases de données, l'accès aux sources jurisprudentielles belges est, quant à lui, bien plus aléatoire. Alors que les arrêts des juridictions supérieures (Cour de cassation, Conseil d'État et Cour constitutionnelle) sont publiés, les arrêts et jugements des cours et tribunaux ne font pas l'objet d'une publication systématique, tant s'en faut. Seule une infime partie des décisions sont publiées sur le site officiel belge[20]. La logique qui préside à l'analyse et à la publication d'une décision de jurisprudence reste obscure et appelle une recherche empiriquement fondée. Les décisions circulent pour des motifs divers. Il n'est pas rare que des éditeurs contactent les chercheurs afin qu'ils rédigent une note ou un article à propos de la décision. Celle-ci leur sera transmise, éventuellement accompagnée des conclusions générales de l'avocat général ou des conclusions d'une ou plusieurs parties. En outre, les auteurs cumulant une activité savante et une activité professionnelle extra-académique – barreau, notariat et magistrature essentiellement – sont insérés dans des réseaux professionnels pourvoyeurs de décisions de jurisprudence.

> « Dans notre secteur, on est très peu nombreux. Il y a des avocats et des juges sur qui on peut compter qui nous envoient des décisions. » (A1)

3.3.1.1. Sources actualisées et vérifiées

22 Les chercheurs consacrent une partie – de quelques heures à un jour par semaine – de leur temps de travail à mettre à jour leurs sources ainsi qu'à organiser une veille [21]. Les auteurs sont très attentifs à exposer et à commenter le dernier état du droit. Les sources législatives ne doivent pas avoir été modifiées par le législateur et les dernières décisions de jurisprudence doivent avoir été intégrées au corpus analysé. Certains chercheurs ont d'ailleurs mis en place des stratégies de veille collectives et individuelles.

> « C'est très important d'être à jour. Je suis abonné à 5, 6 blogs qui sont bien mis à jour. Cela me permet d'être à jour. En plus, on a instauré les petits déj' du droit international. Une fois par mois, un des chercheurs présente les décisions essentielles des quinze derniers jours et les actualités. » (P1)

23 Les chercheurs fondent la validité de leurs écrits sur l'actualité des sources qu'ils utilisent. « Quand tes sources ne sont pas à jour, c'est faux ! », confie un assistant (A2).

24 Les chercheurs se distinguent par ailleurs des auteurs praticiens comme ils les appellent, par leur appréhension critique des sources et particulièrement des sources de deuxième main, c'est-à-dire les sources doctrinales qui constituent déjà un méta-discours sur le droit (Champeil-Desplats, 2016).

> « Il faut toujours vérifier la source originale car il y a le biais de la personne qui écrit, surtout si c'est un arrêt ou une décision. » (D1)

3.3.1.2. Classement des sources : mise en ordre et en système

25 Le travail doctrinal apparaît souvent comme un travail de rationalisation [22] (Amselek, 1997), une mise en ordre structurée par

un raisonnement classificatoire [23]. L'exigence implicite de cohérence et de systématisation [24] se matérialise dans les pratiques de lecture. Les chercheurs rencontrés, lorsqu'ils ne maîtrisent pas la matière, lisent d'abord des ouvrages de portée générale qui offrent un large panorama de la matière et un cadre structurant à la pensée de l'auteur. Ils consultent dans un second temps des ouvrages ou revues qui traitent du sujet de manière plus ciblée ou circonstanciée.

> « Quand je traite un nouveau sujet, je lis d'abord un ouvrage général pour avoir une vision d'ensemble. Après, je me plonge dans des articles ou des contributions plus précises. Souvent, je trouve mes sources dans les notes de bas de page de l'ouvrage général. » (A2)

26 Outre cet horizon de cohérence et de systématicité qui caractérise les pratiques et raisonnements juridiques, les auteurs s'inscrivent dans une démarche pragmatique.

> « Comment je sélectionne mes ouvrages ? J'essaie d'en avoir deux. En plus du manuel de cours, je prends un précis car c'est plus pratique et un ouvrage en néerlandais car ils ont souvent une approche plus pragmatique. » (A2)

27 Alors que le manuel offre des vertus d'exhaustivité et de théorisation, le précis dont les développements sont davantage pratiques et ciblés, est rédigé à l'attention des professionnels. Un important travail de codage des sources est effectué de manière artisanale, les chercheurs rencontrés n'utilisent pas de logiciel d'analyse. Les écrits sous forme papier sont dominants.

> « Quand je travaille sur un nouveau sujet, j'imprime toutes les décisions et je lis en soulignant. Je mets tout dans un classeur. Si j'ai déjà traité un sujet, je regarde dans l'article ou dans le classeur. Si c'est un sujet que je traiterai, j'imprime et je mets dans un classeur. » (A1)

28 Armés de leur surligneur et de leur stylo, les chercheurs lisent, surlignent, résument, indexent à l'aide de mots-clés, résument la pensée de l'auteur ou (se) posent des questions en marge du texte, renvoient à une décision ou un autre article. Se tisse peu à peu un réseau de textes qui formeront le corpus objet.

> « Quand je lis mes articles, je les annote. Je note pourquoi j'ai été cherché les références. Je note des mots-clés en début d'article. » (A2)

29 Les sources sont variées et nombreuses. Aussi est-il important pour le chercheur de collecter et de classer ses sources pour pouvoir facilement les retrouver.

> « A3 : Je fais une première lecture pour classer la source (dossiers et sous-dossiers). Lors de ma deuxième lecture, je lis en détail. Est-ce qu'il est pertinent ou est-ce une source secondaire ? Dans le premier cas, il pourra me servir de fondation à une partie. S'il est secondaire, cela concernera plutôt un point particulier.

> — Julie Colemans : C'est quoi un article fondateur ?

> — A3 : Ce sont des articles fouillés, des thèses…, qui sont rédigés par des personnes calées dans la matière. »

30 La logique de classement imprègne les pratiques des chercheurs qui collationnent les sources, les lisent, les annotent, les commentent pour les ranger dans une arborescence qui prendra la plupart du temps la forme d'une table des matières. Celle-ci apparaît comme le véritable squelette qui sous-tend la pensée de l'auteur.

> « La table des matières est mon document de travail. Chaque fois que je lis une référence, je la mets dans ma table des matières. Je résume. Je note aussi les références sans les avoir lues et résumées quand j'ai une nouvelle source, je la lis en diagonale et je repère quelle question elle traite. En fonction de cette question je l'ajoute à ma table des matières. Je note le degré d'intérêt. Ce sont des notes que je reprendrai plus tard. Au moment de la rédaction, c'est à ce moment-là que j'ai 5 notes sur 5 sources disons. Je les lis, je les reprends et j'insère dans la table des matières. Je fais la synthèse à partir des différents points de vue sur différents points de droit. J'expose l'avis des uns et des autres, puis je donne mon appréciation de la problématique. » (P1)

3.3.2. Corpus de référence

31 Comment interpréter les textes collationnés ? Comment fonder le raisonnement ? Les juristes, qu'ils soient avocats, juges, notaires et/ou enseignants-chercheurs appuient leurs prétentions, leurs conseils, leurs analyses, leurs interprétations ou leurs opinions sur des sources juridiques qui servent de fondement à leur argumentation. Il est attendu des professionnels du droit qu'ils fournissent des raisons juridiques qui fondent leurs décisions ou positions (Rouvière, 2023). Dans ce sens, le droit apparaît comme une activité argumentative [25] référentielle [26] au sens où la source juridique, c'est-à-dire le texte (constitutionnel, législatif, parlementaire, jurisprudentiel, doctrinal, etc.) occupe une place prépondérante dans la formation et la justification du raisonnement.

32 La spécificité du droit savant est son positionnement « méta ». Le droit n'est plus uniquement un instrument de régulation des pratiques, un régime d'énonciation [27] qui lie une situation de faits à un corpus de règle, il se mue en un objet d'étude. Les auteurs font parler les textes juridiques en se référant à d'autres textes... juridiques. On retrouve la trace de ce regard particulier sur un objet juridique lorsque dans le titre on trouve les expressions « sous l'angle de… », « à l'aune de… », « au prisme de… », « dans une perspective de… ». Ainsi, un chercheur étudiera les libéralités sous l'angle des contrats, la notion de travailleur à l'aune du droit européen, ou encore le droit international privé familial à l'aune du principe de confiance mutuelle. Les chercheurs examinent la compatibilité d'un objet juridique (d'une notion, d'une décision, d'une législation, d'un régime juridique, d'une théorie) avec un référentiel juridique.

33 La construction du cadre de référence, c'est-à-dire le cadre servant à penser et à interpréter le discours objet, constitue un impensé de la méthodologie de la recherche en science juridique. Chez les chercheurs rencontrés, il demeure largement implicite (Van Hoecke, 2006), voire inconscient. C'est que la méthode dogmaticienne imprègne fortement les pratiques. Les débats doctrinaux s'opèrent selon les préceptes d'un positivisme juridique qui limite autant qu'il légitime les échanges.

> « Les adversaires utilisent les mêmes notions (sauf à diverger sur leur portée dans le cas considéré), les mêmes références (sauf à diverger sur leur interprétation) et en gros le même mode de raisonnement : celui-ci s'appuie sur la logique juridique tout en la corrigeant par des considérations de justice, d'ordre ou d'opportunité, les auteurs ne s'opposant que sur le dosage respectif de ces divers ingrédients. » (Jestaz, Jamin, 2004, p. 176)

34 De la confrontation entre les articles doctrinaux des chercheurs et leurs témoignages se dégagent deux logiques[28] de référencement, c'est-à-dire deux types de rapport du discours objet étudié à un corpus de savoirs de référence. Une logique qui lie l'objet étudié à l'ensemble des textes juridiques que j'appellerai le rapport au droit. Ce rapport au droit peut être vertical et convoquer une représentation hiérarchisée des normes ou des ordres juridiques. Il peut être également horizontal et renvoyer à une appréhension systémique, voire écologique d'un domaine du droit. La seconde logique concerne le rapport de l'objet juridique étudié à la réalité sociale. Celle-ci peut être saisie dans sa dimension généalogique lorsque le chercheur questionne l'origine socio-politique de la norme juridique ou dans sa dimension pragmatique lorsque le chercheur envisage les conséquences pratiques du droit étudié. Alors que la démarche généalogique est tournée vers le passé, la démarche pragmatique est davantage tournée vers le futur (voir Illustration 2).

Illustration 2. Schéma du « rapport » au droit


Illustration 2. Schéma du « rapport » au droit

35 L'axe vertical, en ne mobilisant que des textes juridiques s'inscrit dans une perspective interne au champ juridique. En revanche, l'axe horizontal, par le rapport qu'il tisse avec la réalité sociale a un degré d'ouverture plus grand à l'interdisciplinarité et donc au point de vue externe. La démarche généalogique est propice à une démarche historique, politologique ou sociologique tandis que la démarche pragmatique, pour appréhender le phénomène social, emprunte aux savoirs qui l'informent sur la phénoménologie du fait tombant sous l'emprise du droit. Seront mobilisés les savoirs ordinaires, l'expé-

rience professionnelle ou toute forme de savoirs renseignant sur la réalité sociale.

3.3.2.1. Le rapport à la réalité sociale

36 **Démarche généalogique.** La démarche généalogique est tournée vers le passé, elle s'attache à analyser les antécédents [29] du corpus objet. Les cadres de référence font appel aux méthodes historiques, réfèrent à l'intention initiale du législateur qui sera documentée notamment par les travaux préparatoires et les débats parlementaires, ou simplement par une généalogie des concepts juridiques.

> « Pour pouvoir comprendre les controverses actuelles, je devais passer par l'historique de la perte de chance. Savoir quand c'est né : à quelle époque et pour répondre à quels besoins ? » (D3)

37 Troper décrit le raisonnement à l'œuvre dans la dogmatique traditionnelle comme un travail de reconstruction des raisons qui ont amené le juge à adopter la décision analysée. « Dans les commentaires de jurisprudence, la doctrine s'efforce d'expliquer une décision juridictionnelle en recherchant dans la législation, ou dans la jurisprudence antérieure les raisons qui ont pu déterminer les juges. […] la doctrine s'efforce surtout d'établir si la décision est bien justifiée » (Troper, 2011, p. 26).

38 **Démarche pragmatique.** La démarche pragmatique s'appuie sur la fonction d'utilité sociale [30] du droit. Après tout, « le droit est fait pour s'appliquer ! » (Jestaz, Jamin, 2004, p. 175). La démarche pragmatique est plus souvent l'apanage des praticiens, mais elle est rarement dispensable pour les enseignants-chercheurs. Amselek, dans la partition épistémologique qu'il dresse entre les sciences de la nature et le droit savant, met en avant la capacité réflexive des techniciens que sont les juristes :

> « *Homo faber* qui réfléchit sur lui-même, sur son expérience artisanale de création et de mise en service d'outils, et cela tout à la fois dans la perspective de constituer cette expérience artisanale en savoir, en savoir-faire didactique […] mais aussi dans le même temps dans la perspective de contribuer à perfectionner cette expérience artisanale, à la rendre plus "performante", à y introduire à la lumière

> de sa raison de la cohérence, des améliorations, à lui faire produire une meilleure satisfaction des besoins pratiques en cause. » (Amselek, 1997, p. 7)

39 Les auteurs praticiens tentent de présenter des solutions aux cas concrets et aux problèmes qui se posent dans la pratique. L'objectif de théorisation les intéresse moins que d'apporter des solutions technico-juridiques à un cas épineux à résoudre : « Les concepts juridiques, les règles de droit et les principes juridiques ne servent pas d'axiomes desquels découle la solution de l'affaire, mais ils sont plutôt utilisés comme des outils grâce auxquels le résultat peut être atteint » (Van Hoecke, 2006, p. 987).

40 Les chercheurs sont attentifs à identifier l'auteur et à le situer dans le paysage professionnel. Le point de vue étant toujours pratiquement orienté, c'est une prise interprétative assez commune pour les chercheurs :

> « En fonction de ce qu'on écrit, on a tous notre point de vue. Si c'est un avocat, ce sera différent de l'auditeur du travail ou du prof d'unif [d'université]. Donc je regarde ce que la personne fait, ça me donne une idée de la dynamique. Certains avocats écrivent car ils ont rencontré le problème dans la pratique et partagent leur expérience. M. D. travaille dans une ASBL [association]. Il ne fréquente pas les cours et tribunaux. Ça lui permet d'avoir un autre point de vue. » (A3)

3.3.2.2. Le rapport au droit

41 **Démarche hiérarchique : conformité au droit.** La démarche hiérarchique s'appuie sur un raisonnement de conformité [31]. Elle repose sur un des récits fondateurs de la théorie du droit qui décrit le système juridique comme étant hiérarchisé. Ainsi, les normes inférieures doivent être conformes aux normes supérieures ; la pyramide judiciaire ou la table des matières en arborescence sont autant de structurations institutionnelles et cognitives du monde juridique. Il est intéressant d'observer que la généralité a une force particulière dans le raisonnement juridique. Sorte de nouveau droit commun, le droit constitutionnel, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales remplissent les mêmes fonctions qu'a jouées le droit romain au Moyen Âge (Ost, Van de

Kerchove, 2013, p. 24). Les principes généraux de droit tout comme la théorie générale du droit, de par leur généralité, offrent des référents qui intellectuellement ont la force de l'universalité à laquelle elles tendent.

42 **Démarche systémique : compatibilité avec le droit.** La démarche systémique oriente l'interprétation d'un texte au regard de son articulation avec les textes qui lui sont appariés. Elle s'appuie sur l'idée de cohérence du système juridique, l'auteur s'appliquant à dénicher les situations où des solutions contradictoires seraient appliquées au même cas. La compatibilité prend le pas sur la conformité. L'exposé du droit applicable procède d'une synthèse des textes d'origine législative, jurisprudentielle ou doctrinale en veillant à leur articulation en un tout cohérent.

> « L'idée de cohérence du système, c'est un levier qui donne beaucoup de légitimité à ce qu'on dit. Si on dit : "Cette interprétation introduit une incohérence." Évidemment, pas un détail, quelque chose de fondamental, c'est un argument de poids. » (P2)

43 La mise en cohérence du droit aboutit à des productions intellectuelles de différente nature. La création d'un nouveau concept par exemple. Les concepts élaborés par les auteurs pour expliciter ou compléter les sources formelles du droit que sont la législation et la jurisprudence structurent de manière forte la pensée juridique. « En pratique, les concepts théorisés ou créés par la doctrine (causalité, droit réel, patrimoine, opposabilité, service public, etc.) revêtent bientôt un caractère aussi obligatoire que les mots de la loi » (Jestaz, Jamin, 2004, p. 175).

44 Un auteur, selon Rouvière, peut induire de plusieurs textes un argument fondé sur l'esprit du droit : « Leur mise en cohérence permet de créer des catégories plus générales qui comblent ainsi les lacunes. C'est le travail propre de la théorisation et de la mise en système qui respecte la logique interne des textes » (2023, p. 30).

45 Plus rarement, un auteur propose une architecture renouvelée. Cela a un impact concret et direct sur la cohérence du champ étudié, c'est-à-dire sur son ordonnancement. Rares sont les auteurs qui peuvent se targuer d'avoir réordonnancé un champ du droit, mais cela reste

pour certains auteurs le Graal à atteindre. Gare cependant aux velléités révolutionnaires.

> « Les moutons noirs, ceux qui veulent casser le système, je pense à C., ils sont ostracisés. Les autres disent qu'il n'a rien compris. Il brise cette norme tacite qu'on peut faire évoluer le système mais à un rythme lent. Les juristes n'aiment pas les iconoclastes. » (P2)

46 Le droit connaît une lente et constante évolution mais honnit les révolutions, contraires à un des piliers fondamentaux du droit moderne : la sacro-sainte sécurité juridique. Là où Kuhn modélise l'évolution des connaissances scientifique à travers l'alternance de révolutions paradigmatiques et de périodes de sciences normales, l'épistémologie juridique préfère la continuité à la rupture. Ainsi, Atias (1987) affirme qu'« aucune théorie juridique n'est complètement neuve ». Les concepts et théories anciennes sont « revivifiés », « récupérés » ou « empruntés ». C'est, selon lui, ce qui fait la particularité majeure du mode de formation de l'ordre savant traditionnel :

> « Il change sans se renier, se nourrit de lui-même [...]. Il ne connaît pas de rupture totale ; il n'admet aucun "refus d'hériter", tel que le doute cartésien avait tenté de l'instituer. La progression de la connaissance juridique est circulaire, en volutes et en arabesques, faite de sélections sans oubli ni élimination, de nouveaux départs, de reprises et de redécouvertes. » (Atias, 1987, p. 171)

3.4. Argumenter en droit et justifier son positionnement

47 Une fois l'analyse du corpus opérée, c'est-à-dire, une fois que le chercheur a mis en relation son objet d'étude avec, d'une part, les textes juridiques qui le précèdent, l'entourent ou lui sont supérieurs dans l'ordre juridique et, d'autre part, les situations passées ou futures liées à ces textes étudiés, l'auteur aura stabilisé une interprétation [32]. Cette solution interprétative retenue doit alors pouvoir être argumentée, autrement dit justifiée [33] en droit. « Pour élaborer un texte juridique, il faut référer au droit. Lorsqu'on dit qu'un écrit traite de droit, c'est qu'il comporte une série de renvois à un corpus de référence dont la qualification en droit n'est jamais problématique » (Forray, 2020,

p. 62). Rouvière montre l'attachement des juristes à la lettre plutôt qu'à l'esprit du texte (2023, p. 25-26). Il y voit la ligne de partage entre le droit et la politique et la morale. Pour ce qui concerne le travail doctrinal, j'élargirais son propos en insistant sur la centralité du texte comme référentiel analytique et justificatif, laissant à l'interprète le pouvoir qui lui revient dans les faits. Quant à savoir ce qui détermine le choix d'un texte plutôt que d'un autre, l'analyse des entretiens exploratoires tend à esquisser des logiques de reconnaissance d'autorité plutôt que de conformité à une littéralité.

3.4.1. L'auditoire

48 La production de connaissances juridiques est souvent perçue comme un travail solitaire : le chercheur, rat de bibliothèque, ténor du barreau ou professeur charismatique se retire dans son bureau où il sera seul avec ses textes et couchera sur papier le fruit de ses cogitations. C'est oublier l'environnement social de l'auteur qui discute avec des collègues, lit des articles et ouvrages, entrant en conversation différée avec leurs auteurs, auxquels il répondra peut-être à travers ses propres écrits. En outre, l'auteur appartient à une *communauté* par laquelle il souhaite être reconnu, c'est-à-dire lu et cité. L'écriture doctrinale est par conséquent une activité sociale contingente. Le style rédactionnel, la structure argumentative, l'objectif poursuivi par l'auteur et le type de référencement dépendront en grande partie des destinataires du texte produit.

> « Les liens que je fais quand j'écris un article plus théorique, c'est qu'il sera lu par des collègues et moins par des praticiens. Ce sont des articles plus longs. Les liens faits et les perspectives sont plus globaux. » (D1)

49 Les écrits qui s'adressent à la communauté de chercheurs obéissent à des exigences de nuance, d'exhaustivité et de théorisation. Les problèmes peuvent être soulignés sans forcément être résolus. « On peut se permettre d'être plus nuancé. Dans les conclusions, on propose des pistes de réflexion. On montre les brèches, les frictions non réglées » (P3). Les sources sont supposées être connues par les collègues enseignants-chercheurs, certaines sources ne seront dès lors pas citées.

50 Lorsque l'auteur s'adresse à un lectorat professionnel, la production doctrinale répondra à des exigences d'utilité pratique. Ainsi, les articles seront plus courts, tendront moins à l'exhaustivité en matière d'état de l'art et présenteront des certitudes pour l'application du droit, le débat et les incertitudes étant réservés aux écrits destinés aux enseignants-chercheurs.

> « Quand j'écris à destination des praticiens, il faut que cela soit opérationnel et structurant pour la pratique. Je reprends alors la structure de la loi. La structure classique en droit humanitaire, ça va de soi, c'est la compétence des juridictions belges, la compétence matérielle, l'imputabilité et les peines. » (P1)

> « Les conclusions doivent être claires, pratiques et univoques. Je ne vais pas rendre compte de l'ensemble du débat, juste de l'état du droit et des recours possibles. On se passe de faire un détour historique ou critique. » (D1)

3.4.2. Le référencement

51 Les pratiques de référencement aux sources juridiques sont centrales et prennent des formes multiples qu'il convient de comprendre.

52 Les normes éditoriales sont relativement convergentes et imposent la référence en note de bas de page. Plus qu'un cadrage stylistique et formel, la note de bas de page qui accueille référencement et citations vise à objectiver[34] le positionnement de l'auteur et à rationaliser[35] son interprétation (Corten, 2009, p. 216). « Si leur absence est inconcevable, c'est qu'elles ont partie liée avec l'autorité et la reconnaissance », affirme Geslin (2002, p. 13). Il faut donc citer ses sources de référence, rendre à César ce qui lui appartient. Un auteur qui s'éloignerait de cette exigence deviendrait « suspect ».

> « Faire trois pages sans notes de bas de page, ça attire mon attention. Faire de la glose sans citer personne, c'est suspect. On ne réinvente pas la roue, il faut citer. Maintenant, s'il n'écrit jamais en droit du travail, c'est à prendre en compte. Il ne connaît pas le domaine… » (A3)

53 Les notes de bas de pages empruntent le langage de sciences exactes pour parler toutefois la langue de la légitimité. Amselek montre bien ce double niveau de langage des sources formelles du droit. À la fois « modes d'édiction, de création des normes juridiques » elles constituent « en même temps et indivisiblement » des « sources fondatrices » et « légitimatrices ». « Car il reste constamment entendu ou sous-entendu dans leur pensée que ces modes de création des normes juridiques sont donneurs de valeur ou de validité, que c'est parce qu'une norme juridique est édictée selon un certain mode qu'elle est une norme juridique valable et, par suite digne de considération, notamment de la part d'une science positiviste du droit » (Amselek, 1982, p. 253).

3.4.2.1. Ce que tout le monde sait et ce sur quoi tout le monde s'accorde…

> « Je commence par un rappel théorique, donc je redéfinis les concepts grâce à la doctrine la plus récente et la plus spécialisée. Ce sont toujours les mêmes auteurs qui reviennent : K., V., M. Ce sont des noms incontournables. Ils ont tellement écrit, ils sont beaucoup cités dans la jurisprudence, ils sont cités dans la doctrine. Ils ont une aura qui impose le respect. » (D1)

54 Certains auteurs lient la reconnaissance de l'autorité doctrinale[36] d'un auteur à son degré d'influence. Cette capacité à convaincre se traduit par le nombre de citations qui les mentionne.

> « Un auteur qui est cité par tout le monde, c'est l'indice qu'il réussit à convaincre ces personnes-là. » (A3)

55 Rares sont les revues *peer-reviewed* dans le paysage de l'édition juridique belge[37]. Le maillage du filet à l'entrée est donc relativement lâche. À défaut de filtre à l'entrée, le nombre de citations d'une production doctrinale opère comme une caisse de résonance après la publication, opérant *a posteriori* une sélection qui n'a pas été mise en place *a priori*.

> « Toutes les références ne se valent pas. En droit des obligations, si tu cites J., ça emporte la décision ; par contre, tu fais référence à B. ça n'a pas le même poids, ou à V., encore moins. Certains noms sont

> plus légers. C'est une bourse des valeurs totalement implicite. Il faut dire qu'il n'y a aucun filtre à l'entrée mais, par contre, il y a une caisse de résonance à la sortie. Plus tu es cité, plus ta cote monte. C'est une espèce de bourse des valeurs. » (P2)

3.4.2.2. … et ce qui fait débat

56 Il y a les savoirs largement partagés par la communauté épistémique des juristes, il y a des positions de certains auteurs qui ont une telle renommée, une telle aura que ces positions se solidifient et se « positivisent » s'intégrant au droit sans pouvoir être rediscutées. Puis, il y a des positionnements qui font débat, qui ont moins d'autorité et qui rappellent la nature argumentative du discours savant sur le droit.

> « Chacun écrit de manière affirmative sur un sujet controversé. Sur chaque article, je mets la position de l'auteur (quelle est sa vision) et donc c'est un présupposé de l'auteur de l'article : il le dit dans cette perspective-là. La première année, j'étais perdue. Je pensais que ce que les auteurs disaient, c'était vrai. Je lisais et j'étais convaincue. Mais il y avait quelque chose qui ne collait pas. J'ai compris qu'ils parlaient de concepts dont la définition était légèrement différente ou de la même réalité mais pas avec les mêmes termes (par exemple, la causalité et l'imputabilité). » (D3)

57 La représentation du droit comme un ensemble de normes cohérent rend le débat doctrinal singulier. Les opinions divergentes sont maniées avec prudence, le crédit s'acquérant dans le monde juridique lentement et laborieusement. Les positionnements sont alors présentés à bas bruit, au détour d'une note de bas de page. Il ne s'agit pas de faire trembler l'édifice juridique… « La note sert parfois d'arène à un auteur qui préfère traiter en marge de son texte d'une question qui fait litige et sur laquelle il est en désaccord avec d'autres auteurs » (Normand, 2017, p. 442). Dans quelles circonstances un auteur se sent-il autorisé à proposer une opinion franchement dissidente ? Quels arguments peut-il mobiliser pour ce faire ? Nader Hakim offre des pistes intéressantes pour répondre à cette dernière question. Il décortique les ressorts de l'autorité doctrinale et distingue deux formes d'autorité : l'autorité déontique[38] des sources du droit et l'autorité épistémique des auteurs. Il définit cette dernière comme étant « l'autorité cognitive, savante ou épistémique, qui découle de la

connaissance. Elle s'acquiert, en effet, par la démonstration d'une compétence et se réalise lorsque l'auteur voit ses opinions acceptées comme vraies ou justes par son auditoire. Elle suppose une relation égalitaire entre le porteur de l'autorité et celui qui accepte celle-ci » (Hakim, 2007, p. 461).

58 Investir la question de l'autorité doctrinale appelle à investiguer le lien qui unit l'auteur à son auditoire.

Conclusion

59 Si l'on s'en tient à une appréhension théorique, la doctrine juridique peut apparaître comme un objet d'étude protéiforme et traversé d'impératifs épistémologiques difficilement compatibles. La démarche praxéologique qui appréhende la doctrine comme une pratique située de production du savoir juridique promet d'apporter quelques pistes afin de dénouer certaines contradictions ou apories.

60 Bien qu'hétérogène, le terrain exploratoire donne à voir des pratiques qui partagent un socle commun de représentations à propos du travail dogmatique et des règles qui l'organisent. Il paraît important de comprendre comment se constitue cette représentation commune. Une hypothèse formulée par Mark Van Hoecke réside dans le rôle que joue la littérature juridique « méta », c'est-à-dire la théorie, la méthodologie et l'épistémologie du droit. Celle-ci offre un récit relativement unifiant du droit appréhendé comme un « tout cohérent, structuré par une ou plusieurs idées fondamentales ou principes » (Van Hoecke, 2006, p. 987). Elle s'accorde à prendre comme horizon idéal du droit savant la cohérence, la simplification, la certitude (*ibid.*, 2006, p. 979) et la rationalité. Ces principes ou concepts paraissent constituer à la fois un cadre cognitivement structurant et socialement légitimant de l'activité doctrinale. On en retrouve la trace dans les diverses tâches qui jalonnent l'activité doctrinale.

61 Se dégagent du tableau impressionniste esquissé dans cette contribution plusieurs pistes à creuser et plusieurs hypothèses à confronter avec une recherche empirique plus systématique.

62 La première concerne les critères de validité des savoirs produits. Contrairement à d'autres champs scientifiques dont la validation des

connaissances produites s'appuie sur une représentation la plus fidèle possible de la réalité, le champ juridique semble s'appuyer sur des critères de validité mixtes. La prégnance de la référence à l'autorité au cœur des pratiques doctrinales ouvre un champ d'investigation où fondement, légitimité, validation des savoirs doivent être interrogés et documentés. Comment crédit, prestige et influence (Hakim, 2007, p. 460) qui caractérisent l'autorité d'un auteur s'acquièrent-ils, se préservent-ils ou se perdent-ils ? À la faveur de quels rencontres, stratégies, choix, intuitions ou hasards ?

63 Cela renvoie, et c'est la deuxième piste qui me semble féconde, à la manière dont se forment et se structurent les communautés épistémiques. Une recherche plus approfondie gagnerait à éclairer les modalités pratiques, matérielles et cognitives qui fondent de telles communautés de chercheurs ainsi qu'aux manières dont ces derniers entrent en relation et interagissent.

64 Enfin, une dernière piste, propre cette fois au champ juridique, concerne le processus de formalisation à l'œuvre au cœur même de l'écriture doctrinale. L'écriture doctrinale « produit un texte chargé de rendre intelligible le droit dont il parle » (Forray, 2020, 59). Le texte fixe une représentation du droit, décrit un certain état du droit (*ibid.*, p. 60). Ce faisant, il constitue une instance de formalisation puisque la structure du texte doctrinal devient structure du droit. Dans la mesure où le texte doctrinal est considéré comme une source de droit, c'est-à-dire comme une présentation faisant autorité du droit positif, il brouille les frontières entre la description du droit et la constitution du droit. « Le texte juridique ne peut offrir de contenu juridique sans référer au droit. […] Il peut bien s'annoncer simplement descriptif du droit dont il parle. Mais, en écrivant à propos du droit, il écrit en droit » (*ibid.*, p. 63).

BIBLIOGRAPHIE

Amselek P., 1997, « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, p. 338

Amselek P., 1982, « Brèves réflexions sur la notion de "sources de droit" », *Archives de philosophie du droit*, tome 27, Paris, Sirey, p. 253

Atias C., 1987, « La sédimentation des théories juridiques », *Théorie contre*

arbitraire, dans Ch. Atias (dir.), Paris, PUF, p. 171-217

Audren F., 2022, « Un tournant technique des sciences (sociales) du droit ? », *Clio@Themis*, n° 23, [https://doi.org/10.4000/cliothemis.2635], consulté le 13 décembre 2024

Bartenstein K., Landheer-Cieslak C., 2015, « Pour la recherche en droit : quel(s) cadre(s) théorique(s) ? », dans A. Flückige, T. Tanquerel (dir.) *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruxelles, Bruylant, p. 83-115

Bioy X., 2016, « La signification du terme "recherche", dans le champ de la science juridique », dans B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole-LGDJ, p. 19-29

Champeil-Desplats V., 2016, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz

Chevallier J., 2002, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, p. 103-120

Colemans J., Dupret B. (dir.), 2018, *Ethnographies du raisonnement juridique*, Paris, LGDJ

Corten O., 2009, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles

Devinat M., 2011, « Réflexion sur l'apport de l'ouvrage. Comment on écrit l'histoire sur la formation à la recherche en droit », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, p. 659-670

Dupret B., 2006, *Le jugement en action : ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, Genève, Droz

Garfinkel H., 2007, *Recherches en ethnométhodologie*, Paris, PUF

Forray V., 2020, « Écriture doctrinale », *Revue de droit de McGill*, vol. 66, n° 1, p. 59-65

Forray V., Pimont S., 2017, *Décrire le droit… et le transformer*, Paris, Dalloz

Geslin A., 2022, « Dépasser les frontières disciplinaires dans la recherche en droit : une approche empirique », *Cahiers Jean Moulin*, n° 8, [http://journals.openedition.org/cjm/1671], consulté le 13 décembre 2024

Geslin A., 2015, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », dans B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole-LGDJ, p. 79-130

Grua F., Cayrol N., 2020, *Méthode des études de droit. Conseils pour le cas pratique, le commentaire, la dissertation et la note de synthèse*, Paris, Dalloz

Gutwirth S., 2016, « Le droit n'est pas une science mais la science juridique existe bel et bien », dans G. Azzaria (dir.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*, Montréal, Yvon Blais/Thomson Reuters, p. 1-39

Hachez I., 2010, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et soft law" », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n° 2, p. 1-64

Hakim N., 2007, « Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, n° 27, p. 459-477

Jestaz P., 2016, *Le droit*, 9e éd., Paris, Dalloz

Jestaz P., Jamin C., 2004, *La doctrine*, Paris, Dalloz

Kestemont L., 2018, *Handbook on legal methodology. From objective to method*, Bruxelles, Intersentia

Leclerc O., 2020, « Provincialiser les savoirs juridiques », dans A.-S. Chambost (dir.), *Approches culturelles des savoirs juridiques*, Paris, LGDJ, p. 27-46

Lochak D., 1994 « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », dans P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, p. 293-309

Moor P., 2005, « Savoirs juridiques et savoirs sur le droit », *Revue européenne des sciences sociales*, XLIII-131, p. 13-22

Mouton S., 2016, « Le rôle du directeur de thèse et de l'enseignant chercheur », dans B. Sergues (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole-LGDJ, p. 145-156

Noreau P., 2011, « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté… à la recherche de soi », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, p. 687-710

Normand S., 2017, « Quelques observations sur la poétique de la doctrine », *Les cahiers du droit*, vol. 58, n° 3, p. 425-456

Ost F., 2006, « La thèse de doctorat en droit : du projet à la soutenance », séminaire d'ouverture de l'École doctorale en sciences juridiques de la Communauté française de Belgique

Ost F., Van de Kerchove M., 2013, « La doctrine entre "faire savoir" et "savoir-faire" » dans I. Hachez *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées. Vol. 3. Normativités concurrentes*, Limal, Anthemis, p. 17-43

Ost F., Van de Kerchove M., 1978, « Possibilités et limites d'une science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 1, p. 1-39

Ponsard R., 2019, « De la nécessité des concepts dans l'analyse du droit. Fabriquer consciemment des instruments d'analyse scientifiquement autonomes, ajustés et visionnaires », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 120, p. 797-824

Riles A.-L., 2022, *Pour une anthropologie des savoirs juridiques*, Paris, Dalloz

Ringelheim J., 2013, « Le rôle de la doctrine dans l'émergence du droit international des droits de l'homme. Regards sociologiques sur un facteur de création du droit », dans I. Hachez *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées. Vol. 3. Normativités concurrentes*, Limal, Anthemis, p. 45-65

Rouvière F., 2023, *Argumentation juridique*, Paris, PUF

Rouvière F., 2021, « Le droit dans l'œil du profane », *Les cahiers Portalis*, n° 8, p. 117-131

Rouvière F., 2014, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », dans A. Flückiger, T. Tanquerel (dir.) *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruxelles, Bruylant, p. 117-137

Schütz A., 2010, *Essai sur le monde ordinaire*, Paris, Le Félin

Smits J., 2012, *The mind and method of the legal academic*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing

Sudnow D., 1965, « Normal crimes: Sociological features of the Penal Code in a public defender office », *Social Problems*, vol. 12, n° 3, p. 255-275

Travers M., Manzo J. F. (dir.), 1997, *Law in action: Ethnomethodological and conversation analytic approaches to law*, Aldershot, Dartmouth/Ashgate

Troper M., 2011, « Argumentation et explication », *Droits*, n° 54, p. 3-26

Troper M., 1994, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », dans P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, p. 310-325

Van Hoecke M. (dir.), 2013, *Methodologies of legal research: Which kind of method for what kind of discipline*?, Oxford, Hart Publishing

Van Hoecke M., 2006, « La théorie du droit (implicite) des praticiens du droit », *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, p. 977-988

Veyne P., 1978, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil

Widmer J., 2001, « Catégorisations, tours de parole et sociologie », dans M. Fornel, A. Ogien, L. Quéré (dir.), *L'ethnométhodologie. Une sociologie radicale*, Paris, La Découverte, p. 207-238

NOTES

1 Pour une typologie des sources du droit, voir Hachez (2010).

2 « La loi et la jurisprudence sont, dans une certaine mesure, ce que la doctrine prétend qu'elles sont ! La doctrine est donc la source qui, en quelque sorte, enveloppe toutes les autres » (Jestaz, Jamin, 2004, p. 6).

3 Le thème de l'autorité dans les pratiques juridiques est prégnant et mériterait une recherche dédiée. Notons que, dans les pratiques doctrinales, l'argument d'autorité est relativement englobant… « En droit, tous les arguments peuvent être qualifiés d'autorité. En effet, un argument d'autorité est celui qui donne plus d'importance à l'origine de l'énoncé qu'à son contenu ou son but. Autrement dit, la source prime sur le contenu. À cet égard, la théorie des sources peut être comprise comme la désignation des prémisses admises pour argumenter. À cet égard, la théorie des sources du droit est une mise en forme de l'argument d'autorité » (Rouvière, 2023, p. 31).

4 Ost et Van de Kerchove procèdent d'ailleurs à la synthèse en définissant l'autorité de la doctrine comme une « autorité de raison » (2013, p. 29).

5 Insistant sur l'hybridation du travail doctrinal, Ost et Van de Kerchove (2013) jouent sur l'effet miroir de l'antagonisme entre le registre de la connaissance – « faire savoir » – et le registre de l'action « savoir faire ».

6 « Nos "théories" ne sont pas des explications de phénomènes mais des montages argumentatifs qu'utilisent (tout au moins avons-nous la faiblesse de le croire et de l'espérer) implicitement ou explicitement les décideurs (législateurs, administrations, sociétés commerciales ou civiles, avocats, juges…). Nous ne cherchons pas à connaître notre objet, nous l'alimentons en réflexions, clarificatrices ou constatives de désordres, toujours en retard sur le discours juridique étudié » (Bioy, 2016, p. 21).

7 En sens contraire, Danièle Lochak (1994) pose la question de l'impossibilité pour les juristes d'être neutres.

8 Je ne me positionnerai pas relativement au débat qui oppose doctrine et science juridique. Une littérature riche et variée traite cette question sous un angle définitionnel, méthodologique ou épistémologique. Voir notamment Chevallier (2002), Gutwirth (2016), Bartenstein, Landheer-Cieslak (2015, p. 105-113) et Geslin (2015).

9 Noreau poursuit : « Il faut entendre par là que, contrairement à d'autres disciplines, les catégories juridiques ne permettent pas de comprendre le droit en tant que système de pensée. Il n'y a pas de théorie juridique du droit. […] c'est que les catégories juridiques n'ont pas *a priori* une fonction analytique, mais une fonction normative. Elles ne servent pas tant à comprendre le monde qu'à le nommer dans des termes qui permettent de lui donner un sens spécifique dans un certain ordre de discours » (2011, p. 688).

10 Les entretiens corroborent la quasi-absence de théorisation par les juristes de leurs propres pratiques doctrinales.

11 Olivier Leclerc propose d'intégrer les savoirs juridiques et leurs conditions socio-techniques de production et de circulation aux études qui étudient la production des connaissances scientifiques en général. Le savoir juridique, de cette manière, n'apparaît plus comme un savoir singulier mais comme une déclinaison d'un corpus scientifique plus large.

12 Pour une synthèse des débats autour de l'épistémologie juridique, voir Geslin (2015).

13 Pour des approches socio-légales prenant au sérieux la matérialité du droit, voir Leclerc (2020), Riles (2022) et Audren (2022).

14 La praxéologie du droit trouve ses fondements dans l'ethnométhodologie qui a, depuis les années 1960, réservées aux activités judiciaires un intérêt non démenti. Voir notamment Garfinkel (2007), Sudnow (1965), Travers, Manzo (1997). Dans le monde francophone, Baudouin Dupret (2006) est la figure de proue de cette école de pensée.

15 Titre du chapitre 2 des *Recherches en ethnométhodologie* (Garfinkel, 2007).

16 Voir les *breaching experiments* de Garfinkel.

17 Notons toutefois que cette distinction n'est d'emblée jamais très claire pour les chercheurs. C'est probablement dû au manque de formation des juristes à la démarche de recherche d'une part et à la culture juridique positiviste d'autre part qui demeure largement partagée dans la communauté de juristes rencontrée.

18 Les sociologues parleraient plus volontiers du cadre analytique.

19 Voir l'étude d'Albane Geslin (2022) qui décrit les références extra-disciplinaires mentionnées dans les revues juridiques françaises qu'elle a analysées de manière quantitative.

20 Voir [https://juportal.be], consulté le 13 décembre 2024.

21 Le droit a subi une accélération dont la mise à jour des sources n'est qu'une manifestation. Il rappelle que les codes et ouvrages de doctrine du début du siècle passé avaient vocation à « faire autorité durant des décennies » alors que les chercheurs contemporains s'inscrivent dans une « course contre le temps dont l'objectif est la permanente actualisation des données. Voilà le nouvel exploit du juriste : être à jour, maîtriser sa documentation, traquer le dernier arrêt […] » (Ost, 2006, p. 24).

22 Amselek envisage le travail doctrinal comme une activité de « rationalisation de la technique » (1997, p. 7).

23 La classification par arborescence est un mode de classification où « le particulier est inclus dans le général tout en affirmant ses spécificités » (Rouvière, 2021, p. 122).

24 « Les lois scientifiques sont des outils fabriqués par l'homme, par l'esprit humain, des outils qui ne décrivent pas le monde, qui ne le reflètent pas, mais plus exactement le mettent en système et tirent de là leur utilité même » (Amselek, 1997, p. 5).

25 Je m'appuie sur la conception de l'argumentation de Michel Troper qui définit l'argumentation des juristes comme un « ensemble d'énoncés visant à persuader qu'une thèse, une décision ou bien encore une institution, est juste, soit parce qu'elle est formellement valide, soit parce qu'elle est conforme à une norme morale, soit parce qu'elle aura des conséquences bénéfiques » (2011, p. 3). Dans le même sens, voir Rouvière (2023).

26 Pour P. Moor, il est même auto-référentiel : « L'ordre juridique, en effet, ne peut se concevoir que comme autoréférentiel, parce qu'il serait autrement impossible aux acteurs sociaux de s'y référer pour anticiper les conséquences de leurs actes. La fonction propre de la "science juridique" est donc bien de se dire elle-même, en se reconnaissant elle-même dans la définition qu'elle se donne des situations extérieures qui sont soumises à son jugement » (Moor, 2005, p. 15).

27 « Ce qui montre à quel point la notion de "sources" est correcte et pertinente : celles-ci sont les référents obligatoires de la pratique ou du régime d'énonciation juridique, et non pas déjà "le Droit". Faire du droit, c'est toujours un travail herméneutique particulier qui doit relier toute constellation de "faits" en quête de stabilisation – et donc tout problème qui s'impose juridiquement – à l'ensemble des sources formelles afin d'aboutir à une décision ou solution, et donc stabilisation du lien juridique en suspens » (Gutwirth, 2016, p. 16).

28 Philippe Jestaz a identifié ces deux logiques qui fondent le commentaire doctrinal : « La doctrine joue précisément ce rôle de commenter chaque texte, en lui-même, en le confrontant avec la *réalité sociale* et surtout en le rapportant aux *autres textes* » (2016, p. 80).

29 Paul Veyne explicite les ressorts épistémologiques de l'explication en histoire du droit. Dans son acception faible, l'explication est en réalité un récit : « Quand nous demandons qu'on nous explique la Révolution française, nous n'appelons pas de nos vœux une théorie de la Révolution en général, d'où se déduirait 1789, ni une élucidation du concept de révolution, mais une analyse des antécédents… l'explication n'est pas autre chose que le récit de ces antécédents, qui montre à la suite de quels événements l'événement de 1789 est arrivé, et le mot de causes désigne ces mêmes événements : les causes sont les divers épisodes de l'intrigue » (1978, p. 127).

30 « L'interprétation juridique est "maîtresse nécessaire de ses décisions" et […] elle doit "puiser ses inspirations dans le grand fonds de justice et d'utilité sociale, qui alimente la vie organique du droit" » (Hakim, 2007,

p. 474, citant F. Gény, 1919, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, Paris, LGDJ, p. 207).

31 Troper réhabilite la logique explicative en droit et appuie son positivisme sur une théorie de la contrainte argumentative : « La connaissance des causes de la volonté ne nous permet pas de comprendre pourquoi une norme est une norme, autrement dit, pourquoi elle est valide. Celle-ci n'est pas *causée* mais *fondée* par la norme supérieure » (2011, p. 9-10).

32 Selon la terminologie employée par Ost et Van de Kerchove pour qualifier la science du droit, la doctrine relève de par son objet discursif d'une science herméneutique, c'est-à-dire « une science dont l'objet spécifique réside dans un ensemble de significations non immédiatement apparentes et qui exige donc la mise en œuvre d'une démarche radicalement interprétative » (1978, p. 17).

33 « Le raisonnement juridique peut ainsi être appréhendé comme une forme relativement sophistiquée d'argumentation. Le raisonnement se compose de plusieurs séquences argumentatives qui s'enchaînent les unes avec les autres. Elles visent toutes à établir le bien-fondé de la solution défendue » (Rouvière, 2023, p. 12).

34 « Le récit construit par un auteur s'impose à lui plus qu'il n'émane de lui. Somme toute, l'intrigue échapperait en grande partie au juriste qui la mettrait au jour plus qu'il ne l'élaborerait » (Normand, 2017, p. 435).

35 « Une manière de concilier l'incontestable subjectivité de l'interprétation et l'objectivité indispensable du raisonnement scientifique renvoie dès lors à la nécessité de motiver aussi rationnellement que possible l'interprétation qui a été choisie » (Corten, 2009, p. 216).

36 Régis Ponsard ne reconnaît pas la validité scientifique des arguments d'autorité qu'il qualifie de sophisme : « Ce n'est pas bien sûr parce qu'un concept est le concept le plus utilisé à telle période par le langage doctrinal qu'il est le meilleur scientifiquement » (2019, p. 810).

37 Cause ou corollaire de la surinformation ? Voir sur ce point Ost et Van de Kerchove (2013, p. 36-38), dont l'analyse en termes économiques du marché de l'édition n'est pas sans intérêt.

38 « L'auteur qui s'exprime sur le droit reste contraint de recourir à une forme d'exégèse, et donc de revêtir le masque de la loi ou de la jurisprudence pour conférer à ses opinions l'authenticité ou la légitimité susceptible de leur manquer. L'argumentation juridique opère alors une véritable captation de l'autorité déontique des textes » (Hakim, 2007, p. 476).

RÉSUMÉ

Français
Les pratiques doctrinales, malgré l'abondante littérature juridique qui les concernent, restent peu documentées, ce savoir pratique restant largement implicite. Cet article esquisse un programme de respécification de l'épistémologie du droit et propose quelques pistes programmatiques afin d'étudier les pratiques de production d'écrits doctrinaux. Le processus rédactionnel apparaît comme un phénomène matériellement ancré et socialement situé. Une série d'opérations épistémiques jalonnent ce processus tels que le choix du sujet, la problématisation, la constitution du corpus à analyser et du corpus de références, l'argumentation juridique et le référencement.

INDEX

Mots-clés
pratiques doctrinales, droit savant, épistémologie juridique, praxéologie du droit, respécification

AUTEUR

Julie Colemans
Professeure associée à la Faculté de droit, science politique et criminologie, logisticienne de recherche principale, unité de recherche Cité, Université de Liège (Belgique) ; julie.colemans@uliege.be

Accéder aux sources de la recherche sur le droit

Imaginer Sisyphe face aux Danaïdes. La doctrine française et l'*open data* des décisions de justice

Camille Bordère

PLAN

1. Un discours doctrinal parcouru de tensions épistémologiques
2. Un paysage doctrinal à la croisée des chemins

TEXTE

1 La métaphore a cela de commode qu'elle encapsule certaines des exigences les plus complexes du travail d'écriture ; attirer le lecteur, attiser et conserver son attention pour, finalement, le marquer durablement. L'entreprise n'est pourtant pas si aisée quand, comme la nôtre, elle ne relève pas de l'évidence puisqu'enfin, qu'est-ce que Sisyphe et les Danaïdes peuvent avoir à faire avec les sources du droit et, plus encore, avec l'*open data* des décisions de justice ? Tâchons d'élucider cette interrogation et, pour ce faire, procédons par étapes.

2 L'*open data* des décisions de justice est autant un mouvement politico-économique qu'une (petite) révolution de l'univers juridique français. Défini comme le processus devant conduire à la mise à disposition gratuite et dans un format électronique de l'ensemble des décisions des juridictions administratives et judiciaires, ce mouvement a été enclenché par la loi pour une République numérique de 2016[1], en rupture totale avec les politiques de diffusion des sources jurisprudentielles du droit construites sur un principe de sélection des décisions[2]. Si la rupture *conceptuelle* était déjà totale en 2016, la rupture *pratique* ne s'est pas faite aussi franchement puisqu'il a fallu voir ce principe d'*open data* réitéré deux ans plus tard[3], attendre quelque quatre ans pour en voir les actes d'application adoptés[4] et *encore un an* avant qu'il ne commence à se concrétiser, de sorte que la diffusion gratuite en ligne de l'intégralité des décisions de justice française n'a véritablement démarré que le 30 septembre 2021 et ne s'achèvera, si le calendrier est tenu, que le

31 décembre 2025 [5]. À l'heure où ces lignes sont écrites, ce sont l'intégralité des arrêts et décisions des juridictions administratives ainsi que l'intégralité des arrêts de cassation et d'appel en matières civile, commerciale et sociale qui sont diffusées sur les bases de données créées par chaque juridiction suprême (« Judilibre » pour la Cour de cassation, « Open Data Justice administrative » pour le Conseil d'État [6]). L'année 2024 a ainsi été le théâtre du lancement de la mise à disposition expérimentale des décisions de certains tribunaux judiciaires [7] et la montée en puissance de l'Observatoire des litiges judiciaires (OJL) annoncée par la Cour de cassation en fin d'année 2023 [8].

3 Or, l'intégralité des décisions de justice rendues par les juridictions françaises devant être mise à disposition du public ne représentait en 2019 [9] rien de moins que 268 000 décisions et arrêts côté juridiction administrative [10] et un peu plus de trois millions côté juridiction judiciaire [11]. L'ensemble est déjà vertigineux en lui-même et il l'est d'autant plus lorsqu'on confronte ces chiffres à la quantité de décisions et d'arrêts jusqu'ici diffusés sur Légifrance – ainsi, pour la même année, ce sont seulement 16 0000 décisions et arrêts d'une part et 9 000 d'autre part qui ont été mis à disposition, soit 6 % de la production annuelle de la juridiction administrative et 0,3 % de celle de la juridiction judiciaire. L'explosion, et donc la révolution, de la diffusion des sources juridictionnelles du droit est donc évidente. Le contenu de ce qui est diffusé n'est pas moins révolutionnaire. Si l'on s'arrête sur la composition des 16 000 arrêts et décisions des juridictions administratives et des 9 000 arrêts et décisions des juridictions judiciaires diffusés pour l'année 2019, la répartition reflète plus ou moins l'organisation hiérarchie des juridictions françaises : les arrêts de la juridiction suprême sont les plus nombreux pour la juridiction judiciaire (8 049 arrêts de la Cour de Cassation, 2 670 arrêts du Conseil d'État), tandis que ce sont les arrêts d'appel qui sont les plus nombreux pour la juridiction administrative (13 316 arrêts de cours administratives d'appel, 1 133 arrêts de cours d'appel) et que, finalement, on ne dénombre que quelques rares décisions de première instance (neuf décisions du seul tribunal de grande instance de Paris et aucune décision de tribunal administratif). Si le décalage est visible à l'œil nu : l'équilibre est renversé. Alors que les arrêts des cours

suprêmes ne représentent que 4 % et 0,8 % de la production annuelle de chaque ordre, ils représentent 50,3 % et 89 % des arrêts diffusés [12].

4 À tout cela on peut objecter que ce n'est rien que du très connu. Mais c'est là, précisément, que réside la révolution proposée. Depuis que la diffusion en ligne des décisions de justice a été consacrée en tant que service public [13], le principe de sélectivité basé sur la notion d'intérêt juridique et sur la hiérarchie des juridictions n'a jamais été sérieusement remis en cause, et cela alors même que des mouvements doctrinaux ont constamment plaidé pour une diffusion plus large de ces décisions [14]. À cet égard, c'est bien *malgré* ces plaidoyers que le *statu quo* n'a jamais été véritablement perturbé, de sorte que, jusqu'à présent, l'essentiel du discours doctrinal français s'intéressant aux décisions de justice s'est toujours concentré sur des arrêts des juridictions suprêmes. Avec des nuances importantes, l'affirmation vaut à la fois pour le discours privatiste et pour le discours administrativiste [15].

5 Ces éléments de contexte éclairent notre métaphore : c'est dans cette masse de décisions de justice bientôt accessible que se logent nos Danaïdes ou, plutôt, l'eau de leur tonneau percé. Après tout, les millions de décisions de justice rendues annuellement commencent à être accessibles et le prétexte matériel anciennement opposé à leur stockage ne tient plus : les serveurs des juridictions suprêmes et de la Chancellerie *vont* recevoir ces décisions, *vont* les stocker et ne vont, virtuellement, *jamais* se remplir. Face à ces masses de décision, cependant, demeure une doctrine académique française qui n'a jamais demandé et n'a jamais *voulu* cet *open data* [16]. Et voilà notre Sisyphe, parce que cette absence de *demande* a aussi impliqué une absence de *réflexion doctrinale* préalable. Les sept années qui nous séparent de l'annonce de l'*open data* des décisions de justice n'ont pas suffi pour qu'un statut clair soit attribué à ces millions de décisions ou pour que des méthodes d'analyse soient conceptualisées pour s'en saisir. C'est pourtant là une des questions fondamentales que pose l'*open data* : comment faire pour donner un sens aux décisions bientôt accessibles ? Les méthodes habituelles de commentaire construites sur la base classique de la rédaction des arrêts de cassation sont au surplus calibrées pour saisir des *singularités* et non des *régularités* : un arrêt est commenté parce qu'il est particulièrement intéressant. C'est dans cet office que la doctrine académique fran

çaise prend des allures de Sisyphe ; chaque commentaire d'arrêt ajoute à l'édifice cohérent qui tout à la fois précède et résulte du travail d'ordonnancement mené par les auteurs qui composent cette doctrine. L'ensemble est harmonieux, si ce n'est dans le fond du propos, au moins dans sa forme, et son objet, symétrique et expurgé des contingences extra-juridiques qui n'apparaissent de toute façon plus au stade de la cassation.

6 Or c'est précisément cette unicité d'objet propre à l'analyse « classique », « dogmatique » des décisions de justice qu'interroge l'*open data* et, avec elle, l'unicité plus générale de la représentation du phénomène juridique qui irrigue le discours doctrinal français et qu'il entretient en retour – et voilà l'existentialisme de la figure sisyphéenne[17]. Quand bien même cet *open data* ne fait l'objet, à ce stade, que d'une assimilation très spécifique et localisée[18], il renouvelle néanmoins des questions centenaires et en génère de nouvelles qui, dans tous les cas, remettent en cause une partie des fondements du travail doctrinal tel qu'il se déploie en France depuis plus d'un siècle.

7 Notre métaphore expliquée, c'est à ces questions et, plus globalement, à la réception de l'*open data* des décisions de justice au sein du discours doctrinal français depuis 2016 que cet article sera consacré. Parce que c'est encore la doctrine elle-même qui parle le mieux des tensions qui la traversent, c'est au sein de ses écrits et de ce qui est *dit*, *écrit* du phénomène de l'*open data* que nous en rechercherons les traces et les marqueurs. Dans cette optique qui était aussi celle de notre recherche doctorale, nous avons réuni un corpus de 426 contributions écrites[19] dont le point commun était de se pencher, d'une manière ou d'une autre, sur les effets de cet *open data* sur la pratique et la compréhension du droit[20]. Si nous renvoyons donc à notre thèse pour une présentation précise et exhaustive des choix méthodologiques opérés (Bordère, 2023), nous pouvons néanmoins ici en indiquer les plus importants. Ce corpus a ainsi été soumis à un certain nombre de tests et d'outils d'analyse qui sont à rapprocher des techniques d'analyse de discours, et qui incluent des relevés systématiques d'items argumentatifs ainsi que l'établissement de statistiques descriptives à leur sujet. Il a par ailleurs fait l'objet d'une division en « sous-discours » permettant d'isoler les contributions rédigées par des auteurs émanant du milieu académique (le

sous-discours académique) de celles rédigées par des auteurs dits praticiens [21] (le sous-discours praticien). Si nous ne traiterons, dans le cadre de cet article, que le premier sous-discours, nous ferons une rapide référence au second vis-à-vis d'un item argumentatif à la mobilisation spécifique. Finalement, nous admettons sans difficultés que notre perspective collective et semi-quantitative arase nécessairement des irrégularités et des individualités [22] dont nous avons conscience ; pour autant, c'est aussi cette perspective qui a permis de mettre en lumière les récurrences et la circularité de ce discours dont participent les tensions qui seront ici analysées.

8 Nous en proposerons d'abord un panorama (1) afin de circonscrire ces tensions de nature fondamentalement épistémologiques et, pour certaines, presque existentielles. Il nous reviendra alors de dépasser ces tensions (2) et d'en rechercher le ou les remède(s) au sein même la doctrine française.

1. Un discours doctrinal parcouru de tensions épistémologiques

9 L'analyse du corpus d'écrits doctrinaux réuni dans le cadre de la présente étude fait ressortir deux récurrences ordonnées autour de deux items argumentatifs : celui de l'argument tiré d'une « factualisation » du droit enclenchée par l'*open data* des décisions de justice [23] et celui de l'exploitation du champ lexical de la masse et de la quantité [24]. La mobilisation du premier de ces deux items est d'autant plus intéressante qu'elle est trois fois plus importante au sein du sous-discours académique qu'elle ne l'est au sein du sous-discours praticien. Parce que cet écart est statistiquement significatif [25], on ne peut pas l'attribuer seulement au hasard des écrits et des auteurs ; au contraire, il est possible de faire le lien entre la profession des auteurs (ici, universitaires au sens large [26]) et la mobilisation de cet argument. En d'autres termes, cet item est de nature *spécifiquement* académique.

10 Ces deux items se déploient sur deux terrains : celui du droit au sens strict, donc le discours juridique, et celui du *discours sur le droit*, et donc le discours *méta*-juridique. Le premier terrain n'est pas celui qui nous intéresse ici, mais il se déploie à partir de l'idée que l'*open data*

et son exploitation par des algorithmes provoqueraient « une transformation de fond, jusque dans la fonction du jugement et de production du droit » (Lemaire, 2019, p. 298) et créeraient de nouvelles « normes issues du nombre » (Buat-Ménard, Giambiasi, 2017, p. 1487) au bénéfice d'une « nouvelle légalité numérique » (Meneceur, 2020, p. 111). Plus souvent, cela dit, ce ne sont pas tant les règles et normes juridiques qui seraient « factualisées » que leur analyse et leur compréhension qui seraient « modifiées » (Huttner, 2020, § 10), « altérées » (Canivet, 2018, p. 41) par un *open data* qui privilégierait l'analyse des faits à l'analyse du droit (Torricelli-Chrifi, 2019, p. 299-300).

11 Cet effet est pointé du doigt par le discours à cause, tout d'abord, de ce que rend accessible l'*open data*. Parce qu'il abandonne un principe de sélectivité qualitative, il présente le risque de « noyer » la production juridictionnelle considérée jusqu'ici comme présentant un « intérêt juridique » (Renaudie, 2019, p. 79) – c'est-à-dire la jurisprudence au sens traditionnel, qualitatif du terme [27]. Nous renvoyons à nos chiffres introductifs et aux déséquilibres qui marquaient jusqu'à aujourd'hui les rapports entre production et diffusion. Ainsi, non seulement l'ensemble des décisions de justice deviendrait une « masse brute et informe » (Cadiet, 2018, p. 17) au sein de laquelle toute hiérarchie serait, au minimum, jugée superflue (Deumier, 2018, p. 55) et, au maximum, arasée et nivelée (Malabat, 2019, p. 108-109), mais le *contenu* de cette masse serait lui-même « factualisé ». Si l'on veut suivre la logique des *start-up* qui l'exploitent et considérer l'*open data* comme un ensemble de données, il faut admettre que la masse de décisions du fond en son sein emporte avec elle une masse de données factuelles [28] qui n'avait jusqu'ici jamais été stockée au sein des bases de données publiques. S'il s'agit déjà là d'une « factualisation » de la *logique* de diffusion des décisions de justice, elle entraînerait aussi et surtout une « factualisation » de leur analyse : le juriste accédant à cet *open data* serait incité à *prendre en compte* ces données de fait dans sa lecture des décisions, éventuellement au-delà des données de droit (Ferey, 2018, p. 79), voire à considérer que « les données juridiques n'ont aucune spécificité particulière » (Garapon, Lassègue, 2021, p. 108) par rapport à « tous les facteurs extra-juridiques [...] qui entourent l'événement qu'est le prononcé d'une décision de justice » (Godefroy, Lebaron, Lévy-Véhel,

2019, p. 13). Si ces éléments relèvent indéniablement de la structuration et de la composition de l'ensemble diffusé, c'est le ton des craintes exprimées à leur égard qui surprend et interroge. Outre la remise en cause du modèle sélectif de diffusion des décisions de justice, qu'y a-t-il à craindre d'un accès nouveau à ces décisions du fond ? Qu'y a-t-il à craindre de l'idée que l'analyse de ces décisions se modèle à leurs contours ? Les mots ont un sens, de fait : si le gisement de données est nouveau, ce n'est pas le cas des données qu'il contient.

12 Il faut en effet s'accorder sur un constat : s'il est évident que *l'existence* de ces décisions du fond n'a jamais été ignorée, ces dernières faisaient jusqu'ici l'objet d'un silence ou d'un global désintérêt. Ces décisions n'étaient pas diffusées parce qu'elles ne manifestaient aucun intérêt *juridique* contrairement, donc, à *certains* arrêts des juridictions suprêmes. Il n'y avait donc que peu de choses à y trouver, en tout cas si on y cherchait les éléments susceptibles d'articuler une analyse de décisions de justice tournée vers l'analyse de *singularités* jurisprudentielles [29] et pas de régularités ou d'évolutions sur le temps long. En réduisant la diffusion (et donc la connaissance) des décisions de justice à une petite somme d'arrêts soigneusement choisis et en délimitant tout aussi soigneusement l'espace d'analyse du phénomène juridique, le système de publication des décisions de justice a contribué à confirmer l'idée que l'intérêt du juriste doit se porter sur les arrêts des cours suprêmes puisque ce sont les seules qui sont dignes d'être connues et, donc, traitées. Ce faisant, et au détriment de plus de 90 % de la production juridictionnelle, ce système s'est assuré de sa perpétuation – en tout cas jusqu'à aujourd'hui, puis c'est précisément cette mécanique que l'*open data* vient gripper.

13 L'*open data* franchit donc des barrières qui n'avaient jamais été levées depuis le début de la diffusion des décisions de justice et, à plus forte raison, depuis le début de leur diffusion en ligne. Ce faisant, il contribue à dévoiler l'ampleur de ce qui n'est *pas* saisi par le discours doctrinal classique et, partant, par la *pensée* juridique classique. De là, une succession de questions vertigineuses se pose : que faire de ces décisions une fois qu'elles seront accessibles ? faut-il en faire quelque chose ? Si c'est le cas et s'il s'agit de les traiter dans leur spécificité, c'est au risque de « factualiser », « massifier » leur analyse. Faut-il

donc ne rien en faire, et continuer sur la lancée centenaire consistant à les laisser de côté ? Laisser ces millions de décisions sans traitement doctrinal, pourtant, c'est risquer d'abandonner l'analyse de toute une portion *du phénomène juridique* à d'autres que la recherche juridique – aux sciences sociales, tout d'abord, mais aussi potentiellement aux algorithmes des *start-up* qui ont réclamé cet *open data* pour alimenter des outils ensuite proposés aux praticiens avides d'informations directement mobilisables. On ne peut mieux faire que de laisser parler une des autrices de ce discours :

> « De quoi et comment le droit sera-t-il façonné demain ? et nous ? qu'allons-nous être amenés à faire et à devenir ? n'aurions-nous pas raté le train de cette innovation ? allons-nous laisser aux experts du numérique le soin de nous révéler ce qu'est notre droit et le potentiel de réflexion qu'il offre ? » (Rouyère, 2019, p. 225)

14 Dit autrement, le dilemme que présente l'*open data* des décisions de justice à la doctrine académique est celui-ci : continuer de remplir son office ainsi qu'elle le fait traditionnellement, et ainsi se désintéresser d'un *open data* qui, dans cette perspective, ne lui apporte rien ou si peu ; ou altérer cet office, changer d'objet d'étude, d'outils d'analyse, de démarche épistémologique… et ainsi d'identité.

2. Un paysage doctrinal à la croisée des chemins

15 De même que ce sont les auteurs de ce discours qui en expriment le mieux les tensions, ce sont aussi eux qui y répondent avec le plus de pertinence. Ainsi, à cette angoisse face au risque de marginalisation ou de perte d'autonomie du discours doctrinal français, il est répondu ceci :

> « Les hommes et les femmes du droit doivent défendre leur utilité, non par corporatisme ou conservatisme frileux, mais parce que le rôle qu'ils jouent contribue à la préservation de l'État de droit […]. Nous devons d'abord balayer devant notre porte et cesser de colporter un discours déconnecté de la réalité ; admettre la part d'irrationnel et d'imparfait dans la production et l'application du

> droit. Pour cela, il faut que les juristes eux-mêmes fassent leur deuil d'une présentation idéelle du droit. » (Bénabou, 2020, p. 724-725)

16 Cet appel n'est pas pertinent seulement en raison de la mise en œuvre de l'*open data* des décisions de justice, tant s'en faut, mais il n'en est rendu que plus pressant. Tant que les moyens techniques et technologiques ne permettaient pas de prendre la mesure de la réduction du champ de l'analyse doctrinale, l'appel à une appréhension moins idéelle et idéale du droit pouvait ne résonner qu'au sein des mouvements doctrinaux qui entendent exploiter ces décisions de justice. À cet égard, si la situation demeurera à peu près inchangée jusqu'à ce que les décisions de première instance soient effectivement rendues accessibles, elle n'en reste pas moins destinée à s'inverser.

17 Mais comment faire le deuil ici réclamé ? Les pistes, de fait, ne manquent pas. S'il est encore et toujours possible de rappeler que nos disciplines voisines exploitent déjà des outils et des techniques d'analyse destinés à structurer et à donner du sens à des masses de données, il n'est pas forcément nécessaire de s'exiler hors des bornes disciplinaires du droit pour trouver des offres d'analyse de ces décisions de justice.

18 À moyen terme, l'*open data* ne fait que réaliser le projet porté par l'informatique juridique des années 1970 à 1990. Lorsque Pierre Catala, parmi d'autres chercheurs, défendait les travaux de son Institut de recherche et d'études pour le traitement de l'information juridique (IRETIJ, aujourd'hui disparu [30]), il le faisait en plaidant pour l'étude de « phénomènes globaux, naguère inaperçus », faits « pardessus tout de l'immense domaine du contentieux échappant au contrôle de la Cour de cassation » (Catala, 1994, p. 250). C'est pour alimenter cette étude des phénomènes juridiques souterrains qu'ont été construites les bases de données mécaniques, puis informatisées qui alimentent toujours aujourd'hui celles de LexisNexis [31] – même si ces bases comme celles des autres structures de recherche de l'époque ne visaient pas l'exhaustivité et continuaient de lui préférer une sélectivité appliquée à l'ensemble des décisions de justice [32]. En dehors de ce mouvement doctrinal un peu oublié [33], la sociologie juridique des mêmes années ne cherchait pas autre chose quand elle se donnait pour objectif l'« étude de la réalité sociale pleine du droit, en

partant de ses expressions sensibles et extérieurement observables » (Gurvitch, 1986, p. 344), de « phénomènes juridiques » à la fois en tant que « phénomènes collectifs, sociaux » et « individuels » (Carbonnier, 2001, p. 415). Parmi ces phénomènes, les décisions des juges du fond encore profondément méconnues constituaient un terrain de choix – au travers, donc, des premières bases de données. C'est grâce à elle que l'on pouvait espérer « comprendre l'importance des jugements de fait et à travers eux ce qu'est la trame d'histoire vécue dans la vie juridique d'un peuple » puisque « sinon on ne la connaît pas, car les recueils du droit sont biaisés » (Terré, 1992, p. 160).

19 Au-delà de ces travaux doctrinaux passés, on doit surtout rappeler qu'il existe déjà des pôles et des équipes de recherche spécialisés dans l'analyse des décisions de justice du fond, qui exploitent y compris des méthodes empiriques. Ces pôles tirent parfois cette spécialisation de leur propre histoire [34], mais ils sont aussi et surtout le fait d'initiatives récentes : c'est par exemple le cas du projet de recherche sur la Standardisation de la réparation du dommage corporel (SRDC) mené au sein de la Faculté de droit de Chambéry depuis 2015 [35], qui a conduit à la création de la revue *Jurimétrie* en 2021 [36], du projet Justice algorithmique des élections (JADE) mené à Grenoble depuis 2022 [37] ou du projet approche empirique du droit de l'environnement (AEDE) mené à Toulouse depuis 2022 [38].

20 Si l'on peut se réjouir de ces initiatives et leur tendance croissante à s'articuler les unes aux autres, il faut néanmoins admettre plusieurs choses. La première, c'est que toutes ces démarches et, plus généralement, celle consistant à se saisir et à analyser les décisions de justice du fond pour ce qu'elles ont de spécifique, commandent un travail de remise en perspective de l'analyse des sources juridictionnelles comme du phénomène juridique dans son ensemble. Les tensions perceptibles au sein du discours relatif à l'*open data* des décisions de justice sont précisément liées à cette mise en perspective : questionner la manière d'analyser le droit revient, insensiblement, à questionner ceux qui sont le mieux placés pour le faire. C'est d'autant plus vrai que, pour se saisir d'un objet aussi composite et massif que cet *open data*, une montée en compétences extra-juridiques est sans doute nécessaire et c'est déjà là un obstacle quand la plupart des juristes, même chercheurs, restent formés aux seules techniques et méthodes du droit *en droit*, centrées sur l'analyse

sélective de décisions jugées intéressantes pour les règles qu'elles énoncent. Plus généralement, et c'est une seconde chose à admettre, l'histoire des approches alternatives du droit ne prête guère à l'optimisme. Si l'on considère que la manière de définir les bornes du phénomène juridictionnel à traiter, les modalités de son analyse et les résultats produits font partie intégrante du style de pensée sur lequel repose le collectif de pensée doctrinal français, alors c'est plutôt à la mesure que nous encourage une histoire faite de résistance à la contradiction (Fleck, 2008, p. 55 et suiv.). Il n'est pas acquis que l'*open data* remette en cause le paysage doctrinal français et il est encore discutable que cette remise en cause soit souhaitable. S'il est certain qu'il fournit des données d'autant plus accessibles aux mouvements, projets et initiatives qui promeuvent une compréhension et une appréhension du droit plus proche de sa pratique (ici contentieuse) et qu'ainsi il peut encourager des chercheurs à monter dans le train de ces travaux et à encourager leur développement, il ne faut pas oublier que ce n'est pas la première fois que ce type de train passe. Ce n'est pas non plus la première fois qu'il enclenche une crise quasi existentielle, sans finalement vraiment révolutionner le discours doctrinal français une fois passé [39].

21 Si la doctrine académique française est un Sisyphe, peut-être faut-il donc l'imaginer heureuse, quoi qu'il arrive. Il serait en effet fautif de voir, derrière cette doctrine au singulier, l'illusion d'*une doctrine unique*. Sans pour autant en compter autant que d'auteurs, sans doute faut-il en imaginer au moins deux : celle qui continuera l'étude de ses objets coutumiers à l'aide de ses outils traditionnels et qui en tirera des conclusions toujours renouvelées, même si toujours un peu habituelles ; et celle qui, poussée à la curiosité, l'audace ou la révolution par ces nouveaux objets, cherchera à construire les voies, forcément étroites, nécessaires à leur analyse. Nous laissons celle-ci au bas de sa montagne, et au commencement de sa lutte (Camus, 2000, p. 168).

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 4 novembre 2024.

Bénabou V.-L., 2020, « Manifeste pour des juristes incarnés et sensibles à l'heure de l'intelligence artificielle », dans *Penser le droit de la pensée. Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Paris, Dalloz, p. 715-730

Bordère C., 2023, *La justice algorithmique. Analyse comparée (France/Québec) d'un phénomène doctrinal*, thèse, Université de Bordeaux

Bordère C., 2022, « Que reste-t-il de la première jurimétrie ? », *Jurimétrie*, n° 1, p. 27-52

Bories S., 2012, « Pierre Catala, pionnier de l'informatique juridique », *La semaine juridique.* Édition générale, supplément au n° 20-21 en hommage à Pierre Catala, p. 18-21

Buat-Ménard É., Giambiasi P., 2017, « La mémoire numérique des décisions judiciaires », *Dalloz*, p. 1483-1489

Cadiet L., 2018, « Les promesses d'une justice dite prédictive reposant sur des décisions de justice déjà rendues sont à tempérer […]. En quelque sorte, c'est le rétrospectif qui fait le prédictif ! », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, nº 1, p. 13-18

Camus A., 2020 [1942], *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Folio Essais

Canivet G., 2018, « Les facteurs de transformation du droit », *Enjeux numériques*, nº 3, p. 38-43

Carbonnier J., 2001 [1976], *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ

Catala P., 1994, « L'informatique et l'analyse du procès », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, p. 249-257

Deumier P., 2018, « La justice prédictive et les sources du droit : la jurisprudence du fond », *Archives de philosophie du droit*, t. 60, p. 49-66

Ferey S., 2018, « Analyse économique du droit, Big Data et justice prédictive », *Archives de philosophie du droit*, t. 60, p. 67-81

Fleck L., 2008 [1934], *Genèse et développement d'un fait scientifique*, Paris, Flammarion

Garapon A., Lassègue J., 2021, « Justice digitale deux ans après », dans S. Benisty (dir.), *Varia autour de* Justice digitale. *À propos de l'essai coécrit par Antoine Garapon et Jean Lassègue*, Aix-en-Provence, PUAM, p. 103-111

Godefroy L., Lebaron F., Lévy-Vehel J., 2019, *Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision. Anticiper les évolutions pour les accompagner et les maîtriser*, rapport final de recherche au GIP Mission de recherche Droit et Justice

Gurvitch G., 1986, « Éléments de sociologie juridique. Extraits », *Droit et société*, nº 4, p. 341-345

Henry X., 2011, « Vidons les greffes de la République ! De l'exhaustivité d'accès aux arrêts civils des cours d'appel », *Dalloz*, p. 2609-2616

Huttner L., 2020, « Données à caractère personnel. Décision automatisée et justice », *Répertoire IP/IT et communication*

Jamin Ch., 2006, « La doctrine : explication de texte », dans *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, p. 225-233

Jeannequin A., 2019, « Peut-on parler d'une jurisprudence des cours administratives d'appel ? Réflexions à partir des vingt années de contentieux à la cour administrative d'appel de Douai », *RFDA*, n° 6, p. 1047-1055

Jestaz Ph., 1989, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *Dalloz*, p. 149-153

Lemaire V., 2019, *Le droit public numérique à travers ses concepts émergence et transformation d'une terminologie juridique*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Malabat V., 2019, « Justice prédictive et droit pénal substantiel », dans N. Blanc N., M. Mekki (dir.), *Le juge et le numérique*, Dalloz, Paris, p. 105-114

Maximin A., 1981, « Bases et banques de données juridiques et économiques françaises », *Bulletin des bibliothèques de France*, n° 7, p. 391-405

Mehl L., 1985, « L'amélioration des systèmes documentaires », dans CRID (dir.), *Informatique et droit en Europe*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles/Bruylant, p. 75-95

Melleray F., 2021, « La possibilité d'une jurisprudence locale », *AJDA*, n° 43, p. 2504-2506

Meneceur Y., 2020, *L'intelligence artificielle en procès. Plaidoyer pour une réglementation internationale et européenne*, Bruxelles, Bruylant

Mignot H., Cledes P.-P., 1977, « SYDONI », *Informatica e Diritto*, n° 1, p. 123-147

Renaudie O., 2019, « La jurisprudence administrative à l'ère du *big* et de l'*open data* », dans AFDA (dir.), *Le droit administratif au défi du numérique*, Paris, Dalloz, p. 67-80

Rouyère A., 2019, « Éléments de conclusion », dans AFDA (dir.), *Le droit administratif au défi du numérique*, Paris, Dalloz, p. 225-234

Serverin É., 2009, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond (à propos de l'ouverture à la recherche de la base JURICA) », *Dalloz*, p. 2882-2887

Serverin É., 1993, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société*, vol. 25, nº 1, p. 339-349

Terré F., 1992, « Informatique et sociologie du droit », dans Institut Fredrik R. Bull (dir.), *Droit et informatique. L'hermine ou la puce*, Paris, Masson, p. 155-161

Torricelli-Chrifi S., 2019, « Nouvelles technologies, nouvelle ère : vers une désintermédiation du droit ? », dans H. Simonian-Gineste, S. Torricelli-Chrifi (dir.), *Les professions (dé)réglementées. Bilan et perspectives juridiques*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, p. 299-300

NOTES

1 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

2 L'arrêté du 9 octobre 1946 instituant le premier fichier (papier) des cours et tribunaux auprès de la Chancellerie pose déjà un principe de sélection. Ce principe a ensuite été constamment réaffirmé au travers de textes successifs et des modalités physiques puis informatiques de diffusion des décisions de justice : le décret n° 67-1208 du 22 décembre 1967 (concernant le bulletin mensuel de la Cour de cassation), le décret n° 72-54 du 19 janvier (créant le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation [SDER] et le chargeant de tenir un nouveau fichier central incluant une sélection des « décisions les plus importantes » transmises par les juridictions judiciaires), le décret n° 89-940 du 24 octobre 1984 (créant le Centre national d'informatique juridique [CNIJ] auprès de la Direction des journaux officiels [DJO] et le chargeant d'entretenir un ensemble de bases de données juridiques et de déléguer au secteur privé la diffusion *sélective* des décisions des juridictions du fond), l'arrêté du 12 octobre 1994 (créant la base JOFR de documents publiés au *Journal officiel* et conçue pour intégrer certaines décisions du fond) et finalement le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 (créant Légifrance II et réaffirmant la diffusion de décisions du fond sélectionnées « selon les modalités propres à chaque ordre de juridiction »).

3 Au sein de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

4 D'abord au travers du décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 puis au travers de l'arrêté du 28 avril 2021 auquel il renvoie pour fixer le calendrier de mise à disposition effective des décisions.

5 Il a ainsi démarré par la mise à disposition des arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation (en toutes matières) et s'achèvera par la mise à disposition des arrêts d'appel et décisions du fond en matière contraventionnelle, délictuelle et criminelle.

6 Tous les deux institués par le décret n° 2021-1675 du 30 septembre 2021.

7 Cette expérimentation concernera les tribunaux judiciaires de Bobigny, Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Paris, Rennes, Saint-Denis-de-la-Réunion et Versailles : Cour de cassation, 14 mars 2023, « *Open data* des décisions des tribunaux judiciaires : une nouvelle étape novatrice », [https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2023/03/14/open-data-des-decisions-des-tribunaux-judiciaires-une-nouvelle].

8 Cour de cassation, 13 novembre 2023, « Observatoire des litiges judiciaires », [https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2023/11/13/observatoire-des-litiges-judiciaires-lancement-de-lexperimentation/].

9 C'est-à-dire la dernière année judiciaire « normale » avant à la fois la crise sanitaire liée au Covid-19 et le lancement effectif de l'*open data* des décisions de justice.

10 Pour l'année 2019, suivant les chiffres du *Rapport public 2019* du Conseil d'État, [https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/rapports-d-activite/rapport-public-2019/].

11 Pour l'année 2019 toujours, suivant *Les chiffres-clés de la justice 2020* du ministère de la Justice, [https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/Chiffres%20Cles%202020.pdf].

12 Tous ces pourcentages sont basés sur le nombre de décisions et arrêts disponibles sur Legifrance.gouv.fr au moment de la rédaction de cet article pour l'année 2019.

13 C'est-à-dire depuis l'arrêt Conseil d'État, 10/7 SSR, 17 décembre 1997, n° 181611, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris* (rendu à la suite d'un recours en excès de pouvoir exercé contre les conditions applicables aux concessions de service public mises en place sur la base du décret du 31 mai 1996 précité).

14 Citons, par exemple, les appels d'Évelyne Serverin (2009) ou de Xavier Henry (2011).

15 La nuance résidant dans la tendance accrue des administrativistes à aller rechercher les positions des juridictions du fond (particulièrement des juridictions d'appel) en l'absence ou dans l'attente d'une position de principe du Conseil d'État (ce que confirment d'ailleurs Jeannequin, 2019 et Melleray, 2021) ou dans le cadre spécifique de la procédure de référé fréquemment bornée à la seule juridiction de première instance.

16 Il n'était d'ailleurs même pas vraiment demandé par les praticiens du droit. La démarche était aussi politique qu'économique puisqu'il s'agissait d'accéder aux demandes des acteurs d'un marché à l'époque nouveau, celui de la *legaltech* (incarné, à l'époque de l'annonce de l'*open data*, essentiellement par Doctrine.fr).

17 Particulièrement présente, bien sûr, chez Albert Camus dans son *Mythe de Sisyphe*.

18 C'est-à-dire dans les espaces doctrinaux qui, historiquement, ont porté leur intérêt sur les décisions du fond, nous y reviendrons.

19 Ces articles ont été rédigés par un peu plus de 300 auteurs et ont été publiés entre le 1er janvier 2016 et le 31 décembre 2022. Aucune discrimina-

tion n'a été opérée quant au support de publication, tant que celui-ci était écrit. On retrouve donc à la fois des ouvrages, des articles publiés dans des revues, des papiers déposés sur des plateformes *open source* ou des billets de blog.

20 Que ces effets soient générés par l'*open data* elle-même, ou par la structuration des données qu'elle offre par l'intermédiaire d'outils d'intelligence artificielle commercialisés à cet effet (les outils dits de justice prédictive).

21 C'est-à-dire, très majoritairement, par des avocats et des magistrats. À la marge, notre corpus inclut des contributions rédigées par des notaires, juristes d'entreprise et juristes de collectivités territoriales.

22 Cet effet de nivellement des écrits était inévitable dès lors que nous poursuivions l'objectif de déterminer la pertinence et la signification des réticences *majoritairement* exprimées au sein de ce discours, mais il ne s'agit pas pour autant d'affirmer que l'intégralité ou même la majorité des auteurs s'accorde parfaitement sur son analyse de l'*open data* et des outils construits sur son fondement. Les individualités sont aussi indéniables que remarquables au sein de ce corpus et nous en mentionnerons quelques-unes au sein de cet article.

23 Mobilisé dans 30 % des contributions.

24 Fréquemment opposé au champ lexical du qualitatif et mobilisé dans 52 % des contributions.

25 La différence est de 28 points (l'item est présent dans 14 % des contributions rédigées par des praticiens contre 42 % des contributions rédigées par des auteurs du milieu académique). Nous avons soumis cet écart de mobilisation à un test de correspondance statistique type test de khi-deux (ou x^2) et avons obtenu une valeur $p < 0{,}005$ (indiquant donc un lien statistique entre la profession de l'auteur et le fait de mobiliser ou non cet item).

26 C'est-à-dire des individus exerçant les fonctions d'enseignant-chercheur ou de chercheur au sein d'établissements rattachés au ministère de l'Enseignement public et de la Recherche (les universités, publiques ou privées, le CNRS, les écoles de commerce et les instituts d'études politiques).

27 Tel qu'opposé à la notion de contentieux (Jestaz, 1989) ou à celle d'activité juridictionnelle (Serverin, 1993).

28 C'est-à-dire soit les éléments strictement relatifs aux faits (les événements ayant conduit au litige, des caractéristiques des parties…), soit les

appréciations juridiques relatives à ces faits qui n'apparaissent plus au moment de la cassation (*quantum* de dommages et intérêts, par exemple).

29 Ainsi que la reproduction ou l'évolution, progressive ou brutale, de ces singularités une fois constatées.

30 Sur le processus de disparition progressive de l'Institut, voir Bordère (2022, p. 4).

31 On pense ici à la base JurisData, née des travaux menés par l'IRETIJ, en collaboration avec les Éditions techniques. À ce sujet et sur la genèse de cette base, voir Bories (2012) et Maximin (1981).

32 C'était ainsi les cas des bases du Centre de recherches et de développement en informatique juridique (CEDIJ) jusqu'à leur assimilation par la DJO en 1984 (Mehl, 1985). C'était aussi le cas du Système de documentation national informatisé (SYDONI) développé par le Centre de recherches, d'information et de documentation notariale (CRIDON) de Lyon (Mignot, Cledes, 1977).

33 Et concernant lequel nous renvoyons à Bordère (2022).

34 C'est particulièrement le cas du Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID), du Centre Max Weber pour ses axes de recherches juridiques ainsi que du Centre d'études et de recherches de sciences administratives et politiques (CERSA).

35 Ce projet, mené par Christophe Quézel-Ambrunaz, est soutenu par l'Institut universitaire de France (IUF) et par l'Agence nationale de la recherche (ANR), [https://www.fac-droit.univ-smb.fr/fr/srdc/].

36 *Jurimétrie* est coridigé par Christophe Quézel-Ambrunaz et Vincent Rivollier, [https://www.fac-droit.univ-smb.fr/fr/revue-jurimetrie/].

37 Le projet est mené par Romain Rambaud et articulé autour de la Faculté de droit et d'informatique de l'Université Grenobles-Alpes, du Laboratoire de mathématiques appliquées Jean Kuntzmann et du laboratoire PACTE et soutenu par l'ANR, [https://blogdudroitelectoral.fr/le-projet-jade-descriptif/].

38 Le projet est mené par Julien Bétaille avec le soutien de l'IUF, [https://empiriquedroitenvironnement.wordpress.com/a-propos/].

39 C'est en tout cas le sens des travaux de Christophe Jamin quant au « moment réaliste » du tournant des XIX^{e} et XX^{e} siècles (2006). Toutes proportions gardées, on peut aussi considérer que les efforts des années

1970 à 1990 pour promouvoir la diffusion plus large des décisions de justice ont pu générer ce type de secousses.

RÉSUMÉ

Français
L'*open data* des décisions de justice enclenchée en 2016 se trouve à l'épicentre d'un écosystème politico-économique au sein duquel le discours doctrinal français occupe une place particulière. C'est en tant que destinataire de cet *open data* que ce discours laisse s'exprimer une inquiétude aux accents existentiels : que lui fera la masse de données que représente la production de l'ensemble des juridictions françaises lorsqu'elle se déversera dans les serveurs des juridictions, des éditeurs et des *legaltechs* ? De fait, cette question fait écho à la confrontation des modes habituels de production de connaissance *de droit en droit* avec ceux que l'analyse de l'ensemble des décisions des juges du fond semble commander. Entre maintien d'une appréhension qualitative, sélective et hiérarchique de la jurisprudence et remise en cause de cette logique par celle, quantitative, exhaustive et horizontale, véhiculée par l'*open data* des décisions de justice, il s'agit donc de dépasser l'angoisse que cette question provoque pour envisager des voies de reconstruction, au moins partielle, de la compréhension et de l'analyse du droit juridictionnel.

INDEX

Mots-clés
doctrine juridique, open data, analyse de discours, jurisprudence

AUTEUR

Camille Bordère
Post-doctorante, Chaire de droit public et politiques comparés (Université Jean Monnet Saint-Étienne), docteure en droit public, CERCCLE (EA 7436, Université de Bordeaux) ; camille.bordere@univ-st-etienne.fr

L'accès dérogatoire aux sources du droit et le contrôle de l'intégrité scientifique par des acteurs extra-universitaires

Nicolas Klausser

PLAN

1. Le contrôle de l'intégrité scientifique pour accéder aux archives
   1.1. La mobilisation de l'intégrité scientifique par le contrôle du profil du demandeur d'un accès dérogatoire aux archives
   1.2. La conséquence paradoxale des difficultés d'accès aux archives : quand les règles se retournent contre le chercheur qui les a respectées
2. La mobilisation de l'intégrité scientifique pour contrôler l'usage des données jurisprudentielles

TEXTE

1 Depuis vingt ans, le milieu de l'enseignement supérieur et la recherche a fait l'objet de plusieurs réformes visant à limiter l'autonomie de la recherche et de l'Université, et ayant pour but de « gouverner la science » (Laillier, Topalov, 2022) et d'exercer un contrôle sur la production scientifique (Gautier, Zancarini-Fournel, 2022), en faisant de la croissance économique, de la compétition internationale et de l'innovation technologique ses principales finalités. À ces réformes structurelles s'en ajoutent d'autres qui, de façon plus indirecte, plus diffuse, visent également à exercer un contrôle sur la science, en contrôlant cette fois l'accès à son terrain, à ses sources. Ce constat apparaît particulièrement prégnant lorsque le terrain en cause porte sur l'État et son fonctionnement : un certain nombre de projets de recherche ont en effet pu être confrontés aux difficultés d'accéder à certaines sources, en particulier lorsque l'objet d'études se trouve également être le décideur du droit d'accès aux sources. C'est particulièrement le cas de certaines archives de l'État français, non librement communicables avant un certain délai pour divers motifs, et de l'accès aux décisions de justice rendues par les tribunaux de première instance. Une entreprise de recherche sur de telles sources nécessite de solliciter une demande d'accès déroga-

toire, pour laquelle la personne demandeuse devra présenter certaines garanties. Pour une demande d'accès à des archives ministérielles non librement communicables pour des raisons diverses, telles que la protection du secret médical, du secret de la défense nationale, en cas de risque pour la sûreté de l'État (ces motifs sont listés à l'article L. 213-2 du Code du patrimoine), le service des archives nationales ainsi que le ministère concerné par la demande apprécieront les garanties que présente le chercheur dans l'utilisation de ces données : programme de recherche dans lequel s'inscrit la démarche ; encadrement scientifique ; publications passées et prévues, etc. Il est par conséquent recommandé au chercheur de produire un discours présentant des garanties touchant à sa déontologie. Ce dernier pourra, par exemple, produire un discours démontrant sa déontologie dans l'usage des données sensibles en matière de recherche, à l'aide d'attestations de pairs ou d'articles publiés reposant sur des données similaires. Une fois que les sources souhaitées ont été consultées, l'utilisation de telles données se trouve également encadrée par les instances en ayant délivré l'accès. En 2018, le Conseil d'État a fait évoluer les conditions d'accès à ses bases de données. Depuis, le chercheur désireux d'étudier les jugements rendus par les tribunaux administratifs doit s'engager à, entre autres, détruire les données nominatives une fois le travail achevé et à prévenir le Conseil d'État quinze jours avant toute diffusion publique des travaux issus des données collectées, la violation de ces engagements pouvant justifier la suppression du droit d'accès dérogatoire. Qu'il s'agisse de l'accès aux archives ou à la jurisprudence administrative, l'intégrité scientifique de la personne demandeuse n'est jamais explicitement mentionnée dans les procédures, mais c'est bien elle qui est visée pour autoriser l'accès ou encadrer l'usage des données par celle-ci.

2 **L'émergence récente du traitement juridique de l'intégrité scientifique.** Longtemps englobée sous la terminologie de « déontologie » du chercheur (Truchet, 2021), la notion « d'intégrité scientifique » peut être entendue comme « la conduite intègre et honnête qui doit présider à toute recherche », de laquelle dépendent « la qualité et la fiabilité de la production scientifique » (Corvol, 2016, p. 8). Le Code de conduite européen pour l'intégrité en recherche consacre plusieurs « principes fondamentaux en matière de

recherche » qui « orientent les chercheurs dans leurs travaux ainsi que dans leur engagement envers les enjeux pratiques, éthiques et intellectuels inhérents à la recherche » (ALLEA, 2018, p. 4). Depuis la loi de programmation de la recherche de 2020[1], l'intégrité scientifique fait l'objet d'un encadrement juridique, chaque établissement public de l'enseignement supérieur et de la recherche devant nommer un référent intégrité scientifique (RIS), chargé de recevoir et d'instruire les signalements relatifs à des manquements à l'intégrité scientifique[2]. Pour ce faire, le RIS peut s'appuyer sur un guide établi par le Réseau national des référents à l'intégrité scientifique, en lien avec l'Office français de l'intégrité scientifique. Une fois finalisé, le rapport du référent est transmis au responsable de l'établissement dont il dépend ; celui-ci décide d'ouvrir (ou non) une procédure disciplinaire et donc de soumettre (ou non) le cas à l'instance disciplinaire de l'établissement. Ainsi, le contrôle de l'intégrité scientifique, tout comme le contentieux disciplinaire général des agents de l'enseignement supérieur et de la recherche, est dit auto-régulé[3] : seuls des membres qui le composent sont amenés à contrôler ce qui est un manquement à l'intégrité scientifique et ce qui n'en est pas. Les difficultés suscitées par l'accès aux sources du droit viennent cependant illustrer le fait que d'autres acteurs, extra-universitaires cette fois, peuvent exercer un contrôle sur cette dernière, atténuant ainsi ce principe d'« auto-régulation » de la profession.

3 **Déviance et police administrative de l'intégrité scientifique.** Selon Howard Becker, la déviance est « créée par les réactions des gens à des types particuliers de comportements et par la désignation de ces comportements comme déviants » (Becker, 2020, p. 41 ; Roach Anleu, 2020), au regard d'une certaine conception de la normalité. De par le principe d'auto-régulation de la communauté scientifique, les travaux relatifs à la sociologie de la déviance en matière d'intégrité scientifique (« *scientific misconduct* ») se sont, pour beaucoup, focalisés sur la caractérisation de tels manquements par la communauté scientifique elle-même (Ben-Yehuda, 1986 ; Bechtel, Pearson, 1985 ; Dubois, Guaspare, 2019 ; Larregue, 2022). En effet les « entrepreneurs de morale[4] » en la matière sont, pour la plupart, issus de la communauté scientifique : chercheurs, revues à comité de lecture, sites collaboratifs tels que RetractionWatch ou Pub-Peer, etc. Figures centrales de la nouvelle police administrative de l'intégrité scienti-

fique introduite à partir du milieu des années 2010, les RIS sont également, pour la plupart, des enseignants-chercheurs. Il ressort néanmoins de l'étude des procédures et de certains cas de chercheurs ayant connu des difficultés d'accès aux sources que d'autres acteurs sont amenés à produire un discours, explicite ou plus diffus, ayant trait à l'intégrité scientifique du chercheur. La police administrative de l'intégrité scientifique serait donc également exercée par des acteurs extra-universitaires.

4 **Police administrative de l'intégrité scientifique et accès dérogatoire aux sources du droit.** La présente contribution propose d'analyser deux procédures d'accès aux sources du droit pour tenter de mettre en évidence que leurs acteurs peuvent être amenés à mobiliser, directement ou indirectement, la notion d'intégrité scientifique afin de qualifier des individus comme étant « déviants » au regard de cette dernière, dans le but de limiter de tels accès. Il s'agit finalement d'interroger les processus de production juridique de la déviance (Ogien, 2012) dans le champ scientifique par d'autres acteurs que ceux habituellement envisagés. La première procédure d'accès dérogatoire étudiée n'est pas propre aux sources du droit, car elle vise les archives sujettes à dérogation pour être consultées, ce qui nécessite l'accord des services d'archives, du Ministère ou de la personne publique concernée par ces archives (1). La seconde est, quant à elle, relative à l'accès aux bases de données du Conseil d'État contenant la jurisprudence exhaustive des juridictions administratives, dont l'autorisation d'accès dépend du secrétariat général du Conseil d'État (2).

1. Le contrôle de l'intégrité scientifique pour accéder aux archives

5 Afin de comprendre comment les autorités statuant sur des demandes d'accès dérogatoires sont susceptibles de porter un jugement sur l'intégrité scientifique des chercheurs, il convient de revenir sur le cadre juridique de l'accès aux archives publiques, l'évolution de son régime juridique suscitant des critiques au regard des restrictions instaurées (Cornu *et al.*, 2019 ; Beaud, 1990. ; Combe, 2010). Il s'agit, plus concrètement, de mettre en exergue les opérations juridiques par lesquelles les services des archives peuvent procéder à une appréciation des travaux du demandeur et, partant, de son inté-

grité scientifique, pour justifier un refus d'accès dérogatoire. Pour la présente analyse, ce sont deux dimensions particulières de l'intégrité scientifique qui vont nous intéresser : la première est consacrée par le Code de conduite européen pour l'intégrité en recherche qui, parmi ses principes fondamentaux, énonce celui « d'honnêteté » du chercheur, qui consiste à « élaborer, entreprendre, évaluer, déclarer et faire connaître la recherche d'une manière transparente, juste, complète et objective » (ALLEA, 2018, p. 4). L'objectivité en recherche, notion floue et sujette à des interprétations diverses, est ainsi considérée comme constitutive de l'intégrité scientifique. Le cadre juridique relatif à l'accès dérogatoire aux archives publiques vient illustrer que cette dimension – l'objectivité – peut être mobilisée par l'administration pour apprécier l'intérêt d'une personne à solliciter un accès dérogatoire (1.1). La seconde dimension étudiée est, cette fois, consacrée par la Charte nationale de déontologie des métiers de la recherche, et est relative au « respect des dispositifs législatifs et réglementaires » ; elle suppose notamment que « tout chercheur se tient informé des dispositifs législatifs et réglementaires qui régissent les activités professionnelles et veille au respect des textes correspondants » [5]. Là encore, le régime juridique de l'accès dérogatoire aux archives considérées comme sensibles permet à l'État de jouer avec les règles et, partant, de considérer que des chercheurs méconnaissent le cadre juridique (1.2).

1.1. La mobilisation de l'intégrité scientifique par le contrôle du profil du demandeur d'un accès dérogatoire aux archives

6 L'article L. 213-2 du Code du patrimoine prévoit des délais de communicabilité pour les archives « classifiées », leurs communications étant considérées comme portant atteinte « au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif », au secret médical ou « à la sûreté de l'État, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la protection de la vie privée ». Selon les motifs de restriction retenus, ces documents deviennent en principe librement communicables après des délais de cinquante, soixante-quinze ou cent ans. Néanmoins, à partir de 2011,

une nouvelle doctrine est apparue : l'instruction générale interministérielle (ci-après, IGI) n° 1300 a remis en cause ces délais de communicabilité, en prévoyant que les archives en question devaient être « déclassifiées [6] » par l'administration pour être accessibles. Cela a créé « une procédure lourde et tout entière entre les mains des administrations qui avaient apposé les marques de classification, alors même que légalement [ces archives] étaient librement communicables » (Bellot, 2021 ; Rollin, Wagener, 2021). Cette instruction a été abrogée par le Conseil d'État qui l'a considérée illégale [7], mais certaines de ses dispositions ont ensuite été reprises par la loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement [8]. Cette dernière est venue modifier l'article L. 213-2 du Code du patrimoine, en étendant les catégories d'archives publiques sujettes à une prolongation de restriction d'accès pour une durée « indéfinie » (Wagener, 2022 ; Petitjean, 2021), telles que celles concernant les installations militaires et nucléaires, les « barrages hydrauliques de grande dimension » ou la conception technique « des matériels de guerre ».

7 Saisie de recours exercés à l'encontre de refus d'accès dérogatoire, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) est venue consacrer un droit d'accès aux archives publiques sous conditions, au titre de l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour en apprécier la conventionnalité, la Cour a contrôlé au cas par cas si de tels refus constituaient une ingérence dans le droit à la liberté d'expression du demandeur [9]. Elle a procédé, pour ce faire, à l'appréciation de quatre critères : le but de la demande d'information, la nature des informations demandées, le rôle du requérant, ainsi que la disponibilité des informations recherchées. Le contrôle du troisième critère, à savoir le rôle du requérant, se révèle être l'occasion, pour l'administration comme pour le juge, de produire un discours relatif à la qualité du requérant et, partant, sur la teneur de ses travaux. En définitive, le troisième critère permet d'élaborer des arguments visant à légitimer certains profils de requérants, au détriment d'autres.

8 Par souci de transparence, il convient de préciser le contexte particulier dans lequel cette hypothèse a été formulée, à savoir à l'occasion d'un contentieux initié à la suite d'un refus de communication anticipée de certaines archives du ministère de l'Intérieur sollicitées

dans le cadre des recherches doctorales du présent auteur. Dans son mémoire en défense produit devant le tribunal administratif de Paris, le ministère de la Culture a indiqué, à propos des quatre critères dégagés par la Cour EDH, que les conditions dégagées par celle-ci « pour faire naître un droit d'accès à des informations détenues par une autorité publique en faveur du requérant ne nous semblent pas discutables, M. Klausser confirmant le caractère sérieux de sa démarche et l'intérêt public de son étude, même si le fait que M. Klausser ait débuté sa thèse il y a plus de six ans peut interroger[10] ». Au-delà de la mauvaise foi de ce dernier argument – la demande de consultation a été faite en 2016, soit en 2e année de thèse, la lenteur procédurale n'ayant permis que consulter les documents en question qu'en… 2022, une fois la thèse soutenue –, cet argument laissait sous-entendre qu'une durée de thèse trop longue pourrait remettre en question le caractère sérieux d'une démarche de recherche. Il s'agissait alors de vérifier si d'autres personnes sollicitant un accès dérogatoire avaient pu être concernées par une telle rhétorique visant à décrédibiliser une demande au regard du profil du demandeur et non de ses travaux.

9 Une affaire relative à un refus d'accès aux archives de François Mitterrand portant sur la politique de la France au Rwanda entre 1990 et 1995 fait justement écho à cette rhétorique. Selon un protocole pris en application de l'article L. 213-4 du Code du patrimoine (Canavaggio, 2019 ; Wagener, 2019), les demandes d'accès dérogatoires à ces archives ont été soumises à l'avis de la mandataire de François Mitterrand, Dominique Bertinotti. Dans le contexte de l'annonce de la présidence de la République d'ouvrir aux chercheurs, aux associations de victimes et à la société civile des archives de l'Élysée relatives au génocide des Tutsis au Rwanda, François Graner, auteur d'un ouvrage consacré au rôle de la France au Rwanda, a demandé une consultation anticipée des fonds de François Mitterand. N'ayant obtenu la consultation que d'une partie des documents demandés, celui-ci a entamé une procédure contentieuse devant la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), laquelle a émis un avis défavorable à sa demande, puis devant le tribunal administratif de Paris, lequel a rejeté son recours. Après avoir effectué une mise en balance des intérêts en présence et précisé le contrôle renforcé auquel l'administration et le juge doivent procéder sur de telles demandes

dérogatoires, le Conseil d'État a annulé le jugement précité et a enjoint au ministère de la Culture d'autoriser le requérant à consulter les documents demandés [11] (Rollin, 2020). Un élément déterminant de ce contrôle a été, comme devant la Cour EDH, celui de « l'intérêt légitime du demandeur » qui « doit être apprécié au vu de la démarche qu'il entreprend et du but qu'il poursuit en sollicitant la consultation anticipée d'archives publiques, de la nature des documents en cause et des informations qu'ils comportent ». Dans son mémoire en défense, le ministère de la Culture s'appuie particulièrement sur ce critère :

> « Concernant le rôle du requérant, qui souhaite écrire un ouvrage sur le génocide rwandais, il convient de relever qu'il n'est ni historien, ni universitaire, ni journaliste, mais titulaire de l'agrégation de physique et chercheur au CNRS au sein du laboratoire Matière et systèmes complexe. Cette qualité ne paraît pas de nature à le faire considérer comme un "chien de garde public" au sens de la jurisprudence [...] ou à établir la nécessité d'accéder aux informations contenues dans les archives en cause pour l'exercice de sa fonction. »

10 Se dessine ici une tentative du ministère de la Culture d'opérer un traitement différencié des accès dérogatoires selon la qualité du demandeur et non plus seulement au regard de son « rôle », qui peut être de diffuser des connaissances liées à une thématique, sans casquette universitaire ou scientifique. Dans ses conclusions, la rapporteure publique du Conseil d'État relève que le fait que le requérant « soit membre d'une association qui se présente comme dénonçant toute forme d'intervention néocoloniale en Afrique et comme militant pour une refonte de la politique étrangère de la France sur ce continent n'affaiblit pas cet intérêt : il renforce au contraire le sentiment que M. Graner entend, par ses travaux, alimenter le débat public sur le sujet » (Iljic, 2020). Elle poursuit en relevant que, « dans cette logique, la teneur du positionnement du demandeur, ici clairement critique, est indifférente », car « il serait très contestable » de réserver la consultation anticipée « aux seules personnes dont on peut penser qu'elles entendraient faire des documents obtenus une restitution élogieuse ». Enfin, « quant à la profession de physicien de M. Graner », la rapporteure conclut « qu'elle

n'est pas non plus de nature à atténuer l'intérêt légitime qu'il avance. Seuls comptent la nature des informations en possession de l'administration et le but de sa demande ». Cette dernière phrase est d'importance, car elle va à l'encontre de l'interprétation proposée par le ministère de la Culture dans son mémoire en défense : il ne s'agit pas d'apprécier la qualité des travaux menés par le requérant, ni ses ouvrages, mais le but de sa démarche. Dans son arrêt, le Conseil d'État n'a pas clarifié l'interprétation du critère lié à « l'intérêt légitime du demandeur » et s'est contenté de relever que les demandes en l'espèce s'inscrivaient dans une perspective de publication d'un ouvrage.

11 À défaut de voir les contours de l'interprétation ayant trait au profil du demandeur explicitement tranchés par le Conseil d'État, l'interprétation de ce critère ouvre la voie à un contrôle ne portant pas seulement sur la qualité du demandeur, mais aussi sur la qualité intrinsèque des travaux qu'il mène, sur sa posture critique et, en définitive, sur son éventuel manque d'objectivité. À cet égard, l'intégrité scientifique peut constituer une grille d'évaluation qui permettrait à l'administration de motiver un refus d'accès dérogatoire aux archives.

1.2. La conséquence paradoxale des difficultés d'accès aux archives : quand les règles se retournent contre le chercheur qui les a respectées

12 Une autre dimension relative à la déontologie du chercheur consacrée par la Charte nationale de déontologie des métiers de la recherche est relative au « respect des dispositifs législatifs et réglementaires », supposant que « tout chercheur se tient informé des dispositifs législatifs et réglementaires qui régissent les activités professionnelles et veille au respect des textes correspondants ». Les évolutions récentes relatives à l'extension du délai de non-communicabilité de certaines archives publiques par la loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement constituent de nouveaux moyens pour les services de l'État en charge des archives de restreindre leurs accès pour certains

chercheurs. Une affaire médiatisée par la *Revue XXI* en est un exemple frappant (Billet, 2022).

13 Au cours des années 2010, un certain nombre d'archives relatives à la guerre d'Algérie sont devenues librement communicables en raison de l'expiration du délai de cinquante ans prévu par l'article 213-2 du Code du patrimoine. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'IGI 1300 précédemment évoquée a été révisée par le Gouvernement en 2011 (Bellot, 2021) : la nouvelle version prévoit que tout document portant un marquage « secret-défense » doit être déclassifié par l'autorité compétente avant communication. Il s'agit d'une procédure lourde et, qui plus est, contraire à ce que prévoit l'article L. 213-2 précité. L'application de l'IGI 1300 n'a pas été uniforme : alors que les Archives nationales l'ont appliqué à partir de 2014-2015, le Service historique de la Défense (SHD) ne l'a fait qu'à partir de 2019 (Branche, Morin, Vaisset, 2020). Cette application tardive par le SHD permettait donc la consultation de plusieurs archives relatives à la guerre d'Algérie, notamment celles liées à l'utilisation de gaz toxiques par l'armée française contre les indépendantistes algériens qui se cachaient dans des grottes (Lafaye, 2023). Du fait de l'expiration de ces délais de non-communicabilité, un doctorant a pu légalement consulter certaines archives du SHD relatives à ce sujet à partir de 2015. Mais, en décembre 2019, le SHD a commencé à appliquer l'IGI 1300 et a considéré que les archives en question n'étaient plus librement communicables. Du fait de ce retournement, la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI) a perquisitionné l'appartement et le bureau du doctorant en question, soupçonné de compromission du secret-défense pour avoir consulté – légalement – des archives relatives aux sections des grottes de l'armée française. Si aucune poursuite judiciaire n'a été finalement engagée, le projet de recherche s'est trouvé nécessairement impacté, ne serait-ce que par la rétention du matériel informatique par la DGSI. Cette affaire témoigne de l'effet retors du cadre juridique relatif à l'accès aux archives classées « secret-défense ». Et, si l'IGI 1300 a été annulée par le Conseil d'État, il convient encore une fois de rappeler que la loi du 30 juillet 2021 a repris certaines de ses dispositions en autorisant la prolongation indéfinie de la non-communicabilité de certaines archives étatiques.

14 Ces exemples viennent illustrer le fait que les glissements du droit d'accès aux archives publiques (Wagener, 2022) permettent aux admi-

nistrations chargées de celles-ci non seulement de produire un discours permettant de mobiliser indirectement l'intégrité scientifique pour délégitimer des demandes d'accès dérogatoires, mais aussi de revenir sur certains droits d'accès. La limitation du droit d'accès aux archives opère ainsi à la fois en amont et en aval du droit d'accès. Le régime juridique des archives publiques n'est cependant pas le seul concerné par ce phénomène, comme l'accès aux bases de données de la juridiction administrative en témoigne.

2. La mobilisation de l'intégrité scientifique pour contrôler l'usage des données jurisprudentielles

15 La question de l'accès aux jugements rendus par la juridiction administrative est également l'occasion de mettre en lumière une autre fenêtre par laquelle des acteurs extra-universitaires se retrouvent à évaluer l'intégrité scientifique des chercheurs. Une difficulté récurrente à laquelle se confrontent les personnes désireuses de procéder à une recherche sur l'administration ou la jurisprudence administrative est le manque d'exhaustivité des bases de données publiques. Si l'*open data* des décisions de justice initié en 2019[12] (Alhama, 2019) était supposé faciliter la consultation des décisions rendues, sa mise en application apparaît peu satisfaisante pour les personnes n'étant pas familières avec le codage informatique. Lesdites décisions sont effet des fichiers zip téléchargeables sur le site dédié du Conseil d'État[13], de sorte qu'il est impossible d'effectuer des « recherches avancées » (comme c'est le cas sur Légifrance). Au surplus, tous les jugements rendus ne semblent pas y figurer[14]. Afin d'avoir un accès exhaustif aux jugements rendus par les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel, ainsi que par le Conseil d'État, il faut nécessairement solliciter auprès de ces derniers un accès aux bases de données Ariane, bases internes à la juridiction administrative dont se servent quotidiennement les magistrats. Au Conseil d'État, l'accès à cette base est placé sous la responsabilité du service de diffusion de la jurisprudence au sein du Centre de recherche et de documentation juridique (CRDJ), qui propose aux

équipes de recherche souhaitant la consulter de signer une convention de mise à disposition. Celle-ci permet l'accès encadré à cette base de données afin de mener certaines recherches. Un autre épisode relatif à un programme de recherche reposant sur une telle convention vient mettre en lumière un nouveau mécanisme par lequel des acteurs extra-universitaires, en l'occurrence le Conseil d'État, portent une appréciation sur l'intégrité scientifique d'une équipe de recherche.

16 En 2016, alors que la France est placée sous un régime d'état d'urgence à la suite des attentats commis en novembre 2015 par l'État islamique, le Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF) de l'Université Paris-Nanterre entreprend, avec le soutien financier du Défenseur des droits, une étude sur l'application de l'état d'urgence en France. Une des dimensions de l'étude vise à analyser l'application par l'administration des mesures permises par l'état d'urgence –assignation à résidence, perquisitions administratives, interdictions de séjour, etc. – ainsi que le contrôle opéré par le juge administratif sur celles-ci. Une convention d'accès aux bases de données Ariane Archives est ainsi passée avec le Conseil d'État, permettant de collecter périodiquement les dernières décisions rendues par les tribunaux administratifs. Le 11 octobre 2017, alors que l'étude n'est pas encore finalisée, un article publié dans *Le Monde* et résultant d'échanges avec Stéphanie Hennette-Vauchez, coordinatrice du projet de recherche, souligne notamment le fait que peu de recours exercés par des personnes assignées à résidence ou perquisitionnées aboutissent à une annulation par le juge administratif (Chemin, 2017). L'étude souligne notamment que seulement 10 % des arrêtés d'assignations à résidence ont été annulés ou suspendus, des chiffres qui ne correspondent pas à ceux communiqués par le Conseil d'État à la même période. Jean-Marc Sauvé, vice-président de l'institution à l'époque, se félicite notamment « de l'efficacité du contrôle opéré par le juge administratif », en indiquant que « plus de 20 % des assignations à résidence et plus de 30 % des perquisitions administratives ordonnées sur le fondement de l'état d'urgence ont été annulées, retirées, ou abrogées » (Sauvé, 2017)[15]. Le soir de la parution de cet article dans *Le Monde*[16], Stéphanie Hennette-Vauchez, responsable du programme de recherche et directrice du CREDOF, reçoit un mail de la part de la secrétaire générale du Conseil d'État, puis un

courrier, dans laquelle cette dernière lui reproche d'avoir manqué au code de conduite entre chercheurs et institutions publiques (Hennette-Vauchez, 2023). Cette « méconduite » serait liée à une divergence d'interprétation des termes de la convention de mise à disposition aux bases de données.

17 L'article 6 de celle-ci – un modèle standard – précise que le bénéficiaire de la convention s'engage « à remettre au responsable du service de diffusion de la jurisprudence, pour l'usage de la juridiction administrative, un exemplaire papier ou une copie du fichier numérique du travail universitaire pour lequel la mise à disposition a été convenue ». C'est là où les interprétations divergent, le Conseil d'État (par l'intermédiaire de sa secrétaire générale) considérant que le CREDOF aurait dû le prévenir de la parution de ces résultats dans la presse, tandis que le CREDOF considère pour sa part qu'il ne s'agissait que de résultats intermédiaires n'entrant pas dans les prescriptions de l'article 6 de la convention et que rien ne faisait obstacle à ce que l'équipe de recherche réponde à des sollicitations de presse sur le fondement de ces résultats. Le projet de recherche a néanmoins pu se poursuivre jusqu'à son terme et aboutir à la publication d'un rapport final, lequel a été dûment transmis au Conseil d'État (Hennette-Vauchez *et al.*, 2018). Au-delà des faits relatés ici, ce sont surtout la réaction du Conseil d'État et ses conséquences qui sont révélatrices d'une certaine volonté de contrôle de la recherche *via* le resserrement des conditions de diffusion des résultats issus des consultations de ses bases de données.

18 À ce propos, il est significatif que le modèle de convention d'accès aux bases de données entre le Conseil d'État et le CREDOF ait été modifié après cet épisode. Formellement, il contient désormais un préambule et neuf articles au total (contre six dans l'ancienne version). Les différences notables avec l'ancienne version concernent d'abord le fait que le bénéficiaire s'engage à détruire les données « conservées sous forme nominative dès l'achèvement du travail pour lequel l'accès à Ariane aura été accordé ». Surtout, le bénéficiaire doit désormais remettre au responsable du CRDJ « dans un délai d'au moins quinze jours avant toute diffusion ou publication, quels que soient sa forme et son support, une copie du fichier du travail universitaire pour lequel la mise à disposition a été convenue, y compris si cette diffusion ou cette publication intervient à un stade intermédiaire ». Cette

disposition peut ainsi s'interpréter comme un moyen pour le Conseil d'État de contrôler sa communication, mais aussi comme un moyen de limiter fortement la communication médiatique des personnes liées par une convention et dont les travaux sont encore en cours – il semble en effet peu probable de pouvoir anticiper la publication d'un article de presse au moins quinze jours à l'avance. La nouvelle version de la convention prévoit que, dans le cas où ces stipulations ne seraient pas respectées, le Conseil d'État peut y mettre fin sans préavis. « Le candidat ne pourra pas, dans ce cas, faire usage des données issues des bases Ariane et Ariane Archives qu'il aurait collectées[17] ».

19 En somme, la deuxième version de la convention de mise à disposition des bases de données du Conseil d'État, mise en lumière avec les circonstances liées au projet de recherche du CREDOF, peut s'interpréter comme un mécanisme permettant au Conseil d'État de sanctionner les chercheurs qui ne feraient pas un usage conforme – selon sa propre interprétation – des données collectées dans ses bases. Des principes inhérents à l'intégrité scientifique – telles que le respect des textes réglementaires, ou des règles de bonne conduite entre chercheurs et institutions – peuvent ainsi être mobilisés pour restreindre ou limiter l'usage des données collectées dans les bases de données jurisprudentielles du Conseil d'État. Ces critiques peuvent sembler exagérées, eu égard au fait qu'aucun groupe de chercheurs ne s'est vu refuser ou interrompre une telle convention de mise à disposition pour ces motifs[18]. L'argument est ici que la nouvelle version de la convention a des conséquences plus diffuses, en ce qu'elle peut agir comme un mécanisme disciplinaire visant les chercheurs lorsqu'ils utilisent les données auxquelles ils ont pu accéder par l'intermédiaire de la base. Cela est d'autant plus regrettable que la raison d'être de cette procédure d'accès dérogatoire résulte d'un manque de moyens financiers – et/ou d'un manque de volonté politique – de diffuser l'ensemble des jugements rendus par la juridiction administrative sur une plateforme telle que Légifrance, qui permettrait la recherche ciblée de décisions.

20 Les difficultés d'accès aux archives publiques et aux sources jurisprudentielles montrent que les procédures instaurées permettent aux décideurs de ces accès d'opérer un contrôle sur l'intégrité scientifique des chercheurs. Partant, le contrôle de l'intégrité scientifique

n'est pas le seul apanage de la police administrative récemment instaurée en la matière – par l'intermédiaire des référents –, ce qui amène à une profusion de discours et d'interprétation de celle-ci. Il ressort de cette analyse que l'une des conséquences des difficultés d'accès aux sources réside dans le fait que des acteurs externes au milieu universitaire peuvent se faire entrepreneurs de morale de l'intégrité scientifique, et ce, pour contrôler et limiter l'usage des sources, en particulier sur le droit, par la recherche.

Remerciements : *Pour leur aide, retours d'expérience et partage d'idées dans l'élaboration de cet article, l'auteur tient à remercier particulièrement Noé Wagener, Raphaëlle Branche, Christophe Lafaye, François Graner, Stéphanie Hennette-Vauchez ainsi que les membres du réseau H2C.*

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 14 novembre 2024.

Alhama F., 2019, « Vers une plus grande accessibilité des décisions rendues par les juridictions administratives », *RFDA*, n° 4, p. 695-710

ALLEA (All European Academies), 2018, *Code de conduite européen pour l'intégrité en recherche*, Berlin

Beaud O., 1990, « Les archives saisies par le droit », *Genèses*, n° 1, p. 131-143

Bechtel H. K., Pearson W., 1985, « Deviant scientists and scientific deviance », *Deviant Behavior*, vol. 6, n° 3, p. 237-252

Becker H., 2020 [1963], *Outsiders. Étude de sociologie de la déviance*, Paris, Métailié

Bellot J., 10 septembre 2021, « Archives : le coup de force de l'été », *L'histoire*, [https://www.lhistoire.fr/entretien/archives-le-coup-de-force-de-l%E2%80%99%C3%A9t%C3%A9]

Ben-Yehuda N., 1986, « Deviance in science towards the criminology of science », *British Journal of Criminology*, vol. 26, n° 1

Billet C., 2022, « La guerre des grottes en Algérie », *Revue XXI*, n° 58 [https://www.revue21.fr/la-guerre-des-grottes/]

Branche R., Morin G., Vaisset T., 2020, « Kafka aux Archives », *L'histoire*, n° 470, [https://www.lhistoire.fr/kafka-aux-archives]

Canavaggio P., 2019, « Apparition d'une pratique *contra legem* : le cas des protocoles », dans M. Cornu et al. (dir.), *1979. Genèse d'une loi sur les archives*, Paris, La Documentation française

Chemin A., 11 octobre 2017, « Conseil d'État : quand les recours n'aboutissent pas ou peu », *Le Monde*, [https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/10/11/conseil-d-etat-quand-les-recours-n-aboutissent-pas-ou-peu_5199605_3232.html]

Combe S., 2010, *Les archives interdites*, Paris, La Découverte

Cornu M. et al. (dir.), 2019, *1979. Genèse d'une loi sur les archives*, Paris, La Documentation française

Corvol P., 2016, *Bilan et propositions de mise en œuvre de la Charte nationale d'intégrité scientifique*, rapport remis à Thierry Mandon, secrétaire d'État chargé de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

Dubois M., Guaspare C., 2019, « "Is someone out to get me?": la biologie moléculaire à l'épreuve du Post-Publication Peer Review », *Zilsel*, n° 6, p. 164-192

Faure S., Alonso P., 21 juin 2017, « État d'urgence : des travers dans l'État de droit », *Libération*, [https://www.liberation.fr/france/2017/06/21/etat-d-urgence-des-travers-dans-l-etat-de-droit_1578625/]

Gautier C., Zancarini-Fournel M., 2022, *De la défense des savoirs critiques. Quand le pouvoir s'en prend à l'autonomie de la recherche*, Paris, La Découverte

Hennette-Vauchez S., 2023, « A tale of two stories: Visible and less visible assaults on academic freedom in France », dans F. Mégret, N. Ramanujam (dir.) *Academic freedom in a plural world: Global critical perspectives*, Budapest, CEU Press

Hennette-Vauchez S. et al., 2018, « L'état d'urgence au prisme du contentieux : analyse transversale du corpus » dans S. Hennette-Vauchez (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, rapport, CREDOF, p. 166-246, [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17814]

Henriet P., Ozoulias P., 2021, *Promouvoir et protéger une culture partagée de l'intégrité scientifique*, rapport au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, [https://www.senat.fr/rap/r20-428/r20-4281.pdf]

Iljic A., 12 juin 2020, *Conclusions sous Conseil d'État*, n^{os} 422327, 431026

Lafaye Ch., 2023, « La guerre souterraine et l'usage des armes chimiques en Algérie (1954-1962) », dans Y. Denoël, R. Meltz (dir.), *Mensonges d'État : une autre histoire de la V^{e} République*, Paris, Nouveau Monde Éditions, p. 166-174

Laillier J., Topalov C., 2022, *Gouverner la science. Anatomie d'une réforme (2004-2020)*, Marseille, Agone

Larregue J., 2022, « Sentencing social psychology: Scientific deviance and the diffusion of statistical rules », *Current Sociology*, vol. 72, n° 3, p. 389-406

Ogien A., 2012, « La production sociale de la déviance », in Id., *Sociologie de la déviance*, Paris, PUF

Petitjean G., 2021, « De l'IGI 1300 à la loi PATR, ou comment restreindre l'accès aux archives publiques », [https://lcbam.hypotheses.org/1060]

Roach Anleu S., 2020, « Sociology of deviance and criminal law », dans J. Priban (dir.), *Research handbook on the*

sociology of law, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, p. 318-331

Rollin F., 22 juin 2020 « Politique française au moment du génocide rwandais : les archives politiques sont des archives (presque) comme les autres », *Dalloz Actu Étudiant*, [https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/politique-francaise-au-moment-du-genocide-rwandais-les-archives-politiques-sont-des-archives-pr/h/643bca4f74de5f478c83a94b4b616266.html]

Rollin F., Wagener N., 2021, « Archives classées secret-défense : "communicables de plein droit" ou "librement incommunicables" ? », *AJDA*, n° 5, p. 297

Sauvé J.-M., 7 décembre 2017, *Présentation de l'activité du Conseil d'État dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*, Lysias Sceaux/Association des étudiants publicistes, Sceaux

Serres A. et al., 2023 « Traitement des signalements relatifs à l'intégrité scientifique : manuel de procédures », [https://hal.science/hal-04111790v1]

Truchet D., 2021, « Intégrité scientifique et déontologie : une étude comparée », dans O. Descamps, K. Lairedj (dir.), *L'intégrité scientifique à l'aune du droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, p. 67-78

Wagener N., 2022, « Les glissements du droit d'accès aux archives publiques », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, vol. 69-1, n° 1, p. 13-23, [https://doi.org/10.3917/rhmc.691.0015]

Wagener N., 2019, « Le régime juridique des archives publiques », dans M. Cornu et al. (dir.), *1979. Genèse d'une loi sur les archives*, Paris, La Documentation française, p. 359

NOTES

1 Loi n° 2020-1674 du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur.

2 Décret n° 2021-1572 du 3 décembre 2021 relatif au respect des exigences de l'intégrité scientifique par les établissements publics contribuant au service public de la recherche et les fondations reconnues d'utilité publique ayant pour activité principale la recherche publique ; circulaire n° 2017-040 du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, « Politique d'intégrité scientifique au sein des établissements d'enseignement supérieur et de leurs regroupements, des organismes de recherche, des fondations de coopération scientifique et des institutions concourant au service public de l'enseignement supérieur et de la recherche », NOR : MENR1705751C, 15 mars 2017.

3 Ce principe d'auto-régulation est néanmoins atténué depuis que le Conseil national de l'Enseignement supérieur et de la Recherche (CNESER) est présidé par un conseiller d'État : loi n° 2019-828 du 6 août 2019 et décret n° 2020-785 du 26 juin 2020.

4 H. Becker emploie le terme « d'entrepreneur de morale » pour désigner les individus à l'origine des normes caractérisant des comportements comme étant déviants. Il distingue plus particulièrement deux types d'entrepreneurs : ceux qui créent les normes et ceux qui les font appliquer (2020, p. 171 et suiv.).

5 La Déclaration de Singapour sur l'intégrité en recherche (2010) prévoit également que « les chercheurs doivent se tenir informés des textes législatifs et réglementaires et les respecter ».

6 Instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la Défense nationale, n° 1300/SGDSN/PSE/PSD du 30 novembre 2011.

7 Cons. État, 2 juillet 2021, n° 444865.

8 Loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement.

9 Voir en particulier Cour EDH, Grande Chambre, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bozottsag c/ Hongrie*, n° 18030/11.

10 Tribunal administratif de Paris, 13 mai 2022, 1906187/5-1, mémoire produit par le ministère de la Culture.

11 Cons. État, 12 juin 2020, n° 422 327.

12 Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice ; décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives ; décret n° 2021-1276 du 30 septembre 2021 relatif aux traitements automatisés de données à caractère personnel dénommés « Décisions de la justice administrative » et « Judilibre ».

13 Voir [https://opendata.justice-administrative.fr].

14 Comme a pu le constater Anouk Lamé (voir sa contribution dans le présent numéro).

15 Cette différence s'explique notamment car le Conseil d'État comptabilise les suspensions partielles (c'est-à-dire les décisions qui ne suspendent pas totalement l'arrêté d'assignation à résidence, mais en modifient les modalités de pointage au commissariat, en réduisant la fréquence à trois par jour,

au lieu de quatre) ou les non-lieux à statuer, lorsque l'administration abroge la veille de l'audience.

16 À noter que, quelques mois plus tôt, le 21 juin 2017, le journal *Libération* avait publié un article basé sur un entretien avec Stéphanie Hennette-Vauchez et Serge Slama à propos de ce projet de recherche, qui n'avait pas attiré l'attention du Conseil d'État (Faure, Alonso, 2017).

17 Article 9 du modèle de convention d'accès aux bases Ariane et Ariane Archives du Conseil d'État.

18 L'auteur de ces lignes a pu d'ailleurs bénéficier de trois conventions de mise à disposition.

RÉSUMÉ

Français

Nombreuses sont les entreprises de recherche sur les archives étatiques ou les jugements administratifs qui nécessitent de solliciter un accès dérogatoire. Ainsi, pour une demande d'accès à des archives ministérielles non librement communicables pour des raisons telles que la protection du secret médical ou du secret de la défense nationale, le service des archives nationales ainsi que le ministère concerné par la demande apprécieront les garanties que présente le chercheur. Ce dernier devra alors produire un discours démontrant, notamment, son intégrité scientifique, à l'aide d'attestations de pairs ou d'articles publiés reposant sur des données similaires. Une fois l'accès à ces sources obtenu, l'utilisation des données par le chercheur se trouve également encadrée par les instances ayant délivré l'accès. Le Conseil d'État a, par exemple, fait évoluer les conditions d'accès à ses propres bases de données en 2018. Depuis, le chercheur désireux d'étudier les jugements rendus par les tribunaux administratifs doit s'engager à, entre autres, prévenir le Conseil d'État quinze jours avant toute diffusion publique des travaux issus des données collectées. Qu'il s'agisse de l'accès aux archives ou à la jurisprudence administrative, l'intégrité scientifique du demandeur n'est jamais explicitement mentionnée dans les procédures, mais c'est pourtant elle qui est visée pour autoriser l'accès ou encadrer l'usage des données collectées. Ainsi la présente contribution vise-t-elle à interroger le contrôle de l'intégrité scientifique qui résulte des limitations à l'accès aux sources du droit.

INDEX

Mots-clés
archives publiques, jurisprudence, obstacles, accès aux sources, intégrité scientifique

AUTEUR

Nicolas Klausser
Chargé de recherche CNRS, Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP – UMR 8183, CNRS, ministère de la Justice, UVSQ, CYU) ; nicolas.klausser@cnrs.fr

Réflexions sur la production routinière des jugements d'éloignements par les juges du fond : approche pragmatique et méthodes computationnelles

Anouk Lamé

PLAN

1. Enjeux théoriques et méthodologiques de l'analyse computationnelle du droit
   1.1. Méthodes computationnelles appliquées à l'analyse du droit
   1.2. Présupposés théoriques et méthodologiques
2. Retour d'expérience : analyse quantitative du contentieux de l'éloignement
   2.1. Étapes de construction d'une base de données
   2.2. Approches quantitatives du droit à la vie privée et familiale dans les affaires d'éloignement
3. Discussion : conceptualiser la production routinière des jugements d'éloignement
   3.1. Du pouvoir jurisprudentiel aux productions juridictionnelles
   3.2. Pistes pragmatiques d'analyse des productions juridictionnelles des juges du fond
Conclusion

TEXTE

1 Depuis l'adoption en 2016 de la loi visant à mettre à la disposition du public en données ouvertes toutes les décisions des juridictions françaises[1], les décisions de justice, y compris celles des juges du fond, sont accessibles en *open data*. Ce nouveau matériel empirique pour la recherche en droit se prête particulièrement bien aux analyses dites computationnelles sur le droit. Les approches computationnelles permettent en effet de « lire » des corpus de jugements bien plus larges que ce qui est possible à travers une approche qualitative, tout en ouvrant des possibilités d'analyses quasi qualitatives des raisonnements juridiques que ne permettent pas les approches par les statistiques juridictionnelles. Les approches computationnelles du droit forment un mouvement en développement et, pour

l'instant, sont essentiellement appliquées aux jugements des cours suprêmes ou internationales. L'analyse computationnelle des juges du fond est encore peu explorée, principalement en raison du manque de bases de données exhaustives sur ces jugements. C'est précisément à cette jonction que la publication en France des jugements en *open data* intervient comme source novatrice de recherche sur les pratiques judiciaires.

2 La publication des décisions en *open data* en France permet en théorie de développer une recherche empirique et computationnelle sur l'activité et le raisonnement des juges du fond. En pratique, cependant, ce programme de recherche n'est pas si évident et se heurte à au moins deux obstacles. Un premier qui est technique et pose la question des méthodes adéquates pour observer et analyser un corpus de plusieurs dizaines de milliers de jugements. Un second qui est conceptuel et pose la question de la grille d'analyse appropriée afin d'interpréter ces observations empiriques. Je souhaite avec cette contribution contribuer à réfléchir à ces deux questions et poser les jalons d'un programme de recherche computationnel et pragmatique sur la production de légalité par les juges du fond. Je m'appuie pour cela sur une recherche en cours qui vise à comprendre la définition de l'(in)éloignabilité des étrangers dans les tribunaux administratifs français. Dans le cadre de cette recherche, j'ai créé, à partir de l'*open data*, une base de données du contentieux de l'éloignement. Cette contribution est l'occasion de proposer un retour d'expérience sur les enjeux méthodologiques et théoriques posés par cette base de données.

3 Je préciserai dans une première partie le positionnement ontologique de cette recherche, celui du réalisme juridique ; et l'approche méthodologique que je qualifie de « pragmatique » associée aux méthodes « computationnelles » qui permettent d'analyser de larges corpus de jugements (1). Dans une seconde partie, je présenterai les premiers résultats empiriques sur la pratique du contentieux de l'éloignement dans les tribunaux de première instance (2). Enfin, la troisième partie propose une discussion de ces résultats ainsi que des pistes de réflexion empiriques et conceptuelles qu'ouvre l'*open data* des décisions de justice (3).

1. Enjeux théoriques et méthodologiques de l'analyse computationnelle du droit

1.1. Méthodes computationnelles appliquées à l'analyse du droit

4 Le développement rapide des technologies de l'information et des sciences informatiques a impacté de nombreux champs du savoir. Ces approches numériques ont trouvé un terrain particulièrement fertile dans le programme de recherche des « humanités numériques », néologisme traduit de l'expression anglaise *digital humanities*. Le terme recouvre de nombreuses pratiques de recherche qui ont en commun de se situer « à l'intersection des technologies numériques et des sciences humaines » (Dacos, Mounier, 2015, p. 7). Plus récemment, l'usage des opportunités informatiques pour la recherche juridique s'est développé avec le mouvement des *computational legal studies* ou approches computationnelles du droit [2]. Dans son introduction à l'ouvrage consacré aux *computational legal studies*, Ryan Whalen identifie trois espaces d'intersections entre le droit et le numérique (Whalen, 2020, p. 1–2). Le premier espace est celui, substantiel, des manières dont le droit se saisit des nouvelles questions liées au développement du numérique et des technologies de l'information. Le second espace relève de l'utilisation des nouvelles technologies dans la pratique du droit et du développement des *legal techs*. Enfin, le troisième espace est celui dans lequel les méthodes juridiques computationnelles sont appliquées au droit en tant qu'objet d'étude (Whalen, 2020, p. 2). C'est dans cette dernière déclinaison que s'inscrit cette contribution.

5 Il s'agit donc de mettre les outils d'analyse computationnelle au service de la recherche en droit pour lire et analyser les textes juridiques. La puissance et la mémoire des ordinateurs, ainsi que le développement de nouveaux outils d'analyse textuelle permettent aujourd'hui de déplacer l'analyse computationnelle des nomenclatures et index vers le texte même des décisions de justice. L'analyse quantitative de larges données textuelles s'appuie sur les

méthodes de *natural language processing* (NLP) ou « traitement automatique du langage naturel » (TALN). Cette branche des sciences computationnelles transforme les textes en données que l'ordinateur peut ensuite « lire », ce que la littérature anglo-saxonne appelle le *text as data*. Dans leur ouvrage de référence sur le sujet, Justin Grimmer, Margaret Roberts et Brandon Stewart dressent le tableau des opportunités et des limites de l'approche du *text as data*. Une première observation est qu'un ordinateur ne peut pas « lire » un texte, pas plus qu'il ne peut le « comprendre » ou « l'interpréter ». Un texte peut être considéré comme une forme de donnée, mais il est une donnée particulière. La transformation du texte en donnée repose donc sur la réduction de la complexité d'un texte afin de pouvoir le représenter, tout en conservant les aspects pertinents pour le type d'analyse que l'on souhaite produire (Grimmer, Roberts, Stewart, 2022, p. 28). Par conséquent, il n'existe pas de « parfait » modèle de transformation du texte, la pertinence de chaque modèle dépend de la tâche que l'on souhaite accomplir. En outre, et quelle que soit la sophistication de la méthode computationnelle utilisée, l'ordinateur n'a pas vocation à remplacer l'humain dans le processus de recherche. Les approches computationnelles du *text as data* ne remplacent pas la lecture attentive et qualitative des textes dans leurs contextes, mais elles peuvent permettre de faciliter le travail de la chercheuse. Tandis que, traditionnellement, la recherche en droit est caractérisée par une lecture « profonde » des textes (*deep reading*), les approches computationnelles du droit permettent d'augmenter l'échelle des textes analysés en en faisant une lecture « distanciée » (*distant reading*).

6 Se saisissant de cette opportunité, de plus en plus de chercheurs se sont essayés à l'analyse computationnelle des corpus des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne. Ces recherches s'inscrivent dans la continuité des théories des comportements judiciaires en sciences politiques, développées afin d'expliquer l'apparition des juges constitutionnels et des juges internationaux comme acteurs politiques depuis la seconde moitié du XX^{e} siècle (Tate, Vallinder, 1995, p. 28). Ces théories donnent moins d'importance explicative aux règles elles-mêmes et recherchent les causes du comportement des juges dans des éléments « externes » au droit, tels que l'idéologie et les préférences

des juges (Segal, Spaeth, 2002) ou la nature stratégique du jugement (Epstein, Weinshall, 2021). Appliquant des méthodes et des outils empruntés à l'informatique et aux *digital humanities* pour analyser les textes juridiques et la jurisprudence des tribunaux internationaux, l'objectif est d'acquérir « une compréhension plus profonde de la manière dont les tribunaux internationaux développent le droit international » (Sadl, Olsen, 2017, p. 328). Dans cette optique, des recherches ont été menées à l'aide d'outils informatiques pour extraire des variables de corpus d'opinions judiciaires à grande échelle et pour appliquer l'analyse de corpus, la modélisation de sujets ou l'analyse de réseaux de citations aux textes judiciaires (Frankenreiter, Livermore, 2020). Ces types d'analyse peuvent être utilisés dans une perspective interne, en dialogue avec les approches doctrinales traditionnelles (Dyevre, 2020 ; Olsen, Küçüksu, 2017), mais également dans une perspective stratégique des pratiques argumentatives et rhétoriques des juges (Larsson, Naurin, Derlén, Lindholm, 2017).

7 Les méthodes computationnelles ouvrent donc la porte à l'analyse à grande échelle des jugements des tribunaux. L'utilisation de méthodes quantitatives pour détecter des thématiques ou similarités dans les raisonnements des juges nécessite l'accès à une base de données exhaustive de décisions, ou au moins à un échantillon aléatoire de décisions de justice. Or, la plupart des bases de données publiques ou commerciales existantes de juridictions du fond sont publiées sur la base d'un processus de sélection non aléatoire qui implique une pré-évaluation de la pertinence juridique du jugement par un praticien du droit et ne sont donc pas représentatives d'une population plus large d'affaires (Boyd, Kim, Schlanger, 2020 ; Siegelman, Donuhue III, 1990). Pour cette raison les recherches computationnelles ont pour l'essentiel été menées sur des bases de données jurisprudentielles émanant de tribunaux internationaux ou de juridictions nationales suprêmes. Adopter ces méthodes computationnelles pour analyser les jugements des tribunaux administratifs français requiert, outre une adaptation au contexte juridique national, un effort de théorisation permettant de guider l'analyse.

1.2. Présupposés théoriques et méthodologiques

8 Si cet article se veut avant tout une contribution aux recherches empiriques sur le droit, cela ne signifie en effet pas que la théorie n'y a pas sa place. Au contraire, c'est en rendant explicites les présupposés théoriques et méthodologiques guidant la recherche que peut s'ouvrir une discussion sur ce qu'apporte l'*open data* des tribunaux administratifs en tant que nouvelle source de la recherche sur le droit.

9 Afin d'analyser les pratiques des juges du fond dans le contentieux de l'éloignement, j'ai fait le choix d'adopter une conception du droit inspirée du réalisme juridique. Le réalisme juridique englobe en réalité plusieurs écoles d'approches sur le droit [3]. Malgré les importantes différences entre elles, ces écoles ont en commun de s'accorder sur une ontologie empirique du droit : le droit n'est pas un ensemble abstrait de normes mais un ensemble de faits empiriques qui peuvent être observés, décrits et expliqués (Guastini, 2021, p. 103). Adoptant une conception réaliste, il sera donc admis ici que (1) les normes juridiques sont produites (ou créées) par les décisions des juges, elles ne pré-existent pas à l'interprétation mais en sont le produit ; et (2) le moment de la décision judiciaire n'est pas un acte cognitif (il ne s'agit pas de « trouver » ce que dit le droit pour le cas d'espèce) mais un acte volitif (il s'agit de créer le droit appliqué au cas d'espèce en choisissant parmi plusieurs interprétations possibles).

10 Un objet de la science du droit dans une perspective réaliste est donc l'analyse de la motivation des jugements en tant que pratique argumentative, pour expliquer les raisons conduisant au choix d'une norme ou d'une interprétation au lieu d'une autre. Cette épistémologie descriptive et explicative permet aux approches réalistes du droit d'ouvrir un dialogue avec d'autres disciplines qui se sont également penchées sur le comportement et les décisions des juges, en particulier les théories du comportement judiciaires mentionnées plus haut. Par comparaison avec celles des juges des cours suprêmes et internationales, les pratiques interprétatives et décisionnelles des juges du fond ont fait l'objet de moins de théorisations. En l'absence de théories bien établies sur le comportement et les pratiques inter-

prétatives des juges du fond, qu'une recherche empirique pourrait tester et nuancer, une solution est d'adopter une démarche de recherche plus inductive à partir des données empiriques. Pour mes recherches, j'ai fait le choix de m'appuyer sur une méthodologique pragmatique, qui m'a permis de choisir « où observer » et « qu'observer » de la pratique des juges du fond.

11 Cette approche pragmatique est interprétée au sens large comme une continuation dans le domaine du droit des courants du pragmatisme philosophique et sociologique [4]. Le pragmatisme philosophique émerge aux États-Unis à la fin du XIXe siècle, autour des travaux de Charles Sanders Peirce, William James et John Dewey pour qui on ne peut connaître « l'essence » d'un concept, mais seulement ses effets pratiques et ses conséquences empiriques (James, 2008, p. 36). Presque un siècle plus tard, dans le milieu des années 1980, un nouveau programme de recherche naît dans la sociologie française autour des figures de Luc Boltanski et Laurent Thévenot, d'une part, et de Bruno Latour et Michel Callon, d'autre part [5]. Dans leurs travaux, ces chercheurs pragmatiques ont dirigé leurs investigations vers les moments de dispute, les « épreuves » durant lesquelles l'ordre social est dénaturalisé et sur l'usage pratique de l'argumentation. Sur la base de cela, un premier principe pragmatique peut être tiré, qui est de s'intéresser moins au « pedigree » des normes juridiques et plus à la manière dont ces normes sont « élaborées, invoquées, interprétées, contestées ou écartées en pratique par les acteurs qui agissent dans le monde, et avec quels effets » (Cornut St-Pierre, 2020, p. 11 ; Frydman, 2014, p. 187). L'approche pragmatique est donc parfaitement compatible avec une conception réaliste du droit. Pour le pragmatiste John Dewey : « Nous ne pouvons juger de ce qu'est le droit en tant que fait, qu'en indiquant comment il opère, et quels sont ses effets dans et sur les activités humaines qui se déroulent » (Dewey, 1941, p. 77). C'est cette même intuition qui conduit à l'orée du XIXe siècle les premiers juristes réalistes américains à préférer le « droit en action » au « droit des livres », et les réalistes scandinaves à préférer, à la conception idéelle de validité des normes, celle, factuelle, de leur effectivité (Millard, 2014, p. 92-95).

12 Un second principe pragmatique veut que « ce qui existe vraiment ne sont pas les choses faites mais les choses en train de se faire » (James, 2012, p. 138) [6]. Ce principe de la philosophie pragmatique que l'on doit

à William James trouve sa contrepartie méthodologique dans le « présentisme » du pragmatisme sociologique, selon lequel la priorité analytique est placée sur le présent de l'action et son indétermination relative (Barthe *et al.*, 2013, p. 7). Dans sa thèse sur le travail des concepts par le juge européen, Vincent Réveillère propose un exemple de mise en œuvre de ce principe. Il suit l'approche préconisée par Cyril Lemieux pour analyser les controverses juridiques dans leur dimension instituante, afin d'éviter d'une part la réification de la solution arrêtée par le jugement (l'approche téléologique) et d'autre part l'approche consistant à considérer la controverse juridique comme « un épiphénomène traduisant des oppositions préconstituées » (Lemieux, 2007 ; Réveillère, 2017, p. 36). L'observation des disputes au niveau des tribunaux de première instance est un autre exemple de mise en œuvre de ce principe méthodologique. Il s'agit d'analyser le présent de la controverse sur l'éloignabilité de la personne étrangère, au moment où les juges du fond proposent une première résolution de la dispute, mais une résolution impermanente, car on ne sait pas encore si cette solution fera ou non l'objet d'un appel devant une cour administrative. Ce « présent » de la première instance, dans le cadre des affaires d'éloignement, représente un moment de la dispute d'autant plus particulier qu'il est également celui de la suspension de l'éloignement, dans l'attente du jugement [7].

13 Enfin, le troisième principe guidant mon investigation pragmatique est la notion d'« internalisme », selon laquelle la chercheuse s'attache à prendre au sérieux le sens donné par les acteurs et actrices à leurs actions. Il s'agit de prêter une attention particulière aux définitions et concepts utilisés par les personnes ou qu'elles considèrent comme importants, sans imposer de concepts prédéfinis pour analyser la situation sociale (Lemieux, 2018, p. 19 ; Scott, Marshall, 2009). Ce principe méthodologique résonne avec le récent « tournant technique » dans la recherche sur le droit (Riles, 2005 ; Valverde, 2009). Ces travaux invitent à prendre au sérieux ce que les juges considèrent être important dans leurs pratiques et les outils techniques utilisés dans l'application du droit. Dans le cadre de l'analyse des productions de la légalité dans les tribunaux de première instance, ces pistes de recherche invitent à décrire « dans le détail de leurs manifestations les différentes dimensions sémantique, institutionnelle, cognitive et

volitive que l'application des normes juridiques requiert » (Audren, 2022, p. 8).

14 Ces principes méthodologiques mettent en lumière l'importance du travail d'application pratique des règles dans les tribunaux administratifs, et donc l'intérêt d'avoir accès à cette forme de pratique quotidienne du droit avec la publication de ces décisions en *open data*. Si les lignes jurisprudentielles délimitant les compétences des juges administratifs dans le contentieux de l'éloignement émanent du Conseil d'État, il revient aux juges du fond de naviguer, dans leurs pratiques quotidiennes, dans le labyrinthe procédural de ce contentieux, afin de contrôler la légalité des pratiques étatiques d'éloignement, dans des délais de jugements de plus en plus restreints. Le contentieux de l'éloignement est caractérisé par son caractère massif et routinier, par l'enchevêtrement des règles de procédure dérogatoires et par l'emballement législatif qui tente sans succès de les simplifier depuis quarante ans (Lochak, 2016a, 2016b). Le contentieux de l'éloignement est en outre particulièrement intéressant en raison de l'entrelacs de règles émanant en partie du développement jurisprudentiel du contrôle du juge administratif sur l'éloignement des étrangers et de l'influence du droit de la Convention européenne et du droit de l'Union européenne. Avoir accès aux décisions des juges du fond sur ces sujets permet donc d'accéder à un matériel original et particulièrement riche sur la « vraie vie » du droit européen dans les tribunaux nationaux, faisant écho à un courant émergeant dans la littérature contemporaine (Pavone, 2022). Dans le cadre spécifique du droit des étrangers, cette opportunité empirique est d'autant plus intéressante que les cours européennes justement ont adopté depuis quelques années une forme de « repli » jurisprudentiel par lequel elles s'appuient sur la subsidiarité de leur office pour éviter de se prononcer sur les critères permettant ou non d'éloigner une personne étrangère, laissant aux juridictions nationales le soin de procéder à cet exercice (Çalı, Cunningham, 2021, p. 173 ; Thym, 2019, p. 140).

2. Retour d'expérience : analyse quantitative du contentieux de l'éloignement

15 Les techniques et méthodes présentées plus haut ne sont pas transposables directement à la jurisprudence française. La principale limite est l'interdiction de mener des recherches sur les comportements individuels des juges [8]. En revanche, certaines spécificités du système français et du style de rédaction des décisions offrent des opportunités que ne présentent pas forcément les décisions des juridictions internationales. En particulier, le formalisme et la structure même du texte des décisions permettent d'extraire facilement beaucoup d'informations dans les textes des jugements. C'est ce que la prochaine partie de cette contribution illustre par un retour d'expérience sur la création d'une base de données regroupant le contentieux de l'éloignement dans les tribunaux administratifs français pendant l'année 2023 [9].

2.1. Étapes de construction d'une base de données

16 Le contentieux de l'éloignement est devenu un contentieux de masse dans les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel depuis la création en 1990 d'un recours suspensif contre les mesures de reconduite à la frontière, celles-ci ayant été remplacées par la mesure de l'obligation de quitter le territoire (OQTF) en 2011. Les recours contre les obligations de quitter le territoire représentent la grande majorité de ce contentieux, mais ils co-existent avec les recours contre d'autres mesures d'éloignement, telles que les arrêtés d'expulsion [10], les interdictions judiciaires du territoire intervenant dans le cadre d'une condamnation pénale [11], les transferts Dublin ou accords de réadmission [12] et les refus d'entrée au titre de l'asile [13].

17 La première étape de la construction d'une base de données d'éloignement a consisté à identifier les jugements d'éloignement dans l'ensemble des jugements administratifs. Une simple recherche par

mots-clés dans le texte de la décision n'est pas suffisamment précise pour construire une base de données fiable. Prenons l'exemple des jugements traitant des obligations de quitter le territoire (OQTF). En faisant une recherche avec le mot-clé « obligation de quitter le territoire », on obtient les décisions dont l'objet est l'annulation de l'OQTF, certes, mais également d'autres types d'affaire, dès lors que la personne a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire et que le corps du raisonnement le mentionne, sans que l'annulation de l'OQTF ne soit l'objet même de la requête. Afin de contourner ces difficultés et de constituer une base de données à vocation exhaustive ne comportant *que* les jugements dont l'objet de la requête est l'annulation ou la suspension d'une mesure d'éloignement, j'ai réalisé une recherche par mots-clés ciblée.

18 Le texte des décisions de justice administrative répond à des normes de rédaction et de style très formalisées qui s'inscrivent « dans un cadre général qui donne une unité de ton aux décisions rendues par l'ensemble des juridictions administratives » (Conseil d'État, 2018). Cette unité de ton est un atout pour l'analyse computationnelle du texte. Un jugement administratif est toujours structuré autour de trois parties. Les visas comprennent les conclusions des parties (ce que les parties demandent au tribunal), les moyens des parties (les arguments présentés par les parties en soutien de leurs conclusions), les visas proprement dits (les textes de droit appliqués dans la décision). Les motifs présentent le raisonnement juridique suivi par les juges pour arriver à leurs conclusions. Enfin, le dispositif présente la solution au litige. Si l'on revient au problème pratique de l'identification des jugements dans lesquels un ou une requérante demande au tribunal d'annuler ou de suspendre une décision d'éloignement, la recherche par mots-clés donnera les résultats les plus précis si elle est ciblée sur le texte des conclusions des parties. On obtient ainsi une base de données qui rassemble tous les jugements dans lesquels une personne étrangère demande au tribunal d'annuler ou de suspendre une décision d'éloignement.

Illustration 1. Place du contentieux de l'éloignement dans la production des tribunaux administratifs en 2023



Illustration 1. Place du contentieux de l'éloignement dans la production des tribunaux administratifs en 2023

19 Quelques précisions s'imposent sur le caractère exhaustif de la base de données du contentieux de l'éloignement. Tous les tribunaux ne versent pas systématiquement tous leurs jugements sur la plateforme *open data*. Cependant, j'ai pu observer depuis juin 2022, date des premières mises en ligne, une amélioration dans le nombre de jugements disponibles. À la date de la rédaction de cet article[14], 199 149 jugements ont été téléchargés depuis la plateforme pour l'année 2023, contre les 243 089 affaires jugées par les tribunaux administratifs cette même année d'après les chiffres du Conseil d'État (2024). C'est donc plus de 80 % des jugements qui ont été versés sur la plateforme *open data*[15].

20 D'après les statistiques publiques du Conseil d'État, le « contentieux des étrangers » (qui est une catégorie plus large que celle du contentieux de l'éloignement puisqu'elle regroupe également les refus de visas, de titres de séjour, les rendez-vous en préfecture, etc.) représentait 43 % du total des affaires jugées par les tribunaux administratifs en 2023. La base de données du contentieux de l'éloignement recense, toujours pour 2023, 53 004 jugements d'éloignement, soit 26,5 % de l'ensemble des jugements versés par les tribunaux administratifs sur la plateforme d'*open data*. L'illustration 1 représente la distribution des différents types d'éloignement dans la base de données obtenue. Il apparaît que la très grande majorité des mesures d'éloignement contestées devant les tribunaux administratifs sont des obligations de quitter le territoire (86 %). Les jugements concernant des transferts Dublin représentent 11 % de l'ensemble de la base de données, tandis que le contentieux des refus d'entrée au titre de l'asile en représente moins de 2 %. Sur une année, les affaires d'expulsion et d'interdiction judiciaire du territoire représentent autour de 0,4 % des jugements d'éloignement. Enfin, les remises à un État membre de l'Union européenne ne représentent que 0,2 % des jugements d'éloignement. Cette distribution reste relativement similaire

entre les différents tribunaux administratifs, avec les obligations de quitter le territoire représentant toujours la grande majorité du contentieux de l'éloignement, entre 70 % et presque 100 % dans le cas particulier de Mayotte. La structure du contentieux de l'éloignement varie cependant entre les tribunaux. À titre d'exemple, dans le tribunal de Nantes, les transferts Dublin représentent 30 % des affaires d'éloignement traitées. Les refus d'entrée au titre de l'asile sont eux principalement traités par le tribunal administratif de Paris, qui reçoit 88 % des affaires de refus d'entrée, ce qui s'explique sans doute par la présence des deux principaux aéroports internationaux à Paris.

21 Il est possible d'aller plus loin dans l'analyse computationnelle et d'enrichir la base de données en y ajoutant des variables d'intérêt. Ces variables sont en partie disponibles dans les « métadonnées » accessibles avec le texte des décisions sur la plateforme *open data*[16]. On y trouve par exemple le nom du tribunal, la formation de jugement, la solution, les dates d'audience et de lecture, le code de publication, etc. D'autres variables peuvent être extraites du texte même des jugements, en s'appuyant sur la structuration des jugements et la recherche ciblée de mots-clés. Dans le cadre des affaires d'éloignement, il est par exemple pertinent de rechercher, dans les motifs, la nationalité des requérants ou leur date d'entrée en France. Dans les visas, on peut extraire le cadre juridique de chacune des affaires. Dans le dispositif, il est possible d'extraire la solution du jugement d'une manière qui soit plus précise que la variable disponible dans les métadonnées. J'ai ainsi créé une variable « solution » qui ne conserve que trois valeurs : soit le tribunal juge que la mesure d'éloignement est illégale et dans ce cas la décision d'éloignement ou l'une des mesures administratives connexes (assignation à résidence, délai de départ volontaire, interdiction de retour ou de circulation, etc.) est annulée, soit l'éloignement est légal et la requête est rejetée. Il arrive que certaines affaires ne donnent pas à lieu à un jugement, en cas notamment de non-lieu, désistement ou transfert au tribunal compétent ; dans ces cas, la variable solution prend la valeur « autre solution » dans la base de données. L'extraction computationnelle des données n'est pas infaillible. Dans le cas présent, l'algorithme n'a pas extrait la solution du jugement dans 322 affaires correspondant à la valeur « donnée manquante » de la variable. L'illustration 2 permet de

visualiser les solutions des jugements d'éloignement en valeurs relatives. On observe que 22 % des mesures d'obligation de quitter le territoire sont annulées, soit directement en tant qu'elles obligent la personne à quitter le territoire, soit dans une des mesures connexes, que ce soit la durée de départ volontaire, le pays de destination, l'assignation à résidence ou le placement en rétention. Par contraste, les refus d'entrée au titre de l'asile ne sont annulés que dans 14 % des cas.

Illustration 2. Solution des jugements d'éloignement par type de mesure contestée



Illustration 2. Solution des jugements d'éloignement par type de mesure contestée

2.2. Approches quantitatives du droit à la vie privée et familiale dans les affaires d'éloignement

22 Poursuivant l'enrichissement de la base de données, j'ai fait le choix d'extraire les différentes sources de droit citées à l'appui du raisonnement juridique dans les motifs et, en particulier, les citations de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales (ci-après CEDH) protégeant la vie privée et familiale [17].

23 Le droit à la vie privée et familiale n'est pas un droit absolu : il peut y avoir atteinte à la vie privée et familiale sans qu'il y ait pour autant violation de l'article 8, pourvu que la mesure restrictive soit prévue par la loi, poursuive un des buts légitimes prévus au paragraphe 2 et soit nécessaire pour atteindre ces buts. Par conséquent, la mise en œuvre de l'article 8 requiert un exercice de mise en balance – ou de proportionnalité – entre l'atteinte portée au droit à la vie privée et familiale de la personne en instance d'éloignement, et les raisons pour l'éloignement. Dans sa décision de section du 18 janvier 1991 aux conclusions de Ronny Abraham, le Conseil d'État a jugé, au vu du développement d'une jurisprudence européenne sur le droit à la vie privée et familiale des étrangers en instance d'éloignement, que le

moyen tiré de l'article était opérant dans les affaires d'expulsion et de reconduite à la frontière [18].

Illustration 3. Mobilisation de l'article 8 CEDH dans les jugements d'éloignement



Illustration 3. Mobilisation de l'article 8 CEDH dans les jugements d'éloignement

24 L'illustration 3 permet de visualiser la place que tient le moyen tiré de l'article 8 dans les raisonnements des jugements d'éloignement. On observe qu'il est mobilisé, c'est-à-dire soulevé par le ou la requérante et cité par les juges dans le jugement, dans plus de 40 % des jugements d'obligation de quitter le territoire. En chiffres absolus, l'article 8 de la CEDH est mobilisé dans 19 331 jugements d'obligation de quitter le territoire. Il est en revanche en grande majorité rejeté par les juges et n'a été accepté que dans 1 617 jugements. L'article 8 tient également une place importante dans les jugements d'expulsion, ce qui s'explique par la nature de cette mesure : elle a pour objet d'éloigner des ressortissants étrangers en situation régulière en France et ayant donc développé une vie privée et familiale sur le territoire. En revanche, et encore une fois assez logiquement compte tenu du type de mesure d'éloignement, l'article 8 de la CEDH n'est cité que dans deux jugements de refus d'entrée au titre de l'asile (la personne se présentant aux frontières n'aura que très exceptionnellement une vie familiale à faire valoir en France), même si le moyen est opérant sur ces types d'affaire [19]. À l'inverse, si l'article 8 apparaît dans des jugements d'interdiction judiciaire du territoire, il n'est jamais accepté. Le moyen tiré de l'article 8 n'est en effet pas opérant sur cette mesure, il revient au juge pénal ayant décidé de la peine complémentaire de mettre en balance l'interdiction du territoire avec la vie privée et familiale de la personne condamnée [20].

25 Ces premières étapes de construction d'une base de données du contentieux de l'éloignement dans les tribunaux administratifs permettent de rendre compte des opportunités de recherches empiriques ouvertes par la nouvelle source de la recherche en droit qu'est la publication des jugements en *open data*. Dans le cadre du contentieux de l'éloignement, les outils computationnels ouvrent par

exemple la porte à une analyse empirique de la mobilisation et de l'impact du droit conventionnel européen sur les pratiques juridictionnelles des juges du fond, comme illustré plus haut. Il est certes possible de produire ce type d'analyse sans passer par les méthodes computationnelles. C'est ce qu'a fait Fabrice Langrognet en 2015, lorsqu'il a proposé une approche statistique des usages des articles 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et 8 de la CEDH dans les tribunaux administratifs (Langrognet, 2015). Néanmoins, les méthodes computationnelles appliquées à l'*open data* permettent *a minima* un gain de temps et de ressources, comparativement à l'exercice de « dépouillement exhaustif » des archives contentieuses. La base de données du contentieux de l'éloignement permet de repérer très rapidement les jugements d'éloignement annulant l'éloignement sur le fondement de l'article 8 par exemple, pour en faire une lecture qualitative.

Illustration 4. Longueur du raisonnement juridique sur la vie privée et familiale en fonction du sort réservé au moyen tiré de l'article 8 CEDH dans les jugements d'obligation de quitter le territoire



Illustration 4. Longueur du raisonnement juridique sur la vie privée et familiale en fonction du sort réservé au moyen tiré de l'article 8 CEDH dans les jugements d'obligation de quitter le territoire

26 Mais les outils computationnels permettent également de pousser plus loin les recherches empiriques sur les textes des jugements. Afin d'illustrer les possibilités de recherche empirique sur le raisonnement juridique, j'ai extrait, pour chaque jugement d'obligation de quitter le territoire citant l'article 8, la longueur du raisonnement consacré au moyen de la vie privée et familiale. L'illustration 4 montre la distribution de la longueur du raisonnement vie privée et familiale, en nombre de mots, en fonction du sort réservé au moyen tiré de l'article 8. On observe que le raisonnement de l'article 8 est significativement plus long lorsque le moyen est accueilli (en moyenne 258 mots) que lorsqu'il est rejeté (en moyenne 211 mots)[21]. Ces résultats peuvent être mis en relation avec des travaux récents d'approches computationnelles du droit, qui lient la « qualité » du raisonnement juridique avec les stratégies argumentatives des juges

internationaux, ces derniers développant leur raisonnement juridique dans le but de « parler au pouvoir dans le langage du droit » (« *speaking law to power* ») [Larsson, Naurin, Derlén, Lindholm, 2017]. Afin de pouvoir tirer des conclusions de ce type, il faudrait développer un protocole de recherche approprié qui dépasse le cadre de cette contribution. Néanmoins, ces données suggèrent que le raisonnement des juges du fond peut se prêter à une analyse des stratégies argumentatives, tant et aussi longtemps que l'on garde en tête que cette analyse requiert une compréhension fine des spécificités de la pratique argumentative dans un contexte donné. À titre d'illustration, les enjeux stratégiques diffèrent vraisemblablement entre les juges des cours suprêmes et les juges des juridictions internationales. On observe également, sur la droite du graphique, la présence de « valeurs extrêmes » dans cette distribution, c'est-à-dire de jugements dans lesquels la longueur du raisonnement juridique est plus d'une fois et demie supérieure à la valeur de l'espace interquartile. Ces valeurs extrêmes permettent d'identifier les jugements dans lesquels les juges mettent en œuvre une argumentation largement plus poussée sur le droit à la vie privée et familiale. Cela ouvre de nouvelles questions : qu'est ce qui explique que, dans certains cas, des juges décident de consacrer jusqu'à quatre fois plus de mots que d'habitude à la vie privée et familiale d'un ressortissant étranger en instance d'éloignement ? Plus fondamentalement, si l'approche quantitative présentée permet de repérer des jugements dans lesquels l'interprétation du droit à la vie privée et familiale fait l'objet d'un long raisonnement juridique, quelles conclusions est-il possible d'en tirer pour la recherche en droit ?

27 L'ouverture à une recherche computationnelle des jugements de première instance vient donc renouveler les sources de recherche réalistes sur le droit et offre l'opportunité de tester la pertinence des théories existantes du comportement des juges, en déplaçant l'analyse vers la pratique spécifique des juges du fond.

3. Discussion : conceptualiser la production routinière des jugements d'éloignement

28 L'un des intérêts de cette recherche est de prendre des pratiques qui apparaissent à première vue comme routinières ou de « simple » application des règles, en tant qu'objet d'étude qui vaille la peine d'être creusé. La dernière partie de cet article propose donc une discussion sur les nouvelles formes de connaissance du droit que permet l'ouverture de l'*open data* [22].

3.1. Du pouvoir jurisprudentiel aux productions juridictionnelles

29 Plus on se rapproche de la prise de décision administrative et de la pratique des tribunaux administratifs et plus le poids des règles et des normes semble s'exercer sur le raisonnement des juges du fond. Au point où le modèle formaliste, pourtant aujourd'hui largement récusé, du raisonnement juridique comme pratique syllogistique d'application des règles à un cas semblerait presque le plus adéquat pour expliquer les régularités de jugement observées dans les jugements des tribunaux administratifs, en particulier dans le cadre du contentieux de l'éloignement, dont le caractère répétitif a été souligné précédemment. En observant la pratique des juges du fond, il est peu probable que l'on documente des instances où les juges interprètent de manière novatrice les dispositions existantes afin de tempérer ou d'adouber les velléités des gouvernements successifs de « maîtriser les flux » (Lochak, 2013). Tout au plus pourra-t-on identifier des jugements qui semblent aller à rebours d'une routine contentieuse de traitement accéléré des demandes des personnes étrangères.

30 Le rôle des juges dans le domaine des politiques migratoires a largement été étudié en fonction de leur capacité (ou non) à impacter les politiques migratoires ou, plus récemment, dans la réception des jugements dans le cadre discursif des droits des migrants (Bonjour, 2016 ; Guiraudon, 2000 ; Guiraudon, Lahav, 2000 ; Kawar, 2015 ; Miaz,

2021 ; Sterett, 2016). Dans leur revue de littérature sur le rôle des tribunaux en matière de migration, Rebecca Hamlin et Hillary Mellinger concluent que le pouvoir des juges s'est globalement accru malgré d'importantes variations entre les pays. Elles notent également que :

> « Aux niveaux national et supranational, il n'est pas tout à fait certain que l'implication des tribunaux soit toujours synonyme de pouvoir judiciaire. Parfois, les tribunaux interviennent pour affirmer la légalité de politiques restrictives, et parfois, les tribunaux se contentent de traiter à grande échelle (*large-scale processing*) des affaires de migration sans grand impact jurisprudentiel. » (Hamlin, Mellinger, 2018, p. 106)

31 Les autrices soulignent le fait que les concepts de pouvoir judiciaire ou d'impact des jugements, tels qu'ils sont développés dans la littérature sur le droit et les juges, ainsi que la notion plus doctrinale d'« impact jurisprudentiel » d'un jugement ne sont sans doute pas des outils analytiques pertinents pour donner un sens à la pratique du contentieux de l'éloignement par les juges du fond. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait rien à dire de cette pratique quotidienne du droit. Bien au contraire. La production jurisprudentielle n'est qu'un des aspects de l'activité judiciaire. Il est courant de distinguer, du moins en France, entre deux facettes de l'activité des tribunaux : leur activité jurisprudentielle, de création de droit à travers notamment la rédaction de solution reproductibles ; et leur activité juridictionnelle, qui consiste en la résolution du litige qui leur est soumis (Serverin, 1993). Dans l'un des premiers travaux consacrés aux méthodes du juge administratif, Yves Gaudemet en faisait même la distinction structurante de son ouvrage, entre deux missions du juge, « celle, immédiate, de donner leur solution aux différents litiges qu'on lui soumet ; et celle, occasionnelle, de participer à la création des règles de droit positif » (Gaudemet, 1972, p. 11).

32 Les travaux d'Évelyne Serverin ont permis de tirer les conclusions épistémologiques et méthodologiques de cette distinction, que l'on peut identifier schématiquement à une forme de partage des tâches entre disciplines. Les juristes et la doctrine auront tendance à analyser les décisions pour leurs valeurs jurisprudentielles, tandis que les approches sociologiques du droit seront orientées vers la produc-

tion juridictionnelle des tribunaux, à travers des études ethnographiques ou à travers les statistiques disponibles sur l'activité d'une juridiction donnée. Cette distinction est, bien sûr, la simplification d'enjeux disciplinaires et épistémologiques bien plus larges [23]. Néanmoins, elle permet de mettre en lumière le fait que très peu de recherches en droit prennent pour objet les jugements des juges du fond et qu'il n'est pas évident de proposer une analyse *juridique* de la production juridictionnelle des tribunaux. Pourtant, comme le note Isabelle Sayn, « la connaissance de la production des juridictions permet de connaître ce que les parties et les juges font avec le droit, si et comment ils le mobilisent, dans quelles circonstances et comment les magistrats usent de leur pouvoir souverain d'appréciation, ensemble d'éléments que l'analyse de la jurisprudence ne permet pas d'appréhender » (Sayn, 2019, p. 235).

3.2. Pistes pragmatiques d'analyse des productions juridictionnelles des juges du fond

33 Reposant sur une conception réaliste du droit et une méthode pragmatique, cette recherche permet de placer au centre de l'analyse : les pratiques juridiques des juges du fond, la notion de routine et la transition entre cas d'application « simple » des règles et cas qui sortent de ce cadre. Il est fréquent, suivant les travaux de H. L. A Hart, de distinguer entre les cas « simples » (« *plain* ») d'application des règles et ceux « complexes » qui appelleraient de la part des juges un travail d'interprétation juridique. Certaines affaires seraient donc « simples » : les termes généraux dans lesquels est exprimée la norme seraient suffisamment ordinaires pour ne pas appeler d'interprétation, et son application serait automatique aux cas de l'espèce (Hart, 2012, p. 126). C'est le cas, pour Hart, des affaires familières et répétitives, et cela paraît à première vue s'appliquer naturellement aux affaires du contentieux de l'éloignement. Or, pour les partisans de l'approche réaliste du droit, il n'y a pas de sens ordinaire aux dispositions normatives, pas plus qu'il n'y a d'application automatique de la norme, ainsi que l'exprime Pierre Brunet :

> « [D]ire d'un cas qu'il est facile ou difficile ne décrit rien mais est, au contraire, une appréciation évaluative susceptible de justifier une décision interprétative. Autrement dit, cette distinction est à la discrétion des juges mais elle ne saurait servir d'instrument de mesure d'un pouvoir discrétionnaire lui-même, à proprement parler, incommensurable. » (Brunet, 2016, p. 10)

34 Parce que les juges ne sont pas des bureaucrates, mais bien des autorités d'interprétation « authentique », il leur est toujours possible de décider de dédier au cas d'espèce un peu plus de temps, de se pencher sur les textes existants, éventuellement d'en proposer une nouvelle interprétation. Une piste de recherche s'ouvre alors, celle de questionner les mécanismes par lesquels les affaires d'éloignement sont traitées comme des « cas faciles » et de repérer les endroits ou les moments où se déploie le pouvoir discrétionnaire des juges. Dans le même ordre d'idée, plutôt que de voir la pratique routinière du contentieux de l'éloignement comme une simple application « apolitique » des interprétations du Conseil d'État ou, à l'inverse, comme le spectacle sans cesse répété du déséquilibre des rapports de force entre l'État souverain et l'étranger éloigné, notre approche propose de saisir cette pratique dans sa dimension instituante.

35 À cet effet, un emprunt disciplinaire vers les théories des pratiques bureaucratiques, dans le sillage des travaux de Michael Lipsky, peut s'avérer une piste fructueuse (Lipsky, 2010). Prenant au sérieux la proximité du travail des juges du fond avec le travail bureaucratique des administrations, des travaux ont montré comment, dans le contexte d'un travail routinier d'application du droit, le pouvoir discrétionnaire des juges peut se mesurer à l'aune de leur capacité à adapter le jugement aux spécificités de l'affaire (Biland, Steinmetz, 2017, p. 312). Dans le cadre du contentieux administratif de l'éloignement, on peut alors utiliser des outils computationnels, même aussi simples que compter le nombre de mots d'un raisonnement juridique, pour identifier les jugements dont le raisonnement « sort du lot » et rompt avec la routine d'un contentieux caractérisé par sa répétitivité. Un détour par le modèle développé par Michael Lipsky permet également de déplacer l'attention analytique vers la production d'une routine institutionnelle. Les techniques du contrôle des juges, les règles de procédures formelles et informelles permettant de gérer les

flux du contentieux de masse que représente le contentieux de l'éloignement, créent des régularités de jugement et des « habitudes de juger » qu'il est important de ne pas négliger, puisque ces pratiques institutionnelles définissent, dans la pratique quotidienne du contentieux de l'éloignement, les critères de l'(in)éloignabilité des ressortissants étrangers.

Conclusion

36 L'ambition de cet article était de donner un aperçu des possibilités empiriques ouvertes par la publication en *open data* des décisions des tribunaux administratifs. L'une des innovations permises par l'*open data* est d'ouvrir la porte à une analyse computationnelle du raisonnement juridique des décisions de première instance. Cette innovation technique requiert de s'équiper d'outils conceptuels adaptés et c'est à cet enjeu que la dernière partie de cet article espère contribuer.

37 Une approche computationnelle de la production de légalité au niveau des tribunaux administratifs peut ainsi être utilisée pour analyser les processus de routinisation du contentieux de l'éloignement et les techniques juridiques qui lui sont spécifiques. Il faut néanmoins garder à l'esprit que la lecture distanciée des jugements du fond par ordinateur ne peut s'affranchir d'une lecture humaine et qualitative des jugements et ce, à deux niveaux. Tout d'abord, il est important de vérifier à chaque étape de l'analyse computationnelle ce que l'ordinateur « lit » et ce qu'il en « comprend », et d'ajuster l'algorithme en conséquence. Ensuite, et cette fois en lien direct avec la question de la production de légalité par les juges du fond, il s'agit de garder à l'esprit que l'application des normes, si elle est un objet de recherche juridique, prend son sens lorsqu'elle est analysée en dialogue avec le niveau de la création jurisprudentielle de ces normes. C'est dans ce dialogue que l'on pourra alors distinguer entre ce qui relève de l'application des règles jurisprudentielles et ce qui relève de la création de règles routinières et de pratiques institutionnelles.

38 Cette contribution n'est qu'un premier jalon vers un programme de recherche computationnel et pragmatique sur la production de légalité par les juges du fond. Dans les approches computationnelles en sciences sociales, la théorisation est un processus itératif allant de

pair avec l'analyse empirique. C'est donc en développant la discussion sur les enjeux de l'analyse computationnelle des jugements que l'on verra se dessiner plus clairement à la fois les opportunités de théorisation et les limites de ces approches.

Cette recherche est financée par le Danish National Research Foundation Grant no. DNRF169 et menée sous les auspices du Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for Global Mobility Law.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 6 décembre 2024.

Audren F., 2022, « Un tournant technique des sciences (sociales) du droit ? », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 23, [https://doi.org/10.4000/cliothemis.2635]

Barnier J., 2024, « Extraire automatiquement des informations de décisions des juges aux affaires familiales ? », *Les cahiers de jurimétrie. Justice et numérique. Quels (r)apports ?*, n ° 1

Barthe Y. et al., 2013, « Pragmatic sociology: A user's guide », *Politix*, n° 103/3, p. 175-204

Biland É., Steinmetz H., 2017, « Are judges street-level bureaucrats? Evidence from French and Canadian family courts », *Law & Social Inquiry*, vol. 42, n° 2, p. 298-324, [https://doi.org/10.1111/lsi.12251]

Bonjour S., 2016, « Speaking of rights: The influence of law and courts on the making of family migration policies in Germany », *Law & Policy*, vol. 38, n° 4, p. 328-348, [https://doi.org/10.1111/lapo.12061]

Boyd C. L., Kim P. T., Schlanger M., 2020, « Mapping the iceberg: The impact of data sources on the study of district courts », *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 17, n° 3, p. 466-492, [https://doi.org/10.1111/jels.12264]

Brunet P., 2016, « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques*, n° 147/4, p. 9-25, [https://doi.org/10.3917/caph.147.0009]

Çali B., Cunningham S., 2021, « The European Court of Human Rights and removal of long-term migrants: Entrenched statism with a human voice? », dans B. Çali, S. Cunningham, *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, p. 159-174, [https://doi.org/10.1093/oso/9780192895196.003.0007]

Conseil d'État, 2024, « Chiffres-clés 2023 de la juridiction administrative », rapport d'activité, [https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/rapport-

ts-d-activite/l-annee-2023-en-quelques-chiffres-cles]

Conseil d'État, 2018, « Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative »

Cornut St-Pierre P., 2020, « La technique juridique, objet de science sociale ? Pour une sociologie pragmatique des controverses techniques en droit (*Legal technique, an object of social science? For a pragmatic sociology of technical controversies in law*) », *Jurisprudence. Revue critique*, n° 9, [https://papers.ssrn.com/abstract=3792478]

Cottin M., 2019, « Jurisprudence et contentieux, une (r)évolution à attendre ? », dans I. Sayn (dir.), *Justice et numérique. Quelles (r)évolutions ?*, *La semaine juridique. Édition générale*, suppl. n° 44-45, p. 22-25

Dacos M., Mounier P., 2015, *Humanités numériques*, rapport de recherche, Institut français, [https://hal.science/hal-01228945]

Dewey J., 1941, « My philosophy of law », *My philosophy of law. Credos of sixteen American scholars*, Boston, Boston Law Book Co., p. 73-90

Dyevre A., 2020, « Text-mining for lawyers: How machine learning techniques can advance our understanding of legal discourse », *Erasmus Law Review*, [https://doi.org/10.2139/ssrn.3734430]

Epstein L., Weinshall K., 2021, *The strategic analysis of judicial behavior: A comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press [https://doi.org/10.1017/9781009049030]

Frankenreiter J., Livermore M. A., 2020, « Computational methods in legal analysis », *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 16, p. 39-57, [https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-052720-121843]

Frydman B., 2014, « A pragmatic approach to global law », dans H. Muir Watt, D. P. Fernández Arroyo (dir.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, p. 182-201, [https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198727620.003.0010]

Frydman B., 2013, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, n° 1, p. 92-98

Gaudemet Y., 1972, *Les méthodes du juge administratif*, 1re éd., Paris, LGDJ

Grimmer J., Roberts M. E., Stewart B. M., 2022, *Text as data*, Princeton, Princeton University Press

Guastini R., 2021, « An exercise in legal realism », dans P. Chiassoni, B. Spaić (dir.), *Judges and adjudication in constitutional democracies: A view from legal realism*, Cham, Springer, p. 97-109, [https://doi.org/10.1007/978-3-030-58186-2_5]

Guiraudon V., 2000, « European courts and foreigners' rights: A comparative study of norms diffusion », *International Migration Review*, vol. 34, n° 4, p. 1088-1125, [https://doi.org/10.1177/019791830003400402]

Guiraudon V., Lahav G., 2000, « A reappraisal of the state sovereignty debate: The case of migration control », *Comparative Political Studies*, vol. 33,

n° 2, p. 163-195, [https://doi.org/10.1177/0010414000033002001]

Haack S., 2005, « On legal pragmatism: Where does the path of the law lead us », *American Journal of Jurisprudence*, n° 50, p. 71-106

Hamlin R., Mellinger H., 2018, « The role of courts and legal norms », dans A. Weinar, S. Bonjour, L. Zhyznomirska (dir.), *The Routledge handbook of the politics of migration in Europe*, Londres, Routledge

Israël L. (dir.), 2021, *Causes suprêmes ? Les mobilisations politiques du droit devant les Hautes Cours*, rapport de recherche n° 18.24, Mission de recherche Droit et Justice

James W., 2012, *A pluralistic universe: Hibbert lectures at Manchester College on the present situation in philosophy* », Auckland, The Floating Press

James W., 2008, *Pragmatism: A new name for some old ways of thinking* », Auckland, The Floating Press

Hart H. L. A., 2012, *The concept of law*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press

Kawar L., 2015, *Contesting immigration policy in court: Legal activism and its radiating effects in the United States and France* », Cambridge, Cambridge University Press, [https://doi.org/10.1017/CBO9781107741980]

Langford M., Madsen M. R., 2019, « France criminalises research on judges », *Verfassungsblog*, [https://verfassungsblog.de/france-criminalises-research-on-judges/]

Langrognet F., 2015, « De l'incantation à la norme : l'incidence statistique croissante de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contentieux de l'éloignement des étrangers », *La revue des droits de* l'homme, n° 7, [https://doi.org/10.4000/revdh.1099]

Larsson O., Naurin D., Derlén M., Lindholm J., 2017, « Speaking law to power: The strategic use of precedent of the Court of Justice of the European Union », *Comparative Political Studies*, vol. 50, n° 7, p. 879-907, [https://doi.org/10.1177/0010414016639709]

Lemieux C., 2018, *La sociologie pragmatique*, Paris, La Découverte

Lemieux C., 2007, « À quoi sert l'analyse des controverses ? », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 1, p. 191-212

Lipsky M., 2010, *Street-level bureaucracy, 30th Ann. Ed.: Dilemmas of the individual in public service*, New York, Russell Sage Foundation

Lochak D., 2016a, « L'efficacité ou la justice ? Réflexions à la lumière du contentieux des étrangers », dans R. Matta Duvignau, M. Lavaine (dir.), *L'efficacité de la justice administrative*, Mare & Martin, p. 241-266

Lochak D., 2016b, « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », *Revue française d'administration publique*, n° 159/3, p. 701-714, [https://doi.org/10.3917/rfap.159.0701]

Lochak D., 2013, « Les étrangers face à leurs juges : progrès ou régression de l'État de droit ? », dans M. Wieviorka (dir.), *Rendre (la) justice*, Auxerre, Éditions Sciences humaines, p. 91-108

Meunier J.-G., 2014, « Humanités numériques ou computationnelles : enjeux herméneutiques », *Sens public*, [https://doi.org/10.7202/1043651ar]

Miaz J., 2021, « La co-production conflictuelle du droit. Le rôle des intermédiaires du droit dans la judiciarisation de la politique suisse d'asile », *Droit et société*, n° 107/1, p. 51-66

Millard É., 2014, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 24, [https://doi.org/10.4000/revus.2915]

Olsen H. P., Küçüksu A., 2017, « Finding hidden patterns in ECtHR's case law: On how citation network analysis can improve our knowledge of ECtHR's Article 14 practice », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 17, n° 1, p. 4-22, [https://doi.org/10.1177/1358229117693715]

Pavone T., 2022, « In this bureaucratic silence eu law dies': Fieldwork and the (non)-practice of EU law in national courts », dans A. Vauchez, F. Nicola, M. R. Madsen (dir.), *Researching the European Court of Justice: Methodological shifts and law's embeddedness*, p. 27-48, Cambridge, Cambridge University Press, [https://doi.org/10.1017/9781009049818.003]

Posner R. A., 2004, « Legal pragmatism », *Metaphilosophy*, vol. 35, n° 1-2, p. 147-159, [https://doi.org/10.1111/j.1467-9973.2004.00310.x]

Gautier Cl., Renault E., 2020, « Pragmatism and sociology: The French debate », dans M. G. Festl (dir.), *Pragmatism and social philosophy*, Londres, Routledge, chapitre 5

Réveillère V., 2017, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Paris, Institut universitaire Varenne

Riles A., 2005, « A new agenda for the cultural study of law: Taking on the technicalities essays », *Buffalo Law Review*, vol. 53, n° 3, p. 973-1034

Rosenberg G. N., 1994, *The hollow hope: Can courts bring about social change?*, Chicago, The University of Chicago Press

Sadl U., Olsen H. P., 2017, « Can quantitative methods complement doctrinal legal studies: Using citation network and corpus linguistic analysis to understand international courts international legal heory », *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, n° 2, p. 327-350

Sayn I., 2019, « Connaître la production des juridictions ou prédire les décisions de justice ? », *Les cahiers de la justice*, n° 2/2, p. 229-242, [https://doi.org/10.3917/cdlj.1902.0229]

Scott J., Marshall G., 2009, « Thomas Theorem », dans Id., *A dictionary of sociology*, Oxford, Oxford University Press

Segal J. A., Spaeth H. J., 2002, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, [https://doi.org/10.1017/CBO9780511615696]

Serverin E., 1993, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société*, n° 25/1, p. 339-349, [https://doi.org/10.3406/dreso.1993.1229]

Siegelman P., Donuhue III J. J., 1990, « Studying the iceberg from its tip: A comparison of published and unpublished employment discrimination cases », *Law & Society Review*, vol. 24, n° 5, p. 1133-1170

Sterett S. M., 2016, « Legal mobilization and juridification: Migration as a central case », *Law and Policy*, vol. 38, n° 4, p. 273-279

Tate N. C., Vallinder T., 1995, « The global expansion of judicial power: The Judicialization of politics », dans N. C. Tate, T. Vallinder (dir.), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University Press, [https://doi.org/10.18574/nyu/9780814770078.001.0001], p. 1-10

Thym D., 2019, « Between "administrative mindset" and "constitutional imagination": The role of the Court of Justice in Immigration, Asylum and Border Control Policy, *European Law Review*, vol. 44, n° 2, p. 138-158

Valverde M., 2009, *Law's dream of a common knowledge*, Princeton, Princeton University Press

Whalen R., 2020, « The emergence of computational legal studies: An introduction », dans R. Whalen (dir.), *Computational legal studies*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, [https://doi.org/10.4337/9781788977456.00005], p. 1-8

ANNEXE

MÉTHODE D'EXTRACTION DES DONNÉES

L'extraction des données à partir du texte des décisions repose sur l'utilisation d'expressions régulières (*regex*) : « un mini-langage informatique permettant de décrire et rechercher des motifs complexes dans un texte » (Barnier, 2024, p. 2). Ainsi que le note Julien Barnier, cette méthode a pour inconvénients de nécessiter un long travail d'identification des formes que peuvent prendre l'information recherchée, de présenter un risque de faux positifs (extraction d'une donnée qui ne correspond pas à l'information recherchée) et de dépendre des formulations présentes dans le corpus (et donc de pratiques rédactionnelles susceptibles de changer) [Barnier, 2024, p. 6]. J'ai néanmoins fait le choix de cette méthode en raison du caractère très formel des décisions de justice administrative dont les normes de rédaction, s'appliquant à tous les tribunaux, rendent plus facile l'identification des formes récurrentes. L'utilisation des expressions régulières plutôt que des techniques plus récentes de traitement automatique du langage naturel (TALN) permet également de garder le contrôle sur les sources d'erreur.

L'extraction des données s'est faite en plusieurs étapes : (1) identifier et baliser les différentes parties des décisions (conclusions, visas, motifs,

dispositif) ; (2) identifier les décisions d'éloignement ; (3) extraire la solution du jugement ; (4) baliser le raisonnement lié à l'article 8 CEDH.

1. Baliser les différentes parties des décisions

Comme mentionné dans l'article, je me suis appuyée sur la structuration des décisions de justice administratives en plusieurs parties, que j'ai pu identifier à l'aide d'expressions régulières dans les titres des parties (paragraphes composés d'une seule courte phrase).

Les conclusions des parties sont la plupart du temps introduites par l'expression « Vu la procédure suivante : » ; les moyens par l'expression « Il soutient que : » ; les visas par l'expression « Vu : », les motifs par l'expression « Considérant » et enfin le dispositif par l'expression « Décide » ou « Ordonne ». Pour chacune de ces parties, j'ai recherché les variations de formulations et j'ai ainsi pu créer les expressions régulières pour automatiser le balisage.

Sur l'ensemble des décisions de justice administratives téléchargées depuis juin 2022 (363 224 décisions) :

- Pour 99 % des jugements, l'ensemble des parties (conclusions, moyens, visas, motifs et dispositif) ont été identifiées et balisées.
- Pour 0,9 % des jugements, les conclusions des parties n'ont pas pu être identifiées et balisées.
- Pour 0,06 % des jugements, le dispositif n'a pas pu être identifié et balisé.
- Pour 0,03 % des jugements, les motifs n'ont pas pu être identifiés et balisés.
- Pour 0,02 % des jugements, plus d'une partie est manquante.

2. Identifier les décisions d'éloignement

Dans les conclusions des parties, j'ai ensuite identifié les différentes mesures d'éloignement à l'aide d'une recherche par mots-clés :

- Obligation de quitter le territoire : « quitter le territoire », « quitter sans délai le territoire ».
- Interdiction judiciaire du territoire : « interdiction judiciaire du territoire », « interdiction judiciaire de territoire », etc.
- Transferts Dublin : « transfert aux autorités », « transféré aux autorités », etc.

- Remise État membre : « remettre aux autorités », « remise aux autorités », « remise d'office aux autorités ».
- Refus d'entrée au titre de l'asile : « refusé l'entrée sur le territoire », « refus d'entrée », « refusé l'admission sur le territoire », etc.
- Expulsion : « expulsion du territoire », « arrêté d'expulsion », etc.

Comme à l'étape précédente, j'ai identifié les variations dans les formulations et j'ai extrait le type d'éloignement à l'aide d'expressions régulières. Il a parfois été nécessaire de procéder à des vérifications. Par exemple, pour les refus d'entrée au titre de l'asile, et afin de les différencier des refus d'entrée à la frontière, j'ai vérifié que l'autorité nommée dans le texte était bien le ministre de l'Intérieur (et non le préfet ou la police aux frontières).

3. Extraire la solution du jugement

Le dispositif des décisions de justice administratif est composé de plusieurs articles, traduisant « les différents éléments de la décision du juge », chaque décision du juge donnant lieu à un article distinct (Conseil d'État, 2018, p. 14). J'ai ainsi procédé à une recherche d'expressions régulières pour chaque article, permettant d'extraire les différentes formes des informations suivantes :

- Éloignement légal : « La requête est rejetée ».
- Éloignement illégal : « L'arrêté est annulé », « L'arrêté est suspendu », etc.
- Autre solution : « sursis à statuer », « désistement », « renvoyé à la juridiction compétente », « renvoyé en formation collégiale », « il n'y a plus lieu de statuer », etc.

4. Baliser le raisonnement lié à l'article 8 CEDH

L'identification et l'extraction du raisonnement lié à l'article 8 CEDH repose sur les mêmes méthodes que dans les étapes précédentes.

J'ai d'abord identifié dans le texte des motifs les citations directes de la règle de droit appliquée à l'aide d'expressions régulières. Dans les décisions administratives, la citation de la règle de droit correspond à la première étape du raisonnement juridique et forme la majeure du raisonnement (Conseil d'État, 2018, p. 10). D'après le « Vade-mecum sur la rédaction des décisions », les règles de droit sont introduites soit par l'expression « L'article X dispose que » soit par « Aux termes de l'article Y » (ou, dans la pratique, par d'autres variantes plus rares, qu'il a fallu identifier, comme « Il est disposé

par l'article Z »). J'ai ensuite identifié dans le texte la conclusion du raisonnement à partir d'expressions régulières permettant de reconnaître :

- Les formules de rejet telles que : « le requérant n'est pas fondé à soutenir que […] », « le moyen tiré de […] doit être écarté », « le préfet n'a pas porté une atteinte disproportionnée à […] », etc.
- Les formules d'acceptation telles que : « la mesure a été prise en méconnaissance de […] », « il y a lieu d'annuler la décision », « la requérante est par suite fondée à demander l'annulation », etc.

Une fois identifiées la majeure (la citation de l'article 8 CEDH) et la conclusion du raisonnement, il a été possible d'extraire de manière automatisée le texte entre les deux balises et ainsi d'obtenir le texte du raisonnement lié à l'article 8, ainsi que le sort réservé à l'argument tiré de cette disposition.

La longueur du raisonnement a été calculée à partir du nombre de mots présents dans le raisonnement de l'article 8 ainsi extrait. J'ai utilisé la méthode la plus simple pour compter le nombre de mot, qui consiste à compter le nombre de caractères groupés et séparés d'un espace. Cette méthode a l'avantage d'être très simple à mettre en œuvre, elle a comme inconvénient de compter comme un seul mot l'expression « qu'elle » ou « s'il ». La mesure du nombre de mot étant utilisée comme un indicateur de la longueur du raisonnement, le plus important est d'assurer l'uniformité de la méthode de comptage utilisée afin de pouvoir utilement comparer les résultats.

NOTES

1 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

2 Le terme « computationnel » est également un néologisme formé à partir de l'adjectif anglais *computational* (du latin *computatio*, calcul) utilisé pour caractériser les recherches utilisant l'ordinateur. Pour une discussion sur les différences entre approches numériques et computationnelles, voir (Meunier, 2014). J'ai fait le choix pour le reste de cette contribution de m'en tenir au terme computationnel, qui permet de rester au plus près du terme consacré en anglais.

3 On peut citer notamment le réalisme américain, le réalisme scandinave, le réalisme de l'École de Nanterre en France ou le réalisme analytique italien.

4 Ce projet analytique s'inscrit dans la continuité de l'approche pragmatique des techniques juridiques proposées par Pascale Cornut St-Pierre. Il partage des caractéristiques avec le mouvement du pragmatisme juridique développé aux États-Unis dans le sillage du pragmatisme philosophique (Haack, 2005 ; Posner, 2004), ainsi qu'avec le pragmatisme de l'École de Bruxelles (dont il ne partage cependant pas la dimension prescriptive) (Frydman, 2013).

5 Les deux courants se sont développés séparément, mais leurs travaux sont souvent associés dans les descriptions de ce qui est devenu le pragmatisme sociologique ou la « sociologie des épreuves » (Lemieux, 2018 ; Renault, 2020).

6 Dans la version originale : "What really exists is not things made but things in the making."

7 Le recours contentieux n'est pas suspensif dans les cas d'expulsion.

8 Art. L. 10, § 4, du Code de justice administrative : « Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. » La pénalisation de la recherche sur le comportement judiciaire est une spécificité française, datant de mars 2019, en réaction à un article analysant les biais des juges français de l'éloignement. Pour une discussion, voir : Langford, Madsen (2019).

9 La base de données fera l'objet d'une publication sous la forme d'une *data note* après soumission de la dissertation doctorale. Une description plus concrète des méthodes utilisées et des étapes de la construction de la base de données est disponible en annexe.

10 Art. L. 631 et suiv. du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

11 Art. 131.30 du Code pénal et art. L.721 CESEDA.

12 Règlement (UE) n° 604/2013 du 26 juin 2013 ; art L. 571-1 et suiv. et art. L. 621-1 et suiv. CESEDA.

13 Art. L. 352 CESEDA.

14 La dernière mise à jour de la base a été effectuée le 8 août 2024.

15 Ce pourcentage va probablement augmenter dans les prochains mois, puisque certains tribunaux mettent plusieurs mois à verser leurs jugements.

16 Les décisions sont mises en ligne dans un format .xml, qui permet de stocker différentes informations et contient, outre le texte du jugement, des « métadonnées » qui ne font pas partie du texte du jugement.

17 « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

18 Cons. État, 2e et 6 e sous-sections réunies, 18 janvier 1991, n° 99201.

19 Cons. État, 2 e et 7 e sous-sections réunies, 15 juillet 2004, n° 263501.

20 Notons par ailleurs que la représentation en valeurs relatives ne doit pas faire oublier la structure du contentieux de l'éloignement : seuls cinq jugements d'interdiction judiciaire du territoire mobilisent l'article 8, ce qui représente 3 % du contentieux des interdictions du territoire, qui lui-même représente 0,4 % du contentieux de l'éloignement.

21 Le test de Student réalisé sur les deux groupes donne une valeur t de 13,9 et une valeur de p (*p-value*) largement inférieure à 0.05. Cela permet donc de rejeter l'hypothèse selon laquelle les deux moyennes ne sont pas statistiquement différentes (c'est-à-dire : l'hypothèse selon laquelle la différence de moyenne serait due au hasard).

22 Pour une discussion des conséquences normatives de la diffusion des décisions de justice en *open data* sur la définition de la jurisprudence, voir Cottin (2019).

23 On peut mentionner l'intérêt porté par la sociologie du droit à la production jurisprudentielle des cours supérieures. L'ouvrage de référence ayant ouvert la voie à ce type d'investigation est le travail de Rosenberg datant de 1994, mesurant les effets sociétaux des grandes décisions de la Cour suprême des États-Unis. Pour un exemple récent explicitant les enjeux méthodologiques et disciplinaires de l'analyse sociologique des Cours suprêmes, voir Israël (2021). Pour un exemple de ce type d'approche comparant la Cour suprême des États-Unis et le Conseil d'État français dans le cadre du contentieux des étrangers, voir Kawar (2015).

RÉSUMÉ

Français
Depuis septembre 2021, les décisions de la justice administrative sont progressivement et exhaustivement publiées en *open data*, ouvrant par là un corpus d'une très grande richesse pour les recherches empiriques sur le droit et des opportunités de recherche uniques en Europe. Cependant, un tel matériel, parce qu'il est novateur et unique, requiert de s'équiper d'un outillage méthodologique et conceptuel adapté. C'est à ces deux discussions que cette contribution souhaite apporter des pistes de réflexion, en introduisant un cadre méthodologique inspiré du pragmatisme et des outils dits computationnels, qui permettent d'analyser de larges corpus de données. Il s'agira dans une première partie d'introduire le cadre méthodologique de l'étude et de présenter les récents développements dans la recherche computationnelle sur le droit. Dans une seconde partie seront présentés des résultats empiriques tirés d'un projet de recherche en cours portant sur le rôle des juges dans la définition de l'éloignabilité des étrangers et de la création d'une base de données sur le contentieux de l'éloignement dans les tribunaux administratifs. Ce retour d'expérience est suivi par une discussion conceptuelle qui a pour objectif d'ouvrir un dialogue sur le cadre analytique adapté aux opportunités offertes par l'*open data*.

INDEX

Mots-clés
droit des étrangers, contentieux administratif, méthodes computationnelles, approches empiriques du droit

AUTEUR

Anouk Lamé
Doctorante, MOBILE (Center of Excellence for Global Mobility Law), Université de Copenhague ; anouk.lame@jur.ku.dk

Les archives et le pouvoir : ce que Derrida nous permet de comprendre des décisions du Conseil d'État

Victor-Ulysse Sultra

PLAN

1. L'importance de l'archive dans l'étude du formalisme juridique
2. L'archive chez Derrida, une ambivalente projection du pouvoir
3. La décision juridictionnelle comme archive

TEXTE

1 Cette contribution avait pour titre initial « L'accès aux archives et au raisonnement du juge : la jeune recherche face à l'occultisme d'État » et c'est ainsi qu'elle fut présentée le 2 juin 2023 au colloque qui a donné lieu à cette publication. Il s'agissait d'une tentative maladroite de démontrer que le Conseil d'État entretiendrait une conception *occultiste* de sa fonction. La démonstration s'appuyait essentiellement sur le cas particulier de son *raisonnement*, à partir d'une perspective historique et archivistique.

2 Un double constat nous avait conduits à adopter, initialement sur le ton de la boutade, la notion « d'occultisme » pour qualifier le rapport que les juridictions de droit public françaises entretenaient avec leur pouvoir (spécialement le Conseil d'État et, dans une moindre mesure, le Conseil constitutionnel).

3 Le premier constat, factuel, était relativement simple et partagé par tous ceux qui travaillent sur le Conseil d'État : l'accès à ses archives est très difficile. Il est volontairement ou structurellement empêtré dans un réseau de contraintes – qui se lèvent brutalement quand les bons accès sont mobilisés.

4 Le second constat, analytique, était plus délicat à poser. À l'occasion de recherches sur la fonction consultative du Conseil d'État, nous avons découvert les procès-verbaux (PV) de l'assemblée générale du Conseil d'État[1] à l'occasion du second référendum de 1962 – celui sur

l'élection du président de la République au scrutin universel direct du 28 octobre. D'immenses problèmes avaient été soustraits au regard public, car l'avis du Conseil d'État sur ce projet de référendum était rédigé dans le formalisme le plus classique. Mais la lecture du PV a révélé une assemblée divisée, incertaine et chahuteuse, à l'opposé de la lisse et policée quasi-unanimité de l'avis (Sultra, 2022). L'avis ne parle que d'agencement d'articles constitutionnels et de garanties démocratiques fondamentales, alors que les conseillers ont parlé de Boulanger, de coup d'État, d'interprétation marxiste de la Constitution par le général de Gaulle… Bref, là où la discussion était passionnante, riche, complexe et humaine, l'avis était pauvre et historiquement frustrant.

5 Plus encore, sur le fond, l'essentiel des discussions des conseillers s'était concentré sur le rôle du Conseil d'État dans sa fonction consultative. De vrais choix avaient été faits à ce moment-là par le Conseil et leur découverte aujourd'hui permet d'éclairer bien différemment l'avis. Toutes ces questions sont absentes de l'avis. L'enquête historique sur la « proprioception », pour emprunter un vocabulaire médical, du Conseil d'État était vouée à l'échec sans l'accès au PV.

6 Lors du colloque, nous avions tenté de montrer que le Conseil d'État cachait ses « vraies » raisons derrière le paravent de la rédaction formaliste de son avis, qui n'articulerait ainsi que de « fausses » raisons, ou des raisons superficielles. C'est ce rapport que nous avions entendu qualifier *d'occultiste* en nous appuyant sur la définition que Papus, le « pape des sciences occultes » en faisait : science du caché, science cachée et science « cachante » (Papus, 1900). Pour en résumer l'idée, l'occultisme est cette doctrine selon laquelle des rapports souterrains aux rapports scientifiques formels existent (*occultati*), et qu'ils peuvent être connus. Cette connaissance doit être réservée à une élite rigoureusement sélectionnée (*occulta*) et communiquée à travers une langue secrète pour s'assurer que le commun des mortels ne peut la comprendre (*occultans*).

7 La première version de cette contribution avait ainsi cherché à qualifier et à présenter l'occultation que le Conseil d'État mettait en œuvre entre ses discussions d'un côté et ses actes tels qu'il les communique de l'autre. L'audience n'avait pas été pleinement convaincue et, pour cause, de nombreux fils de la démonstration n'avaient pas été tirés.

Nous allons essayer de pallier les défauts qui avaient été révélés. Des critiques de trois ordres avaient été adressées : tout d'abord, l'avis ne serait pas une « vraie » décision, c'était un texte *consultatif*. De plus, il n'était pas censé être publicisé : le traiter comme un acte de « communication » serait ainsi une erreur de nature et dénaturerait la discussion et l'avis lui-même. Enfin, l'articulation entre de « vraies » raisons, secrètes, et de « fausses » raisons, publiées, était trop schématique.

8 La critique résidait ainsi dans la faiblesse du second constat, et particulièrement dans la qualification et l'explicitation scientifique du lien entre la « discussion » et la « décision ». Autrement dit, d'un côté, le lien entre raisonnement du juge et accès aux archives n'était pas solidement établi et, de l'autre, il n'était pas assez rigoureusement qualifié.

9 Pour essayer de répondre à ces objections, il nous faut les reprendre dans l'ordre la démonstration. Nous devons fixer avec plus de précision la raison pour laquelle l'accès aux archives est important dans l'étude du formalisme juridique. Cela permettra de justifier le lien entre l'accès aux archives du Conseil d'État et la question du formalisme juridique, puisque le thème du colloque dont est issue cette contribution portait, après tout, sur l'accès aux sources [2]. Une fois cet obstacle levé, la duplicité des décisions du Conseil d'État pourra être mieux appréhendée à travers les concepts de *trace* et *d'archive* chez Derrida, qu'il faudra préalablement expliciter. Cette duplicité permettra d'étudier les *textes* des décisions juridictionnelles eux-mêmes comme des *archives* au sens derridien, en ce qu'ils sont des projections du pouvoir qui jouent sur l'explicite et le caché.

1. L'importance de l'archive dans l'étude du formalisme juridique

10 Les problèmes de communication *juridique* des décisions juridictionnelles ne sont pas nouveaux. La « communication *juridique* » s'entend ici comme l'activité de signification des décisions juridictionnelles du point de vue normatif – bref, l'explicitation du contenu et du raisonnement *normatifs* de leurs décisions. Depuis bien longtemps, on reproche aux décisions des juridictions françaises leur

manque de communicabilité (Laubadère, 1979-1980). On n'est pas sûr de savoir ce qu'elles veulent nous dire. Et c'est un problème qui n'est pas seulement celui d'un jeune chercheur inexpérimenté et encore incertain : les voix les plus autorisées se sont, il y a de longues années déjà, inquiétées de ce manque général de clarté des décisions de justice (Tunc, Touffait, 1974).

11 La critique fut particulièrement renouvelée au tournant des années 2000-2010 (Ducamin, 1998 ; Desmons, 2002 ; Fardet, 2013 ; Pellissier, 2014), menant aux réformes « stylistiques »[3] des décisions de justice françaises avec l'abandon de l'« attendu » ou du « considérant », la simplification générale des phrases, notamment avec la fin des trop longues subordonnées (« qu'il est constant que… »)[4]. Les critiques semblaient essentiellement viser l'accessibilité *démocratique* des décisions que les justiciables ne parviendraient pas à comprendre pour des raisons de style[5].

12 Cependant, la question de l'intelligibilité des décisions – particulièrement celles du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel – n'a pas disparu avec le changement de style. Pour ne prendre que deux exemples, la doctrine – même celle dite « organique » ! – s'est ainsi montrée incertaine sur la nature ou la portée réelle de la liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative de vivre « dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » (Ranquet, 2022 ; Janicot, Pradines, 2022) que le Conseil d'État a « reconnue »[6]. La décision « réforme des retraites » du Conseil constitutionnel a aussi été critiquée pour son manque de pédagogie : le Conseil nous apprend ainsi que « si l'utilisation combinée des procédures mises en œuvre a revêtu un caractère inhabituel, en réponse aux conditions des débats, elle n'a pas eu pour effet de rendre la procédure législative contraire à la Constitution. Par conséquent, la loi déférée a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution[7] ».

13 Les remarques, ou critiques, s'éloignent alors de l'intelligibilité démocratique pour se rapprocher d'un problème qui se cache souvent derrière celui de l'intelligibilité : la doctrine n'est pas satisfaite/convaincue/certaine des *raisons* que la juridiction avance pour *justifier* la décision en cause. C'est pourtant le but *avoué* de la motiva-

tion des décisions de justice, comme l'indique le Conseil d'État dans son vade-mecum précité :

> « Dans l'idéal, la décision doit pouvoir convaincre les parties de bonne foi de ce que la solution adoptée s'explique et se justifie par des raisons objectives et compréhensibles. Le rédacteur doit ainsi veiller à ce que sa décision soit, pour les parties qui en sont les premiers destinataires, lisible, convaincante et intelligible [8]. »

14 Pour reprendre les exemples du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, on est en droit de se demander pourquoi le premier veut consacrer la liberté fondamentale qu'il reconnaît : pourquoi cette formulation, pourquoi *ces* conditions d'intérêt à agir, etc.[9]. Pour le Conseil constitutionnel, les « parties » intéressées à la question auraient souhaité une explication plus développée de ce que le Conseil entend par « procédure législative conforme à la Constitution » et de la raison pour laquelle une procédure législative est conforme du seul fait qu'elle n'est pas « contraire » à la Constitution ? Autrement dit, pourquoi le juge fait-il ce qu'il fait, de cette façon et pas d'une autre ? Ce sont des questions – sur la texture d'une liberté fondamentale autant que sur l'idée que notre juridiction constitutionnelle se fait de la notion de « débat parlementaire » – auxquelles nous n'avons que d'insatisfaisantes réponses.

15 Il est très probable, même certain, qu'à la date des décisions visées, les deux Conseils avaient bien une vision relativement claire des réponses qu'ils pourraient apporter à ces questions. Cependant, ils ont *choisi* de ne pas communiquer directement ces éléments et ont laissé aux commentateurs plus ou moins « organiques » le soin de *suggérer* des pistes. On sait, par la doctrine « organique » du Conseil d'État, que, derrière la définition de la liberté fondamentale consacrée de vivre dans un environnement sain, il y a aussi des enjeux de gestion du prétoire, autant qu'une réflexion sur la véritable texture juridique que pourrait recevoir cette « liberté » dans ce contentieux (Ranquet, 2022 ; Janicot, Pradines, 2022). On sait aussi que le cumul des outils constitutionnellement reconnus au Gouvernement ne constitue pas une procédure législative imparfaite parce que le Conseil constitutionnel a un rapport textualiste et littéraliste à la Constitution : ce qu'elle n'interdit pas explicitement, il est réticent

à l'interdire *proprio motu* (Beaud, 2023 ; Benzina, 2023 ; Dufour, 2023 ; Daugeron, 2023).

16 La décision juridictionnelle – c'est-à-dire l'acte juridique officiellement communiqué par la juridiction – devient le principal obstacle à l'analyse des *actions* concrètes de la juridiction. On ne peut pas vraiment comprendre la décision du Conseil d'État sur l'article premier de la Charte de l'environnement sans avoir lu les conclusions du rapporteur public Philippe Ranquet. On ne peut pas vraiment comprendre le raisonnement du Conseil constitutionnel sans avoir auparavant compris qu'il fallait adopter une certaine posture de lecture du texte constitutionnel.

17 Mais, au risque d'énoncer des platitudes, l'étude du droit n'est pas qu'une description du résultat juridique des actes étudiés. Elle vise bien davantage à en comprendre les raisons, le fonctionnement, la portée, le sens et l'importance. Or, d'entrée de jeu, la *rédaction* de ces textes – parce que la décision juridictionnelle est avant tout un *texte* – offusque : elle cache et dissimule. L'expression du pouvoir juridictionnel en France – en réalité, partout où le formalisme rédactionnel est de rigueur[10] – se caractérise par un jeu entre l'explicite – les raisons formellement soutenues par la juridiction –, l'implicite – les raisons formellement attribuées à la juridiction par la « doctrine organique » – et l'indicible – les enjeux qui sont matériellement présents dans le débat, mais qu'aucun rattachement formel ne permet d'attribuer à la juridiction.

18 Un ensemble d'outils rhétoriques est alors déployé pour contingenter ces régimes de diction et présenter l'image qu'ils ne s'entremêlent pas. C'est le rôle, par exemple, de la « gradation » des contrôles du juge : restreint à l'erreur manifeste, normal de légalité ou encore maximal de proportionnalité. Cette gradation est censée permettre la division claire des tâches entre le contrôleur et le contrôlé. À l'administration (ou au supérieur hiérarchique) le soin de prendre des décisions « discrétionnaires » (ou d'exercer un contrôle de l'opportunité sur les décisions) ; au juge le soin d'en contrôler les erreurs manifestes ou la légalité pleine et entière.

19 Ces concepts sont présentés comme étant clairs, là pour garantir la séparation des fonctions ; ils sont dotés, ou revêtus, de la qualité d'être des évidences. De cette évidence, ils en tirent l'avantage d'être

apparemment neutres : ils n'exprimeraient pas d'opinion « politique » de l'organe décisionnaire juridictionnel et organiseraient effectivement et objectivement les résultats contentieux. Mais, derrière ces concepts présentés comme étant formellement clairs et axiologiquement neutres, se cachent en réalité des enjeux capitaux pour les juridictions. Ces commentaires ne sont pas nouveaux et la doctrine a, depuis longtemps, montré en quoi ces concepts présentés comme clairs sont bien plus confus et vivants que la présentation qui en est faite par les décisions juridictionnelles [11].

20 On l'a rapidement évoqué plus haut, les discussions du Conseil d'État dans son avis du 1er octobre 1962 ont porté sur la compétence et la fonction consultatives du Conseil. On n'en trouvera aucune trace dans le texte de l'avis. Le dispositif retenu par le Conseil d'État dans son avis a été déterminé au moins autant par l'attachement des conseillers aux garanties démocratiques de l'article 89, qu'au compromis sur la place que pouvait avoir le Conseil d'État dans une consultation sur un projet de loi que les conseillers estimaient être gravement inconstitutionnel.

21 Il y a une certaine forme de dissimulation entre la discussion et le texte adopté. Sa nature et sa consistance restent encore à déterminer.

2. L'archive chez Derrida, une ambivalente projection du pouvoir

22 Le jeu entre l'indice et son offuscation a été particulièrement mis en lumière par Jacques Derrida dans son ouvrage désormais classique *De la grammatologie* (1967) par les « concepts » de *trace*, *architrace* et de *rature* (Secret, 2012 ; Lobo, 2017 ; Alombert, 2023). Comme il l'indique :

> « La trace n'est pas seulement la disparition de l'origine, elle veut dire ici – dans le discours que nous tenons et selon le parcours que nous suivons – que l'origine n'a même pas disparu, qu'elle n'a jamais été constituée qu'en retour par une non-origine, la trace, qui devient ainsi l'origine de l'origine. Dès lors, pour arracher le concept de trace au schéma classique qui la ferait dériver d'une présence ou d'une

> non-trace originaire et qui en ferait une marque empirique, il faut bien parler de trace originaire ou d'architrace. Et pourtant nous savons que ce concept détruit son nom et que, si tout commence par la trace, il n'y a surtout pas de trace originaire. » (Derrida, 1967, p. 90)

23 En langage courant, la « trace » derridienne est ce geste intellectuel – Derrida refuse de dire que ce sont des concepts (Derrida, 1995, 2003, p. 235-238) – qui consiste à penser l'indice, « la trace », d'une façon différente.

24 Prenons un exemple : l'imprimé de la semelle de la botte de Neil Armstrong sur le sol lunaire. Le bon sens inviterait à voir dans l'imprimé, la *trace* laissée par la semelle de l'astronaute, et de rattacher par un lien d'antériorité *l'origine* de la trace à la *trace* par l'absence de la première dans la seconde : c'est la disparition de la semelle qui a fait la trace sur le sol. Dans la perspective non déconstruite, regarder la trace ce serait en chercher l'origine : on pense la trace à partir de l'absence de la semelle. Derrida montre qu'en réalité cette façon de voir n'est pas satisfaisante car, pour lui, la trace n'est pas seulement la marque de la disparition de l'origine. La trace n'est pas que la marque de l'absence d'une présence : l'imprimé de la semelle dans le sol lunaire (la trace) n'est pas seulement la *marque* du fait que la botte ait été *présente* pour imprimer le sol puis *absente* pour laisser libre l'impression.

25 Pour Derrida, la trace est ce à partir de quoi on pense l'absence que constituerait l'origine, c'est donc, d'une certaine façon l'origine de l'origine – dans un renversement classique pour les « post-modernes ». Autrement dit, c'est à partir de la trace de la semelle qu'on pense la botte et son absence, c'est donc la trace qui est à l'origine des représentations que l'on se fait sur les origines de la trace. Ce renversement entre la trace et l'origine ne signifie évidemment pas que c'est la trace qui a *fait* la botte dans un sens physique. Mais, pour Derrida, il s'agit d'inviter à penser différemment nos représentations psychiques, internes ou symboliques. Il nous encourage à voir que nous ne pensons à la botte que par le conduit qu'a été sa « trace ». L'origine psychique, affective, imaginale de la botte, c'est sa trace. Pour désigner cette compréhension particulière de la trace – celle qui est chrono-*logiquement* seconde, mais première dans l'ordre de nos représentations –, il propose cette graphie : l'archi-

trace. L'architrace c'est ce par où nous commençons pour attribuer une origine à la « trace empirique » : nous pensons (à) la botte à travers sa trace.

26 Avec Derrida, on peut ainsi dire que la trace empirique (l'imprimé de la botte) est ce qui dissimule l'architrace, que la trace rature l'architrace. C'est-à-dire que l'indice empirique à partir duquel on cherche « l'origine » est ce par quoi est dissimulée la véritable trace, à savoir celle laissée dans nos représentations qui consiste à chercher l'origine. C'est ce que Derrida appelle la « rature » : le fait qu'une chose se présente comme étant compliquée d'elle-même. La trace comme point de départ de nos représentations se cache derrière le fait que nous cherchons à lui attribuer une origine. Ainsi, le rapport initial, spontané à la trace, disparaît derrière la recherche d'autre chose que la trace elle-même : son origine, son fondement.

27 La trace simple est alors le point d'entrée à partir duquel on se raconte l'histoire de pourquoi la trace existe ; et l'architrace est ainsi un geste critique qui sert à marquer et conscientiser ce mouvement par lequel on cherche à résorber l'existant dans un passé, une « origine », un « fondement ». Pour Derrida, la trace est ainsi ce qui masque ou rature l'architrace, c'est-à-dire que l'indice empirique masque le *besoin* fondationnel/originel derrière la naturalisation du rapport origine/trace (avec un discours de la forme « bien évidemment que c'est la botte qui a *fait* la trace, si je vois une trace de botte je dois chercher la botte »).

28 On a vu comment les décisions des juridictions susmentionnées *masquaient* leurs « origines », leurs fondements – les raisonnements qui en sont le support *nécessaire*. On peut déjà voir avec Derrida que le régime d'expression du pouvoir par les juridictions peut être compris par le biais de la trace. Le texte juridictionnel se revendique explicitement de n'être que la trace nécessaire d'un fondement qui lui préexisterait. En disant qu'il ne fait qu'appliquer, ou interpréter tel texte, le juge fabrique la rature de son propre texte et barre sa décision en lui sur-imposant un « fondement », ce qui lui permet de cacher ce que le texte en question a de propre et d'irréductible à tout « fondement ». La motivation est alors le principal obstacle à la recherche scientifique en ce qu'elle réduit l'enquête aux origines que la juridiction a voulu donner à sa décision.

29 Et c'est là où la problématique de l'archive se pose. En effet, ces dernières sont un des recours du scientifique pour lever ces masques. Elles sont généralement utilisées pour mieux comprendre ce qui a motivé les individus composant la formation de jugement à décider en ce sens, les objectifs et enjeux qui se présentaient à eux au moment où ils décidaient, etc.

30 Mais les Conseils entretiennent des rapports variables avec leurs archives. Le Conseil constitutionnel a pratiqué une politique d'archives ouvertes jusqu'aujourd'hui, le site même du Conseil constitutionnel, à la page des grandes décisions, incluant les éléments essentiels du dossier d'archives conservé aux Archives nationales [12]. À l'inverse du Conseil d'État qui a déployé un ensemble de techniques administratives et archivistiques pour renforcer le *brouillage* créé par les décisions que nous allons brièvement esquisser.

31 Les dossiers contentieux du Conseil d'État sont relativement vides aux Archives nationales. Il n'y a pas nécessairement le pré-rapport, ni les notes ni les conclusions parfois écrites du Rapporteur public (ou du Commissaire du Gouvernement) [13]. Sans dire qu'il est nécessairement *bon* ou *nécessaire* qu'une juridiction effectue ce travail d'archives, on peut néanmoins voir dans ce refus méthodique du soin archivistique la marque d'un rapport particulier du Conseil d'État à son histoire et à sa communication.

32 De plus, les dossiers consultatifs qui sont archivés aux Archives nationales sont rangés deux fois dans deux séries distinctes qui ne se croisent pas. Il y a donc deux cartons aux Archives nationales où est inventoriée une affaire consultative donnée. Dans l'un des cartons, il n'y a que le projet de loi ou de décret, dans l'autre, il y a aussi le PV et les documents annexes éventuels (travaux d'une éventuelle commission permanente, etc.). Sans l'information du bon numéro de cote, impossible de savoir quel est le bon carton. Cette information est méticuleusement gardée par les services du Conseil, qui ne la dispensent pas librement [14].

33 Enfin, l'accès aux archives du Conseil d'État qui sont conservées par les services internes au Conseil, est conditionné à l'engagement par le chercheur de soumettre à l'autorisation du Conseil la publicisation de ses recherches [15].

34 Nous pourrions continuer à l'envi les exemples frustrants des difficultés que la jeune recherche peut rencontrer pour accéder aux archives[16], mais il est plus intéressant d'y voir la volonté par la juridiction de raturer ce que la décision ne voulait déjà pas montrer. C'est prendre ces difficultés d'accès non plus comme des événements ou des marques négatifs – l'absence d'accès – mais comme l'expression positive de l'importance du secret qu'elles gardent.

35 Et Derrida peut nous y aider avec son ouvrage issu d'une conférence, *Mal d'archive*, qui constitue une référence dans la pensée de l'archivistique. Il poursuit le mouvement dans un ensemble de papiers sur l'art qu'il publie au début des années 2000 et compilés en 2013 dans *Penser à ne pas voir* (Derrida, 2013). Il construit à ces occasions des concepts particuliers « d'archive » et de « pulsion d'archive ». De la même façon que Derrida renverse le lien logique entre la trace et l'origine par le geste de l'architrace, il renverse aussi l'ordre logique de l'archive.

36 En effet, si l'architrace est ce par quoi on commence pour chercher l'origine – étant ainsi l'origine psychologique du besoin d'attribuer une origine empirique –, l'archive n'est pas une chose tournée vers le passé. L'archive est une projection d'un présent vers le futur, une forme de trace inversée. Pour Derrida, l'archive n'est pas un regard du présent vers un passé qui serait conservé dans et par l'archiv(ag)e. L'archive serait davantage à comprendre depuis la pulsion d'archiver qui n'est pas une pulsion conservatrice d'après Derrida, bien au contraire, mais une pulsion destructrice. Elle détruit l'incertitude, le doute, le foisonnement du présent pour forcer vers le futur une vision rendue lisse, cohérente et surtout *maîtrisée*. Comme il l'écrit :

> « La pulsion d'archive, c'est un mouvement irrésistible pour non seulement garder les traces, mais pour maîtriser les traces, pour les interpréter. Dès que j'ai une expérience, j'ai une expérience de trace. […]. L'archive ne traite pas du passé, elle traite de l'avenir. Je sélectionne violemment *ce dont je considère qu'il faut que ce soit répété*, que ce soit gardé. C'est un geste d'une grande violence. L'archiviste n'est pas quelqu'un qui garde, c'est quelqu'un qui détruit. » (Derrida, 2013, chapitre « Trace et archive, image et art », nous soulignons)

37 Avec l'hermétisme qu'on lui connaît, Derrida invite à concevoir la communication, ou la signification, comme une opération bien plus complexe et moins ouvertement naïve qu'on l'appréhende spontanément. Pour Derrida, la communication sert autant à *exposer* qu'à *masquer* et l'archive *conserve* autant qu'elle *détruit*. Il s'inspire beaucoup des travaux de la psychanalyse de son temps. En effet, on sait que Derrida est un lecteur d'Abraham et Torok et qu'ils échangent ensemble régulièrement sur la psychanalyse depuis 1959. Il a lu leur premier grand ouvrage *L'écorce et le noyau* (Abraham, Torok, 2009) et il a par ailleurs contribué par la préface « Fors » au *Verbier de l'homme aux loups* (Abraham, Torok, 1999), leur *opus magnum*. Les idées des seconds se seront imprimées dans les concepts du premier, c'est certain. Or, un des concepts centraux d'Abraham et Torok est celui qui donna le nom à un recueil de leurs travaux : « l'écorce et le noyau ». En simplifiant assez radicalement la pensée des deux psychanalystes, ils nous invitent à comprendre la duplicité complexe de nos apparitions sociales : ce qu'on communique aux autres (l'écorce) sert autant à masquer nos désirs inavouables (le noyau) qu'à les révéler obliquement par le fait même de les cacher.

38 Ainsi, d'une certaine façon, Derrida emprunte aux psychanalystes l'idée que la communication psychosociale est un phénomène raturé (Abraham, Torok, 2009, p. 218 et suiv.).

39 Il poursuit ce geste dans *Mal d'archive* : l'archive n'est pas qu'une question historienne, mais constitue un véritable enjeu de pouvoir. Elle est la forme projective du contrôle politique sur le dicible et l'indicible :

> « On ne déterminera jamais cette question [de la politique de l'archive] comme une question politique parmi d'autres. Elle traverse la totalité du champ et en vérité détermine de part en part le politique comme *res publica. Nul pouvoir politique sans contrôle de l'archive, sinon de la mémoire.* » (Derrida, 2008, p. 16, note 1, nous soulignons)

3. La décision juridictionnelle comme archive

40 Derrida nous invite à penser différemment les archives, non plus depuis leur fonction revendiquée (conserver, transmettre, protéger), mais depuis leur fonctionnement concret et effectif (choix, hiérarchisation et surtout destruction). Archiver c'est faire des choix entre ce qui mérite d'être conservé et ce qui peut être détruit. L'archivage opère donc une réduction de la masse d'information disponible pour offrir un fonds documentaire que l'on conservera et qui constituera la vérité archivistique de la « chose conservée ». Bref, c'est la question de « l'Histoire officielle » (Combe, 2001) – celle construite et fabriquée par ceux dont elle est censée parler.

41 Or, on a vu qu'un même mouvement était fait par les juridictions : la masse bouillante et confuse de la délibération est réduite et formalisée dans une décision réputée entière et univoque. Le travail d'archive nous a permis de montrer que c'était un effet volontairement recherché par les conseillers d'État (Sultra, 2022). Ce « style » fait qu'il n'y aurait rien à chercher derrière le raisonnement juridique qui n'est pas une *construction*, mais une *révélation* de la vérité sous-jacente à la question posée à la juridiction.

42 D'autres auteurs ont ainsi montré, dans un même ordre d'idées, comment la construction des « archives » avait conditionné la production d'un discours scientifiquement dominant. En prenant le cas du Code civil, Jean-François Niort (2004, 2009) a montré comment les travaux de Jean-Guillaume Locré de Roissy ont monopolisé les analyses sur la rédaction du Code civil. En effet, ce dernier a publié, en sa qualité de Secrétaire général du Conseil d'État, les travaux du Conseil à l'occasion de la rédaction du Code civil (Locré, Bousquet, 1808), puis un ouvrage particulièrement éloquent : *L'esprit du Code Napoléon* (Locré, 1805). Après d'autres (Halpérin, 1992), Jean-François Niort a montré avec conviction comment la construction d'un fonds d'archives complexe – depuis les « notes » prises sur les discussions du Conseil d'État jusqu'à leur interprétation « organique » par Locré – avait infiltré les travaux académiques. Ces derniers ont pris pour des évidences ce qui résultait en réalité de choix stratégiques, intervenus à chaque étape : pendant la discussion elle-même,

lors de la publication des « notes » de la discussion, puis enfin lorsque l'opinion « autorisée » fut publiée.

43 On retrouve ainsi le même procédé de maîtrise de l'information à travers son archivage que dans l'activité juridictionnelle.

44 Avant de voir la question qui se cache sous cette offuscation juridictionnelle, encore faut-il expliciter ce que l'on entend par « décision-comme-archive ».

45 La déconstruction derridienne de l'archive consiste à y voir le pouvoir encore vivant et inabouti – et non plus mort et abouti – qui cherche à se prolonger dans le contrôle de la postérité qui pourra être attribuée à sa décision. Entendre les décisions juridictionnelles comme archives, c'est changer de rapport avec leur étude. Dans cette perspective, les textes des décisions juridictionnelles ne seraient plus des « vérités » juridiques ni le support de décisions normatives objectivables. Appréhender les textes des décisions juridictionnelles comme des archives au sens derridien c'est y voir un acte de signification : le Conseil d'État a pris la décision X (annuler l'acte, le déclarer inconstitutionnel, etc.) et il *décide* de consigner dans un texte donné qui articule des raisons données son raisonnement décisionnel tel qu'il estime qu'il doit être connu du reste du monde. Et de la même façon que l'archiviste classe, hiérarchise et détruit les objets pour construire son fonds d'archives, le Conseil d'État classe, hiérarchise et détruit les raisons qui l'ont poussé à prendre sa décision pour ne retenir, pour construire son texte, que celles qu'il souhaite faire connaître

46 La décision-comme-archive est donc un moyen de comprendre les textes juridictionnels différemment, qui n'empêche en rien de les comprendre comme la doctrine juridique classique le fait, mais qui donne à l'étude critique un cadre théorique plus clair. Dans cette perspective, la distinction entre motifs et dispositif n'est plus aussi centrale, parce que le pouvoir de la juridiction se manifeste dans les deux parties du texte. On peut ainsi répondre à une des remarques qui nous avait été adressée lors du colloque et évoquée en introduction : dans la perspective derridienne, la distinction entre décision et motivation est contestable en ce qu'elle suppose, encore une fois, que la motivation ne serait pas *vraiment* une *décision*.

47 Si la partie décisoire manifeste le plus clairement le pouvoir juridictionnel, la perspective critique derridienne nous permet de voir que la partie « motivation » ou « justification » ne fait pas moins œuvre de pouvoir en sélectionnant et hiérarchisant les *raisons* que la juridiction accepte de faire connaître.

48 L'exercice du pouvoir juridictionnel se manifeste ainsi par une signification raturée : le processus décisionnel tel qu'il s'est déroulé est signifié par un texte qui en rature l'essentiel pour ne publiciser que des éléments *contrôlés* et *répétables*. Les problèmes d'accès aux archives sont ainsi doubles. Les décisions-comme-archives constituent un premier obstacle à l'accès au processus décisionnel des juridictions qui est redoublé, le cas échéant, par une politique d'obstruction d'accès *aux* archives.

49 Nos premières réflexions sur la question manquaient ainsi d'un cadre conceptuel plus abouti pour appréhender cette duplicité de la signification. S'attacher à penser que le Conseil d'État était *spécifiquement* occultiste, empêchait de voir que tout acte de signification entretenait ce jeu entre la trace et sa rature. La décision-comme-archive n'est alors plus qu'une sous-catégorie de l'ensemble plus général qu'est la trace-qui-se-rature. Le texte juridictionnel conçu comme une pulsion d'archives est une instance particulière de la *rature* derridienne en ce qu'elle est la *production* d'une trace (le texte juridictionnel) raturée (par la sélection de raisons qui sont ensuite projetées pour masquer la décision, derrière ce qui est présenté en être le fondement).

50 Alors que faire de ces résultats ? Il n'est pas question ici de conclure définitivement sur ce renversement d'analyse, mais d'esquisser les similitudes et les prolongements que cette perspective permet d'envisager.

51 Et il est manifeste, tout d'abord, que ce renversement du rapport entre le texte et la décision (la norme) est caractéristique du réalisme juridique.

52 En effet, le « réalisme » a toujours insisté sur la nécessité de *compliquer* les rapports normatifs : l'important n'est ainsi pas le rapport intellectuel ou « scientifique » au texte juridique, mais le rapport entre un texte et la pratique humaine observable. Dans un

article central pour le réalisme, Ross montre ainsi que les « catégories » auxquelles croient les juristes (la notion de « droit subjectif » par exemple) ne sont que des *outils* pour rendre compte du lien entre des conditions et des conséquences socialement observables (Ross, 1957). Plus encore, Llewellyn, dans une charge particulièrement forte contre le « textualisme », invite le juriste à abandonner purement et simplement le texte constitutionnel. Pour le réaliste américain, une constitution, un code, bref le droit écrit n'est qu'un mode d'emploi à l'usage du futur, qui reste tout entier à réaliser (Llewellyn, 1934). Et si, d'après Llewellyn, le texte est mort au moment où il est adopté, le droit, lui, commence à être vivant une fois qu'il est appliqué. On pourrait ainsi multiplier les exemples français du « réalisme de Nanterre » (Troper, 1994, 2001, 2002 ; Troper, Champeil-Desplats, Grzegorczyk, 2005 ; Brunet, 2011, 2014, 2015, 2016a, 2016b), de l'école italienne de Gênes (Guastini, 2010) ou mexicaine (Schmill, 2007).

53 Ces approches ont en commun la critique de l'idée qu'il existe un « fondement » juridique clair, évident et source des décisions ; bref, que le pouvoir du juge est un pouvoir *mort* en ce qu'il ne serait que la répétition des mots du passé. Dans une perspective épistémologique assez différente, Alchourrón et Bulygin ont, eux aussi, montré comment la « déduction » n'était pas l'opération mécanique à laquelle on pense souvent. Pour les deux auteurs, la déduction est bien davantage une activité artisanale, au cours de laquelle il faut résoudre un problème en lui *fabriquant* une solution (Alchourrón, Bulygin, 2015, p. 128 et suiv.).

54 Une telle approche par la décision-comme-archive permettrait de répondre à certaines critiques adressées au courant de la théorie réaliste de l'interprétation (Jouanjan, 2003). En décorrélant l'étude du droit de la « vérité », c'est-à-dire en abandonnant tout à fait l'idée que l'on puisse déterminer *la* bonne solution à un problème juridique, on peut envisager les décisions juridictionnelles d'un nouveau point de vue réaliste. Le mouvement a déjà été bien amorcé par un certain nombre d'auteurs qui ont montré que le droit peut être compris comme un ensemble de ressources que les agents mobilisent pour justifier leurs décisions (Meunier, 1994 ; Tusseau, 2006 ; Paour, 2023).

55 La théorie derridienne de l'archive nous dote d'un appareillage critique convaincant. En effet, l'archive se présente à la postérité

comme un reliquat conservé du pouvoir mort du passé. Or, Derrida nous montre que l'archive est en réalité encore bien vivante et qu'elle est la projection au futur d'un pouvoir présent qui continue à faire sentir ses effets de réel.

56 Ainsi, le pouvoir du juge ne peut pas être *mort*, justement parce que c'est un *pouvoir*. Malgré l'insistance du pouvoir juridictionnel à se draper de « l'application de la loi », nous pouvons déconstruire avec Derrida ce recours au « fondement qui masque ».

57 La théorie de la décision-comme-archive entre alors en parfaite résonance avec les conclusions du réalisme : là où l'archive cherchait à maîtriser le discours *futur*, la décision-comme-archive, elle, cherche à maîtriser les discours *parallèles* – des autres institutions.

58 En effet, par la gestion minutieuse des *raisons* que la juridiction accepte de diffuser au soutien de sa décision, elle garde un contrôle sur ce que les autres agents pourront lui faire dire en s'appuyant sur ce texte. La justification est alors pleinement appréhendée dans sa dimension dialogique, rhétorique et instrumentale. Elle cesse d'être une chose qui puisse être dite vraie ou fausse, valide ou invalide. Il n'est plus question de déterminer si une décision est conforme ou valide par rapport à un texte, mais de se concentrer sur les effets de droit qu'elle provoque. On rejoint ainsi l'idée, toute réaliste, du juge et théoricien du droit mexicain Ulises Schmill, selon laquelle ce n'est pas parce que les normes sont valides qu'elles peuvent en produire d'autres, mais c'est parce qu'elles en produisent d'autres qu'elles sont valides (Schmill, 2007, p. 344).

59 La décision juridictionnelle n'a donc plus à être jugée *in abstracto* par la science du droit (conforme ou pas), mais à être comprise comme un acte qui vise à convaincre un ensemble de destinataires de faire (ou de ne pas), penser, dire certaines choses – sur le modèle de l'archive derridienne.

60 L'approche derridienne de l'archive permet ainsi d'envisager à nouveaux frais la pensée réaliste sur les décisions juridictionnelles en mettant en avant le *continuum* entre la « décision » (la norme) et sa « justification », en ce que les deux sont en réalité des manifestations du pouvoir tel qu'il est exercé par la juridiction à ce moment donné.

61 Au-delà de ces similitudes, des prolongements restent à explorer. L'importance que les juridictions donnent à la rature de leur décision laisse à penser que s'y loge une chose vitale, qui n'a pas encore été évoquée ici. La question est de taille puisqu'il s'agit de déterminer ce que les juridictions chercheraient à cacher en raturant leurs décisions.

62 En partant de notre perspective empirique tout à fait limitée sur l'avis du Conseil d'État d'octobre 1962, on peut noter qu'une thématique récurrente dans les débats a méthodiquement disparu de l'avis : la compétence du Conseil d'État. La disparition de la compétence est tout à fait compréhensible : c'est l'élément le plus sensible du mythe juridictionnel. Si le Conseil d'État discute ouvertement des raisons de fond qui le poussent, ou pas, à agir dans une sphère déterminée, il devient alors manifeste qu'il maîtrise pleinement sa compétence et qu'il est le seul à pouvoir la déterminer à ce moment précis. Il doit alors cacher cette décision d'agir ou de ne pas agir derrière le paravent d'un concept dont il ne revendique pas directement la paternité et qu'il attribue formellement à une autre autorité. D'où la « rature ».

63 Ainsi, quand Montesquieu dit que la puissance « de juger est, en quelque façon, nulle » (1777, livre XI, chapitre 6.), il s'agirait moins de *décrire* comment le juge agit vraiment, qu'une *injonction* à ce qu'il agisse ainsi, à ce qu'il fasse la preuve permanente que sa puissance est nulle. Il semble difficile d'imaginer le parlementaire de Bordeaux, juge réputé, ne pas bien évaluer la force avec laquelle une juridiction peut étendre son autorité. L'affirmation serait alors performative plus que descriptive, comme le dit le professeur Troper dans sa préface aux travaux de Raphaël Paour :

> « Montesquieu était tout sauf naïf. Le fameux passage de l'*Esprit des lois* sur la puissance de juger qui serait nulle et sur le juge qui ne serait que la bouche qui prononce les paroles de la loi ne vise évidemment pas à décrire la réalité du pouvoir des juges et il n'ignorait pas que jamais les juges ne se bornent, ni ne pourraient se borner, à appliquer la loi par des procédés logiques. Sur ce point comme sur plusieurs autres, il cherchait à construire un modèle de constitution propre à garantir la liberté, c'est-à-dire à énoncer les conditions pour que les citoyens soient libres […]. » (Troper, dans Paour, 2023, p. 13)

64 Lever le rideau sur ce que l'affirmation de Montesquieu a d'empiriquement faux est un danger vital pour les juridictions en ce que cela brise le mythe sur lequel leur autorité est assise. Ces considérations stratégiques, elles, ont déjà été longuement développées et mises en lumière par d'autres (Meunier, 1994 ; Paour, 2023). Cependant, la conceptualisation de l'acte juridictionnel comme signification raturée, ou comme rature, était une piste inexplorée et reste encore féconde.

BIBLIOGRAPHIE

Abraham N., Torok M., 2009 [1978], *L'écorce et le noyau*, Paris, Flammarion

Abraham N., Torok M., 1999 [1976], *Cryptonymie : le verbier de l'homme aux loups*, Paris, Flammarion

Alchourrón C. C., Bulygin E., 2015, *Sistemas normativos: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2e éd., Buenos Aires, Editorial ASTREA

Alombert A., 2023, *Penser l'humain et la technique : Simondon et Derrida après la métaphysique*, Paris, ENS Éditions

Beaud O., 2023, « Réformes des retraites : "Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace" », *Le Monde*, 25 avril 2023

Benzina S., 2023, « Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites », *Jus Politicum, Revue de droit politique*, no 30, p. 27-48

Brunet P., 2016a, « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques*, n° 147, p. 9-25

Brunet P., 2016b, « Examen sceptique de la distinction entre motifs juridiques et motifs non juridiques », dans F. Couveinhes Matsumoto, R. Nollez-Goldbach (dir.), *Les motifs non juridiques des jugements internationaux*, Paris, Éditions A. Pedone, p. 9-22

Brunet P., 2015, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, n° 91, p. 545-561

Brunet P., 2014, « Argument sociologique et théories de l'interprétation : beaucoup d'interprétation, très peu de sociologie », dans D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, p. 101-116

Brunet P., 2011, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *Revue générale de droit international public*, no 2, p. 311-327

Combe S., 2001, *Archives interdites. L'histoire confisquée*, Paris, La Découverte/Poche

Daugeron B., 2023, « Le "chemin démocratique" ou les mésaventures du présidentialisme minoritaire », *Jus Politicum, Revue de droit politique*, no 30, p. 65-76

Derrida J., 2013, *Penser à ne pas voir. Écrits sur les arts du visible, 1979-2004*, textes réunis et édités par G. Michaud, J. Masó, J. Bassas, Paris, Éditions de la Différence

Derrida J., 2008, *Mal d'archive : une impression freudienne*, Paris, Galilée

Derrida J., 2003, *Chaque fois unique, la fin du monde*, présenté par P.-A., Brault, M. Naas, Paris, Galilée

Derrida J., 1995, « Il me faudra errer tout seul », *Libération*, 7 novembre 1995

Derrida J., 1967, *De la grammatologie*, Paris, Les Éditions de Minuit

Desmons É., 2002, « La rhétorique des commissaires du gouvernement près le Conseil d'État », *Droits*, n° 36, p. 39-56

Ducamin B., 1998, « La rédaction de la décision de justice en France », dans L. Vogel (dir.), *Juges et jugements : l'Europe plurielle. L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Paris, Société de législation comparée, p. 91-102

Dufour A.-C., 2023, « Le Conseil constitutionnel n'entrave pas la réforme des retraites », *Droit social*, n° 6, p. 529-536

Fardet C., 2013, « Le style des décisions du Conseil d'État », *Revue d'histoire des facultés de droit*, nº 33, p. 219-243

Genevois B., 2022, « Conclusion, 1962 : année singulière », *RFDA*, n° 5, p. 986-996

Guastini R., 2010, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz

Halpérin J.-L., 1992, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF

Jouanjan O., 2003, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, p. 31-48

Laubadère A. de, 1979-1980, « Le Conseil d'État et l'incommunicabilité », *Études et documents du Conseil d'État*, nº 31, p. 17

Llewellyn K. N., 1960, *The common law tradition: Deciding appeals*, Boston-Toronto, Little, Brown & C^ie

Llewellyn K. N., 1934, « The Constitution as an institution », *Columbia Law Review*, vol. 34, n° 1, p. 1-40

Lobo C., 2017, « Les logiques de Derrida », *Rue Descartes*, n° 89-90, p. 48-69

Locré J.-G., 1805, *Esprit du Code Napoléon*, Paris, Imprimerie impériale

Locré J.-G., Bousquet, 1808, *Table analytique et raisonnée des procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du Code Napoléon*, Paris, Clament Frères

Meunier J., 1994, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel : essai d'analyse stratégique*, Paris- Bruxelles, LGDJ-Bruylant

Montesquieu, 2023 [1777], *De l'esprit des lois*, Paris, Classiques Garnier

Niort J.-F., 2009, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *Histoire de la justice*, n° 19, p. 121-60

Niort J.-F., 2004, *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille

Paour R., 2023, *Le pouvoir des cours constitutionnelles : analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*, Paris, Société de législation comparée

Papus 1900, *Qu'est-ce que l'occultisme ? : étude philosophique et critique*, Paris, Chamuel, [https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5477758p], consulté le 22 octobre 2024

Pellissier G., 2014, « La réflexion de la juridiction administrative sur la rédaction de ses décisions », *Les cahiers de la justice*, n° 2, p. 219-228

Petit J., Frier P.-L., 2023, *Droit administratif*, 17e éd. 2023-2024, Paris, LGDJ

Pradines D., Janicot T., 2022, « Environnement : une nouvelle liberté fondamentale en référé, pour quoi faire ? », *AJDA*, n° 35, p. 2002-2009

Ranquet, P., 2022, « Référé-liberté : le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé », *RFDA*, n° 6, p. 1091-1098

Ross A., 1957, « Tû-Tû », *Harvard Law Review*, vol. 70, n° 5, p. 812-825

Rotoullié J.-C., 2022, « Article 1er de la Charte de l'environnement et référé-liberté », *RDI*, n° 12, p. 641-643

Schmill U., 2007, « El concepto jurídico de la revolución ». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 30, p. 335-54

Secret T., 2012, « Il n'y a pas *la* trace : sur la notion de "trace" chez Derrida », *Les temps modernes*, n° 671, p. 64-82

Sultra V.-U., 2022, « Le Conseil d'État et l'avis sur le référendum du 28 octobre 1962 », *RFDA*, n° 5, p. 973-985

Troper M., 2002, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, p. 335-353

Troper M., 2001, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF

Troper M., 1994, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF

Troper M., Champeil-Desplats V., Grzegorczyk C. (dir.), 2005, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant

Tunc A., Touffait A., 1974, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, nº 3, p. 487-508

Tusseau G., 2006, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz

NOTES

1 Cons. État, 1962, « Archives du Conseil d'État sur le référendum du 28 octobre 1962 », Archives nationales, cote n° 19990025/722.

2 Colloque L'accès aux sources et aux résultats de la recherche sur le droit, 1er-2 juin 2023, Nanterre, Centre de théorie et analyse du droit.

3 Sur la question du style du Conseil d'État, on pourra se rapporter à (Brunet, 2015).

4 Cons. État, 10 décembre 2018, « Juridiction administrative : nouveaux modes de rédaction des décisions », [https://www.conseil-etat.fr/actualites/juridiction-administrative-nouveaux-modes-de-redaction-des-decisions], consulté le 22 octobre 2024.

5 Cons. État, 10 décembre 2018, « Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », p. 3-4 [https://www.conseil-etat.fr/actualites/juridiction-administrative-nouveaux-modes-de-redaction-des-decisions], consulté le 22 octobre 2024.

6 Cons. État, 20 septembre 2022, n° 451129, publié au *Recueil Lebon*.

7 Cons. const., 14 avril 2023, n° 2023-849 DC, § 70.

8 Cons. État, 10 décembre 2018, précit., p. 4.

9 Voir, par exemple, les observations du professeur J.-C. Rotoullié sur la reconnaissance toute prétorienne du caractère de liberté fondamentale ainsi que sur l'indétermination du régime qui lui est applicable (Rotoullié, 2022).

10 Voir particulièrement Llewellyn (1960, p. 37-38) : « *The Formal Style is of peculiar interest to us because it set the picture against which all modern thinking has played – call it, as of the last eighty or ninety years, "the orthodox ideology". That picture is clean and clear: the rules of law are to decide the cases; policy is for the legislature, not for the courts, and so is change even in pure common law.* »

11 On se rapportera par exemple à la synthèse faite par P.-L Frier et J. Petit dans leur manuel de droit administratif de l'intensité du contrôle du juge administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Ils montrent avec précision comment les présentations juridictionnelles peuvent être coupées dans un autre sens pour produire une classification tout aussi intéressante, mais fonctionnellement différente, montrant par-là que les catégories du juge peuvent être comprises depuis un autre point de vue que celui adopté par ce dernier (Petit, Frier, 2023, p. 709 et suiv.)

12 Tout particulièrement le PV de la séance ainsi que les éléments documentaires et contributions extérieures.

13 La professeure Danièle Lochak a rapporté, durant le colloque du 2 juin 2023, l'anecdote que les dossiers contentieux sont effectivement relativement vides.

14 Avec toutes les précautions qui s'imposent aux discours rapportés, les archivistes des Archives nationales nous ont confié qu'il leur arrivait régu-

lièrement de renvoyer des cartons au service des archives du Conseil d'État parce qu'ils ne comprenaient pas ce qui s'y trouvait.

15 Voir tout particulièrement l'article de Nicolas Klausser dans ce dossier.

16 Il semblerait ainsi que certaines cotes soient plus complètes quand elles sont conservées au Conseil qu'aux Archives nationales, pénalisant ainsi la « jeune » recherche qui a moins accès aux institutions que des chercheurs mieux reconnus. Par exemple, le dossier consultatif sur le projet de loi soumis à référendum modifiant le mode de scrutin de l'élection du président de la République de 1962 était marqué aux Archives Nationales comme lacunaire parce qu'il manquait le PV. Cela n'a pas empêché un membre émérite de la juridiction – éminent s'il en est – de citer extensivement le PV manquant… (Genevois, 2022).

RÉSUMÉ

Français
L'accès aux archives juridictionnelles pour l'étude qualitative du droit a un statut complexe. Les décisions juridictionnelles ne produisent d'effets qu'à partir des textes qui sont publiés par la juridiction. L'étude des décisions juridictionnelles n'aurait donc à utiliser les archives que pour lever les ambiguïtés que la lecture du texte de la décision aura soulevées. Toutefois, un rapport plus riche peut être envisagé entre la décision juridictionnelle et ses archives. Pour cela, il faut étudier à nouveau frais l'articulation entre le dit et le non-dit d'un texte juridictionnel. Les notions de « trace » et d'« archive » chez Derrida sont utiles pour renverser la signification du texte juridictionnel. Elles permettent de concevoir que les juridictions exercent leur pouvoir non seulement au stade du dispositif, mais aussi, et surtout, à travers la motivation de la décision. La décision juridictionnelle consiste alors moins dans un résultat normatif à situer dans un ensemble, qu'un complexe argumentaire sélectif. Il est notoire que les juridictions accordent une importance cruciale aux fondements qu'elles donnent à leurs décisions. Cette importance se traduit par des choix de conserver ou de masquer certaines raisons qui auront convaincu le juge de décider dans un sens ou dans l'autre. Le texte juridictionnel, en tant qu'il masque autant qu'il révèle les raisons du juge, est un bon cas d'étude pour les notions derridiennes de « trace » ou d'« archive ».

INDEX

Mots-clés
Derrida, Conseil d'État, archive, motivation juridictionnelle, trace, architrace

AUTEUR

Victor-Ulysse Sultra
Ancien attaché des Universités, doctorant à l'Université Paris 1, Institut de recherche juridique de la Sorbonne ; victor-ulysse.sultra@dauphine.psl.eu

Diffuser les méthodes, les données et les résultats de la recherche sur le droit

Construire des outils de connaissance des activités de justice : automatiser l'analyse des décisions de justice ? L'expérience e-Juris

Isabelle Sayn

PLAN

Introduction
1. Positionnement théorique
2. Méthode
   2.1. Un travail collectif et pluridisciplinaire
   2.2. Prémices : l'analyse manuelle d'un corpus de décisions de justice
   2.3. Analyse secondaire : l'extraction algorithmique de données du corpus
3. Résultats
   3.1. La prévisibilité des décisions
   3.2. La validité des analyses fondées sur l'extraction algorithmique de données
4. Discussion

TEXTE

Introduction

1 L'expérience e-Juris que cet article se propose de relater résulte du croisement de trois évolutions parallèles : un intérêt croissant pour les analyses de contentieux, une accélération de l'ouverture des données, spécialement dans notre domaine un accès plus large aux décisions de justice, enfin le développement d'outils d'aide à la décision de type barème proposant aux professionnels du droit des références pour décider, particulièrement s'agissant de montants.

2 **Un intérêt croissant pour les analyses de contentieux.** Sur la base théorique de la distinction entre contentieux et jurisprudence (Serverin, 1993), le monde de la recherche sur le droit a développé des analyses de contentieux. Elle consiste dans l'analyse à la fois juridique et statistique d'un échantillon représentatif de décisions de justice

rendues par les juridictions du fond, idéalement de première instance. Les questions posées à cet objet sont variables, en fonction des hypothèses posées : quels sont les demandeurs et défendeurs à l'instance et leurs caractéristiques ; quelle partie obtient gain de cause – en tout ou partie ? quels textes sont mobilisés ? quels arguments sont développés et avec quels résultats ? quels sont les montants attribués dans tels et tels cas de figure… ? Certains travaux ajoutent à cet exercice l'appariement des données contenues dans les décisions avec des données qui leurs sont extérieures.

3 Jusqu'à une période récente, et en tout cas pour la France, ces travaux avaient seulement un objectif de connaissance. Ils sont restés assez peu nombreux, en raison d'une part du peu d'équipes impliquées dans des travaux de recherche empirique sur la justice, d'autre part de leur caractère nécessairement limité compte tenu de l'investissement que ces méthodes d'analyse supposent. Mais, à partir de cette connaissance, on peut aussi envisager d'utiliser les régularités constatées dans l'activité juridictionnelle pour fournir des outils d'aide à la décision. Il s'agit alors de proposer aux professionnels une information sur les solutions globalement fournies dans des affaires comparables, permettant pour les uns (avocats en particulier) d'envisager une stratégie contentieuse, pour les autres (magistrats en particulier) d'apprécier leur raisonnement à l'aune des pratiques habituelles de leur communauté. L'usage de rechercher quelques décisions comparables pour appuyer un raisonnement n'est évidemment pas nouveau, mais les analyses de contentieux autorisent un changement d'échelle. Elles permettent ou permettraient d'accéder à une information plus globale, statistique, illustrative des pratiques habituelles. L'accès annoncé à l'ensemble des décisions de justice du fond par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique a suscité des vocations et les propositions d'analyses de contentieux se sont multipliées, le marché commercialisant des outils d'aide à la décision parfois qualifiés de justice prédictive, qui permettraient d'anticiper les décisions à venir en se fondant sur ces pratiques habituelles.

4 **L'accélération de l'ouverture des données.** La question de l'accès aux décisions de justice est un enjeu ancien (Serverin, 2009). Que ce soit à l'initiative des juridictions supérieures ou à l'initiative d'éditeurs juridiques, l'écosystème a très tôt mis en place des mécanismes d'accès à la jurisprudence, avec un objectif de connaissance de l'état du droit

positif tel qu'interprété par ces juridictions. Les analyses proposées par la doctrine se fondent traditionnellement sur ces décisions, permettant en effet de suivre l'évolution des textes et du sens qui leur est donné.

5 Au-delà de la possibilité offerte aux citoyens de demander au greffe telle ou telle décision [1] et sous réserve des règles d'accès aux archives, la mise à disposition sans délai de l'ensemble de la production des juridictions, sans sélection préalable des seules décisions considérées comme présentant un intérêt juridique ou jurisprudentiel, a été plus tardive et n'est pas encore achevée. La possibilité d'accéder à la masse des documents produits par le monde de la justice progresse cependant dans le cadre de la politique dite d'*open data* : en imposant l'ouverture au public de la presque totalité [2] des décisions de justice rendues par l'ensemble des juridictions, la loi du 7 octobre 2016 et ses suites ont suscité des mises en chantier considérables au sein des juridictions (Girard-Chanudet, 2023). Il s'agit en effet de récupérer en version numérique l'ensemble des décisions rendues [3], de les pseudonymiser [4] et de les reverser ensuite dans une base ouverte à tous et gratuite [5]. Le chantier avance, en conciliant accès aux sources et protection des données personnelles [6].

6 Anticipant cette ouverture, des entreprises ont proposé sur le marché des produits élaborés à partir des décisions du fond déjà disponibles soit, pour l'ordre judiciaire, les décisions non pénales des cours d'appel. Non anonymisées, elles sont réunies dans la base JuriCA, constituée sous l'autorité de la Cour de cassation [7] et d'accès payant pour les entreprises alors en charge de l'anonymisation des décisions. Certaines y ont ajouté ou tenté d'y ajouter des décisions obtenues *via* les greffes, en utilisant la possibilité ancienne et toujours en vigueur d'obtenir des décisions identifiées auprès des greffes des juridictions. Ce procédé est dorénavant expressément exclu pour la fourniture de décisions en masse [8]. La loi de 2016 a donc suscité ou renforcé des projets d'exploitation des décisions de justice, étendus aux décisions de première instance, annoncées comme accessibles et gratuites dans un avenir relativement proche. Ce nouveau matériau devait en effet, dans l'esprit des promoteurs du texte et c'était son objectif affiché, permettre de développer des services nouveaux et donc de la valeur. C'est dans ce mouvement que

se sont développés les outils dits de justice prédictive et les débats doctrinaux qui les ont accompagnés, avant leur reflux relatif [9].

7 **L'émergence d'outils d'aide à la décision proposés aux professionnels.** Au développement des analyses de contentieux en lien avec l'accélération de l'ouverture des données s'ajoute l'émergence des outils d'aide à la décision proposant aux professionnels du droit des références pour décider. L'usage de barèmes par les professionnels du droit n'est pas nouveau et ils sont progressivement sortis de l'ombre dans laquelle ils ont prospéré (Sayn, Perrocheau, 2019) pour devenir un objet d'étude, indépendamment et avant même l'émergence de la notion de justice prédictive. Ces outils parfois très artisanaux, parfois nombreux sur le même segment contentieux [10], créés par des praticiens et diffusés de façon très inégale, soulèvent des questions théoriques comparables à celles que soulèvent les outils proposés par les *legaltech*. Ils sont le plus souvent des barèmes construits [11], tendant à rationaliser la prise de décision du juge avec l'objectif de limiter les disparités entre des situations semblables. Ils sont plus rarement des barèmes constatés, qui ont pour ambition de donner à voir les pratiques habituelles, permettant éventuellement de les reproduire. Le barème Mornet constitue un bel exemple de situation intermédiaire : il adosse aux postes de préjudice corporel, proposés par la nomenclature Dinthilac, des montants de réparation qui sont présentés comme conformes aux pratiques habituelles, sans pour autant qu'ait été conduite une analyse systématique de décisions.

8 Qu'il s'agisse de barèmes construits, élaborés par des professionnels à partir de leur expérience, ou de barèmes constatés, qu'il s'agisse d'outils présentés comme conformes aux pratiques habituelles ou d'outils issus d'une analyse de contentieux, que cette analyse de contentieux résulte d'une analyse manuelle ou d'analyses algorithmiques des décisions de justice, une question commune se pose : dès lors que ces outils prétendent influencer les décisions prises (décisions de justice ou règlements amiables), ne serait-ce qu'en cadrant les prétentions des parties et de leurs avocats, la mise en débat des choix et des techniques qui ont présidé à leur fabrication est essentielle, quels que soient les procédés utilisés pour y parvenir, artisanaux ou numériques. Cette préoccupation n'a pas prospéré s'agissant des outils artisanaux qui ont précédé l'émergence de la notion de

justice prédictive. En revanche, elle suscite des débats s'agissant des outils dorénavant issus d'analyses algorithmiques, parallèlement aux préoccupations portant sur leurs usages et la transformation crainte du travail du juge. C'est donc au croisement de ces différentes évolutions que se positionne l'expérience e-Juris relatée dans ce texte.

1. Positionnement théorique

9 L'approche proposée est radicalement empirique et ne se positionne pas d'emblée par rapport à l'ensemble de la littérature juridique qui s'est interrogée sur les bienfaits, les risques ou les évolutions attendues de la justice prédictive[12]. A particulièrement été discuté le risque de déshumanisation et d'automaticité, jusqu'à évoquer les « robots juges », opposé au bénéfice d'une meilleure régularité des décisions dans une perspective d'égalité (Archives de philosophie du droit, 2018 ; Les cahiers de la justice, 2019). Le risque de disparition de la hiérarchie des juridictions et de leur production, avec l'introduction d'une logique de *common law* dans notre raisonnement juridique a également été très discuté (Cadiet, Chainais, Sommer, 2022 ; Cour de cassation, 2024). Les réflexions conduites sur l'intelligence artificielle[13] appliquée à la justice ont également mis en lumière de façon inédite à notre connaissance les « biais » contenus dans les décisions de justice, au sens de l'existence de déterminants des décisions qui ne seraient pas des critères légaux de décision. Au-delà du syllogisme judiciaire, on admet aujourd'hui plus facilement qu'hier que la décision de justice est aussi une construction humaine, nécessairement élaborée en partie à partir d'autres déterminants que les seuls critères légaux de décision, y compris les décisions des juridictions du fond[14].

10 Cette préoccupation confirme l'intérêt des analyses de contentieux et répond de façon indirecte à la question de la légitimité de l'usage de barèmes comme outils d'aide à la décision : si l'on admet l'existence de biais, peut-on les mettre en évidence – au moins en partie – à l'aide des analyses de contentieux, qu'elles soient manuelles ou algorithmiques ? si oui, les constats issus de l'analyse de contentieux peuvent-ils ou doivent-ils alors être introduits dans un outil d'aide à la décision qui serait seulement constaté, biais compris ? ou, au contraire, le recours à un barème peut-il remédier, même partielle-

ment, à l'introduction de biais dans le processus décisionnel ? Encore en amont de ce questionnement sur l'usage des barèmes issus des analyses de contentieux, l'expérimentation rapportée ici tente de répondre à une interrogation finalement très terre-à-terre : en quoi les techniques évoquées sont-elles capables de répondre aux qualités qu'on leur prête en termes de justesse des données mobilisées et donc des résultats proposés ? Est-on assuré de leur fiabilité, au sens de connaissance consolidée des critères de décision constatés et utiles pour décider ? Partant, dans quelle mesure peut-on les laisser participer, même *a minima*, à la prise de décision rendue au nom du droit, que ce soit à l'occasion de leur usage par les magistrats, encore très confidentiel, ou à l'occasion de leur usage par les parties et leurs avocats ? Plus précisément, du seul point de vue méthodologique, et indépendamment de la possible élaboration d'outils d'aide à la décision, peut-on utiliser les techniques algorithmiques d'analyse des décisions pour produire des analyses de contentieux à moindre coût et donc envisager de les multiplier, offrant ainsi à la communauté une meilleure connaissance de la production des juridictions, jusque-là globalement inconnue ? Les techniques algorithmiques d'analyse des décisions peuvent-elles effectivement permettre l'élaboration à moindres frais d'outils d'aide à la décision reflétant les pratiques professionnelles ? À supposer que ce point soit acquis, ces techniques peuvent-elles être mobilisées dans une perspective de justice prédictive ?

11 C'est pour avancer sur ces questions qu'a été conçu le projet « e-Juris », un groupe de travail réunissant juristes, économistes, informaticiens et statisticiens. L'expérimentation conduite et ses conclusions sont présentées dans ce texte, sans rentrer toutefois dans une présentation technique du travail d'analyse réalisé par des informaticiens, statisticiens ou économistes, exposée par ailleurs [15].

2. Méthode

12 En s'appuyant sur les résultats d'une analyse de contentieux menée au préalable dans le cadre du projet ANR COMPRES [16], l'objectif général de ce groupe a été de comparer les résultats obtenus par l'analyse manuelle qui avait été réalisée à cette occasion aux résultats d'une analyse algorithmique menée sur le même échantillon de déci-

sions : les données extraites *via* l'analyse algorithmique sont-elles de qualité au moins équivalente aux données extraites *via* une analyse manuelle ou en tout cas suffisante pour produire des informations utiles ? Parallèlement, les données issues de l'analyse manuelle ont été mobilisées dans une perspective de justice prédictive : les déterminants extraits des décisions analysées permettent-ils effectivement d'anticiper les décisions à venir ?

2.1. Un travail collectif et pluridisciplinaire

13 D'une façon générale, il faut souligner la nécessaire imbrication disciplinaire qu'implique ce type de projet et le travail incrémental que nous avons dû réaliser. L'interdisciplinarité est nécessaire parce que la lecture des décisions, leur compréhension, le choix et l'interprétation des données extraites imposent une lecture juridique en même temps que les méthodes utilisées relèvent d'autres disciplines. L'acculturation croisée à laquelle nous avons abouti ne suffit pas à rendre les uns et les autres autonomes dans ce type d'activité, même si l'on assiste à la marge à l'émergence de chercheurs qui peuvent assumer cette double compétence. Le travail incrémental a été réalisé à l'occasion des multiples réunions de travail organisées au cours de ce projet, nous permettant de faire le point sur son avancement et de faire les choix qui s'imposaient au fur et à mesure des constats que nous pouvions faire. La vie de ce groupe a ainsi permis à chacun de monter en compétence sur ces questions à l'origine très nouvelles, non seulement à partir de l'expérimentation qui a été menée mais également grâce aux échanges qu'il a rendus possibles entre les disciplines concernées et aux interventions assurées au cours du processus par des intervenants extérieurs au groupe. L'activité de ce groupe s'est déroulée sur plusieurs années alors que les techniques d'analyse automatique du contenu des décisions de justice mises en œuvre évoluent, pas tellement sur le terrain du traitement du langage naturel (TLM) mais sur celui de l'apprentissage automatique (intelligence artificielle). Mais les conclusions auxquelles nous aboutissons relèvent finalement beaucoup plus de l'application à notre corpus de techniques de TLM que de techniques d'apprentis-

sage automatique, comme c'est d'ailleurs le cas semble-t-il de l'essentiel des produits commerciaux proposés sur le marché.

2.2. Prémices : l'analyse manuelle d'un corpus de décisions de justice

14 Le projet e-Juris s'est appuyé sur la recherche COMPRES évoquée *supra*[17], qui s'interrogeait sur les fondements théoriques, empiriques et politiques du versement d'une prestation compensatoire après divorce[18]. En effet, bien que les conditions économiques et sociales du versement de cette prestation soient encore réunies, son principe est contesté, les montants fixés sont en baisse continue, elle semble ne pas être demandée dans des circonstances où elle pourrait être octroyée et elle est prévue dans seulement 12,5 % des divorces (Belmokhtar, Mansuy, 2016).

15 Partant du constat d'une règle de droit très ouverte[19], dont les praticiens affirment qu'elle les aide bien peu à apprécier les montants adéquats, l'objectif de cette recherche était notamment de détecter, au sein de ces décisions de justice, les déterminants du montant des prestations compensatoires finalement fixé par le juge. Il s'agissait également d'apprécier dans quelle mesure des situations susceptibles de conduire à la fixation d'une prestation compensatoire pouvait ne pas faire l'objet de demandes. L'équipe a donc procédé à l'analyse d'un corpus de quelque 5000 décisions de divorce rendues par des juges aux affaires familiales. Le projet supposait, outre un accès aux décisions[20], la lecture d'un nombre suffisant de décisions pour élaborer une grille de lecture adaptée à toutes les hypothèses rencontrées et aux objectifs poursuivis, des tests de la grille et son adaptation progressive, une formation des codeurs, puis la lecture de la totalité des décisions pour saisir les données. Ce travail de grande ampleur a été rendu possible grâce à une collaboration étroite avec le service statistique du ministère de la Justice dont les agents ont spécialement été formés à cet exercice.

16 Les données recueillies concernaient les critères légaux de décision fournis au juge par l'article 271 du Code civil qui sont, « notamment », la durée du mariage, l'âge et l'état de santé des époux, leur qualification et leur situation professionnelles, les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour

l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne, le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial, leurs droits existants et prévisibles et enfin leur situation respective en matière de pensions de retraite « en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire » par ses choix professionnels. On remarquera d'emblée la difficulté à extraire certaines de ces informations à partir de la lecture des décisions. Elles peuvent purement et simplement être passées sous silence, le magistrat devant décider à partir des éléments d'informations qui lui sont soumis et son pouvoir de contrôle étant d'autant plus limité qu'il est confronté à un accord des parties, y compris au sein d'une procédure contentieuse. Elles peuvent également être évoquées par le juge comme une affirmation des parties, la formulation de la décision laissant penser que ces affirmations resteraient à démontrer. Elles peuvent enfin être reprises dans le corps de la décision de façon incomplète et éparse, l'absence de normalisation des énoncés permettant une grande variabilité d'une décision à l'autre. C'est le cas en particulier pour la description des ressources des parties, plus encore pour l'évocation des ressources à venir. Or cet élément est essentiel, puisque la prestation compensatoire est due pour « compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives[21] ». Pour ce type d'informations, la saisie imposait donc une attention particulière de l'équipe à la fois dans la construction de la grille de lecture des décisions et au stade du codage. Pour d'autres informations en revanche, la saisie était relativement simple, tel que l'âge des époux, le nombre et l'âge des enfants ou la durée du mariage, même si ces informations devaient faire l'objet d'une reconstruction, par exemple lorsque l'âge des enfants doit être déduit de leur date de naissance. Il faut enfin noter que le juge peut fonder sa décision sur tout ou partie de ces critères, et possiblement sur d'autres, sa motivation étant intimement liée aux arguments développés par les parties. Au-delà des critères légaux, la saisie effectuée concernait aussi des critères non prévus par la loi, dont on avait formulé l'hypothèse qu'ils pouvaient exercer une influence sur le montant de la prestation compensatoire. Parmi eux, on citera la cause du divorce, particulièrement le divorce pour faute

exclusive, une demande de dommages et intérêts, le sexe du juge ou encore le ressort de la juridiction. Certains sont des critères non légaux, indifférents à la loi, tels que le sexe du juge ou le ressort de la juridiction. D'autres sont des critères que l'on peut qualifier de contraire à la loi, telle que la cause du divorce, dans la mesure où les réformes successives depuis 1975 se sont efforcées de rompre le lien entre les causes du divorce et ses conséquences pécuniaires. La saisie concernait enfin les montants de prestation compensatoire demandés, offerts et finalement fixés, le rôle des demandes dans la décision finale étant majeur.

17 Cette méthode de recueil de données, coûteuse en temps et en énergie, a permis de produire des résultats avérés, y compris en tenant compte de la marge incompressible d'erreurs de saisies, permettant à la fois de fournir des données statistiques jusque-là inconnues (Belmokhtar, Mansuy, 2016), et de réaliser des analyses économétriques permettant de mieux identifier les déterminants du montant de la prestation compensatoire. L'analyse des données a ainsi permis à l'équipe de recherche d'établir des liens entre certains des déterminants recherchés et le montant de la prestation compensatoire. A pu ainsi être établi un lien certain avec la durée du mariage (critère légal), avec la faute exclusive dans le divorce (critère contraire à la loi) ou avec le sexe du juge (critère a-légal) [Jeandidier, 2023], les juges femmes semblant plus sévères avec les demandeuses, alors que les femmes constituent les bénéficiaires de cette prestation plus de neuf fois sur dix (Belmokhtar, Mansuy, 2016).

18 Ces données étant acquises (manuellement), le projet e-Juris s'est donné pour objectif de tester l'extraction algorithmique de données et de valider ou pas le recours à cette méthode pour la recherche. Ce test permet également plus globalement de mieux apprécier les capacités des méthodes algorithmiques d'extraction de données et partant les outils qui s'en réclament. Parallèlement, et à partir des données acquises manuellement, a été approfondie la possibilité de prévoir les décisions à venir.

2.3. Analyse secondaire : l'extraction algorithmique de données du corpus

19 C'est donc armée des données extraites manuellement et des analyses qui en avaient été faites que l'équipe s'est attelée à faire le même exercice à partir d'une extraction automatique des données utiles à l'analyse, après avoir reçu une autorisation d'utilisation secondaire des décisions collectées pour COMPRES et jusque-là conservées sous forme papier sur les étagères du service statistique du ministère de la Justice [22]. La première opération a donc été de numériser ces documents et de les océriser, afin de transformer les images ainsi obtenues et de les traiter comme du texte. Ce préalable indispensable est signalé ici parce que ces opérations ont eu une conséquence sur la qualité des documents traités, des documents nativement numériques étant plus « propres », limitant ainsi même pour une part réduite la qualité des résultats obtenus.

20 Les techniques envisagées au départ relevaient de l'apprentissage automatique supervisé. Il s'agissait d'« étiqueter » un nombre suffisant de décisions, en donnant manuellement un label à des sections de texte identifiées dans les décisions (ici : « durée du mariage », là : « montant de la prestation compensatoire demandée »), de façon que la machine puisse ensuite appliquer cette même technique à d'autres décisions (apprentissage machine), ce qui a ainsi permis de traiter un grand nombre de décisions. Nous avons pu ainsi tester plusieurs logiciels d'étiquetage mais, face aux difficultés rencontrées, nous avons dû renoncer et opter pour d'autres techniques, relevant pour l'essentiel du traitement automatique du langage naturel (TAL).

3. Résultats

21 Le premier résultat concerne la possibilité de produire des prédictions à partir de l'analyse des décisions, le second, la validité des analyses fondées sur l'extraction algorithmique de données des décisions.

3.1. La prévisibilité des décisions

22 Une évaluation de la possibilité de prévoir les décisions à venir en se fondant sur les données issues des décisions précédemment rendues a été effectuée à partir de données extraites manuellement, extrêmement fouillées et dont on connaît l'exactitude. Sans revenir sur le détail de l'étude en question (Jeandidier, Ray, Mansuy, 2020), conduite par des économistes, on en retiendra simplement la conclusion : la grande variabilité des montants de prestation compensatoire, toutes choses égales par ailleurs, ne permet pas d'anticiper les décisions à venir. Autrement dit, et en prenant le risque de généraliser, l'anticipation serait possible seulement pour des contentieux dans lesquels la dispersion des décisions est réduite, alors même que la faiblesse de la dispersion rend un outil de prévisibilité moins utile. On entend ici par dispersion des décisions la variabilité des résultats obtenus dans des situations pourtant semblables. À l'inverse, s'agissant de décisions plus dispersées comme c'est le cas en matière de prestation compensatoire, liée à des critères de décision nombreux, non hiérarchisés, parfois difficiles à manipuler ou même contradictoires [23], cette prévisibilité ne peut pas être déduite de l'analyse des décisions déjà rendues. Ce constat constitue un argument important pour considérer que l'on ne peut pas produire de barèmes constatés sur ces terrains, c'est-à-dire des barèmes qui auraient pour ambition de reproduire l'existant pour informer les praticiens des pratiques habituelles.

3.2. La validité des analyses fondées sur l'extraction algorithmique de données

23 Là encore sans entrer dans le détail des opérations effectuées, on retiendra que ce projet d'extraction automatisée de données a obtenu des résultats pour le moins mitigés. Les techniques utilisées se sont révélées incapables de capter un grand nombre des éléments d'information contenus dans les décisions et nécessaires à l'analyse, alors même que nos échanges réguliers avaient abouti à réduire assez drastiquement les informations à extraire par rapport aux informations extraites manuellement. Le cas le plus extrême est sans doute celui des ressources des époux ou de leur capital, déjà difficiles à

capter à partir d'une saisie manuelle. Des informations plus basiques ont cependant pu être extraites, avec un taux de fiabilité plus ou moins important selon la variabilité de la façon dont l'information apparaît dans la décision de justice, renvoyant ainsi au formalisme des décisions.

24 La fiabilité des données extraites est parfois sujette à caution, y compris pour certaines données chiffrées pourtant les plus faciles à extraire (dates, nombre d'enfants, montants en euros, âges). S'agissant du montant des prestations compensatoires finalement retenu, il a fallu commencer par distinguer le dispositif de la décision de ses autres parties, afin de le capter en évitant des confusions avec d'autres montants contenus dans la décision, en particulier la prestation demandée. Ensuite, la pauvreté des données extraites automatiquement, même fiables, ne permet pas de fournir une analyse des déterminants des décisions dès lors qu'elle doit se limiter aux critères les plus faciles à capter et par conséquent négliger les autres, y compris lorsqu'ils relèvent de la loi.

25 Peut-être le caractère très évolutif des techniques mises en œuvre permettra-t-il un jour des extractions plus fouillées et plus fiables mais, indépendamment des progrès techniques, c'est la question de la rédaction des décisions de justice qui est posée. On constate en effet que les décisions sont des œuvres essentiellement littéraires, dont la rédaction est liée à la plume de leur auteur, y compris lorsqu'il s'agit de reprendre des informations factuelles telles que la durée du mariage ou le nombre des enfants qui en sont issus ou même de distinguer les différentes parties de la décision (motifs, dispositif). Si cette diversité d'expression écrite soulève peu de difficultés pour un lecteur humain, ce n'est pas le cas pour une « lecture » automatisée. On remarquera cependant que le même constat peut être fait pour une lecture humaine, dès lors qu'il s'agit d'informations plus complexes. Même un lecteur humain ne peut que difficilement systématiser ou même retrouver les informations recherchées dans la décision, s'agissant par exemple des ressources des époux, celles-ci n'étant pas normalisées à partir d'un vocabulaire stabilisé. La comparabilité des décisions s'en trouve diminuée.

26 La rationalisation et l'harmonisation formelle des décisions judiciaires rendues par les juridictions du fond pourraient constituer une sorte

d'effet retour du développement annoncé des outils d'aide à la décision fondés sur des analyses de contentieux : ne faut-il pas formaliser plus la rédaction des décisions pour rendre leur analyse comparée plus facile ? Cet effet s'articule avec une volonté qui semble émerger de standardiser la rédaction des décisions et de les rendre plus lisibles. Cette évolution devrait cependant considérer le caractère souvent incomplet, contredit ou incertains des informations fournies au juge, qui doit malgré tout décider, ensemble qui n'est sans doute pas étranger à ces rédactions mouvantes (Cottin, 2024).

27 Quoi qu'il en soit, une analyse parallèle réalisée dans le cadre d'e-Juris montre qu'une rédaction plus maîtrisée, partagée par l'ensemble des magistrats rédacteurs, permet des analyses des décisions rendues par les juridictions administratives qui ne seraient pas possibles avec des décisions judiciaires. Il est ainsi possible de faire ressortir l'utilisation implicite des jurisprudences issues du Conseil d'État, contenues dans ses considérants de principe, dans l'ensemble des décisions des cours administratives d'appel publiées dans la base de données JADE. Ces décisions reprennent en effet les jurisprudences exprimées sous la forme de considérants de façon suffisamment fidèle pour qu'ils puissent être détectés automatiquement, les formulations utilisées par le Conseil d'État n'étant pas ou très peu modifiées par les auteurs des décisions d'appel. Il est ainsi possible de suivre dans le temps et dans l'espace le destin de telle ou telle (Massein, 2023).

4. Discussion

28 Les tentatives d'extraction automatisée de données réalisées dans le cadre d'e-Juris s'inscrivent dans un projet visant à multiplier les analyses de contentieux, qui seraient dorénavant plus facilement réalisables, ce qui permettrait de mieux connaître les déterminants des décisions de justice et partant de fournir des outils d'aide à la décision. Mais, au-delà des limites techniques de l'extraction automatique des données, l'exercice de l'analyse de contentieux, même avec des données suffisamment précises et fiables, comporte ses propres limites, de sorte que le projet d'en déduire des outils d'aide à la décision doit être regardé avec précaution. Ces limites concernent tout autant les analyses issues d'une extraction automatiques que les

analyses issues d'une extraction manuelles. Cependant, l'*open data* des décisions de justice, le développement attendu d'analyses qui y est associé, l'offre relativement nouvelle d'outils commerciaux qui se positionnent sur ce marché et les réflexions qu'elle a suscitées (Dumoulin, 2022) renforcent la nécessité de mettre ces limites en lumière.

29 Première limite : ce type d'exercice ne concerne qu'une partie seulement de la démarche intellectuelle du juge et n'a pas pour objectif de reconstruire *ex post* le raisonnement des juges. Il s'agit seulement de se donner les moyens de mieux connaître l'activité des juges du fond, largement méconnue et, s'agissant de la recherche des déterminants de la décision rendue, de donner à voir les liens entre différents éléments factuels contenus dans la décision. L'ensemble permet de mieux appréhender l'exercice, par le juge, de son pouvoir souverain d'appréciation, que ce soit sur le terrain de l'utilisation qu'il fait des critères légaux de qualification ou sur celui de la détermination de quantum.

30 L'exercice n'en est pas moins déstabilisant pour un système juridique légaliste, vertical, dans lequel le pouvoir d'appréciation des juges du fond reste relativement transparent dès lors que la focale est mise sur la loi et son interprétation jurisprudentielle, essentiellement issue des juridictions supérieures. De façon certes un peu caricaturale, le reste ne relèverait pas véritablement du droit mais de la « pratique ». Cet aspect du phénomène juridique ne fait d'ailleurs pas l'objet d'un enseignement, sous réserve peut-être du développement des cliniques du droit ou, dans une moindre mesure, des ateliers locaux de jurisprudence. La mise en évidence de déterminants non légaux des décisions est d'autant plus déstabilisante qu'elle constitue une forme de concrétisation ou de démonstration de l'aléa judiciaire, pouvant ainsi mettre en évidence à la fois l'inégalité de traitement des justiciables et la présence de critères exogènes qui pèsent sur la prise de décision. On peut en effet comparer, avec ces techniques, les décisions rendues par un même juge, testant ainsi la constance de son raisonnement dans le temps, entre différents juges (ce qui ne nécessite pas de lever leur anonymat) ou entre différentes juridictions. On peut également mettre en évidence le poids de critères a-légaux ou illégaux dans la décision finalement retenue, comme c'est le cas dans notre expérimentation de la faute exclusive dans le divorce [24].

31 Deuxième limite : l'analyse de contentieux rapportée ici se fonde seulement sur les données contenues dans les décisions elles-mêmes, indépendamment des facteurs extérieurs qui pourraient peser sur les décisions rendues. Cette limite peut cependant être dépassée et l'a parfois été, en ajoutant à ces données des informations issues d'autres sources, par exemple des données socio-économiques (Fréchet, Chanut, 2020). On peut même envisager qu'elles soient issues d'autres décisions de justice, mais cet appariement suppose d'accéder à des décisions non pseudonymisées [25], ce qui permet de réunir l'ensemble des décisions concernant une seule et même partie. Ce sera le cas dans un avenir proche s'agissant des personnes morales. S'agissant des parties personnes physiques, cette extension reste soumise à la possibilité d'accéder aux décisions avant leur pseudonymisation pour leur reversement dans Judilibre, ce qui reste discuté (Sayn, 2023), ce type de projet étant dans tous les cas soumis à des obligations strictes de protection des données personnelles.

32 Troisième limite : les difficultés rencontrées pour extraire des informations suffisamment précises pour apprécier le poids de certains des critères retenus pour l'analyse et la mise en évidence du rôle de déterminants non légaux dans la prise de décision incitent à une grande prudence sur le développement d'outils d'aide à la décision qui seraient supposés refléter l'activité juridictionnelle, qualifiés de barèmes constatés. En effet, les difficultés d'extraction d'informations pour apprécier le poids de tel ou tel critère peuvent aboutir à le passer sous silence, en limitant les outils proposés aux informations automatiquement accessibles. Et feraient-ils effectivement l'objet d'une extraction, que faut-il faire en présence de critères a-légaux ? Faut-il les intégrer à de tels outils dès lors qu'ils prétendent aider les professionnels à décider ? Les avocats peuvent être sensibles au rôle que jouent des facteurs non légaux dans la prise de décision du juge, dans une perspective stratégique, mais qu'en serait-il des juges, qui abandonneraient ainsi la prétention de juger en droit ? Plus globalement, et de façon très classique, les analyses produites dépendent des données extraites et des questions posées à l'objet et, pour reprendre l'exemple de la prestation compensatoire, certaines analyses pourraient négliger le montant de la demande tandis que d'autres refuseraient de questionner le rôle du sexe du juge. Pour

cette raison, il n'est pas envisageable de proposer aux praticiens des barèmes dits constatés, à la fois parce que le constat est incomplet et parce qu'ils charrient des critères non légaux. Si l'élaboration d'outils d'aide à la décision est jugée opportune, ceux-ci doivent donc être construits à partir des critères légaux de décision, en négligeant les critères non légaux possiblement repérés. Ils permettront ainsi de réduire la disparité des décisions justement en limitant le poids des critères non légaux, pour recentrer le raisonnement du juge sur les seuls critères légaux.

33 L'extraction de données issues des décisions de justice permet de produire des connaissances en rendant possible l'analyse à la fois statistique et juridique des décisions, mais c'est un processus long et complexe, coûteux en temps et en énergie. Sous réserve de progrès techniques – ou peut-être de l'utilisation d'autres techniques –, l'extraction automatique de données pourrait permettre à terme de multiplier les analyses et donc de multiplier ces connaissances, dans le temps (passages répétés) et dans l'espace, concernant des contentieux plus nombreux et plus diversifiés. Notre groupe a cependant montré qu'en l'état actuel des techniques disponibles, une extraction de données de qualité suffisante est illusoire. Par ailleurs, et compte tenu de l'existence de déterminants a-légaux des décisions, cette production de connaissances n'est pas suffisante pour permettre la production d'outils d'aide à la décision : il n'est pas possible de transférer directement l'une à l'autre. D'une part, la production de connaissances impose un appareil méthodologique élaboré et soumis à la critique des pairs, processus qui ne s'impose pas aux opérateurs privés du marché. D'autre part, les connaissances ainsi produites, fussent-elles fiables, ne sauraient être directement reversées dans un outil d'aide à la décision sans distinguer ce qui relève du droit (critères légaux de décision) et ce qui relève des biais constatés dans les pratiques habituelles des juges. Si la production de connaissances fiables constitue un préalable indispensable – et nous venons de montrer que cette fiabilité reste à démontrer – elle n'est donc pas suffisante. On ne peut donc qu'appeler de nos vœux une régulation des outils mis à la disposition des professionnels [26]. Il n'en reste pas moins que les analyses de contentieux et leur développement attendu, lié à celui des analyses algorithmiques de contenu, pourrait

aboutir à mieux connaître le fonctionnement de la justice, si tant est que les chercheurs se saisissent de cet objet.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 25 novembre 2024.

Archives de philosophie du droit, 2018, *La justice prédictive*, tome 60, Paris, Dalloz

Belmokhtar Z., Mansuy J., 2016, *Infostat Justice*, n° 144

Cadiet L., 2017, *L'*open data *des décisions de justice. Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, rapport à Madame la garde des Sceaux, [https://www.vie-publique.fr/files/rapport/pdf/184000019.pdf]

Cadiet L., Chainais C., Sommer J.-M. (dir.), 2022, *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation

Cottin M., 2024, « Vers la standardisation dans la rédaction des décisions de justice ? », dans I. Sayn, V. Rivollier (dir.), *Justice et numérique, quels (r)apports ?*, Chambéry, Presses universitaires Savoie Mont Blanc

Cour de Cassation, 2024, « Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ? Actes du colloque du 27 novembre 2023 », *La semaine juridique. Édition générale*, supplément au n° 7-8

Deschamps M., Mansuy J., Jeandidier B., 2022, « Les décisions des juges sont-elles influencées par la météo ? Application aux décisions en matière de divorce en France », [https://shs.hal.science/hal-03437622v1]

Dumoulin L., 2023, « Les dispositifs algorithmiques de traitement et d'analyse des décisions de justice. Quelques lignes de structuration de la controverse sur la justice prédictive », dans I. Sayn, V. Rivollier (dir.), *Justice et numérique, quels (r)apports ?*, Chambéry, Presses universitaires Savoie Mont Blanc

Dumoulin L., 2022, « De quoi la "justice prédictive" est-elle le nom ? Algorithmes, décision et jugement », HDR, Université Paris-Saclay, [https://shs.hal.science/tel-04227420]

Fréchet M., Chanut O. (dir.), 2020, *Les conflits judiciaires dans les relations de franchise*, rapport, Mission de recherche Droit et Justice

Girard-Chanudet C., 2023, *La justice algorithmique en chantier : sociologie du travail et des infrastructures de l'intelligence artificielle*, thèse, Paris, EHESS

Jeandidier B., 2023, « L'hétérogénéité des décisions de justice réduit leur prévisibilité », dans I. Sayn, V. Rivollier (dir.), *Justice et numérique, quels (r)apports ?*, Chambéry,

Presses universitaires Savoie Mont Blanc

Jeandidier B., Ray J.-Cl., Mansuy J., 2020, « Analyses quantitatives de décisions de justice en matière de prestation compensatoire (PC) dans une perspective de justice prédictive », [https://shs.hal.science/hal-02973071/]

Les Cahiers de la justice, 2019, Dossier « Les défis de la justice numérique », n° 2

Massein A., 2023, « La reconnaissance automatique de la jurisprudence au sein des décisions de justice : exploration des potentiels au travers d'un cas pratique », dans I. Sayn, V. Rivollier (dir.), *Justice et numérique, quels (r)apports ?*, Chambéry, Presses universitaires Savoie Mont Blanc

Przygodzki-Lionet N., 2012, *Psychologie et justice. De l'enquête au jugement*, Paris, Dunod

Sayn I., 2023, « L'accès aux documents issus de l'activité des autorités publiques dans le monde du droit et de la justice », dans I. Sayn, V. Rivollier (dir.), *Justice et numérique, quels (r)apports ?*, Chambéry, Presses universitaires Savoie Mont Blanc

Sayn I., Bourreau-Dubois C. (dir.), 2017, *Le traitement juridique des conséquences économiques du divorce. Une approche économique, sociologique et juridique de la prestation compensatoire*, Bruxelles, Bruylant

Sayn I., Perrocheau M. (dir.), 2019, *Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice*, rapport, Mission de recherche Droit et Justice

Sayn I., Rivollier V. (dir.), 2023, *Justice et numérique, Quels (r)apports ?*, Chambéry, Presses universitaires Savoie Mont Blanc

Serverin É., 2009, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond (à propos de l'ouverture à la recherche de la base JURICA) », *Dalloz*, p. 2882-2887

Serverin É., 2004, « V°- Barème », dans L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF

Serverin É., 1993, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société*, n° 25, p. 339-349

NOTES

1 Art. 1440 et suiv. du Code de procédure civile.

2 Pour un tableau des dispositions établissant des exceptions à la publicité des décisions rendues en matière civile et pénale, voir Cadiet (2017, Annexes 1 et 2).

3 Soit près de 3 millions de décisions par an pour le seul ordre judiciaire.

4 La pseudonymisation est définie comme « le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires », ces informations supplémentaires pouvant être conservées séparément et de façon sécurisée pour garantir l'absence ultérieure de ré-identification (art. 4 du Règlement général sur la protection des données).

5 Pour les décisions judiciaires, voir la base Judilibre sur le site de la Cour de cassation.

6 Sur les débats qui ont eu lieu, notamment sur le périmètre de l'anonymisation des décisions et le retrait des noms de juges, voir Cadiet (2017).

7 On tiendra ici pour négligeables les décisions du fond proposées par Légifrance, dans la mesure où elles sont peu nombreuses et que leur sélection est aléatoire, empêchant toute espèce de représentativité.

8 Circulaire NOR JUSB1833465N du 19 décembre 2018 relative au traitement des demandes de copie de décisions judiciaires émanant de tiers à l'instance, [https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/bo/2018/20181231/JUSB1833465N.pdf].

9 Pour une présentation et une analyse de ces débats, voir Dumoulin (2023) ; voir également Cadiet, Chainais, Sommer (2022).

10 En matière de prestation compensatoire par exemple, qui constitue sans doute l'exemple le plus extrême, on compte au moins 11 barèmes différents proposés aux praticiens pour les aider à fixer un montant.

11 Sur la distinction entre barème construit et barème constaté, voir Serverin (2004).

12 Pour une présentation approfondie des débats doctrinaux suscités par l'émergence réelle ou supposée d'une justice prédictive, voir Dumoulin (2022).

13 L'utilisation marketing de l'expression « intelligence artificielle » rend son usage parfois délicat. On peut retenir en dernière analyse qu'il s'agit des techniques numériques qui relèvent de l'apprentissage machine, mais elle est aussi souvent employée pour désigner des techniques « simplement » algorithmiques. C'est la raison pour laquelle, dans la suite de cet article, on préférera utiliser l'expression « analyse algorithmique de décisions » ou « extraction algorithmique de données ».

14 Voir sur ce point les travaux de N. Przygodzki-Lionet, notamment *Psychologie et justice. De l'enquête au jugement* (Przygodzki-Lionet, 2012).

15 Voir Sayn, Rivollier (2023).

16 Voir [https://anr.fr/Projet-ANR-12-BSH1-0002].

17 Ibid.

18 Art. 270, al. 2, C. civ. : « L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives [...]. »

19 Les articles 270 et 271 C. civ. proposent aux juges des critères de décision nombreux, non hiérarchisés, non exhaustifs et ambigus en ce qu'ils oscillent entre logique alimentaire (assurer des ressources minimales), logique de compensation (compenser la disparité des revenus) et logique indemnitaire (compenser le manque à gagner de l'épouse lié à son investissement domestique).

20 Disposer d'un tel corpus de décisions de première instance, représentatif sur le plan national, était alors exceptionnel et, en attendant l'achèvement du projet de mise à disposition des décisions, l'est toujours. Le site Judilibre propose aujourd'hui les décisions rendues par neuf tribunaux judiciaires, sachant que le calendrier prévu par l'arrêté du 28 avril 2021 prévoyait la mise en disposition de l'ensemble des décisions des tribunaux judiciaires au 30 septembre 2025. Ce calendrier a fixé les dates du 30 juin 2023 et du 31 décembre 2024 s'agissant des décisions rendues respectivement par les conseils de prud'hommes et les tribunaux de commerce, mais le chantier est toujours en cours.

21 Art. 270 C. civ.

22 Constitutive d'archives, cette autorisation est donc passée par le responsable des archives du ministère de la Justice sans l'implication duquel la réalisation de ce projet n'aurait sans doute pas été possible.

23 Comment concilier la référence aux besoins de l'époux et aux ressources de l'autre, qui renvoie à une logique alimentaire (art. 271, al. 1, C. civ.) avec la notion de compensation de la disparité des conditions de vie après le divorce (art. 270, al. 2, C. civ.) ? Sur les différentes logiques à l'œuvre, voir Sayn, Bourreau-Dubois (2017).

24 Bien d'autres hypothèses peuvent être testées. Par exemple, et de façon plus iconoclaste : Deschamps, Mansuy, Jeandidier (2022).

25 Pour rappel, les données à caractère personnel ont été retirées d'une décision pseudonymisée, sans pour autant que celle-ci ne puisse plus être attribuée aux parties concernées, à partir d'informations supplémentaires et de croisement de données. C'est la raison pour laquelle on évite le terme d'« anonymée », qui suppose l'impossibilité de réattribution ultérieure.

26 On remarquera cependant que des outils existent déjà, assez nombreux et très utilisés, sans aucune régulation. Peut-être l'arrivée sur le marché d'outils issus des analyses algorithmiques va-t-elle faire évoluer le débat (Sayn, Perrocheau, 2019).

RÉSUMÉ

Français
La loi du 7 octobre 2016 a suscité ou renforcé des projets d'exploitation des décisions de justice, étendus aux décisions de première instance annoncées comme accessibles et gratuites dans un avenir relativement proche. C'est dans ce mouvement qu'ont été développés des outils algorithmiques d'analyse de décisions. Bien avant ce mouvement, le monde de la recherche sur le droit avait développé des analyses de contentieux, restées assez peu nombreuses. Les questions posées sont variables : quels sont les demandeurs et défendeurs, quelle partie obtient gain de cause, quels arguments sont développés, quelles solutions sont retenues… ? Ces travaux produisent des connaissances nouvelles sur l'activité juridictionnelle à partir de l'analyse des (ir)régularités contenues dans les décisions. On peut également envisager que ces régularités soient utilisées pour fournir des outils d'aide à la décision. Dès lors que ces outils prétendent influencer les décisions de justice, leur fiabilité devait être interrogée. Par ailleurs, le recours à ces méthodes dans une perspective de connaissance, séduisant, devait être testé. C'est à ces préoccupations qu'a tenté de répondre le groupe de travail interdisciplinaire « e-Juris » et ce sont ses conclusions, très mitigées, que cet article retrace.

INDEX

Mots-clés
jurimétrie, décisions de justice, contentieux, extraction algorithmique de données, intelligence artificielle

AUTEUR

Isabelle Sayn
Directrice de recherche au CNRS, Centre Max Weber (UMR 5283, CNRS, ENS Lyon, Université Jean Monnet Saint-Étienne, Université Lumière Lyon 2) ; isabelle.sayn@cnrs.fr

Les données de la recherche comme biens communs. La pluralité des régimes de communalité

Marie Cornu

PLAN

1. La détermination de la part de communalité : incertitudes et opacités
   1.1. La construction chaotique du droit des données
   1.2. L'instabilité du droit des données
2. Préserver la part de communalité, les fronts de résistance
   2.1. Du côté des usages, des inventions *contra legem*
   2.2. Du côté du droit, lorsque l'usage a raison du droit

TEXTE

1 Les sources et résultats de la recherche sur le droit, que l'on pourrait qualifier ensemble de données de la recherche sont les données reçues ou produites à partir desquelles s'élabore la recherche. En réalité, la notion n'est guère circonscrite dans le droit, ni celle de données, ni même celle de données de la recherche. Les données de la recherche paraissent dans plusieurs textes, mais elles n'ont pas pour autant fait l'objet d'une définition générique comme le souligne Agnès Robin dans son ouvrage de référence (2022). Certaines de ces définitions ne sont pas dénuées d'intérêt. L'étude d'impact de la loi sur la République numérique considère les données de la recherche comme :

> « Des données factuelles issues d'observations, d'enquêtes, de corpus, d'archives, d'expériences ou d'analyses computationnelles, enregistrées sous tout format et sur tout support dans une forme brute ou après avoir été traitées ou combinées et sur lesquelles se fondent les raisonnements du chercheur et qui sont jugées nécessaires à la validation des résultats du chercheur. »

2 Cette définition était plus substantielle que celle que donnait l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

en 2007. Quant à la directive dite *open data*[1], elle les définit ainsi :

> « Documents se présentant sous forme numérique, autres que des publications scientifiques, qui sont recueillis ou produits au cours d'activités de recherche scientifique et utilisés comme éléments probants dans le processus de recherche, ou dont la communauté scientifique admet communément qu'ils sont nécessaires pour valider des conclusions et résultats de la recherche. »

3 Pour intéressantes qu'elles soient, ces définitions n'ont pas vocation à diffuser en dehors des textes qui en précisent le sens. Ce sont des définitions formelles. Quoi qu'il en soit, au fil de ces différents projets, on voit paraître la grande richesse de ce matériau des données de la recherche, et tout en même temps leurs fonctions cardinales. Elles sont fondamentales dans la production de connaissances et indispensables dans leur dimension probatoire. Les données de la recherche sont ce matériau de l'amont à partir duquel s'opère le travail de recherche, données recueillies ou fabriquées dans cet atelier, en somme toute cette génétique de l'écriture scientifique, mais ce sont aussi les productions de la recherche elle-même.

4 Que ce soit en amont ou en aval, on aurait tendance à penser que ces différents gisements d'information, en contemplation de la fonction que ces informations remplissent, sont ou doivent être en libre accès, dès lors qu'ils participent de cette activité de production de la connaissance, ce d'autant plus lorsqu'elle s'exerce dans la sphère publique. Le principe de liberté de la recherche affiché dans les textes postulerait en amont l'accès le plus aisé à la connaissance donc aux sources et aux travaux réalisés à partir de ces sources. C'est ce que suggère, dans son premier article, le Code de la recherche évoquant parmi les objectifs de politique publique le partage de la culture scientifique, technique et industrielle, la valorisation des résultats au service de la société[2]. Instituant un droit d'accès sur le matériau des archives publiques, aujourd'hui élevé au rang de droit et liberté garanti par la Constitution[3], le droit des archives consacre aussi cette idée d'une ressource collective[4].

5 Plusieurs théoriciens des communs, en l'occurrence, ont élaboré des doctrines autour de la notion de communs de la connaissance ou de communs informationnels. Benjamin Coriat, un des économistes

hétérodoxes qui a beaucoup investi ce thème des communs, dans le sillage des travaux d'Elinor Ostrom, les définit ainsi : les communs dont il s'agit, nous dit-il, « portent sur des ressources intangibles », « qui consistent en des collections d'informations et de connaissances, mais aussi de produits élaborés à partir de cette matière informationnelle » (Coriat, 2020). Ils ont vocation au partage. Ils sont des biens non rivaux et non exclusifs, ce que les économistes nomment les biens publics : « C'est le propre d'une information scientifique ou d'une œuvre littéraire que sa consommation par un individu donné ne prive pas ni n'exclut aucun autre individu de cette consommation. [5] »

6 Mais, au-delà des caractéristiques de non-rivalité et de non-excluabilité, ces ressources doivent être gouvernées d'une certaine manière, au service du commun. La gouvernance est un des critères clés dans cette construction de la figure des communs. Où on comprend que la notion de communs ne qualifie pas en soi les données. Elle renvoie non à des ressources considérées pour elles-mêmes, y compris lorsqu'on les pense partageables, mais à des ressources soumises à des modes de gestion commune, exercés dans un intérêt commun.

7 Les données de la recherche seraient un exemple de ces communs, somme de biens collectifs disponibles dans l'espace public. Resserrant le focus sur les données de la recherche en droit, à s'en tenir aux sources juridiques à proprement parler, les choses pourraient sembler d'autant plus naturelles voire facilitées, le commun trouvant un point d'appui dans les impératifs d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, actifs dans un certain nombre de ressorts qui organisent et encadrent l'accès au droit. Les actes officiels, les lois, les actes réglementaires, les décisions de justice, finalement tous les dispositifs ayant une valeur normative sont en principe de libre accès.

8 À la vérité, ce matériau n'est pas toujours disponible ou aisément disponible, même si le site Légifrance a fait faire des progrès considérables en la matière. Pour tout un pan de ces sources du droit, matériau en principe de libres parcours du fait à la fois de son mode de production et de sa destination, la question de leur publicisation est une vraie question. On peut notamment évoquer l'exemple des avis du Conseil d'État et des juridictions administratives, des conclu-

sions des rapporteurs publics, les décisions émanant des juridictions du fond[6] ou encore ce que l'on nomme l'infra-droit, les petites sources du droit (instructions, circulaires, directives, rapports, etc.)[7]. Certaines de ces sources sont soumises à des règles de publicité, mais elles restent partielles et passablement complexes. Il y a par conséquent une distance assez considérable entre l'objectif d'accessibilité et la réalité des faits.

9 En outre, l'univers des archives utiles à la recherche sur le droit, des archives qui parlent du droit, qui parlent au droit est bien plus vaste que celles que produisent les seules instances du droit. Au-delà des textes, de la jurisprudence et autres archives procédant de l'activité juridique, ce sont aussi les archives de toutes sortes d'acteurs qui, faisant usage du droit, font aussi en partie le droit. Et, pour ces sources-là, la question du commun est encore plus complexe à saisir. Elles sont le siège d'intérêts multiples d'ordre privé et public, parfois en forte tension, ceux de l'usager, ceux de l'administration, ceux de la personne privée, le propriétaire notamment, etc. Les acteurs sont nombreux. Le droit des données est pétri de cette pluralité d'intérêts qui tire tantôt vers le commun, tantôt vers l'anti-commun, le privatif, le secret, la confidentialité. Ce n'est pas dire que ces droits, en particulier le droit d'auteur ou le droit des données personnelles, n'auraient pas de légitimité. Simplement, on peut admettre qu'ils cèdent devant l'intérêt public d'accès à l'information publique. Cet impératif est parfois perdu de vue. Le droit des données est fondamentalement un droit du compromis. Si bien que la qualification des données de la recherche en communs informationnels ou en communs de la connaissance est tout sauf évidente. Partant de ce constat, selon une approche plus pragmatique, dans le droit fil des travaux entrepris sur l'échelle de communalité (Cornu, Wagener, 2021), on peut se poser la question de la part de communalité des données de la recherche. La part de communalité, c'est la façon dont le droit prend au sérieux la dimension collective de ces ressources, c'est la façon dont il ménage avec des instruments juridiques cet espace du commun, au moyen de toutes sortes de techniques, allocations de droits, reconnaissances de libertés, servitudes d'utilité publique ou privée, instruments de police administrative, etc.[8] Il y a fort à faire sur cet enjeu de disponibilité des données quand foisonnent les théories propriétaristes. L'idée s'imposerait que toute

chose devrait naturellement être pensée comme un objet de propriété. En irait-il ainsi des données [9] ? Il reste que, dans ce champ, plus spécialement celui des données de la recherche, cette part de communalité selon laquelle les données sont rendues disponibles dans l'espace public, du moins en partie, trouve plusieurs de ses traductions juridiques. Les utilisateurs, diversement nommés administrés, usagers, citoyens, individus, public [10], chercheurs ont un intérêt juridiquement protégé à la communalité de ces sources, qui paraît dans plusieurs textes sous des formes extrêmement variées, d'abord du côté du droit public, mais aussi de celui du droit privé.

10 Côté droit public, c'est par exemple le droit d'accès à des documents publics, prérogative qui s'exerce sur cette mémoire collective produite par les personnes publiques. C'est aussi le droit d'en obtenir communication, le droit de les diffuser, de les exploiter, de les réutiliser, lit-on dans les textes, avec deux sources principales : le Code des relations entre le public et l'administration et le Code du patrimoine qui contient les règles relatives aux archives publiques (livre II). Nous nous concentrerons sur la question de l'accès et de la communication [11].

11 Les ressources de communalité sont aussi du côté du droit privé, dans le champ de la propriété intellectuelle, qui notamment ménage au cœur de cette propriété singulière une sphère de libre exploitation, de libre parcours (le joli terme), le domaine public, exemple assez rare de sanctuarisation de choses soustraites à la propriété, même si sous la Révolution on désignait cet ensemble comme figurant la propriété du public. On y inclut précisément les textes officiels et les décisions de justice. Ces matériaux ne peuvent donner prise à des droits de propriété intellectuelle. On y agrège non seulement les idées mais aussi les théories, les hypothèses scientifiques. C'est le règne de l'inappropriable. C'est encore la possibilité introduite par la loi sur la République numérique pour les chercheurs de reproduire librement leurs articles à l'issue d'un temps assez court, desserrant l'étau des mécanismes de cession de droits parfois consentis pour des périodes très longues, trop longues [12].

12 Les indices de communalité dans ce matériau de la recherche en droit et sur le droit sont par conséquent nombreux, et les justifications en sont diverses. L'une d'entre elles, et non des moindres, est le

droit de demander des comptes à l'administration, personnage public, droit d'accéder aux traces qu'elle laisse dans le sillage son activité. C'est tout l'esprit de la loi sur les documents administratifs, texte qui vient dans ce moment particulier de la fin des années 1970 où l'information devient un objet d'attention pour le droit. On plaide une plus grande transparence de la vie publique.

13 Dans le système précédent, selon Jacques Chevallier citant Pierre Sadran, une « ligne Maginot » de textes organise « le monopole des sources d'information, la rétention des documents et le refus de s'expliquer » (Chevallier, 2019, p. 137). Le tournant des années 1970 est une période de délégitimation du secret administratif. Jacques Chevallier fait encore remarquer que « la fin des années soixante-dix est donc marquée par une exceptionnelle densité de réformes mettant à mal le principe du secret qui était au cœur du modèle administratif traditionnel et lui substituant un droit à l'information [...] la transparence devient la norme de référence » (*ibid.*, p. 150). Du moins est-ce ce que l'on entend dans les discours publics, les pratiques sont plus à la traîne. Les lois adoptées dans cet environnement, la mise en forme d'un droit à l'information publique participent du projet de « renforcement des droits du citoyen face à l'administration ». On institue une liberté d'accès armée d'un véritable droit à la communication, qui se décline doublement en un droit d'accès, liberté individuelle de tout citoyen d'accéder à l'information qui le concerne, mais aussi en un « droit à l'information, liberté collective, par lequel chacun peut consulter les documents et dossiers présentant un caractère d'intérêt général » (*ibid.*, p. 149). Voilà un indice fort de communalité.

14 Une deuxième justification gît dans les droits de l'histoire, non pas seulement les droits des historiens – encore que ce soit l'usager qui domine – mais plus généralement dans les droits de la recherche. L'importante loi du 3 janvier 1979, après quasiment deux siècles de pratiques administratives en tous sens, pose le principe d'un droit d'accès aux archives publiques, instituant une série de délais de communication variables en fonction du degré de sensibilité de la donnée – il n'y a pas que du libre accès. Les délais sont imposés par la loi. L'option légistique n'est pas anodine. Le pouvoir de décision n'est plus entre les mains de l'administration. C'est la nécessité de l'écriture de l'histoire à partir de cette mémoire nationale que plaident les arti-

sans de la loi. C'est aussi ce qui motivera les enregistrements des procès historiques.

15 La troisième motivation, reliée à cette idée de communalité, se rapporte aux droits du public d'accéder à un patrimoine collectif, la rhétorique est fréquente dans les textes. Il ne faut pas oublier que la loi sur les archives a été codifiée dans le Code du patrimoine.

16 Cette part de communalité des données de la recherche a ainsi une existence dans le droit. Comment la saisir ? On se heurte à plusieurs séries d'écueils. Le premier, qui n'est pas des moindres, tient à la juste compréhension de cette économie juridique des communs. Quelle est en somme l'assiette des droits qui en dérivent ? Ce sont les difficultés pour l'analyste d'en restituer les contours, mais aussi celles pour l'usager de prendre l'exacte mesure des droits dont il dispose. Le second écueil a trait à la préservation de cette part de communalité, plutôt mise à mal ces dernières décennies.

1. La détermination de la part de communalité : incertitudes et opacités

17 Deux phénomènes rendent peu aisée la compréhension du cadre juridique, en particulier de ce qui ressortit de l'usage commun, d'abord, la construction somme toute chaotique du droit des données, ensuite, l'instabilité de ce droit, qui tient doublement à la plasticité des notions mobilisées et aux déplacements constants, observés dans le dessin des exceptions, mais aussi dans l'assiette même de l'usage commun.

1.1. La construction chaotique du droit des données

18 À l'étude des différents ressorts de ce droit, on voit paraître sous des habits multiples la figure du sujet, sachant que, quand bien même en serait-on toujours sur cette veine commune du droit à l'information, les droits d'usage vont varier en fonction de la finalité poursuivie, droit de voir, d'obtenir communication d'un document, les deux sont

accrochés, droit de le diffuser dans l'espace public, droit de l'exploiter. Tous ces actes ne sont pas saisis juridiquement de la même façon et dans les mêmes termes. Si l'exploitation d'un document postule qu'en amont, son accès a été libéré, le droit de voir et d'accéder au document, d'en exiger une copie n'implique pas en toutes hypothèses le droit de le diffuser ou de l'exploiter. Et, de ce point de vue, les différents segments des usages de la donnée ne sont pas toujours clairement bornés. Le fait est que les dispositifs qui prennent en charge ces différents usages n'ont pas toujours été conçus en bonne articulation, parfois en articulation tout court. Dans le premier moment de naissance d'un droit de l'information, à la fin des années 1970, trois textes importants ont été adoptés : la loi sur l'accès aux documents administratifs en 1978 [13], la loi sur les archives, dont les archives publiques en 1979 [14], et enfin la loi informatique et libertés en 1978 [15]. Les deux premières lois, alors même qu'elles prennent toutes deux pour objet les archives publiques, dans des sens plus ou moins larges mais il s'agit bien d'une même famille, alors même que certains des acteurs circulent entre les deux assemblées, que des parlementaires sont présents à la genèse et à l'adoption de ces deux lois, ne sont à aucun moment pensées en bonne intelligence. On y travaillera, mais bien plus tard, dans des termes qui peuvent en l'occurrence être discutés. Ce sont, dans ce temps du droit, deux arborescences du droit des données qui se déploient chacune en propre. Quant à la loi dite informatique et libertés, elle n'est pas non plus reliée à cette réflexion autour de l'accès à l'information, elle n'est pas non plus codifiée. Elle aurait eu sa place dans le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), l'hypothèse avait été un temps envisagée, ce que nous livre Lucie Cluzel-Métayer (2018, p. 181 et suiv.). Sans doute l'enfermement du Code dans ce plan des relations entre le public et l'administration pouvait expliquer cette difficulté d'intégration. Mais il reste que les actes régis par le Code interrogent nécessairement la protection des données personnelles. Dans son analyse qu'elle annonce critique, Lucie Cluzel-Métayer pointe ce phénomène de dispersion, et ce sous un double rapport : dissémination dans le Code – toute une batterie de règles relatives à la publicité des données, des actes, etc., sont présentes dans un certain désordre – et tout en même temps éviction du Code de certains dispositifs. Un grand nombre d'entre eux vont trouver ou ont déjà trouvé abri dans d'autres codes : les données de santé dans le

Code de la santé publique, les données de transports dans le Code des transports, les données des collectivités territoriales dans le code éponyme, les données environnementales, etc. On pourrait multiplier les exemples.

19 La construction chaotique de ce droit des données produit par conséquent un double effet de dispersion et de désarticulation, qui rend tout à fait malaisée et incommode la compréhension de cette part de communalité.

1.2. L'instabilité du droit des données

20 Une deuxième tendance lourde dans le droit des données, en particulier des données publiques, est son instabilité, celle des notions mobilisées dans la délimitation de cette sphère de communalité, en particulier dans la mise en œuvre des exceptions au libre accès. Un certain nombre de ces notions sont, pour le moins, indéterminées, en particulier celles de vie privée, de service public, d'intérêts fondamentaux de l'État, d'atteinte excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger. Leur indétermination conceptuelle brouille le sens du droit, mais surtout rend déplaçable le tracé de la frontière entre le privé et le public, entre le secret et la transparence. Les archivistes en font les frais puisque ce sont eux qui font usage de ce droit dans les rapports avec les administrés/citoyens/usagers. Une autre forme d'instabilité, sans doute plus insidieuse, se manifeste aussi. Elle concerne le dessin légal des exceptions, qui bouge à plusieurs reprises et, plus fondamentalement, l'enveloppe des données publiques, sorte de matière molle sur terrain juridique meuble. Ce contour des exceptions est remodelé à chaque intervention législative, après les lois de 1978 et de 1979 avec la loi Valter[16], la loi Lemaire sur la République numérique[17], la loi de 2008 sur les archives[18] et la loi de lutte contre le terrorisme du 30 octobre 2017. On observe là encore des déplacements constants des bornes qui en délimitent le périmètre et qui, en forme d'accordéon, produisent tantôt des effets de fermeture, tantôt des effets d'ouverture.

21 Si on revient à la genèse de la loi de 1979, on a à ce moment-là une définition des plus extensives des archives publiques. Ce sont à la fois les documents produits et reçus par toutes sortes de personnes publiques, l'État dans toutes ses configurations, mais on y agrège

aussi les archives des entreprises publiques ainsi que les archives des personnes privées qui exercent une mission de service public, ensemble très vaste, si vaste que très tôt on se demande – notamment Guy Braibant dans son fameux rapport (1996) –, principe de réalité, si l'administration des archives est en mesure de collecter ce matériau et donc s'il ne faut pas en réduire la voilure. Si bien que les archives des entreprises publiques ont été supprimées de la liste des archives publiques en 2008. Puis, en 2009, par ordonnance, il semble que la suggestion émane du Conseil d'État, on a décidé de resserrer la notion d'archives publiques et de ne considérer comme telles que les archives des personnes publiques produites ou reçues dans le cadre d'une mission de service public. Mais on s'aperçoit peu après que, du coup, sont soustraites au droit d'accès de très nombreuses archives, sans compter que l'adossement au critère du service public est tout sauf clair. On s'est trompé. On revient en arrière en 2016. C'est aussi en 2008 qu'ont été sortis du lot des archives publiques les actes et documents des assemblées parlementaires qui sont régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires[19]. L'article 7 bis de l'ordonnance prescrit désormais que « chaque assemblée parlementaire est propriétaire de ses archives et responsable de leur conservation et de leur mise en valeur. Elle détermine les conditions dans lesquelles ses archives sont collectées, conservées, classées et communiquées ».

22 Comment expliquer cette impermanence ? Noé Wagener nous en livre une analyse très éclairante. Constatant le peu de débats autour de la notion d'archives publiques, il formule l'hypothèse selon laquelle l'instabilité de cette notion d'archives publiques vient précisément du fait qu'il n'y a pas spécialement de réflexion sur les contours de cette catégorie, comme du reste il n'y a pas eu de réflexion sur les contours des exceptions. Cet impensé de la loi sur les archives procède selon Noé Wagener « d'une forme d'approche hyper instrumentale du droit des archives, en ce sens que la distinction entre archives privées et archives publiques est d'abord et avant tout conçue comme un problème de droit à appliquer, donc de régime juridique » (2019, p. 361).

23 Si on se tourne vers la notion de document administratif, autre grande source de ce droit des données publiques, on retrouve cette même approche instrumentale. Dans la version originelle, en 1978 :

> « Sont considérés comme documents administratifs au sens du présent titre tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, à l'exception des avis du Conseil d'État et des tribunaux administratifs… »

24 À l'énumération suggérée dans la loi de 1978, on comprend que cette modalité du contrôle citoyen porte sur des sources dans lesquelles on a accès à la façon dont les administrations, les institutions produisent, interprètent, font usage du droit, dont elles mettent en œuvre des procédures, dont elles assurent les missions dont elles sont investies, qui nous parlent de l'action publique. L'enjeu des données sur le droit est là tout à fait fondamental. Mais il n'y a pas non plus de réflexion très aboutie sur ce qui fait la particularité dans le champ des archives publiques de ces documents administratifs. On traite la question à nouveau et pour l'essentiel par l'entrée du régime, ce pour quoi on évacue ici les avis du Conseil d'État et des juridictions administratives. En outre, les avis de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ou la jurisprudence ne nous éclairent à aucun moment sur ce qu'est un document administratif. La CADA nous dit ici ou là : ceci est ou n'est pas un document administratif, sans que ne se dégage une notion générique.

25 Et cette entrée par le régime est aussi très prégnante dans les réformes qui suivront, en particulier lorsqu'on transpose la directive européenne sur la réutilisation des informations publiques, qu'on décide d'accrocher au dispositif d'accès aux documents administratifs, nouveau wagon qui poursuit un objectif tout différent, celui de la création d'un marché sur la donnée publique.

26 Il s'agit de permettre à des tiers d'utiliser la donnée à d'autres fins que celles pour lesquelles elles sont collectées par la personne publique, avec à nouveau un singulier déficit de réflexion sur l'objet pertinent. Et cette confusion des registres va contaminer la notion même de document administratif. En particulier dans le régime de la réutilisation, on traite de la question des fonds numérisés des institutions patrimoniales et ainsi de l'image des collections publiques. Dans les avis de la CADA, on voit aussi paraître de nouveaux objets relative-

ment au projet initial, tels que des supports d'enseignements. Et le recours opportuniste à ce ressort législatif du droit des documents administratifs, en décalage avec l'objet de la réutilisation, a eu pour effet de diluer considérablement la notion originelle de documents administratifs, de faire oublier l'importance de leur dimension administrative pour la mise en œuvre d'un droit à demander des comptes. La définition du reste a bougé pour s'aligner sur celle des archives publiques, ce qui brouille à nouveau le message d'origine et dilue ainsi la nature particulière de ces archives publiques. Produites par la personne publique, elles donnent prise à ce droit de demander des comptes en ce qu'elles sont l'expression de l'action publique. Mais, avec la nouvelle définition et surtout le régime de réutilisation, on perd de vue cet enjeu.

27 Le système est ainsi marqué par de l'instabilité, de l'insécurité, de l'incertitude et, à cette difficulté de circonscrire la part malléable de communalité des données, s'ajoute celle, tout aussi préoccupante, de préserver cette part de communalité, sans cesse rognée par toutes sortes de considérations et d'intérêts.

2. Préserver la part de communalité, les fronts de résistance

28 Depuis les premiers textes instaurant un droit à l'information publique, on peut bien sûr observer des effets d'ouverture. Incontestablement. En l'occurrence, les lois qui ont réformé le droit des archives et le droit des documents administratifs sont proclamées comme lois d'ouverture. C'est ce que l'on entend dans le discours public et qui a, assurément, une part de réalité. C'est aussi la génération des lois sur les données ouvertes, la loi sur la République numérique[20], la loi Valter[21] qui impose aux collectivités publiques des règles de diffusion et d'accès, en particulier s'agissant des bases de données publiques sur lesquelles elles détiennent des droits.

29 On pourrait déduire de ces avancées une progression constante de l'accès à cette mémoire collective, donc un accroissement de la part de communalité. Mais il y a aussi et sans aucun doute des courants contraires, des tendances à la relégitimation du secret, qu'on aperçoit

du double côté des usages du droit et du droit, sachant que les frontières entre ces deux ressorts normatifs sont fréquemment poreuses.

2.1. Du côté des usages, des inventions *contra legem*

30 Les usages, en matière d'accès aux archives ont une singulière tendance à éroder les dispositifs juridiques jusqu'à, parfois, les faire plier. Trois exemples sont emblématiques de ce côté des usages récalcitrants. Le premier concerne les protocoles de remise d'archives d'hommes politiques. L'histoire est assez déroutante puisque cette invention *contra legem* de la pratique est venue précisément au moment où a été adoptée la loi sur les archives en 1979 et, à aucun moment, le législateur ne s'est saisi de cette question alors même que ces archives sont des archives publiques et que le sujet est venu à la même période dans l'espace public. Giscard d'Estaing, premier à remettre ses propres archives sous cette forme contractuelle en 1981, en reconnaît le statut public tout en créant cette forme semi-privative de gestion de documents publics qui vient dans tous les sens du terme doubler le dispositif légal, la plaçant entre les mains de personnes privées extérieures à l'administration mandatées par les producteurs publics. Le contrat fait fi de la loi. Certes, on comprend la logique. C'est un stratagème des archivistes pour faire entrer ces archives publiques, éviter leur destruction ou leur privatisation totale [22]. Mais on est loin ici de la figure des biens publics ou même semi-publics.

31 Le deuxième exemple, plus récent, est celui des archives « secret-défense ». Les usages, ici, viennent de l'administration, qui affirme au moyen d'instructions, en particulier l'Instruction générale interministérielle (IGI) 1300, adoptée en 2011 [23], une doctrine du secret-défense en contradiction avec les textes. En vertu d'une interprétation *contra legem*, à l'instigation du Secrétariat général de la Défense et de la Sécurité nationale (SGDSN), les services producteurs du ministère de l'Intérieur ont considéré qu'un document devait être formellement déclassifié pour être communiqué. À défaut de cette « procédure tampon », le document classifié pouvait ainsi ne jamais être communiqué. Cette invention juridique était parfaitement contraire au principe de communication de plein droit – c'est la formule qui figure

dans le Code – à l'expiration des délais légaux. Lors de l'adoption de la loi du 3 janvier 1979, l'importance d'inscrire la chose dans la loi et non de la laisser au domaine du règlement a été discutée, précisément pour éviter l'arbitraire des administrations. Un collectif d'historiens, d'archivistes et de juristes a saisi le Conseil d'État pour que ces instructions soient déclarées contraires au Code du patrimoine. Le Conseil d'État leur a donné raison. Le fait que ces usagers se soient unis pour attaquer une pratique de secret abusive est une première. D'une façon générale, il y a très peu de contentieux. Sans doute les historiens craignent-ils des effets de rétorsion et une plus grande difficulté à accéder aux archives publiques non encore accessibles par dérogation, et les archivistes, des pratiques de rétention et ainsi de non-versement d'archives aux services dédiés. Ici, ils ont plaidé avec succès la cause du droit d'accès [24]. On peut lire sur le site officiel des juges du Palais royal :

> « Le Conseil d'État rappelle que les archives classifiées sont communicables de plein droit, conformément à la loi actuelle, à l'expiration de ces délais. En conséquence, le Premier ministre ne peut conditionner l'accès à ces archives à une procédure de déclassification préalable. Pour cette raison, le Conseil d'État annule cette procédure. »

32 Les juges sont on ne peut plus clairs :

> « Il résulte de la lettre même de l'article L. 213-2 du Code du patrimoine, qu'à l'exception des documents comportant des informations relatives aux armes de destruction massive, qui, en application du II de cet article, ne peuvent jamais être communiqués, les archives ayant fait l'objet d'une classification au titre de l'article 413-9 du Code pénal sont communicables de plein droit à l'expiration des délais de 50 ou 100 ans prévus respectivement par le 3° et le 5° du même article L. 213-2, alors même qu'elles n'auraient pas été déclassifiées. Les requérants sont fondés à soutenir qu'en subordonnant la communication des archives classifiées à leur déclassification préalable, après l'expiration de ces délais, l'article 7.6.1 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 est contraire aux dispositions de l'article L. 213-2 du Code du patrimoine. »

33 Le troisième exemple est celui des conclusions des rapporteurs publics du Conseil d'État, qui sont pourtant lues publiquement et que l'on a le plus grand mal à obtenir lorsqu'elles ne sont pas communiquées par leurs auteurs alors même que ce sont des archives publiques.

2.2. Du côté du droit, lorsque l'usage a raison du droit

34 Le phénomène de recul de la part de communalité est aussi tangible dans la jurisprudence et dans les trajectoires des textes depuis 1970. En ce qui concerne la jurisprudence, on peut évoquer deux affaires qui ont conforté des refus de communication. Dans la première, la fondation Vuitton fonde ce refus de donner accès aux comptes annuels de l'institution sur le respect de la vie privée des personnes morales de droit privé, ce que le juge entend, tout en admettant que :

> « Les comptes annuels d'une fondation d'entreprise, reçus par l'administration dans le cadre de la mission de service public de contrôle administratif des fondations d'entreprise qui lui est dévolue par l'article 19-10 de la loi du 23 juillet 1987 relative au développement du mécénat, constituent des documents administratifs au sens de l'article L. 300-2 du Code des relations du public et de l'administration [25]. »

35 La deuxième affaire concerne des supports d'enseignement délivrés lors d'une formation de l'École nationale de la magistrature dont on exige communication sur le fondement de leur qualification de documents administratifs. Le juge rappelant la règle inscrite à l'article L. 311-4 du CRPA selon laquelle « les documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique » considère que « les dispositions impliquent, avant de procéder à la communication de supports d'enseignement n'ayant pas déjà fait l'objet d'une divulgation, au sens de l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle, de recueillir l'accord de leur auteur » [26]. Les documents en question ont été délivrés lors de formations sur les dérives sectaires organisées par l'École nationale de la magistrature. La requête émanait de l'association spirituelle de l'Église de scientologie Celebrity Centre (ASES-CC) et l'on sent bien que les juges,

embarrassés, ont trouvé cette parade. Mais, en décidant cela, finalement, ils ont vidé de son sens le droit à l'information publique qu'avait institué le législateur en 1978. Quel est l'intérêt de ce droit, si ce n'est de pouvoir accéder à des documents qui ne sont pas pour une grande part dans l'espace public ? Où on voit bien qu'on a perdu de vue cette notion de document administratif. Où on voit bien où est l'erreur d'avoir accroché le droit de réutilisation au droit de communication, ce qui a produit ce phénomène de dilution et d'extension de la notion dans des limites qui appellent de nouvelles bornes. Celle de la propriété intellectuelle n'est certainement pas bienvenue. Cette manne de documents administratifs, d'archives publiques est évidemment fondamentale pour les recherches menées sur l'action publique et plus spécialement sur la recherche sur le droit.

36 Du côté des lois, les signes de résurgence ou de retour au secret sont aussi multiples, côté privé comme côté public, et certaines de ces évolutions législatives nous viennent de la force de ces usages. La loi du 15 juillet 2008 a en effet légalisé la pratique des protocoles de remise d'archives d'hommes politiques anciennement conclus et leur validation pour l'avenir de façon plus encadrée. Lors d'une Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel a validé le montage législatif. Dans le commentaire de la décision, il est remarqué, sans doute à juste titre, que cette pratique a favorisé une plus grande effectivité des versements :

> « Pour la première fois en 1981, un président de la République, Valéry Giscard d'Estaing, remettait la quasi-totalité de ses dossiers aux Archives nationales et le président Mitterrand, suivi par son Premier ministre Pierre Mauroy, prenait la même décision en 1984 pour ses archives et celles de ses collaborateurs. Tous trois rompaient ainsi avec un usage séculaire [27]. »

37 Et le fait est que le système avait aussi pour effet d'éviter des exploitations abusives de ces documents à des fins politiques, ce qu'avait souligné Guy Braibant (1996, p. 16). Mais il n'en reste pas moins que ce système est discutable en ce qu'il met entre les mains de personnes privées la décision de communiquer des documents pourtant publics. En l'espèce, le requérant contestait

> « ces dispositions, relatives aux archives publiques émanant du président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement, au motif qu'elles conféreraient aux responsables politiques ou à leur mandataire un droit exclusif d'autoriser, de façon discrétionnaire, la divulgation anticipée des documents qu'ils ont versés aux archives. Il en résulterait une méconnaissance du droit de demander compte à un agent public de son administration, prévu à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, dont le droit d'accès aux archives publiques serait un "corollaire nécessaire". Il en résulterait également une méconnaissance du droit du public à recevoir des informations, qui découlerait du droit à la libre communication des pensées et des opinions garanti par l'article 11 de la Déclaration de 1789 ».

38 Tout en admettant que le droit d'accès aux archives publiques est garanti par l'article 15 de la DDHC, le juge constitutionnel indique que le législateur peut « apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». Il considère alors que « le législateur a entendu, en les plaçant sous le contrôle des intéressés, accorder une protection particulière à ces archives, qui peuvent comporter des informations susceptibles de relever du secret des délibérations du pouvoir exécutif et, ainsi, favoriser la conservation et le versement de ces documents. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général[28] ». Où on mesure à quel point ces usages dans le domaine des archives, en particulier les usages des producteurs, ont une faculté d'érosion assez considérable. À plusieurs reprises, la pratique a eu le droit à l'usure et le cas des protocoles est particulièrement édifiant. Les pratiques du secret-défense en sont un autre exemple emblématique. Elles n'ont pas eu gain de cause devant le juge qui très clairement en a appelé purement et simplement au respect du droit, mais elles ont fait bouger le droit des archives avec l'artillerie lourde de la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement. Le texte a fait monter en puissance le régime juridique du secret-défense dans le droit des archives publiques en créant des catégories de documents incommunicables dans des conditions peu claires. D'autres manifes-

tations de cette tendance à la relégitimation du secret se sont manifestées aussi sur le terrain du droit privé, en particulier la protection des données personnelles avec le Règlement général de l'Union européenne sur la protection des données (RGPD), ainsi que la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

39 Et ces poches de résistances trouvent un sérieux point d'appui du côté de la figure de la propriété. On sait sa propension à saisir tout objet, à expliquer naturellement presque mécaniquement tout pouvoir qu'exercent les personnes sur les choses, y compris lorsque les choses devraient en tout ou partie échapper à la propriété, comme c'est le cas des données de la recherche. Cette figure privative de la propriété diffuse puissamment dans les ressorts de la propriété privée comme publique [29]. Il y a une forme d'enfermement du régime de la donnée dans une pensée en termes de propriété. On le voit, les données sont un territoire d'appropriations multiples.

40 De cette très rapide exploration de ce cadre juridique, on observe que l'instabilité du droit se fait au détriment du statut commun des biens, tendance assez marquée cette dernière décennie. Sans doute, dans cette matière complexe, brouillonne, confuse, illisible pour l'analyste comme pour l'usager, la première étape indispensable serait une mise en ordre de la matière qui imposerait de revenir aux fondements des différents dispositifs, à leur rationalité. Faudrait-il un Code des données ? Certains l'ont plaidé. Mieux saisir les singularités, mieux comprendre l'écosystème juridique de chacun de ces registres qui mobilisent dans des termes variables les droits des personnes publiques et privées, mieux comprendre l'ordre de relation qui les unissent, cette entreprise pourrait être engagée par cette entrée des impératifs de communalité. C'était somme toute le projet d'un droit à l'information publique.

BIBLIOGRAPHIE

Braibant G., 1996, *Les archives en France*, rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française

Canavaggio P., 2019, « Apparition d'une pratique contra legem : le cas des protocoles », dans M. Cornu et al. (dir.), 1979. *Genèse d'une loi sur les archives*, Paris, La Documentation française, p. 457-476

Canavaggio P., 1991, « Les archives du pouvoir exécutif en France et à l'étranger – II », *La revue administrative*, n° 260, p. 163-171

Coriat B., 2020, « Communs informationnels », dans M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, 2e éd., Paris, PUF

Cornu M., 2007, « Les fonds d'archives d'hommes politiques en France. Le droit au défi de la pratique », dans *La gazette des archives*, « Hors-série Connaissance », n° 203, Paris, Éditions AAF/Gallimard

Cornu M., Wagener N., 2021, « Les biens culturels comme patrimoine commun », dans J. Rochfeld, M. Cornu, G J. Martin (dir.), *L'échelle de communalité, propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, rapport du GIP Mission de recherche Droit et Justice, n° 17-34, p. 118-139

Chevallier J., 2019, « Le tournant des années 1970 », dans M. Cornu et al. (dir.), *1979. Genèse d'une loi sur les archives*, Paris, La Documentation française

Chevallier J., 2018, « Le public du Code », dans G. Koubi, L. Cluzel-Métayer, W. Tamzini (dir.), *Lectures critiques du Code des relations entre le public et les administrations*, Paris, Lextenso

Cluzel-Métayer L., 2018, « Le Code face aux données », dans G. Koubi, L. Cluzel-Métayer, W. Tamzini (dir.), *Lectures critiques du Code des relations entre le public et les administrations*, Paris, Lextenso

Gerry-Vernières S., 2012, *Les « petites » sources du droit (À propos des sources étatiques non contraignantes)*, Paris, Economica

Robin A., 2022, *Droit des données de la recherche. Science ouverte, innovation, données publiques*, Bruxelles, Larcier

Rochfeld J., Cornu M., Martin G. J. (dir.), 2021, *L'échelle de communalité, propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, rapport du GIP Mission de recherche Droit et Justice, n° 17-34, [http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2021/06/Rapport-17-34-final-Juin-2021.pdf], consulté le 15 novembre 2024

Wagener N., 2019, « Le régime juridique des archives publiques », dans M. Cornu et al. (dir.), *1979. Genèse d'une loi sur les archives*, Paris, La Documentation française, p. 359 et suiv.

NOTES

1 Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public.

2 Art. L. 111-1 du Code de la recherche.

3 « Aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1789 : "La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration." Est

garanti par cette disposition le droit d'accès aux documents d'archives publiques. Il est loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi », Cons. constit., 15 septembre 2017, n° 2017-655 QPC.

4 Art. L. 213-4 du Code du patrimoine.

5 *Ibid.*

6 Il faut cependant saluer l'ouverture des sites de consultation des décisions des juridictions du fond, Open data/Justice administrative et Judilibre, gisements de grande richesse jusque-là très difficilement accessibles.

7 Sur ce matériau normatif, sur cette notion, voir Gerry-Vernières (2012).

8 Sur cette notion, voir l'introduction du rapport *L'échelle de communalité* (Rochfeld, Cornu, Martin, 2021).

9 En réalité, l'opinion est loin de faire consensus.

10 Sur cette discussion autour de la dispersion des catégories et l'idée que les modes de nomination ne sont pas indifférents et disent des choses de la « conception de la relation administrative, et par-là même de l'institution administrative », voir Chevallier (2018, p. 128).

11 L'accès est le thème proposé lors du colloque *L'accès aux sources et aux résultats de la recherche sur le droit*, organisé à l'Université Paris Nanterre en juin 2023 et dont ce texte est tiré.

12 Art. 533-4-1 du Code de la recherche.

13 Loi n° 78-753 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.

14 Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

15 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

16 Loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public.

17 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

18 Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008.

19 Art. 28 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008.

20 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

21 Loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public.

22 En ce sens, voir Canavaggio, qui montrait l'extrême difficulté de la collecte de ces archives (1991, p. 169 ; 2019, p. 457) et Cornu (2007).

23 Arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

24 Cons. État, n° 444865, n° 448763, 2 juillet 2021.

25 Cons. État, n° 443826, 7 octobre 2022, *Recueil Lebon*.

26 Cons. État, n° 375704, 8 novembre 2017, *Recueil Lebon*.

27 Commentaire de la décision n° 2017-655 QPC.

28 Décision n° 2017-655 QPC, 15 septembre 2017.

29 Sur cette tendance lourde, voir Wagener (2019, p. 359).

RÉSUMÉ

Français
On serait tenté de considérer, d'entrée de jeu, les sources et résultats de la recherche comme des biens communs, c'est-à-dire des ressources partageables dont l'accès devrait être libre. Ce principe de liberté postulerait en amont un accès aisé à la connaissance, donc aux sources et aux travaux réalisés à partir de ces sources. C'est ce que suggère dans son premier article le Code de la recherche évoquant, parmi les objectifs de politique publique, le partage de la culture scientifique, technique et industrielle, la valorisation des résultats au service de la société. Aujourd'hui élevé au rang de droit et liberté garanti par la Constitution, le droit des archives consacre aussi cette idée d'une ressource collective. Mais les données de la recherche sont aussi un lieu d'arbitrage entre intérêts divergents publics et privés. L'accès à ces biens est en l'occurrence concurrencé par de multiples logiques conduisant parfois à leur soustraction de la sphère de publicité. Certaines écoles de pensée contemporaines se sont intéressées aux communs de la connaissance et à la montée en régime propriétariste de certains d'entre eux. Dans l'étude de ce registre de communalité, les éléments de complexité sont de plusieurs ordres. Ils tiennent doublement aux incertitudes quant à la détermination de la part de communalité et à sa préservation.

INDEX

Mots-clés
communalité, transparence, secret, droit d'accès, droit à l'information, usages du droit

AUTEUR

Marie Cornu
Directrice de recherche CNRS, Institut des sciences sociales du politique (UMR 7220 – Université Paris Nanterre, CNRS, ENS Paris Saclay) ; marie.cornu@cnrs.fr

La science ouverte appliquée aux ressources de la recherche scientifique sur le droit

Agnès Robin

PLAN

Introduction
1. L'ouverture de l'accès aux écrits scientifiques utilisés ou produits lors d'une activité de recherche juridique
  1.1. L'accès aux écrits scientifiques assuré par les éditeurs scientifiques
    1.1.1. L'accès restreint aux écrits scientifiques
    1.1.2. L'accès limité aux données associées aux écrits scientifiques
  1.2. L'accès aux écrits scientifiques renforcé par la science ouverte
    1.2.1 La consécration légale d'une dérogation d'ordre public
    1.2.2. La recommandation d'une diffusion immédiate du manuscrit
2. L'ouverture de l'accès aux données utilisées ou produites lors d'une activité de recherche juridique
  2.1. L'accès aux données publiques
    2.1.1. Les données utilisées et produites lors d'une recherche juridique, des données publiques
    2.1.2. Les données utilisées ou produites lors d'une activité de recherche juridique, des données ouvertes ?
  2.2. L'accès aux données privatives pour la recherche juridique
    2.2.1. Les bases de données couvertes par un droit de propriété intellectuelle
    2.2.2. Les pratiques, usages et savoir-faire couverts par le secret
Conclusion

TEXTE

Introduction

1 Ce que l'on nomme « science ouverte » est le fruit d'une politique, initialement portée par l'Union européenne[1], d'ouverture de la production scientifique. Elle s'appuie sur l'opportunité que représente la mutation numérique pour encourager la diffusion la plus large possible des résultats, des méthodes ou des produits scientifiques. Reprise par certaines instances internationales (Unesco, 2021), cette politique s'est traduite en France par l'adoption de règles

légales, suivies de l'affirmation d'un cadre général, le Plan national pour la science ouverte (PNSO) [Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, 2018, 2021]. Les règles résultent de deux lois principales. La première est la loi de programmation de la recherche du 22 juillet 2013[2] qui prévoit que « la recherche publique a pour objectifs : [...] c) Le partage et la diffusion des connaissances scientifiques en donnant priorité aux formats libres d'accès ; [...] e) L'organisation de l'accès libre aux données scientifiques ». La seconde est la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016[3] dont l'article 30 contient le principe de l'ouverture de l'accès aux publications scientifiques, ainsi que celui de l'ouverture de l'accès aux données de la recherche[4]. Sur le plan européen, le règlement « Horizon Europe » définit la science ouverte comme « une approche du processus scientifique fondée sur le travail et des outils coopératifs ouverts et diffusant des connaissances[5] », comprenant les deux éléments suivants : l'accès ouvert aux publications scientifiques résultant de la recherche financée au titre du programme Horizon Europe et l'accès ouvert aux données de la recherche, y compris celles sur lesquelles s'appuient ces publications scientifiques, conformément au principe selon lequel les données de la recherche doivent être « aussi ouvertes que possible, aussi fermées que nécessaire[6] ». Formulé par le règlement pour encadrer la gestion des projets de recherche financés par des fonds européens, le principe de science ouverte fut ensuite repris, pour ce qui concerne les seules données de la recherche, par la directive (UE) 2019/1024 dans le cadre du dispositif légal relatif à l'ouverture des données publiques[7].

2 Au-delà de la démocratisation de l'accès aux connaissances, c'est un effort d'innovation que les pouvoirs publics entendent encourager et soutenir. Concernant les données de la recherche tout d'abord, la politique d'innovation de l'Union européenne repose sur l'idée qu'ouvrir les données de la recherche permettra de favoriser la mutualisation, le croisement et l'appariement des données pour produire de nouvelles connaissances et des innovations fondées sur l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle (Robin, 2022a). La science ouverte doit permettre de favoriser la réutilisation éventuelle par les pairs et/ou par le public (entreprises, associations, professions libérales, etc.) de ces données, afin que puissent être créées des solutions innovantes, éventuellement fondées sur des technologies

d'intelligence artificielle (Robin, 2022a). C'est en effet en considération des potentialités de réutilisation que les données de la recherche doivent être techniquement conçues dès le départ comme des « données ouvertes » (*open bydesign* ou *open by default*)[8]. Concernant les publications scientifiques ensuite, il a été observé que les pouvoirs publics contribuaient à l'économie de l'édition scientifique à plusieurs endroits du processus de recherche scientifique : par la rémunération des chercheurs[9], par le paiement des frais de traitement éditorial des articles (*Article Processing Charges* ou APC) et par l'abonnement aux revues et aux catalogues des éditeurs scientifiques. De même, la forte concentration du marché de l'édition scientifique autour de grands groupes éditoriaux proposant des bouquets de revues incontournables pour les chercheurs[10], la transformation du rôle de l'éditeur dont la prestation purement éditoriale se réduit en même temps que croît sa fonction de distributeur *via* des plateformes multiservices[11], le développement de la technologie numérique dans la diffusion d'informations ouvrant de nouvelles voies de publication pour les établissements publics de recherche, mais surtout l'augmentation des coûts d'abonnement aux revues scientifiques supportés par les établissements (Monvoisin, 2012)[12] ont fait souffler un vent de contestation important au début des années 2000, à l'initiative des documentalistes et bibliothécaires qui ont activement encouragé les chercheurs à publier leurs productions (articles, ouvrages, mémoires et thèses) *via* Internet. C'est officiellement à travers les déclarations des « trois B » (Budapest, 2002[13] ; Bethesda, 2003[14] ; Berlin, 2003[15]), suivies par l'Appel de Jussieu pour la science ouverte et la bibliodiversité de 2017, que se sont dessinées les véritables injonctions de mettre la ressource scientifique en accès libre et ouvert, et que la recommandation de la Commission européenne de 2012, ainsi que les dispositions de la loi pour une République numérique ont été entérinées.

3 L'étude de la science ouverte oblige dès lors à considérer, de façon réflexive, l'ensemble des processus de production scientifique, de même que l'environnement socio-économique dans lequel les recherches sont menées. S'agissant du processus de production scientifique, la perspective de mise à disposition des données de la recherche suppose, par exemple, généralement que les données aient été collectées, structurées, traitées, conservées, sécurisées, et ainsi

gérées par les chercheurs, selon des règles qui permettent ensuite à d'autres de les réutiliser. Cela impose ensuite de vérifier, sur le plan juridique par exemple, si la mise à disposition des données peut être réalisée sans qu'elle porte atteinte aux droits des personnes (droit des données à caractère personnel par exemple) ou aux droits sur les biens (droit de la propriété intellectuelle par exemple)[16]. L'étude de la science ouverte appliquée à la recherche sur le droit revient à s'interroger non seulement sur les pratiques et techniques de production scientifique (en et) sur le droit[17], mais aussi sur les modalités de diffusion des productions scientifiques elles-mêmes, pour en mesurer le degré d'accessibilité et donc vérifier leur conformité aux règles de science ouverte[18].

4 La présente étude se propose non pas d'analyser le processus de production et de diffusion scientifique en tant que tel, ni même l'environnement socio-économique de la recherche juridique – que seules des recherches en sociologie, en anthropologie ou en sciences de l'information et de la communication pourraient analyser en profondeur et dans toute leur complexité –, mais de présenter le droit positif de la science ouverte en tant qu'il s'applique aussi à la recherche (en et) sur le droit. Cette réflexion supposera donc, en tant que de besoin, une observation des pratiques de recherche en droit. Par exemple, l'on peut constater qu'une grande partie des ressources utilisées pour la recherche sur le droit est puisée dans le fonds commun de la documentation qui contient l'expression des sources du droit au sens large, c'est-à-dire les normes, règles et solutions, mais aussi toute la documentation y afférent constituée des ressources émanant de toutes les institutions publiques et participant à la publication, à la présentation et à l'évaluation des règles, normes et solutions[19]. L'ensemble de cette documentation, constituée des sources et ressources du droit, est mis à disposition du public afin d'assurer le fonctionnement d'un État de droit fondé sur des principes démocratiques. Doté d'une valeur constitutionnelle[20], le principe d'accès au droit commande de même que l'ensemble de ces documents doit, en effet, pouvoir être rendu accessible aux justiciables, c'est-à-dire à celles et ceux qui doivent la respecter et/ou qui peuvent s'en prévaloir, assistés ou représentés par les professionnels du droit. La recherche sur le droit présente de fait une singularité quant au matériau utilisé : l'accès au droit permet, dans le même

temps, l'accès aux ressources nécessaires à la recherche sur le droit manifestant une congruence entre le principe de science ouverte et le principe d'accès au droit. L'accès à la documentation juridique publique se trouve également assuré par les règles encadrant la diffusion des documents administratifs et des données publiques, contenues dans le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA)[21]. Procédant à l'ouverture des données publiques, ces règles ont pour objectif de répondre à la demande, contemporaine de la révolution numérique, d'accéder à toutes les données produites par l'administration. La mise à disposition massive des décisions de justice par exemple, à certaines conditions néanmoins[22], permettrait certainement de procéder à l'analyse à grande échelle des données de la justice dans un but scientifique ou dans l'objectif commercial poursuivi par les entreprises (au sens large)[23] de produire et d'offrir des services innovants. Fruit d'une évolution législative importante, la politique d'ouverture des données publiques croise, sans se confondre avec elle, celle de l'accès au droit. L'accès à certaines ressources juridiques pour la recherche sur le droit s'avère donc être le résultat de l'application des règles relatives à l'accès au droit et à l'ouverture des données publiques, mais non de celle des règles relatives à la science ouverte.

5 De nombreuses autres ressources nécessaires aux recherches sur le droit appartiennent cependant au domaine privé. Il en est ainsi des documents contenant des informations couvertes par le secret, comme le secret professionnel ou encore le secret des affaires. Or, l'étude des contrats d'affaires, en particulier, peut s'avérer être une source précieuse d'enseignements, non seulement sur les pratiques du droit que l'étude de la jurisprudence ne permet pas, à elle seule, de mettre au jour puisque ne concernant que des situations contentieuses, mais aussi sur les éventuelles stratégies d'adaptation des comportements en regard de l'évolution du droit positif[24]. Ainsi en est-il également de la présentation des résultats scientifiques produits par la doctrine et ce, quelle que soit la forme d'expression scientifique, écrite ou orale, utilisée. Bien que souvent produites par des agents de l'État, ces ressources sont soumises, comme dans de nombreux autres domaines scientifiques, à des droits de propriété intellectuelle et, en particulier, au droit d'auteur lorsqu'il s'agit, par exemple, d'écrits scientifiques, de conférences ou encore de bases de

données. Comme c'est le cas dans d'autres domaines scientifiques où la recherche se nourrit des connaissances scientifiques antérieurement produites, la question de l'accès aux ressources qui alimentent la réflexion scientifique entrecroise donc celle de l'économie du processus de diffusion des productions scientifiques juridiques elles-mêmes. Aussi, en droit comme dans d'autres disciplines, les modalités et conditions de la diffusion des ressources produites au cours d'activités de recherche menées par les juristes conditionnent-elles l'accès à ces mêmes ressources pour la production de nouvelles connaissances scientifiques.

6 Deux notions structurent les règles propres à la science ouverte. La première, la notion de « données de la recherche », est de loin la plus difficile à appréhender. La notion de donnée elle-même, tout d'abord, s'avère à la fois fuyante et totalisante. Fuyante, tout d'abord, en ce qu'elle n'emporte pas l'application d'un régime juridique particulier. Si les données ont été, en tant qu'objets de droit, appréhendées par différents dispositifs légaux en particulier depuis la fin des années 1990 [25], la notion n'a, pendant longtemps, fait l'objet d'aucune définition légale. Ce n'est que tout récemment, à l'aune de l'adoption du Règlement européen sur la gouvernance des données, que les données ont été définies de manière très large comme « toute représentation numérique d'actes, de faits ou d'informations et toute compilation de ces actes, faits ou informations, notamment sous la forme d'enregistrements sonores, visuels ou audiovisuels » [26]. Totalisante ensuite, dans la mesure où elle peut, sur le plan technique, englober tout type d'information dès lors que celle-ci a été formatée pour en faciliter le traitement [27]. Une donnée peut donc consister en n'importe quelle information et contenir un message d'une certaine complexité [28]. L'adoption progressive de règles de plus en plus nombreuses ayant pour objet les « données [29] », doublée des effets induits par la révolution numérique, a eu pour effet, collatéral mais important, de transformer tout type de ressource informationnelle en « donnée », obligeant alors à rebours à requalifier ces ressources afin de les distinguer entre elles et d'identifier les différents statuts dont elles relèvent [30]. S'agissant de la notion de « données de la recherche », elle est, quant à elle, définie par la directive (UE) 2019/1024, comme

> « des documents se présentant sous forme numérique, autres que des publications scientifiques, qui sont recueillis ou produits au cours d'activités de recherche scientifique et utilisés comme éléments probants dans le processus de recherche, ou dont la communauté scientifique admet communément qu'ils sont nécessaires pour valider des conclusions et résultats de la recherche [31] ».

7 Cette définition qui a déjà fait l'objet d'amples commentaires par ailleurs (Robin, 2022a, n° 11) [32], exclut les publications scientifiques – seconde notion qui soutient l'édifice législatif de la science ouverte – du champ d'application de la directive. Cette exclusion pourrait sembler ne pas converger avec la conception retenue par le législateur européen de la science ouverte qui commande l'ouverture tant des données de la recherche que des écrits scientifiques. La contradiction n'est cependant qu'apparente. De fait, si le champ d'application de la directive (UE) 2019/1024 embrasse tous les documents détenus par les organismes du secteur public des États membres et par certaines entreprises publiques [33], il exclut cependant les documents détenus par des organismes exerçant une activité de recherche et des organisations finançant une activité de recherche, y compris des organisations créées pour le transfert des résultats de recherche [34], ce qui permet, entre autres choses, d'écarter les écrits scientifiques. Cette exclusion qui, à défaut de transposition de la directive, n'a jamais été reprise dans la loi française, tient compte du fait que les productions de la recherche sont le fruit d'une expression libre et personnelle [35]. Parce qu'elles sont en effet, et avant tout, des œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, les publications scientifiques, ne sont soumises ni au régime juridique des documents administratifs, ni au régime juridique des données de la recherche dont il convient par conséquent de les distinguer.

8 Compte tenu de ce qui précède, nous aborderons la question à travers ces deux objets que sont les données de la recherche, d'un côté, et les écrits scientifiques [36], de l'autre. Bien que particulièrement restrictive [37], cette dichotomie fonde cependant désormais les analyses relatives à la mise en œuvre de la science ouverte, ces objets étant les seuls visés par les textes [38]. Les écrits scientifiques et les

données de la recherche seront, en outre, envisagés indifféremment sous l'angle de leur utilisation et de leur production. En effet, les règles relatives à la science ouverte concernent les productions scientifiques tant dans leur faculté à être produites par les chercheurs que dans celle à être utilisées par d'autres conformément au schéma circulaire du « cycle de vie des données » qui exprime l'action publique en matière de science ouverte[39]. Et, dans la mesure où, comme on l'a dit, les règles relatives à l'ouverture de la science reposent sur le principe de l'ouverture de l'accès à la science, seront abordées, dans un premier temps, l'ouverture de l'accès aux écrits scientifiques utilisés ou produits lors d'une activité de recherche juridique (1) et, dans un second temps, l'ouverture de l'accès aux données utilisées ou produites lors d'une activité de recherche juridique (2).

1. L'ouverture de l'accès aux écrits scientifiques utilisés ou produits lors d'une activité de recherche juridique

9 L'accès aux écrits scientifiques issus de la recherche juridique est assuré par les éditeurs privés ou publics (presses universitaires) qui les publient en leur qualité de cessionnaires des chercheurs (1.1). L'accès aux références et données associés aux écrits scientifiques est, en outre, limité en raison de la logique concurrentielle qui structure le marché de l'édition scientifique (1.2).

1.1. L'accès aux écrits scientifiques assuré par les éditeurs scientifiques

10 Majoritairement déployée dans le secteur privé, l'édition scientifique permet, même s'il existe des exceptions, d'assurer un accès restreint, c'est-à-dire non ouvert, aux écrits scientifiques (1.1.1). Cette logique concurrentielle a pour effet de limiter l'accès aux données accompagnant les écrits scientifiques (1.1.2).

1.1.1. L'accès restreint aux écrits scientifiques

11 Consacrée par les décrets révolutionnaires, la protection des écrits scientifiques a été affirmée tant par les conventions internationales [40] que par la loi du 11 mars 1957 [41]. Malgré la référence légale aux seuls « écrits scientifiques », il faut considérer que les œuvres scientifiques protégeables par le droit d'auteur ne sont pas cantonnées à un genre d'expression particulier, mais trouvent à se déployer sous de nombreuses formes d'expression (écrits, entretiens, dessins, schémas, photos, vidéos, sites Internet, bases de données, conférences, cours…). Ainsi, les œuvres scientifiques peuvent-elles être exprimées à l'oral (conférences, colloques, etc.) [42] ou à l'écrit (littérature) ou encore sous la forme graphique ou photographique. L'écriture algorithmique peut en revanche être, à coup sûr, exclue du giron du droit d'auteur, seuls les logiciels étant admis à s'y loger. La reconnaissance d'un droit d'auteur sur une œuvre de l'esprit permet d'attribuer des droits à une ou plusieurs personnes, c'est-à-dire de désigner l'auteur ou les coauteurs, ce qui n'est pas toujours chose aisée dans certains champs scientifiques où les signatures figurant sur un même écrit scientifique peuvent être nombreuses (Pontille, 2016 ; Robin, 2022a).

12 Que l'œuvre soit le résultat du travail d'un ou de plusieurs auteurs, l'attribution des droits est réalisée par la loi aux auteurs personnes physiques [43], sauf qualification de l'œuvre scientifique d'œuvre collective [44]. Comme tous les auteurs, les chercheurs, auteurs d'écrits scientifiques, disposent en tout état de cause des droits moraux et patrimoniaux reconnus par la loi [45]. À ce titre, ils sont en mesure de revendiquer l'attribution (paternité) de leurs œuvres mais aussi le respect de leur intégrité [46] et de décider souverainement de leur divulgation [47]. Au titre du droit d'exploitation, les auteurs, qui ont par ailleurs la faculté de céder leurs droits à titre gratuit, peuvent demander à être rémunérés en contrepartie de la cession de leurs droits au profit d'un exploitant. Dans le domaine de l'édition scientifique, il s'agit donc pour le chercheur de céder ses droits, à titre gratuit ou à titre onéreux, afin d'autoriser l'éditeur à éditer l'écrit scientifique, c'est-à-dire à en assurer la mise en forme, la fabrication, la publication, la promotion et la distribution [48]. En pratique, cette cession est généralement consentie à titre exclusif, pour la durée du monopole légal d'exploitation (soixante-dix ans

post mortem) et pour le monde entier. Il faut enfin mentionner que le statut d'agents publics des auteurs d'écrits scientifiques n'est pas un obstacle à l'exercice de leurs droits. En effet, si les fonctionnaires sont, de manière générale, soumis à des dispositions dérogatoires emportant cession de plein droit de leurs droits au profit de l'État [49], tel n'est pas le cas des chercheurs qui peuvent être considérés comme des « agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique », en raison de leur indépendance [50] et de la liberté d'expression qui caractérise l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de recherche (Cornu, Mallet-Poujol, 2005 ; Vivant, 2005 ; Cornu, 2006 ; Dreyfus, 2006) [51].

13 Ainsi, du fait de la nature juridique du droit d'auteur qui est, à juste titre selon nous, considéré comme un droit de propriété individuelle (Robin, Chatry, 2022) [52], les chercheurs, auteurs d'écrits scientifiques, sont engagés individuellement dans les relations contractuelles avec les éditeurs. L'économie de l'édition scientifique [53] repose donc tout entière sur le fait que le droit d'auteur est attribué aux chercheurs eux-mêmes [54]. Afin de remplir leur mission de diffusion des connaissances scientifiques [55], sur la base de laquelle leur travail est évalué (bibliométrie), les chercheurs ont une obligation de publier et, de préférence, dans les revues ayant acquis une forte notoriété. Leur capacité de négociation des conditions de cession de leurs droits s'avère donc de manière générale peu élevée, même si elle l'est davantage pour les chercheurs relevant de la recherche en droit (juristes) [56]. Dans ce contexte, le principe d'une gestion collective des droits sur les écrits scientifiques pourrait d'ailleurs s'avérer une piste intéressante (Boutron, Tremolière, 2023). En leur qualité d'ayants droit des chercheurs, les éditeurs scientifiques sont parvenus à constituer des portefeuilles importants de titres de droit d'auteur, qu'ils peuvent exploiter sur un marché composé non seulement des bibliothèques universitaires et des fonds dédiés à la recherche, mais aussi de nombreux professionnels (magistrats, avocats, entreprises, associations). Grâce au droit d'auteur, les éditeurs parviennent donc à assurer l'accès aux ressources produites par les chercheurs. Ce n'est cependant pas d'un accès ouvert qu'il s'agit, mais d'un accès restreint puisque conditionné au paiement

d'un prix, du moins si l'on s'appuie sur la conception retenue par le législateur européen qui dispose qu'un accès ouvert s'entend comme « la pratique consistant à fournir gratuitement l'accès en ligne à des résultats de recherche à l'utilisateur final, sans restriction sur l'utilisation et la réutilisation au-delà de la possibilité d'exiger l'indication de l'auteur [57] ». Il faut également constater que, si certaines revues ont fait le choix d'une diffusion gratuite [58], ce n'est généralement que grâce au soutien apporté par un financement public et à l'absence de rémunération, là encore, des chercheurs au titre de leur droit d'auteur. Dit autrement, le choix d'un accès ouvert généralisé des écrits scientifiques ne pourrait être le fait que de la puissance publique, qu'il s'agisse de l'évaluation, de la publication et de la diffusion des productions scientifiques [59].

1.1.2. L'accès limité aux données associées aux écrits scientifiques

14 Cessionnaires du droit d'auteur des chercheurs, les éditeurs scientifiques détiennent un nombre toujours plus important [60] de droits sur les ressources scientifiques. Sur un plan technique, ces ressources sont considérées comme des données et les références qui les accompagnent, comme des métadonnées. Ensemble, elles constituent aujourd'hui l'essentiel de la valeur ajoutée du capital des groupes d'édition. La constitution de vastes bases de données [61] permet de fait aux éditeurs d'offrir, grâce à la technologie numérique, des fonctionnalités intéressantes pour les utilisateurs par le croisement des données dont ils disposent grâce à la création d'hyperliens et au développement de systèmes d'intelligence artificielle (accès aux décisions, articles ou encyclopédies ou à la chronologie d'une affaire jugée à différents degrés de juridiction). L'accès à ces fonctionnalités permet ainsi aux abonnés de travailler dans un confort inédit grâce à une navigation, sinon fluide, du moins rapide, d'une ressource à l'autre. La logique monopolistique et concurrentielle de l'édition scientifique produit toutefois une limite en ce qu'elle ne permet pas d'accéder directement, par la technique de l'hyperlien, aux contenus édités par les sociétés d'édition concurrentes. Seules les données correspondant à des ressources éditées par l'éditeur publiant l'écrit scientifique s'avèrent en effet directement accessibles. Pour les autres, seules les métadonnées sont communiquées (auteur, titre,

source, date), obligeant les utilisateurs à reconstituer la base de données des sources utilisées par le premier chercheur pour vérifier les références et éventuellement les réutiliser, en se reportant aux autres catalogues dans l'espoir que son établissement de rattachement y soit abonné. La publication d'un écrit scientifique issue d'une recherche scientifique publique sur le droit ne permet donc pas d'accéder à l'ensemble des données (jeux de données) issues d'un même travail et référencées dans un même document. Outre le fait que toutes les revues juridiques ne figurent pas dans les catalogues des universités malgré la participation des universitaires à ces revues [62], on voit poindre la possibilité d'une inégalité de services rendus au public entre les différents établissements quant à l'accès à la documentation, que ce soit pour les chercheurs ou pour les étudiants. Pour l'ensemble de ces raisons, l'accès aux écrits scientifiques tel qu'assuré par les éditeurs ne peut être considéré comme produisant les effets escomptés par la politique publique de science ouverte, c'est-à-dire assurer un accès ouvert et direct à toutes les données collectées ou utilisées à l'occasion d'une production scientifique en droit et rassemblées sur un document à l'occasion de la publication d'un écrit scientifique.

1.2. L'accès aux écrits scientifiques renforcé par la science ouverte

15 Le principe de l'ouverture de l'accès aux écrits scientifiques est encadré par des dispositions légales d'ordre public (1.2.1). Des recommandations ont en outre été émises préconisant, de façon plus radicale, une diffusion immédiate des écrits en accès ouvert (1.2.2).

1.2.1 La consécration légale d'une dérogation d'ordre public

16 La publication des travaux des chercheurs passe, en droit comme dans de nombreux autres domaines scientifiques, par le prisme quasi exclusif [63] de l'exploitation économique des ressources par les éditeurs, y compris lorsque l'édition est le fait des presses universitaires. L'accès à ces travaux est donc conditionné par l'abonnement aux revues ou l'achat des ouvrages en version papier ou électronique (*via* des plateformes comme Cairn et Open Edition par

exemple). L'économie de l'édition ayant donné lieu, comme on l'a vu précédemment, à des bouleversements, elle est aujourd'hui remise en cause, et les solutions d'autoarchivage sont vivement recommandées aux chercheurs [64]. Ces recommandations institutionnelles ont été accompagnées en France, comme dans d'autres pays (Robin, 2022a, n° 563-564), de l'adoption de dispositions autorisant les chercheurs, auteurs d'écrits scientifiques, à déroger au principe de liberté contractuelle et à la force obligatoire des contrats, en leur offrant, malgré l'exclusivité du contrat d'édition, la faculté de diffuser leurs articles sur d'autres supports (blogs, archives ouvertes, etc.) [65]. La loi prévoit en effet que les écrits scientifiques qui sont le fruit de recherches financées majoritairement par des fonds publics, publiés dans des revues périodiques, peuvent être mis à disposition en format ouvert dans leur version finale acceptée par l'éditeur (avant mise en page par celui-ci), soit immédiatement si l'éditeur propose déjà une mise à disposition ouverte, soit après un certain temps (durée d'embargo de douze mois en droit), à condition que la mise à disposition soit gratuite, qu'elle n'emporte pas une exploitation commerciale de l'écrit et que l'ensemble des coauteurs y aient, le cas échéant, consenti. La liberté alors accordée aux chercheurs répond aux préoccupations économiques et sociales qui sont à l'origine du débat : les résultats issus d'une recherche publique doivent être mis au service de l'ensemble de la société, ce qui implique une plus large diffusion que celle qui résulte d'une diffusion jusqu'ici contrainte par l'exclusivité imposée par les revues scientifiques (Cornu, 2016). S'il est clairement facultatif, le procédé est cependant devenu obligatoire en pratique, du moins dans le cadre de certains appels à projets (de type ANR) pour lesquels la diffusion en accès ouvert est devenue une condition de financement.

17 Afin de consolider la règle, le législateur a pris soin enfin d'affirmer le caractère d'ordre public des dispositions [66]. Il s'agit d'empêcher le chercheur, auteur d'écrits scientifiques, considéré ici comme « partie faible », de renoncer par contrat aux prérogatives dont il dispose en vertu de la loi [67]. L'étude d'impact de la loi pour une République numérique mentionne que

> « une atteinte est portée à la liberté contractuelle des auteurs et des éditeurs, le caractère d'ordre public empêchant l'auteur ou son établissement de renoncer au bénéfice du droit qui lui est conféré en

> ce qui concerne les publications et de céder à l'éditeur des licences tendant à limiter la réutilisation des données de la recherche [68] ».

18 Les contrats d'édition ne peuvent donc avoir pour effet de limiter les conditions de publication des écrits scientifiques et de réutilisation des données au-delà du seuil autorisé (durée d'embargo, à des fins non commerciales, version finale du manuscrit, etc.). Le caractère d'ordre public de la règle devrait permettre, en tant que loi de police, de faire rayonner les règles tant à l'égard des éditeurs scientifiques établis sur le territoire national qu'à l'égard de ceux établis hors de celui-ci (Robin, 2022a, n° 588).

1.2.2. La recommandation d'une diffusion immédiate du manuscrit

19 Le Plan national pour la science ouverte (PNSO) préconise par ailleurs la mise en œuvre de la « stratégie de non-cession des droits sur les publications scientifiques » (Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, 2023). Cette stratégie consiste dans le fait de rendre immédiatement accessible un article dans une archive ouverte de type HAL et ce, malgré la publication de l'article par un éditeur. Cette recommandation reprend les conditions applicables aux projets de recherche financés par des fonds européens en vertu du programme « Horizon Europe » [69] dont l'article 39, 3°, prévoit que :

> « Les bénéficiaires veillent à ce que l'accès ouvert aux publications scientifiques s'applique dans les conditions établies dans la convention de subvention. En particulier, les bénéficiaires veillent à conserver, ou à ce que les auteurs conservent, suffisamment de droits de propriété intellectuelle pour se conformer à leurs obligations en matière d'accès ouvert. »

20 Elle est également portée par la cOAlition S, regroupement international de 28 organisations de financement de la recherche dont font partie l'Agence nationale de la recherche (ANR) et la Commission européenne. S'agissant spécifiquement des publications financées sur fonds publics, la cOAlition S prévoit une ouverture généralisée [70] :

> « Après le 1er janvier 2021, les publications scientifiques sur les résultats de la recherche financée sur fonds publics accordés par des

> agences de recherche ou des organismes de financement nationaux ou européens, doivent être publiées dans des revues ou sur des plateformes en accès libre. »

21 Fruit de cette coalition, le Plan S prévoit, de façon radicale, que les articles de recherche issus des projets que ces organisations financent soient disponibles en accès ouvert et sous licence libre dès la date de publication. Aussi est-il recommandé à l'auteur, qui renonce alors *de facto* à exercer ses prérogatives patrimoniales [71], d'avertir l'éditeur qu'une licence libre, généralement une licence *Creative Commons* de type CC-BY, sera appliquée au manuscrit et à toutes les versions successives jusqu'au « manuscrit auteur accepté » (MAA) pour publication après relecture par les pairs. Cette dernière version du manuscrit pourrait alors être diffusée immédiatement dans une archive ouverte [72]. Juridiquement respectueuse du droit d'auteur, cette stratégie, qui replace l'auteur au centre de l'exercice de ses prérogatives, s'autorise, d'une part, de ce qu'en pratique les chercheurs auront le plus souvent consenti une cession de leurs droits à titre gratuit, et d'autre part, du principe selon lequel l'éditeur n'est titulaire d'un droit que sur la mise en page de l'écrit scientifique et non sur les versions antérieures. Comme pour toutes les publications empruntant la « voie diamant » (Bernault, 2016), elle pose néanmoins à terme la question du financement des publications scientifiques, mais également celle de la qualité de l'évaluation des publications sur les plateformes de libre accès. Ces écueils ont été relevés comme pouvant nuire à l'indépendance, à la liberté d'expression du chercheur, à la qualité du travail d'édition, ainsi qu'à la « bibliodiversité » (Boutron, Tremolière, 2023 ; Henriet, Darcos, Ouzoulias, 2022).

2. L'ouverture de l'accès aux données utilisées ou produites lors d'une activité de recherche juridique

22 Les données de la recherche sur le droit sont constituées d'éléments tout à fait disparates qu'il est possible de ranger en deux catégories, en tant qu'elles peuvent être qualifiées soit de données publiques, soit

de données privatives [73]. Les premières sont celles qui sont utilisées pour la recherche sur le droit et qui répondent aux définitions relevant du dispositif de l'ouverture des données publiques (2.1). Les secondes, qui constituent également un corpus important des ressources utilisées pour la recherche sur le droit, sont ainsi dénommées en ce que, sans être des objets de propriété à proprement parler, elles sont, à différents titres, réservées privativement (2.2).

2.1. L'accès aux données publiques

23 Parce qu'elles sont produites dans le cadre des organismes du secteur public, c'est-à-dire des administrations, de nombreuses données utilisées pour les besoins de la recherche sur le droit sont des données publiques (2.1.1). En tant que telles, elles devraient également répondre à la définition juridique de données ouvertes (2.1.2).

2.1.1. Les données utilisées et produites lors d'une recherche juridique, des données publiques

24 **Les données utilisées pour la recherche, des données publiques par nature.** La notion de « données publiques » n'est pas, à proprement parler, définie par les textes. Cela n'est pas surprenant dans la mesure où c'est la notion de « document » – moins fuyante que celle de « donnée » – qui structure tout l'édifice de l'ouverture des données publiques. Le document, objet des obligations de diffusion et de réutilisation, est défini en droit de l'Union comme « a) tout contenu quel que soit son support (papier ou forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) ; ou b) toute partie de ce contenu [74] ». Plus synthétique que son homologue française [75], la définition comprend cependant le document comme un contenu là où l'on pouvait plutôt l'envisager comme un contenant, ou tout au moins comme un support [76]. Le document peut donc être considéré comme le contenu qui peut lui-même être le tout mais aussi l'une de ses plus petites parties, c'est-à-dire une donnée [77]. Parmi les documents exclus du champ d'application de la directive [78] figurent les documents sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle et les documents contenant des données sensibles protégées par des dispositions légales nationales particulières (dont

la protection de la sécurité nationale, le secret des données statistiques, le secret d'affaires, les secrets professionnels) et les documents contenant des données à caractère personnel. Les documents détenus par les organismes publics sont régis par le principe général énoncé par la directive qui est celui de la réutilisation gratuite des documents concernés, que cette réutilisation soit faite à des fins commerciales ou non commerciales [79]. Cette obligation d'autoriser la réutilisation ne peut cependant concerner que des documents existants au sens où ils ne sont pas à produire [80].

25 Les ressources utilisées pour les recherches sur le droit peuvent généralement être qualifiées de documents administratifs et, en tant que tels, leur réutilisation gratuite par les chercheurs est autorisée. La mise à disposition des décisions de justice, par exemple, résulte ainsi non pas du fait qu'il s'agirait de données de la recherche dont il faudrait assurer l'ouverture, mais du fait qu'elles constituent avant tout des documents administratifs produits ou reçus par les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire en tant qu'elles sont des administrations. L'ouverture de ces décisions n'est donc pas le résultat de la mise en œuvre des règles relatives à la science ouverte. Bien que leur mise à disposition soit soumise à des contraintes particulières [81], elles subissent le même sort que tous les autres documents rendus publics par l'administration ou ceux conservés au sein des services d'archives sous réserve de leur classement [82]. Il faut gager que l'ouverture des décisions de justice aura pour effet à terme de compléter la base de données publique Légifrance qui ne représente pour l'heure qu'une partie des décisions rendues par les juridictions françaises. De même, au titre des documents administratifs répondant à l'obligation de diffusion figurent les algorithmes [83], définis comme « l'étude de la résolution de problèmes par la mise en œuvre de suites d'opérations élémentaires selon un processus défini aboutissant à une solution [84] ». Ils peuvent constituer des ressources utiles pour les recherches sur le droit, notamment lorsqu'il s'agit de comprendre comment les règles légales ou réglementaires ont été implémentées dans le code informatique pour faire produire à un système d'intelligence artificielle une décision individuelle par exemple [85].

26 **Les données utilisées ou produites lors d'une recherche, des données publiques par destination.** Les données de la recherche ne

sont pas des données publiques par nature. Leur intégration dans la directive (UE) 2019/1024 ne résulte pas d'une définition commune qui engloberait tous les documents publics, y compris les données de la recherche. La notion qui bénéficie ainsi d'une autonomie conceptuelle [86] subit également l'application d'un régime juridique particulier. Ce statut juridique exceptionnel s'explique sur le fond par le fait qu'elles sont le fruit d'un écosystème particulier, celui de la recherche scientifique, et qu'elles sont détenues par des établissements qui, s'ils exercent bien une mission de service public (recherche scientifique), développent aussi toutefois une activité industrielle et commerciale (valorisation). La définition légale exprime l'idée que les données de la recherche n'acquièrent ce statut qu'à partir du moment où elles sont utilisées ou produites au cours d'activités de recherche. L'expression semble judicieuse à condition de définir l'activité scientifique sur la base du critère intellectuel et moral (et non institutionnel ou organique) qui caractérise, à notre sens, la démarche scientifique (Robin, 2022a, n° 12). La définition légale européenne des données de la recherche retient par ailleurs une acception restrictive de la notion. Outre le fait que la définition exclut les publications scientifiques de la notion de données, le champ d'application des dispositions est cantonné aux données « utilisées comme éléments probants dans le processus de recherche, ou dont la communauté scientifique admet communément qu'ils sont nécessaires pour valider des conclusions et résultats de la recherche », c'est-à-dire aux données qui permettent d'administrer la preuve scientifique afin de vérifier le sérieux et l'objectivité des résultats produits à partir de l'analyse des données, ce qui exclut de la définition un grand nombre de données (données brutes, données intermédiaires, etc.). L'exclusion est justifiée par l'objectif poursuivi par le législateur européen d'encourager la réutilisation des données [87], nécessitant concomitamment, pour répondre à la « crise de reproductibilité » que traversent certaines disciplines scientifiques, de rappeler et d'imposer le respect des règles relatives à l'intégrité scientifique (Robin, 2022a) [88].

27 Ainsi, dès lors que des ressources utilisées ou produites lors d'une activité de recherche juridique peuvent être qualifiées de données de la recherche au sens de la directive, elles doivent obéir au principe de science ouverte énoncé par l'article 10 de la directive [89]. Les États

doivent donc encourager la mise à disposition des données de la recherche en adoptant les politiques et en prenant les mesures nécessaires à l'échelon national afin de rendre librement accessibles les données résultant de la recherche financée au moyen de fonds publics. En outre, les données de la recherche ne sont soumises au principe d'ouverture et de libre réutilisation qu'à la double condition qu'elles soient issues d'une recherche financée au moyen de fonds publics et que les chercheurs les aient rendues publiques par l'intermédiaire d'une archive ouverte institutionnelle ou thématique. Dès lors qu'elles sont mises en accès libre, les données de la recherche sont considérées comme librement réutilisables à des fins commerciales ou non commerciales. La règle de l'article 10 ménage cependant les intérêts des tiers impliqués dans le processus de production et de diffusion scientifique. La mise à disposition des données doit de fait être réalisée en tenant compte des intérêts commerciaux légitimes, des activités de transmission des connaissances et des droits de propriété intellectuelle. Dans la recherche sur le droit, seule la documentation publique échappe à ces contraintes pour des raisons qui, comme on l'a vu, ne tiennent pas à l'application des règles de science ouverte mais de celle des règles relatives à l'accès au droit ou à l'ouverture des données publiques. Toutefois, l'application des règles de science ouverte peut s'avérer pertinente y compris sur des ressources issues de la documentation publique. La mise à disposition *via* une archive ouverte de décisions difficiles à trouver ou obtenues grâce à une demande particulière auprès d'un conseil (avocat) ou d'une juridiction pourrait utilement servir les intérêts des chercheurs eux-mêmes, et aurait ainsi pour effet de transformer la ressource en une donnée ouverte.

2.1.2. Les données utilisées ou produites lors d'une activité de recherche juridique, des données ouvertes ?

28 La directive (UE) 2019/1024 conditionne l'ouverture des données publiques, mais aussi des données de la recherche, au fait qu'elles soient ouvertes.[90] En tant que données de la recherche, ou en tant que données publiques, les ressources utilisées ou produites lors d'une activité de recherche doivent donc être formatées et stockées dans des conditions qui en permettent la conservation en même

temps que la mise à disposition, et constituer ce que l'on appelle des « données ouvertes ». Le législateur européen définit la notion de format ouvert comme un « format de fichier indépendant des plateformes utilisées et mis à disposition du public sans restriction empêchant la réutilisation des documents ». Pour ce qui concerne les données de la recherche en particulier, la directive précise qu'elles doivent être formatées selon les standards FAIR [91]. Selon les préconisations de la Commission européenne (2018, p. 19), également reprises par la Research Data Alliance (RDA) [92], les données doivent, pour être FAIR [93] sur le plan technique, répondre à certaines exigences [94] (Wilkinson *et al.*, 2016). Le respect de la norme FAIR peut être facilité par la rédaction d'un plan de gestion de données (PGD) dès le commencement d'un projet de recherche. Souvent imposé lors d'une demande de financement public national ou européen, l'établissement d'un PGD doit en principe permettre aux chercheurs d'adopter une attitude réflexive sur la gestion de leurs données, d'adopter les bonnes pratiques dans ce domaine et d'encourager par conséquent la diffusion de données réutilisables. De ce point de vue, le PGD joue en quelque sorte le rôle des registres en matière de gestion des données personnelles imposés par la loi dans une démarche de mise en conformité interne (*compliance*). De la même manière que leurs homologues, ils doivent être tenus à jour régulièrement pendant toute la vie du projet de recherche, voire au-delà, permettant d'assurer une gestion raisonnée et responsable des données de la recherche publique. Bien que les modèles de PGD soient nombreux et variés (Hodson, Molloy, 2014), ils sont généralement tous structurés suivant le cycle de vie des données.

29 Afin que les données de la recherche sur le droit puissent être diffusées ou partagées en format ouvert, encore faudrait-il qu'elles aient été organisées et classées de manière structurée en « jeux de données ». Plusieurs solutions, sur le plan technique, permettent aujourd'hui aux chercheurs de conserver mais aussi de partager ou de diffuser leurs jeux de données, comme les infrastructures de données (ou infrastructures de recherche selon les cas) ou encore les entrepôts de données (Robin, 2022a). De nombreux entrepôts institutionnels se sont développés à travers le monde afin de proposer un service de dépôt, d'archivage pérenne et un service d'assistance et d'accompagnement à la gestion des données (Catherine, 2020 ;

Schöpfel, Rebouillat, 2021). Ainsi en est-il de la plateforme HAL qui offre désormais la possibilité d'archiver les jeux de données sous forme de « *data paper* » (Reymonet, 2017)[95], ou encore l'entrepôt Zenodo[96], l'outil de gestion de ressources Zotero[97], etc. Quel que soit l'outil utilisé, les données doivent être décrites et documentées à l'aide des métadonnées. Dans le domaine de la recherche sur le droit, les jeux de données seraient donc constitués de l'ensemble des références traditionnelles des ressources utilisées dans la recherche sur le droit évoquées plus haut : références légales et réglementaires, références jurisprudentielles, articles de doctrine, rapports et autres documents des autorités publiques, etc. Si ces données sont déjà généralement très clairement identifiées et décrites dans le document présentant les résultats d'une recherche, soit en notes infrapaginales, soit en fin de document dans les tables alphabétiques de références bibliographiques, l'on pourrait toutefois imaginer, d'une part, que ces références soient publiées indépendamment du document de référence ou de la publication elle-même et, d'autre part, qu'elles contiennent outre les références, c'est-à-dire les métadonnées, le contenu des ressources lui-même, sous réserve des droits des personnes titulaires des droits d'auteur (auteurs ou éditeurs) sur les ressources. La diffusion de jeux de données structurés par le biais des entrepôts de données ne préjuge pas cependant du périmètre de leur ouverture. Si de nombreux entrepôts recommandent l'ouverture maximale par l'utilisation des licences permissives de type *Creative Commons* (généralement CC-BY 4.0), il n'est pas interdit de paramétrer l'accès aux données de manière, par exemple, que les droits des tiers soient préservés.

2.2. L'accès aux données privatives pour la recherche juridique

30 Par données privatives, il convient d'entendre toutes les bases de données réservées par un droit de propriété intellectuelle et, en particulier, par le droit *sui generis* des bases de données (2.2.1), et toutes les informations couvertes par le secret comme l'ensemble des pratiques, usages et savoir-faire déployés par les praticiens du droit (2.2.2)[98].

2.2.1. Les bases de données couvertes par un droit de propriété intellectuelle

31 Si les éditeurs détiennent, en tant qu'ayants droit des auteurs des droits d'auteur sur les écrits scientifiques, ils détiennent également, mais cette fois en tant que producteurs de bases de données, un droit *sui generis* sur les bases de données (systèmes d'information ou infrastructures) qu'ils conçoivent pour organiser l'accès aux ressources produites par la recherche sur le droit. Ce droit leur permet de monnayer, par exemple, l'utilisation de leurs bases de données lors d'opérations de fouille et d'exploration réalisées à des fins scientifiques. Ces données constituées des écrits scientifiques, sur lesquelles les sociétés d'édition capitalisent aujourd'hui, sont des données qu'il est en effet possible de collecter et d'analyser massivement afin d'en tirer des conclusions propres à nourrir l'activité scientifique des chercheurs, mais aussi l'activité économique d'acteurs privés. La consécration de l'exception légale de fouille de textes et de données [99], qui vient précisément répondre aux besoins générés par l'analyse massive de données, est assortie de plusieurs conditions dont l'une oblige les utilisateurs des bases de données à bénéficier d'un accès licite aux bases de données explorées [100]. Cette condition de licéité, qui figure également dans l'exception légale de copie privée depuis 2011 [101], permet de s'assurer que l'utilisation des données ne peut être mise en œuvre à partir d'un corpus auquel il aurait été accédé de manière illicite, c'est-à-dire sans autorisation des titulaires de droits. La notion de licéité de l'accès doit s'entendre, selon la directive, comme couvrant l'accès à des contenus fondé sur une politique de libre accès ou en vertu d'arrangements contractuels entre, d'une part, les titulaires de droits et, d'autre part, les organismes de recherche, comme des abonnements, ou en vertu d'autres voies légales. Ainsi, la constitution d'une base de données comme ISTEX [102] a-t-elle nécessité de la part du consortium qui en est à l'origine [103] de négocier l'accès aux données détenues par les éditeurs scientifiques avant de pouvoir l'ouvrir aux chercheurs pour qu'ils puissent y réaliser des fouilles (Bensamoun, Bouquerel, 2020 ; Robin, 2022a, n° 186 et suiv. ; Robin, 2022b). Il s'agira enfin d'observer que les bases de données conçues par le CNRS qui propulse les archives ouvertes HAL devraient pouvoir également être considérées comme

couvertes par un droit *sui generis* des bases de données détenu par l'organisme de recherche. La titularité des droits du CNRS sur la base de données HAL ne devrait cependant avoir aucune incidence sur l'utilisation qui peut en être faite dans la mesure où le CRPA interdit aux administrations, au sens de l'article L. 300-2 du même code, de se prévaloir du droit *sui generis* sur les bases de données pour faire obstacle à l'application du principe de réutilisation des données qu'elles contiennent [104].

32 Afin d'éviter que les chercheurs soient empêchés par les éditeurs, par le jeu des contrats de cession de droits dont l'objet peut être, outre l'article scientifique lui-même, les données associées à la recherche, le législateur français (depuis 2016 [105]) et le législateur européen (depuis 2019 [106]) ont adopté un principe de libre réutilisation des données de la recherche (Robin, 2022a). Selon ce principe [107], et sur le fondement de l'article L. 533-4, II, du Code de la recherche, dès lors que les données de la recherche ont été majoritairement financées par des fonds publics, qu'elles ne sont pas protégées par un droit spécifique ou une réglementation particulière et qu'elles ont été rendues publiques par le chercheur, l'établissement ou l'organisme de recherche, leur réutilisation est libre, sans que l'éditeur de l'article scientifique auquel les données sont associées ne puisse en limiter la réutilisation dans le cadre de la publication [108]. Le texte ne limite pas la réutilisation à des fins non commerciales, ce qui laisse ouverte la possibilité de procéder à une exploitation commerciale des données de la recherche dès lors qu'elles ont été rendues publiques, interprétation confortée par le texte européen qui prévoit que les données peuvent être réutilisées à des fins commerciales ou non commerciales conformément au régime juridique qui prévaut en matière de données publiques et prévu aux chapitres III et IV de la directive elle-même. Concernant la mise à disposition des données, le texte français ne désigne aucun outil pour l'opération de publication, là où le texte européen vise, quant à lui, les archives ouvertes institutionnelles ou thématiques. Les chercheurs et les établissements ou organismes publics peuvent donc décider, au cas par cas, quelles données ouvrir et à quelles conditions. Lorsqu'elles consistent en des références légales ou jurisprudentielles, c'est-à-dire en des données publiques, la plus-value d'une diffusion supplémentaire par les chercheurs peut sembler *a priori* peu élevée. Il faut cependant nuancer

cette affirmation car la diffusion par un chercheur des décisions de juridictions étrangères, par exemple, peut être précieuse pour d'autres chercheurs. De même, la diffusion de textes anciens ou oubliés, mais exhumés à l'occasion d'une recherche, constitue un atout important pour la recherche scientifique. Par ailleurs, compte tenu du fait que l'accès à l'ensemble des décisions de jurisprudence n'est encore pas assuré de façon exhaustive par Légifrance, imposant alors le recours à la base de données privée JurisData (accessible sur abonnement), la publication de nombreuses décisions par les chercheurs eux-mêmes pourrait s'avérer très utile à la communauté scientifique.

2.2.2. Les pratiques, usages et savoir-faire couverts par le secret

33 Sur le plan juridique, les données privatives utiles à la recherche sur le droit peuvent également consister en des modèles d'affaires, par exemple, conçus par les acteurs économiques et, en particulier, les contrats dont l'étude peut s'avérer une source précieuse d'enseignements, non seulement sur les pratiques du droit que l'étude de la jurisprudence ne permet pas, à elle seule, de mettre au jour puisque ne concernant que des situations contentieuses, mais aussi sur les éventuelles stratégies soit de contournement de la loi, soit d'adaptation des comportements. L'étude des pratiques, usages et savoir-faire déployés en droit s'avère d'autant plus intéressante que ces usages constituent précisément une source du droit à laquelle le législateur ou les juges réfèrent régulièrement. Si ces usages sont souvent recensés dans des codes ou chartes, un certain nombre d'entre eux propres à un secteur économique en particulier restent cependant encore non documentés (Mousseron, 2023)[109]. En outre, les savoir-faire, qui prennent la forme de contrats ou de modèles d'affaires sont généralement soumis au secret d'affaires auquel les principes de science ouverte ne dérogent pas[110]. Le déploiement du commerce électronique a cependant pour effet de produire un très grand nombre de contrats, conditions générales d'utilisation (CGU), dont l'analyse peut, en raison de leur diffusion (imposée par la loi[111]), être entreprise de façon systématique[112]. L'accès aux CGU n'équivaut pas aux modèles d'affaires mais peut, à coup sûr, révéler les choix et stratégies d'une entreprise. Leur étude s'avère donc éclairante, notam-

ment dans le cadre d'une recherche empirique en droit des contrats, en droit de la consommation, en droit du marché et de la concurrence, etc.

34 Par ailleurs, un mouvement se dessine aujourd'hui dans le sens d'une ouverture, ou plus exactement, d'un partage de données privées, c'est-à-dire de données détenues par les acteurs économiques et partagées, en accès restreint, avec des institutions publiques, des particuliers ou d'autres acteurs économiques dans des conditions susceptibles de préserver la confidentialité ou les droits des personnes. Tout d'abord, la directive (UE) 2019/1024 a inclus certaines entreprises publiques qui agissent dans des secteurs indirectement concurrentiels dans le périmètre des personnes concernées par les obligations d'ouverture des données [113], dès lors qu'elles exercent des activités dans les domaines définis et visés par la directive 2014/25/UE, qu'elles agissent en qualité d'opérateurs de services publics conformément à l'article 2 du règlement n° 1370/2007, qu'elles relèvent de certains secteurs (transports aériens, armateurs). La même directive encourage également la mise à disposition de données spécifiques de forte valeur, c'est-à-dire de données susceptibles de générer des avantages socio-économiques ou environnementaux importants et des services innovants, notamment pour les PME, et susceptibles d'être appariées à d'autres ensembles de données [114]. Ensuite, le partage de données privées entre les administrations et les opérateurs privés ou entre opérateurs privés est aujourd'hui encouragé par les règlements européens successifs que sont le Règlement sur la gouvernance des données [115], le Règlement sur les données [116] ou encore la proposition de règlement sectoriel sur l'espace européen des données de santé [117], qui ont pour objet d'améliorer les conditions du partage des données dans le marché intérieur. L'accès à ces données peut s'avérer utile aux recherches menées en droit dans la mesure où elles permettent, par exemple, de comprendre la régulation interne des entreprises ou encore l'intégration normes comme la norme ISO 26000 en matière de responsabilité sociétale des entreprises (RSE). L'accès à ces données, qui peuvent être partagées à des conditions restrictives [118], s'avère surtout intéressant pour les recherches menées dans d'autres disciplines (économie ou gestion, en particulier) dont les résultats peuvent ensuite utilement nourrir les analyses menées par les juristes.

Conclusion

35 La science ouverte interroge, de façon inédite, l'ensemble du processus de production scientifique. Se poser la question de l'application de la science ouverte à la recherche sur le droit invite donc à une réflexion d'ordre épistémologique. Si elle est intimement mêlée à l'ouverture des données publiques et au principe d'accès au droit, l'application de la science ouverte à la recherche (en et) sur le droit ne se réduit cependant pas à cette seule dimension en raison de la pluralité des ressources utilisées dans la discipline. L'analyse de la production scientifique en droit au prisme de la science ouverte montre surtout les potentialités non encore explorées de la constitution de corpus de données propres à un travail de recherche auquel il serait possible d'accéder directement et indépendamment de la présentation des résultats dans l'écrit scientifique. Un tel accès pourrait s'avérer précieux pour la vérification de la validité de certains résultats scientifiques obtenus et pour le gain de temps procuré pour d'autres recherches. Cet accès pourrait également s'avérer utile aux entreprises et cabinets de conseil souhaitant se saisir des données compilées et diffusées *via* une archive ouverte. Analyser la production scientifique (en et) sur le droit à travers la notion de « données » change en tout état de cause la perspective. La numérisation des ressources et leur compilation au sein des catalogues des éditeurs ou au sein d'archives ouvertes produisent un effet de massification réduisant par exemple lesdits écrits scientifiques en données dont l'exploration peut s'avérer à terme intéressante, ne serait-ce que pour observer les tendances, récurrences et biais de la recherche en droit. Tel est également l'objectif poursuivi par la science ouverte, justifiant ainsi que l'ouverture soit considérée comme le principe et la fermeture comme l'exception. Enfin, comme on l'observe d'ores et déjà dans les disciplines scientifiques pionnières en matière d'ouverture des données, la mise en œuvre de la science ouverte induit des changements dans les pratiques scientifiques, puisqu'elle implique de concevoir, dès le début du processus de recherche, la manière dont les données seront formatées, structurées, conservées et mises à disposition conformément au principe de l'ouverture « par défaut », dans la perspective qu'elles soient réutilisées un jour par d'autres.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 17 décembre 2024.

Assemblée nationale, 2015, *Projet de loi pour une République numérique, étude d'impact*

Bensamoun A., Bouquerel Y., 2020, *Transposition des exceptions de fouille de textes et de données : enjeux et propositions*, rapport de mission, CSPLA

Bernault C., 2016, *Open access et droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier

Boutron M., Tremolière A., 2023, *Rapport de mission sur la science ouverte et le droit d'auteur*, CSPLA

Boy L., 2007, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, p. 119-126

Bulletin des bibliothèques de France, 1982, « Enrichissement du vocabulaire de l'informatique : arrêté du 22 décembre 1981 », n° 6, p. 355-358, [https://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-1982-06-0355-009]

Catherine H., 2020, *Étude comparative des services nationaux de données de recherche. Facteurs de réussite*, MESRI, CoSO

Commission européenne, 2018, *Turning FAIR into reality*, rapport final et plan d'action du groupe d'experts de la Commission européenne sur les données FAIR

Cornu M., 2016, « À propos des productions intellectuelles de la recherche, entre logique privative et nécessités publiques », *Propriétés intellectuelles*, n° 20, p. 270-280

Cornu M., 2006, « Droit d'auteur des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public », *Dalloz*, p. 2185

Cornu M., Mallet-Poujol N., 2005, « Droit d'auteur des universitaires et des chercheurs : l'expropriation sans cause d'utilité publique », *Dalloz*, p. 3025

CNRS, 2016, *Livre blanc. Une science ouverte dans une république numérique*, DIST, [https://www.science-ouverte.cnrs.fr/wp-content/uploads/2019/07/Livre-Blanc-loi-numerique-Octobre-2016.pdf]

CNRS, 2015, « Résultats 2014 des grands éditeurs scientifiques : une croissante satisfaisante, des profits records. Un terrain favorable à de nouvelles concentrations ? », *DISTinfo14*, [https://www.science-ouverte.cnrs.fr/wp-content/uploads/2019/09/Distinfo14.pdf]

Depincé M., Robin A. (dir.), 2024, *Outil d'analyse de conformité des stipulations* (OACS), IERDJ, rapport n° 20.44, [https://ierdj.fra1.digitaloceanspaces.com/media_library/2024/04/20.44_OACS_rapport.pdfhttp://www.gip-recherche-justice.fr/publication/outil-danalyse-de-conformite-des-stipulations-oacs/]

Dreyfus J.-D., 2006, « Brèves remarques sur le droit d'auteur des agents publics

après la loi du 1er août 2006 », AJDA, p. 2179

Galvez-Behar G., 2020, *Posséder la science. La propriété scientifique au temps du capitalisme industriel*, Aubervilliers, Éditions de l'EHESS

Henriet P., Darcos L., Ouzoulias P., 2022, *Pour une science ouverte, réaliste, équilibrée et respectueuse de la liberté académique*, rapport n° 5154 (Assemblée nationale) / n° 573 (Sénat)

Hodson S., Molloy L., 2014, *Current best practice for research data management policies. A memo for the Danish e-Infrastructure Cooperation and the Danish Digital Library*, CODATA

Leclerc O., 2021, « Jalons prospectifs sur l'exigence de reproductibilité dans la recherche juridique », dans *Mélanges en l'honneur de P. Ancel*, Bruxelles, Larcier, p. 175-186

Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, 2023 [2022], *Mettre en œuvre la stratégie de non-cession des droits sur les publications scientifiques. Guide pour les chercheuses et les chercheurs*

Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, 2021, *Plan national pour la science ouverte (2021-2024)*

Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche et de l'Innovation, 2018, *Plan national pour la science ouverte* (2018-2021)

Monvoisin R., décembre 2012, « Recherche publique, revues privées », *Le Monde diplomatique*, p. 27, [https://www.monde-diplomatique.fr/2012/12/MONVOISIN/48501]

Mousseron P., 2023, *Droit des usages*, Paris, LexisNexis

Pontille D., 2016, *Signer ensemble*, Paris, Economica

Reymonet N., 2017, « Améliorer l'exposition des données de la recherche : la publication de *data paper* », [https://archivesic.ccsd.cnrs.fr/sic_01427978v1]

Reymonet N., Moysan M., Cartier A., Délémontez R., 2018, « Réaliser un plan de gestion de données "FAIR" : modèle », [https://archivesic.ccsd.cnrs.fr/sic_01690547v2]

Robin A., 2022a, *Droit des données de la recherche. Données publiques, innovation, science ouverte*, Bruxelles, Larcier

Robin A., 2022b, « Exploitation de l'innovation », *Cahiers droit, sciences & technologies*, n° 14, p. 225-243, [https://doi.org/10.4000/cdst.6214]

Robin A., 2020, « L'ouverture des données publiques scientifiques : de l'examen de la règle "*open as possible, closed as necessary*" », *Communication. Commerce électronique*, n° 9, étude 15, p. 5-10

Robin A., 2017 « Les données scientifiques au prisme du dispositif *open data* », *Communication. Commerce électronique*, n° 9, étude 14, p. 7-14

Robin A., Chatry S., 2022, *Introduction à la propriété intellectuelle. Unité et diversité*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant

Schöpfel J., Rebouillat V., 2021, *Les entrepôts de données de recherche. Études de cas et enjeux*, Londres, ISTE Group

UNESCO, 2021, *Recommandation de l'Unesco sur une science ouverte*, [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379949_fre]

Vivant M., 2005, « De l'art de faire de la propriété intellectuelle un art de démobilisation », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 9, p. 3

Westeel A., Claerr T. (dir.), 2010, *Numériser et mettre en ligne*, Villeurbanne, Presses de l'Enssib, [http://books.openedition.org/pressesenssib/414]

Wilkinson M. D. et al., 2016, « The FAIR guiding principles for scientific data management and stewardship », *Scientific Data*, *Nature*

NOTES

1 Commission européenne, *Pour un meilleur accès aux informations scientifiques : dynamiser les avantages des investissements publics dans le domaine de la recherche*, 17 juillet 2012, COM(2012) 401 final ; *Recommandation de la Commission du 17 juillet 2012 relative à l'accès aux informations scientifiques et à leur conservation* (points 1 et 2), JOUE L 194/39, 21 juillet 2012 ; *Recommandation de la Commission du 25 avril 2018 relative à l'accès aux informations scientifiques et à leur conservation*, JOUE L 143/12, 31 mai 2018.

2 Loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche, JORF, 23 juillet 2013, suivie de l'ordonnance du 17 février 2014 modifiant la partie législative du Code de la recherche, JORF, 18 février 2014.

3 JORF, 8 octobre 2016.

4 Ces règles ont été intégrées dans le Code de la recherche par la création d'un nouvel article (art. L. 533-4 C. rech.) au sein du chapitre III dédié à la valorisation des résultats de la recherche par les établissements et organismes de recherche, qui contient l'intégralité des dispositions relatives aux résultats de la recherche scientifique.

5 Règlement (UE) 2021/695 du Parlement européen et du Conseil du 28 avril 2021 portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon Europe » et définissant ses règles de participation et de diffusion, et abrogeant les règlements (UE) 1290/2013 et (UE) 1291/2013 (art. 2, 5°, consid. 8), JOUE L 170/1, 12 mai 2021. Voir également dans le précédent règlement avec une autre formulation : Règlement (UE) 1291/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innova-

tion « Horizon 2020 » (2014-2020) et abrogeant la décision n° 1982/2006/CE (art. 18), *JOUE* L 347/104, 20 décembre 2013.

6 Règlement (UE) 2021/695 « Horizon Europe », art. 14.

7 Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (art. 10), *JOUE* L 172/56, 26 juin 2019. Le fait que le principe soit énoncé au sein d'un dispositif relatif à l'ouverture des données publiques tend à brouiller les frontières entre le droit des données publiques et le droit des données de la recherche, c'est-à-dire entre les principes d'ouverture des données publiques et les principes d'ouverture des données de la recherche.

8 Voir par exemple le considérant 16 de la directive (UE) 2019/1024, précit., qui indique, s'agissant de l'ensemble des données publiques, que : « Les États membres sont donc encouragés à promouvoir, en ce qui concerne tous les documents relevant du champ d'application de la présente directive, la création de données fondées sur le principe d'"ouverture dès la conception et par défaut". »

9 Nous utiliserons le terme de « chercheur » dans un sens générique pour désigner toute personne qui exerce une activité de recherche soit à titre professionnel, soit de façon occasionnelle (avocats ou magistrats par exemple), quel que soit son sexe, son statut (chercheur, enseignant-chercheur) et ses fonctions ou son grade (professeur, maître de conférences, docteur, doctorant).

10 En 2014, cinq groupes détenaient 40 % de parts du marché en valeur de l'édition scientifique (CNRS, 2015 ; Assemblée nationale, 2015, p. 57). La concentration se construit autour d'une concurrence dite imparfaite, qui n'a pas pour effet de diminuer les prix d'accès aux revues, mais au contraire d'accroître leur niveau de rentabilité, celles-ci n'étant pas substituables entre elles du fait de la variabilité de leur notoriété (ou facteur d'impact). C'est donc la notoriété qui fixe le prix, l'économie de l'édition scientifique étant alors davantage une économie « d'exploitation de marque ». Le niveau de prix élevé est également et fortement lié au fait que les éditeurs sont ayants droit des auteurs chercheurs sur la base d'une cession, le plus souvent, à titre gratuit de leurs droits.

11 Agrégateurs de fonds numérisés munis d'outils d'exploration des données et d'outils d'analyse aidant au pilotage et à l'administration de la recherche.

12 Cette inflation fut l'élément déclencheur de la mobilisation de 2001, date de la publication de la pétition PLOS (Public Library of Science) des bibliothécaires universitaires, puis des chercheurs américains : « Le contribuable finance une recherche que le scientifique publiera – parfois à ses frais – dans une revue adossée à une entreprise privée, que d'autres chercheurs devront relire gratuitement et que les universités devront ensuite racheter à prix d'or. »

13 Initiative de Budapest pour l'accès ouvert, 14 février 2002.

14 Déclaration de Bethesda pour l'édition en libre accès (recherche biomédicale), 11 avril 2003.

15 Déclaration de Berlin sur le libre accès à la connaissance en sciences exactes, sciences de la vie, sciences humaines et sociales, 22 octobre 2003.

16 Le programme de recherche « CommonData » (« Les données de la recherche, des communs scientifiques ? ») s'attelle depuis 2017 au traitement de ces deux questions principales dont découlent de nombreuses autres (MSH SUD-LICeM), voir Robin (2022a).

17 Type de matériau utilisé, méthode retenue (empirique ou hypothético-déductive), etc.

18 [22] Les règles de science ouverte reposent en effet sur le principe d'ouverture de l'*accès* aux ressources utilisées ou produites par les chercheurs lors d'une démarche scientifique, c'est-à-dire un accès gratuit et ouvert à tous. Parce qu'elle revêt une importance capitale, la question de l'accès aux ressources en droit est généralement cantonnée à l'accès aux sources du droit et, en particulier, aux décisions de justice, alors qu'elle est en réalité plus vaste. Pour cette raison, la question de l'ouverture des données de la justice que d'autres contributeurs à cet ouvrage auront développée de manière approfondie, ne sera abordée que de manière ponctuelle.

19 Sans prétendre à l'exhaustivité, mentionnons les traités, constitution, lois, décrets, règlements, arrêtés, circulaires, journaux et bulletins officiels, délibérations et avis des autorités de régulation nationales ou européennes, instructions budgétaires et comptables, attributions, rapports, débats parlementaires et travaux législatifs, accords collectifs, avis des avocats généraux, rapports des conseillers, rapports d'activité, dictionnaire de l'Académie française, comptes de campagne des partis politiques, déclarations de patrimoine des personnes publiques, statuts des établissements publics, etc.

20 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF*, 19 novembre 2016.

21 Les règles contenues dans le CRPA expriment le droit commun de la communication, de la diffusion et de la réutilisation des documents administratifs et des données publiques. Il est complété par d'autres dispositifs légaux, comme le Code de la justice administrative et le Code de l'organisation judiciaire, lorsque les données publiques sont des données de la justice, ou encore comme le Code de la santé publique, lorsque les données publiques sont des données de santé.

22 Par exemple, à l'occasion de l'adoption de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, des règles dérogatoires au principe de l'ouverture des données de la justice (*open data* des décisions de justice) ont été perçues comme contraires au principe d'égalité entre les justiciables et une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi et du droit à un procès équitable, dont découle le principe d'accès au droit. Les règles prévoyaient que les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent sous peine de sanctions pénales ou administratives, faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées (art. L. 10 du Code de justice administrative ; art. L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire). L'argument n'a pas été retenu par le Conseil constitutionnel qui a estimé que l'objectif poursuivi par ces dispositions était d'éviter qu'une telle réutilisation permette de réaliser un profilage des professionnels de la justice, pouvant conduire à des pressions ou des stratégies de choix de juridiction de nature à altérer le fonctionnement de la justice (Cons. const., n° 2019/778 DC et n° 2019-779 DC, 21 mars 2019).

23 Dont l'exemple emblématique en France est, dans le domaine de la diffusion des décisions de justice, la société Forseti qui édite le site Doctrine.fr.

24 La recherche juridique s'avère, de ce point de vue, tout à fait limitée et ne permet d'observer que ce qui émerge lors des contentieux et encore à condition que le contentieux lui-même ne soit pas organisé de manière que les informations demeurent confidentielles (contentieux de l'arbitrage par exemple).

25 Notamment avec l'introduction des bases de données dans le giron du droit d'auteur et la création du droit *sui generis* des bases de données.

26 Règlement (UE) 2022/868, du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modi-

fiant le règlement (UE) 2018/1724 (art. 2, 1°), *JOUE* L 152/1, 3 juin 2022.

27 « Donnée : représentation d'une information sous une forme conventionnelle destinée à faciliter son traitement » (*Bulletin des bibliothèques de France*, 1982).

28 Par exemple, la conception d'une base de données composée d'œuvres cinématographiques oblige à considérer ces œuvres comme des données.

29 Données publiques, données de la recherche, données privées, donnés de santé, données personnelles, données environnementales, etc.

30 Cette conception totalisante est d'ailleurs aggravée par le choix du législateur européen d'englober également dans la définition précitée les bases de données elles-mêmes (« compilations »), Règlement (UE) 2022/868, précit.

31 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. 2, 9°.

32 À l'occasion d'une réflexion plus théorique, nous avons proposé une autre définition des données de la recherche, plus large que la définition légale applicable en matière de données publiques, en ce qu'elle n'exclut pas les données qui ne permettraient pas de valider les résultats de la recherche, c'est-à-dire d'administrer la preuve scientifique. Les données de la recherche seraient, sur le plan théorique, considérées comme toutes les données utilisées et produites par les chercheurs dans le cadre d'une activité de recherche scientifique. Cette définition permet d'inclure tout type d'opération scientifique, de la plus automatisée (collecte de données brutes issues de capteurs environnementaux par exemple) à la plus sophistiquée (production de données triées, annotées et analysées dans le cadre d'une recherche en matière de textes juridiques ou de décisions de jurisprudence par exemple).

33 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. premier, 1°.

34 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. premier, 2°, l).

35 Voir *infra*, point 1.1.1.

36 La notion d'« écrits scientifiques » sera préférée à celle de « publications scientifiques » que la directive n'explicite pas. Tout d'abord, la notion d'« écrits scientifiques » est celle retenue par le législateur français à l'article L. 112-1, mais aussi à l'article L. 533-4 C. rech. Ensuite, elle s'avère plus large que la seconde qui n'appréhende la production scientifique que par sa capacité à être publiée. Or, la protection des œuvres de l'esprit par le

droit d'auteur n'est pas conditionnée par le fait de la publication, mais seulement par le fait de l'expression.

37 La distinction issue de la loi n'englobe pas en effet les ressources scientifiques présentées sous la forme orale. Bien qu'il eût été intéressant de procéder à l'analyse de ces corpus, en particulier depuis que ces ressources sont quasi systématiquement enregistrées, puis diffusées sur Internet, nous prenons le parti de ne pas les aborder dans le cadre de cette étude en raison du fait que leur exploitation ne présente pas les mêmes enjeux sur le plan économique que les productions écrites.

38 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. 2, 9° ; Règlement (UE) 2021/695 « Horizon Europe » ; art. L. 112-1 et L. 533-4. C. rech.

39 Le cycle de vie des données traduit les différentes étapes de la vie des données : la collecte, le traitement, le stockage et l'archivage, la diffusion, la réutilisation.

40 Convention de Berne, 9 juillet 1886 ; Convention universelle de Genève, 6 septembre 1952.

41 Art. L. 112-2, 1°, du *Code de la propriété intellectuelle (CPI)*.

42 Cette protection est admise de longue date : la Cour royale de Paris admettait par jugement du 27 août 1828 que « sans doute un professeur doit à ses élèves dans son cours le tribut de ses études, de ses travaux, de ses méditations mais […] il ne leur doit que pour leur instruction personnelle et non pour qu'ils puissent s'en emparer et les publier en cours d'ouvrage pour en recueillir le bénéfice pécuniaire ; […] ces leçons envisagées sous cet aspect sont la propriété du professeur, le fruit de ses veilles, de ses recherches, de ses réflexions, de son génie […], elles forment pour lui une propriété littéraire […] et nul n'a le droit de s'en emparer et de les publier contre sa volonté » (Galvez-Behar, 2020, p. 59).

43 Art. L. 111-1 CPI.

44 La qualification d'œuvre collective est généralement retenue pour les encyclopédies, ouvrages collectifs, actes de colloque, etc.

45 Art. L. 121-1 et suiv. et L. 122-1 et suiv. CPI.

46 Art. L. 121-1 CPI.

47 Art. L. 121-4 CPI.

48 La distribution électronique suppose elle-même une structuration des données au sein de vastes bases de données (catalogues) et l'appariement de

ces bases entre elles.

49 Art. L. 121-7-1 et L. 131-3-1 à L. 131-3-3 CPI.

50 L'indépendance des enseignants-chercheurs est garantie par un principe fondamental reconnu par les lois de la République : Cons. const., 20 janvier 1984, n° 83-165 DC et 6 août 2010, n° 2010-20/21 QPC.

51 Art. L. 952-2 du Code de l'*éducation*.

52 Même s'il peut être exercé en indivision (en cas de création plurale, par exemple, lorsqu'un ouvrage est co-écrit par plusieurs auteurs) auquel cas l'œuvre est soumise à l'application des dispositions relatives aux œuvres de collaboration de l'article L. 113-3 CPI. Pour une analyse de la structure juridique du droit de propriété intellectuelle et du droit d'auteur en particulier.

53 Pour les publications dans des périodiques, voir le site du Baromètre de la science ouverte, piloté par le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

54 Et non à leur employeur par exemple, ce qui pourrait être le cas si l'on considère le cas des États-Unis dont la loi prévoit le principe d'une attribution des droits au profit de l'employeur en cas de création salariée (Bernault, 2016). On pourrait par suite imaginer que les employeurs des chercheurs, auteurs d'écrits scientifiques, négocient collectivement les redevances dues aux auteurs, tout comme ils négocient les conditions d'accès aux œuvres par abonnement.

55 Art. L. 112-1 C. rech.

56 L'absence de rémunération des chercheurs est souvent justifiée, en France du moins, par leur statut de fonctionnaire qu'il est censé compenser.

57 Directive (UE) 2019/1024, précit., consid. 27.

58 Par exemple la revue *Cahiers Droit, science et technologies*, éditée par le GDR NoST ou encore la revue *Questions constitutionnelles*, éditée par le laboratoire Cercop de l'Université de Montpellier.

59 Sur la question, voir également *infra*, point 1.2.2.

60 Compte tenu des effets de la concentration du marché, voir *supra* « Introduction ».

61 Sur lesquelles ils bénéficient également d'un droit *sui generis*. Les ressources textuelles utilisées pour la recherche juridique deviennent des données dont l'exploitation est valorisée par les éditeurs scientifiques. Voir *infra*, point 2.2.1.

62 Par exemple, de la revue *Concurrences*.

63 Il faut exclure du champ économique les mémoires et les thèses non publiés par des éditeurs, mais conservés dans des bibliothèques et diffusés par elles.

64 Les plateformes d'archives ouvertes sont multiples et variées. La principale est, en France, celle proposée par le CNRS : Hyper Article en Ligne (HAL).

65 Art. L. 533-4, I., C. rech.

66 Art. L. 533-4, III, C. rech.

67 De ce point de vue, l'ordre public peut être qualifié d'ordre public de protection, même s'il présente également, à notre avis, les caractéristiques d'un ordre public de direction (Robin A., 2022a, n° 582).

68 Cette règle vaut également pour la diffusion des données de la recherche, voir *infra* point 2.2.1.

69 Règlement (UE) 2021/695 « Horizon Europe », précit.

70 En ce sens, elle soutient la Déclaration de San Francisco sur l'évaluation de la recherche selon laquelle la recherche doit être évaluée sur ses propres mérites plutôt que sur la base du mode de publication de la recherche.

71 Prérogatives auxquelles il renonce de toute façon dans de nombreux champs de la recherche scientifique à travers les contrats de cession de droits qui stipulent généralement une cession à titre gratuit. Le domaine de la recherche juridique fait, à ce sujet, figure d'exception.

72 Le ministère préconise d'informer l'éditeur selon une formule comme suit : « Cette recherche a été financée, en tout ou partie, par l'Agence nationale de la recherche (ANR) au titre du projet ANR-nn-XXXX-nnnn. À des fins de libre accès, une licence CC-BY a été appliquée par les auteurs au présent document et le sera à toute version ultérieure jusqu'au manuscrit auteur accepté pour publication résultant de cette soumission » ou encore « À des fins de diffusion en accès ouvert, une licence CC-BY a été appliquée par les auteurs au présent document et le sera à toute version ultérieure jusqu'au manuscrit auteur accepté pour publication résultant de cette soumission ». Une liste des éditeurs refusant la stratégie NCD (non-cession de droits) en cas de financement par l'ANR ou l'un des membres de la cOAlition S est fournie, voir [https://journalcheckertool.org/exception-lists/].

73 Cette dichotomie exclut d'autres qualifications comme celle de données à caractère personnel. Cette exclusion est justifiée par le fait que le régime juridique des données publiques prévoit les conditions dans lesquelles les données publiques à caractère personnel doivent être diffusées. La loi prévoit l'obligation de les anonymiser, obligation que l'on retrouve à propos de la mise à disposition des décisions de justice.

74 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. 2, 6°.

75 C'est la notion de « document administratif » qui est retenue en droit français. L'article L. 300-2 CRPA prévoit-il que : « Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres I^{er}, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales et par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions. »

76 Dans les dispositions relatives à la réutilisation, le droit français distingue, par exemple, le document des informations qu'il contient pour affirmer le principe de l'autorisation qui doit être donnée au public par les administrations de réutiliser lesdites informations. L'article L. 321-1 CRPA dispose que « les informations publiques figurant dans des documents communiqués ou publiés par les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus. »

77 Où l'on voit comment la notion de données « noyaute » à rebours et, sans dire son nom, l'ensemble des règles légales applicables aux documents administratifs. Cette confusion notionnelle est aggravée par le fait que les données de la recherche sont précisément elles-mêmes définies comme des « documents » recueillis ou produits au cours d'activités de recherche, voir *infra*, point 2.1.1, § 3.

78 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. premier, 2°.

79 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. 3 et 6.

80 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. premier, 1°, a) et b).

81 Depuis l'adoption de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, les données de la justice sont soumises au principe d'ouverture par défaut, comme toutes les autres données des administrations et des collectivités publiques. L'arsenal législatif a été complété par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (Décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives, *JORF*, 30 juin 2020 ; Décret n° 2021-1276 du 30 septembre 2021 relatif aux traitements automatisés de données à caractère personnel dénommés « Décisions de la justice administrative » et « Jurilibre », *JORF*, 1er octobre 2021). L'ensemble des décisions rendues par les juridictions de l'ordre administratif (hors juridictions spécialisées) et les décisions rendues par la Cour de cassation et par les cours d'appel en matière civile, sociale et commerciale sont mises à disposition. En 2023, cette mise à disposition concerne également les décisions rendues en matière civile, sociale et commerciale de neuf tribunaux judiciaires.

82 Les archives publiques sont, en effet, soumises aux dispositions applicables aux données publiques (art. L. 211-4 du Code du patrimoine).

83 Art. L. 312-1-3 CRPA.

84 *Arrêté du* 27 juin 1989 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *JORF*, 16 septembre 1989, p. 11725, annexe I.

85 Sur le principe d'explicabilité et de transparence des algorithmes, voir proposition de règlement du 21 avril 2021 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, COM(2021) 206 final.

86 Voir *supra* « Introduction ».

87 L'article 1 de la directive dispose en effet qu'« afin de favoriser l'utilisation des données ouvertes et de stimuler l'innovation dans les produits et les services, la présente directive fixe un ensemble de règles minimales concernant la réutilisation et les modalités pratiques destinées à faciliter la réutilisation […] c) de données de la recherche conformément aux conditions définies à l'article 10 ».

88 Il s'agit en particulier des sciences expérimentales et, parmi elles, la recherche biomédicale. Néanmoins, certains auteurs ont proposé, de façon innovante et originale, d'étendre la question à la recherche juridique (Leclerc, 2021).

89 « Aussi ouvert que possible, aussi fermé que nécessaire » (Robin, 2020).

90 « Le concept de données ouvertes s'entend généralement comme désignant des données présentées dans un format ouvert qui peuvent être librement utilisées, réutilisées et partagées par tous quelle qu'en soit la finalité […] », voir directive (UE) 2019/1024, précit., consid. 16.

91 Directive (UE) 2019/1024, précit., consid. 27.

92 L'alliance compte aujourd'hui 8 418 membres à travers le monde.

93 Pour « Facile à trouver, Accessible, Interopérables, Réutilisables ». Voir [https://zenodo.org/records/6623556].

94 La norme FAIR, du fait de sa formulation, est l'illustration de ce que la norme technique peut explicitement contenir une norme juridique et signifier un « devoir-être ». Sur la dialectique entretenue entre norme technique et norme juridique, voir Boy (2007), pour qui « la norme technique relève incontestablement du devoir-être puisqu'elle impose un modèle à observer ». L'autrice montre que les normes techniques bénéficient d'une juridicité et participent depuis longtemps au pluralisme juridique. Nous ajouterons qu'il est intéressant d'observer qu'un standard technique porte le nom, en forme d'acronyme, d'une valeur, le *fair*, dont la traduction renvoie aux notions d'équité, de justice, mais aussi de raisonnable. La *fair* attitude (ou parfois utilisée en mot-valise la « fairitude ») consiste donc à assurer la diffusion et la réutilisation des données de la recherche scientifique.

95 Un *data paper* consiste dans le fait de publier un ou plusieurs jeux de données brutes de manière à les rendre lisibles et réutilisables, notamment à l'aide d'informations précises, appelées métadonnées. Il est publié sous forme d'un article examiné par les pairs soit une revue scientifique classique, soit *via* une plateforme de stockage et d'édition de données. Le *data paper* peut être produit en accompagnement ou indépendamment de la publication des résultats de la recherche.

96 Entrepôt produit par le CERN (Organisation européenne pour la recherche nucléaire) et financé, entre autres, par la Commission européenne.

97 L'outil est aujourd'hui très recommandé auprès des jeunes chercheurs, y compris dans le domaine de la recherche juridique, car elle permet non seulement de partager les jeux de données, mais aussi de créer des listes de références bibliographiques et de les importer dans n'importe quel autre document.

98 D'autres types d'information peuvent être couverts par le secret, mais seuls les modèles d'affaires seront ici envisagés.

99 Cette exception de fouille de textes et de données à des fins de recherche scientifique constitue une exception au droit d'auteur et au droit *sui generis* des bases de données et a été consacrée par la directive (UE) 2019/790, du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (art. 3), *JOUE* L 130/114, 17 mai 2019, et transposée par l'ordonnance n° 2021-1518 du 24 novembre 2021 complétant la transposition de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (art. premier), *JORF*, 25 novembre 2021.

100 Après avoir défini la fouille de textes et de données comme « la mise en œuvre d'une technique d'analyse automatisée de textes et données sous forme numérique afin d'en dégager des informations, notamment des constantes, des tendances et des corrélations », l'article L. 122-5-3 CPI dispose que « des copies ou reproductions numériques d'œuvres auxquelles il a été accédé de manière licite peuvent être réalisées sans autorisation des auteurs en vue de fouilles de textes et de données menées à bien aux seules fins de la recherche scientifique par les organismes de recherche, les bibliothèques accessibles au public, les musées, les services d'archives ou les institutions dépositaires du patrimoine cinématographique, audiovisuel ou sonore, ou pour leur compte et à leur demande par d'autres personnes, y compris dans le cadre d'un partenariat sans but lucratif avec des acteurs privés. »

101 Loi n° 2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée (art. premier), *JORF*, 21 décembre 2011.

102 La plateforme ISTEX est une « plateforme numérique multi-usages » (base de données de bases de données) « aux meilleurs standards internationaux, accessible à distance par l'ensemble des communautés scientifiques et offrant "tous les moyens accessibles de consultation et d'analyse aujourd'hui disponibles dans toutes les communautés de la Science" » (CNRS, 2016, p. 9).

103 Résultat d'un partenariat entre le CNRS, l'ABES, le consortium Couperin et l'Université de Lorraine, l'ISTEX est une plateforme qui offre à l'ensemble de la communauté de l'enseignement supérieur et de la recherche française un accès à 28,2 millions d'articles scientifiques en 2025 (publiés de 1473 à

2023), issus de revues d'une vingtaine d'éditeurs internationaux et francophones.

104 Art. L. 321-3 CRPA.

105 Aujourd'hui, art. L. 533-4, II, C. rech.

106 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. 10. Voir *supra* « Introduction ».

107 Qui est le pendant des dispositions relatives à l'ouverture des écrits scientifiques, voir *supra*, point 1.2.1.

108 Art. L. 533-4, III, C. rech.

109 Voir cependant le travail mené par l'Institut des usages, [https://institutdesusages.com], Faculté de droit de Montpellier.

110 Le principe d'ouverture des données de la recherche impose de tenir compte de la « nécessité », c'est-à-dire de toutes les normes prescrites pour tenir compte d'intérêts légitimement protégés. Sur ce point, voir Robin (2020). Le secret, quelle qu'en soit la nature, constitue l'une des grandes limites au principe d'ouverture de la science avec – mais dans une moindre mesure – les droits de propriété intellectuelle, la protection des données à caractère personnel, ainsi que les contraintes liées à la sécurité des données ou des informations.

111 Cette diffusion est imposée en raison du fait qu'il s'agit de contrats conclus grâce à une technologie de communication électronique (art. 1125 et suiv. du Code civil) et/ou de contrats conclus à distance en droit de la consommation (art. L. 221-5 du Code de la consommation).

112 Pour un exemple de recherche croisant la science juridique et l'intelligence artificielle, voir le projet OACS, Outil d'analyse de conformité des stipulations (Depincé, Robin, 2024).

113 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. premier, 1°, b).

114 Directive (UE) 2019/1024, précit., art. 14. Voir également Règlement d'exécution (UE) 2023/138 du Parlement européen et du Conseil du 21 décembre 2022 établissant une liste d'ensembles de données de forte valeur spécifiques et les modalités de leur publication et de leur réutilisation, *JOUE* L 19/43, 20 janvier 2023.

115 Règlement (UE) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement (UE) 2018/1724, *JOUE* L 152/1, 3 juin 2022.

116 Règlement (UE) 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données, *JOUE* série L, 22 décembre 2022.

117 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'espace européen des données de santé, COM(2022) 197 final, 3 mai 2022.

118 Le Centre d'accès sécurisé aux données (CASD) permet, par exemple, d'accéder, à des fins de recherche scientifique, aux données statistiques produite par l'INSEE et couvertes par le secret. Le CASD est un groupement d'intérêt public rassemblant l'État représenté par l'INSEE, le GENES, le CNRS, l'École polytechnique et HEC Paris créé par arrêté interministériel du 29 décembre 2018. Il est membre du réseau européen IDAN (Allemagne, France, Pays-Bas, Royaume-Uni) qui permet d'accéder à l'ensemble des données hébergées par chacun des centres grâce à l'utilisation d'une *safe room* répondant aux critères de sécurité nécessaires.

RÉSUMÉ

Français

Bien que non fondée sur l'observation des faits plutôt réservée à d'autres disciplines scientifiques, la science juridique utilise et produit un grand nombre de données, les « données de la recherche juridique ». Cet ensemble regroupe tant les écrits scientifiques dont la publication est assurée par les éditeurs que l'ensemble de la documentation publique contenant les sources du droit au sens large, mais aussi, le cas échéant, les ressources privées (données, savoir-faire, contrats). Il s'agit alors de mesurer le degré d'ouverture de ces données au regard des règles de science ouverte légalement consacrées successivement par le législateur français et par le législateur européen, obligeant ainsi à réinterroger l'ensemble du processus de production et de diffusion scientifique dans cette discipline.

INDEX

Mots-clés

science ouverte, données publiques, innovation, intelligence artificielle, recherche en droit, édition scientifique, droit d'auteur, secret

AUTEUR

Agnès Robin
Maître de conférences HDR, Université de Montpellier, LICeM (UR_UM213) ;
agnes.robin@umontpellier.fr